



HAL
open science

**Le droit de la résolution des défaillances bancaires.
Contribution à l'étude du traitement administratif des
établissements de crédit peu solides ou défaillants**

Victoria Moreau

► **To cite this version:**

Victoria Moreau. Le droit de la résolution des défaillances bancaires. Contribution à l'étude du traitement administratif des établissements de crédit peu solides ou défaillants. Droit. Université Côte d'Azur, 2023. Français. NNT : 2023COAZ0003 . tel-04082007

HAL Id: tel-04082007

<https://theses.hal.science/tel-04082007>

Submitted on 26 Apr 2023

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

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



THÈSE DE DOCTORAT

Le droit de la résolution des défaillances bancaires

Contribution à l'étude du traitement administratif des
établissements de crédit peu solides ou défaillants

Victoria Moreau

Groupe de Recherche en Droit, Économie et Gestion (GREDEG UMR 7321)

Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit
d'Université Côte d'Azur

Dirigée par : Marina TELLER,
Professeure, Université Côte d'Azur,

Soutenue le 9 janvier 2023

Devant le jury, composé de :

Thierry GRANIER, Professeur, Université Aix-
Marseille ;

Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, Maître de
conférence HDR, Université de Strasbourg ;

Eva MOUIAL-BASSILANA, Professeure,
Université Côte d'Azur ;

Marina TELLER, Professeure,
Université Côte d'Azur

Le droit de la résolution des défaillances bancaires

Contribution à l'étude du traitement administratif des établissements de
crédit peu solides ou défaillants

Jury :

Président

MOUIAL BASSILANA Eva, Professeure, Université Côte d'Azur

Rapporteurs

GRANIER Thierry, Professeur, Université Aix-Marseille

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, Maître de conférences HDR, Université de Strasbourg

Directrice de thèse

TELLER Marina, Professeure, Université côté d'Azur

Titre : Le droit de la résolution des défaillances bancaires - Contribution à l'étude du traitement administratif des établissements de crédit peu solides ou défaillants.

Résumé : Si on eut un temps pu s'interroger sur la nécessité de régir les défaillances bancaires, l'intérêt de telles dispositions a été réaffirmé depuis les années 2000. Dans ce contexte, le législateur européen, désireux d'assurer la stabilité financière, a mis en place une véritable Union bancaire, dont le second pilier est composé d'un Mécanisme de résolution unique destiné à prévenir et à traiter les défaillances bancaires. Ont ainsi été conçus différentes procédures et instruments dits de résolution, pouvant être mis en œuvre par des autorités administratives spécialisées. Or, la notion de résolution bancaire est une notion qui semblait jusqu'alors inconnue. Pourtant, les dispositions qui la gouvernent ne semblent pas véritablement la définir, et lui octroient la nature de Mécanisme, qui paraît inadaptée. En effet, en observant l'ensemble des éléments qui compose ce Mécanisme, il ne fait nul doute que le législateur ne s'est pas contenté de créer un dispositif de gestion des défaillances bancaires, mais est allé plus loin en élaborant un véritable droit *sui generis*. L'existence de ce droit doit être affirmée pour permettre à celui-ci d'être pleinement efficient. Il produit par ailleurs des effets considérables tant sur les sujets de droit qu'il gouverne, que sur les acteurs avec qui ceux-ci interagissent. Ces effets originaux participent à l'efficacité de la prévention et du traitement des défaillances bancaires. S'ils peuvent en ce sens être salués, certains risques doivent néanmoins être relevés, notamment à l'aune des droits fondamentaux. La jurisprudence naissante en la matière – mais déjà très instructive –, laisse présager un droit en évolution et aux enjeux multiples, qui fera sans nul doute l'objet d'un intérêt grandissant.

Mots-clés : Résolution des défaillances bancaires – Etablissement de crédit – Entité systémique – Stabilité financière – Droits fondamentaux.

Title : The law in resolution of bank failures – A contribution to the study of the administration of weak or failing credit institutions

Abstract : If once upon a time one could have wondered about the necessity of regulate bank failures, the interest in such dispositions have gained force since the early XXIst century. Thus the European lawmaker, having in mind financial stability, has set up a real Bank Union, – the second pillar of which consist of a Single Resolution Mechanism, designed to prevent and resolve bank failures. Within this frame several tools and procedures have been set up that can be utilised by specialised administrative authorities. Yet, the notion of bank resolution was up to now unknown. However, the dispositions that govern it don't seem really to define it, and qualify it as a Mechanism which seems inadapted. Thus, on observing all the elements partaking in the Mechanism it seems that the lawmaker, non content of creating a mechanism to deal with bank failures, but has gone further and set up a real law *sui generis*. The existence of this law must be asserted in order to be fully efficient. It also brings considerable effects not only on the subjects of law it governs but also on the actors involved. These original effects contribute to the efficiency of the prevention and the treatment of bank failures. And for this, they can be thanked, ; nevertheless certain risks may appaer especially concerning fundamental rights. Emerging – but already instructive – case law, predict an evolving and multifaceted laws, which will be worthy of growing interest.

Key words : Bank failure resolution – Credit institution – Systemic entity – Financial stability – Fundamental rights

Remerciements

Mes profonds remerciements s'adressent d'abord à Madame la Professeure Marina Teller pour sa confiance et sa bienveillance tout au long de ces travaux, ainsi que pour les conseils précieux qu'elle a pu m'adresser.

Je tiens ensuite à remercier les membres du jury, qui m'ont fait l'honneur d'accepter de lire mes travaux et d'en discuter au cours de ma soutenance.

Enfin, je souhaite remercier chaleureusement mes proches et exprimer ma profonde reconnaissance à ma mère, ma grand-mère et mon compagnon, pour leur soutien indéfectible.

Table des principales abréviations

ABE	Autorité bancaire européenne
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
<i>Adde</i>	Ajouter
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, Droit administratif
al.	Alinéa
Art.	Article
<i>Banq. & droit</i>	Banque et droit
<i>Banq. & strat.</i>	Banque et stratégie
BCE	Banque centrale européenne
BRI	Banque des règlements internationaux
<i>Bull. Joly Bourse</i>	Bulletin Joly Bourse
<i>Bull. Joly Entrep.</i>	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
<i>Bull. Joly Soc.</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
<i>Bull. com.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Bull. soc.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CMF	Code monétaire et financier
CRU	Conseil de résolution unique
CE	Conseil d'État
ch.	Chambre
chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
comm.	commentaire
concl.	conclusion
Cons.	Considérant
C. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contrat Concu. Consom.</i>	Revue contrat concurrence consommation –
<i>Contra</i>	En sens contraire
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CST	Conseil de stabilité financière
<i>D.</i>	Recueil Dalloz – <i>Dalloz</i>

DBF-BFR	Droit bancaire et financier – Bank- en Rinancieel Recht
Dir.	Sous la direction (de)
<i>Dr. sociétés</i>	Revue de droit des sociétés
Éd.	Edition
Ét.	Étude
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
FGDR	Fonds de garantie des dépôts et de résolution
FRU	Fonds de résolution unique
HCST	Haut Conseil de stabilité financière
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>In</i>	Dans
<i>Infra / supra</i>	Noté ci-dessous / Noté ci-dessus
<i>J.-Cl. Droit comparé</i>	Juris-Classeur droit comparé
<i>J.-Cl. Com.</i>	Juris-Classeur Commercial
<i>JCP E</i>	La semaine juridique – édition entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	La semaine juridique – édition générale
<i>JDI</i>	Journal de droit international
JO	Journal officiel
<i>Jurisdata</i>	Banque de données juridiques
L.	Loi
LEDEN	L'essentiel du droit des entreprises en difficulté
LEDC	L'essentiel du droit des contrats
LPA	Petites affiches (les)
<i>Mél.</i>	Mélange
MRU	Mécanisme de résolution unique
MSU	Mécanisme de surveillance unique
n°	numéro
obs.	Observation
<i>op. cit</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage précité)
ord.	Ordonnance
p.	Page(s)
<i>préc.</i>	Précité
<i>Procédures</i>	Revue procédures
PU	Presse universitaire
PUAM	Presse universitaire Aix Marseille
PUF	Presse Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
<i>Rapp.</i>	À rapprocher de
RDC	Revue des contrats
Rép. Civ.	Encyclopédies Dalloz répertoire de droit civil
<i>RD banc. Fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. Banq.</i>	Revue banque
<i>Rev. Banq. Éd.</i>	Revue banque édition

<i>Rev. droit & aff.</i>	Revue droit et affaires
<i>Rev. Éco. Fin.</i>	Revue d'économie financière
<i>Rev. Proc. Coll.</i>	Revue des procédures collectives, civiles et commerciales
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
RISF	Revue internationale des services financiers
<i>RJ. com</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
<i>RTD. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD. com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
s.	Suivants (et -.)
<i>voy.</i>	Voyez

Sommaire

PARTIE I : L'ÉDIFICATION INFORMELLE D'UN DROIT *SUI GENERIS* DE LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

TITRE I : L'AUTONOMIE DU DROIT DE LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

Chapitre 1 : La singularité des défaillances bancaires

Chapitre 2 : L'autonomie du droit de la résolution des défaillances bancaires au regard du droit des entreprises en difficulté

TITRE II : L'EXORBITANCE DU DROIT DE LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

Chapitre 1 : L'exorbitance constatée dans le déclenchement des dispositifs de résolution

Chapitre 2 : L'exorbitance constatée dans la mise en œuvre des dispositifs de résolution

PARTIE II : LES EFFETS CONTRAIGNANTS DU DROIT DE LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

TITRE I : L'ASSUJETTISSEMENT DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT À DES OBLIGATIONS NOUVELLES

Chapitre 1 : L'obligation nouvelle de planification

Chapitre 2 : Les obligations renouvelées de contribution et d'information

TITRE II : L'ATTEINTE LÉGITIMÉE AUX DROITS DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS

Chapitre I : La propriété des déposants et des investisseurs à l'épreuve du renflouement interne

Chapitre II : Les insuffisances de la protection des déposants et des investisseurs

En hommage à Jean-Marie Perdrriaud,

INTRODUCTION

*« Souvent le mal apparaîtra comme le début d'un grand bien.
Les crises se présenteront comme des crises purificatrices, unificatrices.
L'Homme qui se refuse à la crise est comme un enfant qui se refuse au progrès,
qui veut rester enfant alors que la nature l'appelle à devenir un homme
toujours plus conscient et plus libre »¹.*

1. – Les travaux initiateurs de Mr Lèguevaques. Dans son ouvrage intitulé « *Droit des défaillances bancaires* »², Mr Lèguevaques, adaptant ses travaux de thèse³, soutenait il y a vingt ans déjà, l'existence d'un droit autonome des défaillances bancaires. Plus précisément, il soutenait « *la formation d'un droit autonome de la procédure collective d'un établissement de crédit, par rapport au droit commun de l'entreprise en difficulté* »⁴. Procédant à une étude d'ensemble, l'auteur avait alors pu mettre en exergue, avec rigueur et pragmatisme, les particularités et les enjeux de la prévention et du traitement des établissements de crédit en difficulté. Plus encore, il avait pu observer le caractère dérogoire des dispositions qui gouvernaient ces sujets de droit particuliers. Si la qualité de ses travaux fut soulignée, la Professeure Saint-Alary-Houin qui dirigea la thèse de Mr Lèguevaques, précisa en 2002, dans la préface de l'ouvrage, qu'encore peu de temps avant, étudier la défaillance d'une banque aurait pu paraître incongru⁵. En effet, les défaillances bancaires étaient des objets d'étude si rarement rencontrés, que l'on pouvait s'interroger sur la nécessité pratique de les régir. La Professeure estima néanmoins, qu'au vu des évolutions législatives et des quelques affaires survenues depuis le milieu du XX^{ème} siècle, le sujet pouvait difficilement être considéré comme abstrait. Bien au contraire, il apparaissait en définitive d'un intérêt certain et d'actualité. Ne pouvait-elle alors imaginer, que seulement cinq ans après, la défaillance d'une banque entraînerait une crise économique mondiale, effaçant ainsi tout doute – *s'il y en eu vraiment* – quant à la pertinence d'un droit autonome des défaillances bancaires.

¹ GUITTON J., *Regards sur la pensée française 1870-1940. Leçons de captivité*, Beauchesne, 1968, p. 179.

² LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, préf. SAINT-ALARY-HOUIN C., Economica, coll. Pratique du droit, 2002.

³ LÈGUEVAQUES C., *La prévention et le traitement des « faillites » bancaires*, Thèse, Toulouse I, 2000.

⁴ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, *op. cit.*, p. 615.

⁵ SAINT-ALARY-HOUIN C., préf. dans LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, *op. cit.*

2. – Une pierre cruciale à l'édifice. Pour conclure son ouvrage, Mr Lèguevaques écrivait modestement à propos de celui-ci, qu'il « *n'est qu'une pierre parmi tant d'autres, une étude théorique tenant compte de la pratique, une contribution personnelle portée et revendiquée comme telle, sur une question de droit au confluent de l'histoire et de l'économie, mettant en jeu des intérêts et des perspectives qui le dépassent* »⁶. Il ajoutait alors que « *pris de vertige devant les évolutions futures qu'il pressent ou qui sont déjà annoncées [il confiait] à d'autres le soin d'avancer, de porter la lumière du droit au pays des règlements obscurs, laissant le soin à d'autres de le contredire ou de répondre aux questions en attente. Ou mieux, tout simplement de tout réécrire* »⁷. Évoquant déjà les évolutions futures du droit des défaillances bancaires, l'auteur offrait ainsi à d'autres l'opportunité de répondre, voire de contredire ses travaux. Mais la qualité de ceux-ci n'a pas conduit à de telles propositions. La seule tâche qu'il restait alors à entreprendre était donc, semble-t-il, celle de l'actualisation. À l'aune de ces éléments, les travaux de Mr Lèguevaques apparaissent ainsi comme le socle, les fondations nécessaires, pour appréhender aujourd'hui, ce qui constitue toujours, le droit des défaillances bancaires.

3. – L'intérêt du sujet renouvelé par la faillite de la banque *Lehman Brothers*. Seulement cinq années après la parution de l'ouvrage susmentionné, la question des défaillances bancaires est brutalement revenue sur le devant de la scène. La faillite d'une banque systémique entraînant des conséquences économiques mondiales désastreuses ne se limita malheureusement pas au simple cas d'école. Dès 2007, la crise était amorcée. Plusieurs fonds spéculatifs de la banque américaine *Bear Stearns* ont fait faillite ; d'autres appartenant au groupe *BNP Paribas* ont dû cesser leurs activités⁸. Un an après, c'est la quatrième plus grande banque d'investissement américaine, *Lehman Brothers*, qui se déclara en faillite. Fut principalement mis en cause, l'octroi colossal de crédit hypothécaires de qualité inférieure, qualifiés de *subprimes*⁹, qui conduisit à une crise de l'endettement, aggravée par le recours à la titrisation, ainsi que par une régulation lacunaire¹⁰.

⁶ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, op. cit., p. 623.

⁷ *Idem*.

⁸ D'autres établissements bancaires et financiers ont fait l'objet de graves difficultés, sans pour autant cesser leurs activités ou se déclarer en faillite. Pour un rappel chronologique des événements et des entités ayant fait l'objet de difficultés majeures dans le contexte de la crise des *subprimes*, voy. par exemple : MOUSSY J.-P., « Crise et régulation. Points de repères et perspectives », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2017, p. 381-390 ; PLANE M., PUJALS G., « Les banques dans la crise », Rev. OFCE, n° 110, 2009/3, p. 179.

⁹ À propos des crédits *subprimes*, voy. notamment : MOSCHETTO B., MOSCHETTO B.-L., *Crises financières et régulations bancaires*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2017, p. 19. JACQUILLAT B., LEVY-GARBOUA V., *Les 100 mots de la crise financière*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 29, n° 23.

¹⁰ Sur les causes et le déroulement de la crise des *subprimes*, voy. entre autres : KLEIN L., *La crise des subprime. Origines de l'excès de risque et mécanismes de propagation*, préf. KLESSLER D., Rev. Banq. Éd., 2010 ; COUDERT V., MIGNONV., « Quelques éléments empiriques sur la crise financière récente », Rev. Éco. Fin., 2011/3, n° 103, p. 21 ; LEQUESNE-ROTH C., « Retour sur la crise des "subprimes". Autopsie d'une déraison d'état », RIDE, 2009/2, t. XXIII, 2, p. 219 ; D'ARVISENET P., « La crise du *subprime* et ses répercussions », *Risques & Rev. Éco. Fin.*, n° 73-74, juin 2008, p. 85 ; DE LAROSIÈRE J., « Pourquoi le système a-t-il déraillé ? », *Risques & Rev. Éco. Fin.*, n° 73-74, juin 2008, p. 9 ; BONNEAU T., CAPELLE BLANCARD G., « Origines et solution à la crise financière », Bull. Joly Bourse, n° 6,

Les phénomènes d'interconnexion croissante entre les établissements du secteur, ainsi que de financiarisation de l'économie, ont conduit à la propagation des difficultés à d'autres acteurs, sur d'autres continents. La faillite de *Lehman Brothers* et plus largement la crise de l'endettement aux États-Unis, s'est par conséquent muée en une véritable crise économique mondiale, une crise systémique et évolutive¹¹, aux incidences désastreuses sur l'économie réelle¹². Plus encore, c'est en une crise de confiance qu'elle s'est muée¹³ ; une crise à laquelle l'ensemble des acteurs interagissant avec les marchés ont dû faire face. Or, la confiance est consubstantielle au bon fonctionnement du système bancaire et financier, et plus largement, au bon fonctionnement du système économique. Ainsi, pour limiter l'impact de ces événements sur les établissements bancaires européens, qui faisaient alors face à un fort risque d'insolvabilité, les pouvoirs publics ont dû apporter leur assistance¹⁴. Ces derniers ont d'abord cherché à soutenir le secteur bancaire et financier en restaurant une activité normale, puis à soutenir les activités économiques en procédant à des relances budgétaires, ainsi qu'à l'assouplissement des politiques monétaires¹⁵. Mais ces différents dispositifs de soutien n'ont pas permis de restaurer la pérennité du système économique et la stabilité financière. *A contrario*, ils ont participé à creuser le déficit et l'endettement public, tant est si bien qu'une nouvelle crise s'en est suivie au sein de la zone euro, qualifiée de crise des dettes souveraines¹⁶.

4. – Une mise à l'épreuve de la régulation bancaire. Il est indéniable que ces événements successifs ont eu des conséquences économiques et sociales catastrophiques, notamment au sein de l'Union européenne. Cependant, toute crise doit être appréhendée comme le début d'un renouveau et semble en ce sens pouvoir produire certains effets bénéfiques. En ce sens, illustrant

nov. 2008, p. 446 ; DISSAUX T., « Retour sur la crise des subprimes et de la titrisation », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, Association d'économie financière, 2010, p. 135.

¹¹ Banque de France, Documents et débats, n° 4, mai 2012.

¹² D'ARVISENET P., « Du subprime à l'économie réelle », *Sociétal*, n° 59, 1^{er} trimestre 2008, p. 88. Sur les effets de la crise des *subprimes* de manière générale, voy. : BRICONGNE J.-C., LAPÈGUE V., MONSO O., « La crise des "subprimes" : de la crise financière à la crise économique », *Insee, note de conjoncture*, mars 2009 ; PLANE M., PUJALS G., « Les banques dans la crise », *op. cit.*, p. 179 ; ARTUS P., BETBÈZE J.-P., DE BOISSIEU C., CAPELLE-BLANCARD G., *Rapport : La crise des subprimes*, La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'analyse économique, sept. 2008.

¹³ NOYER C., « Régulation et confiance », *Rev. Éco. Fin.*, n° 100, déc. 2010, p. 112.

¹⁴ Cette assistance a pu prendre différentes formes. Voy. à propos de l'intervention des pouvoirs publics européens suite à la crise des *subprimes* : PLANE M., PUJALS G., « Les banques dans la crise », *op. cit.*, p. 179.

¹⁵ Banque de France, Documents et débats, *op. cit.*

¹⁶ Pour davantage d'informations sur la crise des dettes souveraines, voy. entre autres : BETBÈZE J.-P., DEO S., MARTUCCI F., Dossier : « Les dettes souveraines. Où sont les risques ? Taux bas, restructurations... », *Rev. Banq.*, n° 784, mai 2015, dossier 22 ; BRENDER A., PISANI F., GAGNA E., *La crise des dettes souveraines*, La découverte, coll. Repère, 2013 ; BONNEAU T., « De la crise bancaire à la crise des dettes souveraines », *RD banc. Fin.*, janv. 2012, repère 1 ; COHEN É., « L'euro à l'épreuve de la crise des dettes souveraines », *Politique étrangère*, 2012/1, p. 23 ; AUDIT M. (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2011.

le phénomène cher aux économistes de destruction créatrice¹⁷, cette « réaction naturelle du corps économique »¹⁸ laissa apparaître sous un tas de ruines, les germes d'évolutions positives¹⁹.

Toutefois, avant de produire de tels effets, les crises marquent indéniablement des échecs. Ne faisant pas exception, la crise des *subprimes*, comme la crise des dettes souveraines, ont brutalement mis en exergue les lacunes de politiques économiques et monétaires, ainsi que de l'encadrement juridique du secteur bancaire et financier. En fait, elles sont venues mettre le droit à l'épreuve et tester l'efficacité de ses dispositifs. Or, si les réglementations en vigueur sont inévitablement apparues inadaptées et inefficaces, ces événements restèrent pleins « d'enseignements sur ce qu'il convient de faire, et plus encore sur ce qu'il convient de ne pas faire »²⁰.

5. – L'élément déclencheur. Élément déclencheur de ces crises successives, la faillite de la banque d'investissement *Lehman brothers* a pu être comparée à une onde de choc²¹ qui s'est immédiatement propagée sur l'ensemble des marchés. Cet événement est venu matérialiser un risque tant redouté, le risque systémique et représente aujourd'hui encore une situation qu'il convient impérativement d'éviter. Ce risque systémique se définit comme « ce qui menace un secteur lorsque le comportement et plus particulièrement la défaillance d'un seul agent économique entraîne des comportements en chaîne (effet domino), pouvant faire s'écrouler tout le secteur »²². En ce sens, la prévention et la gestion des défaillances bancaires sont rapidement devenues des enjeux majeurs du droit bancaire et financier. La volonté de résoudre les problématiques rencontrées lors de ces crises fut partagée à l'échelle globale et a constitué la source des grandes réformes de la réglementation bancaire et financière rapidement amorcées.

6. – Divers aspects à réformer. Différents aspects de la régulation bancaire et financière, ainsi que de l'organisation des marchés et de ses acteurs ont été décriés à la suite de ces événements. En matière de traitement des défaillances bancaires, différents éléments du droit applicable ont ainsi dû être réformés. D'abord, la crise des dettes souveraines a montré la nécessité de rompre le lien entre la banque et l'État. Ainsi, il convenait impérativement d'encadrer strictement ce rapport et de limiter le recours au soutien public. Ensuite, ces crises ont mis en exergue les limites de droits

¹⁷ SCHUMPETER J. A., *Capitalisme, socialisme et démocratie*, [1942], Paris, éd. Payot, 1990, Chapitre 7.

¹⁸ LEFÉBURE J., « Les effets bénéfiques de la crise », *Revue administrative*, n° 370, juill. 2009, p. 413.

¹⁹ En ce sens : ARTUS P., « Les bienfaits de la crise », *Rev. Éco. Fin.*, hors-série n° 7, 2008, p. 461.

²⁰ JACQUILLAT B., LEVY-GARBOUA V., *Les 100 mots de la crise financière*, 5^{ème} éd., PUF, coll. Que sais-je ?, 2009, p. 35.

²¹ COUDERT V., MIGNON V., « Quelques éléments empiriques sur la crise financière récente », *Rev. Éco. Fin.*, 2011/3, n° 103, p. 21.

²² FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, p. 118.

pensés et établis à l'échelle nationale. Elles ont en effet montré que les divergences réglementaires entre États ne permettaient pas de mettre en œuvre un traitement efficace de ces situations complexes. L'élaboration de règles supranationales est donc apparue comme un impératif majeur. En outre, il semblait également nécessaire d'assurer une confiance pérenne sur les marchés et d'accorder à cette fin une protection accrue aux clients et partenaires des établissements bancaires et financiers. Enfin, les crises ont montré l'incapacité du droit applicable à traiter les difficultés financières rencontrées par ces établissements, tout en limitant l'impact négatif de celles-ci sur la stabilité financière, ainsi que sur l'ensemble du système économique. Or, un traitement rapide et efficace de ces entités aurait permis de réduire le risque systémique, de préserver la confiance sur les marchés et d'assurer la stabilité financière. Le traitement juridique des défaillances bancaires apparaît donc à l'aune de ces éléments, comme un axe majeur de la réforme de la réglementation bancaire *post* crises. Une des nécessités les plus urgentes semblait en ce sens de créer des dispositifs spécifiquement destinés à prévenir et à traiter les défaillances bancaires, tout en limitant leurs effets pervers.

7. – La naissance de l'Union bancaire. C'est dans ce contexte et en réponse à ces problématiques, que les pouvoirs publics, animés d'une volonté de réformation et d'harmonisation, ont imaginé et conçu une nouvelle union, une Union bancaire. Adossée à l'Union économique et monétaire²³, cette dernière a été mise au point avec célérité et constitue « *indéniablement l'avancée la plus remarquable de l'intégration européenne* »²⁴, permettant de restaurer la confiance²⁵. Dès 2012, la Commission européenne avait proposé dans une communication, un « *cadre commun de règles et de compétences* »²⁶ destiné à coordonner la supervision des établissements bancaires et financiers à l'échelle communautaire, ainsi qu'à prévenir et à traiter les crises bancaires. Dans cette

²³ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 5^{ème} éd., 2020, p. 139 ; ALLEMAND F., « Sens et essence de l'euro dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *L'Europe bancaire et financière, Liber amicorum SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 221. Voy. à propos de l'Union économique et monétaire : ANGEL B., *L'Union économique et monétaire : manuel général*, Ellipses, coll. Optimum, 2006 ; CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire : aspects juridiques et institutionnels*, Pedone, coll. Études internationales, 1996 ; MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016. C'est deux Unions devraient par ailleurs être complétées par une Union des marchés de capitaux. Voy. en ce sens : BONNEAU T., « L'Union des marchés de capitaux, un nouveau "château de cartes" ? », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2015, repère 4 ; ELIET G., « L'Union des marchés de capitaux », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2015, alertes 31 ; DEMARIGNY F., « 25 recommandations pour une Union des marchés de capitaux axée sur l'investissement et le financement », *Rapport pour le Ministre des Finances et des comptes publics*, mai 2015 ; DECKERT K., « Le livre vert de la Commission européenne sur l'Union des marchés de capitaux », *RISF*, 2015/3, p. 63 ; TENEBBAUM A., « Union des marchés de capitaux (UMC). Plan d'action pour construire l'Union des marchés de capitaux COM (2015) 468 final », *Banq. & droit*, n° 164, nov. 2015, p. 53 ; IDOT L., « L'Union des marchés de capitaux en voie d'achèvement ? », *Europe*, juin 2019, focus 39.

²⁴ MARTUCCI F., « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 11-48, spéc. p. 13.

²⁵ BONNEAU T., « L'Union bancaire européenne. Propos introductifs », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 25.

²⁶ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Feuille de route pour une union bancaire*, 12 septembre 2012, COM (2012) 510.

communication, la Commission avait appelé à la création d'une Union bancaire, dans le but d'« *asseoir le système bancaire sur des bases plus saines et de rétablir la confiance dans l'euro* ». Cette Union devait ainsi permettre d'assurer la stabilité, la fiabilité et la sécurité du secteur bancaire de la zone euro et de l'Union européenne dans son ensemble, tout en rompant « *le cercle vicieux qui existe entre les banques et les États* »²⁷.

Malgré sa nécessité incontestable, la mise en place effective de l'Union bancaire ne fut pourtant pas dénuée d'embuche. En effet, elle a fait l'objet de nombreux débats au sein des États membres de l'Union européenne et de la zone euro, mais également des institutions. Divers aspects de l'Union bancaire ont pu être contestés par certains États, jusqu'à l'appellation même d'Union bancaire²⁸. Cependant, le Conseil européen rappelant l'importance d'achever cette Union, en précisant qu'il s'agissait d'une priorité absolue, a permis sa mise en place effective. En définitive, l'Union bancaire concerne désormais principalement les pays faisant partie de la zone euro²⁹. Ainsi, les États qui ne relèvent pas de cette zone n'ont pas été tenus d'intégrer cette Union, mais peuvent néanmoins le décider de manière volontaire. Dans ce cas particulier, ils sont alors tenus d'instaurer une coopération étroite avec la Banque centrale européenne, dont le législateur a pu définir les modalités³⁰.

8. – Les piliers de l'Union bancaire. L'Union bancaire n'a pas été instituée par un texte unique. C'est une pluralité de règlements et de directives qui établissent ses bases et régissent son fonctionnement. Cette Union est articulée autour de trois piliers. Le premier pilier est composé d'un Mécanisme de surveillance Unique³¹, destiné à assurer une supervision uniforme des établissements bancaires et financiers établis dans les États membres. Le second pilier est composé d'un Mécanisme de résolution unique, qui instaure des dispositifs de prévention et de traitement uniformes des défaillances bancaires. Enfin, le troisième pilier est composé du corpus réglementaire

²⁷ Conseil européen, 13-14 déc. 2012, pt. 10.

²⁸ À propos des désaccords relatifs à la mise en place de l'Union bancaire, voy. notamment : MARTUCCI F., « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité », *op. cit.*, spéc. p. 13 ; GUDIN P., « Les positions allemandes sur l'Union bancaire », *Rev. Banq.*, n° 771, avr. 2014, p. 26.

²⁹ ROUSSILLE M., « 3 questions sur l'Union bancaire », *JCP E.*, n° 46, nov. 2014, 848.

³⁰ Voy. à propos : Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, art. 7.

³¹ L'Union bancaire est composée d'un Mécanisme de surveillance unique (MSU) considéré comme le premier pilier de celle-ci. Institué par le Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013 dit « Règlement MSU » et par le règlement (UE) n° 468/2014 du 16 avril 2014 dit « Règlement cadre MSU », il a pour objet de « *contribuer à la sécurité et à la solidité des établissements de crédit et à la stabilité du système financier au sein de l'Union et dans chaque état membre* ». Cf. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, art. 1^{er}. Pour plus d'informations sur le Mécanisme de surveillance unique, voy. : SOUSI B., « Le champ d'application du mécanisme de surveillance unique (MSU) », *RD banc. Fin.*, n°4, juill. 2014, dossier 27 ; BONNEAU T., « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP E.*, n° 43, oct. 2012, 1645 ; KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Union bancaire. Vers un bouleversement de la supervision bancaire », *Rev. Banq.*, n° 752, oct. 2012, p. 50 ; ROUAUD A.-C., « Union bancaire. Première étape dans la mise en place de l'Union bancaire européenne : adoption du mécanisme de surveillance unique », *RISF*, 2014/1, p. 118 ; PARTSCH P. E., « Le mécanisme de surveillance unique : analyse juridique », *DBR BFR*, 2015/1-2, p. 12.

unique³², ou règlement uniforme³³, qui regroupe l'ensemble des textes gouvernant ladite Union. Dans le cadre de notre étude, toute notre attention sera portée sur le second pilier, le Mécanisme de résolution unique, bien que les autres piliers pourront dès lors que nos raisonnements le nécessitent, être abordés.

9. – Assise textuelle du Mécanisme de résolution unique. Le Mécanisme de résolution unique a été institué en droit européen par la directive 2014/59/UE du 15 mai 2014³⁴, dite directive « BRRD »³⁵, ainsi que par le règlement (UE) n° 806/2014 du 15 juillet 2014³⁶, dit règlement « SRMR »³⁷. Le législateur français, conscient de la nécessité de réformer au plus vite le traitement des défaillances bancaires, avait anticipé ces évolutions législatives en mettant en place dès 2013, des règles relatives à la résolution des défaillances bancaires par le biais de la loi n° 2013-672 de séparation et de régulation des activités bancaires, dite loi « SRAB »³⁸. Il est par la suite venu adapter les dispositions qu'il avait établi au droit européen, avec l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015³⁹. D'autres textes sont venus compléter l'ensemble de ces dispositifs, tant en droit européen qu'en droit national⁴⁰. Nous pourrions les aborder dans nos développements, dès lors qu'ils seront nécessaires à nos réflexions.

³² Le contenu du troisième pilier paraît incertain. Il semblait initialement devoir être constitué d'un système unique de garantie des dépôts : Cf. CARDONA M., « Stabilité financière et Union bancaire », in *Le traitement des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, avant-propos BARRIÈRE F., LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 1-20, spéc. p. 1. Or, des difficultés politiques ont fait que ce système n'a pour l'heure pas pu être mis en place. Un changement semble donc avoir été opéré. Le troisième pilier serait donc désormais constitué du corpus réglementaire unique, qui comprend tous les actes de droit dérivé de l'Union qui régissent l'Union bancaire. Sur le caractère inachevé de l'Union bancaire, voy. : DE LAROSIÈRE J., « On parle d'union bancaire européenne, mais elle n'existe pas », *Rev. Banq.*, n° 860, oct. 2021, p. 6 ; RASPILLIER S., « Un moment charnière pour l'Union bancaire », *Rev. Banq.*, n° 856, mai 2021, p. 22 ; LUSSIGNY B., « La vision des banques françaises pour l'Union bancaire », *Rev. Banq.*, n° 856, mai 2021, p. 26 ; BARRIÈRE F., « L'Union bancaire, une œuvre inachevée », in *Mél. STORCK J.-P. et M.*, Dalloz, 2021, p. 133-142 ; LOUIS J.-V., « L'Union bancaire : un processus incomplet ? », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 153-162.

³³ MARTUCCI F., « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité », *op. cit.*, p. 12.

³⁴ 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, 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.

³⁵ Ladite directive est régulièrement nommée par la doctrine et les praticiens « BRRD ». Cette appellation est l'acronyme de l'intitulé anglo-saxon de la directive, à savoir « Bank Recovery and Resolution Directive ».

³⁶ 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.

³⁷ Ledit règlement est régulièrement nommé par la doctrine et les praticiens « SRMR ». Cette appellation est relative à l'intitulé anglo-saxon du règlement, et apparaît ainsi comme l'acronyme de « Single Resolution Mechanism Regulation ».

³⁸ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

³⁹ 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.

⁴⁰ BONNEAU T., *Droit bancaire*, 14^{ème} éd., LGDJ, Précis Domat, 2021, p. 275.

10. – Présentation du Mécanisme de résolution unique. Le Mécanisme de résolution unique a été établi dans le but de prévenir et de traiter les établissements bancaires et financiers peu solides ou défaillants. Pour cela, il soumet le cas échéant lesdits établissements à un traitement administratif de leur difficulté. Si la vocation et le contenu de ce Mécanisme de résolution unique sont précisés par les textes, il ne semble pas pour autant faire l'objet d'une définition légale. Le Mécanisme de résolution unique octroie aux pouvoirs publics une pluralité d'outils innovants, destinés à prévenir ou à traiter les défaillances bancaires. Ces outils peuvent être mis en œuvre dans le cadre de procédures préventives ou curatives. La mise en œuvre de ces procédures doit être assurée par des autorités de résolution constituées à cette fin. Ce Mécanisme de résolution unique instaure ainsi une gestion particulière des défaillances bancaires. Il établit des dispositifs administratifs et non plus judiciaires, qui auront vocation à permettre un traitement rapide et efficace des établissements bancaires et financiers en difficulté. Cette particularité est motivée par la volonté de préserver la stabilité financière, en évinçant par conséquent le droit antérieurement appliqué qui s'est avéré inadapté.

11. – *Quid du droit des entreprises en difficulté ?* Traditionnellement, les établissements bancaires et financiers en difficulté étaient traités par le droit des entreprises en difficulté. Le livre VI du Code de commerce avait ainsi vocation à s'appliquer, tout comme certaines dispositions de droit européen relatives aux procédures d'insolvabilité⁴¹ ou à l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit⁴². Cependant, les crises ont démontré que l'ensemble de ces dispositions étaient inadaptées au cas particulier des défaillances bancaires, malgré les aménagements que le législateur avait pu établir afin de s'adapter aux spécificités de ces entreprises cruciales⁴³.

Précisons à ce propos que des différents aménagements réalisés par le législateur afin d'adapter le droit des entreprises en difficulté au cas des établissements de crédit constituaient ce que Mr Lèguevaques considérait comme le droit des défaillances bancaires, ou plus précisément ce qu'il définissait rappelons-le, comme le « *droit autonome de la procédure collective d'un établissement de crédit, par rapport au droit commun de l'entreprise en difficulté* »⁴⁴. Or, si l'ensemble de ces dispositions semble pouvoir être entendu comme un droit à part entière, il ne semble pouvoir être considéré que comme un droit spécial des entreprises en difficulté et non comme une nouvelle branche du droit. En effet, différents éléments conduisent à cette interprétation. L'absence d'institutions spécifiques à ce droit

⁴¹ Cf. Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

⁴² Cf. Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit.

⁴³ Sur la notion d'entreprise crucial voy. FRISON-ROCHE M.-A., « Réguler les "entreprises cruciales" », *D.*, n° 27, juill. 2014, p. 1556.

⁴⁴ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, *op. cit.*, p. 615.

de la procédure collective des établissements de crédit, de corpus juridique distinct, de principes directeurs, d'objectifs et de dispositifs propres, ou encore d'organe de traitement des litiges dédiés, paraît ainsi induire ce constat. Or, le Mécanisme de résolution unique semble quant à lui bénéficier de l'ensemble de ces attributs.

12. – Problématique. Force de ce constat, une interrogation naît légitimement : les dispositions régissant les défaillances bancaires auraient-elles quitter ce qui pourrait être défini comme le droit spécial des entreprises en difficulté, pour composer un droit nouveau ? Une telle interrogation reviendrait à se demander si en mettant en place de nouveaux dispositifs de prévention et de gestion des difficultés financières rencontrées par des établissements bancaires et financiers, le législateur désireux de préserver la stabilité financière, n'a-t-il pas édifié un droit *sui generis* de la résolution des défaillances bancaires ? La mise en exergue de cette problématique semble conduire *in fine* à s'interroger sur la définition de la résolution des défaillances bancaires. En effet, si formellement celle-ci a été qualifiée par le législateur de « mécanisme », il semble néanmoins nécessaire de se questionner quant au bien-fondé de cette définition, ainsi qu'à son adéquation aux faits. Tentant ainsi de mettre en œuvre la capacité créatrice⁴⁵ propre à la doctrine, il convient de procéder à l'examen critique de cet objet juridique – *peut-être mal identifié ?*⁴⁶ – qu'est la résolution des défaillances bancaires. Naturellement emprunt des travaux de l'école de droit économique de Nice⁴⁷ qui guidèrent notre parcours universitaire, nous procéderons à la réalisation de cet examen critique cher à ses partisans, afin de mettre en exergue la définition substantielle de la résolution des défaillances bancaires⁴⁸.

13. – Les bénéfiques de la reconnaissance d'un droit de la résolution des défaillances bancaires. La Professeure Frison-Roche, qui entretient également un lien particulier avec le droit économique, a pu écrire à propos du droit de la régulation dont elle soutient l'existence, que « *si un*

⁴⁵ BONNEAU T., « La doctrine dans sa mission de recherche », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2020, dossier 3.

⁴⁶ À Propos des objets juridiques non ou mal identifiés, aussi qualifiés d' « O.J.N.I », voy. : FRYDMAN B., « Comment penser le droit global », in *La science du droit dans la globalisation*, CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B. (dir.), Bruylant, Coll. Penser le droit, 2012, p. 18 et s.

⁴⁷ À propos de l'école niçoise du droit économique, voy. notamment : JOURDAIN-FORTIER C., « Hommage à l'école niçoise du droit économique », *RIDE*, 2013/4, t. XXVII, p. 407 ; MARTIN G. J., RACINE J.-B., « Gérard Farjat et la doctrine », *RIDE*, 2013/4, t. XXVII, p. 409 ; BALATE É., « Hommage à Gérard Farjat, premier président de l'Association internationale de droit économique, prononcé le 23 novembre 2012 à Nice », *RIDE*, 2013/4, t. XXVII, p. 419 ; BALATE É., « Hommage à Laurence Boy, secrétaire générale de l'Association internationale de droit économique, prononcé le 9 mars 2013 à Nice » *RIDE*, 2013/4, t. XXVII, p. 433.

⁴⁸ Précisons que la méthode d'analyse propre à l'école de droit économique de Nice est l'analyse substantielle. Celle-ci a été définie par le Professeur Farjat comme une méthode qui vise « à analyser, à qualifier ou à critiquer des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons droit substantiel ou droit "matériel". Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle ». Cf. FARJAT G., « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Rev. Intern. Dr. Éco.*, n° 0, 1986, p. 9.

sens commun peut réunir les manifestations juridiques éparses, si une cohérence les articules entre elles, si des institutions spécifiques apparaissent, alors il faut aller plus loin et soutenir qu'une branche du droit est constituée. L'exprimer redonnerait au système juridique de l'ordre, voire pourrait conduire à une meilleure adéquation entre le droit et l'économie [...]»⁴⁹. Incontestablement, ces propos entrent en résonance avec notre hypothèse. En effet, attribuer la qualité de droit à la résolution des défaillances bancaires permettrait d'une part, de redonner de l'ordre au système juridique et de bénéficier d'une meilleure adéquation entre le droit et l'économie⁵⁰. Cette reconnaissance serait aussi l'occasion d'explicitier son contenu et de préciser ses contours. Ses rapports avec d'autres droits pourraient en outre être appréhendés et l'exclusion de dispositions inappropriées à la prévention et au traitement des défaillances bancaires pourrait par conséquent être opérée. D'autre part, la caractérisation d'un droit de la résolution des défaillances bancaires permettrait aux juges chargés de trancher des litiges relatifs à la défaillance d'établissements bancaires et financiers, de choisir plus aisément les dispositions sur lesquelles ils devraient fonder leurs raisonnements, tout en limitant les risques d'interprétation ou de décisions arbitraires qui pourraient découler d'une définition erronée de la résolution des défaillances bancaires ou d'une appréhension imprécise de ses rapports avec d'autres droits.

14. – Un objet d'étude mobilisateur. La création du Mécanisme de résolution unique fut une véritable révolution pour l'ensemble du secteur bancaire et financier. Évidemment, cette innovation a quelques temps durant monopolisée l'attention, si bien que de nombreux écrits sont parus au moment de sa mise en place, tant dans la doctrine économique que juridique. Et pourtant, le sujet n'a pas perdu d'intérêt et reste une source, semble-t-il inépuisable, de questionnements pour les

⁴⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, n° 7, p. 610.

⁵⁰ Pour reprendre les propos de la Professeure Marie-Anne Frison-Roche.

différents acteurs du droit bancaire et financier. Articles⁵¹, colloques⁵², ouvrages collectifs⁵³, thèses⁵⁴... le sujet a pu être appréhendés à de nombreuses reprises. Qu'il nous soit permis de saluer l'ensemble de leurs auteurs pour leurs travaux, qui ont incontestablement nourri notre étude de ce sujet complexe. Cependant, faisant l'état de l'art, il y a certaines remarques que nous souhaiterions formuler et qui contribueront à exprimer l'intérêt de notre étude, ainsi qu'à délimiter les contours de nos réflexions.

15. – Un périmètre de recherche étendu. Précisons avant tout que la résolution des défaillances bancaires s'avère être un sujet très vaste. Ainsi, le périmètre des études qui y sont relatives peut amplement varier. D'abord, le choix du périmètre territorial peut venir modifier le contenu étudié. Il est en ce sens possible de s'intéresser aux dispositions relatives à la résolution des défaillances bancaires issues du droit français, du droit européen, du droit international, voire de certains États en particulier, en prenant pourquoi pas le prisme d'une approche de droit comparé. Ensuite, le champ d'étude peut également varier en fonction de l'objet étudié. En effet, si le droit de la résolution des défaillances bancaires a été initialement conçu pour traiter les établissements bancaires et financiers, il s'est ensuite étendu aux entreprises du secteur assurantiel, ainsi qu'aux chambres de compensation. De plus, au sein des établissements bancaires et financiers,

⁵¹ Voy. par exemple et de manière non exhaustive : D'AMBRA D., et FRISON-ROCHE M.-A., « Les résolutions bancaires entre droit commun des procédures collectives et droit commun de la régulation », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Joly, Lextenso Éditions, 2017, p. 293-304 ; KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « La réforme de la procédure de prévention et de résolution des crises bancaires : présentation succincte », *Rev. Banq.*, n° 789, nov. 2015, p. 91 ; ROUSSEL GALLE P., « Les défaillances bancaires et financières, un droit spécial ? Propos conclusifs », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 57 ; SUSSET E., « Enjeux de la résolution bancaire », *RD. Banc. fin.*, n° 4, juill. 2013, dossier 36 ; PRŪM A., « Le nouveau cadre européen du traitement des faillites bancaires à vol d'oiseau », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 52 ; EECKHOUDT M., « Le cadre européen de redressement et de résolution des défaillances bancaires », *LPA*, n° 138, juill. 2013, p. 6 ; BONNEAU T., « Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 48 ; GOURIO A., « Le mécanisme de résolution unique : les nouveaux instruments et pouvoirs des autorités de résolution bancaires », *RD banc. Fin.*, n° 6, juill. 2014, dossier 30 ; GRANIER T., « Le traitement des difficultés des établissements de crédit d'importance systémique », in *Les procédures collectives complexes*, CERATI-GAUTHIER A., PERRUCHOT-TRIBOULET V. (dir.), Joly éd., coll. Pratique des affaires, 2017, p. 63-76 ; AYMERIC N.-H., « La résolution bancaire – Aspects transfrontières », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières*, *Approche croisée*, Actualité du droit de l'entreprise, LexisNexis, 2017, p. 189-224 ; BONNEAU T., « Le régime de résolution bancaire (titre 4 de la loi du 26 juillet 2013) », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, sept. 2013, étude 26 ;

⁵² Colloque, Université Lyon 2, « Le traitement des difficultés des entreprises bancaires et institutions financières. Approche croisée », 23 févr. 2018 ; Colloque, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, « La résolution bancaire : enjeux et perspectives », 30 sept. 2016 ; Colloque, Université Paris 13 et Université Paris V, « Les défaillances bancaires et financières, un droit spécial ? », 29 sept. 2014.

⁵³ Un ouvrage collectif a pu entièrement être consacré au traitement des défaillances bancaires : *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017. Dans d'autres ouvrages collectifs, des sections spécifiques ont été spécialement destinées à ce sujet. Voy. par exemple : *Liber amicorum*, *Mél. VALLENS J.-L.*, Lextenso, Joly éd., 2017 ; *Mél. AEDBF-France*, VII, DAIGRE J.-J., BREHIER B., (dir.), Rev. Banq. éd., 2018.

⁵⁴ Voy. *infra* n° 15.

les règles peuvent différer selon que les dispositions gouvernent des établissements systémiques ou non, ou selon qu'ils prennent la forme de groupes de sociétés. Enfin, il est vrai qu'un nombre important de thématiques peuvent être abordées lorsque l'on s'intéresse à ce sujet. Nous pourrions mentionner à titre d'exemple la possibilité d'étudier le rôle des autorités compétentes, la manière d'évaluer les difficultés, la description des dispositifs préventifs, la mise en œuvre des procédures curatives, le sort des créanciers et des actionnaires ou encore la responsabilité des dirigeants... Cette liste ne pourrait être exhaustive, mais illustre l'ampleur du champ d'étude à délimiter.

16. – Un axe d'étude à saisir. Si différents travaux ont pu porter sur les règles relatives à la prévention, ainsi qu'au traitement des faillites bancaires, voire plus largement sur les règles destinées à éviter la survenance de ces crises bancaires, il reste certains angles qui n'ont pas été adoptés et des questions en suspens. En effet, certains travaux s'avèrent très généraux et n'offrent en ce sens qu'une vue d'ensemble des dispositions applicables. À l'inverse, d'autres s'attachent à aborder des points très précis. Or, si ces deux types d'approches sont incontestablement nécessaires à une bonne compréhension du sujet, elles ne permettent pas de disposer d'une étude globale, tant pédagogique qu'exhaustive, de la résolution des défaillances bancaires. La thèse semble à ce titre être une forme particulièrement adaptée à ce dessein. Certains se sont d'ailleurs déjà intéressés à la thématique des défaillances bancaires, ou plus largement de l'appréhension juridique des crises bancaires, dans le cadre de leur doctorat. Mr Piih par exemple, a pu s'intéresser au traitement des établissements de crédit en difficulté, en limitant toutefois ces travaux à la zone CEMAC⁵⁵. Mme Maurin a également pu aborder la résolution des défaillances bancaires, mais en adoptant un axe de recherche particulier, puisqu'elle s'est attachée à étudier l'ensemble des dispositifs destinés à prévenir le risque bancaire systémique⁵⁶. Mr Zouh a quant à lui pu réaliser une étude de droit comparé conséquente, en étudiant les législations relatives à l'insolvabilité bancaire dans des pays très différents⁵⁷. Enfin, deux thèses ont pu d'avantage s'axer sur l'encadrement juridique des défaillances bancaires dans le cadre de l'Union bancaire, la thèse de Mr Hascoët⁵⁸ et celle de Mr Sibone⁵⁹. Cependant, ces auteurs étudient les dispositifs destinés à préserver la stabilité financière et à assurer la résilience des établissements bancaires et financiers dans leur ensemble. Ainsi, si une part de leurs études vient présenter le mécanisme de résolution unique, ils ne semblent pas en faire

⁵⁵ PIIH D., *Le traitement des établissements de crédit en difficulté en zone CEMAC*, ROUSSEL GALLE P. (dir.), Thèse Sorbonne Paris Cité, 2018.

⁵⁶ MAURIN A., *Vers une maîtrise du risque bancaire systémique*, PASQUALINI F. (dir.), Thèse Paris Sciences et Lettres, 2019.

⁵⁷ ZHOU Y., *L'harmonisation des législations de l'insolvabilité bancaire : utopie ou nécessité ?*, CHAPUT Y. (dir.), Thèse Paris I, 2016.

⁵⁸ HASCOËT D., *Les défaillances bancaires*, CONSTANTIN A. (dir.), Thèse Paris-Saclay.

⁵⁹ SIBONE H. J., *Le traitement des risques de défaillances bancaires*, RUBELLIN P. (dir.), Thèse Poitiers, 2019.

une analyse approfondie. Par conséquent, une étude exhaustive procédant à un examen critique et pragmatique des dispositifs préventifs et curatifs de traitement des défaillances bancaires dans le cadre de l'Union bancaire semble être d'un intérêt certain. L'importance de la jurisprudence naissante en la matière le démontre également. En définitive, certains mécanismes semblent devoir être précisés, certaines notions être définies et la cohérence entre le droit et les faits être rétablie. Ce dessein est conséquent et une étude ne pourrait à elle seule suffire. Ainsi, nous tenterons modestement d'y contribuer, en définissant – *si son existence est confirmée* –, le droit de la résolution des défaillances bancaires (Première partie), avant participer à préciser ses effets (Seconde partie). À cette fin, nous limiterons notre champ d'étude au cas le plus général, celui de l'établissement de crédit systémique, tout en précisant, lorsque cela nous semblera nécessaire, les spécificités qui peuvent avoir été édifiées pour d'autres acteurs du secteur bancaire et financier.

Première partie : L'édification informelle d'un droit *sui generis* la résolution des défaillances bancaires

Seconde partie : Les effets contraignants du droit de la résolution des défaillances bancaires

Première partie :

L'ÉDIFICATION INFORMELLE D'UN DROIT *SUI GENERIS* DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

17. – **Sources et nature du Mécanisme de résolution unique.** Tenant compte des recommandations émises par les régulateurs internationaux⁶⁰, l'Union européenne a conçu le Mécanisme de résolution unique, en vue de prévenir et de traiter les défaillances bancaires. Celui-ci a été mis en place par la directive 2014/59/UE du 15 mai 2014, qui établit « *un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement* », ainsi que par le règlement (UE) n°806/2014 du 15 juillet 2014, qui établit « *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* »⁶¹. À l'aune de ces dispositions, la résolution des défaillances bancaires devrait donc se définir comme un « mécanisme » ou comme un « cadre ». Or, ces terminologies manquent de précision et font de la résolution un objet juridique non ou mal identifié⁶², ce qui est regrettable. En effet, définir la résolution comme un « mécanisme » semble limiter sa portée. Le terme de « mécanisme » correspond à une notion *a-juridique*, dépourvue de

⁶⁰ Voy. notamment : FSB, « Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions », Oct. 2011.

⁶¹ D'autres textes sont, par la suite, venus modifier et compléter le corpus juridique régissant le mécanisme de résolution unique. La directive 2014/59/UE et le règlement (UE) n° 806/2014, ont été modifiés par les textes suivants : Dir. 2017/2399/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017, modifiant la directive 2014/59/UE, en ce qui concerne le rang des instruments de dette non garantie dans la hiérarchie en cas d'insolvabilité ; Dir. (UE) 2019/879 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation des établissements de crédit et des entreprises d'investissements et la directive 98/26/CE ; Règl. (UE) 2019/876 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019, modifiant le règlement (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 les contreparties centrales, les expositions sur organismes de placement collectif, les grands risques et les exigences de déclaration et de publication, et le règlement (UE), n°648/2012 ; Dir. (UE) 2019/2034 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019, concernant la surveillance prudentielle des entreprises d'investissement et modifiant les directives 2002/87/CE, 2013/36/UE, 2014/59/UE et 2014/65/UE. La directive 2014/59/UE et le règlement (UE) n°806/2014 ont également été complétés par les textes suivants : Règl. délégué (UE) n° 2015/63 de la Commission du 21 octobre 2014 ; Règl. d'exécution (UE) n° 2015/81 du Conseil du 19 décembre 2014 ; Règl. délégué (UE) n° 2017/747 de la Commission du 17 décembre 2015 ; Règl. délégué (UE) n° 2016/860 de la Commission du 4 février 2016 ; Règl. délégué (UE) n° 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 ; Règl. délégué (UE) n° 2016/1400 de la Commission du 10 mai 2016 ; Règl. délégué (UE) n° 2016/1401 de la Commission du 13 mai 2016 ; Règl. délégué (UE) n° 2016/1450 de la Commission du 23 mai 2016 ; Règl. d'exécution (UE) n° 2016/911 de la Commission du 9 juin 2016 ; Règl. d'exécution (UE) n° 2016/962 de la Commission du 16 juin 2016 ; Règl. d'exécution (UE) n° 2016/1712 de la Commission du 7 juin 2016 ; Règl. Délégué (UE) n° 2017/867 de la Commission du 7 février 2017 ; Règl. Délégué (UE) n° 2018/344 de la Commission du 14 nov. 2017 ; Règl. Délégué (UE) n° 2018/345 de la Commission du 14 nov. 2017 ; Règl. d'exécution (UE) 2018/1624 de la Commission du 23 octobre 2018 ; Règl. Délégué (UE) n° 2019/348 du 25 octobre 2018. Cf. BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationales*, *op. cit.*, p. 275-276.

⁶² FRYDMAN B., « Comment penser le droit global », *op. cit.*, p.18 et s.

valeur légale intrinsèque ou d'effet contraignant. Il en est de même du terme de « cadre », qui conduit à se demander si le second pilier de l'Union bancaire instaure seulement un « cadre » pour la résolution des défaillances bancaires ? Or, il convient de répondre par la négative, puisque les dispositions relatives à ladite résolution établissent bien davantage qu'un simple « cadre ». En effet, elles définissent tout un système préventif et curatif de gestion des difficultés rencontrées par des établissements bancaires et financiers. Les dispositions qui régissent la résolution des défaillances bancaires définissent des règles exhaustives, précises et opérationnelles. En ce sens, d'aucuns préfèrent aborder l'émergence d'un régime de résolution⁶³.

18. – La résolution, un régime ou un droit ? La notion de régime juridique paraît davantage adaptée pour définir la résolution des défaillances bancaires. La justesse de cette qualification régulièrement employée par la doctrine⁶⁴ ne peut être contestée. Toutefois, cette notion, tout comme celle de « procédure » aussi parfois employée par la doctrine⁶⁵, semble réductrice. En effet, force est de constater que les dispositions qui régissent la résolution des défaillances bancaires établissent davantage que des procédures ou qu'un régime juridique. Notons néanmoins que ces différentes natures ne sont pas incompatibles et que l'existence de procédures, tout comme d'un régime de résolution, peut en effet être observée. Cependant, il convient de qualifier de manière globale la résolution des défaillances bancaires, en tenant compte de l'ensemble des éléments qui la compose. Or, à l'aune de ceux-ci, elle semble pouvoir être définie comme un droit *sui generis*.

19 – L'émergence d'un droit de résolution des défaillances bancaires. À l'instar de tout droit, la résolution des défaillances bancaires dispose d'un objet qui lui est propre : la prévention et le traitement des difficultés financières rencontrées par les établissements bancaires et financiers. Les dispositions qui l'ont érigé encadrent des sujets de droit particuliers, les établissements de crédit et les entreprises d'investissements, qu'ils soient en état de défaillance ou non. Ces dispositions soumettent ces établissements à des obligations nouvelles et le cas échéant, à un traitement

⁶³ Voy. en ce sens : BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationales*, *op. cit.*, p. 274 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ÉRÉSÉO N., *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 305.

⁶⁴ Voy. notamment : DOUAOUI-CHAMSEDDINE M., « Droit commun des entreprises en difficulté et droit des défaillances bancaires et financières : convergences et influences réciproques ? », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 50 ; PRÜM A., « Le nouveau cadre européen du traitement des faillites bancaires à vol d'oiseau », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 52 ; ROUSSEL GALLE P., DOUAOUI-CHAMSEDDINE M., « Les défaillances bancaires et financières : un droit spécial ? », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 44 ; BONNEAU T., « Le régime de résolution bancaire (titre 4 de la loi du 26 juillet 2013) », *Rev. Proc. Coll.*, n° 5, sept. 2013, étude 26 ; SUSSET E., « Enjeux de la résolution bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 3, juill. 2013, dossier 36.

⁶⁵ Voy. notamment : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « La réforme de la procédure de prévention et de résolution des crises bancaires : présentation succincte », *Rev. Banq.*, n° 780, oct. 2015, p. 91 ; BONNEAU T., « Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 48 ; JASSAUD N., PAZARBASIOGLU C., « Organiser la résolution des crises bancaires transfrontières », *Rev. Éco. Fin.*, janv. 2011, n° 101, p. 205 et s.

préventif ou curatif. Elles érigent également des autorités de résolution spécialisées, qui disposent de pouvoirs exorbitants, et peuvent conduire à soumettre lesdits établissements à des procédures innovantes. Les autorités de résolution, comme les procédures mises en œuvre, sont gouvernées par des objectifs spécialement déterminés et des principes directeurs qui leur sont propres. En outre, la résolution des défaillances bancaires fait l'objet d'un abondant corpus juridique⁶⁶, qui constitue au sein du Code monétaire et financier une section à part entière⁶⁷. Or, l'ensemble de ces éléments semble être caractéristique de l'existence d'une nouvelle branche du droit. Par conséquent, la résolution des défaillances bancaires semble pouvoir obtenir cette qualité⁶⁸.

20. – Rapport avec le droit des entreprises en difficulté : une source d'interrogations.

Certains auteurs ont pu déjà considérer que la résolution des défaillances bancaires pouvait constituer un droit. Cependant, ils ne le considèrent pas comme un droit autonome, mais l'appréhendent davantage comme droit spécial des entreprises en difficulté⁶⁹. Or, dans les faits, il paraît nécessaire de distinguer le droit de la résolution des défaillances bancaires et le droit des entreprises en difficulté.

Mr Lèguevaques défendait en 2000 déjà, l'idée d'un droit autonome des défaillances bancaires, ou du moins d'un « *droit autonome de la procédure collective d'un établissement de crédit, par rapport au droit commun de l'entreprise en difficulté* »⁷⁰. Cependant, à cette période, il n'y avait aucun corpus juridique distinct dédié aux défaillances bancaires, ni aucun véritable principe directeur propre au traitement de ces situations complexes. Il n'y avait pas non plus de procédures, ni d'autorités administratives consacrées à ces événements. En ce sens, les diverses adaptations du droit des entreprises en difficulté qui avait été réalisées pour régir ces situations, semblent davantage avoir constitué un droit spécial des entreprises en difficulté, qu'un droit autonome des défaillances bancaires. Néanmoins, les évolutions introduites avec les dispositions relatives à la résolution des défaillances bancaires semblent avoir permis le franchissement d'une étape supplémentaire dans la construction d'un véritable droit des défaillances bancaires.

⁶⁶ Dans le même sens : SYNDET H., « Principe de légalité et résolution bancaire », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Mél. DAIGRE J.-J., Lextenso, Joly éd., 2018, p. 803-815, spéc. p. 801, n° 21.

⁶⁷ Section 4, du livre II, du Titre 1^{er}, du Livre VI du CMF porte sur les mesures de prévention et de gestion des crises bancaires.

⁶⁸ Pour un aspect critique de la notion de « branche du droit », voy. : MARTIN R., « Le droit en branches », *D.*, 2002, 1703.

⁶⁹ ROUSSEL GALLE P., DOUAOUI-CHAMSEDDINE M., « Les défaillances bancaire et financières : un droit spécial ? », *op. cit.*, dossier 44 ; DOUAOUI-CHAMSEDDINE M., « Droit commun des entreprises en difficulté et droit des défaillances bancaires et financières : convergences et influences réciproques ? », *op. cit.*, dossier 50.

⁷⁰ LÈGUEVAQUES C., *La prévention et le traitement des « faillites » bancaires*, *op. cit.*

21. – L'édification informelle d'un droit *sui generis* de la résolution des défaillances bancaires. Depuis la mise en place de l'Union bancaire, des innovations considérables sont venues modifier le traitement des établissements de crédit en difficulté. Ces différentes innovations conduisent à considérer que la résolution des défaillances bancaires représente désormais davantage qu'un droit spécial des entreprises en difficulté et pourrait constituer un véritable droit *sui generis*. C'est ce que nous tâcherons d'exposer dans cette première partie. Celle-ci sera en effet l'occasion de constater l'existence d'un droit *sui generis* de résolution des défaillances bancaires et d'étudier ses deux principaux caractères : son autonomie (Titre I) et son exorbitance (Titre II).

Titre I : L'autonomie du droit de la résolution des défaillances bancaires

Titre II : L'exorbitance du droit de la résolution des défaillances bancaires

Titre premier :
L'AUTONOMIE DU DROIT DE LA RÉOLUTION DES
DÉFAILLANCES BANCAIRES

22. – Le constat réitéré de la faillibilité des banques. Le droit de résolution des défaillances bancaires régit des situations peu communes. Il établit des règles et des procédures destinées à prévenir et à traiter la défaillance d'établissements bancaires et financiers. Depuis la crise des *subprimes* et la chute de la célèbre banque d'investissement *Lehman Brothers*⁷¹, l'idée qu'une banque puisse faire faillite ne paraît plus incongrue. Dès lors, il est impératif que ces établissements puissent bénéficier d'un traitement de leurs difficultés adapté à leurs structures, ainsi qu'à leurs activités⁷². La conception d'un droit « sur mesure » est en ce sens devenue essentielle pour ces entreprises cruciales⁷³, au fonctionnement particulier et aux enjeux multiples.

23. – La défaillance bancaire, une situation singulière. Les attributs des établissements de crédit diffèrent considérablement de ceux des entreprises commerciales traditionnelles. Cela peut se constater notamment sur le plan fonctionnel, structurel et organisationnel. En conséquence, le droit commun est souvent inadapté, et alors peu à même de régir efficacement ces acteurs et leurs activités. C'est en réponse à ce constat que le droit de la résolution des défaillances bancaires a été constitué. Le droit commun des entreprises en difficulté étant initialement destiné à régir les entreprises commerciales traditionnelles, il n'est pas adapté aux spécificités des établissements de crédit et ne peut ainsi pas permettre de traiter efficacement leur défaillance, tout en limitant les effets négatifs sur la stabilité financière. Par conséquent, dans ce contexte particulier, le droit des entreprises en difficulté a vocation à être supplanté par le droit de résolution des défaillances bancaires. Si d'aucuns peuvent s'interroger sur la place de ce dernier dans notre ordonnancement juridique, il semble manifeste que la singularité des défaillances bancaires (Chapitre I) exige une scission nette, entre le droit de la résolution des défaillances bancaires et le droit des entreprises en

⁷¹ Sur la faillite de *Lehman Brothers* voy. notamment : MOSCHETTO B., MOSCHETTO B.-L., *Crises financières et régulations bancaire*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2017, p. 38-39 ; DUMONTAUX N., POP A., « L'impact différencié de la faillite de Lehman Brothers sur les valeurs bancaires et financières américaines : une étude d'événement », *Rev. Éco. Fin.*, n° 101, janv. 2011, p. 261 ; SALLOY S., « L'impact de la faillite de Lehman Brothers sur les crédit default swaps des banques teneurs de marché », *Rev. Fr. Éco.*, 2013/4, vol. XXVIII, p. 145.

⁷² Dans le même sens : BLACHE D., *La régulation des banques de l'Union européenne face à la crise*, *Rev. Banq. Éd.*, 2009, p. 17 : « [...] le commerce de banque n'est pas un commerce comme les autres. L'activité bancaire présente plusieurs caractéristiques originales, qui justifient une spécificité reconnue dans tous les États du monde ».

⁷³ FRISON-ROCHE M.-A., « Réguler les entreprises cruciales », *D.* 2014, p. 1556 : « L'entreprise cruciale est négativement celle dont la défaillance entraîne l'effondrement du système ».

difficulté (Chapitre II). Le premier ne pouvant être appréhendé comme un droit spécial des entreprises en difficulté, il doit bénéficier d'une autonomie certaine pour produire ses effets.

Chapitre I : La singularité des défaillances bancaires

Chapitre II : L'autonomie du droit de la résolution des défaillances bancaires au regard du droit des entreprises en difficulté

Chapitre I :

LA SINGULARITÉ DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

24. – Caractère inadapté du droit commun. La nécessité d'accorder un caractère autonome au droit de la résolution des défaillances bancaires peut être mise en exergue au cours de l'étude des sujets de droit qu'il gouverne. En effet, ces entités que d'aucuns qualifient d'entreprises bancaires⁷⁴, doivent être appréhendées comme des acteurs économiques cruciaux (Section I), ce qui induit nécessairement leur distinction avec les entreprises commerciales traditionnelles. Par conséquent, le droit commun peut, à certains égards, paraître inadapté à la singularité de ces entités. Il est donc impératif que soient conçues des règles spécifiques et dérogatoires pour régir le statut et les activités desdits établissements.

Les particularités des établissements de crédit et le caractère inadapté du droit commun dans l'encadrement de ces acteurs peut être davantage encore constaté dans le contexte des défaillances bancaires. En effet, ces situations singulières et extrêmement complexes, peuvent engendrer de terribles situations et impacter le système bancaire et financier, voire l'économie réelle. Du fait de leurs activités, les risques que font peser les établissements de crédit sur l'ensemble du système économique sont si importants qu'il est indispensable de disposer d'instruments adaptés et efficaces pour gérer ces situations de manière optimale. Les défaillances bancaires nécessitent par conséquent un encadrement particulier (Section II) établi par un droit *sui generis* et autonome.

SECTION I :

UNE SITUATION AFFECTANT NÉGATIVEMENT UN ACTEUR CRUCIAL

25. – Entreprise commerciale traditionnelle et entreprise bancaire. Si les défaillances bancaires sont des situations singulières, c'est parce qu'elles touchent des débiteurs particuliers, les établissements de crédit. Ces établissements diffèrent considérablement des entreprises commerciales traditionnelle, et au vu des enjeux colossaux qui les entourent et du rôle crucial qu'ils jouent dans notre économie, il paraît nécessaire qu'ils soient encadrés par une réglementation spécifique. La doctrine emploie régulièrement les expressions « entreprises commerciales

⁷⁴L'expression « *entreprise bancaire* » est employée par certains auteurs relevant des sciences économiques et juridiques : DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., HEGER G., *Gestion de la banque*, DUNOD, 9^{ème} éd., 2020, p. 10 ; PAUGETG., BETBEZE J.-P., *Les 100 mots de la banque*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2014, p. 70 ; BONNEAU T., « Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 48 ; PIIH D., *Le traitement des établissements de crédit en difficulté en zone CEMAC*, Thèse, Université Paris Descartes, 2018, par exemple p. 20, 26, 129, 256.

traditionnelles » et « entreprises bancaires », pour distinguer ces deux types d'acteurs économiques. Mais s'ils peuvent tous deux être qualifiés d'entreprise, les particularités fonctionnelles (§1) et organisationnelles (§2) des établissements de crédit conduisent à en faire des sujets de droit distincts, nécessitant un encadrement « sur mesure ». Ce constat a pu être fait dans différents domaines, par exemple en matière de réglementation de la relation avec la clientèle, de la comptabilité ou encore des produits financiers proposés par ces établissements. Ainsi, il doit être réitéré en matière de défaillance bancaire, puisque le particularisme des établissements de crédit induit également la nécessité de proposer un traitement particulier des difficultés rencontrées par ces entités.

§1 : LES PARTICULARITÉS FONCTIONNELLES DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

26. – Des fonctions multiples et cruciales. La singularité des établissements de crédit et la nécessité de les distinguer des entreprises commerciales traditionnelles, sont principalement les conséquences du rôle particulier que détiennent ces acteurs dans notre économie. En effet, ces établissements sont au cœur des interactions financières. Ils exercent des fonctions cruciales, d'ordre micro-économique (I) d'une part, en fournissant certains services essentiels à leurs clients, et d'ordre macro-économique (II) d'autre part, puisqu'ils jouent un rôle clé dans le bon fonctionnement de notre économie.

I) Des fonctions d'ordre micro-économique

27. – Rôle premier des établissements de crédit. Les établissements de crédit fournissent des services essentiels à leurs clients. En ce sens, ils assurent la protection des fonds du public et garantissent les liquidités (A). Ils participent également au financement des ménages et des entreprises (B). Ces fonctions sont consubstantielles à ces établissements et apparaissent comme les raisons premières de leur conception. Elles constituent des éléments de distinction avec d'autres entreprises commerciales traditionnelles, qui ne peuvent exercer de telles fonctions. Cette distinction se matérialise par l'existence d'un monopole bancaire⁷⁵ qui conditionne l'activité des établissements de crédit.

⁷⁵ À propos du monopole bancaire voy. *infra* n° 41.

A) Protection des fonds du public et garantie des liquidités

28. – Conservation des dépôts. La réception des fonds remboursables de public constitue l'une des activités principales des établissements de crédit. Elle est qualifiée par l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier d'opération de banque⁷⁶. La nature des fonds reçus est quant à elle précisée par l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier. Les établissements de crédit ont ainsi vocation à recevoir, conserver et restituer à tout moment, les fonds de leurs déposants⁷⁷. La mission première d'un établissement de crédit est donc de sécuriser les actifs de ses clients. Ces établissements doivent en effet garantir que les fonds déposés ne puissent pas faire l'objet de vols, notamment au moyen d'outils numériques⁷⁸. De plus, ils sont tenus de restituer à la demande, l'intégralité des dépôts à vue qu'ils conservent. Ainsi, même si la situation financière de l'établissement ou la conjoncture économique évoluent, le montant des dépôts ne pourra en être impacté.

29. – Mise à disposition des sommes déposées. À côté de la conservation des dépôts, les établissements de crédit ont également pour mission de permettre à leurs déposants d'utiliser leurs dépôts, à tout moment, par le biais d'un retrait ou d'une transaction. Ainsi, les établissements de crédit ont pour seconde mission de garantir la liquidité des dépôts. Ils exercent alors une fonction de garantie des liquidités⁷⁹. Par conséquent, lesdits établissements doivent permettre à leurs déposants de transformer leurs dépôts en monnaie fiduciaire ou de réaliser des mouvements de monnaie scripturale. Cette fonction de garantie des liquidités est une fonction majeure de ces établissements, qui est fondamentale pour l'ensemble du système économique. C'est une fonction qui est propre aux entreprises bancaires et qui participe à les distinguer des entreprises commerciales traditionnelles.

B) Financement des ménages et des entreprises

30. – L'intermédiaire privilégié de la finance directe. Les établissements de crédit exercent un autre rôle qui leur est propre, celui d'intermédiaire financier. En effet, ces établissements sont

⁷⁶ Voy. à propos : RIFFARD J.-F., « Synthèse – Services bancaires », *J.-Cl. Banq., Crédit, Bourse*, Fasc. 900 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ÉRÉSÉO N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, p. 41 et s.

⁷⁷ ALEXANDRE H., *Banque et intermédiation financière*, 2^{ème} éd., Economica, 2013, p. 155.

⁷⁸ Sur les cyber-attaques dans le domaine bancaire voy. : « Risque cyber : Comment coordonner la lutte ? », *Rev. Banq.*, n° 835, sept. 2019, dossier p. 20 et s. ; « Cybersécurité : Des menaces nouvelles et des réponses innovantes », *Banq. & strat.*, n° 383, sept. 2019, p. 3 et s. ; « Cybercriminalité : Un risque systémique pour les banques », *Rev. Banq.*, n° 793, févr. 2016, dossier p. 20.

⁷⁹ BOUAISS K., LOBEZ F., STATNIK J.-C., *Économie et gestion de la banque*, éd. EMS, 2019, p. 33 et s.

considérés comme les principaux intervenants du processus de finance directe⁸⁰, aussi appelée finance intermédiée. Ce processus s'oppose à la finance indirecte, qui exclut quant à lui tout intermédiaire, en utilisant les marchés financiers pour mettre en relation des acteurs qui ont besoin de financement et des acteurs qui ont une capacité de financement. À l'inverse, les établissements de crédit, recevant des fonds qui intègrent leurs bilans, mettent en relation des agents à capacité de financement et d'autres agents qui ont besoin de financement⁸¹. Cette mission s'exerce par le biais des activités de réception de fonds du public et d'octroi de crédit, qui constituent le cœur des opérations de banques. Les établissements de crédit peuvent ainsi offrir deux services à leurs clients, en mettant leurs bilans à la disposition de ces derniers⁸² et en réduisant ainsi ce que les économistes qualifient d'asymétries d'information⁸³.

31. – Rôle dans le contexte de la finance indirecte. Notons en outre, que les établissements de crédit jouent également un rôle dans le contexte de la finance indirecte, puisqu'ils ont la capacité de conseiller et de passer des ordres pour leurs clients, de conserver les titres acquis sur des comptes et de les céder à la demande.

II) Des fonctions d'ordre macro-économique

32. – Des fonctions majeures découlant de l'activité bancaire. La réalisation des activités bancaires par les établissements de crédit bénéficie aux clients desdits établissements, mais pas seulement. La réception de fonds de public et l'octroi de crédit permet de préserver les actifs des ménages et des entreprises, ainsi que de financer leurs projets, mais cela confère également aux établissements de crédit des fonctions plus importantes. En effet, du fait de la réalisation de ces activités, ces établissements disposent en définitive d'un véritable pouvoir monétaire (A) et contribuent à la croissance économique (B) des territoires au sein desquels ils exercent leurs activités.

⁸⁰ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *La gestion de la banque*, Dunod, 9^{ème} éd., 2020, p. 10.

⁸¹ Voy. à propos : DEES S., *Macroéconomie financière*, Dunod, 2019, p. 17. Les économistes emploient les notions « *d'agent à capacité de financement* » (ou « *excédentaires* ») et d' « *agent à besoin de financement* » (ou « *déficitaires* ») pour définir ces deux types d'acteurs économiques.

⁸² SILIADIN J., *Comprendre la banque et son environnement en zone euro*, 2^{ème} éd., Rev. Banq. Éd., 2019, p. 19.

⁸³ L'asymétrie d'information peut être définie comme « *une situation où un individu détient plus d'informations qu'un autre sur un bien* ». Cf. GUERRIEN B., *Dictionnaire d'analyse économique*, La découverte, Coll. Repères, Paris, 2002, p. 35, cité dans CATILLION V., *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, LGDJ, Coll. Droit & économie, 2011, p. 29, n° 29.

A) Pouvoir monétaire des établissements de crédit

33. – La captation d'un pouvoir étatique. Dans l'exécution de leurs missions, les établissements de crédit se retrouvent *in fine* investis d'un véritable pouvoir monétaire. En effet, en octroyant des prêts, les établissements font apparaître de nouveaux dépôts, qui figurent sur des comptes, puisque c'est ainsi que les crédits se matérialisent. Lesdits établissements créent alors de la monnaie⁸⁴, une monnaie scripturale. En ce sens, on peut considérer que les établissements de crédit bénéficient d'un véritable pouvoir monétaire⁸⁵, initialement réservé à l'État⁸⁶, bien que cette monnaie ne soit pourtant matérialisée que sur des comptes. Notons alors que toute défaillance de d'un établissement conduisant à sa disparition, pourrait par conséquent engendrer une diminution de la masse monétaire. Or, les fluctuations de la masse monétaire peuvent influencer sur différents aspects de notre économie, notamment la croissance, et être en ce sens préjudiciable pour l'intérêt général. On comprend donc aisément la nécessité de prendre en compte cette spécificité dans le traitement des défaillances bancaires.

B) Impact des activités bancaires sur la croissance économique

34. – Incidence des activités bancaires sur l'économie. M. Lèguevaques, dans sa thèse relative aux défaillances bancaires, rappelait que « *le rôle principal et la justification de la fonction bancaire résident dans sa contribution décisive à la croissance économique* »⁸⁷. En effet, l'augmentation de la masse monétaire détenue par les agents économiques conduit à l'augmentation du pouvoir d'achat et donc de la demande de manière générale, au sein de notre économie. Par conséquent, l'augmentation de la masse monétaire peut dans certains cas conduire à une inflation, avec des conséquences dommageables pour l'économie⁸⁸ et l'ensemble de ces acteurs. À l'inverse, si les banques sont peu à même de prêter aux ménages et aux entreprises qui nécessitent un financement, il existe alors un risque de stagnation voire de déflation, qui peut s'avérer également néfaste pour l'économie⁸⁹ et ces acteurs. À l'aune de ces éléments, force est de constater que l'exercice des activités bancaires est en lien directe avec les évolutions de la croissance et l'état de notre économie. Ainsi, les établissements de crédit exercent des fonctions cruciales, pour les ménages et les entreprises, mais plus largement

⁸⁴ Voy. ALEXANDRE H., *Banque et intermédiation financière*, *op. cit.*, p. 154.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, *op. cit.*, p. 48 : « Dès lors, les banques partagent avec l'État le pouvoir monétaire, ce pouvoir extraordinaire que certains qualifient de "souverain" ».

⁸⁷ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁸ Voy. SILIADIN J., *Comprendre la banque et son environnement en zone euro*, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁹ *Idem.*

encore, pour l'ensemble de notre système économique. Les opérations de banque sont essentielles pour la création monétaire, ainsi que pour assurer une croissance durable⁹⁰. Or, ce sont des considérations que ne rencontrent pas les entreprises commerciales traditionnelles. En conséquence, de part ces fonctions particulières, les entreprises bancaires doivent être distinguées des entreprises commerciales traditionnelles et faire l'objet d'un encadrement juridique qui tient compte des spécificités susmentionnées.

§2 : LES PARTICULARITÉS STRUCTURELLES ET ORGANISATIONNELLES DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

35. – Des exigences imposées par l'exercice d'activités bancaires. Au-delà des spécificités fonctionnelles des établissements de crédit, c'est la structure même de ces entités qui fait l'objet de singularité. En effet, ces établissements sont d'une part, soumis à une organisation juridique particulière (I). En ce sens, toute entreprise ne peut se prévaloir de la qualité d'établissement de crédit. Elles doivent pour cela répondre à certaines exigences légales. D'autre part, il faut préciser que ces établissements font l'objet d'une organisation financière particulière (II). La spécificité de leurs activités induit nécessairement des règles relatives à leur comptabilité et à leur fonctionnement différentes de celles rencontrées dans le contexte d'entreprises commerciales traditionnelles.

I) L'organisation juridique des établissements de crédit

36. – Certaines exigences juridiques sont imposées aux établissements de crédit du fait du caractère crucial de leurs activités. En effet, il est impératif de s'assurer de la solidité et du sérieux de ces établissements. Par conséquent, différentes dispositions encadrent la constitution de ces entités. Les établissements de crédit sont ainsi tenus de répondre à un statut juridique déterminé (A) et leurs activités sont strictement encadrées (B) afin de limiter les risques induits par ces dernières.

A) Un statut juridique déterminé

37. – Définition légale. Le droit définit les établissements de crédit comme des « *entreprise[s] dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts et d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son*

⁹⁰ Voy. SILLADIN J., *Comprendre la banque et son environnement en zone euro, op. cit.*, p. 23.

propre compte»⁹¹. Cette définition des établissements de crédit est issue du droit européen⁹². L'ordonnance n° 2021-796 du 23 juin 2021⁹³ a en ce sens modifié l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier pour y renvoyer. L'article définissait antérieurement à l'entrée en vigueur de cette ordonnance, ces professionnels de la banque⁹⁴ comme des « *personnes morales dont l'activité consiste, pour leur compte propre et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public [...] et à octroyer des crédits* »⁹⁵.

38. – Qualité de personne morale. La nouvelle définition de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier ne précise plus que les établissements de crédit sont des personnes morales. Elle les qualifie seulement d'entreprise, une notion qui n'est pourtant pas légalement définie⁹⁶. Pourtant, la qualité de personne morale des établissements de crédit avait été affirmée par loi bancaire de 1984⁹⁷, qui disposait dans son article premier que « *les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque* ». Cette qualité avait également pu être affirmée dans la célèbre affaire de la banque Majorel⁹⁸, qui exprimait l'unicité de l'établissement de crédit et de la personne morale.

⁹¹ Définition issue de l'article 4, 1° du règlement (UE) n°575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, auquel renvoi l'article L. 511-1 du CMF.

⁹² PALLE GUILLABERT F., « Définition européenne des établissements de crédit et réforme des statuts en France », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber Amicorum SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 243-250.

⁹³ Ordonnance n° 2021-796 du 23 juin 2021 portant transposition de la directive (UE) 2019/2034 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 concernant la surveillance prudentielle des entreprises d'investissement, qui définit également les établissements de crédit par renvoi au règlement (UE) n° 575/2013.

⁹⁴ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, p. 19.

⁹⁵ Ancienne rédaction de l'art. L. 511-1 du CMF. La définition de l'établissement de crédit en droit français avait été modifiée depuis le 1^{er} janvier 2014 pour être en adéquation avec la directive 2006/48/CE et dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement (UE) 575/2013 du 26 juin 2013. Voy. à propos : PALLE GUILLABERT F., « Définition européenne des établissements de crédit et réforme des statuts en France », *op. cit.*, p. 243-250. Cette rédaction de l'article L. 511-1 du CMF a induit que pour obtenir la qualification d'établissement de crédit, l'entité devait cumuler deux activités à titre habituel, recevoir des fonds du public et octroyer des crédits. L'exercice d'une des trois activités bancaires telles que définies par l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier, était alors devenue suffisante pour obtenir la qualité d'établissement de crédit. Voy. STOUFFLET J., GALVADA C., *Droit bancaire*, 9^{ème} éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2015, p. 31.

⁹⁶ La notion d'entreprise ne dispose pas de définition légale. Elle apparaît comme une notion polysémique, qui varie de branche du droit en branche du droit, d'auteurs en auteurs. Voy. à propos : CHAMPAUD C., « Propriété, pouvoir et entreprise », in *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Mém. BOY L., PUAM, 2016, p. 47-66, spéc. p. 54, qui appréhende l'entreprise comme un « *sujet de droit* » ; FARJAT G., *Pour un droit économique*, 1^{ère} éd., PUF, Coll. Les voies du droit, 2004, p. 74 et s., qui qualifie l'entreprise de « *centre d'intérêt* » ou de « *concept normatif* » ; FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économiques*, PUF, Coll. « Quadrige », 2005, p. 84, qui définit l'entreprise comme une « *notion factuelle et économique* ». Sur le sens donné à la notion d'entreprise, *adde* : DIDIER P., « Une définition de l'entreprise », in *Le droit français à la fin du XX^{ème} siècle*, Mém. CHAMPAUD C., Dalloz, 1997, p. 299-315 ; FRIEDEL G., « À propos de la notion d'entreprise... », in *Aspects actuels du droit commercial français, Études ROBLOT F.*, LGDJ, 1984, p. 97-114 ; PAILLUSSEAU J., « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, chron. p. 157-166.

⁹⁷ Loi bancaire n°84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, spéc. art. 1, 1°.

⁹⁸ Cass. com., 26 avr. 1994 ; *JCP G.*, n° 4, 1994, 30, obs. GIBIRILA D. ; *D.*, 1994, p. 542, note DERRIDA F. ; *D.*, 1994, chron. p. 317, note VASSEUR M. ; *RJDA*, n° 6, 1994, p. 498, concl. RAYNAUD M.

39. – L'affaire de la banque Majorel. Dans cette affaire, la banque Majorel avait été placée en redressement judiciaire, sans pour autant faire l'objet d'un retrait d'agrément. Après le jugement d'ouverture, le tribunal avait pu arrêter un plan de cession, au profit d'un autre établissement de crédit. Dans ce contexte, le tribunal avait prononcé la démission d'office du gérant de la banque, Mr Majorel. La question principale de cette affaire était liée à la recherche d'excès de pouvoir, pouvant ouvrir la voie à des recours⁹⁹. Mais l'aspect de cette décision qui nous intéresse ici apparaît en second plan. La question se posait ainsi également de savoir si le gérant, M. Majorel, était habilité à former un pourvoi-nullité au nom de la société – ou un pourvoi en cassation après le refus du premier –, et ce, en dépit de la nomination d'un administrateur provisoire. Dans sa décision, la Cour avait écarté la distinction alors régulièrement effectuée¹⁰⁰, entre le statut d'établissement de crédit et celui de personne morale. Elle tira ainsi la conclusion que le dirigeant de la société personne morale, ayant fait l'objet d'une démission d'office en vertu de la loi bancaire¹⁰¹, était alors privé de ses pouvoirs au sein de l'établissement de crédit, soit au sein de la personne morale débitrice elle-même. Ainsi, par cette décision, la Cour avait pu mettre en exergue l'unicité des qualités d'établissement de crédit et de personne morale, qui sont en définitive intrinsèquement liées et qui ne peuvent exister dans ce contexte, l'une sans l'autre.

40. – Nouvelle définition de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier. La nouvelle rédaction de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier n'a cependant pas pour effet de remettre en cause la qualité de personne morale des établissements de crédit. La qualité de personne morale est d'ailleurs la seule contrainte imposée aux établissements de crédit¹⁰². L'article L. 511-10 du Code monétaire et financier va dans le même sens et dispose que les établissements de crédit doivent obtenir un agrément pour exercer leurs activités et que celui-ci est délivré à des personnes morales.

41. – Forme juridique. Aucune forme juridique particulière n'est cependant imposée par la loi. L'article précité prévoit néanmoins dans son alinéa 3, que la forme juridique de l'entreprise doit être en adéquation avec l'activité de l'établissement. Ainsi, il semble nécessaire d'exclure toute

⁹⁹ En vertu des articles 174 al. 2 et 175 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985, les possibilités de recours contre les décisions adoptées étaient limitées, à moins que ne soit remis en cause un excès de pouvoir. C'est donc sur la qualification de différents excès de pouvoirs que la Cour a dû se prononcer dans cette affaire. Pour plus d'éléments sur ce pan de l'affaire, se référer aux notes et observations précitées.

¹⁰⁰ Voy. notamment : CA Aix-en-Provence, 21 juill. 1993 ; *D.*, 1994, p. 201, note VASSEUR M.

¹⁰¹ Loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, art. 45-5.

¹⁰² Voy. NOYER C., « Les banques se gouvernent-elles comme d'autres entreprises ? », in *Les banques entre droit et économie*, FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), LGDJ, 2006, p. 314.

forme de société où la responsabilité des apporteurs de capitaux serait trop limitée¹⁰³. Les formes habituellement adoptées sont par conséquent celles de sociétés anonymes ou de sociétés en commandite simple ou par actions.

B) La limitation des risques bancaires par l'organisation des activités

42. – La nécessité d'un agrément. L'activité des établissements de crédit étant particulière et faisant l'objet d'enjeux conséquents, toute entreprise ne peut se prévaloir de cette qualité. Ainsi, ces établissements doivent impérativement disposer d'un agrément. Celui-ci a ainsi vocation à garantir que l'établissement fasse l'objet d'une certaine solidité et ne constitue pas une menace pour la stabilité financière. Notons que la mise en place de l'Union bancaire a introduit un agrément unique¹⁰⁴ octroyé par la Banque centrale européenne¹⁰⁵ (ci-après BCE). Cette agence de l'Union y exerce alors son rôle de gardien¹⁰⁶, en filtrant l'accès au marché bancaire. L'activité bancaire est ainsi gouvernée par un véritable monopole bancaire, bien que celui-ci puisse être remis en cause¹⁰⁷. Ce monopole a ainsi vocation à limiter les risques de défaillance, et permet de donner confiance aux acteurs économiques qui interagissent avec ces établissements. La BCE est donc compétente pour agréer les établissements de crédit qui ont leur siège social dans un état membre de la zone euro, en coopération avec les autorités nationales compétentes¹⁰⁸. L'article L. 511-10 précise en ce sens qu'« en application des articles 4 et 14 du règlement (UE) n°1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, l'agrément d'établissement de crédit est délivré par la Banque centrale européenne, sur proposition de l'Autorité de

¹⁰³ LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ÉRÉSÉO N., *Droit bancaire, op. cit.*, p. 130.

¹⁰⁴ LASSERRE CAPDEVILLE J., KOVAR J.-P., « MSU et agrément bancaire : précisions utiles sur l'évaluation des demandes d'agrément », *Rev. Banq.*, n° 830, févr. 2019, p. 88.

¹⁰⁵ Depuis 2014, la Banque centrale européenne assure le rôle de superviseur prudentiel pour certains établissements bancaires de la zone euro. Cf. Règlement (UE) n° 1024/2013 confiant à la banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit. Voy. à propos du rôle de la Banque centrale européenne dans l'Union bancaire : VAN RIJN T., « Les relations entre la banque centrale européenne et le système européen de supervision financière », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, 2016, p. 205-222 ; ADALID S., « Les transformations de la gouvernance de la BCE », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, 2016, p. 161-188 ; KOVAR J.-P., « La Banque centrale européenne et les autorités nationales de surveillance », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, 2016, p. 231-246 ; CABOTTE J.-C., « La nouvelle organisation de la supervision au sein de la Banque centrale européenne », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 26.

¹⁰⁶ BCE, « Guide relatif à l'évaluation des demandes d'agrément. Informations générales concernant les demandes d'agrément », 2^{ème} éd., janv. 2019.

¹⁰⁷ DE VAUPLANE H., « Le monopole bancaire sert-il (encore) à quelque chose ? », *Rev. banq.*, n° 782, mars 2015, p. 18 ; ROUSSILLE M., « Que reste-t-il du monopole bancaire ? », in *Mél. AEDBF-France VI*, *Rev. Banq. Éd.*, 2013, p. 607-620.

¹⁰⁸ Sur la compétence de la BCE en matière d'agrément, voy. Règlement (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.

contrôle prudentiel et de résolution »¹⁰⁹. L'autorité nationale compétente, à savoir en France l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après ACPR), est tenue de faire part à la BCE d'un projet de décision, dès lors que l'établissement respecte les conditions d'agrément posées par le droit national. Dans le cas contraire, l'ACPR peut rejeter la demande d'agrément¹¹⁰. Si le projet de décision est transmis à la BCE, il est alors réputé adopté par celle-ci, si elle ne s'y oppose pas dans un délai de dix jours, prorogable une fois.

43. – La séparation des activités par la règle *Volcker* et le Rapport *Vickers*. Les établissements de crédit font également l'objet de particularités organisationnelles liées à leur taille, ainsi qu'à leur importance économique. À la suite de la crise des *subprimes*, la nécessité de réduire la taille des établissements de crédit fut mise en exergue¹¹¹, avec l'intention d'endiguer le phénomène critiqué de « *too big to fail* »¹¹², ou autrement dit de « trop important pour faire faillite ». La protection de la monnaie considérée comme un bien public¹¹³, est devenu après la crise un impératif, induisant la nécessité de cloisonner certaines activités à risque. Dès lors, certains pays ont proposé une nouvelle organisation des activités bancaires et financières au sein des établissements de crédit, conduisant à séparer les activités utiles à l'économie, des activités purement spéculatives. L'instauration d'une telle barrière¹¹⁴ a pu être initiée aux États-Unis avec la règle *Volcker*¹¹⁵, issue du *Dodd-Frank Act*¹¹⁶, ainsi qu'au Royaume-Unis avec le Rapport *Vickers*¹¹⁷. Cependant, ces textes proposent deux appréhensions différentes de la séparation des activités au sein des banques.

Le Rapport *Vickers* avance une séparation structurelle des établissements de crédit, en dissociant les banques de détails et les banques effectuant d'autres activités, comme les banques d'investissement. Cette distinction a donc vocation à interdire aux banques de détails de réaliser les

¹⁰⁹ L'article précise également que s'il est question de succursales établies sur le territoire français d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un État qui n'est ni membre de l'Union européenne ni partie à l'accord sur l'Espace économique européen, l'agrément est uniquement accordé par l'ACPR.

¹¹⁰ Règlement (UE) n° 1024/2013 art. 14.

¹¹¹ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., p. 252.

¹¹² LOBEZ F., « Too big to fail : gouvernance et régulation des banques », *Rev. Éco. Fin.*, n° 100, déc. 2010, p. 187 ; MOENNINGHOFF S. C., WIEANDT A., « Too big to fail?! Leçons de la crise financière », *Rev. Éco. Fin.*, n° 101, janv. 2011, p. 231.

¹¹³ LAVIALLE C., « La condition juridique de la monnaie fiduciaire », *RFDA*, 2009, p. 669.

¹¹⁴ RÉGENT H., DIOP I., « De la théorie à la pratique », *Rev. Banq.*, n° 770, mars 2014, p. 95.

¹¹⁵ DENOIX DE SAINT MARC V., NOREIKA K. A., « Les implications de la Volcker Rule pour les institutions financières non américaines », *JCP É.*, n° 1, 2012, act. 4 ; LAMSON D. N., « The Volcker Rule : an overview and lessons learned for non-U.S. reform efforts », *RD banc. Fin.*, n° 4, oct. 2013, dossier 39 ; SEKFALI Z., « Impacts et enjeux de la règle américaine Volcker sur les organisations bancaires étrangères », in *Mél. AEDBF-France VI*, Paris, Rev. Banq. Ed., 2013, p. 641-652 ; THÉBAULT L., « Réformes des structures bancaires : la règle américaine Volcker est désormais pleinement applicable », *Rev. Banq.*, n° 788, oct. 2015, p. 84.

¹¹⁶ *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (promulgué le 21 juillet 2011).

¹¹⁷ DE VAUPLANE H., « Rapport Vickers, Volcker Rule : vers un nouveau modèle de banque ? », *Rev. Banq.*, n° 745, janv. 2012, p. 78 ; LEGRAND R., « Application du rapport Vickers en France : quelles implications ? », *Rev. Banq.*, n° 754, janv. 2012, p. 70.

opérations effectuées par les autres établissements. Dans le cadre de groupes bancaires, les différents types d'activités exercées doivent donc être intégrées dans différentes filiales.

En ce qui concerne la règle *Volcker*, cette dernière est moins sévère. Elle a seulement vocation à exclure de la compétence des établissements de crédit et de leurs filiales, certaines activités, dès lors qu'ils collectent des dépôts et bénéficient d'une garantie fédérale. Parmi ces activités figurent notamment des opérations de trading pour compte propre de court terme, portant sur certains instruments financiers tels que des actions ou des produits dérivés. Cette règle prive également lesdits établissements de détenir ou d'entretenir des relations avec des *hedged funds* ou des fonds *private equity*¹¹⁸. Cette règle a ainsi vocation à « déconnecter les métiers du financement par le crédit et la monnaie de ceux du financement par les titres ou le marché financier »¹¹⁹.

44. – L'échec du projet européen¹²⁰. Dans le cadre de l'Union européenne, c'est le *Rapport Liikanen*¹²¹ qui est venu mettre en exergue la nécessité de séparer les activités au sein des établissements de crédit. Ce rapport rendu par un groupe d'expert chargé de réfléchir sur les réformes nécessaires au secteur bancaire européen après les crises, a proposé plusieurs mesures, dont l'une consistait en la séparation des activités traditionnelles des banques de dépôts et de leurs activités à risques, notamment de la négociation pour compte propre. Le rapport mettait ainsi en exergue la nécessité de séparer les activités au sein des établissements de crédit, dès lors que celles considérées comme à risque étaient suffisamment importantes pour nécessiter une séparation. Notons que le rapport proposait que l'ensemble des activités bancaires et financières puissent être exercées au sein d'un seul groupe, dès lors qu'elles étaient cloisonnées dans des structures juridiques distinctes. En outre, cette séparation n'aurait eu vocation à s'appliquer qu'aux établissements les plus importants. En tout état de cause, ce projet a fait l'objet de nombreuses critiques¹²², si bien qu'il n'a en définitive pu voir le jour. En effet, le projet de règlement du 29 janvier 2014¹²³, ainsi

¹¹⁸ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁹ MOSCHETTO B., MOSCHETTO B.-L., *Crises financières et régulations bancaires*, *op. cit.*, p. 92.

¹²⁰ Sur les différents actes et projets ainsi que leur remise en cause voy. MAURIN A., *Vers une maîtrise du risque bancaire systémique*, Thèse, Université Paris-Dauphine, 2019.

¹²¹ LIIKANEN E., *High-level expert group on reforming the structure of the EU banking sector*, Final Report, Bruxelles, 2 oct. 2012.

¹²² BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, p. 256-257.

¹²³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE, Bruxelles, 29 janvier 2014, COM (2014) 43 final. Voy. à propos : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Réforme structurelle des banques dans l'Union européenne », *Rev. Banc.*, n° 770, mars 2014, p. 84 ; GOURIO A., THÉBAULT L., « Séparation des activités : le projet européen », *RD banc. Fin.*, n° 2, avr. 2014, comm. 69 ; ROUAUD A.-C., « Réforme structurelle du secteur bancaire. Interdiction, séparation : la Commission prend position », *RISF*, 2014/2, p. 71.

que le projet de règlement du 19 juin 2015¹²⁴, ont finalement été rejetés par la Commission européenne.

45. – L’effectivité limitée de la séparation des activités en droit français. En France, la loi de séparation et de régulation des activités du 26 juillet 2013¹²⁵ est néanmoins venue instaurer une scission entre certaines activités¹²⁶. Or, celle-ci peut sembler en définitive artificielle. En effet, elle n’a pas vocation à scinder les activités bancaires et les activités de marché, mais réalise seulement une séparation entre certaines opérations de marché. Ainsi, sont distinguées les activités utiles au financement de l’économie et les activités purement spéculatives. Certaines activités pouvant être considérées comme préjudiciables pour le fonctionnement des marchés, doivent être intégrées à des filiales dédiées, pouvant être capitalisées et financées de manière autonome. L’article L. 511-47 du Code monétaire et financier, précise qu’il s’agit des activités de négociation sur instruments financiers faisant intervenir le compte propre des établissements, – à l’exception de certaine –, ainsi que des opérations conclues pour compte propre, avec des organismes de placement collectif à effet de levier, ou autres véhicules d’investissement similaires. Cette réforme emporte cependant un effet limité, dans la mesure où le volume des activités devant être séparées semble en définitive minimale, du fait notamment des activités exclues du champ d’application de l’article L. 511-47 du Code monétaire et financier. Parmi ces activités figurent notamment certaines activités pour compte propre destinées aux investisseurs et certaines activités pour compte propre destinées à la gestion financières et des risques d’un établissement de crédit ou d’un groupe¹²⁷. En outre, la séparation des activités ne concerne que certains établissements, dont les activités de marché sont significatives¹²⁸. Pour déterminer ces établissements, des seuils ont été fixés par décret¹²⁹. *In fine*, ce

¹²⁴ Proposition de règlement du Parlement européenne et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l’UE, Bruxelles, 19 juin 2015.

¹²⁵ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. Voy. à propos : LASSERRE CAPDEVILLE J., « Présentation de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation de régulation des activités bancaires : introduction générale », *LPA*, n° 194, sept. 2013, p. 4 ; BRÉHIER B., MÉKOUÏ F., « Réflexions sur la loi de séparation et de régulation des activités », *Bull. Joly. Bourse*, n° 9, sept. 2013, p. 422 ; BONNEAU T., « Loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. Introduction », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2013, dossier 52.

¹²⁶ Voy. GOURIO A., « La séparation de certaines activités (Titre I de la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013) », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2013, dossier 53 ; LACROIX F., « La séparation des activités en France et dans le cadre communautaire », *op. cit.* ; LASSERRE CAPDEVILLE J., « Séparation et régulation des activités bancaires. Une avancée du droit », *JCP G*, n° 36, sept. 2013, doctr. 925.

¹²⁷ GOURIO A., « La séparation de certaines activités (Titre I de la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013) », *op. cit.*, dossier 53. L’exclusion de certaines de ces activités n’était pas proposé par la règle *Volcker* ou le rapport *Vickers*. D’aucuns considèrent ainsi que certaines activités n’auraient pas dû être exclues et que leur absence de séparation est peut-être une source de risque. La liste exhaustive des activités exclues figure à l’article L 511-47 du CMF. Voy. à propos également : LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ÉRÉSÉO N., *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 1444-1445.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Décret n° 2014-785 du 8 juill. 2014 relatif au seuil prévu à l’article L. 511-47 du CMF.

sont seulement deux établissements français qui ont été contraints de procéder à la séparation de certaines de leurs activités¹³⁰.

II) L'organisation financière des établissements de crédit

46. – La singularité des activités bancaires n'induit pas seulement une organisation juridique particulière des établissements de crédit, mais également une organisation financière spécifique. De ce fait, la comptabilité de ces établissements doit répondre à des exigences particulières et certaines règles comptables encadrent spécifiquement la situation financière de ces entités (A). En outre, la constitution des bilans bancaires, nécessaire à l'observation de la santé financière desdits établissements, est complexifiée, notamment du fait des activités exercées. Dès lors, la composition de ces bilans diffère de celle rencontrée habituellement dans le cadre d'entreprises commerciales traditionnelles (B).

A) Les règles comptables encadrant les établissements de crédit

47. – **L'apparition de normes comptables encadrant l'activité des établissements de crédit.** Les activités des établissements de crédit diffèrent substantiellement de celles des entreprises commerciales traditionnelle. Cela engendre notamment des divergences dans le fonctionnement de leur comptabilité. Les normes régissant les entreprises commerciales traditionnelles peuvent en effet paraître inadaptées, voire néfastes pour le fonctionnement et la stabilité des marchés. Par conséquent, des règles comptables spécifiques ont été élaborées pour les entreprises du secteur bancaire¹³¹.

La mise en place du premier plan comptable bancaire en 1970 a permis d'apporter diverses améliorations, notamment au niveau de « *la normalisation des intitulés des comptes et [de] l'enregistrement des opérations* »¹³². La vocation première de ce plan était d'améliorer le contrôle des activités bancaires et d'assurer le respect de la règle de liquidité. Auparavant, les obligations comptables qui pesaient sur les établissements de crédit étaient très limitées. Diverses réformes sont intervenues¹³³ par la suite. En 1978, un nouveau plan comptable fut instauré. Il visait principalement à améliorer la

¹³⁰ Il s'agit des établissements français BNP Paribas et Société général. D'autres établissements telle le Crédit Agricole et la BPCE y sont également assujettis, mais ils ont préféré exclure lesdites activités plutôt que de les intégrer à des filiales autonomes.

¹³¹ Celles-ci sont d'ailleurs conséquentes.

¹³² DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, p. 101.

¹³³ Le plan comptable a été modifié en 1978, avant de laisser place au Plan comptable des établissements de crédit (PCEC), instauré par la grande réforme de 1993.

transmission des informations aux autorités de tutelle, à offrir de meilleures informations sur les mouvements de capitaux avec les pays étrangers ainsi qu'à appréhender avec plus de précision le phénomène de transformation¹³⁴. En 1984, la loi bancaire a étendu les règles prévues en matière de comptabilité bancaire à l'ensemble des établissements de crédit. À l'échelle de l'Union européenne, le Conseil des Communautés Européennes avait également débuté une certaine harmonisation des normes comptables européennes avec les directives du 25 avril 1978¹³⁵ et du 8 décembre 1986¹³⁶. Puis, en 1993 une grande réforme est intervenue. Celle-ci a mis en place un Plan comptable des établissements de crédit (PCEC). Elle a ainsi introduit des nouveaux modèles de comptabilité spécialement destinés aux établissements de crédit, avec de nouveaux documents et de nouvelles exigences concernant l'organisation du système comptable¹³⁷ de ces entités.

48. – Passage aux normes IFRS. Le règlement européen du 19 juillet 2002¹³⁸ est venu soumettre les établissements de crédit à de nouvelles normes comptables, les normes IFRS¹³⁹. Ces normes sont imposées à toutes les sociétés cotées sur un marché réglementé ou qui font un appel public à l'épargne, dès lors qu'elles sont régies par le droit d'un état européen. Les établissements de crédit européens sont donc concernés par l'application de ces normes. Ils sont ainsi tenus d'utiliser le référentiel IFRS dans leurs comptes consolidés. Cette innovation emporta d'importants effets et imposa un véritable « *changement de matrice* »¹⁴⁰. En effet, ces normes¹⁴¹ mettent en avant une vision davantage économique que juridique¹⁴² et viennent harmoniser les informations comptables de tous les établissements de crédit présents dans l'Union européenne, ce qui n'avait pour l'heure pas été fait. Parfois critiquées, notamment à la suite de la crise des *subprimes*¹⁴³, les normes IFRS

¹³⁴ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, p. 102. Adde DESBIOLLES R., « La transformation bancaire », *Rev. Banq.*, n° 827, déc. 2018, p. 89.

¹³⁵ Directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés. Cette directive a été abrogée par la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, relative aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises.

¹³⁶ Directive 86/635/CEE du Conseil du 8 décembre 1986 concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers.

¹³⁷ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, p. 103.

¹³⁸ Règlement (CE) n°1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 relatif à l'application des normes comptables internationales.

¹³⁹ Voy. à propos notamment : SALAUN Y., DELORME T., BELIN-ZERBIB S., « IFRS et droit », *Bull. Joly. Soc.*, n° 4, avril 2005, p. 449 ; DUFOUR O., FILIBERTI E., « Introduire les IFRS dans les comptes sociaux, une révolution juridique et fiscale », *LP A*, n° 70, avril 2005, p. 3 ; BARBOS E., « Les enjeux des principales normes IFRS s'appliquant au secteur bancaire », *Rev. Banq.*, n° 772, avr. 2014, p. 52 ; OBERT R., « Vers un jeu unique de normes comptables mondiales ? », *Rev. Banq.*, n° 772, avr. 2014, p. 44.

¹⁴⁰ TELLER M., « Les normes comptables internationales : la transparence en question », *RTD com.*, 2010, p. 671.

¹⁴¹ Voy. à propos : DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, p. 14 ; DE LAUZAINGHEIN C., NAVARRO J.-L., NECHELIS D., *Droit comptable*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2004, p. 10.

¹⁴² TELLER M., « Les normes IFRS : Vers un schisme juridique », *Bull. Joly. Bourse*, n° 6, nov. 2007, p. 705.

¹⁴³ ROMANOVICH S., « Les normes comptables IFRS : Quel rôle dans la crise financière ? », *Rev. Droit & aff.*, n° 7, déc. 2009, p. 7 ; GAUDEL P.-J., DEFORGE J., « IFRS : Les normes comptables sont-elles un accélérateur de crise ? », *JCP E.*, n° 23, juin 2009, p. 1580. Les normes IFRS ont encore récemment pu faire l'objet de critiques : voy. en ce

n'ont cessé d'évoluer et continuent d'encadrer la comptabilité des établissements de crédit. Elles démontent une fois de plus, la spécificité de ces entités. Bien que ces normes aient vocation à s'appliquer également à d'autres entreprises, on constate néanmoins l'existence d'un corpus de règles propres aux établissements de crédit, ainsi que d'une véritable comptabilité bancaire, distincte de la comptabilité générale. Cela peut être confirmé par le fait que l'Autorité des normes comptables soit chargée d'élaborer la réglementation comptable des établissements de crédit. Elle publie régulièrement un recueil des normes comptables françaises applicables au secteur bancaire¹⁴⁴. En outre, divers ouvrages sont consacrés à la comptabilité bancaire et mettent en exergue sa particularité, son exhaustivité et sa complexité¹⁴⁵.

B) La constitution particulière du bilan d'un établissement de crédit

49. – La constitution particulière du bilan d'un établissement de crédit. Le bilan d'un établissement de crédit matérialise « *un état patrimonial des créances et des dettes à une date donnée* »¹⁴⁶. Il diffère cependant des bilans d'entreprises commerciales traditionnelles. D'abord, en raison de la grande importance des liquidités présentes dans le bilan d'une banque, celui-ci est présenté de manière inversée, de sorte à ce que les opérations de trésorerie apparaissent en haut du bilan et les immobilisations en bas, contrairement à un bilan comptable classique. Ensuite, c'est le contenu même du bilan qui diffère. En effet, dans la comptabilité des établissements de crédit, l'actif de ces entités est composé des avoirs et des créances dont ils disposent sur leurs clients. Le passif regroupe quant à lui, les dettes et les fonds propres. Or, ceci n'est pas habituel dans des secteurs non-bancaires. En outre, notons que les bilans bancaires distinguent cinq postes à l'actif comme au passif, bien différents de ceux rencontrés dans le cadre d'entreprises commerciales traditionnelles. Il s'agit des opérations de trésorerie et interbancaires, des opérations de clientèle, des opérations sur titres pour compte propre, des valeurs immobilisées et enfin, des fonds propres.

sens : RIGOT S., DEMARIA S., « IFRS 9 : Outil de maîtrise des risques ou accélérateur de crise », *Rev. Banq.*, nov. 2020, p. 20 et s. ; MIET S., MIGUIRDITCHIAN M., MOULIN K., « Les actions du régulateur bancaire pour limiter l'impact d'IFRS 9 », *Rev. Banq.*, n° 849, nov. 2020, p. 24.

¹⁴⁴ Le dernier recueil publié le 30 décembre 2020 comptait près de 250 pages.

¹⁴⁵ Voy. FORMAGNE M., *Introduction à la comptabilité bancaire*, 3^{ème} éd., Rev. Banq. Éd., 2018 ; CAUDAL J.-P., *Traité de comptabilité bancaire*, 2^{ème} éd., Rev. Banq. Éd., 2016 ; OGIEN D., *Comptabilité et audit bancaire, Normes françaises et IFRS*, 5^{ème} éd., Dunod, 2016.

¹⁴⁶ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, p. 111.

50. – L'importance des engagements « hors-bilan ». Certaines opérations peuvent également être enregistrées dans ce qui est qualifié de hors-bilan¹⁴⁷, dès lors qu'elles représentent des engagements futurs ou virtuels. Le hors-bilan « engage l'entreprise vis-à-vis des tiers ou l'inverse sans que la contrepartie de cet engagement ne se trouve au bilan pour un montant de même nature ou de même niveau »¹⁴⁸. Il est donc important pour évaluer justement la situation financière d'un établissement de crédit, d'avoir une vision de ces engagements. Ces activités hors-bilan peuvent ainsi poser certaines difficultés lorsqu'il s'agit d'évaluer la situation financière d'un tel établissement, puisqu'elles ne sont en principe, pas prises en compte. Elles tendent ainsi à limiter l'effectivité du principe d'image fidèle, bien que celui-ci soit d'une importance majeure en droit comptable. Pourtant, ces activités hors-bilan peuvent correspondre à des opérations importantes, comme l'octroi de financements, ainsi qu'à des garanties accordées pour des prêts ou encore à des opérations sur des produits dérivés. Elles ne doivent donc pas être occultées. C'est une problématique majeure de l'organisation financière des établissements de crédit. Toutefois, le plan comptable général comme les normes IFRS ont permis qu'une partie de ces activités puisse être réintégrées dans les bilans bancaires, au moyen d'une annexe¹⁴⁹. C'est notamment le cas des produits dérivés, qui sont ainsi pris en compte lors de la valorisation de l'établissement, en intégrant le « portefeuille de transaction » inscrit en annexe.

SECTION II :

UNE SITUATION SUSCEPTIBLE D'ALTÉRER LA STABILITÉ FINANCIÈRE

51. – Les établissements de crédit, des « courroies de transmission des crises »¹⁵⁰. La défaillance d'un établissement de crédit est une situation extrêmement complexe, qui laisse présager un choc majeur pour le secteur bancaire et financier, ainsi que pour l'ensemble de ses acteurs. L'importance des activités exercées par ces établissements, leur caractère systémique et le rôle fondamental qu'ils exercent dans le fonctionnement de l'économie, font redouter de telles situations. En ce sens, les états ont pu être amenés à intervenir afin de limiter les effets négatifs des défaillances bancaires, en soutenant financièrement les établissements en difficulté. Ils étaient ainsi

¹⁴⁷ *Ibid.* : le « hors-bilan » se définit comme « un ensemble de comptes annexés au bilan qui retrace les engagements futurs ou virtuels d'une banque ne donnant pas lieu à un flux de trésorerie. Il s'agit d'un document très significatif car de nombreuses opérations de banque donnent naissance à des engagements qui ne figurent pas au bilan mais qui mettent en risque l'établissement de crédit ».

¹⁴⁸ NICOLAÏ J.-P., TRANNOY A., « De l'utilité de l'impôt pour freiner l'effet de levier du "hors-bilan" », *Rev. Éco. Fin.*, n° 131, mars 2018, p. 151.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ CATILLION V., *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, op. cit., p. 31. Adde BIACABE J.-L., « Institutions et marchés financiers : quelles responsabilités ? », in *Crise mondiale et marchés financiers, Les Cahiers français*, La documentation française, Paris, avril 1999, n° 289.

amenés à jouer le rôle de prêteur en dernier ressort¹⁵¹, en renflouant les établissements défaillants. Mais les crises survenues au début du siècle ont mis en exergue la nécessité d'un changement de paradigme. Il n'est dès lors plus acceptable que la charge des défaillances bancaires pèse *in fine* sur les contribuables. Les risques engendrés par ces défaillances (§1) induisent ainsi nécessairement la mise en place d'un encadrement adapté. Ils mettent en évidence la nécessité d'établir un droit *sui generis*, destiné à prévenir et à traiter avec célérité, pragmatisme et adaptabilité ces situations critiques. La crise des *subprimes*, comme la crise des dettes souveraines, ont mis en exergue certains impératifs (§2), qui ont pu être intégrés au droit de résolution des défaillances bancaires, notamment par le biais d'objectifs et de principes directeurs qui gouvernent la matière.

§1 : LES RISQUES ENGENDRÉS PAR LES DÉFAILLANCES BANCAIRES

52. – Quelle soit prévisible ou avérée, la défaillance d'un établissement de crédit peut avoir des conséquences désastreuses sur le système bancaire et financier et ses acteurs, ainsi que de manière générale, sur l'ensemble de l'économie. Les effets négatifs engendrés par les défaillances bancaires sont issus de plusieurs facteurs. D'une part, ils semblent incontestablement liés aux risques qui accompagnent les activités bancaires et financières (I). En ce sens, la régulation de ces activités tend à limiter ces risques. D'autre part, certains effets sont produits par la défaillance elle-même, et notamment par les moyens qui peuvent être employés pour traiter cette situation (II). En effet, le traitement inadapté ou inefficace d'un établissement de crédit en difficulté, aura nécessairement des effets négatifs sur le système bancaire et financier, ainsi que sur ses acteurs. Ce sont ici encore des aspects qui conduisent à distinguer les entreprises commerciales traditionnelles des entreprises bancaires, puisque les premières ne font pas peser de tels risques sur la stabilité financière. Ces risques justifient la création d'un traitement « sur mesure » des défaillances bancaires, distinct de celui appliqué prévu par le droit commun.

I) Les risques intrinsèquement liés à l'activité bancaire

53. – Diversité des relations financières et accroissement des risques. Les établissements de crédit tiennent une place cruciale dans le fonctionnement de l'économie¹⁵². Leur rôle d'intermédiaire financier et les activités bancaires et financières qu'ils exercent, les conduisent à

¹⁵¹ Pour une définition juridique du prêteur en dernier ressort, voy. : CATILLON V., *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, *op. cit.*, p. 304 et s. ; Pour une approche historique du prêteur en dernier ressort, voy. : JULIAA C., *Le prêteur en dernier ressort, de la naissance d'un concept à son utilisation contemporaine*, Thèse, Saint-Étienne, 2003.

¹⁵² Voy. *supra* n° 19, 20.

interagir avec une multitude d'acteurs. Du fait de la diversité de leurs relations et de leurs interconnexions, les établissements de crédit peuvent être définis comme systémiques¹⁵³. En ce sens, la défaillance d'un établissement de crédit fait courir un risque majeur de transmission des difficultés (A). La crise des *subprimes* a notamment pu rappeler que dans le secteur financier, « *les effets de contagion pouvaient dépasser les frontières et menacer la stabilité financière mondiale* »¹⁵⁴.

Dans une autre mesure, la défaillance d'un établissement de crédit, qu'elle soit d'ailleurs avérée ou seulement prévisible, peut induire une réelle perte de confiance des agents économiques présents au sein des marchés financiers (B). Or, la confiance est consubstantielle au bon fonctionnement de ces marchés et à la préservation de la stabilité financière. Le risque de perte de confiance doit donc être une préoccupation majeure du traitement des défaillances bancaires, dès lors que la perte de celle-ci pourrait emporter d'importants effets négatifs sur l'ensemble de l'économie.

A) Le risque de contagion

54. – Le risque de contagion, aussi qualifié de risque systémique, est au cœur des activités bancaires et financières (1). Pourtant juridiquement, tous les établissements de crédit ne sont pas considérés comme systémiques. Le législateur, suivant les recommandations du superviseur, a ainsi établi des critères permettant de déterminer le caractère systémique ou non d'un établissement de crédit (2). Cette dichotomie entre établissements systémiques et non systémiques produit des effets juridiques, puisque les premiers étant considérés comme davantage à risque, feront l'objet d'un suivi plus important.

1) Le risque systémique au cœur des activités bancaires et financières

55. – La caractéristique systémique des établissements de crédit. La Professeure Frison-Roche a pu définir le risque systémique comme « *ce qui menace un secteur lorsque le comportement et plus particulièrement la défaillance d'un seul agent économique entraîne des comportements en chaîne (effet domino), pouvant faire s'écrouler tout le secteur* »¹⁵⁵. Ce risque systémique est particulièrement important dans le secteur bancaire et financier. En effet, en exerçant leur rôle d'intermédiaire financier et en intervenant également dans le cadre de la finance indirecte, les établissements de crédit ont vocation

¹⁵³ En droit positif, tous les établissements de crédit ne sont pas considérés comme systémiques. Certains critères permettent de distinguer les établissements les importants, de ce qui le sont moins et qui ne sont donc pas qualifiés de systémiques. Sur la qualification juridique d'établissement de crédit systémique, voy. *infra* n° 59.

¹⁵⁴ JASSAUD N., PÁZARBASIOGLU C., « Organiser la résolution des crises bancaires transfrontières », *Rev. Éco. Fin.*, n° 101, janv. 2011, p. 205.

¹⁵⁵ FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2011, p. 191.

à interagir avec des acteurs divers et peuvent en ce sens être qualifiés de systémiques. Par conséquent, les difficultés financières qu'ils pourraient être amenés à rencontrer, peuvent se répercuter sur d'autres acteurs du secteur. Cette systémicité peut ainsi conduire à des réactions en chaîne, pouvant impacter l'économie réelle.

56. – Diversité des interconnexions. Dans leurs relations financières, les établissements de crédit peuvent être amenés à interagir avec des personnes physiques et des personnes morales, tels que de simples déposants, des emprunteurs ou des investisseurs. Ils peuvent entretenir des relations financières avec une multitude d'acteurs : des ménages, des petites ou des grandes entreprises, des collectivités locales ou encore des états. Un établissement de crédit interagit également avec d'autres acteurs du secteur bancaire et financier, ainsi que du secteur assurantiel. Il peut s'agir d'entités plus ou moins à risque, tels que d'autres établissements de crédit, des entreprises d'investissements, des banques centrales ou encore des contreparties centrales. La diversité et la multiplicité de ces interconnexions¹⁵⁶ sont à l'origine du caractère systémique attribué aux établissements de crédit. Par conséquent, la défaillance d'un établissement de crédit aura obligatoirement des effets négatifs sur l'ensemble des acteurs avec lesquels il interagit. Notons également que le caractère transnational de ces relations peut en outre induire la propagation des difficultés à une échelle globale.

57. – Limitation du risque systémique. Ce risque de contagion doit absolument être limité. C'est pour cela qu'il est nécessaire de disposer d'un droit de prévention et de gestion des défaillances bancaires spécifiquement conçu et faisant preuve d'une efficacité certaine. La limitation du risque de contagion aurait dû être amorcée avec la séparation des activités utiles à l'économie et des activités purement spéculatives au sein des banques. Mais nous avons pu voir que l'effectivité de cette règle était limitée¹⁵⁷ dans l'Union européenne. Par conséquent, la limitation des risques de contagion s'effectue davantage par le biais du droit de la résolution des défaillances bancaires. Ainsi, pour limiter la contagion des difficultés rencontrées par un établissement de crédit, il faut prévenir cette situation, et le cas échéant, la traiter avec efficacité et célérité.

¹⁵⁶ Voy. à propos : HAUTON G., HÉAM J.-C., « Comment mesurer l'interconnexion entre banques, assureurs et conglomérats financiers ? », *Rue de la banque*, éd. Banque de France, n° 4, mars 2015 ; CANDELON B., FERRERA L., JOËTS M., « Global financial interconnectedness : A Non Linear Assessment of the Uncertainty Channel », *Working Paper*, Banque de France, janv. 2018.

¹⁵⁷ Voy. *supra* n° 30.

2) La détermination du caractère systémique d'un établissement de crédit

58. – Désignation des établissements systémiques. À la suite de la crise de *subprimes*, la limitation du risque systémique est devenue un impératif majeur. Les réformes qui ont touché le secteur bancaire et financier sont ainsi allées en ce sens, avec par exemple la constitution de nouvelles autorités comme le Conseil européen du risque systémique¹⁵⁸ (CERS). Les réformes ont également conduit à identifier les établissements de crédit considérés comme systémiques, à l'échelle mondiale, communautaire et nationale. Les terminologies employées diffèrent en fonction des périmètres choisis. On distingue ainsi pour les établissements importants à l'échelle mondiale, différentes terminologies : les G-SIBs (Global Systemically Important Banks) dans la terminologie internationale, les G-SIIs (Global Systemically Important Institutions) dans la terminologie européenne et les EIS^m (Entités d'importance systémique mondiale) dans la terminologie française. À ces entités s'ajoutent des établissements importants, mais dans un périmètre domestique. Ici aussi les terminologies employées varient. On distingue les D-SIBs (Domestic Systemically Important Banks) dans la terminologie internationale, les O-SIIs (Other Systemically Important Institutions) dans la terminologie européenne et les A-EIS (Autre entités d'importance systémique) dans la terminologie nationale. Les établissements répondant à ces catégories devraient ainsi faire l'objet d'une surveillance accrue et se voir imposer des exigences supplémentaires, notamment en fonds propres.

59. – Détermination du caractère systémique. L'article 131 de la directive 2013/36/UE dite « CRD IV » du 26 juin 2013¹⁵⁹, dispose en substance que les autorités nationales désignées doivent recenser les établissements d'importance systémique mondiale (EIS^m) qui ont été agréés dans leur territoire. Un tel établissement peut prendre la forme d'un établissement mère dans l'union, d'une compagnie financière holding mère dans l'Union ou d'une compagnie financière holding mixte mère dans l'Union. Il ne peut en aucun cas s'agir d'une filiale. La détermination de ces établissements doit se faire selon différents critères, à savoir la taille du groupe, son interconnexion

¹⁵⁸ Voy. BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, p. 134 et s. ; GRANDE M., « Le comité européen du risque systémique : l'approche européenne du risque systémique », *Rev. Éco. Fin.*, n° 101, janv. 2011, p. 175.

¹⁵⁹ 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. Cette directive a par la suite été modifiée par la directive (UE) 2019/878 du Parlement européen et Conseil du 20 mai 2019, dite « CRD V ». De nouvelles modifications de ces directives sont attendues. La Commission européenne a déjà réalisé une proposition législative en ce sens. Cf. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les pouvoirs de surveillance, les sanctions, les succursales de pays tiers et les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance, et modifiant la directive 2014/59/UE, Bruxelles, 27 oct. 2021, COM (2021) 663 final. Sur le projet de directive « CRD VI », voy. : ACPR, « Paquet bancaire CRR3/CRD 6 : de nouvelles règles pour renforcer la résilience des banques européennes », *Revue de l'ACPR*, mars 2022.

avec le système financier, sa faculté de substitution des services ou de l'infrastructure financière fournis, la complexité de sa structure et encore de l'importance de ses activités transfrontalières, y compris avec des états membre de l'Union¹⁶⁰. Lors de cette appréciation, l'établissement reçoit un score global, qui permettra son recensement et sa classification en comparaison à d'autres EIS^m. En ce qui concerne les A-EIS, soit les autres établissements d'importance systémique à l'échelle domestique, ils seront caractérisés à partir de l'appréciation de leur taille, de leur importance pour l'économie de l'Union ou de l'État membre concerné, de l'importance de leurs activités transfrontières ainsi que de l'interconnexion de l'établissement avec le système financier¹⁶¹.

60. – Effet de la distinction. Afin de limiter la taille et l'importance de ces établissements, le Comité de Bâle a relevé la nécessité d'imposer à ces établissements systémiques, des exigences supplémentaires de fonds propres, de sorte à limiter leur capacité de développement¹⁶². Cette qualité d'établissement d'importance systémique entraîne donc une charge supplémentaire pour ces entités. Le contrôle de ces établissements s'est lui aussi accru avec un renforcement de la supervision. Enfin, dans le cadre de la gestion des défaillances bancaires, ces établissements font également l'objet d'un traitement particulier, avec d'importantes contraintes pouvant induire une limitation de leurs droits et libertés.

61. – Interrogations. Deux interrogations semblent ici devoir être soulevées. D'abord, il semble légitime de se demander si seuls les établissements remplissant les critères susmentionnés peuvent être porteur de risques systémiques et impacter en cas de défaillance, l'ensemble du système bancaire et financier ? Ensuite, on peut également se demander si dans le cas d'établissements de crédit qui ne sont pas considérés comme systémiques au sens du droit positif, il reste légitime de porter atteinte à leurs droits et libertés, par l'application de règles exorbitantes du droit commun, dès lors que la stabilité financière et donc, l'intérêt public¹⁶³, ne sont pas en jeu ? Des éléments de réponses à ces interrogations pourront être apportés tout au long de notre étude. Néanmoins, si l'intérêt d'une telle distinction peut être nuancé, elle illustre toutefois le caractère innovant du droit de la résolution des défaillances bancaires, qui exprime formellement la distinction entre établissements de crédit systémiques et non-système et lui fait produire des effets.

¹⁶⁰ Dir. 2013/36/UE, art. 131, 2°.

¹⁶¹ Dir. 2013/36/UE, art 131, 3°.

¹⁶² BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., p. 252.

¹⁶³ Sur le rapport entre la stabilité financière et l'intérêt public voy. *infra* n° 543.

B) Le risque de perte de confiance

62. – Ruées bancaires et fuite des investisseurs. Les relations financières qui lient les établissements de crédit aux déposants, aux emprunteurs ou aux investisseurs, sont basées sur une confiance réciproque. Le fonctionnement de la finance indirecte est lui-même fondé sur cette confiance. Elle est « *à la base du fonctionnement des économies modernes* »¹⁶⁴, et paraît consubstantielle à leur bon fonctionnement. Sans confiance, aucun déposant ne procéderait au dépôt de ses fonds auprès d'un établissement de crédit. Par conséquent aucun établissement ne serait à même de financer les ménages et les entreprises. Dans le même sens, si une dégradation de la situation financière d'un établissement de crédit est portée à la connaissance de ses clients, elle pourra grandement impacter la stabilité financière en produisant un mouvement de défiance. Ainsi, toute défaillance bancaire, qu'elle soit avérée ou prévisible, impactera négativement la confiance des acteurs sur les marchés et donc la stabilité de ces derniers.

Cette conséquence est induite notamment par le phénomène de ruées bancaires¹⁶⁵. Celui-ci caractérise le fait que des déposants, prenant connaissance de la défaillance, avérée ou non, de leur établissement de crédit, se précipitent pour récupérer leurs fonds, de manière importante et simultanée. Cela entraîne par conséquent un sérieux problème de liquidité pour l'établissement, et conduire à ce que certains qualifient de « prophétie auto-réalisatrice », puisque la perte de confiance envers un établissement de crédit peut entraîner de ce fait, la défaillance de celui-ci.

En outre, la perte de confiance sur les marchés financiers ne va pas seulement impacter les déposants, mais également conduire les investisseurs à céder leurs actions, ou tout autre titre financier dont l'établissement bancaire en difficulté est émetteur. Cela peut entraîner notamment une baisse de la capitalisation boursière¹⁶⁶ des établissements, ce qui nuit davantage encore à leur situation financière. En ce sens, la vente massive des titres émis par un établissement de crédit du fait d'un phénomène de perte de confiance, peut avoir des conséquences dévastatrices sur l'établissement, mais plus encore sur l'ensemble du système financier et économique.

63. – Défiance sur les marchés interbancaires. La perte de confiance au sein des marchés financiers peut également entraîner la diminution, voire l'arrêt des échanges sur les marchés interbancaires. Ces marchés permettant « *d'ajuster les besoins de liquidités entre institutions bancaires* »¹⁶⁷,

¹⁶⁴ NOYER C., « Régulation et confiance », *Rev. Éco. Fin.*, n° 100, déc. 2010, p. 111.

¹⁶⁵ Voy. à propos : MONNET E., RIVA A., UNGARO S., « The real effects of banks runs – Evidence from the french great depression (1930-1931) », *ACPR, Débats économiques et financiers*, n° 37, mai 2021. Pour une approche juridique des ruées bancaires voy. : CATILLON V., *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, op. cit., p. 57 et s.

¹⁶⁶ PLANE M., PUJALS G., « Les banques dans la crise », *Rev. OFCE*, n° 110, 2009/3, p. 179.

¹⁶⁷ VIVIER-LIRIMONT S., « Réseau interbancaire et crise de liquidité », *Rev. Éco. Pol.*, 2006/4, vol. 116, p. 487.

ce risque, qualifié de risque interbancaire, constitue un des risques majeurs qui pèsent sur les établissements de crédit¹⁶⁸. Toute perte de confiance qui viendrait atteindre ces marchés interbancaires est extrêmement grave, puisqu'elle peut contribuer à la propagation des difficultés à l'économie réelle, en impactant négativement la croissance et le financement de l'économie. Ce phénomène a été rencontré lors de la crise des *subprimes*, avec la constatation d'une grande défiance des banques entre elles¹⁶⁹, menant à une véritable crise de confiance interbancaire¹⁷⁰. Or, celle-ci a eu pour effet direct d'empêcher les établissements de se financer auprès d'autres établissements et paralysa ainsi littéralement l'activité bancaire. Dès lors, une telle perte de confiance est un risque majeur qui reste inhérent à l'activité bancaire et financière, ainsi qu'aux établissements de crédit. Les réformes intervenues à la suite de la crise ont par conséquent eu vocation à limiter ce risque.

II) Les risques liés au mauvais traitement des défaillances bancaires

64. – Si la défaillance d'un établissement de crédit paraît en elle-même être une situation extrêmement préjudiciable pour la stabilité financière, l'utilisation de procédures de traitement inadaptées peut également laisser présager des conséquences négatives graves. Une fois encore, la crise des *subprimes* a pu induire ce constat, soit l'inexistence de mesures spécifiques, exhaustives et efficaces, destinées à traiter les défaillances bancaires. Or, un traitement inadéquat des établissements de crédit en difficulté peut devenir une source de risques majeurs pour la stabilité financière, en renforçant l'aléa moral (A) ou en ayant pour effets d'importantes pertes de valeurs (B).

A) Le renforcement de l'aléa moral

65. – Un changement nécessaire de prêteur en dernier ressort. « *Le système bancaire est aussi important pour l'ensemble du corps économique que l'est le système sanguin pour l'ensemble du corps humaine* »¹⁷¹. Par conséquent, le bon fonctionnement des établissements de crédit établis dans un état constitue un impératif majeur pour ce dernier. Souvent, les états ont donc été contraints de soutenir des établissements de crédit défaillants, notamment en garantissant leurs prêts, en procédant à des nationalisations ou à des renflouements au moyen de fonds publics. Pourtant, user de ces fonds

¹⁶⁸ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, préf. SAINT-HALARY HOUIN C., Economica, Coll. Pratique du droit, 2002, p. 9.

¹⁶⁹ Rapport de ARTUS P., BETBÈZE J.-P., DE BOISSIEU C., CAPELLE-BLANCARD G., in *La crise des subprimes*, La documentation française, Paris, 2008, p. 106.

¹⁷⁰ BENTOGGIO G., GUIDONI G., « Les banques centrales face à la crise », *Rev. OFCE*, n° 110, mars 2009, p. 291.

¹⁷¹ MOSCHETTO B., MOSCHETTO B.-L., *Crises financières et régulation bancaire*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2017, p. 38.

pour préserver des établissements bancaires paraît *in fine* être un procédé peu acceptable. En effet, le renflouement de ces établissements par des fonds publics conduit au renforcement de l'aléa moral, soit au fait qu'un établissement bancaire « *se sachant bien assuré contre un risque spécifique, va a priori se comporter de manière plus négligente que son alter ego qui ne bénéficiera pas de la même protection* »¹⁷². Or, les prises de risque inconditionnées de ces établissements peuvent impacter négativement l'ensemble du système, voire l'économie réelle, comme nous avons pu l'évoquer précédemment. Par conséquent, force est de constater qu'un traitement inadéquat des difficultés rencontrées par un établissement de crédit peuvent également entraîner des effets négatifs sur la stabilité financière. Notons que ces concepts d'aléa moral et de prêteur en dernier ressort sont peu communs dans le contexte d'entreprises commerciales traditionnelles et mettent ainsi en évidence la singularité des défaillances bancaires.

B) La disparition désorganisée de l'établissement de crédit défaillant

66. – Effets d'un traitement inapproprié des défaillances bancaires. Nous avons pu rappeler la mise en évidence antérieurement à la conception du droit de la résolution des défaillances bancaires, de l'absence de dispositifs adaptés destinés à prévenir et à traiter les difficultés financières rencontrées par les établissements de crédit. En effet, certains principes et mécanismes propres aux procédures collectives initialement employées, paraissent profondément inadaptés aux établissements de crédit¹⁷³.

D'abord, ils ne permettent pas de traiter efficacement les situations rencontrées, car ils ne prennent pas en compte les spécificités du secteur bancaire et financier, de ses acteurs et de leurs activités. Ensuite, ces principes et mécanismes peuvent s'avérer contre-productifs. Ils peuvent en effet aggraver les difficultés ou participer à leur propagation, une fois de plus, du fait de leur inadéquation avec la situation rencontrée et les risques qui l'entourent.

En outre, dans le cas où la situation d'un établissement défaillant serait irrémédiablement compromise, la procédure de liquidation judiciaire qui aurait vocation à être ouverte, ne permet pas de gérer la disparition de l'établissement de manière organisée. Ajoutons que procéder à la liquidation de certains actifs pourrait également impacter négativement les marchés financiers¹⁷⁴. Enfin, il faut également relever que procéder à la liquidation d'un établissement de crédit reste encore une tâche extrêmement complexe, si bien que le droit tend désormais à l'écarter. D'aucuns

¹⁷² *Ibid.*, p. 39.

¹⁷³ Voy. Partie I, Titre I, Chapitre II.

¹⁷⁴ GRANIER T., « Le traitement des difficultés des établissements de crédit d'importance systémique », in *Les procédures collectives complexes*, CERATI-GAUTHIER A., PERRUCHOT-TRIBOULET V. (dir.), Lextenso, Joly éd., 2017, p. 63-76.

ont pu reprocher à cette procédure de sacrifier certains actifs et éléments sains de l'établissement. En ce sens, le droit de résolution tend quant à lui, à éviter toute perte de valeur, en conservant les actifs et activités qui restent viables, malgré les difficultés rencontrées.

En définitive, les établissements de crédit se distinguent une fois encore des entreprises commerciales traditionnelles, de par les effets que pourrait avoir tout mauvais traitement de leurs défaillances. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un tel établissement conduirait ainsi à la disparition désorganisée de celui-ci, ce qui pourrait impacter négativement la stabilité financière. Le législateur est allé en ce sens, en limitant l'ouverture de telles procédures, au profit de procédures de résolution.

§2 : L'ENCADREMENT PARTICULIER DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

67. – Au vu des particularités qui caractérisent les fonctions, l'organisation et les activités des établissements de crédit, ainsi qu'au vu des risques singuliers que font peser leurs défaillances sur la stabilité financière, le traitement de leurs difficultés doit impérativement être gouverné par des objectifs spécifiques (I). Le droit de résolution des défaillances bancaires va en ce sens, puisqu'il est gouverné par des objectifs qui lui sont propres (II). Il s'écarte ainsi du droit des entreprises en difficulté et laisse apparaître les prémices de son autonomie.

I) Des objectifs propres au traitement des défaillances bancaires

68. – Les objectifs poursuivis lors du traitement des difficultés rencontrées par des établissements de crédit ou par des entreprises commerciales traditionnelles diffèrent. En droit des procédures collectives, les objectifs sont assez limités et restent bien souvent cloisonnés à l'échelle de l'entreprise. Il s'agira notamment de chercher à sauver l'entreprise, ses activités, ses salariés. Il s'agira également de préserver les droits des créanciers¹⁷⁵. Dans le contexte des défaillances bancaires, ces objectifs sont également recherchés, mais ils ne semblent pas nécessairement primer. D'autres objectifs viennent alors s'ajouter et peuvent paraître plus importants encore, au vu des enjeux soulevés. Le traitement des établissements de crédit en difficulté semble ainsi être gouverné par deux grands buts : préserver la stabilité financière (A) et limiter l'aléa moral (B).

¹⁷⁵ Les objectifs du droit des procédures collectives et sa nature téléologique ont été énoncés par la loi du 25 janvier 1985 en son article 1^{er}. Celui-ci dispose en substance que les procédures collectives sont destinées à sauvegarder l'entreprise, maintenir ses activités et l'emploi, et d'apurer le passif. Dans le même sens : D'AMBRA D., FRISON-ROCHE M.-A., « La résolution bancaire entre droit commun des procédures collectives et droit commun de la régulation », in *Liber amicorum, Mél. VALLENS J.-L.*, Joly éd. Lextenso, 2017, p. 293-304, spéc. p. 298.

A) L'objectif prédominant de préservation de la stabilité financière

69. – La notion de stabilité financière (1) est au cœur du droit de résolution des défaillances bancaires. Elle apparaît comme un objectif prédominant, qui justifierait tous les dispositifs instaurés par ce droit. À côté de cet objectif, d'autres paraissent lui être accessoires (2). Ils participent à la préservation de la stabilité financière, tout en tenant compte d'autres considérations.

1) La notion de stabilité financière

70. – **Absence de définition légale.** La préservation de la stabilité financière est une mission essentielle attribuée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux banques centrales¹⁷⁶. Elle constitue d'ailleurs « *l'une des missions essentielles des banques centrales qui a été renforcée après la crise de 2008* »¹⁷⁷. Outre les banques centrales, d'autres acteurs sont chargés de veiller à la préservation de cette dernière. Tel est le cas de certains superviseurs et régulateurs à l'image du Conseil de stabilité financière (CSF), de la Banque des règlements internationaux (BRI), du Haut Conseil de stabilité financière (HCSF)¹⁷⁸ et du Conseil européen du risque systémique (CERS), ou encore de l'Autorité de contrôle prudentielle et de résolution (ACPR). Cette notion de stabilité financière est au cœur de nombreuses recommandations et a pu être intégrée à différents actes de droit dur. Pour autant, elle ne dispose pas d'une définition juridique¹⁷⁹. Même la directive 2014/59/UE, dite « BRRD », qui définit pourtant plus d'une centaine de notions, ne l'explique pas. La stabilité financière peut dès lors apparaître comme une notion floue, qui ne bénéficierait que d'une définition de « *nature négative, étant caractérisée par l'absence d'instabilité* »¹⁸⁰.

71. – **Définitions apportées par les superviseurs et régulateurs.** La notion de stabilité financière a cependant pu être précisée par la Banque centrale européenne (BCE), ainsi que par le Haut Conseil de stabilité financière (HCSF). Pour la BCE, la stabilité financière « *peut être définie comme une situation dans laquelle le système financier, qui comprend les intermédiaires financiers, les marchés et les*

¹⁷⁶ TFUE, art. 127, 5°.

¹⁷⁷ Banque de France, « Stabilité financière », *L'éco en bref, ABC économie*, déc. 2020, p. 1.

¹⁷⁸ Voy. à propos : LASSERRE CAPDEVILLE J., « Retour sur un acteur de la surveillance bancaire et financière méconnu : Le Haut Conseil de stabilité financière », *Rev. Dr. Aff.*, n° 17, nov. 2020, p. 206 ; DE RAVEL D'ESCAPON T., « Le Haut Conseil de stabilité financière : un nouvel acteur de la surveillance macroprudentielle », *LPA*, n° 194, sept. 2013, p. 44.

¹⁷⁹ Voy. CARDONA M., « Stabilité financière et Union bancaire », in *Le traitement des difficultés des établissements de crédit et des institutions financières, Approche croisée*, Coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 2.

¹⁸⁰ DE BANDT O., DRUMETZ F., PFISTER C., *Stabilité financière*, De Boeck, Coll. Ouvertures économiques, 1^{ère} éd., 2013, p. 18.

infrastructures de marché, est capable de résister aux chocs et de corriger les déséquilibres financiers »¹⁸¹. Elle représente ainsi une situation dans laquelle « *le système financier est en mesure de résister aux chocs sans perturbation majeure* »¹⁸². Pour le HCSF, la stabilité financière se définit comme la capacité du système financier mondial à résister aux chocs, en limitant le risque de perturbation du processus d'intermédiation financière et d'autres fonctions du système financier suffisamment graves pour impacter négativement l'économie réelle¹⁸³.

72. – Définition substantielle. En définitive, d'aucuns considèrent qu'il « *n'y a pas de définition simple et universelle reconnue de la stabilité financière* »¹⁸⁴. Néanmoins, elle peut substantiellement se voir définie comme un état qui permet de qualifier le bon fonctionnement du système bancaire et financier et qui doit impérativement être maintenu. Pour parvenir au maintien de cet état, il est nécessaire que les marchés et leurs acteurs fassent preuve de résilience. Par conséquent, il est important que tout choc pouvant impacter ces derniers, n'ait pas ou peu d'effets négatifs sur leur situation financière et ne puissent entraîner de perturbations graves ou ne soient préjudiciables à l'économie réelle. En ce sens, la notion de stabilité semble fortement liée à celle sécurité¹⁸⁵.

2) Objectifs accessoires à la stabilité financière

73. – La protection des déposants et de certains investisseurs. Pour garantir le maintien de la stabilité financière, il est nécessaire d'assurer la résilience des marchés financiers et de leurs acteurs. Dans le contexte de défaillances bancaires, la rencontre de difficultés par un établissement de crédit peut constituer un choc qui est susceptible d'impacter le secteur, voire de s'étendre à l'économie réelle. Par conséquent, il est impératif de limiter l'impact de ces situations, si elles ne peuvent être évitées par des dispositifs préventifs. Face à la défaillance d'un établissement de crédit, il est donc fondamental d'éviter entre autres, le phénomène de ruées bancaires. Comme nous

¹⁸¹ Définition issue du site internet de la Banque centrale européenne : https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/financial_stability.fr.html; consulté le 20 juillet 2021.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ FSB, « Financial Stability Surveillance Framework », 30 sept. 2021, p. 5, accessible à l'adresse suivante : <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P300921.pdf>. Le Conseil de stabilité financière précise dans un glossaire : « *Financial stability is the capacity of the global financial system to withstand shocks, containing the risk of disruptions in the financial intermediation process and other financial system functions that are severe enough to adversely impact the real economy* ».

¹⁸⁴ CARDONA M., « Stabilité financière et Union bancaire », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée, op. cit.*, p. 2.

¹⁸⁵ Rapp. MULLER A.-C., « La sécurisation du système bancaire et financier », *RD Banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 46 : « *La stabilité enfin, est certainement la notion de laquelle la sécurité se rapproche le plus. On pourrait dire en quelque sorte que sécurité et stabilité sont sœurs siamoises, l'une ayant besoin de l'autre pour exister. À vrai dire, il est difficile de les distinguer, même s'il me semble que la stabilité relève davantage d'un point de vue macro-économique, c'est celle du système en son entier, tandis que la sécurité s'apprécie au niveau de chaque participant au système, professionnel ou épargnant. Mais les deux notions sont très liées, car une sécurité insuffisante compromet la stabilité du système* ».

l'avons rappelé précédemment, ce phénomène est une source de risques majeurs pour les établissements de crédit ainsi que pour la stabilité financière. Par conséquent, il est impératif de limiter ce phénomène en garantissant tant que possible les actifs des déposants et de certains investisseurs. Les questions relatives à la garantie de ces actifs seront traitées dans la suite de notre étude¹⁸⁶. Néanmoins, il convient ici de préciser que la protection des clients, déposants et investisseurs, constitue un objectif majeur à poursuivre lors du traitement des défaillances bancaires. Ainsi, force est de constater que cet objectif est fortement lié à l'objectif de stabilité financière, auquel il semble être accessoire.

74. – Maintien des activités et des services essentiels. Pour préserver la stabilité financière, il est également nécessaire de s'assurer que même lorsqu'un établissement de crédit est défaillant, ses activités essentielles, qualifiées de fonctions critiques, ne cessent d'être exécutées. Ces fonctions critiques sont définies par l'article L. 613-34-1 du Code monétaire et financier comme « *les activités, services ou opérations [...] dont l'interruption est susceptible, en France ou au sein de l'Union européenne, d'affecter les services indispensables à l'économie réelle ou de perturber la stabilité financière en raison de la taille ou de la part de marché de la personne ou du groupe, de son interdépendance interne et externe, de sa complexité ou des activités transnationales qu'il exerce* ». Comme cette définition le précise, l'arrêt de ces fonctions pourraient impacter négativement la stabilité financière. Par conséquent, il est impératif qu'elles puissent continuer d'être exercées, malgré la défaillance d'un établissement de crédit. Par conséquent, la continuation de ces fonctions apparaît également comme un objectif fondamental à poursuivre lors du traitement des établissements de crédit en difficulté.

B) L'objectif de limitation de l'aléa moral

75. – Un changement de paradigme. Enfin, pour assurer la préservation de la stabilité financière, il convient également de limiter les risques pris par les établissements de crédit. Ainsi, le traitement des défaillances bancaires doit également permettre de réduire l'aléa moral. Celui-ci pouvant impacter négativement la stabilité financière, il est en ce sens essentiel que le traitement proposé n'ait pas pour effet de pérenniser ou d'accroître ce phénomène.

Avant la crise des *subprimes*, il était accepté que les états, ne pouvant laisser faillir leurs établissements de crédit systémiques, procèdent aux renflouements de ceux-ci, afin d'éviter des effets négatifs graves pour les déposants, ainsi que pour l'économie du pays. Or, ce procédé, qualifié de renflouement externe, ou dans sa version anglo-saxonne de « bail-in », a pu faire l'objet de

¹⁸⁶ À propos de la garantie des dépôts et des titres financiers, voy. *infra* n° .

nombreuses critiques. Outre le fait de refinancer des entreprises privées avec des fonds publics, il fut reproché à ce dernier de créer de l'aléa moral. Il est vrai que les établissements de crédit, certains d'être renfloués en cas de difficulté, pouvaient alors être enclin à prendre davantage de risques. Cependant, un changement de paradigme a pu être opéré avec la faillite de la banque d'investissement américaine *Lehman Brothers*, puisque la réserve fédérale et le trésor américain ont refusé de venir en aide à la banque défailante. L'absence de soutien financier de l'État américain semble dès lors avoir marqué le glas de ce procédé inique. Ainsi, dans la conception du droit de résolution des défaillances bancaires, le législateur suivant cette même logique, est venu limiter les possibilités de renflouement des établissements de crédit par l'État, lui préférant un renflouement interne¹⁸⁷, réalisé par les actionnaires et créanciers.

II) La prise en compte de ces objectifs par le droit de résolution des défaillances bancaires

76. – Le droit de résolution des défaillances bancaires a été conçu en réponse aux lacunes de la réglementation existante, mises en exergue par les crises qui ont frappé ce début de XXI^{ème} siècle. Rapidement, les régulateurs et superviseurs, notamment internationaux, ont déterminé certains objectifs devant dorénavant être poursuivis lors du traitement des défaillances bancaires. Le législateur a tiré les conséquences des différentes recommandations qui ont pu être émises et a défini les objectifs poursuivis par le droit de résolution des défaillances bancaires (A). Ces objectifs font l'objet d'une liste exhaustive et semblent, en dépit de ce qui est formellement indiqué, pouvoir faire l'objet d'un classement hiérarchique (B).

A) Les objectifs de la résolution des défaillances bancaires définis par le législateur

77. – La directive 2014/59/UE dite « BRRD », fondatrice en matière de résolution des défaillances bancaires, définit expressément une liste d'objectifs qui doivent être poursuivis dans ce contexte. Ces objectifs sont essentiels, car ils apparaissent en définitive comme des bornes, venant limiter les pouvoirs des autorités de résolution qui ont été instituées pour mettre en œuvre les dispositifs de résolution (1). Cependant, l'objectif de limitation de l'aléa moral, pourtant crucial, n'apparaît pas expressément dans les textes. En ce sens, d'aucuns pourraient être amenés à douter de l'utilité du droit de résolution des défaillances bancaires en matière de limitation de l'aléa moral (2).

¹⁸⁷ Voy. *infra* n° 504.

1) Des objectifs bornant les pouvoirs des autorités de résolution

78. – Une liste d’objectifs déterminée. Pour mettre en œuvre l’ensemble des dispositifs et des procédures établis en matière de résolution des défaillances bancaires, les pouvoirs publics ont mis en place plusieurs autorités de résolution au sein de l’Union bancaire. Une grande innovation a pu être réalisée avec la création d’une autorité de résolution unifiée au sein de cette Union, le Conseil de résolution unique. Celui-ci partage ses compétences avec des autorités de résolution nationales établies dans chaque état membre. La mise en place de ces autorités consacrées à la résolution des défaillances bancaires participe à l’affirmation d’un véritable droit de la résolution des défaillances bancaires. La présentation de celles-ci ainsi que la définition de leurs statuts, de leurs missions et de leurs pouvoirs pourront être réalisées dans la suite de nos développements¹⁸⁸.

Cependant, il convient déjà de préciser que les objectifs de la résolution des défaillances bancaires permettent de délimiter leurs pouvoirs, comme le précise l’article 31, 1° de la Directive 2014/59/UE dite « BRRD », qui dispose que les autorités de résolution « *appliquent les instruments de résolution et exercent les pouvoirs de résolution [en tenant] compte des objectifs de la résolution et optent pour les instruments et pouvoirs qui permettent le mieux d’atteindre les objectifs correspondant à chaque situation* ». Le considérant 5 de ladite directive précise quant à lui, que « *le respect de ces objectifs devrait contribuer à éviter une déstabilisation des marchés financiers et à limiter à un minimum les coûts supportés par les contribuables* ».

Les objectifs du droit de résolution définis à l’article 31, 2° de la directive « BRRD »¹⁸⁹ sont les suivants :

- *assurer la continuité des fonctions critiques ;*
- *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 ;*
- *protéger les ressources de l’État par une réduction maximale du recours aux aides financières publiques exceptionnelles ;*
- *protéger les déposants couverts par la directive 2014/49/UE ainsi que les investisseurs couverts par la directive 97/9/CE ;*
- *protéger les fonds et les actifs des clients ».*

L’article ajoute également que dans la poursuite de ces objectifs, les autorités de résolution doivent réduire autant que possible le coût de la résolution et limiter toute perte de valeurs.

¹⁸⁸ Voy. *infra* n° 229.

¹⁸⁹ La nécessité de tenir compte de ces objectifs et ainsi que leur définition, ont été transposées en droit français à travers l’article L. 613-50 du Code monétaire et financier.

79. – Un « garde-fou » aux mesures de résolution adoptées. Le considérant 29 de la directive « BRRD » précise que les mesures de résolution ne « *devraient pas aller au-delà du minimum nécessaire pour atteindre les objectifs recherchés* ». Ce considérant vient ici poser des limites aux pouvoirs exorbitants des autorités de résolution. Les objectifs de la résolution tels que définis précédemment, doivent ainsi être appréhendés comme des bornes, qui viennent encadrer la mise en œuvre des mesures de résolution. Notons que ces mesures, qui ont souvent pour effets de limiter les droits et les libertés des établissements de crédit¹⁹⁰ et de leurs partenaires¹⁹¹, ne peuvent s’y résoudre que de manière mesurée. Les autorités de résolution doivent donc appliquer les mesures minimales nécessaires pour atteindre les objectifs escomptés. Elles ne sauraient ainsi priver outre mesure les acteurs du secteur bancaire et financier de leurs droits et libertés.

80. – Capacité à remplir les objectifs. L’ensemble de ces objectifs correspond aux nécessités mises en exergue par les crises précitées, ainsi que par les superviseurs internationaux. En ce sens, la conception de ce droit de la résolution des défaillances bancaires doit être saluée. Néanmoins, sa capacité à remplir certains de ces objectifs a pu faire l’objet de doute au sein de la doctrine. D’une part, d’aucuns ont pu relever que les garanties offertes aux partenaires des établissements de crédit restent en certains points limitées. D’autre part, c’est la capacité de protéger les fonds publics qui a pu interroger.

2) Une utilité restreinte en matière de limitation de l’aléa moral

81. – Comme nous l’avons énoncé précédemment, un changement de paradigme s’est opéré avec le passage d’un modèle de renflouement externe, à un modèle de renflouement interne¹⁹². Ce dernier substitue à l’état, en qualité de prêteur en dernier ressort¹⁹³, les actionnaires et autres créanciers de l’établissement défaillant. Ceux-ci sont alors chargés d’absorber les pertes, afin de rétablir la situation financière de l’établissement défaillant. Ce mécanisme de renflouement interne se matérialise par un instrument de résolution, censé réduire les risques pris par les banques, qui ne sont plus couvertes par l’État. Ce mécanisme est donc censé avoir pour effet direct, la réduction de l’aléa moral. Pourtant, force est de constater que celui-ci tend à être maintenu, d’une part, parce que le principe de prêteur en dernier ressort n’a pas disparu (a) et d’autre part, parce que la mise en

¹⁹⁰ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre I.

¹⁹¹ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre II.

¹⁹² Sur le fonctionnement de l’instrument de renflouement interne voy. *infra* n° x.

¹⁹³ Voy. à propos : CATILLON V., *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, LGDJ, Coll. Droit & économie, 2011, p. 304 et s. ; Pour une approche historique du prêteur en dernier ressort, voy. : JULIAA C., *Le prêteur en dernier ressort, de la naissance d’un concept à son utilisation contemporaine*, Thèse, Saint-Étienne, 2003.

œuvre des procédures de résolution tend à être évitées en pratique, notamment du fait de l'octroi de soutiens financiers préventifs (b).

a) Le maintien du principe de prêteur en dernier ressort

82. – L'éviction recherchée du renflouement interne. Il convient tout d'abord de préciser que la limitation de l'aléa moral ne figure pas expressément dans les objectifs de la résolution des défaillances bancaires. Cette limitation est seulement censée découler du passage du renflouement externe au renflouement interne. Or, d'aucuns s'interrogent sur la capacité du droit de la résolution des défaillances bancaires à limiter l'aléa moral par ce biais. En effet, plusieurs éléments permettent d'en douter. D'abord, il faut préciser que tout soutien financier étatique n'est pas exclu, mais doit seulement être réalisé de manière exceptionnelle¹⁹⁴. Ensuite, notons que le passage du renflouement externe au renflouement interne procède sur le principe, seulement à un changement de prêteur en dernier ressort, substituant les actionnaires et créanciers de l'établissement défaillant à l'État¹⁹⁵. En outre, les établissements de crédit défaillants peuvent également bénéficier d'un soutien exceptionnel du Fonds de garantie des dépôts, comme l'illustre l'affaire *Tercas* exposée ci-après. Enfin, l'efficacité limitée du droit de la résolution des défaillances bancaires sur la limitation de l'aléa moral, peut également être vue dans le fait que certains parviennent tout simplement à échapper aux règles de la résolution en matière de renflouement.

83. – L'affaire de la banque *Tercas*. Dans cette affaire, la banque italienne *Tercas* a connu en 2013 d'importantes difficultés financières. Un autre établissement, la banque italienne *Banco Popolare di Bari* (BPB), a alors accepté de souscrire à une augmentation de capital au profit la banque défaillante. Toutefois, elle a en contrepartie avancé deux conditions. D'abord, la banque BPB a demandé que soit réalisé au préalable, un audit de la banque *Tercas*. Ensuite, elle a également demandé que le consortium mutualiste privé FITD (*Fondo interbancario di tutela dei depositi*),¹⁹⁶ reconnu par la Banque d'Italie comme un système de garantie des dépôts, couvre le déficit financier de la banque *Tercas*. Le consortium FITD a accepté de répondre aux attentes de la banque BPB. Il était en effet économiquement plus avantageux pour celui-ci de combler le déficit de la banque *Tercas*,

¹⁹⁴ Dir. 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, art. 56 et s.

¹⁹⁵ Peut être nuancé car crainte des actionnaires est quand même importante.

¹⁹⁶ Le FITD est un consortium de droit privé entre banques, qui regroupe plus de 1900 établissements italiens. Précisons qu'il est de nature mutualiste et qu'il a été constitué sur la base du volontariat avec pour finalité de préserver les intérêts communs de ses membres, notamment en garantissant les dépôts détenus par les établissements qui le composent.

plutôt que de rembourser les dépôts qui auraient été touchés par la faillite de l'établissement défaillant.

84. – Décision de la Commission. Cependant, la Commission a considéré que ce procédé était illicite. Dans une décision en date du 23 décembre 2015¹⁹⁷, elle a affirmé que les mesures adoptées constituaient des aides incompatibles et illégales accordées par l'état italien à la banque *Tercas*, et ordonnait la récupération desdites aides. La Commission avait en ce sens avancé que le consortium était lié par un « mandat public » confié par l'État italien, et que dès lors, ce dernier pouvait influencer la mise en œuvre du soutien financier accordé par le consortium.

85. – Annulation de la décision. L'affaire a par la suite été portée devant le Tribunal de l'Union, qui a rendu un arrêt en date du 19 mars 2019¹⁹⁸. Par celui-ci, le Tribunal a annulé la décision rendue par la Commission¹⁹⁹. Il a en effet considéré que les conditions permettant de qualifier une aide d'état au sens de l'article 107, 1° du TFUE, n'étaient pas remplies.

La première condition posait déjà des difficultés, puisqu'une « intervention de l'État ou au moyen de ressources de l'État », ne pouvait en l'espèce être caractérisée. La Commission s'était fondée sur un faisceau d'indices pour avancer le contraire. Elle avait considéré que l'État italien avait confié un « mandat public » au FIDT, et que les autorités publiques italiennes disposaient de ce fait de la capacité d'influencer les décisions adoptées par ce dernier.

Mais le Tribunal de l'Union a quant à lui considéré que la Commission n'avait pas suffisamment prouvé l'implication de l'État italien dans les mesures adoptées par le FIDT au profit de la banque *Tercas*. Il a précisé que la Commission n'avait pas prouvé à suffisance de droit, l'imputabilité de ces mesures à l'État italien. De plus, le Tribunal de l'Union a précisé que le fait que la Banque d'Italie ait autorisé l'intervention du Fonds, ne signifiait pas pour autant qu'elle l'y ait contraint. Le Tribunal considéra alors que le FIDT avait agi en toute autonomie. En outre, le « mandat public » confié au consortium ne correspondait qu'à des interventions obligatoires pour préserver la stabilité financière, et non facultatives comme ce fut le cas en l'espèce. Le Tribunal

¹⁹⁷ Décision (UE) 2016/1208, 23 déc. 2015 concernant l'aide d'État SA. 39451 (2015/C) réalisée par l'État italien en faveur de la Banque *Tercas* : JOUE L 203, p. 1.

¹⁹⁸ Trib. UE, 19 mars 2019, aff. Jtes T-98/16 et T-198/16, Italie c/ Commission ; *Europe*, n° 5, mai 2019, comm. 211, note IDOT L ; *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2020, comm. 1, note SAMIN TH., TORCK S. ; *Rev. Banq.* n° 833, juin 2019, p. 89, comm. KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J.

¹⁹⁹ CJUE, gde ch., 2 mars 2021, n° C-425/19 P, Commission européenne c/ République italienne et a. ; *LDDC*, avril 2021, n° 4, p. 7, note DEBROUX M. ; *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, étude 11, comm. SEGOIN D. ; *Contrat, conc. Consom.*, n° 4, avr. 2021, comm. 65, note BOSCO D. ; *JCP E.*, n° 27, juill. 2021, 1352, chron. BOURDEAUX G., MATHEY N., SALGUEIRO A., SENANEDJ D. ; *Europe*, n° 5, mai 2021, comm. 169, note IDOT L.

précisa également que les fonds employés par le consortium pour financer le soutien de la banque *Tercas*, étaient des ressources privées et ne constituaient pas des ressources étatiques.

Cette décision du Tribunal de l'Union a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de Justice de l'Union européenne. Néanmoins, celui-ci a été rejeté. La Cour a ainsi confirmé l'annulation de la décision rendue initialement par la Commission.

b) L'éviction de la résolution par des soutiens financiers préventifs

86. – L'intervention préventive de fonds de garantie des dépôts. L'affaire *Tercas* illustre ainsi le fait qu'un Fonds de garantie des dépôts puisse intervenir en dehors de toute procédure de résolution, pour renflouer un établissement de crédit. Elle laisse ainsi présager la possibilité de contourner l'ouverture d'une telle procédure, en procédant au refinancement de l'établissement en difficulté. Cela permet par conséquent d'éviter le recours à l'instrument de renflouement interne souvent redouté.

Le droit de résolution des défaillances bancaires prévoit cette possibilité de recourir à un soutien financier de la part de Fonds de garantie des dépôts, mais il soumet alors ce financement au régime des aides d'état²⁰⁰. Or, les Fonds de garantie des dépôts disposent également de la possibilité de refinancer un établissement défaillant de manière préventive, en dehors de toute procédure de résolution²⁰¹. Dans ce cas, ce refinancement ne sera pas nécessairement soumis au régime des aides d'État. On retient de l'affaire *Tercas*, que la Commission doit prouver un véritable lien entre le Fonds et l'État, et démontrer que l'action du Fonds a été imposée par celui-ci, pour soumettre l'intervention audit régime, ce qui laisse une marge de manœuvre implicite importante en matière de renflouement externe.

87. – Limites insuffisantes à l'intervention préventive du Fonds de garantie des dépôts.

Cette possibilité d'intervention préventive du Fonds de garantie des dépôts est exprimée par les dispositions qui régissent le système de garantie des dépôts. En France, c'est le Fonds de garantie des dépôts et de résolution (ci-après FGDR) qui est chargé de cette fonction à l'échelle nationale. Il est gouverné par les articles L. 312-4 et suivants du Code monétaire et financier. L'article L. 312-

²⁰⁰ Dir. 2015/59/UE, cons. 47 : « *il peut y avoir aide d'État, entre autres, lorsque des fonds de résolution ou des fonds de garantie des dépôts interviennent dans la résolution d'établissements défaillants* ». *Adde* cons. 55 : « *le recours à un soutien financier public exceptionnel, aux fonds de résolution ou aux systèmes de garantie des dépôts à des fins de résolution des établissements défaillants devrait respecter les dispositions pertinentes en matière d'aides d'État* ». Il ressort de ces dispositions que les règles relatives aux aides d'État ont vocation à s'appliquer aux soutiens financiers accordés par des fonds de garantie des dépôts, dès lors qu'ils ont lieu dans le cadre d'une procédure préventive ou curative de résolution.

²⁰¹ Dir. 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif au système de garantie des dépôts, art. 11

5, II dudit code, dispose en substance que sur proposition de l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après ACPR), le FGDR peut intervenir à titre préventif, auprès d’un établissement de crédit dont la situation laisse à craindre à terme une indisponibilité des fonds garantis. L’article précise toutefois que les sommes versées ne pourront excéder celles que le FGDR aurait dû verser s’il avait été contraint d’intervenir au titre de la garantie des dépôts. Néanmoins, cette limite à l’intervention du fonds peut sembler insuffisante. Dans l’affaire *Tercas*, le fond était intervenu car il était économiquement plus avantageux pour lui de renflouer l’établissement défaillant, plutôt que de rembourser les dépôts qui auraient été touchés. Bien que cette évaluation soit légitime, elle contribue néanmoins à pérenniser l’aléa moral. Notons de plus que ce renflouement préventif n’emporte aucune conséquence pour l’établissement de crédit renfloué. En effet, si l’article L. 312-5, I du Code monétaire et financier, prévoit qu’un établissement de crédit puisse voir son agrément retiré ou être radié, si le FGDR venait à intervenir, il précise également que cela vaut seulement pour les interventions au titre de la garantie des dépôts et donc pas au titre d’une intervention précoce.

88. – Rapport entre le FGDR et l’État. À l’aune de ces éléments, force est de constater que l’ouverture d’une procédure de résolution et la mise en œuvre du renflouement interne peuvent être évités, malgré la situation financière peu solide d’un établissement de crédit. Le FGDR peut ainsi jouer le rôle d’un prêteur en dernier ressort, malgré que celui-ci ait été décrié et soit source d’aléa moral. En outre, la question posée dans l’Affaire *Tercas* était de savoir si le soutien accordé constituait une aide d’état et les juges s’interrogeaient sur le rapport entre l’État italien et le Fonds de garantie des dépôts. Or, on pourrait s’interroger en France sur le rapport entre le FGDR et l’État. En effet, l’article L. 312-5, II précité, précise que le fonds intervient sur proposition de l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Or, cette autorité entretient des relations particulières avec l’État, si bien qu’elle en a perdu son statut d’Autorité administrative indépendante²⁰². Par conséquent, la Commission pourrait être amenée à considérer que les soutiens accordés par le FGDR à titre préventif doivent être soumis au régime des aides d’État, ce qui permettrait d’éviter le recours abusif à ce procédé.

89. – Le soutien financier public exceptionnel. En conclusion, force est de constater la persistance du modèle de renflouement externe et la recherche d’éviction du renflouement interne,

²⁰² Voy. à propos : MATHEY N., « Statut de l’ACPR », *RD. Banc. Fin.*, n° 2, mars 2017, comm. 46 ; KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « L’ACPR doit-elle rester une autorité administrative indépendante ? », *Rev. Banq.*, n° 791-792, janv. 2016, p. 138.

se limite grandement l'efficacité du droit de la résolution des défaillances bancaires en matière de réduction de l'aléa moral. Ce constat a pu être réitéré en 2016 dans l'affaire de la banque italienne *Monte dei Paschi di Siena*. Ici encore, des solutions ont été trouvées en dehors de toute procédure de résolution, de sorte à éviter l'activation de l'instrument de renflouement interne. D'abord, les créances douteuses ont été extraites du bilan de l'établissement au moyen de leur cession à une structure de défaisance. Ensuite, certaines créances ont été garanties, d'autres ont été reprises par un Fonds composé de plusieurs entités, d'autres encore ont été garanties par l'État à travers un autre fonds²⁰³. En définitive, l'État italien est intervenu à chaque étage du montage²⁰⁴ et les procédés employés ont rendu le droit de la résolution des défaillances bancaires inapplicable. En effet, la directive 2014/59/UE prévoit qu'un soutien financier étatique exceptionnel est possible dans certaines conditions, mais conduit alors à l'ouverture d'une procédure de résolution, à moins qu'il ne prennent la forme d'une garantie de l'État à l'appui des facilités de trésorerie accordées par les banques centrales, d'une garantie de l'État pour des éléments de passif nouvellement émis, ou d'une injection de fonds propres ou de l'achat d'instruments de fonds propres à des prix et des conditions qui ne confèrent pas un avantage à l'établissement²⁰⁵. Or, les pouvoirs publics tendent donc à employer ces différentes modalités pour soutenir leurs établissements défaillants sans engendrer l'ouverture d'une procédure de résolution et l'activation de l'instrument de renflouement interne. Par conséquent, on peut douter de l'effectivité des mesures visant à réduire l'aléa moral et de la capacité du droit de la résolution des défaillances bancaires à poursuivre cet objectif.

B) La hiérarchisation nécessaire des objectifs

90. – Raisons. Le droit de résolution des défaillances bancaires précise que les objectifs qu'il poursuit sont d'égale importance²⁰⁶. Pourtant, lors du traitement d'un établissement de crédit défaillant, plusieurs intérêts et considérations, parfois contradictoires, peuvent être en jeu. Par exemple, des mesures permettant de préserver la stabilité financière peuvent aller à l'encontre de la protection des clients de l'établissement. Or, les objectifs de la résolution étant formellement d'égale importance, lequel devrait alors être privilégié par les autorités de résolution ? C'est une question qui risque d'être rencontrée en pratique et il semble en ce sens nécessaire d'ordonner ces différents objectifs *ex ante*.

²⁰³ Pour plus de détails concernant le traitement de la banque Monte dei Paschi di Siena voy. : COHEN E., « Aides d'État, résolution bancaire et assouplissement quantitatif », *Concurrences*, n° 4-2016, p. 1.

²⁰⁴ *Idem*.

²⁰⁵ Dir. 2014/59/UE, art. 32, 4°, d).

²⁰⁶ Dir. 2014/59/UE, art. 31, 3°.

91. – Graduation des objectifs. Parmi les objectifs poursuivis par la résolution des défaillances bancaires, certains concernent uniquement les clients des établissements, voire parfois une simple partie de ces derniers. C'est le cas de la protection des déposants et des investisseurs. La protection des fonds publics et la préservation de la stabilité financière pourront être considérées quant à elles comme ayant une incidence directe sur l'intérêt général. Néanmoins, l'absence d'exclusion totale du recours à un financement public²⁰⁷ semble réduire l'importance accordée à cet objectif. En ce sens, la préservation de la stabilité financière apparaît comme l'objectif crucial, pouvant primer sur les autres buts du droit de la résolution des défaillances bancaires, puisqu'il produit des effets sur l'ensemble des populations. En dessous de cet objectif, viendraient ensuite la préservation des fonctions critiques des établissements et la garantie des dépôts, puisqu'ils ont vocation à limiter toute perte de confiance sur les marchés. Ensuite, figurerait dans la hiérarchie des objectifs, la protection des actifs des clients, toujours dans une logique de limitation de la perte de confiance. Enfin, on pourrait placer en dernier rang, l'absence de recours aux fonds publics, dans la mesure où cet objectif est celui qui produira le moins d'effets négatifs pour le système bancaire et financier. Cette classification des objectifs du droit de la résolution des défaillances bancaires ne signifie pas pour autant que certains ne soient pas importants, ou ne méritent pas d'être poursuivis. Cette hiérarchisation permettrait seulement, dans certaines situations critiques nécessitant de faire primer certains objectifs, de savoir quels choix effectuer.

²⁰⁷ Cf. Dir. 2014/59/UE, du 15 mai 2014, dite « BRRD », art. 56 et art. 57 relatifs au soutien financier public exceptionnel.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

92. – La nécessité d'un traitement propre aux établissements de crédit défaillants. Les établissements de crédit sont des entreprises singulières, des acteurs économiques sensibles et essentiels, qui n'ont en définitive que peu de points communs avec des entreprises commerciales traditionnelles. Leurs particularités fonctionnelles, organisationnelles, juridiques et comptables, font que ces établissements nécessitent en tout point de vue, un encadrement adapté et donc spécifique. Ce constat se réitère en matière de défaillances bancaires. Les difficultés financières rencontrées par des établissements de crédit, doivent être traitées par le biais d'instruments spécifiquement conçus. Ces dispositifs de traitement particuliers sont également rendus nécessaires par le fait que les établissements de crédit font peser d'importants risques sur le système bancaire et financier, ainsi que sur les acteurs avec lesquels ils interagissent. En ce sens, ces risques doivent nécessairement être pris en compte lors du traitement des difficultés rencontrées. La contagion et la perte de confiance au sein des marchés doit impérativement être évitée. Pourtant, ces considérations ne sont pas nécessairement prises en compte dans le cadre du droit des entreprises en difficulté. En outre, la mise en œuvre d'un traitement inadapté et inefficace de la défaillance d'un établissement de crédit pourrait avoir des incidences négatives sur la stabilité financière et participer au maintien l'aléa moral. Ainsi, il convient de proposer un traitement des défaillances bancaires distinct de celui opéré par le droit des entreprises en difficulté, puisque ce dernier induirait la disparition désorganisée des établissements défaillants, en entraînant d'importantes pertes de valeur.

93. – L'absence de prohibition de l'application des procédures collectives. La défaillance des établissements de crédit étant définie comme une situation singulière, elle doit impérativement être régie par un droit « sur mesure », qui peut être appliqué avec célérité tout en produisant les effets escomptés. C'est à cette fin que le droit de résolution des défaillances bancaires a été constitué. Cependant, il convient encore de s'assurer que les dispositifs qu'il a érigés sont en pratique effectivement appliqués, afin que les objectifs hiérarchisés qui le gouverne soient atteints. Or, l'application du droit des entreprises en difficulté n'est pourtant autant exclue, elle est seulement limitée. Pourtant, ce droit applicable aux entreprises commerciales traditionnelles, semble impropre à traiter la défaillance d'entreprises bancaires. Ainsi, il semble opportun de s'interroger quant à l'opportunité de placer un établissement de crédit en procédure collective, ainsi que d'examiner *in fine* l'articulation entre le droit de la résolution des défaillances bancaires et le droit des entreprises en difficulté. Ayant déjà été constaté que ce dernier était inadapté voire contre-

productif en matière bancaire, il peut sembler nécessaire qu'une scission nette soit opérée entre ces deux droits, que d'aucuns considèrent liés.

Chapitre II :

L'AUTONOMIE DU DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES AU REGARD DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

94. – Un constat renouvelé. Le Professeur Paclot a pu rappeler que « *les raisons de l'aide massive apportée aux banques sont bien connues : le droit commun de la faillite est inadapté aux spécificités des banques, il ne permet pas de prévenir efficacement le risque de faillite* »²⁰⁸. Ainsi renouvelé, ce constat n'est pourtant pas nouveau. Le caractère inadapté du droit des entreprises en difficulté a pu être observé il y a plusieurs décennies déjà. Pour palier cela, plusieurs adaptations du droit avaient ainsi pu être réalisées. Certaines définitions issues du droit commun avaient en ce sens fait l'objet de modifications, afin de s'adapter au particularisme des établissements de crédit. Néanmoins, les crises ont mis en relief la nécessité de procéder à des changements plus importants dans le droit applicable à ces entreprises cruciales, puisque les quelques adaptations réalisées antérieurement ne permettaient pas d'aboutir à un traitement efficace des défaillances bancaires.

95. – La création opportune d'un droit « sur mesure » des défaillances bancaires. C'est en réponse à ce constat, qu'a été constitué le droit de la résolution des défaillances bancaires, un droit *sui generis*, créé « sur mesure » pour encadrer ces situations particulières. Si cette évolution doit être saluée, elle n'exclut pas pour autant toute application du droit des entreprises en difficulté. En effet, dans certaines circonstances, une procédure collective peut être ouverte à l'égard d'un établissement de crédit. Cette possibilité interroge sur l'articulation entre le droit de résolution des défaillances bancaires et le droit des entreprises en difficulté. Si certains appréhendent le droit de la résolution comme un droit spécial des entreprises en difficulté²⁰⁹, il ne semble, à notre sens, pas devoir être considéré comme tel. Au contraire, le droit de la résolution des défaillances bancaires semble devoir impérativement être distingué du droit des entreprises en difficulté. Cette nécessité apparaît à la

²⁰⁸ PACLOT Y., « La réglementation du risque systémique dans l'Union européenne », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Mél. DAIGRE J.-J., Lextenso, Joly éd., 2018, p. 735-752, spéc. pp. 749-750. L'auteur ajoute également, p. 750, que : « *la cessation des paiements et la liquidation d'une banque, surtout si elle est systémique, ont des conséquences catastrophiques pour le système financier, voire pour l'économie dans son ensemble : il suffit, pour s'en convaincre, de penser aux conséquences de la faillite de Lehman Brothers en septembre 2008* ».

²⁰⁹ ROUSSEL GALLE P., DOUAOUI-CHAMSEDDINE M., « Les défaillances bancaires et financières : un droit spécial ? », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 44 ; DOUAOUI-CHAMSEDDINE M., « Droit commun des entreprises en difficulté et droit des défaillances bancaires et financières : convergences et influences réciproques ? », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 50.

fois sur un plan conceptuel, mais également pratique. Dans le cas contraire, une mauvaise compréhension et application du droit de la résolution des défaillances bancaires pourrait en découler, ce qui réduirait son efficacité. Une nette distinction doit donc être opérée. Certains principes du droit des entreprises en difficulté, ne doivent pas être appliqués dans le cadre du traitement d'établissements de crédit défaillants car ils pourraient empêcher le rétablissement de l'établissement, voire contribuer à l'aggravation de ses difficultés. Ces principes inadéquats peuvent se rencontrer à différents moments, à savoir lors de la caractérisation de la situation financière du débiteur, à travers la notion de cessation des paiements (Section 1), ainsi que lors de l'étude des principes qui régissent les procédures proposées (Section 2).

SECTION I :

L'EXCLUSION NÉCESSAIRE DE LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS

96. – La notion clé des procédures collectives écartée. Certains principes du droit des entreprises en difficulté peuvent s'avérer dans le cadre du traitement des défaillances bancaires, inadaptées, inefficaces, voire contreproductifs. Cela semble de prime abord pouvoir être illustré par la notion de cessation des paiements, qui conditionne l'ouverture de procédures collectives²¹⁰, et qui pourtant pose certaines difficultés dès lors que l'entreprise en difficulté est un établissement de crédit. Or, ce critère qualifié de « *clé de voute* »²¹¹ des procédures collectives est en principe le révélateur de la présence de difficultés économiques majeures²¹². Pourtant, si cette notion qui conditionne l'ouverture des procédures de redressement et de liquidation judiciaires semble donc particulièrement pertinente dans le contexte d'entreprise traditionnelle, ce constat ne peut être

²¹⁰ Le débiteur qui rencontre des difficultés importantes peut bénéficier d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dès lors qu'il répond à plusieurs conditions. La première est structurelle et ne pose pas de difficulté en matière de défaillance bancaire. En effet, les articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce, soumettent aux procédures collectives l'ensemble des personnes morales de droit privé. Les établissements de crédit disposant de ce statut, leur qualité ne s'oppose pas à l'ouverture d'une telle procédure. La qualité de personne morale des établissements de crédit a pu être affirmée par la jurisprudence dans l'affaire de la banque Majorel : Cass. com., 26 avr. 1994, n° 92-15.884 ; *JCP G*, n°4, 1994, p. 30, obs. GIBIRILA D. ; *D.* 1994, p. 542, note DERRIDA F. ; *D.* 1994, chron. p. 317, VASSEUR M. ; *RJDA*, n° 6, 1994, p. 498, concl. RAYNAUD M. Cela avait déjà été mis exergue par la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, dans la mesure où la première de ses dispositions précisait que « *les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque* ». La seconde condition est financière, le débiteur doit être en état de cessation des paiements (depuis moins de 45 jours en ce qui concerne la procédure de redressement judiciaire).

²¹¹ TEBOUL G., « La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace », *Rev. Proc. Coll.*, n° 2, mars 2015, étude 6 ; VALLANSAN J., « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance) », *Rev. Proc. Coll.*, n° 3, mai 2012, dossier 13 ; MONTÉLAN TH., « L'état de cessation des paiements clef de voûte des procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.*, n° 1, mars 2001, p. 1.

²¹² SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, MONSÈRIÉ-BON M.-H., HOUIN-BRESSAND C., (conc.), 12^{ème} éd., LGDJ, 2020, p. 270.

renouvelé dans le contexte d'établissements de crédit défaillants (§1). En effet, leur fonctionnement, leurs activités et les risques qu'ils font peser sur le système bancaire et financier, rendent cette notion, pourtant cruciale en matière de procédure collectives, inopportune. Si le caractère inadapté de la notion de cessation des paiements aux entreprises bancaires a pu être mis en exergue il y a plusieurs décennies déjà, ce n'est qu'avec la création du droit de la résolution des défaillances bancaires que les pouvoirs publics ont véritablement tiré les conséquences de ce constat. En effet, ce droit *sui generis* tend à écarter définitivement ce critère au profit d'une pluralité d'indices (§2) nécessaire pour appréhender efficacement la situation financière des établissements de crédit.

§1 : LES INSUFFISANCES DE LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS

97. – Une notion historique. La notion de cessation des paiements est une notion « *juridique et comptable* »²¹³, cruciale en matière de procédures collectives²¹⁴. Elle subordonne depuis bien longtemps la détermination d'une situation financière critique. Un auteur a pu rappeler qu'en 1673 déjà, l'ordonnance dite « *code Savary* », y faisait référence et instituait les éléments nécessaires à sa détermination²¹⁵. Cette notion fut reprise par le Code de commerce de 1807, avant d'être abandonnée par la suite²¹⁶. Ce n'est qu'en 1985 qu'elle fut réintégrée au droit des entreprises en difficulté²¹⁷. Le législateur a alors précisé sa teneur en la consacrant par une définition légale²¹⁸. Après avoir débattu sur la terminologie de passif « exigible » ou « exigé »²¹⁹, la cessation des paiements a finalement été définie comme « *l'impossibilité pour le débiteur de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »²²⁰. Elle se distingue ainsi de notions voisines²²¹ telles que l'insolvabilité²²², le

²¹³ SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, MONSÉRIÉ-BON M.-H., HOUIN-BRESSAND C., (conc.), *op. cit.*, p. 270.

²¹⁴ La cessation des paiements tient son importance du fait qu'elle permette d'évaluer si le débiteur nécessite ou non l'ouverture d'une procédure collective, mais également du fait qu'elle emporte d'autres conséquences, comme le début de la période suspecte ou la possibilité de sanctionner certains comportements du débiteur.

²¹⁵ MARTINEAU-BOURGNINAUD V., « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.*, 2002, p. 245.

²¹⁶ En 1838, le législateur a exclu l'utilisation de la notion de cessation des paiements, afin d'éviter toute difficulté liée à son interprétation.

²¹⁷ EUZEN S., « Doctrine et faillite pendant la première moitié du XIX^{ème} siècle : La leçon de Vincens le précurseur », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1996, p. 195.

²¹⁸ Cette définition repris la solution d'un arrêt de la Cour de cassation : Cass. com., 14 févr. 1978, n° 76-13.718, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 66 ; *D.*, 1978, p. 443, obs. HONORAT A. ; *RTD com.*, 1981, p. 597, obs. MERLE P.

²¹⁹ JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2019, p. 137 et s. ; VALLANSAN J., « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance) », *Rev. Proc. Coll.*, n° 3, mai 2012, dossier 13.

²²⁰ Art. L. 631-1 du C. com.

²²¹ Sur l'ensemble des notions voisines qui doivent être distinguées de la cessation des paiements : MARTINEAU-BOURGNINAUD V., « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD Com.*, 2002, p. 245.

²²² SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, MONSÉRIÉ-BON M.-H., HOUIN-BRESSAND C., (conc.), *op. cit.*, p. 270. Caractériser l'insolvabilité n'est pas suffisant pour bénéficier des procédures collectives

surendettement²²³ ou encore, la situation irrémédiablement compromise²²⁴. Cependant, cette définition ne fut pas exempte de toute critique et a pu causer quelques difficultés²²⁵. Cela a parfois conduit à une certaine marginalisation de cette dernière²²⁶. Certaines remarques sur la pertinence de la cessation des paiements se sont focalisées sur le traitement des entreprises commerciales traditionnelles, quand d'autres se sont portées sur le cas particulier des établissements de crédit. Suite à ces remarques, mettant en exergue l'efficacité limitée du critère dans le contexte des défaillances bancaires (I), le législateur a tenté d'adapter le droit des procédures collectives au particularisme des établissements de crédit (II).

I) Une efficacité limitée dans le contexte des défaillances bancaires

98. – L'inadéquation de la notion de cessation des paiements aux établissements de crédit (B) tient principalement au fait que les composants de la notion (A) ont été établis en se basant sur le modèle d'entreprises commerciales traditionnelles et non bancaires.

A) Les composants inadaptés de la notion de cessation des paiements

99. – **Assise textuelle.** À la suite de nombreuses divergences jurisprudentielles et doctrinales, la notion de cessation des paiements a été définie par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985²²⁷, reprenant

nécessitant la détermination d'un état de cessation des paiements. Cass. Com., 7 févr. 2012, n°11-11.347 ; *D. AJ.*, févr. 2012, *obs.* LIENHARD A.

²²³ JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, 2019, p. 113-114 ; « Est-il légitime de traiter distinctement les particuliers surendettés et les entreprises en difficulté ? », Journée d'études du Centre de droit civil des affaires, Nanterre, 2 févr. 2002 : *Gaz. Pal.*, 2005, n°s 57 et 58.

²²⁴ Cass. Com., 31 mars 2004, n°02-16.437.

²²⁵ Pour certains, la notion de cessation des paiements semble manquer de pertinence et induire davantage la mort de l'entreprise que son possible rétablissement. L'efficacité limitée de la procédure de redressement fait en ce sens peser le doute sur son utilité. D'aucuns laissent à penser que la simple présence de difficultés devrait prévaloir sur un état de cessation des paiements. Cette vision est également appuyée par le fait que la procédure de sauvegarde, qui a vocation à rétablir la situation du débiteur, a également pour objectif d'éviter la cessation des paiements. À propos des aspects critiquables de la notion de cessation des paiements, voy. notamment : FEYDEL R., « La cessation des paiements, une complexité à combattre par la loi », *LPA*, n° 259-260, 26 déc. 2019, p. 6 ; SAINTOURENS B., « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *Rev. Proc. Coll.*, n° 1, janv. 2016, dossier 6 ; TRICOT D., « La cessation des paiements, une notion stable », *Gaz. Pal.*, 2005, 1, doct., p. 1009 ; MONTÉLAN TH., « L'état de cessation des paiements clef de voûte des procédures collectives », *Rev. Proc. coll.*, n° 1, mars 2001, p. 1 ; TEBOUL G., « La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace », *Rev. Proc. Coll.*, n° 1, mars 2001, étude 6 ; BACHASSON G., CHRIQUI H., « Pour une révision de la notion de cessation de paiement », *Gaz. Pal.*, janv. 1999, p. 13

²²⁶ VALLANSAN J., « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance) », *op. cit.*, dossier 13. Avant 2005, les entreprises faisant l'objet de difficultés financières ne pouvaient bénéficier que de deux procédures, la procédure de redressement judiciaire et la procédure de liquidation judiciaire. La cessation des paiements étant le critère subordonnant l'ouverture de celles-ci, elle apparaissait comme une notion capitale en droit des entreprises en difficulté. Mais depuis 2005, d'autres procédures ont fait leur apparition et sont venues brouiller les contours de ce critère.

²²⁷ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

une jurisprudence du 14 février 1978²²⁸, puis complétée par une ordonnance du 18 décembre 2008²²⁹. La définition de la cessation des paiements apparaît désormais à l'article L. 631-1 al. 1 du Code de commerce qui dispose, qu'un débiteur est en état de cessation des paiements, lorsqu'il est « *dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible* ». Pour déterminer un état de cessation des paiements, il est donc nécessaire d'évaluer le passif exigible et l'actif disponible du débiteur et d'établir que le premier ne peut pas être couvert par le second²³⁰.

100. – La détermination du passif exigible. Le passif exigible correspond à l'ensemble des dettes qualifiées de certaines²³¹; liquides et exigibles. Ainsi, le passif échu doit être pris en compte et non celui qui doit être payé à très court terme²³². Lorsqu'une créance remplit les trois critères précités, elle vient intégrer le passif et ce peu importe sa nature²³³. À l'inverse, si la créance ne peut répondre à l'ensemble de ces qualifications, elle ne pourra l'être²³⁴.

101. – La détermination de l'actif disponible. La simple constatation d'un arrêt de l'activité ne peut suffire à constater un état de cessation des paiements²³⁵. Le juge est ainsi tenu de déterminer avec précision l'actif disponible. Celui-ci peut regrouper différents biens, tels que « *l'existant en caisse et en banque* »²³⁶, ainsi que tout ce qui peut être immédiatement réalisable, tels que des titres négociables ou certaines marchandises²³⁷. Peuvent également faire partie de l'actif disponible, les

²²⁸ Cass. Com., 14 février 1978, n° 76-13.428.

²²⁹ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

²³⁰ LUCAS F.-X., *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 3^{ème} éd., 2021, p. 118. Les motifs ayant conduit à cette situation sont indifférents et ne peuvent empêcher la qualification de cessation des paiements : Cass. Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026, *Sodimedical* ; D., 2012, p. 1814, obs. LIENHART A. et p. 2212, obs. DAMMANN R., FRANCOIS S. ; BJE, 2016, p. 194, obs. REMERY J.-P.

²³¹ Les dettes litigieuses sont donc exclues. Cass. Com., 5 mai 2015, n° 14-11.381 ; RJD A 8-9/15, n° 587 ; LEDEN juin 2015, n° 094, obs. LUCAS F.-X. ; Cass. Com. 5 févr. 2013, n° 11-28.194, BJE, mai 2013, n°68, p. 136, obs. BONHOMME R.

²³² SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, MONSÉRIÉ-BON M.-H., HOUIN-BRESSAND C., (conc.), *op. cit.*, 2020, p. 272.

²³³ JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, 2019, p. 136. GIBRILA D., « La notion de cessation des paiements, critères de distinction entre la société in bonis et l'entreprise en difficulté », *op. cit.*, p. 5.

²³⁴ Certaines éventualités ont dû être précisées. C'est le cas par exemple des dettes pour lesquelles le débiteur bénéficie de délais de paiement et qui ne sont donc pas exigibles. L'ordonnance du 18 décembre 2008 est venue préciser cela. L'article L. 631-1 du C. com dispose ainsi en ce sens que « *le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* ».

²³⁵ Cass. Com., 17 sept. 2013, n° 12-17.657 ; BJE, janv. 2014, p. 16, note FAVARIO TH., *Rev. Proc. Coll.*, n° 1, janv. 2014, comm. 23, note FRAIMOUT J.-J., *Rev. Proc. Coll.*, n° 2, mars 2014, comm. 52, note SAINTOURENS B.

²³⁶ JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, 2019, p. 130.

²³⁷ À propos des éléments pouvant constituer l'actif disponible, v. notamment : SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, MONSÉRIÉ-BON M.-H., HOUIN-BRESSAND C., (conc.), *op. cit.*, 2020, p. 271-272 ; MARTINEAU-BOURGNINAUD V., « Cessation des paiements encore et toujours ! La Cour de cassation précise ses exigences en matière d'actif disponible », *op. cit.*, p. 15 ; ZINTY S., « Retour sur la notion d'actif disponible », *Rev. Proc. Coll.*, n° 4, juill. 2012, étude 27 ; DELATTRE C., « Détermination de l'actif disponible », LEDEN, n° 4, mars 2012, p. 2.

créances que possède le débiteur envers un tiers, dont la solvabilité est certaine et dont l'échéance est très proche²³⁸. Il en est de même pour les réserves de crédit²³⁹.

102. – La souplesse d'une approche juridique et globale. La cessation des paiements prend en compte différents éléments et s'adapte à la diversité des situations rencontrées. Sa détermination s'éloigne ainsi d'un raisonnement purement mathématique et conserve une part d'aléa. Dans leur détermination de l'état de cessation des paiements, les juges doivent apprécier la situation rencontrée de manière globale. Ils sont ainsi tenus de prendre en compte les spécificités de l'entreprise et de son fonctionnement. La notion de cessation des paiements n'est pas une simple notion comptable. Il s'agit d'une conception juridique, qui doit prendre en compte des éléments qui n'apparaissent pas forcément dans un bilan²⁴⁰. La cessation des paiements apparaît ainsi comme une notion « *souple* »²⁴¹, qui définit une situation prise dans son ensemble. Cette souplesse de qualification s'illustre notamment lorsque des moyens frauduleux ou ruineux sont employés par une entreprise, pour maintenir une situation financière « fictive »²⁴². L'état de cessation des paiements peut alors être prononcé et ce alors même que comptablement, l'entreprise a la capacité de faire face à son passif exigible. Cette approche globale et cette souplesse d'interprétation, permettent ainsi de s'adapter aux spécificités des entreprises observées. Pourtant, la notion de cessation des paiements semble rester insuffisante pour apprécier efficacement la situation financière des établissements de crédit.

B) Une incompatibilité manifeste avec le fonctionnement des établissements de crédit

103. – L'inadéquation de la définition classique de la cessation des paiements à la situation des établissements de crédit est amplifiée par le fait que ces entités sont vectrices de risque systémique et peuvent nuire à la stabilité financière (1). Par conséquent, toute évaluation ou encadrement de ces acteurs ne peut être approximatif, incomplet ou inadapté. Or, la notion de cessation des

²³⁸ Cass. Com., 7 févr. 2012, n°11-11.347 ; *JCP E.*, n° 26, juin 2012, 1414, note LEBEL C.

²³⁹ ARBELLOT F., « La notion de "réserve de crédit" en droit des entreprises en difficulté », *JCP E.*, n° 6, févr. 2012, 1102 ; REILLE F., « Appréciation de la cessation des paiements : notion de réserve des crédits », *Gaz. Pal.*, n° 6, mars 2017, p. 57. Le débiteur doit prouver qu'il dispose d'une réserve de crédit lui permettant de ne pas être en cessation des paiements, Cass. Com., 23 avr. 2013, n° 12-18.453, *Bull. joly soc.*, n° 6, juin 2013, p. 414, note MOUIAL-BASSILANA E., *Bull. joly entrep.*, n° 4, juill. 2013, obs. BORGAN. ; Cass. Com., 4 juill. 2018, n° 17-13.405, *Gaz. Pal.*, n° 34, oct. 2018, p. 65, obs. REILLE F.

²⁴⁰ La notion de cessation des paiements s'éloigne ainsi de la notion comptable de trésorerie. STOUFLET J., « La trésorerie : existe-t-il une notion juridique ? », *RJC*, n° spé., nov. 1989, p. 26.

²⁴¹ TRICOT D., « La cessation des paiements, une notion stable, souple et sûre », *LPA*, n° 119, juin 2007, p. 44.

²⁴² ROBINE D., LE CANNU P., *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 219.

paiements, déjà source de débats en droit des entreprises en difficulté, ne tient pas compte des spécificités de ces établissements et de leurs activités. Elle apparaît en ce sens profondément inadaptée et ne peut permettre un traitement efficace des défaillances bancaires (2).

1) Une source de risque pour la stabilité financière

104. – Des divergences fondamentales peuvent être observées entre le fonctionnement et la comptabilité des entreprises commerciales traditionnelles et des entreprises bancaires. Les établissements de crédit exercent une activité qui leur est propre et réalisent des opérations de banque qu'eux seuls sont, en principe²⁴³, autorisés à effectuer²⁴⁴. En tant qu'intermédiaires financiers, ils exercent un rôle crucial dans le fonctionnement de l'économie, mais font également peser des risques sur celui-ci²⁴⁵. En outre, ils entretiennent des relations financières avec une multitude d'acteurs, aux profils divers. La présence de règles spécifiques destinées à encadrer les activités de ces établissements, distinctes de celles régissant les entreprises communes, témoigne de leur particularisme. Par conséquent, le droit commun est souvent insuffisant pour encadrer ces acteurs et laisse la place à des droits nouveaux²⁴⁶. Il semble que le droit des entreprises en difficulté n'y fasse pas exception et que ses principes classiques telle que la cessation des paiements doivent être modifiés ou écartés, au profit de principes novateurs.

105. – **La nécessité de disposer de notions adaptées et non controversées.** La détermination de l'état de cessation des paiements peut s'avérer être une tâche ardue, qui emporte de surcroît de

²⁴³ Les opérations de banque sont soumises à un certain monopole. Néanmoins, celui-ci fait l'objet de nombreuses exceptions. Voy. à propos notamment : LASSERRE CAPDEVILLE J., « La limitation du monopole bancaire par la reconnaissance du prêt interentreprises », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2016, alerte 1 ; SANBAR W., « Le monopole bancaire et financier à l'épreuve de la réforme du droit des contrats et du nouveau dispositif MIFID 2 et MIFIR », *Banq. & droit*, n° 170, nov. 2016, p. 11 ; DE VAUPLANE H., « Le monopole bancaire sert-il (encore) à quelque chose ? », *Rev. banq.*, n° 782, févr. 2015, p. 18 ; LEGEAIS D., « La fin annoncée du monopole bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 2, mars 2015, repère 2 ; CHVIKA E., « L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 5, sept. 2013, étude 23 ; ROUSSILLE M., « Que reste-t-il du monopole bancaire ? », in *Mel. AEDBF-France*, VI, Rev. Banq. Ed., 2003, p. 607-620.

²⁴⁴ L'article L. 311-1 du CMF limite les opérations de banque aux activités réception de fonds du public, d'octroi de crédit ainsi qu'aux services bancaires de paiement. À propos des opérations de banque, voy. : BONNEAU T., *Droit bancaire*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2021, p. 45 et s. ; LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERÉSÉO N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 41 et s.

²⁴⁵ EECKHOUDT M., « Les coûts indirects de la défaillance bancaire », *Rev. Proc. Coll.*, n° 1, janv. 2018, dossier 7, spéc. n°1 : « certes, les "faillites bancaires" sont rares, mais elles représentent un coût global plus élevé que les procédures classiques ».

²⁴⁶ On pense notamment au droit de la régulation ou au droit de la compliance. À propos du droit de la régulation, voy. notamment : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., *Droit de la régulation bancaire*, Rev. Banq. Ed., 2012 ; FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, n° 7, p. 610 ; BOY L., « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.*, 2001, chr., p. 3031. À propos du droit de la compliance, voy. notamment : FRISON-ROCHE M.-A., *Les outils de la compliance*, Dalloz, Coll. Régulations, 2021 ; *Régulation, supervision, compliance*, FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), Dalloz, Coll. Régulations, 2017 ; FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la compliance », *D.*, n° 32, sept. 2016, p. 1871.

lourdes conséquences pour le débiteur. Dès lors, s'il est question d'entités systémiques en difficulté²⁴⁷, soit d'entreprises dont l'inefficacité du traitement mis en œuvre risquerait d'entraîner de graves conséquences pour l'économie²⁴⁸, il est impératif que les concepts juridiques qui les entourent soient parfaitement adaptés, et non source d'ambiguïté. En ce sens, il semble peu judicieux d'employer une notion dont la teneur et l'efficacité peuvent s'avérer incertaines.

2) Une notion réductrice en matière bancaire

106. – L'efficacité limitée de la notion de cessation des paiements. Le fonctionnement des établissements de crédit et de leurs bilans, le particularisme de leurs activités de réception de fonds du public et d'octroi de crédit, ainsi que de leurs activités sur les marchés interbancaires, rendent la définition de la cessation des paiements profondément inadaptée au traitement de ces entités. D'abord, ces particularités pourraient conduire à la constatation d'un état de cessation des paiements sans pour autant que l'établissement soit défaillant. En effet, l'activité des établissements de crédit consistant à emprunter pour prêter, il paraît difficile de déterminer leur impossibilité à faire face à leur passif exigible. De plus, ces établissements peuvent faire l'objet d'un problème de liquidité, sans pour autant être insolubles ou défaillants. En ce sens, la notion de cessation des paiements paraît réductrice. À l'inverse, un établissement de crédit pourrait faire l'objet de difficultés financières graves, sans être en état de cessation des paiements. Dès lors, certains exposent que « *toute défaillance ne conduit pas à la cessation des paiements. Ou plus exactement [que] la cessation des paiements ne caractérise pas toute forme de défaillance* »²⁴⁹.

107. – Bilan bancaire et image « infidèle ». Les critères permettant de définir l'état de défaillance d'un établissement de crédit doivent permettre d'appréhender différentes situations. Les difficultés rencontrées par les établissements de crédit ne peuvent pas toujours se lire dans leurs passifs. En ce sens, d'aucuns rappellent la signification limitée des bilans bancaires, d'autant plus sous leur forme consolidée, et mettent en exergue l'importance d'autres outils, tels que les rapports de gestion²⁵⁰. La simple appréciation d'un bilan paraît ainsi totalement inefficace pour déterminer la défaillance d'un établissement de crédit.

²⁴⁷ En ce sens, certains auteurs ont pu s'interroger sur l'opportunité d'étendre le traitement spécifique des défaillances réalisés par le droit de la résolution des défaillances bancaires à d'autres acteurs systémiques. Voy. D'AMBRA D., FRISON-ROCHE M.-A., « La résolution bancaire entre droit commun des procédures collectives et droit commun de la régulation », in *Mél. VALLENS J.-L.*, Lextenso, Joly éd., 2017, 93-304.

²⁴⁸ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTANI H., *Gestion de la banque*, DUNOD, 9^{ème} éd., 2020, p. 50 ; EECKHOUDT M., « Les coûts indirects de la défaillance bancaire », *op. cit.*, dossier 7 ; SUSSET E., « Enjeux de la résolution bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2013, dossier 36.

²⁴⁹ MANCEAU G., « Le sort de l'agrément », *RD banc. Bourse.*, n° 55, mai 1996, p. 93.

²⁵⁰ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTANI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, 2020, p. 131.

II) Les adaptations insuffisantes de la notion de cessation des paiements

108. – Le constat de l'inadéquation de la notion de cessation des paiements au cas particulier des établissements de crédit a pu être fait il y a maintenant plusieurs décennies. La doctrine comme la jurisprudence, ont ainsi pu mettre en exergue cette difficulté et proposer des modifications pour adapter la substance de cette notion (A). Le législateur est également intervenu, en établissant une définition spécifique de la cessation des paiements des établissements de crédit (B). Cependant, celle-ci peut toujours faire l'objet de critiques et paraît toujours inadaptée.

A) Des propositions doctrinales et jurisprudentielles limitées

109. – Depuis la fin du XX^{ème} siècle, la doctrine s'est intéressée aux difficultés d'application de la notion de cessation des paiements aux établissements de crédit²⁵¹. Les premières propositions d'une définition propre à ces entreprises sont par conséquent venues de la doctrine (1). La jurisprudence a suivi le pas, en proposant d'autres critères d'évaluation des difficultés rencontrées par les établissements de crédit (2).

1) L'apport de la doctrine

110. – **Un sujet superflu dans le contexte d'une nationalisation massive des banques.** Avant la fin des années 1990, les réflexions autour de la définition de la cessation des paiements des établissements de crédit semblait paraître superflues. En effet, la question de la faillite des banques françaises ne semblait pas interroger, dans la mesure où elles avaient été, pour la plupart, nationalisées. Entre 1981 et 2002, une privatisation massive des banques a été effectuée, si bien qu'en 1982, on comptait en France 197 établissements bancaires appartenant au secteur public, contre seulement 39 pour le secteur privé²⁵².

111. – **Le regain d'attrait de la doctrine à compter des années 1990.** C'est à la fin des années 1990 que la doctrine s'est intéressée à cette problématique. Des auteurs ont alors proposé des définitions de la cessation des paiements spécialement adaptées au cas particulier des établissements de crédit. Deux approches ont été présentées par la doctrine.

²⁵¹ Voy. par exemple : BONNEAU T., « Le droit des faillites bancaires et financières : état des lieux », *RD banc. Bourse*, n° 1, janv. 1997, p. 2 ; GRELON B., « Les banques en difficulté », *D.*, 1997, chron., p. 197 ; ROUGER M., « Les critères de défaillance d'une banque », *RJ com.*, n° spécial, nov. 1996 ; ARRIGHI J.-P., « Le traitement de la défaillance bancaire », in *Contrôle des activités bancaires et financières*, Economica, 1998, p. 357.

²⁵² DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, 2020, p. 26.

Pour le Professeur Nussembaum, « l'ensemble des dépôts n'étant pas exigés ne peut être considéré dans sa globalité comme constituant un passif exigible. La constatation de l'état de cessation des paiements ne peut se résumer à la constatation des premiers impayés occasionnels du fait de la notion d'impossibilité incluse dans la définition de la cessation des paiements. C'est pourquoi on y ajoute l'analyse des ratios prudentiels »²⁵³. Pour l'ancien président du tribunal de commerce de Paris, Mr Rouger, « la notion de cessation des paiements ne peut être retenue comme un critère de défaillance, soit parce qu'elle n'a pas de réalité sur le terrain, soit parce qu'elle ne se manifeste que très tard »²⁵⁴. Il proposa alors le critère « de la situation irrémédiablement compromise »²⁵⁵. Cela « suppose que la notion de passif exigible [...] soit également appréciée au regard spécifique de l'activité bancaire »²⁵⁶. Il mis également en évidence comme « première piste d'une approche bancaire de la cessation des paiements », la prise en compte du ratio de liquidité et d'un « ratio moins sévère en-deçà duquel on pourrait parler de cessation des paiements virtuelle avec les mêmes effets que la cessation des paiements classiques »²⁵⁷.

112. – Des propositions critiquées. Ces propositions doctrinales ont eu le mérite d'initier, ou de relancer, les études sur la définition de la cessation des paiements des établissements de crédit. Toutefois, leur trop grande subjectivité a pu leur être reprochée, ainsi que l'octroi d'un rôle trop important aux autorités de tutelles.

2) L'apport de la jurisprudence

113. – La cessation des paiements d'un établissement de crédit appréciée dans l'affaire UBC (United Banking Corporation). Le Tribunal de commerce de Paris, dans un jugement rendu le 5 janvier 1994, a pu contribuer à définir la cessation des paiements d'un établissement de crédit. Les juges ont dû choisir entre deux visions : l'une pour laquelle l'état de cessation des paiements ne pouvait être décrété dès lors que l'établissement avait encore la possibilité de se renflouer via le marché interbancaire, l'autre selon laquelle, dans la mesure où les ratios prudentiels n'étaient plus respectés, les financements obtenus étaient devenus irréguliers²⁵⁸. Dans sa décision, le Tribunal a considéré que l'établissement était en état de cessation des paiements puisqu'une gestion anormale avait été effectuée, visant à tromper la commission bancaire, et que les solutions

²⁵³ NUSSENBAUM M., « Définir la date de cessation des paiements d'une banque », *Banque*, n° 574, oct. 1996, p. 60 et s.

²⁵⁴ ROUGER M., « Les critères de la défaillance d'une banque », *op. cit.*, p. 15.

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, préf. SAINT-HALARY HOUIN C., Economica, Coll. Pratique du droit, 2002, p. 326.

disponibles pour rétablir la situation de l'établissement n'étaient pas suffisantes. Il ressort de cette jurisprudence deux critères qui ont permis d'édifier une définition de l'état de cessation des paiements d'une banque, à savoir le non-respect des ratios prudentiels et l'impossibilité de trouver des solutions satisfaisantes destinées à rétablir la situation de l'établissement.

114. – Une interprétation confirmée dans l'affaire Pallas-Stern. Dans un jugement du Tribunal de commerce de Paris, en date du 4 mai 1998, les juges ont déterminé la date de cessation des paiements 18 mois avant le dépôt de bilan, puisque dès cette période, l'établissement ne respectait plus ses obligations en matière de liquidité. L'arrêt de l'activité n'avait pas été prononcé dans la mesure où une solution de renflouement avait été avancée. Cependant, les augmentations de capital effectuées n'ont pas suffi à réduire les risques encourus, mais ont seulement eu pour effet de cacher la situation aux yeux des tiers. Ainsi, les juges semblent ici avoir retenu les mêmes critères que ceux mis en avant dans l'affaire UBC. La cessation des paiements a été déterminée, dès lors que le ratio de liquidité n'était plus respecté et qu'aucune solution efficace pour rétablir la situation, n'avait pu être mise en place.

115. – Une définition insatisfaisante. Si cette définition semblait davantage adaptée à la situation des établissements de crédit, elle restait toutefois encore trop restrictive dans la mesure où elle ne permettait pas d'appréhender toute défaillance. En effet, le manque de liquidité n'est pas la seule difficulté pouvant entraîner la faillite d'un établissement de crédit. Il faut prendre en compte davantage d'indicateurs afin de disposer d'une vision globale de la situation financière du débiteur et de pouvoir appréhender différents risques, pouvant conduire à sa défaillance. Par conséquent, il est nécessaire que d'autres indicateurs soient pris en compte. D'autre part, concernant la présence ou l'absence de solution efficace, ce critère apparaît également insuffisant car il est difficile à apprécier. En effet, les effets d'une solution ne peuvent être appréciés immédiatement, ils ne pourront l'être que dans un temps futur. Ainsi, justifier l'absence de cessation des paiements par la présence de solutions peut s'avérer risqué, si celles-ci ne sont *in fine* pas efficaces. C'est ce qui a pu être constaté lors de l'affaire Pallas-Stern. Ce dernier critère conduit ainsi à une caractérisation tardive de l'état de défaillance d'un établissement de crédit et apparaît en ce sens insatisfaisant.

B) La définition légale de la cessation des paiements des établissements de crédit

116. – La définition de l'article L. 631-1 du Code de commerce. En 1999, la loi relative à l'Épargne et à la Sécurité Financière²⁵⁹ (ci-après LESF), est venue dans son article 88, apporter une définition de la cessation des paiements des établissements de crédit²⁶⁰. Celle-ci est venue intégrer le Code monétaire et financier en son article L. 613-26, qui disposait alors que « *par dérogation aux dispositions de l'article 3 de la Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, sont en état de cessation des paiements les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiat ou à terme rapproché* »²⁶¹. L'expression « paiement immédiat » correspond essentiellement dans ce contexte au remboursement des dépôts à vue²⁶². L'expression « paiement à terme rapproché » vise quant à elle, le remboursement de l'épargne à court terme²⁶³. La notion de cessation des paiements apparaît désormais comme « *une notion à géométrie variable, une définition dérogatoire étant retenue pour les établissements de crédit* »²⁶⁴. Cette définition dérogatoire apparaît en définitive moins « *bilancielle* »²⁶⁵, moins comptable, mais davantage financière et plus proche de la notion d'insolvabilité.

117. – Une notion toujours inadaptée. La notion de cessation des paiements des établissements de crédit, telle que définie par l'article susmentionné semble malgré tout toujours insatisfaisante. En effet, elle ne tient compte que de l'impossibilité de rembourser les créances dont l'échéance est immédiate ou à terme rapproché. Pourtant d'autres indicateurs peuvent mettre en exergue la défaillance avérée ou prévisible d'un établissement de crédit. L'application de la notion de cessation des paiements à ces acteurs semble par conséquent réduire leurs chances de rétablissement. Ainsi, force est de constater que la notion semble manquer d'intérêt en matière bancaire. En outre, il convient de préciser que la cessation des paiements n'est plus la seule cause pouvant conduire à la liquidation d'un établissement de crédit. En effet, celui-ci peut faire l'objet d'une telle procédure

²⁵⁹ La loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'Épargne et à la Sécurité Financière, intégrée dans le Code monétaire et financier.

²⁶⁰ BONNEAU T., « De quelques apports de la Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier », *JCP E*, n° 36, sept. 1999, 1378 ; LE NABASQUE H., « L'adaptation du droit des procédures collectives à la situation des établissements financiers », *RD banc. Bourse*, n° 75, oct. 1999, p. 151.

²⁶¹ L'alinéa premier de l'article L. 613-26 du Code monétaire et financier a été légèrement modifié et dispose désormais que « *par dérogation aux dispositions de l'article L. 631-1 du code de commerce, sont en état de cessation des paiements les établissements de crédit ou les sociétés de financement qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché* ».

²⁶² BONNEAU T., « De quelques apports de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier », *op. cit.*, 1382.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Idem.*

²⁶⁵ LE BANASQUE H., « L'adaptation du droit des procédures collectives à la situation des établissements financiers », *RD banc. Bourse*, n° 75, sept. 1999, p. 150.

dès lors qu'il a fait « l'objet d'une mesure de radiation ou d'interdiction totale d'activité »²⁶⁶ prononcée par l'autorité compétente, et ce même s'il est en mesure d'assurer ses paiements, immédiats ou à terme rapproché. La loi relative à l'Épargne et à la Sécurité Financière est venue mettre en place une « procédure collective sans cessation des paiements »²⁶⁷, de manière à organiser la cessation d'activité de ces entités justifiée par un retrait d'agrément. En ce sens, la formule précitée, énoncée par Mr Monceau en 1996 n'a pas perdu de sa véracité : « toute défaillance ne conduit pas à la cessation des paiements. Ou plus exactement la cessation des paiements ne caractérise pas toute forme de défaillance »²⁶⁸, ce qui en fait une notion incertaine en matière bancaire.

§2 : LA SUBSTITUTION OPPORTUNE DE L'ÉTAT DE DÉFAILLANCE À L'ÉTAT DE CESSATION DES PAIEMENTS

118. – De la cessation des paiements à l'état de la défaillance. En instaurant un droit de la résolution des défaillances bancaires, le législateur a écarté la notion de cessation des paiements au profit de celle de défaillance (I). Ce droit vient ainsi exclure du traitement des difficultés rencontrées par les établissements de crédit, l'application de la notion traditionnellement utilisée. Il écarte également les propositions d'adaptation de celle-ci, restées infructueuses. Ainsi, l'ouverture d'une procédure administrative de traitement des établissements de crédit en difficulté est subordonnée par la détermination d'un état de défaillance avérée ou prévisible. La notion de défaillance peut être définie comme une notion « large »²⁶⁹, qui a vocation à appréhender la diversité des risques financiers qui pèsent sur les établissements de crédit. En ce sens, elle semble davantage adaptée. Le choix de ce critère paraît dès lors entraîner l'obsolescence de la notion de cessation des paiements en matière bancaire. On pourrait ainsi souhaiter l'extension de l'utilisation de la notion de défaillance à toute procédure ayant pour objet le traitement de difficultés financières rencontrées par des établissements de crédit (II).

²⁶⁶ MATHEY N., « La protection des créanciers de l'établissement de crédit en difficulté dans le cadre des procédures judiciaires » in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, Coll. Actualité du droit de l'entreprise, LexisNexis, 2017, 281-302, spéc. p. 293.

²⁶⁷ LÉGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, *op. cit.*, p. 332-333.

²⁶⁸ MANCEAU G., « Le sort de l'agrément », *op. cit.*, p. 93.

²⁶⁹ MATHEY N., « La protection des créanciers de l'établissement de crédit en difficulté dans le cadre des procédures judiciaires » *op. cit.*, p. 293.

I) La détermination de critères adaptés aux établissements de crédit

119. – Une pluralité d’indices. On peut retenir des différentes propositions d’adaptation de la notion de cessation des paiements aux établissements de crédit, la volonté de prendre en compte les ratios prudentiels pour évaluer la situation financière desdits établissements. Cette volonté a pu porter ses fruits, puisque l’observation des différents ratios prudentiels s’avère très instructive (A). Ces derniers viennent, au côté d’autres indices, jouer un rôle crucial dans la détermination d’un état de défaillance (B).

A) L’observation instructive des ratios prudentiels

120. – La prise en compte nécessaire des ratios prudentiels. L’observation des ratios prudentiels apparaît comme une méthode appropriée d’évaluation de la situation financière des établissements de crédit. Ces ratios²⁷⁰, qui ont été établis par le législateur européen en fonction des recommandations du comité de Bâle²⁷¹, ont été imposés aux établissements de crédit. Les accords de Bâle I ont d’abord instauré un ratio de solvabilité, dit ratio « Cooke »²⁷², modifié par les accords de Bâle II, qui y ont substitué le ratio « Mc Donough »²⁷³. Tous deux avaient pour vocation d’imposer aux établissements de crédit importants, la détention d’un certain montant de fonds propres, afin de pouvoir « faire face aux risques qu’ils encourent et donc de leur permettre de faire face à leurs dettes »²⁷⁴ ; le risque de solvabilité se traduisant en effet par le risque « de détenir des actifs dont la valeur est inférieure aux dettes »²⁷⁵. Cette situation rappelle celle de la cessation des paiements prévue par le droit des entreprises en difficulté. En effet, le non-respect des exigences de solvabilité induit l’incapacité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Cependant, au même titre que la cessation des paiements, le critère de la solvabilité est à lui seul insuffisant. Une banque solvable peut être amenée à rencontrer d’autres difficultés, comme par exemple un manque de liquidité²⁷⁶. Par conséquent, ce seul critère ne peut permettre de déterminer efficacement l’état de défaillance d’un établissement de crédit. D’autres indices doivent donc nécessairement être pris en compte.

²⁷⁰ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., 2020, p. 226 et s.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 38 et s.

²⁷² DUFLOUX C., KARLIN M., « La réglementation prudentielle des banques : les travaux récents du comité Cooke », *Banque*, n° 489, déc. 1988, p. 1246 ; DUMAS G., LE MOULLAC D., « Développement et ratio Cooke, une problématique pour les banques », *Banque*, n° 535, févr. 1993, p. 39.

²⁷³ AYADI R., LANNOO K., « Les enjeux de la transposition de l’accord de Bâle II », *Banque*, n° 661, sept. 2004, p. 54.

²⁷⁴ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., 2020, p. 227.

²⁷⁵ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *Gestion de la banque*, 9^{ème} éd., Dunod, 2020, p. 61.

²⁷⁶ JACQUILLAT B., LEVY-GARBOUA V., *Les 100 mots de la crise financière*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013, p. 66.

Les établissements de crédit sont en ce sens, tenus de respecter, outre le ratio de solvabilité, des ratios de liquidité²⁷⁷, qui ont pour objectif de s'assurer que la banque sera en mesure de faire face à une crise de liquidité sur une durée définie²⁷⁸, ainsi qu'un ratio de levier²⁷⁹, qui a vocation à limiter l'effet de levier, soit le fait d'avoir recours à l'endettement pour augmenter sa capacité d'investissement. Le respect de ces différentes exigences prudentielles est soumis au contrôle des autorités de supervision compétentes. La diversité de ces ratios permet de contrôler différents aspects de la situation financière des établissements de crédit et paraît ainsi plus efficace qu'une vision limitée par le prisme de la cessation des paiements.

B) L'édiction d'une pluralité de critères

121. – Définition légale de la défaillance. L'ouverture d'une procédure de résolution est subordonnée à la caractérisation d'un état de défaillance²⁸⁰. À l'instar de la notion de cession des paiements qui apparaît comme la « *clé de voûte* »²⁸¹ du droit des entreprises en difficulté, la notion de défaillance est au cœur du droit de la résolution des défaillances bancaires. Définie d'abord par l'article 32 de la directive 2014/59/UE²⁸², dite « BRRD », avant d'intégrer l'article L. 613-48 alinéa 2 du Code monétaire et financier, elle est caractérisée dès lors qu'une des situations suivantes apparaît :

- L'établissement ne respecte plus les conditions de son agrément²⁸³ ;
- L'établissement n'est pas en mesure de s'acquitter de ses dettes ou de ses autres engagements à l'échéance ;
- Un soutien financier exceptionnel est requis des pouvoirs publics, à l'exception de certains cas²⁸⁴ ;

²⁷⁷ CAEN J.-B., « Sur la liquidité, Bâle III est une réforme en trompe l'œil », *Rev. Banq.*, n° 737, juin 2011, p. 30 ; LÉBOUCHER S., « Ce qui pose problème dans les ratios de liquidité », *Rev. Banq.*, n° 737, juin 2011, p. 24 ; LÉBOUCHER S., « Une prise en compte du risque de liquidité en cours de refonte », *Rev. Banq.*, n° 737, juin 2011, p. 37.

²⁷⁸ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTENI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, p. 61.

²⁷⁹ JACQUILLAT B., LEVY-GARBOUA V., *Les 100 mots de la crise financière, op. cit.*, p. 67 ; RUGEMINTWARI C., SAUVIAT A., TARAZI A., « Bâle III et la réhabilitation du ratio de levier des banques », *Rev. Eco.*, 2012, n° 4 ; SPINASSOU K., « Ratio de levier à la Bâle III : Quel impact sur l'offre de crédit et la stabilité bancaire ? », *Rev. Eco.*, 2016, n° 6.

²⁸⁰ D'autres critères permettent de déterminer la nécessité d'instaurer une procédure de résolution. Néanmoins, l'état de défaillance apparaît évidemment comme le premier élément devant être pris en compte.

²⁸¹ MONTÉLAN T., « L'état de cessation des paiements clef de voûte des procédures collectives », *op. cit.*, p. 1.

²⁸² 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.

²⁸³ LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ÉRÉSÉO N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 129.

²⁸⁴ Le soutien financier exceptionnel accordé par les pouvoirs publics n'entraîne pas la qualification d'un état de défaillance s'il prend la forme d'une garantie de l'État à l'appui des facilités de trésorerie accordées par les banques centrales ou d'une garantie de l'État pour des éléments du passif nouvellement émis. Il en est de même lorsque ledit

- La valeur de ses actifs est inférieure à celle de son passif.

En employant une pluralité d'indicateurs, le critère de la défaillance avérée ou prévisible, semble davantage adapté au particularisme des établissements de crédit et de l'activité bancaire et financière prise dans son ensemble. Or, il paraît dès lors légitime de s'interroger sur l'intérêt de conserver l'usage de la notion de cessation des paiements applicable aux établissements de crédit.

II) L'extension souhaitable du critère de la défaillance à toute procédure de traitement des difficultés

122. – Vers un critère unique. Depuis l'adoption d'un critère spécifique pour apprécier les difficultés financières rencontrées par des établissements de crédit, on peut s'interroger sur l'intérêt de conserver la notion de cessation des paiements des établissements de crédit, qui peut *in fine* sembler obsolète (A). En effet, ne pourrait-on pas légitimement penser à employer la notion de défaillance, dès lors qu'il est question d'un établissement de crédit en difficulté, et ce peu importe qu'il fasse l'objet d'un traitement judiciaire ou administratif (B) ?

A) L'obsolescence du critère de la cessation des paiements en matière bancaire

123. – La perte d'intérêt de la notion de cessation des paiements en matière bancaire. L'instauration d'un nouveau « standard » destiné à évaluer la situation financière d'un établissement de crédit et à déterminer si un traitement de ses difficultés doit être opéré, conduit à s'interroger sur l'intérêt de conserver la notion de cessation des paiements en matière bancaire. En effet, la définition de la cessation des paiements des établissements de crédit manque toujours de précision et de fait, d'efficacité. Dès lors, si la caractérisation d'un état de défaillance permet d'appréhender efficacement la situation financière des établissements de crédit, la notion de cessation des paiements devient obsolète en matière bancaire. De plus, elle tend à complexifier et alourdir le droit

soutien prend la forme d'un apport de fonds propres ou d'un achat d'instruments de fonds propres à des prix et à des conditions qui ne confèrent pas un avantage à la personne concernées. Cet apport doit être nécessaire pour combler les insuffisances de fonds propres constatées à l'occasion des tests de résistance réalisés à l'échelle nationale ou à celle de l'Union européenne. D'autres conditions peuvent s'ajouter : Cf. Art. L. 613-18, III du CMF.

des entreprises en difficulté, alors que son utilité est minime – les faillites bancaires restant extrêmement rares –, et son efficacité, douteuse. Par conséquent, on peut considérer qu'il n'est guère utile de conserver une telle notion dans les textes. L'article L. 613-26 du Code monétaire et financier relatif à la cessation des paiements des établissements de crédit devenant hors de propos, pourrait faire l'objet d'une modification²⁸⁵.

B) L'efficacité accrue du critère unique de la défaillance

124. – Pour l'utilisation d'un critère unique propre aux établissements de crédit. En conclusion, il semble que le critère de l'état de défaillance avéré ou prévisible, enfin adapté au cas particulier des établissements de crédit, pourrait légitimement devenir un critère unique, justifiant l'ouverture des procédures administratives, mais également des procédures judiciaires. Néanmoins, se poserait alors la question de l'articulation entre ces deux modes de traitement, puisque le traitement judiciaire des établissements de crédit en difficulté, n'est pas pour autant exclus, comme nous serons amenés à le constater.

125. – L'articulation des procédures administratives et judiciaires. La situation économique d'un débiteur n'est pas le seul critère à être apprécié pour décider de l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés rencontrées. En droit des procédures collectives, des facteurs temporels peuvent également entrer en jeu. Par exemple, pour bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire, le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. En matière de résolution des défaillances bancaires, les critères d'ouverture d'une procédure de résolution sont pluriels. Par exemple, pour faire l'objet d'une telle procédure, l'établissement doit être en état de défaillance prévisible ou avéré, et ne doit pas pouvoir se rétablir dans un délai raisonnable sans avoir recours à un renflouement par des fonds publics. Il est également nécessaire que le recours à une procédure judiciaire soit impossible, dans la mesure où elle ne permettrait pas de respecter les objectifs de la résolution. Cette dernière condition laisse apparaître la jonction entre les procédures administratives et judiciaires. Cela réitère la nécessité de préciser l'articulation entre ces deux modes de traitement des difficultés.

²⁸⁵ BOURDEAUX G., « Le traitement judiciaire des institutions financières en difficulté », *RD banq. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 49, spéc. n°12. L'auteur a pu relever qu'« avec le règlement, la notion de cessation des paiements ne joue donc, en matière bancaire, qu'un rôle restreint lié à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Cette évolution interroge par conséquent sur le devenir de cette notion dont on pourrait envisager, de lege ferenda, la suppression ».

126. – L’absence de limitation des procédures judiciaires. Certains auteurs ont pu s’interroger sur la possibilité d’ouvrir une procédure judiciaire de traitement des difficultés des établissements de crédit, dès lors que des procédures administratives ont été mises en place. Or, la directive 2014/59/UE, notamment dans son article 86, dispose en substance que, si une procédure de résolution ne peut pas être engagée, un « *procédure normale d’insolvabilité* » pourra éventuellement être ouverte, dans le respect de certaines conditions. La directive précise également que doivent être considérées comme de telles procédures, les procédures collectives d’insolvabilité de droit commun, fondées sur le dessaisissement partiel ou total du débiteur, avec nomination d’un liquidateur ou d’un administrateur²⁸⁶. Ces procédures correspondent en droit français des entreprises en difficulté, aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire. Pourtant, pour certains, le règlement européen n° 806/2014, dit « SRMR »²⁸⁷, régissant la résolution des défaillances bancaires, laisse à penser que seule la liquidation judiciaire pourrait être ouverte à l’égard d’établissements de crédit²⁸⁸, dans la mesure où elle est la seule procédure abordée expressément par le texte. Or, si ledit règlement prévoit qu’une procédure de résolution peut être ouverte, dès lors qu’une liquidation ne permet pas d’atteindre les objectifs de la résolution²⁸⁹, il ne semble pas pour autant signifier que seule une procédure de liquidation pourra être ouverte, en dehors d’une procédure de résolution, et exclure ainsi les autres procédures. Le Code monétaire et financier dispose quant à lui, dans son article L. 613-27 que « *les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires instituées par le titre II du livre VI du Code de commerce ne peuvent être ouvertes à l’égard d’un établissement de crédit [...] qu’après avis conforme de l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* ». Le législateur français a donc formulé une interprétation souple du règlement européen n° 806/2014. Les procédures judiciaires de sauvegarde, de redressement et de liquidation peuvent donc être ouvertes à l’égard des établissements de crédit peu solides ou défaillants, dans la mesure où certaines conditions sont remplies. En ce sens, le législateur a précisé la nécessité d’obtenir l’avis conforme de l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après ACPR) pour mettre en œuvre de telles procédures. Nous précisons dans la suite de nos développements le rôle de

²⁸⁶ BOURDEAUX G., « Le traitement judiciaire des institutions financières en difficulté », *op. cit.*, spéc. n° 9.

²⁸⁷ 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.

²⁸⁸ BOURDEAUX G., « Le traitement judiciaire des institutions financières en difficulté », *op. cit.*, spéc. n°10 : « *En revanche, en cas d’application du règlement, le choix semble encore plus limité. L’article 18, § 5 dispose en effet que la mesure de résolution ne peut être adoptée, comme cela a déjà été relevé, que si elle est nécessaire pour atteindre un des objectifs prévus " alors qu’une liquidation de l’entité selon les procédures normales d’insolvabilité ne le permettrait pas dans la même mesure." La référence à la seule liquidation de l’entité selon le droit commun et non aux autres procédures montre bien que le règlement retient un choix binaire. Soit les conditions de la résolution sont réunies et elle ne saurait être mise en œuvre que par la procédure du MRU, soit la liquidation s’impose et celle-ci s’exerce, en droit français, par la voie de la liquidation judiciaire. Les considérants 58 et 59 du règlement confirment cette solution* ».

²⁸⁹ Règlement « SRMR » art. 18, 5° ; Art. L. 613-49, II, 3° du CMF.

l'ACPR en la matière et la valeur juridique de cet « avis conforme »²⁹⁰. Un dernier questionnement peut persister à ce stade. En effet, si les différentes procédures collectives peuvent être ouvertes pour traiter des établissements de crédit défaillants, quand est-il des procédures de règlement amiable prévues par le droit des entreprises en difficulté ?

127. – Quid des procédures de règlement amiable ? L'article L. 613-27 du Code monétaire et financier prévoit dans son alinéa 2 que « *le président du tribunal ne peut être saisi d'une demande d'ouverture du règlement amiable institué par le titre Ier du livre VI du code de commerce à l'égard d'un établissement de crédit qu'après avis conforme de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* ». Ainsi, on constate que l'instauration du droit de la résolution des défaillances bancaires, limite mais n'exclut pas le recours à l'ensemble des procédures prévues par le droit des entreprises en difficulté, qu'elles soient judiciaires ou amiables. Pour autant, cela ne signifie pas que le droit des entreprises en difficulté est adapté au cas particulier des établissements de crédit défaillant. En effet, il y a au-delà de la seule notion de cessation des paiements, d'autres principes majeurs du droit des entreprises en difficulté qui paraissent totalement inadaptés à la singularité des établissements de crédit et de leurs activités bancaires et financières.

SECTION II :

L'INADÉQUATION DES PRINCIPES RÉGISSANT LES PROCEDURES COLLECTIVES

128. – Le caractère inadapté du droit des entreprises en difficulté aux établissements de crédit n'apparaît pas seulement avec la notion de cessation des paiements, mais également à l'aune de certains principes qui régissent le fonctionnement des procédures collectives. Parmi ces principes, certains sont liés au traitement du débiteur (§1) tandis que d'autres viennent régir ses relations avec les créanciers (§2).

§1 : DES PRINCIPES INADAPTÉS AU TRAITEMENT DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT DÉFAILLANTS

129. – Altération des droits du débiteur. Certains principes édictés par le droit des entreprises en difficulté viennent altérer les pouvoirs du débiteur. Or, cette altération peut avoir des effets

²⁹⁰ Voy. *infra* n° 226.

préjudiciables pour les clients des établissements de crédit, mais également pour la stabilité du système bancaire. Dès lors, certains principes fondamentaux en droit des entreprises en difficulté ont pu se voir exclus des procédures mises en place par le droit de la résolution des défaillances bancaires. Ce droit déroge ainsi notamment au principe phare de la discipline collective²⁹¹, l'interdiction des paiements (I). Un autre principe du droit des entreprises en difficulté paraît profondément inadapté au traitement des établissements de crédit défaillants. En effet, en matière de procédure collective, il est possible d'annuler certains actes pris par le débiteur en cas de non-respect du principe d'interdiction des modifications du patrimoine (II). Or, cette sanction qui rétroagit sur des actes déjà établis nuit à la sécurité juridique, et dans le cadre d'établissements de crédit, à la sécurité des marchés et de l'ensemble du système bancaire et financier. En ce sens, il paraît également inadapté²⁹².

I) L'interdiction des paiements, un principe inapplicable en matière bancaire

130. – Un important facteur de risque. Un débiteur en procédure collective, qu'il fasse l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou encore de liquidation judiciaire, se voit contraint de respecter le principe d'interdiction des paiements. Ce principe permet de limiter les droits des créanciers de manière à figer les finances de l'entreprise, le temps que sa situation soit étudiée et qu'un traitement adapté soit mis en place. Le principe d'interdiction des paiements, dont il est nécessaire de rappeler la substance (A), n'est toutefois pas adapté aux spécificités de l'activité bancaire, ce qui semble le rendre inapplicable dans le contexte du traitement d'établissements de crédit (B).

A) Rappel du principe en droit des entreprises en difficulté

131. – Assise textuelle et absence de caractère absolu. En droit des entreprises en difficulté, l'interdiction du paiement de certaines créances est un principe fondamental, qui a pour but de protéger l'entreprise contre ses créanciers²⁹³. L'article L. 622-7 du Code de commerce dispose que *« le jugement d'ouverture ouvrant la procédure emporte de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture à l'exception du paiement par compensation de dettes connexes. Il emporte*

²⁹¹ PÉROCHON F., « La discipline collective », in *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, LE CORRE P.-M. (dir.), Dalloz, 2019, p. 1.

²⁹² Ces deux principes sont des exemples particulièrement marquant du caractère inadapté du droit des entreprises en difficulté aux cas des établissements de crédit défaillants.

²⁹³ SAINT-HALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, 11^{ème} éd., LGDJ, 2018, p. 447.

également, de plein droit interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17 ». Ce texte s'applique tant à la procédure de sauvegarde, qu'à la procédure de redressement et de liquidation judiciaire²⁹⁴ et vise les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture, ainsi que les créanciers postérieurs qui ne sont pas éligibles au traitement préférentiel²⁹⁵. Toutefois, si ces créances ne peuvent être payées, elles ne sont pas éteintes pour autant. Leur paiement interviendra plus tard, dans le cadre de l'exécution du plan pour les procédures de sauvegarde et de redressement, ou après que les actifs eurent été réalisés, s'il est question d'une procédure de liquidation judiciaire. Quoiqu'il en soit, le paiement devra être effectué dans le respect des règles de procédure et du principe d'égalité des créanciers²⁹⁶. Toutefois, le principe d'interdiction des paiements étant préjudiciable pour les créanciers et pouvant, en matière bancaire notamment, faire courir des risques financiers à ces derniers, certaines dérogations au principe ont été accordées par le droit des entreprises en difficulté²⁹⁷.

B) Une incompatibilité évidente avec les créances bancaires

132. – Des créanciers singuliers. Le particularisme des établissements de crédit, mais également de leurs créanciers (1), rend l'application du principe d'interdiction des paiements périlleuse. En effet, il semble inconcevable que les clients d'un établissement de crédit se trouvent dans l'impossibilité de retirer leurs fonds, du fait des difficultés financières rencontrées par leurs établissements. L'application d'un tel principe pourrait avoir des conséquences désastreuses à la fois pour les clients et les établissements, mais également pour le système économique dans son ensemble. C'est pourquoi le droit de la résolution des défaillances bancaires exclut l'application de ce principe (2).

²⁹⁴ LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., 2020, p. 355.

²⁹⁵ Voy. BOUSTIANI D., *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Coll. Bibl. droit des entreprises en difficulté, n°4, 2015.

²⁹⁶ DUMONT M.-P., « Le principe d'égalité des créanciers : fondements et remises en cause », *Bull. joly entrep.*, n° 117, nov. 2019, p. 43 ; LUCAS F.-X., « L'égalité des créanciers face à la procédure collective du débiteur : rapport de synthèse », *Bull. joly entrep.*, n° 117, nov. 2019, p. 78 ; LÈGUEVAQUES C., « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », *Gaz. Pal.*, n° 218, août 2002, p. 2.

²⁹⁷ Le principe d'interdiction des paiements fait l'objet de plusieurs exceptions. C'est le cas notamment du paiement par compensation des dettes connexes. Ce mécanisme de compensation offre davantage de sécurité en matière bancaire et financière, voy. à propos : ROBINE D., *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, LGDJ, Coll. Bibl. droit privé, t. 400, 2003, p. 243 et s. ; LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., 2020, p. 360. Certains paiements peuvent également être exceptionnellement autorisés par le juge, afin par exemple, de retirer un bien retenu ou dont la propriété n'est pas encore acquise. Sur l'ensemble des dérogations au principe d'interdiction des paiements, voy. : LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., 2020, p. 358-374 ; SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, MONSÉRIÉ-BON M.-H., HOUIN-BRESSAND C., (conc.), LGDJ, 12^{ème} éd., 2020, p. 469-476.

1) La singularité des créanciers des établissements de crédit

133. – Créanciers, clients, deux notions à distinguer. Les établissements de crédit interagissent avec une multitude d'acteurs. Les énumérer et les qualifier est une tâche qui peut s'avérer laborieuse. Diverses notions se confondent. Ainsi, on peut déjà se demander si les créanciers des établissements bancaires peuvent également revêtir la qualification de clients ? Le statut juridique du client de banque a pu faire l'objet d'études, mais surtout « *d'hésitations tant en jurisprudence qu'en doctrine* »²⁹⁸. Les clients des établissements de crédit peuvent être des déposants, des emprunteurs, des épargnants ou encore des investisseurs. La Cour de cassation a défini le client de banque comme « *celui qui, après vérification de son identité et de son domicile par le banquier, bénéficie d'une ouverture de compte* »²⁹⁹. L'ouverture d'un compte serait donc le critère nécessaire pour pouvoir être qualifié de client de banque. Dès lors, il semble que les notions de client et de créancier ne se confondent pas, puisque le client n'est pas toujours créancier. En effet, l'emprunteur apparaît comme débiteur et comme client de l'établissement. À l'inverse, le créancier n'est pas toujours client. Le cas du bailleur qui met des locaux à disposition d'un établissement de crédit peut l'illustrer, puisqu'il n'est pas forcément client mais apparaît pourtant comme le créancier de celui-ci.

Les créanciers d'un établissement de crédit se définissent en définitive, comme des personnes physiques ou morales, clientes ou non, envers qui celui-ci est redevable d'une somme d'argent. Figurent parmi les créanciers des établissements de crédit certains acteurs qui leur sont propres, tandis que d'autres sont similaires à toutes les entreprises commerciales. Dans le cadre de notre étude, nous nous intéresserons seulement aux créanciers propres aux entreprises bancaires, dans la mesure où ce sont leurs spécificités qui nécessitent de remettre en cause dans ce contexte l'application du droit des entreprises en difficulté.

134. – Les déposants. Les déposants sont des personnes physiques ou morales, clientes de la banque, qui sont liées à elle par un contrat régissant un engagement mutuel : le déposant s'engage à verser des fonds sur le compte ouvert ; la banque s'engage elle, à conserver ses fonds et à les restituer à la demande du client. La doctrine s'est longtemps interrogée sur la nature juridique de ce dépôt bancaire³⁰⁰. Tantôt considéré comme un dépôt classique, tantôt comme un prêt, celui-ci semble en définitive devoir être considéré comme un transfert de fonds, offrant au déposant un

²⁹⁸ LEGEAIS D., *La liberté contractuelle du banquier, réflexions sur la sécurité du système financier*, Coll. Des thèses du Centre Michel de l'Hôpital, LGDJ, 2014, p. 29.

²⁹⁹ Cass. Com., 7 févr. 1962, *Bull. civ. IV.*, n° 83 ; *Banque.*, n° 191, mai 1962, p. 341, obs. MARIN X.

³⁰⁰ TREYVAUT X., *Le contrat de dépôt bancaire*, Thèse Lausanne, imp. Ruckstutil, Lausanne, 1972 ; CABRILLAC H., « Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires », in *Mélanges R. Secrétan*, Université de Lausanne, Montreux, 1964.

droit de créance. C'est d'ailleurs semble-t-il sa seule finalité³⁰¹. Le dépôt peut ainsi être défini comme le « transfert [de] la propriété des dits fonds au banquier »³⁰². Ces fonds apparaissent alors sur un compte en banque³⁰³ au nom du déposant, mais également dans le bilan de l'établissement de crédit. Les comptes d'épargne, tels que les livrets, sont assimilés à des comptes de dépôts.

135. – Les investisseurs. Les établissements de crédit, comme de nombreuses entreprises, ont recours, pour assurer leur besoin de financement, à des investisseurs. Ceux-ci sont variés, tant dans leurs profils, que dans les titres qu'ils acquièrent. En échange des fonds octroyés, l'investisseur qui a acquis un titre financier, peut disposer de droits politiques et pécuniaires, ou seulement de droits pécuniaires. Parmi ces investisseurs on peut relever entre autres, la présence d'actionnaires, d'obligataires, de créanciers subordonnés ou privilégiés. Leur point commun est la volonté de réaliser un bénéfice grâce à l'investissement, tout en ayant connaissance des risques liés à celui-ci. Néanmoins, la qualité des investisseurs, qui peuvent n'être que de simples personnes physiques, induit une nécessaire limitation des risques encourus par ces derniers, notamment en cas de défaillance de leur établissement de crédit.

136. – Les établissements de crédit prêteurs sur le marché interbancaire. Pour assurer leurs besoins de liquidité, les établissements de crédit échangent des fonds sur les marchés interbancaires. Les établissements qui disposent d'un excédent de liquidité peuvent en proposer à ceux qui en manquent. Ce marché interbancaire est réservé aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement. Il s'agit d'un marché de gré à gré ; les banques traitant ainsi librement entre elles.

³⁰¹ GRUA F., « Le dépôt de monnaie en banque », *D.*, 1998, chron. 259, p. 260.

³⁰² GRUA F., *Contrats bancaires*, t. 1., Contrats de services, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1990, p. 93.

³⁰³ GRUA F., « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *D.*, 1999, p. 255 ; BONNEAU T., « La notion de compte bancaire », *Banq. & droit*, hors-série, déc., 2016, p. 8. ; AYMERIC N.-H., *Essai sur une théorie générale du compte bancaire*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 2008 ; LABAT J., *Le compte courant bancaire des entreprises*, Lamy, 2007. Ces comptes sont habituellement appelés compte de dépôts ou compte courant. Autrefois différenciés, ils apparaissent aujourd'hui davantage comme deux appellations synonymes. Sur la distinction entre compte courant et compte de dépôt, ainsi que sur son appréciation voy. ROUTIER R., « La distinction entre compte-courant et compte de dépôt », *Banq. & droit*, hors-série, mars 2014, p. 72 ; VILLEMONT M., « Compte de dépôt et compte courant », *Journal des sociétés*, n° 134, oct., 2015, p. 12. Voy. également AYMERIC N.-H., *Essai sur une théorie générale du compte bancaire*, *op. cit.*, p. 77. Le compte de dépôt permet au déposant de déposer ou de retirer des fonds, mais également d'effectuer diverses opérations comme des virements bancaires ou des prélèvements. Il « accueille des remises réciproques et peut fonctionner à découvert sur autorisation ». Il existe également désormais des comptes de paiements, qui sont ouverts pour une personne afin d'effectuer seulement des paiements. MEDJAOUI K., « Des comptes de dépôt et (autres) comptes de paiement et quelques conséquences juridiques », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà, mélanges en l'honneur de DAIGRE J.-J.*, Joly éd., Lextenso, 2017, p. 447. Attention cependant, si certains comptes de paiement sont assimilés à des comptes de dépôts, ce n'est pas toujours le cas. En effet, les comptes de paiement ouverts auprès d'établissements de paiement ou de monnaie électronique, et non d'établissement de crédit ne peuvent être assimilés à des comptes de dépôts. Les fonds recueillis par ces entités ne peuvent être assimilés à des fonds remboursables du public et ne peuvent ainsi pas bénéficier de la garantie des dépôts. ROUSSILLE M., « La notion de compte de paiement », *Banq. & droit*, hors-série, déc. 2016, p. 11 ; PELLEGARS L., « Le compte de paiement », *Banq. & droit*, n° 134, déc. 2010, p. 14.

En ce sens, on peut ajouter à la liste des créanciers des établissements de crédit, d'autres établissements bancaires et financiers. Ce mécanisme apparaît également comme une source de risque, un risque systémique, puisque la défaillance d'un établissement bancaire peut de ce fait se propager à d'autres établissements.

137. – La Banque Centrale Européenne et les banques centrales nationales. La Banque centrale européenne, est elle aussi amenée à prêter des fonds aux établissements de crédit de la zone euro, pour assurer leurs besoins. Ces prêts peuvent être de court terme et entrer dans le cadre d'une politique monétaire classique³⁰⁴, ou bien être de long terme, pour pallier une période d'incertitude sur les marchés³⁰⁵. C'est notamment le cas des prêts qualifiés d'opérations de refinancement ciblées à long terme (« *Targeted long-term refinancing operation* » ou « *TLTRO* »), issus d'une politique monétaire non conventionnelle, venant soutenir les banques et l'économie réelle, dans des périodes complexes. Ces prêts « *TLTRO* » ont notamment été accordés par la BCE aux établissements de crédit européens dans le cadre de la crise de la Covid-19³⁰⁶. La BCE apparaît ainsi comme un créancier singulier propre aux établissements de crédit. Les banques centrales nationales, telle que la Banque de France, intègrent également la liste des créanciers particuliers des établissements de crédit.

2) L'éviction justifiée du principe d'interdiction des paiements dans le traitement d'établissements de crédit

138. – Le risque de « ruées bancaires ». Le phénomène de « *ruées bancaires* »³⁰⁷, aussi qualifié de « *courses au guichet* »³⁰⁸, évoqué dans de précédents développements³⁰⁹, est un phénomène de retrait massif des dépôts qu'il est impératif d'éviter. Or, si une procédure collective peut entraîner l'interdiction des paiements, cela signifie que les déposants ne pourront plus retirer leurs argents, et s'ils ont connaissance des difficultés financières rencontrées par leur établissement, ils pourront être amenés à retirer leurs fonds pour éviter qu'ils ne soient bloqués ou ne disparaissent, ce qui aurait *in fine* des conséquences désastreuses pour l'établissement, voire pour l'ensemble du système

³⁰⁴ BCE « Qu'est-ce que le taux des opérations principales de refinancement », publié sur site internet de la BCE le 13 septembre 2018.

³⁰⁵ Voy. BCE, « En quoi consiste les TLTRO II ? », publié sur le site internet de la BCE le 24 juin 2016.

³⁰⁶ BENOIT G., « Les banques empruntent 1.300 milliards à taux négatifs auprès de la BCE », *Les échos*, 18 juin 2020.

³⁰⁷ Pour une définition juridique des « ruées bancaires » voy. CATILLION V., *Le droit face aux crises financières systémiques : le maintien des relations bancaires*, Th. Paris IX, LGDJ, 2011.

³⁰⁸ LACOUE-LABARTHE D., « La banque a-t-elle connue des paniques bancaires inefficaces ? », *Rev. Éco. Pol.*, 2005/5, vol. 115, p. 633.

³⁰⁹ Voy. *supra* n° 62.

bancaire. En ce sens, ce principe est totalement inadapté au milieu bancaire. En outre, même si un établissement est *in bonis*, il n'est pas disposé à ce que tous ses déposants retirent leurs fonds en même temps. Ne disposant pas de liquidités suffisantes, ledit établissement pourrait alors se trouver en situation de défaillance, du fait de ces retraits massifs. Ce phénomène tant redouté³¹⁰ de « *ruées bancaires* » laisse apparaître une véritable perte de confiance des déposants en leur établissement. Or, la confiance est consubstantielle au bon fonctionnement des marchés³¹¹ et ces retraits massifs mettent très fortement en péril la situation économique des établissements de crédit concernés et font peser des risques majeurs sur l'ensemble du système économique. Par conséquent, il est essentiel que les déposants aient l'assurance de pouvoir retirer leurs fonds à tout moment. Le principe d'interdiction des paiements doit donc être exclu du traitement des défaillances bancaires.

139. – Le risque de perte de confiance des investisseurs. Pour les créanciers investisseurs, la situation semble différente, bien que les risques encourus soient tout aussi importants. En effet, si les investisseurs d'un établissement de crédit ont le sentiment, avéré ou non, qu'ils ne pourront obtenir les fonds escomptés, ils seront tentés de céder leurs actifs³¹². Or, cela peut influencer sur la capitalisation boursière de l'établissement, dont la baisse significative aura un impact négatif sur la situation économique de celui-ci. Cela pourrait en outre conduire à rebuter tout nouveau investisseur d'une part, et d'autre part, rendre ceux restants, réticents à toute augmentation de capital. Cet engrenage illustre également l'inadéquation du principe d'interdiction des paiements avec le traitement d'établissements de crédit défaillants.

140. – Le risque de contagion sur les marchés interbancaires. Dans le cadre de leurs relations interbancaires, les établissements de crédit peuvent endosser à la fois le rôle de créancier et de débiteur. Or, dans ce contexte, le principe d'interdiction des paiements semble également inadapté, dans la mesure où le non-paiement de créances interbancaires aurait des répercussions négatives sur la situation financière d'autres établissements de crédit³¹³. Ainsi, bien que certains mécanismes

³¹⁰ À l'inverse, certains ont pu considérer que ces phénomènes peuvent être efficients, en ce qu'ils contribueraient à assainir le secteur et seraient ainsi bénéfiques pour la stabilité financière. Voy. à propos : LACOUE-LABARTHE D., « La banque a-t-elle connue des paniques bancaires inefficaces ? », *Rev. Éco. Pol.*, 2005/5, vol. 115, p. 633.

³¹¹ CATILLON V., *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, *op. cit.*, p. 59 ; NOYER C., « Régulation et confiance », *Rev. Éco. Fin.*, n° 100, 2010, p. 111-122 ; GEHRIG T.-P., « Capital, confiance et compétitivité dans le secteur bancaire », *Rev. Éco. Fin.*, n° 112, 2013/4, p. 175-194.

³¹² Voy. en ce sens : RUET L., « Le Stock run », in *Mél. AEDBF-France*, VII, DAIGRE J.-J., BRÉHIER B. (dir.), *Rev. Banq. Ed.*, 2018, p. 141-153.

³¹³ NOUY D., « Relations interbancaires et risques systémiques », *Rev. banq.*, n° 535, févr. 1993, p. 27 ; AGLIETTA M., « Le risque systémique dans l'UEM et le moyen de le prévenir », *Rev. Éco. Fin.*, hors-série, sept. 1992, p. 180.

aient été prévus pour limiter ce risque³¹⁴, cet exemple illustre une fois de plus le caractère totalement inadapté du principe d'interdiction des paiements aux activités bancaires et financières.

141. – L'exclusion du principe en droit de la résolution des défaillances bancaires. Pour ces différentes raisons, le principe d'interdiction des paiements « *aux conséquences extrêmement perturbatrices* »³¹⁵ a donc, au fil du temps, été mis de côté lorsque l'entreprise en difficulté appartenait au secteur bancaire. Déjà mis à mal par le mécanisme de compensation, admis par la jurisprudence³¹⁶ puis par le législateur³¹⁷, ainsi que par les autres exceptions qui contreviennent à ce principe³¹⁸, il a finalement été exclu du droit de la résolution des défaillances bancaires. En effet, celui-ci ne prévoit l'application d'aucune discipline collective. *A contrario*, il met en avant les objectifs de continuité des activités, de protection des fonds et des actifs des déposants et clients, mais également de stabilité financière³¹⁹. Or, l'interdiction des paiements « *entrave la fourniture des services essentiels* »³²⁰ et influe fortement sur la confiance, pourtant essentielle au fonctionnement de ces activités. En ce sens, c'est un principe qui reste propre au droit des entreprises en difficulté et qui n'est pas imposée par le droit de la résolution des défaillances bancaires.

142. – Un changement de paradigme. L'exclusion de ce principe montre un véritable changement de paradigme. Il n'est plus seulement question ici d'une dérogation au droit des entreprises en difficulté, mais de la mise en place de règles distinctes, qui ne suivent pas les grands principes des procédures collectives. À l'aune de ces éléments, force est de constater que le droit de la résolution des défaillances bancaires semble s'émanciper, et conduit légitimement à s'interroger sur l'autonomie de ce droit *sui generis*. Il ressort également de ces éléments que le droit des entreprises en difficulté paraît profondément inadapté aux entreprises bancaires, si bien que son applicabilité pourrait être davantage encore limitée.

³¹⁴ KOCH L., « La prévention des risques inhérents aux paiements interbancaires », *Banq.*, n° 563, oct. 1995, p. 60.

³¹⁵ LÉGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, *op. cit.*, p. 370.

³¹⁶ STEPHAN P., « Pourquoi une nouvelle réforme de la loi du 28 mars 1885 ? », *bull. Joly. Bourse et produits financiers*, janv.-févr. 1994, p. 5 et s.

³¹⁷ Article L. 621-24 al. 2 issu de loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

³¹⁸ LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, 8^{ème} éd., Précis Dalloz, 2020, p. 367 et s.

³¹⁹ Dir. 2014/59/UE, art. 31.

³²⁰ CARDONA M., « Stabilité financière et Union bancaire », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières – Approche croisée*, Actualité du droit de l'entreprise, LexisNexis, 2017, 1-20, spéc. p. 6.

II) L'incompatibilité de la sanction du non-respect du principe d'intangibilité du patrimoine au cas des établissements de crédit

143. – La protection du gage commun des créanciers. Pour s'assurer que les créanciers d'une entreprise bénéficient d'un juste traitement et que l'actif dont on leur répartira le produit ne soit pas réduit, frauduleusement ou non, le droit des entreprises en difficulté protège le gage commun des créanciers, en interdisant les modifications du patrimoine au cours de certaines périodes. Le non-respect de ce principe entraîne un « retour en arrière », en rendant les actes pris en violation des dispositions du droit des entreprises en difficulté, nuls ou inopposables à la procédure (A). Or, bien que l'objectif poursuivi justifie la mise œuvre de ce principe, de telles sanctions semblent impraticables dans le cadre du traitement d'établissements de crédit en difficulté. Elles apparaissent ainsi inapplicables en droit de la résolution des défaillances bancaires (B).

A) La nullité et l'inopposabilité des modifications du patrimoine

144. – Période suspecte. En droit des entreprises en difficulté, il est nécessaire de préserver, voire de reconstituer, l'actif du débiteur, pour assurer aux créanciers la protection de leurs droits et notamment leur égalité³²¹. Que son intention soit frauduleuse ou non, le débiteur ne peut se séparer d'une partie de son actif au détriment de ses créanciers. Il existe ainsi une notion destinée à s'assurer du respect de cette égalité et de la préservation du patrimoine du débiteur : la période suspecte. Elle correspond à la période qui s'étend de la date de cessation des paiements, à celle du jugement d'ouverture. Durant cette période, tout acte effectué par un débiteur, ayant eu pour effet de diminuer son actif, est considéré comme suspect et peut être remis en cause³²². Il s'agit néanmoins d'un mécanisme dangereux³²³ pour les cocontractants puisqu'il nuit à la sécurité juridique³²⁴. Malgré cela, il paraît dans le cadre des procédures collectives essentiel au vu des raisons précitées.

145. – Violation de la limitation des pouvoirs du débiteur. En outre, peuvent être remis en cause les actes pris par le débiteur une fois le jugement d'ouverture prononcé, dès lors qu'il outrepassé ses pouvoirs. En effet, certains actes lui sont purement interdits dans le cadre de la discipline collective d'une part, et dans le cadre du dessaisissement du débiteur³²⁵, d'autre part.

³²¹ LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2020, p. 525.

³²² Art. L. 632-4 C. com.

³²³ COMBRET J., « Période suspecte : Source de danger », *Defrénois*, n° 39, sept. 2020, p. 32.

³²⁴ LE CORRE P.-M., *Droit des entreprises en difficulté*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 192.

³²⁵ Voy. à propos : FERRARI B., *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire, Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, LGDJ, Coll. Thèse, 2021.

146. – Atteintes à la sécurité juridique. Certains actes effectués pendant la période suspecte sont frappés d'une nullité de plein droit³²⁶. D'autres peuvent l'être de manière facultative. Pour que celle-ci puisse prendre effet, il est nécessaire que le créancier ait eu connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Ici une grande liberté d'appréciation est laissée au juge, qui estimera selon les cas, si les actes pris durant la période suspecte sont de nature à léser les créanciers et réduisent les chances de rétablissement du débiteur.

D'autres actes venant modifier le patrimoine du débiteur peuvent faire l'objet de nullité. Il s'agit des actes qui ont été réalisés malgré leur interdiction par le droit des entreprises en difficulté. C'est le cas notamment du paiement de créances antérieures. Enfin, certains actes pourront être rendus inopposables à la procédure³²⁷, ce qui signifie que les actifs cédés feront toujours partie du gage commun des créanciers. Il s'agit des actes pris par le débiteur en non-respect de son dessaisissement.

B) Des procédés inopportuns dans le contexte des défaillances bancaires

147. – Une mise en œuvre impossible. Un principe qui nuit à la sécurité juridique en ayant des effets rétroactifs, ne peut être employé en matière bancaire dans la mesure où il constituerait une source de risque et d'instabilité pour le système et ses acteurs. Ainsi, le recours à la nullité ou l'inopposabilité d'actes réalisés par un établissements de crédit semble inopportune dans le cadre du traitement des défaillances bancaires. En effet, parmi les activités qui viennent diminuer l'actif d'un établissement de crédit et qui donc pourraient être frappés de nullité ou d'inopposabilité, figurent l'octroi de crédits, le retrait des dépôts, le paiement de certains clients ou encore l'achat de titres pour compte propre. Or, le secteur bancaire et financier nécessitant sécurité et confiance, il semble inconcevable de devoir annuler de tels actes ou de les rendre inopposables, ainsi que d'effectuer un retour en arrière en demandant une restitution. De plus, se pose également un problème de temporalité³²⁸. Le traitement des établissements de crédit devant impérativement être mis en place très rapidement, l'annulation des actes interviendrait une fois la procédure déjà clôturée, ce qui semble inconvenant. En conséquence, il paraît une fois de plus nécessaire d'écarter

³²⁶ Il s'agit entre autres de tout acte à titre gratuit, translatif de propriété, comme des donations, des contrats commutatifs déséquilibrés, où les engagements d'une des parties excèdent considérablement celles de l'autre, des paiements de dettes non échues, ou échues mais payées par un mode anormal ou encore des dépôts et consignation de sommes.

³²⁷ Cass. Com., 16 sept. 2004, n°13-11.737.

³²⁸ CARDONA M., « Stabilité financière et Union bancaire », *op. cit.*, p. 6.

un principe pourtant majeur du droit des entreprises en difficulté, du traitement des établissements de crédit défaillants.

§2 : DES PRINCIPES IMPROPRES À RÉGIR LA RELATION AVEC LES CRÉANCIERS

148. – Le droit des entreprises en difficulté et le droit de la résolution des défaillances bancaires, accordent un sort différent aux créanciers. S'ils procèdent tous deux au classement de ces derniers, ils n'emploient pas les mêmes procédés, si bien que leurs classements apparaissent en définitive bien différents (I). Ces divergences peuvent être qualifiées de substantielles et fonctionnelles. Elles touchent à la fois le contenu, la structure, le fonctionnement et l'objectif de ces classements. Un autre aspect divergent entre ces deux droits peut être constaté avec l'obligation de déclaration de créance. En effet, en droit des entreprises en difficulté, la défaillance d'un débiteur entraîne une obligation majeure pour ses créanciers, celle de déclarer leurs créances. Or, une fois encore, ce principe est inadapté au fonctionnement des établissements de crédit et de leurs activités. Par conséquent, le traitement d'établissements de crédit défaillants conduit une fois encore à altérer le principe classique du droit des entreprises en difficulté (II).

I) Des classements de créanciers substantiellement et fonctionnellement divergents

149. – **Deux approches distinctes.** Si droit des entreprises en difficulté et droit de la résolution des défaillances bancaires procèdent tous deux à un classement de leurs créanciers mobilisable pour gérer une faillite, ils usent cependant d'approches distinctes, voire opposées. En droit des entreprises en difficulté, la répartition de l'actif parmi les créanciers laisse généralement présager la mort de l'entreprise, alors qu'en droit de la résolution des défaillances bancaires, il a vocation à assurer la continuité de l'activité (A). En outre, le classement des créanciers diffère en lui-même et semble être inversé d'un traitement à un autre. En ce sens, les classements opérés disposent de fonctionnements et de contenus distincts (B), voire opposés.

A) Des vocations distinctes

150. – **Une différence de temporalité.** Dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire, l'entreprise qui a failli doit voir son actif réalisé, puis réparti entre ses créanciers. Pour encadrer ce processus, le droit des procédures collectives a établi des principes de répartition de l'actif, qui permettent de déterminer comment seront distribués les fonds obtenus lors de la vente des biens

de l'entreprise³²⁹. Il réalise ainsi un classement des créanciers en fonction de leur rang. L'utilisation de ce classement dans le cadre du droit des procédures collectives semble majoritairement intervenir à la mort de l'entreprise. Ainsi, il a davantage vocation à organiser les suites de la faillite et à s'assurer, lorsque l'actif n'est pas insuffisant, que les créanciers ne soient pas laissés.

Cette funeste vocation n'est pas présente dans le cadre du droit de la résolution des défaillances bancaires. Celui-ci organise également un classement des créanciers qui sera mis en œuvre lors des procédures de résolution, mais ce classement a une vocation et un fonctionnement différent. En effet, il a pour objectif de permettre le soutien de l'établissement de crédit défaillant et d'assurer la continuité de ses activités ainsi que son rétablissement. En ce sens, le recours à ce classement ne semble pas marquer la mort de l'entreprise, mais davantage sa guérison. En étant appliqué *ex ante* et non *ex post*, comme cela est souvent le cas pour les entreprises commerciales traditionnelles, le classement proposé par le droit de la résolution des défaillances bancaires diffère de celui opéré par le droit des procédures collectives.

B) Des fonctionnements et des contenus distincts

151. – Ordre de distribution *versus* ordre de contribution. Dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, le classement des créanciers permet de procéder à la répartition de l'actif entre ces derniers. Ainsi, le produit issu de la réalisation de celui-ci sera distribué entre les créanciers, en fonction du rang auxquels ils appartiennent. Seront privilégiés ceux figurant en haut du classement, quand les créanciers chirographaires apparaissant en bas, n'auront que peu de chance de se voir payer³³⁰. Le droit de la résolution des défaillances bancaires procède lui aussi à une classification des créanciers. Le contenu de ce classement est d'ailleurs similaire en droit des entreprises en difficulté, dès lors que celui-ci propose un classement spécifique pour les établissements de crédit, prenant en compte ces créanciers peu ordinaires³³¹. Néanmoins, c'est le

³²⁹ LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 730 et s. ; JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2019, p. 590 et s. ; LE CORRE P.-M., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 130.

³³⁰ JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., 2019, p. 590.

³³¹ L'article L. 613-30-3 du Code monétaire et financier, détermine l'ordre de répartition des créanciers des établissements de crédit soumis à une procédure de liquidation judiciaire. Y figurent ainsi et dans l'ordre suivant, les créanciers titulaires de dépôts pour la partie couverte par la garantie des dépôts ; les personnes physiques et les micros, petites et moyennes entreprises, pour leurs dépôts qui seraient éligibles à la garantie des dépôts, mais qui excèdent le plafond d'indemnisation, ainsi que pour leurs dépôts qui y seraient éligibles s'ils n'avaient pas été effectués auprès des succursales de l'établissement concerné ; certains créanciers qui ne seront pas mentionnés ci-après ; les créanciers chirographaires propriétaires d'un titre de créance non structuré ou créanciers en vertu d'un prêt non structurés ou propriétaires d'un instrument présentant des caractéristiques analogues à un titre de créance, ou propriétaire d'un bon de caisse ou de tout instrument, droit ou créance émis sur le fondement d'un droit d'un autre état membre de l'Union européenne ; les créanciers subordonnés. Le texte soumet la prise en compte de certains créanciers à des conditions. Se référer au Code monétaire et financier pour plus de détails.

fonctionnement du classement qui diffèrent entre ces deux droits. En effet, dans le cadre du droit de la résolution des défaillances bancaires, la répartition des créanciers intègre une logique de rétablissement de la situation économique de l'établissement. Cette répartition ne conduit pas à verser des fonds aux créanciers, mais au contraire à éteindre en tout ou partie les dettes de l'établissement. Ainsi, la classification permet de déterminer l'ordre de contribution des créanciers d'un établissement de crédit et non l'ordre de distribution des actifs restants. Le fonctionnement de ce classement développé par le droit de la résolution des défaillances bancaires, apparaît ainsi bien différent de l'outil proposé par le droit des entreprises en difficulté.

152. – Des procédés inverses. Ces deux classements diffèrent également dans leurs contenus. D'une part, parce que les créanciers qu'ils prennent en compte ne sont pas similaires dans une entreprise commerciale traditionnelle et dans un établissement de crédit. D'autres part, parce qu'ils ne sont pas organisés de la même manière. En effet, dans le classement des créanciers proposé par le droit de résolution des défaillances bancaires, l'ordre semble inversé en comparaison avec celui établi par le droit des entreprises en difficulté.

Dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires, sont concernés en premier les créanciers qui apparaissent au plus bas du classement, contrairement au droit des procédures collectives où les premiers concernés sont ceux qui apparaissent au plus haut du classement. Les flux semblent par conséquent inversés. De plus, dans une procédure de liquidation judiciaire, sont impactés en premier par le classement ce qui ont le plus de garanties, alors que dans une procédure de résolution, ce sont ceux qui en ont le moins qui sont les premiers atteints. Le classement édifié par le droit de la résolution des défaillances bancaires apparaît ainsi comme l'inverse de celui proposé par le droit des procédures collectives. C'est une des grandes originalités de ce droit *sui generis*, qui vient par ce moyen limiter le renflouement des établissements de crédit défaillants par des fonds publics³³², et fait davantage contribuer les créanciers de l'entreprise bancaire³³³, ces derniers pouvant voir leurs créances réduites, annulées ou converties³³⁴, par le biais d'un instrument de résolution – l'instrument de renflouement interne –, dont nous exposerons le fonctionnement et les enjeux de manière exhaustive dans la suite de nos développements³³⁵.

³³² SCIALOM L., « Bail in-Bail out : un point de vue économique », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et des institutions financières. Approches croisées*, LexisNexis, 2017, p. 225-240.

³³³ BARRIÈRE F., Le droit de propriété des créanciers à l'épreuve du renflouement interne », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, 2017, p. 177-188. ; PAILLER P., « Quelques questions sur le domaine d'application des mesures de « bail-in » en cas de résolution », *RD banc. Fin.*, n° 4, oct. 2013, alerte 14.

³³⁴ SUSSET E., « Le régime français de prévention et de gestion des crises bancaires après la transposition de la directive sur la résolution bancaire », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, 2017, p. 91-136, spéc. p. 122.

³³⁵ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre II.

II) L'obligation inappropriée de déclaration des créances

153. – Principe et exceptions. Le droit des entreprises en difficulté impose également aux créanciers d'une entreprise en difficulté de déclarer leurs créances afin de voir celle-ci prise en compte lors de la procédure ouverte à l'égard du débiteur. La déclaration de créance apparaît ainsi comme un principe crucial du droit des entreprises en difficulté (A). Définie comme une obligation, elle fait cependant l'objet d'exceptions, dont l'une est due au particularisme de l'activité bancaire (B).

A) Un principe incontournable en droit des entreprises en difficulté

154. – Énoncé du principe. La déclaration de créance doit être appréhendée comme une mesure conservatoire³³⁶ qui permet « *aux créanciers de se lier à la procédure* »³³⁷. Elle est nécessaire pour que les droits des créanciers soient pris en compte et qu'ils obtiennent, si les actifs du débiteur le permettent, leurs dus. Néanmoins, cette déclaration n'est pas une simple faculté, il s'agit d'une véritable obligation³³⁸. L'article L. 622-24 al. 1^{er} dispose en effet qu'« *à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire* ». L'alinéa 6 dudit article précise quant à lui que les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture et non privilégiés doivent également répondre de cette obligation³³⁹. *A contrario*, certains créanciers pourront se voir exempter de cette déclaration. C'est le cas notamment des créanciers postérieurs privilégiés. Autrement, de manière générale, le défaut de déclaration pourra se voir sanctionner. Il était initialement prévu que la créance non déclarée soit éteinte³⁴⁰, mais la sanction ayant été jugée trop sévère³⁴¹, il est désormais établi que la créance non déclarée est rendue inopposable à la procédure³⁴².

³³⁶ La doctrine considère qu'il s'agit d'une mesure conservatoire. LE CORRE P.-M., « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *LPA*, nov. 2008, p. 64 ; VALLENS J.-L., « La déclaration de créance n'est pas une demande en justice », *RTD com.*, 2009, p. 214. Néanmoins, la jurisprudence tend à conserver la vision traditionnelle qui consiste à appréhender la déclaration de créance comme une demande en justice. Cass. Com., 15 févr. 2011, n° 10-12.149 ; *D.*, 2011, p. 673, obs. LIENHARD A ; *D.*, 2011, p. 2073, obs. LUCAS F.-X.

³³⁷ LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, 2020, p. 457.

³³⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 sept. 2004, n° 02-16.754.

³³⁹ L'article dispose en ce sens que « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, autres que celles mentionnées au I de l'article L. 622-17 sont soumises aux dispositions du présent article* ».

³⁴⁰ Sanction prévue initialement par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

³⁴¹ PÉROCHON F., « Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos », in *Procédures collectives et droit des affaires*, *Mél. HONORAT A.*, Frison-Roche éd., 2000, p. 161.

³⁴² Néanmoins, les effets de ces sanctions ne diffèrent pas réellement, dans la mesure où ces créances sont très souvent irrécouvrables. L'inopposabilité offre seulement la possibilité d'exercer le cas échéant un recours contre les garants afin d'obtenir un remboursement.

B) Des assouplissements nécessaires en matière bancaire

155. – Un principe inadapté au traitement des défaillances bancaires. Au vu du nombre considérable de créanciers dont les établissements de crédit son débiteur, ainsi que du statut de particulier dont beaucoup disposent, il semble difficile d'imposer une obligation de déclaration des créances dans ce contexte. Ainsi, une fois encore, le particularisme de l'activité bancaire et de ces créanciers, a conduit à l'adaptation du droit des entreprises en difficulté (1). Des dérogations à l'obligation de déclaration de créances ont été prévues dans le cadre du traitement d'établissements de crédit défaillants. Néanmoins, dans le cadre du droit de la résolution des défaillances bancaires, le législateur est allé plus loin encore, en excluant totalement l'application de ce principe dans les traitements administratifs qu'il a établi (2).

1) L'adaptation du droit des entreprises en difficulté

156. – Une obligation devenue incongrue. Avant la loi sur l'Épargne et la Sécurité Financière³⁴³, les créanciers bancaires et notamment les déposants, étaient considérés comme des créanciers comme les autres. Ils ne bénéficiaient pas d'un statut particulier et étaient au contraire considérés comme chirographaires et tenus de déclarer leurs créances au passif en respectant un formalisme strict. Mais ce « *formalisme qui est déjà sévère entre commerçants pouvait devenir inique lorsqu'on l'imposait à des personnes physiques peu au fait des questions de droit et pour lesquels les fonds déposés étaient leur "propriété"* »³⁴⁴. De plus, au vu du nombre colossal de déposants présents dans chaque établissement bancaire, le travail de vérification et d'admission des créances était rendu extrêmement complexe³⁴⁵.

157. – Dispense partielle. Ces raisons ont poussé le législateur à prendre en compte une fois de plus le particularisme des activités bancaires, en proposant une dispense partielle à l'obligation de déclaration de créances pour les déposants. Ces derniers ayant tout ou partie de leurs dépôts couverts par le Fonds de Garantie des Dépôts et de Résolution³⁴⁶ (ci-après FGDR), n'auront pas à déclarer leurs créances, dès lors qu'elles ne dépassent pas le montant couvert par ledit fonds. En effet, l'article L. 613-30 du Code monétaire et financier dispose en substance que par dérogation à l'article L. 622-24 du Code de commerce, les déposants n'ont pas à déclarer leurs créances garanties.

³⁴³ La loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'Épargne et à la Sécurité Financière, intégrée dans le Code monétaire et financier.

³⁴⁴ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, op. cit., p. 337.

³⁴⁵ BOURDEAUX G., « Le traitement judiciaire des institutions financières en difficulté », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 49.

³⁴⁶ Pour un historique de l'évolution du Fonds de garantie des dépôts : LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERÉSÉO N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 281 et s.

Pour les sommes dépassants le montant couvert, le FGDR doit avertir les déposants du montant à déclarer et préciser modalités de déclaration au mandataire judiciaire. Il convient de préciser que le Fonds de garantie des dépôts et de résolution que d'aucuns qualifient d' « *établissement d'utilité publique* »³⁴⁷, bénéficie également de cette dispense.

158. – Rupture de l'égalité de créanciers³⁴⁸. Cette dispense partielle a toutefois pu faire l'objet de critiques. Un auteur expose notamment que « *les règles juridiques seraient simplifiées et plus cohérentes* »³⁴⁹ si la dispense était totale, « *dans la mesure où les créances ne changent pas de nature en fonction de leur montant et/ou de l'intervention du fonds* »³⁵⁰. S'il est vrai que cette dispense partielle doit réduire considérablement le travail de vérification et d'admission des créances, le principe d'égalité des créanciers, si cher au droit des entreprises en difficulté, semble néanmoins mis à mal par cette différence de traitement. Dès lors, si l'imposition d'une déclaration semble trop contraignante pour de simples déposants, pourquoi ne pas étendre la dispense à toutes leurs créances, qu'elles entrent dans le champ de la garantie des dépôts ou non ?

2) Un principe inexistant en droit de la résolution des défaillances bancaires

159. – L'absence de déclaration de créance. En droit de la résolution des défaillances bancaires, le fonctionnement des procédures est tout autre, si bien qu'il n'existe pas de principe de déclaration des créances. En abordant précédemment les classements des créanciers opérés dans ce contexte, nous avons constaté que le droit de la résolution des défaillances bancaires ne procède pas au paiement des créanciers, mais au contraire, qu'il peut les contraindre à contribuer au refinancement des établissements défaillants. Ce dispositif peut ainsi conduire les créanciers d'un établissement de crédit à perdre leurs droits de créances et donc leurs dépôts ou autres titres. C'est pourquoi le FGDR a ici également vocation à jouer. En effet, ce fonds garantie certaines créances, pour un montant défini³⁵¹ cependant, et il n'est nul besoin de déclarer sa créance pour obtenir son remboursement.

160. – Un mécanisme de recouvrement des créances garanties spécifiquement édifiés pour les établissements de crédit défaillants. Dans le cadre du FGDR, le système de

³⁴⁷ CABRILLAC S., *Les garanties financières professionnelles*, Litec, 2000, spéc. n°347.

³⁴⁸ DUMONT P.-M., « Le principe d'égalité des créanciers : fondements et remise en cause », *Bull. Joly entrep.*, n° 6, nov. 2019, p. 46.

³⁴⁹ BOURDEAUX G., « Le traitement judiciaire des institutions financières en difficulté », *op. cit.*

³⁵⁰ *Idem.*

³⁵¹ MATHEY N., « La protection des créanciers de l'établissement de crédit en difficulté dans le cadre des procédures judiciaires », *op. cit.*, p. 207-299.

recouvrement des créances a été adapté au particularisme de l'activité bancaire et de ses créanciers, qui apparaissent souvent comme de simples personnes physiques peu à même de gérer ces problématiques.

Dès lors, dès que l'indisponibilité des dépôts est prononcée par l'autorité de résolution, les créanciers bénéficiant de cette garantie sont contactés par courriel ou par téléphone, grâce aux coordonnées dont disposent leurs établissements de crédit. Les créanciers pourront ainsi accéder au site institutionnel de garantie des dépôts, où ils devront s'identifier pour ensuite choisir le mode de remboursement qui leur convient. Ils pourront en principe, disposer ensuite de leur fonds, dans les sept jours ouvrables suivants. Pour les créanciers couverts n'ayant pas choisi de mode de remboursement via le site internet « Espace Sécurité d'indemnisation » (ESI), dans les vingt jours suivants son ouverture, ils recevront par courrier postal une lettre-chèque, leur octroyant leur remboursement. Dans le cas où leurs coordonnées ne seraient pas en possession de l'établissement de crédit, celui-ci dispose tout de même d'une adresse postale qui permettra aux créanciers couverts de bénéficier également d'une lettre-chèque qu'ils recevront par courrier³⁵². Ainsi, dans le contexte des défaillances bancaires, le système de recouvrement des créances a été conçu « sur mesure » pour s'adapter aux nécessités du secteur et préserver la confiance nécessaire à la stabilité financière.

³⁵² Tout ce système de remboursement est expliqué sur le site internet du Fonds de garantie des Dépôts et de résolution : www.garantiedesdepôts.fr.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

161. – Les insuffisances du droit des entreprises en difficulté. Depuis plusieurs décennies, l'appréhension juridique des établissements de crédit a fait l'objet de changements. Ces établissements sont *in fine* considérés comme des entreprises particulières. Cruciales et systémiques, exerçant des activités critiques et interagissant avec des acteurs singuliers, ces entreprises bancaires ne peuvent en effet être gouvernées comme des entreprises commerciales traditionnelles. Le traitement de leurs difficultés financières n'est pas en marge de ce constat. Or, les principes phares du droit des entreprises en difficulté ont été établis sur le modèle d'entreprises classiques. Par conséquent, ils se sont révélés totalement inadéquats au traitement des défaillances bancaires. La notion clé de cessation des paiements, bien qu'elle fût adaptée aux établissements de crédit, reste insuffisante pour appréhender efficacement la situation financière de ces entités. D'autres principes qui gouvernent le fonctionnement des procédures collectives, comme par exemple l'interdiction de certains paiements ou l'obligation de déclarer sa créance, paraissent également complexes à mettre en place en matière bancaire, et peuvent s'avérer constituer des sources de risques supplémentaires pour les clients des établissements de crédit, ainsi que pour la stabilité financière. En ce sens, force est de constater que le droit des entreprises en difficulté est fondamentalement inadapté au traitement des établissements de crédit défaillants. Il ne permet pas d'offrir des solutions efficaces, limitant l'aléa moral et les risques de contagions. Ce constat n'est pas nouveau et a conduit à l'instauration du droit de la résolution des défaillances bancaires. Si le droit des entreprises en difficulté et le droit de la résolution semblent partager une essence commune, ils sont en fait profondément divergents. Les principes gouvernant les procédures collectives, dont l'inadéquation aux établissements de crédit a été mise en exergue, ont ainsi été exclus du droit de résolution.

162. – Le recours contestable au droit des entreprises en difficulté. L'essence commune de ces deux droits peut laisser penser que le droit de la résolution des défaillances bancaires doit être considéré comme un droit spécial des entreprises en difficulté. Cependant, ce postulat doit être écarté. Avec les avancées réalisées par la loi relative à la sécurité et à l'épargne financière en 2001, certains ont considéré que les adaptations du droit des entreprises en difficulté aux établissements de crédit, venaient faire apparaître un droit autonome des défaillances bancaires. En effet, un corpus conséquent de règles dérogatoires encadrant les établissements de crédit en difficulté pouvait s'observer. Pourtant, il n'était en rien comparable à celui né des dispositions relatives au mécanisme de résolution unique. Ainsi, on peut considérer que les règles dérogatoires du droit des

entreprises en difficulté conçues pour les établissements de crédit constituaient davantage un droit spécial des entreprises en difficulté. En ce qui concerne les règles issues du mécanisme de résolution unique, elles ont fait naître de nouvelles autorités, créé des procédures innovantes, mis en place des obligations singulières et sont gouvernées par des dispositions qui ont intégré non pas le livre VI du Code de commerce, mais le Code monétaire et financier, dans une section consacrée aux mesures de prévention et de gestion des crises bancaires ³⁵³. C'est à travers l'ensemble de ces innovations que l'existence d'un droit de résolution des défaillances bancaires doit être observée.

163. – L'autonomie nécessaire du droit de résolution des défaillances bancaires. Si on admet que les principes qui gouvernent le droit des entreprises en difficulté sont inefficaces et dangereux dans le traitement des défaillances bancaires, alors il faut s'assurer que l'application de ces principes soit réellement exclue. Or, en considérant le droit de résolution comme un droit spécial des entreprises en difficulté, cela peut laisser place à l'application de ce dernier. En effet, en cas de lacune du droit de résolution des défaillances bancaires, les juridictions pourraient être tentées de solutionner un litige en s'imprégnant du droit des entreprises en difficulté. Les juges pourraient également interpréter certaines dispositions du droit de la résolution des défaillances bancaires par le prisme des procédures collectives, où mener des raisonnements téléologiques se fondant sur des considérations propres à ce dernier. Par conséquent, il semble important de délier le droit des entreprises en difficulté et le droit de résolution des défaillances bancaires. Ce dernier doit ainsi être appréhendé comme un droit autonome, dont l'application doit permettre de remplir les objectifs qu'il a édicté.

³⁵³ Art. L. 613-34 et s. du CMF.

CONCLUSION DU TITRE I

164. – Les défaillances bancaires sont des situations singulières qui nécessitent un encadrement adapté et suffisamment efficace pour limiter leurs effets négatifs, notamment sur la stabilité financière. De manière générale, la structure et les activités des établissements de crédit sont gouvernées par des droits spéciaux, tel que le droit bancaire et financier, le droit de la régulation³⁵⁴, ou encore le droit de la compliance³⁵⁵. On constate donc que des dispositions spécifiques doivent encadrer le secteur bancaire et financier. Or, il en va de même en matière de défaillance bancaire. Les établissements de crédit différant des entreprises commerciales traditionnelles, leurs difficultés financières peuvent difficilement être solutionnées par le droit des entreprises en difficulté. Plus encore, ce dernier peut s'avérer contre-productif, voire nuire à la stabilité financière. Pourtant, son application n'est pas prohibée en matière bancaire, elle est seulement limitée. Or, si certains ont pu considérer que le droit de résolution des défaillances bancaires s'apparentait à un droit spécial des entreprises en difficulté, il semble en définitive important de les délier. En effet, lorsque l'application du droit de la résolution des défaillances bancaires est requise, il est important que ses principes et mécanismes soient appliqués conformément à ce que ce droit a édicté. Si certaines notions qui le gouvernent paraissent incertaines, elles doivent être employées dans un sens qui poursuit les objectifs de la résolution. En outre, dans l'hypothèse où le juge serait saisi d'une question relative à la résolution d'un établissement de crédit, il est impératif qu'il ne se réfère ou n'interprète pas les faits, ni le droit, à l'aune du droit des entreprises en difficulté. Le droit de la résolution des défaillances bancaires doit par conséquent être défini comme un droit autonome, qui ne doit répondre qu'à ses propres principes et poursuivre les objectifs qui lui ont été attribués.

³⁵⁴ KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., *Droit de la régulation bancaire*, Rev. Banq. Éd., 2012 ; BOY L., « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.*, 2001, chr., p. 3031 ; FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, n° 7, p. 610.

³⁵⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la compliance », *D.*, n° 32, sept. 2016, p. 1871.

Titre Second :

L'EXORBITANCE DU DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

165. – De nouvelles autorités spécialisées dans la résolution des défaillances bancaires.

Dans le but de prévenir et de traiter les difficultés financières rencontrées par des établissements de crédit, le droit de la résolution des défaillances bancaires est venu mettre en place des mesures et des procédures innovantes. Certaines sont préventives et interviennent avant l'apparition d'un état de défaillance ; d'autres sont curatives et permettent d'organiser la défaillance d'un établissement de crédit, tout en limitant les effets de celle-ci sur la stabilité financière.

Pour assurer la mise en œuvre de ces mesures et procédures, le droit de la résolution des défaillances bancaires a établi des autorités spécialisées, chargées d'organiser et de contrôler leur bonne exécution. Ces autorités sont plurielles et la répartition de leurs pouvoirs diffèrent d'un de l'établissement de crédit à un autre, en fonction de leur importance ³⁵⁶. Pour les établissements de crédit les plus importants, considérés comme systémiques, c'est en principe le Conseil de résolution unique (ci-après CRU), qui va avoir la charge de déterminer les dispositifs de résolution devant être appliqués. Pour les établissements les moins importants, considérés comme non-système, ce sont les autorités de résolution nationales, souvent qualifiées d'autorités compétentes nationales (ci-après ACN), qui auront la charge de déterminer les mesures et les procédures de résolution qui devront être mises en œuvre pour traiter la situation rencontrée. Malgré cette répartition duale des compétences, le CRU et les ACN doivent exercer leurs missions en coopération. D'autres acteurs seront également amenés à participer à la mise en œuvre des dispositifs de résolution. Certains ont vocation à intervenir dans le déclenchement desdits dispositifs, d'autres dans leur exécution. Par exemple, la Banque centrale européenne et l'Autorité bancaire européenne seront particulièrement importantes dans ce contexte. Cependant, le juge, qui joue traditionnellement un rôle important dans le traitement des entreprises en difficulté, se voit ici exclu des dispositifs décisionnels et opérationnels.

La multiplicité des acteurs intervenant dans la prévention et le traitement des défaillances bancaires induit la nécessité d'éclaircir les rapports entretenus par ces différentes entités et de préciser la répartition des pouvoirs dont les autorités compétentes disposent.

³⁵⁶ Sur la distinction entre les établissements de crédit systémiques, considérés comme « plus importants », et les établissements de crédit non systémiques, considérés comme « moins importants », au sens de la directive 2014/59/UE, voy. *supra* n° 59.

166. – L’attribution de pouvoirs considérables aux autorités de résolution. En observant les dispositions qui composent le droit de la résolution des défaillances bancaires, on constate rapidement que la boîte à outil des autorités de résolution est riche et se compose d’instruments novateurs. Certains ont vocation à être employés dans un cadre préventif. C’est le cas de différentes mesures d’intervention précoce ou de mesures prévues par des plans conçus en amont de toutes difficultés, qualifiés de plans préventifs de rétablissement. D’autres dispositifs intègrent une logique curative et sont qualifiés d’instruments de résolution. Ceux-ci peuvent être mis en œuvre dans le cadre d’une procédure de résolution.

En observant de plus près ces dispositifs, il semble indéniable qu’ils disposent d’un caractère extraordinaire, qui peut conduire à les rendre parfois dérogoires au droit commun. Ces dispositifs peuvent en ce sens sembler porter atteinte à certains droits et libertés des établissements de crédit qui y sont soumis. Par conséquent, il semble pouvoir être constaté que les autorités de résolution chargées de mettre en œuvre ces dispositifs, disposent de pouvoirs considérables, voire exorbitants.

167. – Caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires. La constatation de ces premiers éléments semble pouvoir nous permettre de compléter la définition du droit de la résolution des défaillances bancaires. Ainsi, celui-ci serait outre un droit autonome, un droit exorbitant. Cette définition devrait pouvoir être confirmée par l’étude du déclenchement des dispositifs de résolution (Chapitre I) d’une part, et d’autre part, par celle de leur mise en œuvre (Chapitre II). Par le biais de cette dichotomie, nos développements relatifs à ces aspects du droit de la résolution des défaillances bancaires nous permettront d’éclaircir les conditions de déclenchement des dispositifs de résolution, ainsi que de leur mise en œuvre. Ils nous conduiront également à préciser la répartition des pouvoirs entre les différentes autorités et agences de l’Union, qui contribuent à la prévention et au traitement des défaillances bancaires. Ces réflexions seront plus largement l’occasion de constater l’importance des pouvoirs accordés aux autorités de résolution et de s’interroger sur leurs enjeux, notamment à l’aune des droits et libertés fondamentaux, ainsi que sur les possibilités de contrôler ces pouvoirs, au moyen de recours divers.

Chapitre I : L’exorbitance constatée dans le déclenchement des dispositifs de résolution

Chapitre II : L’exorbitance constatée dans la mise en œuvre des dispositifs de résolution

Chapitre I :

L'EXORBITANCE CONSTATÉE DANS LE DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION

168. – Particularisme du processus de déclenchement des dispositifs de résolution. Le droit de la résolution des défaillances bancaires met en place dans le cadre de l'Union bancaire, un traitement harmonisé des difficultés rencontrées par les établissements de crédit. À cette fin, la directive 2014/59/UE³⁵⁷, dite « BRRD » et le règlement (UE) n° 806/2014³⁵⁸, dit « SRMR », ont établi différents outils permettant de prévenir et de traiter les difficultés financières rencontrées par les établissements de crédit. Ces outils peuvent prendre la forme de mesures ou de procédures de résolution, qui seront employées à la discrétion des autorités compétentes, en fonction de la gravité de la situation observée. Le déclenchement de ces différents dispositifs est subordonné à plusieurs conditions et doit respecter certaines règles procédurales. Initié par des autorités administratives spécifiquement conçues, communautaires ou nationales, et subordonné à des conditions particulières, le processus de déclenchement de ces mesures et procédures semble contribuer à faire du droit de la résolution des défaillances bancaires, un droit exorbitant. Pour confirmer cette définition, il paraît nécessaire de décomposer le processus de déclenchement des dispositifs de résolution, afin de mettre en exergue l'importance des pouvoirs attribués aux autorités compétentes en la matière.

169. – Des facteurs de complexité. La décomposition du processus de déclenchement des mesures et des procédures de résolution semble également nécessaire au vu de la complexité de celui-ci. En effet, différents facteurs peuvent participer à créer un manque d'intelligibilité du droit de la résolution des défaillances bancaires dans ce contexte. La multiplicité des dispositifs de résolution, ainsi que des autorités compétentes et des organes qui les composent, tout comme la multiplicité des sources de ce droit, participent à complexifier la compréhension de ce dernier. Par conséquent, il semble impératif d'explicitier et de clarifier certains aspects du processus et des conditions qui subordonnent le déclenchement d'une mesure ou d'une procédure de résolution afin d'assurer le respect du principe de sécurité juridique. Cela est d'autant plus important qu'un

³⁵⁷ 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.

³⁵⁸ 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.

contentieux relatif à ces aspects du droit de la résolution des défaillances bancaires semble d'ores et déjà avoir émergé. Il convient par conséquent de mettre en exergue les conditions particulières du déclenchement des dispositifs de résolution (Section I), avant d'expliciter le processus coopératif de déclenchement de ces derniers (Section II).

SECTION I :

LES CONDITIONS PARTICULIÈRES DU DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION

170. – La conception de conditions primaires et secondaires. Les conditions de déclenchement des dispositifs de résolution sont propres au droit de la résolution des défaillances bancaires. Elles n'ont plus de point commun avec celles rencontrées en droit des entreprises en difficulté. Éditées par la directive 2014/59/UE, particulièrement par son article 32, ces conditions de déclenchement ont été unifiées à l'échelle de l'Union bancaire. L'étude précédemment effectuée des particularités des établissements de crédit³⁵⁹ et des adaptations souhaitables de la notion de cessation des paiements à ces entités³⁶⁰, fera écho à certaines conditions précisées ci-après. Dans le cadre de notre réflexion, il convient de distinguer certaines conditions de déclenchement pouvant être qualifiées de primaires (§1), d'autres conditions devant être considérées comme secondaires (§2).

Les conditions que nous qualifierons de primaires sont des conditions qui ont pu être évoquées, il y a un certain temps déjà, par les spécialistes de la matière et qui étaient attendues notamment par la doctrine. Elles permettent d'appréhender adéquatement et efficacement la défaillance des établissements de crédit, en tenant notamment compte des exigences de fonds propres ou des différents risques qui pèsent sur lesdits établissements. Ces conditions primaires permettent ainsi d'apprécier précisément la situation financière des établissements de crédit peu solides ou défaillants.

Les conditions pouvant être qualifiées de secondaires sont également nécessaires au déclenchement de mesures ou de procédures de résolution. Cependant, elles ne participent pas nécessairement à déterminer la situation financière de l'établissement, mais sont davantage des prérequis au traitement des difficultés, devant impérativement être réalisés afin de procéder à un traitement préventif ou curatif efficace des établissements de crédit concernés.

³⁵⁹ Cf. Partie I, Titre I, Chapitre I.

³⁶⁰ Cf. Partie I, Titre I, Chapitre II.

§1: LES CONDITIONS PRIMAIRES DE DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION

171. – Une distinction à opérer. Les conditions primaires du déclenchement des dispositifs de résolution diffèrent en fonction des outils mis en œuvre. Ainsi, doivent être distinguées les conditions primaires du déclenchement des mesures préventives (I), des conditions primaires de déclenchement de mesures curatives (II).

I) Les conditions primaires de déclenchement des dispositifs préventifs de résolution

172. – Les mesures préventives de résolution des défaillances bancaires sont plurielles et leurs conditions de déclenchement peuvent diverger. Par conséquent, il convient de préciser les conditions du déclenchement des mesures dites d'intervention précoce (A), avant d'aborder les conditions du déclenchement des mesures prévues par les plans préventifs de rétablissement (B).

A) Les conditions de déclenchement des mesures d'intervention précoce

173. – Un champ d'application précisément déterminé. L'article 27 de la directive 2014/59/UE dispose qu'un établissement de crédit peut faire l'objet d'une mesure d'intervention précoce, s'il enfreint ou est susceptible d'enfreindre les exigences édictées par certains textes de droit européen, relatifs notamment aux exigences de fonds propres. Ces textes sont précisés par l'article 27 de la directive susmentionnée. Il s'agit des exigences édictées par le règlement (UE) n° 575/2013³⁶¹ du 26 juin 2013, relatif aux exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement dit « CRR », par la directive 2013/36/UE³⁶² dite « CRD 4 », relative à l'accès à l'activité des établissements de crédit et à la

³⁶¹ Règlement (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.

³⁶² 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'investissements. Cette directive dite « CRD 4 », a été modifiée par la directive 2019/878/UE du Parlement européen et Conseil du 20 mai 2019 dite « CRD 5 ». Précisions également que la Commission européenne a présenté en octobre 2021, une proposition législative dite « CRR 3 », ainsi qu'un projet de directive « CRD VI », afin de finaliser le dernier volet des réformes introduites par Bâle 3. Voy. à propos : Commission européenne, « proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les pouvoirs de surveillance, les sanctions, les succursales de pays tiers et les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance, et modifiant la directive 2014/59/UE », *Bruxelles*, 27 oct. 2021, COM(2021), 2021/0341 (COD) ; ACPR, « Paquet bancaire CRR3/CRD6 : de nouvelles règles pour renforcer la résilience des banques européennes », *Revue de l'ACPR*, mars 2022 ;

surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, par le titre II de la directive 2014/65/UE³⁶³ relative aux conditions d'agrément et d'exercice des entreprises d'investissement, ainsi que par les articles 3 à 7, 14 à 17, 25 et 26, du règlement (UE) n° 600/2014³⁶⁴, relatif aux règles de transparence pour les plates-formes de négociations et les internalisateurs systémiques, ainsi qu'aux déclarations de transactions. Ainsi, les situations pouvant conduire à la mise en œuvre de mesures d'intervention précoce sont limitées et font l'objet d'une liste exhaustive. L'article 27 de la directive 2014/59/UE précise également qu'une infraction à ces dispositions peut notamment être due à « *une dégradation rapide de la situation de financière [de l'établissement], y compris une détérioration de ses liquidités, une augmentation du niveau de levier, des prêts non performants ou une concentration des expositions* »³⁶⁵.

En somme, le fait d'enfreindre ou d'être susceptible d'enfreindre les exigences issues des règles prudentielles applicables ou de certaines exigences en matière de transparence, peut conduire à l'application d'une mesure d'intervention précoce prévue par le droit de la résolution des défaillances bancaires. Ces mesures auront vocation à modifier la structure, le fonctionnement ou encore le comportement des établissements de crédit, afin qu'ils soient à nouveau en conformité avec les exigences qui leur sont imposées.

174. – Transposition en droit français. En droit interne, les dispositions de la directive 2014/59/UE relatives à la mise en œuvre des mesures d'intervention précoce ont été transposées à l'article L. 511-41-5 du Code monétaire et financier. Celui-ci précise que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après ACPR) peut contraindre les établissements de crédit à mettre en place des mesures d'intervention précoce, s'ils ne respectent plus certaines exigences. L'article précise qu'il s'agit des exigences issues du règlement « CRR » précité, des articles du règlement (UE) n° 600/2014 susmentionnés, ainsi que des exigences issues du titre premier du livre V du Code monétaire et financier, qui encadre de manière générale les prestataires de services bancaires, dont font partie les établissements de crédit. L'article ajoute également que le non-respect d'une exigence issue de « *toute autre disposition législative ou réglementaire dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées* »³⁶⁶, pourra conduire à l'application de mesures d'intervention précoce.

DE TOCQUEVILLE J.-G., GOUTAY P., « Le nouveau paquet bancaire, des fonds propres aux risques ESG à une surveillance renforcée, où va-t-on ? », *RD. Banc. Fin.*, n° 6, nov. 2021, alerte 157.

³⁶³ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers.

³⁶⁴ Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012.

³⁶⁵ Dir. 2014/59/UE, art. 27, 1°.

³⁶⁶ Art. L. 511-41-5, I, 4° du CMF.

175. – Une marge d’appréciation importante. Il ressort de ces dispositions que les motifs permettant la mise en œuvre de ces mesures d’intervention précoce sont multiples. Cela offre par conséquent une marge de manœuvre importante aux autorités de résolution, qui pourront aisément actionner cet outil, dès lors que certains indices laissent présager une dégradation de la situation financière d’un établissement de crédit³⁶⁷. Cette facilité d’action semble être le gage de l’effectivité de ces mesures préventives, mais peut également conduire à s’interroger sur l’étendue, ainsi que sur le caractère discrétionnaire des pouvoirs accordés aux autorités de résolution.

B) Les conditions de déclenchement des mesures prévues par les plans de rétablissement

176. – Définition des plans de rétablissement. Un des dispositifs propres au droit de la résolution des défaillances bancaires consiste à concevoir, en amont de toute difficulté, des plans de rétablissement³⁶⁸. Ces plans doivent être conçus par les établissements de crédit³⁶⁹ et sont soumis au contrôle des autorités de supervision. En ce sens, la conception de ces plans apparaît comme une obligation nouvelle à la charge des établissements de crédit.

Au sein de ces plans, doivent être présentés les éléments clés de la structure juridique et financière de l’établissement, ainsi que de ses activités. Doivent également être présentées, des solutions hypothétiques conçues en amont de toute difficulté, qui pourraient être apportées si certaines situations plausibles venaient à se produire, en impactant potentiellement la situation financière des établissements de crédit. En somme, ces plans peuvent être définis comme des outils préventifs, destinés à prévoir *ex ante*, les moyens de faire face, le cas échéant, aux difficultés financières qu’un établissement de crédit pourrait rencontrer, avec célérité et efficacité. Ces plans n’ont cependant qu’une vertu préventive et n’ont pas pour objet de traiter la défaillance d’un établissement de crédit, mais seulement certaines difficultés d’importance inférieure rendant

³⁶⁷ L’article L. 511-41-5 du CMF précise en ce sens que les mesures d’intervention précoce peuvent être mise en œuvre par l’autorité de résolution notamment du fait « *d’une dégradation rapide de sa situation financière ou de liquidité, y compris une augmentation du niveau de levier, des prêts non performants ou de la concentration des expositions* ». D’autres indicateurs peuvent conduire à la mise en œuvre de telles mesures, dès lors que les événements constatés ont pour conséquences la non-conformité avérée ou susceptible, d’un établissement de crédit aux exigences, notamment prudentielles, mentionnées par l’article 27 de la directive 2014/59/UE, transposé à travers l’article L. 511-41-5 du CMF.

³⁶⁸ La traduction en langue française de la directive 2014/59/UE emploie les termes de « plan de redressement ». Néanmoins, pour éviter toute confusion avec les plans de redressement connus en droit des entreprises en difficulté, le législateur français a préféré employer l’expression « plan préventif de rétablissement » dans sa transposition en droit français des dispositions relatives à la résolution des défaillances bancaires. Cela illustre une fois encore la volonté de distinguer le droit de la résolution des défaillances bancaires et le droit des entreprises en difficulté.

³⁶⁹ Sur l’obligation de planification qui pèse sur les établissements de crédit voy. Partie II, Titre I, Chapitre I.

l'établissement peu solide. Nous serons amenés dans la suite de nos développements préciser cette la teneur de cette obligation de planification qui pèse sur les établissements de crédit³⁷⁰.

177. – Mise en œuvre des plans de rétablissement. La mise en œuvre des mesures prévues par les plans de rétablissement dépend d'indicateurs³⁷¹ qui sont déterminés par les plans eux-mêmes, et donc conçus par les établissements de crédit. L'article 9 de la directive 2014/59/UE précise qu'il peut s'agir « *d'indicateurs à caractère qualitatif ou quantitatif liés à la position financière de l'établissement, qui peuvent aisément faire l'objet d'un suivi* »³⁷². Si l'Autorité bancaire européenne a, à travers une recommandation³⁷³, pu fournir davantage d'éléments aux établissements de crédit sur la conception de ces indicateurs, ils restent relativement libres dans cette tâche. Néanmoins, si les plans de rétablissement sont conçus par les établissements de crédit, ils n'en restent pas moins soumis au contrôle des autorités de supervision. Celles-ci peuvent dès lors enjoindre lesdits établissements d'effectuer des modifications si les plans s'avèrent insatisfaisants. Par conséquent, si les indicateurs ne sont pas déterminés par le législateur, ni par les autorités compétentes, leur conception fera néanmoins l'objet d'un certain encadrement.

178. – Opacité des indicateurs. La mise en œuvre des mesures préventives prévues par les plans de rétablissement ne sont donc pas subordonnées à des critères prédéfinis, généraux et transparents, mais dépend des indicateurs établis par les établissements de crédit. Ceux-ci varient donc en fonction de l'établissement et ne sont pas déterminés par le droit de la résolution des défaillances bancaires. Bien que ce procédé offre la flexibilité nécessaire à la matière, on pourrait néanmoins regretter un certain manque d'objectivité et de transparence. Notons cependant, que l'exécution d'une mesure d'intervention précoce peut consister à la mise en œuvre d'une mesure prévue par un plan de rétablissement. Par conséquent, les dispositifs du plan peuvent également être mise en œuvre si l'établissement ne respecte plus les exigences précisées par l'article 27 de la directive 2014/59/UE et l'article L. 511-41-5 du Code monétaire et financier, dont nous avons précédemment exposé la substance. Or, dans ce cas, les motifs induisant la mise en œuvre de dispositifs préventifs ne peuvent faire l'objet d'opacité.

³⁷⁰ Cf. Partie II, Titre I, Chapitre I.

³⁷¹ À propos des indicateurs prévus dans les plans de rétablissement voy. *infra* n° 367.

³⁷² Dir. 2014/59/UE, art. 9, 1°.

³⁷³ ABE, « Orientation sur les indicateurs pour les plans de redressement », 9 nov. 2021, *EBA/GL/2021/11*.

II) Les conditions de déclenchement des dispositifs curatifs de résolution

179. – Après avoir mis en exergue les conditions de déclenchement des mesures préventives instaurées par le droit de la résolution des défaillances bancaires, il convient de s'intéresser aux conditions d'ouverture des procédures curatives (A). Le déclenchement de telles procédures est subordonné à la constatation d'un état de défaillance avéré ou prévisible de l'établissement, auquel s'ajoutent d'autres conditions. Si ces conditions sont précisément définies par les textes, il convient cependant de constater qu'une certaine souplesse est offerte aux autorités de résolution dans l'appréciation de ces dernières (B) ce qui conduit une fois encore à s'interroger sur les risques liés à des pouvoirs discrétionnaires.

A) Des conditions légalement définies

180. – **Des conditions uniformisées.** Lorsque les difficultés rencontrées par un établissement de crédit sont suffisamment importantes et que la défaillance de celui-ci est alors avérée ou prévisible, les dispositifs curatifs du droit de la résolution des défaillances bancaires ont vocation à être mis en œuvre. Ces dispositifs prennent la forme d'instruments de résolution, qui peuvent être employés dans le cadre d'une procédure curative de résolution. Pour être soumis à une telle procédure, les établissements de crédit doivent répondre à différents critères. Ceux-ci ont été définis par la directive 2014/59/UE en son article 32, transposé en droit français à l'article L. 613-49 du Code monétaire et financier.

Pour faire l'objet d'une procédure curative de résolution, les établissements de crédit doivent être en état de défaillance avéré ou prévisible. La notion de défaillance ayant déjà été précisée³⁷⁴, nous n'en rappellerons pas la substance. D'autres critères viennent cependant s'ajouter à la constatation de cet état, pour induire l'ouverture d'une procédure curative et la mise en œuvre des instruments de résolution. D'abord, il ne doit exister aucune perspective raisonnable que cet état de défaillance puisse être évité dans un délai raisonnable, autrement que par la mise en œuvre d'une ou de plusieurs mesures de résolution³⁷⁵. Ensuite, les mesures de résolution envisagées doivent être nécessaires au regard des objectifs du droit de la résolution des défaillances bancaires, alors qu'une procédure de liquidation judiciaire ne permettrait pas, dans la même mesure, d'atteindre lesdits objectifs.

³⁷⁴ Sur les critères permettant de déterminer un état de défaillance voy. *supra* n° 121.

³⁷⁵ Art. L. 613-49, II, 2° du CMF.

B) Une nécessaire souplesse d'interprétation

181. – L'emploi de la notion de « raisonnable ». Dans l'édition des conditions de déclenchement d'une procédure de résolution, le législateur a eu recours à la notion³⁷⁶ – ou au standard –, de « raisonnable ». Il emploie ainsi les notions de « perspective raisonnable »³⁷⁷ et de « délai raisonnable »³⁷⁸. Or, ces notions peuvent manquer de précision. Force de ce constat, il convient d'en éclaircir la substance. La notion de raisonnable apparaît comme une notion juridique au contenu variable³⁷⁹. Elle peut sembler disposer de plusieurs acceptions, en fonction des objets qu'elle qualifie et du contexte dans lequel elle est employée³⁸⁰. D'une manière générale, le « raisonnable » peut se définir comme ce qui est « conforme à la raison »³⁸¹, ce qui est « en pratique, modéré et se tient dans une juste moyenne »³⁸². La notion de raisonnable s'apparente alors souvent à la notion de « normalité ». Elle semble correspondre à ce qui se produit dans la majorité des cas, ce qui se trouve dans la moyenne, ce qui n'est pas inhabituel³⁸³.

182. – La notion de « raisonnable » en matière de résolution des défaillances bancaires. Le législateur a inscrit dans les conditions de déclenchement des procédures de résolution le fait qu'« *il ne doit exister aucune perspective raisonnable que cet état de défaillance puisse être évité dans un délai raisonnable* »³⁸⁴. Intéressons-nous d'abord à l'expression « perspective raisonnable ». Le terme « perspective » illustre ici, une solution autre que la mise en œuvre d'une procédure de résolution. Celle-ci pourrait ainsi se matérialiser par un financement d'origine privé, ou par la mise en œuvre d'une procédure judiciaire de traitement des difficultés. Le terme « raisonnable » semble quant à lui signifier que cette solution n'irait pas à l'encontre des objectifs du droit de la résolution des défaillances bancaires. En ce sens, une procédure de résolution pourrait être mise en œuvre, dès lors qu'aucune autre solution de nature privée ou judiciaire, ne serait en mesure de traiter la situation de l'établissement défaillant, tout en poursuivant les objectifs de la résolution.

³⁷⁶ GRAU E. R., « Notes sur les concepts juridiques », *RRJ – Droit prospectif*, n° 3, 1994, p. 769.

³⁷⁷ Art. L. 613-48, II du CMF.

³⁷⁸ *Idem*.

³⁷⁹ DUONG L., « La notion de raisonnable en droit économique. Pour une approche systémique des relations juridiques complexes », *Rev. Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2005/1, vol. 54, p. 95.

³⁸⁰ MAGNON X., « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », in *Le raisonnable en droit administratif*, THÉRON S. (dir.), vol. 13, L'Épilogue, coll. L'Unité du Droit, p. 76.

³⁸¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} éd., PUF, Quadrige, 2022, cf. « Raisonnable ».

³⁸² DUONG L. « La notion de raisonnable en droit économique. Pour une approche systémique des relations juridiques complexes », *op. cit.*, p. 95.

³⁸³ ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 393.

³⁸⁴ Art. L. 613-49, II, 2° du CMF.

Intéressons-nous ensuite à l'expression « délai raisonnable ». Le « délai raisonnable » est un standard couramment employé en droit. De manière générale, il prend le sens d'un délai normal, pas inhabituel compte tenu du contexte dans lequel il intervient. En matière de défaillances bancaires, le traitement des établissements de crédit en difficulté doit être mis en œuvre avec célérité, de sorte à limiter les effets néfastes pour la stabilité financière. En principe, les décisions relatives aux procédures de résolution doivent être adoptées en un week-end, le temps de la fermeture des marchés, afin ne pas engendrer de perturbation³⁸⁵. Par conséquent, le « délai raisonnable » en matière de défaillance bancaire semble fortement limité et pourrait se réduire à seulement quelques jours. Par conséquent, si une solution alternative à une procédure de résolution est envisageable, apparaissant alors comme une « perspective raisonnable », encore faut-il qu'elle puisse être mise en œuvre dans un très court délai.

183. – Effets de l'utilisation de la notion de « raisonnable » et nécessité des précisions.

L'utilisation par le législateur de la notion de raisonnable emporte des effets sur l'étendue des pouvoirs dont disposent les autorités de résolution. En effet, elle leur offre une importante marge de manœuvre, ainsi qu'une certaine souplesse dans l'adoption des dispositifs de traitement des difficultés. Elle leur octroie également un important pouvoir discrétionnaire. Préciser les notions de « perspective raisonnable » et de « délai raisonnable » dans le contexte de défaillances bancaires est ainsi nécessaire afin d'encadrer l'action des autorités compétentes et de limiter le risque d'arbitraire. Ces précisions pourraient conduire à aiguiller juges et praticiens de la résolution, dans d'éventuels litiges relatifs à la mise en œuvre – ou à l'absence de mise en œuvre –, des dispositifs de résolution.

§2 : LES CONDITIONS SECONDAIRES DE DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉSOLUTION

184. – Des prérequis à la mise en œuvre des dispositifs de résolution. Outre les conditions de déclenchement précitées, la mise en œuvre de mesures ou de procédures de résolution est également subordonnée à deux exigences. Ces exigences prennent la forme de deux tâches, deux

³⁸⁵ En ce sens : Cour des comptes européennes, Rapport spécial, « Conseil de résolution unique. L'ambitieux chantier de l'union bancaire a commencé mais est loin d'être terminé », 2017, n° 23, p. 30 : « *la banque devrait idéalement fermer un vendredi et rouvrir comme d'habitude le lundi suivant, après la mise en œuvre de mesures de résolution par renflouement interne pendant le week-end* ». FORTÉSA M.-H., KUBRUSHKO A., « Plans de redressement et de résolution : une nouvelle donne dans la gestion des crises bancaires », *Banq. & stratégie*, n° 308, nov. 2012, p. 6 : « *Les autorités de résolution doivent pouvoir décider dans des délais courts [...]. On parle souvent de la règle des 48 heures : l'information et les éléments nécessaires à la gestion de l'établissement et à la prise de décision doivent être disponibles dans un délai de 48 heures ou durant un week-end* ».

évaluations, qui doivent être réalisées en amont de toute application d'un dispositif de résolution. Ces exigences sont les suivantes : d'une part, la valorisation de l'actif et du passif de l'établissement de crédit en difficulté doit être réalisée par un évaluateur indépendant (I), d'autre part, la résolubilité de la situation rencontrée par l'établissement doit être appréciée (II). Si la notion de valorisation semble connue en droit, celle de résolubilité est quant à elle peu commune. Ces deux prérequis sont régis par le droit de la résolution des défaillances bancaires et doivent en ce sens être explicités, tout comme les attentes des autorités de résolution en la matière.

I) La valorisation de l'actif et du passif par un évaluateur indépendant

185. – La notion de valorisation doit être entendue dans le contexte du droit de la résolution des défaillances bancaires, dans son sens commun. En effet, elle a simplement vocation à déterminer la valeur de l'actif et du passif d'un établissement de crédit en difficulté. Par cette action, les autorités chargées de procéder au traitement de l'établissement bénéficieront d'informations exactes et actualisées sur la situation effectivement rencontrée par celui-ci. Elles pourront de ce fait, établir un plan d'action adapté. Cette valorisation apparaît donc comme un outil majeur au service du traitement des établissements de crédit en difficulté (A). Sa mise en œuvre (B) mérite toutefois d'être explicitée. D'une part, parce qu'elle a recours à un acteur nouveau : l'évaluateur indépendant ; d'autre part, parce que la portée juridique de cette valorisation soulève des interrogations.

A) Un outil majeur au service du traitement des difficultés

186. – Dans le contexte du droit de la résolution des défaillances bancaires, la valorisation bénéficie d'un encadrement légal particulier. Les exigences, notamment procédurales, qui entourent cette action, doivent en ce sens être étudiées. Par conséquent, il semble nécessaire de préciser les principes et les objectifs de la valorisation (1), avant d'expliciter la manière dont la valeur de l'actif et du passif doit être déterminée (2).

1) Principes et objectifs de la valorisation

187. – Une action conditionnant le succès du traitement des difficultés. L'article 36 de la directive 2014/59/UE³⁸⁶, transposé au sein du Code monétaire et financier à l'article L. 613-47,

³⁸⁶ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014.

précise qu'une valorisation de l'actif et du passif des établissements de crédit défaillants doit être réalisée, avant l'exécution de toute mesure de résolution. Cette valorisation conditionne ainsi la mise en œuvre d'une mesure préventive ou d'une procédure curative de résolution, bien que nous pourrions être amenés à constater l'existence d'exceptions.

Cette valorisation permet de déterminer avec précision la situation financière de l'établissement observé. Elle intervient dès lors que les conditions de déclenchement d'une mesure ou d'une procédure de résolution sont remplies. Cette valorisation permet ainsi de déterminer quels instruments devront être mis en œuvre lors du traitement des difficultés, en fonction de la situation financière effectivement rencontrée. Les autorités de résolution sont chargées de veiller à ce que la valorisation offre une image « *juste, prudente et réaliste* »³⁸⁷ de l'actif et du passif de l'établissement de crédit en difficulté. Cette action doit être réalisée avec la plus grande attention. Les informations acquises seront en effet cruciales et leur qualité aura une incidence directe sur l'efficacité du traitement mis en œuvre. Par conséquent, il est nécessaire d'accorder une importance toute particulière à la réalisation de cette valorisation.

188. – Un outil aux fins multiples. La valorisation doit être réalisée à différentes fins et poursuit ainsi différents objectifs. D'abord, elle doit permettre de regrouper différentes informations nécessaires afin de confirmer que les conditions de déclenchement des mesures ou des procédures de résolution envisagées sont remplies.

Ensuite, dans le cas où lesdites conditions sont effectivement remplies, la valorisation doit permettre de déterminer quelles mesures de résolution seront appropriées, en fonction de la situation rencontrée. La valorisation de l'actif et du passif de l'établissement est ainsi utile pour appréhender la situation de ce dernier et permet également de déterminer les outils à mettre en œuvre, ainsi que la manière de procéder. En ce sens, elle peut par exemple s'avérer nécessaire dans le cas où le traitement des difficultés adopté aurait pour effet d'annuler, de déprécier ou de convertir certains éléments du passif. Dans ce contexte, elle permet de rassembler les informations nécessaires afin de déterminer quelles quantités de titres devront être annulés, dépréciés ou convertis³⁸⁸. En outre par exemple, si le traitement envisagé des difficultés conduit à la constitution d'un établissement-relais ou à la séparation des actifs de l'établissement défaillant, qui sont deux instruments de résolution, la valorisation pourra permettre de rassembler les informations nécessaires à la détermination des actifs, droits et engagements, des actions ou autres titres de propriété, qui devront faire l'objet d'un transfert. Pareillement, dans le cas d'une utilisation d'un

³⁸⁷ Dir. 2014/59/UE, art. 36, 1^o.

³⁸⁸ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014, art. 36, 4^o, c) d).

autre instrument de résolution, l'instrument de cession des activités, la valorisation permet également de rassembler des informations permettant de déterminer les actifs, droits, engagements, actions, ou autres titres de propriété, qui devront également être transférés³⁸⁹.

Enfin, la valorisation de l'actif et du passif des établissements de crédit défaillants, permet également de veiller à ce que les pertes subies par un établissement défaillant soient prises en compte au moment où les instruments de résolution sont appliqués³⁹⁰. Cet objectif semble crucial afin d'assurer un traitement efficace des difficultés. En effet, un certain temps peut s'écouler entre le moment où les difficultés sont constatées et le moment où le traitement est effectivement mis en œuvre. Par conséquent, il est essentiel que la situation financière de l'établissement soit évaluée au moment de l'exécution des dispositifs de résolution, afin que les données employées pour calibrer les mesures soient actualisées.

2) Détermination de la valeur de l'actif et du passif

189. – Variations de l'actif et du passif de l'établissement défaillant au cours du traitement.

Lors de la valorisation de l'actif et du passif d'un établissement de crédit défaillant, certains éléments annexes doivent être pris en compte afin de respecter le principe d'image « *juste, prudente et réaliste* »³⁹¹ établi par le droit de la résolution des défaillances bancaires, de manière distincte des principes connus en droit de la comptabilité. En effet, certains éléments peuvent venir altérer l'actif et le passif de l'établissement et ce dans un temps très court. Ces altérations peuvent ainsi intervenir entre la détection des difficultés, la décision de mettre en œuvre des dispositifs de résolution et leur mise en œuvre effective. Par conséquent, il est nécessaire de prendre en compte *ex ante*, le fait que l'actif ou que le passif de l'établissement puisse évoluer. En ce sens, il convient de prévoir lors de la valorisation, plusieurs altérations de la situation financière de l'établissement en difficulté, qui interviennent de manière quasi systématique. Le droit de la résolution des défaillances bancaires impose de ce fait la prise en compte de certaines variations de l'actif et du passif des établissements défaillants.

190. – Éléments à prendre en compte pour une juste valorisation. Tout d'abord, il est impératif de tenir compte de la possibilité que l'autorité de résolution compétente et le fonds de garantie des dépôts, puissent recouvrer auprès de l'établissement de crédit défaillant soumis à la

³⁸⁹ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014, art. 36, 4°, f).

³⁹⁰ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014, art. 36, 4°, g).

³⁹¹ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014, art. 36, 1°.

procédure de résolution, certaines sommes³⁹². Ces dépenses sont explicitées par l'article L. 613-50-8 du Code monétaire et financier qui précise que « *le collège de résolution ainsi que le fonds de garantie des dépôts et de résolution peuvent procéder au recouvrement des sommes correspondant au montant de toute dépense justifiée exposée pour la mise en œuvre d'une ou plusieurs mesures de résolution. Ces dépenses doivent avoir été raisonnables et exposées à bon escient* »³⁹³. Ensuite, la valorisation doit également prendre en compte le fait que les prêts et garanties accordées par le Fonds de garantie des dépôts et de résolution, sont accordés à titres onéreux. Ainsi, certaines sommes devront certainement être versées audit fonds, au titre d'intérêts ou de frais.

191. – Éléments à exclure pour une juste valorisation. *A contrario*, certains éléments ne doivent pas être pris en compte lors de la valorisation de l'actif et du passif d'un établissement de crédit défaillant. En effet, ladite valorisation ne doit pas prendre en compte l'hypothèse d'un soutien étatique, sous la forme d'un soutien financier public exceptionnel³⁹⁴. Elle ne doit pas non plus tenir compte d'un éventuel apport urgent de liquidité par une banque centrale ou d'un apport urgent de liquidité à des conditions non conventionnelles, qui interviendrait postérieurement à l'adoption d'une mesure de résolution ou à partir du moment où une dépréciation ou une conversion des instruments de fonds propres pertinents serait exercée³⁹⁵.

192. – Éléments connexes intégrant la valorisation de l'actif et du passif. La valorisation de l'actif et du passif d'un établissement de crédit en difficulté doit également présenter d'autres éléments d'information nécessaires pour assurer un traitement adapté et efficace des difficultés rencontrées. Il est ainsi nécessaire d'intégrer à ladite valorisation un bilan actualisé de l'établissement, un rapport sur sa position financière³⁹⁶, ainsi qu'une analyse et une estimation de la valeur comptable de ses actifs³⁹⁷. Ces différents éléments doivent également être complétés par une liste des créances correspondant au passif exigible sur le bilan et le hors bilan de l'établissement, qui figurent dans les livres et les registres des établissements³⁹⁸. Cette liste doit indiquer les créanciers correspondants et préciser leurs rangs dans le classement des créances qui aurait été

³⁹² Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014, art. 36, 5°, a), b).

³⁹³ L'article L. 613-50-8 du Code monétaire et financier précise également les modalités de recouvrement.

³⁹⁴ Dir. 2015/59/UE, art. 36, 5°.

³⁹⁵ *Idem*.

³⁹⁶ Dir. 2015/59/UE, art. 36, 6°, a).

³⁹⁷ Dir. 2015/59/UE, art. 36, 6°, b).

³⁹⁸ Dir. 2015/59/UE, art. 36, 6°, c).

appliqué dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité³⁹⁹, soit dans le cas de la France, une procédure de liquidation judiciaire⁴⁰⁰.

En cas de nécessité, l'ensemble de ces éléments pourront être complétés par des informations supplémentaires, notamment par une analyse et une estimation de la valeur de l'actif et du passif de l'établissement défaillant sur la base de la valeur marchande de ceux-ci⁴⁰¹.

B) Mise en œuvre de la valorisation

193. – Des notions à préciser. Les pouvoirs des autorités de résolution semblent de prime abord limités en matière de valorisation. En effet, la valorisation doit en principe être effectuée par un évaluateur indépendant. Se pose alors la question de savoir quel acteur sera habilité à jouer ce rôle. Cette notion « d'évaluateur indépendant » doit ainsi être explicitée (1). Néanmoins, dans certains cas, l'autorité de résolution pourra intervenir afin de réaliser elle-même la valorisation. Elle semble alors retrouver des pouvoirs exorbitants, mais la valorisation n'emporte cependant dans ce cas qu'un effet provisoire. Or, l'articulation entre la valorisation provisoire et la valorisation définitive, ainsi que les différents effets produits par celles-ci (2), laissent présager certaines zones d'ombre qu'il conviendra d'éclaircir.

1) La notion d'évaluateur indépendant

194. – « Personne », « expert », « évaluateur » : une terminologie à préciser. Le paragraphe 1 de l'article 36 de la directive 2014/59/UE⁴⁰² relatif à la valorisation, précise que celle-ci doit être réalisée par une « personne indépendante », déliée de toute autorité publique, y compris des autorités de résolution et de l'établissement soumis à la valorisation de son actif et de son passif. Le droit français a transposé cette disposition à l'article L. 613-47 du Code monétaire et financier. Cependant, il a préféré la notion d'« expert indépendant » à celle de « personne indépendante ». Le règlement délégué de la Commission européenne du 23 mars 2016⁴⁰³ est venu préciser la notion

³⁹⁹ Dir. 2015/59/UE, art. 36, 8°.

⁴⁰⁰ Art. L. 613-47, IX du CMF.

⁴⁰¹ Dir. 2015/59/UE, art. 36, 7°.

⁴⁰² Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014.

⁴⁰³ Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation précisant le contenu des plans de redressement, des plans de résolution et des plans de résolution de groupe, les critères minimaux que l'autorité compétente doit prendre en compte pour évaluer les plans de redressement et les plans de redressement de groupe, les conditions préalables à un soutien financier de groupe, les exigences relatives à l'indépendance des évaluateurs, les conditions de la reconnaissance contractuelle des pouvoirs de dépréciation et de conversion, les exigences de procédure

dans le contexte de la valorisation, après la publication d'un rapport final établi par l'ABE le 6 juillet 2015⁴⁰⁴. Le règlement délégué, tout comme le rapport final de l'ABE, préfère alors aux expressions « expert indépendant » et « personne indépendante », celle d' « évaluateur indépendant ». L'emploi de cette expression semble judicieux dans la mesure où le terme « personne » pouvait paraître imprécis et celui d' « expert » pouvait créer des confusions avec l'expert judiciaire⁴⁰⁵ ou encore le tiers expert⁴⁰⁶, connus en droit dans d'autres contextes. Par conséquent, peut-être serait-il préférable de modifier la lettre de l'article L. 613-47 du Code monétaire et financier relatif à la valorisation, pour substituer le terme d' « évaluateur » à celui d' « expert ».

195. – Définir l'évaluateur indépendant. En vertu du chapitre IV du règlement délégué précité du 23 mars 2016, l'évaluateur indépendant visé par l'article 36 de la directive 2014/59/UE, pourrait être défini comme suit : une personne physique ou morale, indépendante vis-à-vis de toute autorité publique y compris de l'autorité de résolution et de l'établissement devant être évalué, chargée de procéder à la valorisation d'un établissement de crédit défaillant.

196. – Les critères de l'indépendance. La détermination du caractère indépendant de l'évaluateur est soumise à trois conditions. D'abord, l'évaluateur doit posséder les qualifications, l'expérience, les compétences, les connaissances et les ressources nécessaires, pour effectuer justement la valorisation, sans dépendre de manière excessive de l'autorité publique chargée de sa nomination ou de l'autorité de résolution compétente, ni de l'établissement défaillant⁴⁰⁷. Ensuite, l'évaluateur doit impérativement être structurellement et juridiquement séparé de l'autorité publique chargée de sa nomination, de l'autorité de résolution compétente, ainsi que de l'établissement évalué⁴⁰⁸. Enfin, l'évaluateur ne doit pas avoir d'intérêt commun ou en conflit avec

et de contenu concernant les notifications et l'avis de suspension ainsi que le fonctionnement des collèges d'autorités de résolution.

⁴⁰⁴ EBA, « Final Report. Draft Regulatory Technical Standards on independent valuers under Article 36 (14) of Directive 2014/59/UE », 6 July 2015, *EBA/RTS/2015/07*.

⁴⁰⁵ Cf. Art. 263 et s. du Code de procédure civile qui abordent la désignation d'un expert afin d'éclairer le juge lors de la résolution d'un litige.

⁴⁰⁶ Cf. Art. 1843-4 du Code civil qui prévoit la possibilité de recourir à un expert pour déterminer la valeur des droits sociaux d'un associé.

⁴⁰⁷ Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016, art. 38, 1°. Cf. également art. 39 dudit règlement délégué.

⁴⁰⁸ Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016, art. 38, 2°. Cf. également art. 40 du règlement délégué susmentionné. Si l'évaluateur est une personne physique, il ne doit, pour être considéré comme structurellement et juridiquement indépendant, pas être salarié, ni sous-traitant de l'autorité chargée de sa nomination, de l'autorité de résolution compétente, ou encore de l'établissement qui doit faire l'objet de l'évaluation. Si l'évaluateur est une personne morale, elle ne doit pas appartenir au même groupe de sociétés que l'autorité chargée de sa nomination, de l'autorité de résolution compétente, ou encore de l'établissement qui doit faire l'objet de l'évaluation.

l'autorité publique chargée de sa nomination, ni avec l'autorité de résolution compétente ou encore avec l'établissement de crédit défaillant⁴⁰⁹.

197. – Nomination de l'évaluateur indépendant. La nomination, la destitution ou encore le remplacement des évaluateurs indépendants sont réalisés par l'autorité de résolution compétente. Ainsi, pour les établissements les plus importants c'est le Conseil de résolution unique (CRU) qui devra procéder à la nomination de l'évaluateur. Cette décision fait alors partie intégrante de la décision d'ouverture de la procédure de résolution. Le CRU peut également déléguer cette mission aux autorités nationales de résolution, chargées de mettre en œuvre les procédures⁴¹⁰. Elles seront néanmoins tenues d'informer le CRU à intervalles réguliers fixés par ce dernier, de tout acte effectué à ce titre⁴¹¹.

La résolution de l'établissement espagnol *Banco popular* en 2017, nous a permis d'observer une application concrète de ces principes. Le CRU avait alors dû procéder à la nomination d'un évaluateur indépendant et avait choisi en l'espèce une société privée d'audit et de conseil juridique spécialisé. Celle-ci a dès lors été chargée de procéder à la valorisation juste, prudente et réaliste de l'établissement défaillant⁴¹² et est mentionnée dans les documents publiés par le CRU.

2) Le caractère provisoire ou définitif de la valorisation

198. – Distinction des valorisations provisoires et définitives. Si la nomination d'un évaluateur indépendant semble en définitive apparaître comme un prérequis à la valorisation de l'actif et du passif de l'établissement de crédit en difficulté, et donc plus largement, à la mise en œuvre d'une mesure de résolution, ce n'est en fait pas nécessairement le cas. En effet, les textes prévoient des cas particuliers, pouvant justifier le non-recours à un évaluateur indépendant lors de la valorisation. Ainsi, si la valorisation ne peut pas être réalisée par un tel évaluateur, elle pourra

⁴⁰⁹ Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016, art. 38, 3°. Cf. également art. 41 du règlement délégué susmentionné.

⁴¹⁰ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 28, 1°, b), iv).

⁴¹¹ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 28, 1°, b).

⁴¹² Cf. document du CRU relatifs à la résolution de l'établissement *Banco popular*, accessible sur le site internet du CRU à l'adresse suivante : <https://www.srb.europa.eu/en/content/banco-popular> (consulté le 4 mai 2022). L'ensemble des documents relatifs à la valorisation ont été réalisés par le cabinet Deloitte, ou ont été établis par le CRU et mentionne les travaux de valorisation réalisés par le cabinet Deloitte. La décision du CRU ouvrant la procédure de résolution de l'établissement précise dans son paragraphe 41 relative à la valorisation : « The SRB hired an independent valuer, Deloitte, in order to perform an economic valuation in accordance with Article 20 SRMR ». Certains rapports du cabinet spécialisé précise en introduction : « the report has been prepared for the purposes of Article 20 of the Single Resolution Mechanism Regulation (SRMR). That is to say, the Report is a fair, prudent and realistic valuation of the assets and liabilities of Banco Popular and it is prepared with independence from the Board and intended for the Board ». Il précise plus clairement : « In preparing the Report, Deloitte has acted as an Independent Valuer ». Cf. Deloitte, « Valuation of difference in treatment. Banco Popular Espanol », 25.06.2021, accessible sur le site du CRU.

être effectuée par l'autorité de résolution compétente. Cependant, la valorisation ne pourra alors pas bénéficier d'un caractère définitif, mais seulement d'un caractère provisoire.

199. – Motif du caractère provisoire. L'article 36 de la directive « BRRD », transposé en droit français à travers l'article L. 613-47 du Code monétaire et financier, expose les conditions justifiant la réalisation d'une valorisation provisoire. Si les difficultés rencontrées par un établissement de crédit laissent présager une situation dangereuse, devant être traitées urgemment et qu'il est dans ce contexte impossible de procéder à une valorisation par un expert indépendant dans un court délai, alors une valorisation provisoire pourra être réalisée.

200. – Caractéristiques de la valorisation provisoire. La valorisation provisoire pourra être effectuée directement par l'autorité de résolution compétente et ce avec davantage de souplesse que la valorisation définitive. En effet, le paragraphe 9 de l'article 36 de la directive 2014/59/UE prévoit que la valorisation provisoire doit *a minima*, respecter les exigences du paragraphe 3 dudit article. Or, celui-ci précise seulement que « *la valorisation vise à estimer la valeur de l'actif et du passif de l'établissement [...] qui remplit les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution* ». Les exigences d'informations supplémentaires ou de respect des principes d'image juste, prudente et réaliste de l'actif et du passif, ne sont pas expressément imposées dans le contexte d'une valorisation provisoire.

201. – La valorisation provisoire, exception ou principe ? La limitation des exigences relatives aux valorisations provisoires peut être critiquable, bien qu'on en comprenne la nécessité. En effet, dans le contexte des défaillances bancaires, le traitement de ces situations est caractérisé par l'urgence. Les pouvoirs publics ont précisé que les mesures de résolution devraient être adoptées dans un délai très court, semble-t-il en un week-end, le temps de la fermeture des marchés. Or, si l'urgence justifie de ne pas exécuter les exigences relatives à la valorisation, alors les valorisations provisoires pourraient davantage s'apparenter au principe qu'à l'exception. En ce sens, il semble peut-être nécessaire de renforcer les exigences relatives aux valorisations provisoires, notamment en termes d'indépendance de l'expert, ainsi que de réalisme et d'exhaustivité des informations mises en exergue par la valorisation. Le législateur a d'ailleurs déjà imposé une règle visant à garantir ce réalisme, à savoir le fait que la valorisation provisoire doive nécessairement prendre en compte l'éventualité de pertes supplémentaires⁴¹³.

⁴¹³ Dir. 2015/59/UE, art. 36, 9°.

Notons également que la valorisation provisoire produit tout de même des effets. Les autorités de résolution compétentes peuvent, sur la base de celle-ci, adopter et mettre en œuvre toutes mesures de résolution nécessaires au traitement d'un établissement de crédit défaillant.

202. – L'obtention d'un caractère définitif. Pour que la valorisation puisse être considérée comme définitive, il faut qu'une personne indépendante effectue une nouvelle valorisation, en respectant cette fois les exigences imposées par les textes susvisés. Cette valorisation *ex post* doit être effectuée dans les meilleurs délais.

La valorisation *ex post* doit répondre à de nouveaux objectifs. Elle doit ainsi veiller à ce que les pertes subies par l'établissement défaillant soient prises en compte au moment de cette nouvelle valorisation, dans la comptabilité dudit établissement. Elle doit également permettre de rassembler les informations nécessaires afin de décider éventuellement, de la reprise de créances cédées dans le cadre de la procédure de résolution ou bien de l'augmentation de la valeur de la contrepartie qui a pu être versée aux créanciers de l'établissement en cas de cession de leurs titres⁴¹⁴.

Si dans le cadre de la valorisation *ex post*, la valeur de l'actif net de l'établissement est plus élevée que l'estimation qui a résulté de la valorisation provisoire, l'autorité de résolution peut procéder à différentes actions, afin de rétablir la situation. Elle peut d'une part, exercer son pouvoir pour accroître la valeur des créances ou des fonds propres qui ont été dépréciés par le biais d'une application de l'instrument de renflouement interne. Elle peut d'autre part, ordonner à l'établissement-relais qui a pu être constitué, ou à la structure de gestion des actifs, de verser une contrepartie supplémentaire à l'établissement de crédit soumis à la procédure ou selon les cas, aux propriétaires des actions, titres de propriétés, droits ou engagements qui avait été transmis.

203. – Contestation de la valorisation. Il convient enfin de préciser que la valorisation ne constitue pas en elle-même un acte juridique susceptible de recours. En fait, elle doit être considérée comme faisant partie intégrante de la décision de mettre en œuvre une procédure de résolution. Par conséquent, la valorisation ne peut pas faire l'objet d'un recours distinct, elle ne peut être contestée que par le biais d'un recours à l'encontre de la décision de mise en résolution d'un établissement de crédit défaillant⁴¹⁵. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point lorsque nous aborderons dans la suite de nos développements les voies de recours disponibles pour contester le cas échéant la mise en œuvre des dispositifs prévus par le droit de la résolution des défaillances bancaires.

⁴¹⁴ *Idem*.

⁴¹⁵ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 20.

II) L'évaluation de la résolvabilité

204. – L'évaluation du caractère résolvable des difficultés rencontrées par les établissements de crédit, que le droit de la résolution des défaillances bancaires qualifie de résolvabilité, est un prérequis supplémentaire à la mise en œuvre d'un dispositif de résolution. On entend par résolvabilité, la capacité d'un établissement de crédit défaillant à voir sa situation traitée par le droit de la résolution des défaillances bancaires. Cette évaluation de la résolvabilité n'est pas nécessairement effectuée au moment de la défaillance. Elle constitue en réalité une tâche périodique qui doit être réalisée *ex ante* (A). L'autorité de résolution compétente est ainsi régulièrement tenue de déterminer le caractère résolvable des établissements de crédit qui relèvent de sa compétence (B), afin de s'assurer qu'un traitement des difficultés puisse, le cas échéant, être mené à bien.

A) Une évaluation périodique et *ex ante*

205. – Principe. Avant de procéder au traitement des difficultés financières rencontrées par un établissement de crédit, le droit de la résolution des défaillances bancaires impose d'évaluer sa résolvabilité. Ce contrôle prend la forme d'une évaluation périodique qui intervient *ex ante*, en amont de toute difficulté. Par conséquent, les autorités de résolution compétentes sont régulièrement tenues d'évaluer les possibilités de résolution des établissements de crédit dont elles ont la charge⁴¹⁶. Dans un rapport publié en 2020⁴¹⁷, le Conseil de résolution unique a pu préciser les modalités de l'évaluation de la résolvabilité. Il a ainsi pu énoncer que les autorités de résolution compétentes sont à ce titre tenues d'évaluer la faisabilité dans un délai approprié, ainsi que la crédibilité, de la stratégie de résolution établie⁴¹⁸.

206. – Contexte de l'évaluation de la résolvabilité. Une des innovations majeures du droit de la résolution des défaillances bancaires est que les autorités de résolution doivent constituer pour les établissements de crédit qui relèvent de leur compétence, des plans de résolution⁴¹⁹. À l'instar

⁴¹⁶ Dir. 2014/59/UE, art. 15, 1^o.

⁴¹⁷ SRB, « Expectations for Banks », 2020. Accessible sur le site internet du CRU à l'adresse suivant : https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/esb_main_doc_final_web_0_0.pdf.

⁴¹⁸ *Idem.* p. 6 : « The SRB assesses whether it is feasible to apply the selected resolution strategy effectively in an appropriate timeframe and identifies potential impediments to the implementation of the strategy. The SRB also assesses the creditability of the resolution strategy, taking into consideration the likely impact of resolution on the financial system and real economy of any Member state or of the Union, with a view to ensuring the continuity of critical functions carried out by the banks ».

⁴¹⁹ GIACCOBI P., PINEAU F., « Deux bons plans pour une bonne résolution », *Rev. Banq.*, n° 832, mai 2019, p. 85 ; VABRES R., « Les plans (préventifs) de résolution », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions*

des plans préventifs de rétablissement précédemment abordés, les plans de résolution sont conçus *ex ante* par les autorités de résolution⁴²⁰, en amont de toute difficulté. Ils diffèrent ainsi des plans de rétablissement qui sont eux conçus directement par les établissements de crédit et établissent des dispositifs préventifs. L'élaboration des plans de résolution a quant à elle une visée curative. Ces plans permettent de disposer à tout moment d'informations pertinentes sur les établissements de crédit, sur leurs caractéristiques et leur situation juridique et financière. La conception de ces plans de résolution permet ainsi de disposer, dans le cas où des difficultés viendraient se présenter, d'outils de traitement adaptés, pouvant être mis en œuvre avec célérité. En effet, les plans de résolution prévoient en amont de toute difficulté, des hypothèses de problèmes que les établissements pourraient être amenés à rencontrer et conçoivent les solutions qui pourraient être apportées, ainsi que les instruments de résolution qui devraient être appliqués. Une fois conçus, ces plans de résolution doivent impérativement être mis à jour régulièrement, *a minima* une fois par an. C'est à cette occasion que les autorités de résolution doivent procéder à l'évaluation de la résolvabilité des établissements de crédit dont elles ont la charge⁴²¹.

207. – La responsabilisation par l'auto-évaluation. Le rapport susmentionné du Conseil de résolution unique⁴²² (ci-après CRU) met également en avant la nécessité d'une coopération effective entre les autorités de résolution et les établissements de crédit, dans le contexte de l'évaluation de la résolvabilité. Ce rapport, qui met en avant les bonnes pratiques et les progrès pouvant être réalisés en la matière, met en exergue l'importance du rôle des banques dans cette évaluation. Leur contribution passe notamment par la transmission d'informations aux autorités de résolution, leur permettant de constituer et de mettre à jour lesdits plans de résolution⁴²³. Le CRU a pu également relever la nécessité pour les établissements de crédit, de jouer un rôle pro-actif dans la détection et la suppression des éventuels obstacles à leur résolvabilité⁴²⁴. Il a en outre précisé que ce travail relatif à la résolvabilité est un processus itératif liant les établissements de crédit et les autorités de résolution, et que lesdits établissements doivent participer à se rendre eux-mêmes résolvables, dans la mesure où ils sont en définitive la première ligne de défense⁴²⁵ face au risque

financières. Approche croisée, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 163-176 ; VENUS M., « Les plans de résolution bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 4, oct. 2013, dossier 37.

⁴²⁰ Les plans préventifs de rétablissement seront conçus et mis à jour par les établissements de crédit, sous la surveillance des autorités compétentes, tandis que les plans curatifs de résolution seront conçus et mis à jour directement par les autorités de résolution compétentes.

⁴²¹ Dir. 2014/59/UE, art. 15, 3° ; Règl. (UE) 806/2014, art. 10, 2° ; Art. L. 613-41 du CMF.

⁴²² SRB, « Expectations for Banks », 2020. Accessible sur le site internet du CRU à l'adresse suivant : https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/efb_main_doc_final_web_0_0.pdf.

⁴²³ SRB, « Expectations for Banks », *op. cit.*, p. 7.

⁴²⁴ *Idem*.

⁴²⁵ *Idem*. p. 8.

d'instabilité financière. En ce sens, il est impératif que les établissements de crédit s'imposent de procéder eux-mêmes à des évaluations régulières de leur résolvabilité et suppriment systématiquement les obstacles à cette dernière. Ce rôle pro-actif des établissements de crédit est essentiel pour préserver la stabilité financière et participe également à responsabiliser ces acteurs cruciaux.

B) La détermination du caractère résolvable

208. – Exclusion de certaines hypothèses. Procéder à l'évaluation de la résolvabilité conduit à évaluer la stratégie de résolution d'un établissement de crédit. Pour cela, l'autorité chargée de cette évaluation est tenue d'écarter plusieurs hypothèses. En effet, elle ne doit pas tenir compte de l'éventualité d'un soutien financier exceptionnel, ni d'un apport urgent de liquidité par une banque, ni d'un apport de liquidités par une banque centrale à des conditions non conventionnelles, en termes de garantie, d'échéance ou de taux d'intérêts⁴²⁶. L'autorité de résolution compétente doit fonder son évaluation sur la situation financière effectivement rencontrée par l'établissement.

209. – Critères de la résolvabilité. On peut considérer que la situation financière d'un établissement de crédit est résolvable, dès lors que l'autorité de résolution est en mesure de soumettre l'établissement de crédit concerné à une procédure de liquidation judiciaire ou à une procédure administrative de résolution des défaillances bancaires, qui permettrait de traiter la situation rencontrée. Cependant, l'ouverture de telles procédures ne doit pas produire d'effet négatif significatif sur le système financier, ni engendrer d'instabilité financière ou d'événement systémique⁴²⁷. En outre, l'ouverture de telles procédures ne doit pas non plus empêcher d'assurer la continuité des fonctions critiques des établissements de crédit concernés⁴²⁸. Afin d'évaluer la résolvabilité de ces derniers, la section C de l'annexe de la directive 2014/59/UE⁴²⁹ prévoit vingt-huit éléments que l'autorité de résolution est tenue d'examiner pour procéder à son évaluation. D'autres peuvent s'y ajouter *in concreto*, à la discrétion de ladite autorité.

210. – Suppression des obstacles à la résolvabilité. La présence d'obstacles à la résolvabilité est une situation qui ne peut perdurer. Du fait des contrôles réguliers, de la coopération entre établissements de crédit et autorités de résolution, ainsi que du rôle pro-actif des établissements

⁴²⁶ Dir. 2014/59/UE, art. 15, 1^o, a), b), c).

⁴²⁷ Dir. 2014/59/UE, art. 15, 1^o.

⁴²⁸ *Idem*.

⁴²⁹ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014.

dans la détection de ces obstacles, ceux-ci ne devraient pas être présents au moment où un dispositif de résolution pourrait être appliqué. Si des obstacles à la résolvabilité sont constatés *ex ante* et que l'établissement est systémique, le CRU est tenu de notifier la situation à l'Autorité bancaire européenne chaque fois que la résolution d'une entité semble impossible⁴³⁰. Si l'établissement n'est pas systémique et relève de la compétence de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, le collège de résolution de ladite autorité devra notifier la situation au collège de supervision de celle-ci.

Pour rétablir la situation et conférer un caractère à nouveau « résolvable » à l'établissement de crédit concerné, les autorités de résolution compétentes disposent de pouvoirs particuliers qui leur permettront de supprimer les obstacles à la résolvabilité⁴³¹. Chargées à la fois de l'appréciation de la résolvabilité et de la suppression des obstacles, lesdites autorités disposent de pouvoirs accrus, pouvant être qualifiés d'exorbitants. En effet, pour procéder à la suppression de ces obstacles, les autorités compétentes pourront mettre en œuvre différentes actions, comme par exemple, enjoindre l'établissement de se séparer d'une partie de ces actifs, d'interrompre certaines de ces activités, ou encore de limiter le montant de ses expositions⁴³².

SECTION II :

UN PROCESSUS COOPÉRATIF DE DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION

211. – Après avoir explicité les conditions de déclenchement des dispositifs de résolution et avoir mis en exergue les enjeux qui les entourent, il convient désormais de s'intéresser au processus de déclenchement lui-même. Une fois de plus, celui-ci est propre au droit de la résolution des défaillances bancaires et emploie des mécanismes originaux qui n'ont plus rien en commun avec ceux connus en droit des entreprises en difficulté. En ce sens, le processus de déclenchement des dispositifs de résolution également être explicité, d'autant que certains de ces aspects peuvent interroger. Ce processus mobilise plusieurs autorités bancaires (§2) et débute impérativement par une étape liminaire, la constatation des difficultés (§1).

⁴³⁰ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 10, 3° ; Dir. 2014/59/UE, art. 15, 1°.

⁴³¹ Voy. dir. 2014/59/UE, art. 17 et 18 ; Art. L. 613-42 du CMF.

⁴³² Cf. Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5°.

§1 : L'ÉTAPE LIMINAIRE DE LA CONSTATATION DES DIFFICULTÉS

212. – La constatation des difficultés rencontrées par un établissement de crédit peut se faire par différents moyens et peut faire preuve d'une certaine originalité. Le non-respect d'exigences prudentielles, la réalisation d'un événement constituant un indicateur en vertu d'un plan de rétablissement ou encore la caractérisation d'un état de défaillance avéré ou prévisible, sont des événements pouvant induire la mise en œuvre d'un dispositif préventif ou curatif de résolution. Ces événements peuvent principalement être constatés par deux biais, à savoir la surveillance prudentielle des établissements de crédit (I) et la réalisation de tests de résistance (II).

I) La constatation des difficultés dans le cadre de la surveillance prudentielle

213. – Étudier la constatation des difficultés d'un établissement de crédit dans le cadre de la surveillance prudentielle conduit nécessairement à s'intéresser au premier pilier de l'Union bancaire, dont nous avons jusqu'alors écarté l'étude. Comme précisé en introduction, l'Union bancaire se compose de trois piliers, dont le premier est consacré au Mécanisme de surveillance unique (ci-après MSU)⁴³³. Il constitue avec le Mécanisme de résolution unique (ci-après MRU), les deux innovations majeures intervenues à la suite des crises qui ont marqué le début du XXI^{ème} siècle. Le MSU a vocation à assurer la supervision du système bancaire européen. Il doit permettre de garantir la sauvegarde et la solidité dudit système, de renforcer l'intégration et la stabilité financière, ainsi que de préserver la cohérence de la supervision bancaire. Dans ce cadre, des fonctions particulières ont été attribuées à la Banque centrale européenne (ci-après BCE), ainsi qu'aux autorités nationales chargées de la surveillance prudentielle des établissements de crédit. Au titre de ces fonctions, ces différents acteurs sont chargés de contrôler le respect des exigences prudentielles imposées aux établissements de crédit. Or, dans ce contexte également, la pluralité des zones géographiques concernées, ainsi que des autorités compétentes, peut induire des difficultés en matière de territorialité et de répartition des pouvoirs⁴³⁴. La répartition des compétences en matière de

⁴³³ Le MSU a été institué par le règlement (UE) 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, et le règlement cadre de la BCE, règlement (UE) n°468/2014 (BCE/2014/17) de la BCE du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales. Voy. à propos : FRANÇON M., BRUYELLE C., COMBEAUD S., « Mécanisme de surveillance unique. Principes et champ d'application », *J.-Cl. Banq. Crédit. Bourse*, Fasc. 40, 14 janv. 2022, n° 82 ; SOUSI B., « Le MSU, un système qui concerne tous les États de l'UE », *Rev. Banq.*, n° 757, janv. 2013, p. 92.

⁴³⁴ En ce sens : SOUSI B., « Le champ d'application du Mécanisme de surveillance unique (MSU). "Dessine-moi le MSU" », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 27.

surveillance prudentielle (A) au sein de l'Union bancaire laisse apparaître un rapport hiérarchique entre la BCE et les autorités nationales. Cependant, ces dernières entretiennent également un lien de coopération, notamment dans la détection des difficultés financières rencontrées par les établissements de crédit (B).

A) La répartition des compétences en matière de surveillance prudentielle

214. – Une répartition en fonction du caractère systémique de l'établissement. En principe, la distinction opérée entre les établissements importants et moins importants – ou autrement dit, systémiques et non-système–, permet de déterminer la compétence de l'autorité chargée de sa surveillance et du traitement de ses difficultés. L'autorité chargée de déterminer le non-respect d'une exigence prudentielle, l'apparition d'un événement induisant la mise en œuvre d'un plan de rétablissement ou un état de défaillance, sera donc communautaire pour les établissements importants et nationale pour les autres. Il s'agit cependant d'un principe qui doit être relativisé puisqu'il peut faire l'objet d'exceptions. En effet, la BCE qui est tenue de déterminer les établissements importants et moins importants, peut décider de placer sous sa surveillance, à certaines conditions, des établissements qui devraient en principe relever de la compétence d'autorités nationales⁴³⁵.

215. – Rôle des autorités nationales de surveillance. Les autorités nationales de surveillance sont chargées, en vertu du règlement MSU⁴³⁶, d'assurer la surveillance prudentielle⁴³⁷ des établissements de crédit les moins importants de l'Union bancaire. Ces autorités sont tenues de relever tout manquement aux exigences qui pèsent sur lesdits établissements et notamment la présence de difficultés financières. En France, c'est l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après ACPR), plus précisément son collège de supervision, qui est chargé d'assurer la surveillance directe des établissements de crédit relevant de sa compétence⁴³⁸. En cas de non-

⁴³⁵ Voy. KOVAR J.-P., « La BCE et les autorités nationales de surveillance », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir), Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 231-246, spéc. p. 236-237. Notons qu'un contentieux se développe déjà en la matière. Voy. à propos notamment : ROUSSILE M., « Montée en puissance du contentieux avec la BCE ; le TUE au secours des banques françaises », *Banq. & droit*, n° 181, sept. 2018, p. 30 ; KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Clarification par le Tribunal de l'Union européenne de la répartition des compétences au sein du Mécanisme de surveillance unique », *Rev. Banq.*, n° 810, juill. 2017, p. 86.

⁴³⁶ Art. 6, 6°.

⁴³⁷ Art. 4°, 4°.

⁴³⁸ Cf. art. L. 612-1 du CMF relatifs aux missions de l'ACPR. À propos des missions et pouvoirs de l'ACPR, voy. notamment : BONNEAU T., *Droit bancaire*, 14^{ème} éd., LGDJ, 2021, p. 141 et s. ; LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERÉSÉO N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 259 ; DE TOCQUEVILLE J.-G., « Les nouveaux pouvoirs de l'ACPR », *Rev. Banq.*, n° 765, nov. 2013, p. 36 ; DE GANAY H., « Les pouvoirs de la future ACPR », *RD banc. Fin.*, n° 4, oct. 2013, p. 78.

conformité aux exigences prudentielles ou si les conditions devant conduire à l'exécution d'un plan de rétablissement sont remplies, cette autorité pourra intervenir en mettant en œuvre les mesures nécessaires afin de rétablir la situation financière de l'établissement en difficulté. Cependant, les autorités nationales ne peuvent agir en toute autonomie. Elles font désormais partie intégrante du mécanisme de surveillance unique et doivent à ce titre exercer leurs missions sous la surveillance de la BCE. C'est en ce sens un véritable rapport hiérarchique qui semble s'être établi entre ces différentes entités⁴³⁹.

216. – Rôle de la Banque centrale européenne. Le rôle crucial joué par la BCE en matière de surveillance prudentielle est une innovation majeure induite par l'Union bancaire. Auparavant, cette surveillance relevait uniquement des autorités nationales. On constate ainsi un phénomène de centralisation de la supervision bancaire⁴⁴⁰ qui bien que nécessaire, peut interroger notamment quant à la légitimité de la BCE dans ce rôle⁴⁴¹ ou encore quant au risque de conflit d'intérêt⁴⁴² lié à ses missions d'ordre monétaire par exemple. En tout état de cause, la BCE est désormais tenue d'assurer la surveillance prudentielle des établissements qu'elle a décidé de soumettre à sa compétence. Son champ d'intervention est donc particulièrement important. Dans le cadre de ses fonctions, elle peut être amenée à relever le non-respect d'une exigence prudentielle et notamment la rencontre de difficultés financières par un établissement de crédit. Dans ce contexte, elle pourra être habilitée à d'adopter une mesure d'intervention précoce pour rétablir la situation de l'établissement concerné. Cependant, contrairement à l'autorité de résolution, la BCE n'est pas habilitée à décider de la mise en œuvre des dispositifs curatifs de résolution.

217. – Constatation de l'état de défaillance. L'état de défaillance d'un établissement de crédit doit être constaté par l'autorité de surveillance, à savoir la BCE ou l'autorité nationale compétente,

⁴³⁹ Dans le même sens : KOVAR J.-P., « La BCE et les autorités nationales de surveillance », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 231-246, spéc. p. 236-237.

⁴⁴⁰ MARTUCCI F., « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité », *op. cit.*, p. 186 ; KOVAR J.-P., « La Banque centrale européenne et les autorités nationales de surveillance », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, p. 231-246, spéc. p. 233.

⁴⁴¹ POLLIN J.-P., « La banque centrale européenne dans la crise : facteur d'union ou ferment de division entre les pays partenaires ? », in *La banque centrale européenne. Regards croisés, droit et économie*, préf. LOQUIN É., avant-propos RAVILLON L., VABRES R. (dir.), Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 33-50 ; ADALID S., « La banque centrale européenne : une zone de non droit ? », in *La banque centrale européenne. Regards croisés, droit et économie*, préf. LOQUIN É., avant-propos RAVILLON L., VABRES R. (dir.), Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 51-70.

⁴⁴² À propos du risque de conflit d'intérêt lié à l'octroi de missions de supervision, de résolution et de politique monétaire, voy. : CABOTTE J.-C., « Aspects de compétences des différentes autorités en matière de gestion des crises bancaires », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, t. 33, 2017, p. 151-162, spéc. p. 154-155 ; ADALID S., « Les transformations de la gouvernance de la BCE », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 161-188.

si l'établissement ne relève pas de sa compétence⁴⁴³. Pour les établissements relevant de la surveillance directe de l'ACPR, c'est le collège de supervision de cette dernière qui est chargé de cette mission. Si la défaillance d'un établissement de crédit est constatée par l'autorité de surveillance, l'autorité de résolution doit cependant confirmer ce constat, comme la BCE a pu le rappeler au moyen d'un communiqué de presse en février 2022, dans le cadre de la défaillance de la banque *Sberbank Europe AG*⁴⁴⁴. La BCE précisa ainsi que « conformément à son mandat, le Conseil de résolution unique doit confirmer l'évaluation de la défaillance avérée ou prévisible établie par la BCE et décidera des étapes suivantes et de leur mise en œuvre »⁴⁴⁵. Dans cette affaire, la banque défaillante relevait de la surveillance directe de la BCE. Après que cette dernière ait constaté la défaillance de l'établissement et que le CRU ait confirmé cet état et constaté que l'ensemble des conditions d'ouverture d'une procédure de résolution étaient remplies, une telle procédure a pu être mise en œuvre à l'égard dudit établissement.

B) La coopération des autorités dans la détection des difficultés

218. – La mise en place d'une coopération verticale dans le cadre de l'Union bancaire⁴⁴⁶.

Afin d'assurer l'uniformité de la surveillance prudentielle au sein de l'Union bancaire, la BCE s'est vu attribuer des pouvoirs sur les établissements de crédit les plus importants, mais également sur les autres établissements, ainsi que sur les autorités compétentes nationales⁴⁴⁷ (ci-après ACN). Dans ce contexte, la BCE est tenue d'assurer la coordination de la surveillance prudentielle au sein de l'Union bancaire et supervise les ACN dans leurs missions de surveillance. L'exercice de cette fonction par la BCE induit nécessairement le contrôle de l'activité des ACN. Ces dernières sont en ce sens tenues d'informer la BCE d'un certain nombre d'éléments. Elles doivent par exemple notifier à la BCE leurs procédures et les décisions qu'elles comptent adopter dans le contexte de

⁴⁴³ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 18, 1°. À propos du rapport entre la BCE et les autorités nationales dans la détection et le traitement des difficultés des établissements de crédit, voy. PAILLER P., « Les relations entre la Banque centrale européenne et les autres autorités dans le traitement des banques en difficulté », in *La banque centrale européenne. Regards croisés, droit et économie*, préf. LOQUIN É., avant-propos RAVILLON L., VABRES R. (dir.), Brylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 99-108.

⁴⁴⁴ Elles sont considérées comme faisant l'objet de défaillance avérée ou prévisible, suite à une détérioration de leur liquidité. La maison mère étant contrôlée majoritairement par la Fédération de Russie, la situation géopolitique rencontrée à impacter la réputation de l'établissement, provoquant une perte de confiance et des retraits importants de dépôts.

⁴⁴⁵ BCE, « La BCE juge que Sberbank Europe AG et ses filiales en Croatie et en Slovénie présentent une défaillance avérée ou prévisible », Communiqué de presse du 28 février 2022.

⁴⁴⁶ Voy. en ce sens : KOVAR J.-P., « La Banque centrale européenne et les autorités nationales de surveillance », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 231-246, notamment p. 241 et s.

⁴⁴⁷ MARTUCCI F., « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité », *op. cit.*, p. 186.

leur mission de surveillance prudentielle⁴⁴⁸. Les ACN et la BCE entretiennent ainsi des relations privilégiées et se voient imposer dans le cadre du MSU, un devoir de coopération loyale⁴⁴⁹. De ce fait, ces différentes autorités sont investies d'obligations réciproques, telles que la transmission d'information ou l'assistance. Cette coopération dans la surveillance doit permettre de détecter plus facilement les difficultés des établissements de crédit, afin de leur fournir un traitement rapide et efficace. Il convient ainsi de constater que malgré les pouvoirs accrus confiés à la BCE dans la détection des difficultés, le rôle des ACN ne doit pas être minimisé. En effet, les autorités nationales de surveillance ne doivent pas être écartées, même dans le contexte d'établissements de crédit importants, car elles exercent le rôle de superviseur bancaire depuis bien longtemps et ont donc des compétences particulièrement utiles et disposent d'une grande connaissance du terrain, ce qui participe à les rendre indispensables⁴⁵⁰.

219. – Coopération avec les établissements de crédit. Précisions également que les établissements de crédit doivent ici encore jouer un rôle pro-actif dans la détection des difficultés. Le contrôle régulier de leurs activités, la mise à jour des plans de rétablissement ainsi que la réalisation de *reporting* divers, doit les contraindre à vérifier régulièrement leurs comptes. Cette responsabilisation des établissements de crédit est essentielle car ils sont en définitive les mieux placés pour connaître avec précision leur situation juridique et financière. Ainsi, au-delà de leurs obligations régulières d'informations, ils sont également tenus de notifier à l'autorité compétente s'ils considèrent qu'ils font face à un état de défaillance avéré ou prévisible⁴⁵¹.

II) La constatation des difficultés dans le cadre des tests de résistance

220. – La détection des difficultés financières rencontrées par les établissements de crédit peut également avoir lieu dans le contexte de la réalisation de tests de résistance. Ces tests, souvent dénommés par leur terminologie anglo-saxonne « *stress tests* », permettent aux autorités compétentes

⁴⁴⁸ Sur les devoirs des ACN vis-à-vis de la BCE voy. : KOVAR J.-P., « La Banque centrale européenne et les autorités nationales de surveillance », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 231-246, notamment p. 237.

⁴⁴⁹ Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 16 oct. 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, art. 6, 2°. Voy. à propos notamment : MARTUCCI F., « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité », *op. cit.*, p. 11-48, spéc. p. 39.

⁴⁵⁰ Dans le même sens : PRÜM A., « L'Union bancaire européenne et les autorités de surveillance nationales », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 28 ; ADALID S., « Les transformations de la gouvernance de la BCE », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 161-188.

⁴⁵¹ Sur l'obligation d'information qui pèse sur les établissements de crédit dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires cf. Partie II, Titre I, Chapitre II.

d'évaluer la résilience des établissements de crédit face à de potentiels chocs d'ordre divers. Ils permettent également d'apprécier le niveau de préparation desdits établissements face à ce type d'évènements. Ces tests de résistance représentent ainsi de nouveaux outils d'analyse prudentielle au service de la supervision bancaire et plus largement, de la stabilité financière (A). Ils apparaissent en pratique d'une utilité certaine, mais constituent à eux seuls, des outils insuffisants de détection des défaillances bancaires (B).

A) Un outil d'analyse prudentielle au service de la stabilité financière

221. – Une pluralité de tests. Les tests de résistance sont des instruments bien connus des ingénieurs, qui se sont développés dans le secteur bancaire, particulièrement depuis la crise des *subprimes*. Ceux-ci ont vocation à évaluer la résilience des établissements de crédit et participent ainsi au phénomène de « *standardisation dans la résilience face au risque* »⁴⁵². L'idée de ces tests est de placer virtuellement un établissement de crédit dans un environnement de stress, où un certain nombre d'éléments lui sont défavorables, afin d'analyser les dommages dont il pourrait faire l'objet et les actions qu'il pourrait entreprendre en réaction⁴⁵³. Dans le cadre de ces tests, les établissements peuvent être confrontés par soucis de réalisme, à différents événements et conditions défavorables. En ce sens, plusieurs tests de résistance doivent être distingués.

222. – Les tests de résistance annuels et biannuels. La réalisation de tests de résistance annuels est imposée par la directive 2013/36/UE du 26 juin 2013 relatives aux exigences de fonds propres qui pèsent sur les établissements de crédit. Son article 100 dispose dans son premier paragraphe, que « *les autorités compétentes appliquent le cas échéant, mais au moins une fois par an, des tests de résistance prudentiels aux établissements qu'elles surveillent* ». Il faut ici comprendre par « *autorités compétentes* » autorités de surveillance. En effet, la Banque centrale européenne (ci-après BCE) est chargée de réaliser ces tests pour les établissements qui relèvent de sa surveillance. L'article 4 du règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013 précise en ce sens que la BCE doit « *mener des contrôles prudentiels, y compris, le cas échéant en coordination avec l'ABE, par la réalisation de tests de résistance et leur publication éventuelle, visant à déterminer si les dispositifs, stratégies, processus et mécanismes mis en place*

⁴⁵² TELLER M., « Les fonctions de la procédure en droit bancaire et financier », *RIDE*, 2015/4, t. XXIX, p. 507.

⁴⁵³ BRAOUÉZEC Y. WAGALATH L., « Pour des stress-test bancaires réglementaires plus transparents », *Rev. Banq.*, n° 818, mars 2018, p. 50.

par les établissements de crédit et les fonds propres qu'ils détiennent garantissent la bonne gestion et la couverture de leurs risques »⁴⁵⁴.

Les tests réalisés par la BCE complètent ceux réalisés par l'Autorité bancaire européenne⁴⁵⁵ (ci-après ABE). En effet, cette dernière y procède également tous les deux ans, en coopération avec la BCE, le Comité européen du risque systémique (ci-après CERS) et les autorités compétentes nationales (ci-après ACN). La méthodologie et les modèles de ces tests sont déterminés par l'ABE. Les scénarios et les principales hypothèses sont issus d'un travail de coopération entre le CERS, la BCE et la Commission européenne.

Les derniers tests coordonnés par l'ABE réalisés en 2021 portaient sur l'exercice 2020, puisque celui-ci a été repoussé en raison de la crise sanitaire rencontrée. La BCE a dans ce cadre, examiné trente-huit établissements considérés comme importants. Elle a également réalisé de manière indépendante ses propres tests. Son analyse s'est alors portée sur une cinquantaine d'établissements qui sont sous sa supervision. Le test a révélé que la situation des banques évaluées était meilleure que celle de l'exercice précédent, mais qu'il fallait tout de même constater une diminution des fonds propres des établissements évalués.

223. – Des tests de résistance thématiques. La BCE est également tenue de réaliser des tests de résistance thématiques, visant à évaluer la résilience des établissements face à une situation particulière. Ces tests sont réalisés en coopération avec les ACN. Depuis la mise en œuvre des tests de résistance dans le cadre de l'Union bancaire, trois tests thématiques ont été réalisés. En 2017, un test a été réalisé pour analyser la sensibilité sur le risque de taux d'intérêt dans le portefeuille bancaire (« *interest rate risk in the banking book – IRRBB* »). Les contrôleurs bancaires ont alors principalement dû analyser les effets sur les établissements de crédit, d'un choc de taux d'intérêt sur la valeur économique des actifs et passifs qui ne sont pas liés aux activités de marché des banques⁴⁵⁶. En 2019, un test a été réalisé pour analyser la sensibilité du risque de liquidité. Les

⁴⁵⁴ 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, art. 4, f).

⁴⁵⁵ En vertu du paragraphe 2 de l'article 21 du règlement (UE) n° 1093/2010 du 24 mars 2010 du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), l'ABE peut « *lancer et coordonner des tests de résistance à l'échelle de l'Union, conformément à l'article 32, afin d'évaluer la résilience des établissements financiers, en particulier le risque systémique que présentent les établissements financiers visé à l'article 23, à des évolutions négatives des marchés, ainsi qu'évaluer l'éventualité d'une intensification du risque systémique en situation de crise, en veillant à ce qu'une méthodologie cohérente soit appliquée à ces tests à l'échelon national, et, le cas échéant, adresser à l'autorité compétente une recommandation en vue de résoudre les problèmes recensés lors du test de résistance* ».

⁴⁵⁶ Pour plus d'informations, se référer aux documents suivants accessibles sur le site internet de la Banque centrale européenne : BCE, « *La supervision expliquée : ECB sensitivity analysis of IRRBB – Stress test 2017* » du 28 févr. 2017 ; BCE, « *Présentation : Sensitivity Analysis of IRRBB – Stress test 2017 Final results* », du 9 oct. 2017 ; BCE, « *Communiqué de presse : ECB finds interest rate risk in well managed in most European banks* », du 9 oct. 2017.

contrôleurs bancaires sont alors venus tester la capacité de résistance des établissements de crédit importants aux chocs idiosyncratiques de liquidité⁴⁵⁷. Enfin, en 2022, un test a été réalisé pour analyser la résistance au risque climatique. Ce test a permis aux établissements de crédit comme aux autorités de surveillance, de recenser les vulnérabilités et les bonnes pratiques en matière de gestion des risques liés au climat. Il a également été l'occasion de mieux comprendre les défis auxquels établissements de crédit et autorités bancaires sont confrontés⁴⁵⁸. Encore au stade de l'expérimentation, les tests de résistance climatiques ont vocation à devenir des outils usuels d'analyse des risques pour les superviseurs comme pour les institutions financières⁴⁵⁹. Ces tests de résistance climatiques ont également pu être réalisés par l'ACPR de manière spontanée. En effet, celle-ci a procédé à un exercice pilote et exploratoire inédit, « *visant à évaluer les vulnérabilités du secteur financier français (banques et assurances) face au risque climatique* »⁴⁶⁰.

B) Des résultats devant nécessairement être nuancés

224. – Un outil à perfectionner. Si les tests de résistance peuvent permettre de détecter les difficultés financières rencontrées par des établissements de crédit, les résultats de ces derniers doivent cependant être appréciés avec précaution. En effet, ces tests ont pu faire l'objet de différentes critiques depuis leur réalisation dans le secteur bancaire. D'abord, c'est le manque de transparence des tests et notamment l'opacité des données utilisées qui a pu être évoqué⁴⁶¹. Ensuite, certains ont mis en exergue la nécessité de s'assurer que les tests étaient adaptés aux objectifs poursuivis, que les informations fournies par les établissements étaient correctes et que les résultats publiés permettaient d'apprécier fidèlement la résilience desdits établissements⁴⁶². Les approches

⁴⁵⁷ Pour plus d'informations, se référer aux documents suivants accessibles sur le site internet de la Banque centrale européenne : BCE, « Sensitivity Analysis of Liquidity Risk – Stress Test 2019. Final résultats », 7 oct. 2019 ; Communiqué de presse de la BCE, « LA BCE estime que la situation de liquidité des banques de la zone euro est globalement confortable, même s'il convient de rester attentif à certaines vulnérabilités », 7 oct. 2019.

⁴⁵⁸ Pour plus d'informations, se référer aux documents suivants accessibles sur le site internet de la Banque centrale européenne : BCE, « Macro-financial scenarios for the 2022 climate risk stress test », 2022 ; Communiqué de presse de la BCE, « La supervision bancaire de la BCE lance son test de résistance 2022 sur les risques liés au climat », 27 janv. 2022.

⁴⁵⁹ AUFAUVRE N., « Les stress-tests, et après ? », *Rev. Banq.*, n° 850, nov. 2020, p. 16.

⁴⁶⁰ ACPR, « Analyse et supervision du risque climatique. Scénarios et hypothèses principales de l'exercice pilote climatique », 16 juill. 2020, p. 5. Voy. à propos : RIBES M., « Stress-tests climatiques de l'ACPR : les sept défis lancés au monde bancaire », *Rev. Banq.*, n° 850, p. 28 ; CLERC L., « L'exercice pilote climatique de l'ACPR », *Rev. Banq.*, n° 850, p. 22 ; BRUN J., « Mise en œuvre chez la Société Générale du premier stress-test climatique organisé par l'ACPR », *Rev. Banq.*, n° 850, p. 24.

⁴⁶¹ BRAOUÉZEC Y. WAGALATH L., « Pour des stress-test bancaires réglementaires plus transparents », *Rev. Banq.*, n° 818, mars 2018, p. 50.

⁴⁶² En ce sens, un audit a pu être réalisé par la Cour des comptes européenne en 2019 : Rapport spécial de la Cour des comptes européenne, « Tests de résistance des banques à l'échelle de l'UE : volume d'informations bancaires sans précédent, mais nécessité d'une meilleure coordination et d'une plus grande attention pour les risques », n° 10, 2019.

méthodologiques employées par les tests ont également suscité des interrogations et des critiques, tout comme le bilan coûts-avantages de cet outil. D'autres remarques ont également pu porter sur l'échantillon des établissements évalués, qui pouvait être considéré comme trop limité, tout comme l'intensité et la diversité des chocs appréhendés. Enfin, certains ont également pu s'inquiéter de la fiabilité des résultats, estimant que les établissements de crédit pouvaient disposer d'informations suffisantes sur les tests pour s'y préparer, rendant ainsi les résultats moins fidèles à la réalité.

Par conséquent, la réalisation de tests de résistance ne doit pas induire la réduction de l'utilisation d'autres outils d'analyse ou leur conférer une moindre valeur. La BCE a notamment pu préciser en ce sens, que la réalisation d'un test de résistance n'est pas « *un exercice sanctionné par une réussite ou un échec* »⁴⁶³ et que les conclusions de celui-ci constitueront davantage « *un élément du dialogue prudentiel continu* »⁴⁶⁴.

225. – Des banques qui ont « tout raté ... sauf les stress tests ». En conclusion, les tests de résistance doivent être définis comme des outils innovants et utiles, mais qu'il convient de manier avec précaution et qui doivent encore être perfectionnés. Cela est d'autant plus nécessaire que des tests mal calibrés ou dont les résultats seraient peu fidèles à la réalité, seraient une source de risque supplémentaire pour la stabilité financière⁴⁶⁵. Ce risque a d'ailleurs déjà pu être illustré en 2011 par l'affaire de la banque franco-belge *Dexia*, qui après avoir réussi son test de résistance a fait l'objet de graves difficultés conduisant à sa défaillance⁴⁶⁶. Un journal avait alors pu nommer l'affaire « *Dexia, la banque qui a tout raté... sauf les stress tests* »⁴⁶⁷. Il en a été de même en 2010 pour plusieurs établissements irlandais, dont le défaut n'avait pas été prévu par les tests de résistance réalisés et qui ont dû être recapitalisés massivement par l'État⁴⁶⁸, afin de limiter les conséquences négatives graves sur la stabilité financière. Par conséquent, ces affaires ont participé à illustrer les limites des

⁴⁶³ Communiqué de la presse de la Banque centrale européenne du 30 juillet 2021, consultable sur son site internet à l'adresse suivante : <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/tasks/stresstests/html/index.fr.html>.

⁴⁶⁴ Communiqué de la presse de la Banque centrale européenne du 30 juillet 2021, consultable sur son site internet à l'adresse suivante : <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/tasks/stresstests/html/index.fr.html>.

⁴⁶⁵ BUBERL T., « Stress-tests climatiques : un exercice intéressant à manier avec le recul nécessaire », *Rev. Banq.*, n° 850, déc. 2020, p. 38 ; RONCEY F., « Une émergence accélérée de l'analyse financières des scénarios climatiques », *Rev. Banq.*, n° 850, déc. 2020, p. 26.

⁴⁶⁶ LOUIS J.-V., « Conclusions », in *L'Union bancaire*, p. 247-255, spéc. p. 249 ; LAURENT B., SARAC-LESAVRE B., VIOLLE A., « Formuler l'action publique en termes de tests. Les stress test européens comme réponse aux crises financières et nucléaires », *Critique internationale*, 2019/4, n° 85, p. 63, n° 9. Voy. à propos de la faillite de Dexia : DOR É., « La Belgique et ses banques : des rêves de gloire contrariés », *Outre-Terre*, 2014/3, n° 40, p. 344 ; PUJALS G., « Dexia : cessions tous azimuts », *Rev. Banq.*, n° 763, août 2013, p. X ; PUJALS G., « Dexia : cessions tous azimuts », *Rev. Banq.*, n° 742, nov. 2011, p. 40.

⁴⁶⁷ DE LA BROSSE J., « Dexia, la banque qui a tout raté... sauf les stress tests », *L'express*, 4 oct. 2011.

⁴⁶⁸ LAURENT B., SARAC-LESAVRE B., VIOLLE A., « Formuler l'action publique en termes de tests. Les stress tests européens comme réponse aux crises financières et nucléaires », *Critique internationale*, 2019/4, n° 85, p. 63, n° 9.

tests de résistance. Ainsi, bien que ces derniers fassent l'objet d'améliorations constantes, une grande vigilance reste de rigueur face à ces instruments.

226. – Publication des résultats. Les résultats des tests de résistance font l'objet d'une publication, afin d'assurer plus de transparence. Or, on peut s'interroger sur les effets de cette publication. En effet, le risque de réputation étant important dans le secteur bancaire et financier, on peut se demander si de mauvais résultats à un test de résistance ne pourraient pas induire un phénomène de prophétie auto-réalisatrice telle qu'abordée précédemment⁴⁶⁹ et conduire à aggraver les difficultés rencontrées par les établissements de crédit concernés. De mauvais résultats à un test de résistance sembleraient en effet pouvoir induire un phénomène de perte de confiance, voire de ruées bancaires ou de ventes massives de titres, si néfastes à l'activité et plus encore, à la stabilité financière. En ce sens, on peut se demander s'il ne serait pas judicieux de restreindre l'accessibilité aux résultats de ces tests ou de la soumettre à certaines conditions.

227. – Effet d'un résultat insatisfaisant. Précisons finalement que le mauvais résultat d'un test de résistance n'entraîne pas, par lui-même, l'ouverture d'une procédure de résolution. Cependant, en fonction de l'importance des difficultés, il peut conduire les autorités compétentes à mettre en œuvre les dispositifs préventifs ou curatifs nécessaires. Néanmoins, il n'y a pas d'effet automatique entre le résultat d'un test et l'ouverture d'une procédure. La mise œuvre de dispositifs préventifs ou curatifs de résolution sont toujours subordonnés à l'appréciation par l'autorité compétente des conditions définies par la directive 2014/59/UE. Par conséquent on peut s'interroger sur la possibilité de remettre en cause le résultat d'un test de résistance. En effet, à l'aune de la valorisation déjà évoqué, qui ne peut être contestée que par le biais d'un recours à l'encontre de la décision d'ouverture d'une procédure de résolution, le test de résistance ne produisant pas d'effets directs sur l'établissement évalué, dans la mesure où il ne peut pas entraîner par lui-même et de manière automatique, l'ouverture d'une procédure de résolution, semble difficilement contestable. En effet, il faudrait démontrer le lien de causalité entre le résultat négatif d'un test de résistance et la défaillance postérieure de l'établissement de crédit soumis au test. Néanmoins, la voie d'un contentieux relatifs aux actes de la BCE⁴⁷⁰ comme de l'ABE a été ouverte depuis plusieurs années,

⁴⁶⁹ Cf. Partie I, Titre I, Chapitre I.

⁴⁷⁰ Voy. à propos notamment : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Contrôle juridictionnel des décisions de la BCE », *Rev. Banq.*, n° 848, oct. 2020, p. 90 ; MOREL-MAROGER J., « Premiers contrôles juridictionnels des décisions de la BCE infligeant des sanctions pécuniaires en tant que superviseur bancaire », *Banq. & droit*, n° 193, sept. 2020, p. 87 ; ROUSSILLE M., « Montée en puissance du contentieux avec la BCE : le TUE au secours des banques françaises », *Banq. & droit*, n° 181, déc. 2018, p. 30 ; KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Annulation par le Tribunal de l'Union européenne de décisions de la BCE en matière de calcul du ratio de levier », *Rev. Banq.*, n° 823, sept. 2018, p. 90.

les juges pourraient être amené à apprécier l'opportunité de contester le résultat de tests de résistance réalisés par les autorités compétentes. Précisons cependant, que dans un autre contexte assez similaire, la Cour de Justice de l'Union européenne a pu statuer sur un recours en annulation formé à l'encontre d'une évaluation effectuée par la BCE relative à l'état de défaillance avéré ou prévisible d'un établissement de crédit⁴⁷¹. Or, elle en l'espèce confirmé la décision du Tribunal de l'Union européenne, en considérant que cette évaluation réalisée par la BCE n'était pas « *un acte contraignant susceptible de fonder un recours en annulation* ». Elle considéra en ce sens que cette évaluation n'était qu'un « *acte préparatoire et intermédiaire qui ne lie par le Conseil de Résolution Unique* ».

En matière de tests de résistance réalisés par la BCE, ce raisonnement pourrait être appliqué et dès lors fort à parier que les établissements de crédit pourront voire leurs recours rejetés dans ce contexte.

§2 : UN PROCESSUS DE DÉCLANCHEMENT MOBILISANT UNE PLURALITÉ D'AUTORITÉS

228. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires, et notamment les processus de déclenchement de ses dispositifs, ont conduit à la recomposition des autorités bancaires nationales et communautaires. Ainsi, parmi les différentes autorités chargées de la résolution des défaillances bancaires (I), certaines ont été créées pour mettre en œuvre ces nouvelles dispositions, d'autres ont vu leurs missions modifiées à cette fin. La pluralité des autorités participant à la résolution des défaillances bancaires sont liées par un rapport de coopération. Celui-ci est particulièrement marqué lors du déclenchement des dispositifs de résolution (II).

I) Les autorités chargées de la résolution des défaillances bancaires

229. – Afin de mettre en œuvre les dispositifs de résolution des défaillances bancaires nouvellement établis par les pouvoirs publics, plusieurs autorités se sont vu conférer des pouvoirs et fonctions importantes en la matière. Si nous avons déjà pu aborder ces autorités dites de résolution, qu'il s'agisse du Conseil de résolution unique (A) ou de l'ACPR (B), il devient ici nécessaire de préciser davantage leurs structures et leurs fonctions respectives, afin de comprendre comment elles interviennent en pratique dans la mise en œuvre des dispositifs de résolution.

⁴⁷¹ CJUE, 6 mai 2021, aff. jointes C-511/19 et C-522/19, *ABVL Bank As e. a. c/ BCE ; Banq. & droit*, n° 199, sept. 2021, p. 46, note MOREL-MAROGER J.

A) L'autorité centralisée, le Conseil de résolution unique

230. – Présentation. Bien que les autorités participant à la résolution des défaillances bancaires aient déjà pu être mentionnées, il semble nécessaire pour la suite de nos développements d'aborder brièvement leur conception, ainsi que leur composition. Le Conseil de résolution unique (CRU) est une agence de l'Union, créée par le règlement (UE) n° 806/2014 du 15 juillet 2014, qui bénéficie de la personnalité morale⁴⁷². Il représente un pouvoir centralisé de résolution⁴⁷³ et a ainsi vocation à assurer l'application uniforme de la réglementation en matière de résolution des défaillances bancaires. Il est ainsi tenu d'effectuer différents actes et de prendre différentes décisions relatives aux établissements de crédit les plus importants, relevant de sa compétence.

Le CRU est composé d'un nombre restreint de membres⁴⁷⁴ et est représenté par un président nommé. Il a vocation à se substituer aux autorités compétentes nationales (ACN) en matière de résolution, dès lors que les tâches réalisées concernent un établissement de crédit important. Les ACN resteront néanmoins chargées de procéder à la mise en œuvre des dispositifs de résolution adoptés par le CRU⁴⁷⁵.

Ledit conseil est tenu d'effectuer ses missions avec indépendance et dans l'intérêt général⁴⁷⁶. Pour assurer la transparence de ses activités, ainsi que pour garantir un certain contrôle démocratique, le CRU peut être amené à répondre de ses décisions devant le Parlement européen et le Conseil⁴⁷⁷.

231. – Réunions du CRU et prise de décision en matière de résolution. Les réunions du CRU peuvent prendre la forme de session plénière ou de session exécutive. Notons que la BCE et la Commission ont la possibilité de nommer un représentant, qui sera habilité à participer aux réunions du conseil en tant qu'observateur. C'est en session exécutive⁴⁷⁸ que doivent être adoptées les décisions relatives au traitement préventif ou curatif des établissements de crédit en difficulté, qui relèvent de la compétence du CRU. Ces réunions en session exécutive sont subordonnées à une convocation par le président, de sa propre initiative ou sur demande d'un des membres, et sont

⁴⁷² Règl. (UE) n° 806/2014, art. 42, 1°.

⁴⁷³ Règl. (UE) n° 806/2014, cons. 11.

⁴⁷⁴ Le CRU est composé d'un président, de quatre autres membres à temps pleins, ainsi que d'un membre nommé par chaque État membre, qui sera tenu de représenter les autorités nationales de résolution. Cf. Règl. (UE) n° 806/2014, art. 43.

⁴⁷⁵ Règl. (UE) n° 806/2014, cons. 42.

⁴⁷⁶ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 47.

⁴⁷⁷ Règl. (UE) n° 806/2014, cons. 42.

⁴⁷⁸ La session plénière permet de traiter des questions plus générales relatives notamment à l'organisation, à l'activité ou encore à la comptabilité au sein du CRU.

à fréquence indéterminée. Lors de ces réunions, peuvent être invités à participer un représentant de l'Autorité bancaire européenne et au besoin, des représentants des autorités de résolution nationales. Lors de ces sessions exécutives, le CRU réalise différents actes. Il peut par exemple préparer, évaluer ou approuver les plans de résolution des établissements de crédit qui relèvent de sa compétence. Il peut également décider de réduire les obligations en matière de résolution qui pèsent sur certains établissements. En outre, lorsqu'un établissement de crédit rencontre des difficultés, le CRU est alors chargé d'élaborer un dispositif de résolution, qu'il soit préventif ou curatif et devra définir les détails de sa mise en œuvre.

232. – Devoirs de coopération et d'information. Le CRU est l'acteur central de la résolution des défaillances bancaires, en ce qui concerne du moins les établissements de crédit les plus importants. Néanmoins, il ne peut exercer ses missions seul. En effet, il est tenu d'agir en étroite coopération avec la BCE, la Commission européenne et les ACN. Ainsi, s'il doit effectuer ses missions avec indépendance, il ne peut pas pour autant agir en toute autonomie. Le CRU est tenu par des devoirs de coopération et d'information. En ce sens, l'exercice de ses missions reste indéniablement borné par des contraintes procédurales, fonctionnelles et structurelles.

B) L'autorité décentralisée, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

233. – Présentation. L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a été constituée par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010⁴⁷⁹, afin de fusionner les autorités d'agrément et de contrôle des banques et de l'assurance. Elle portait alors l'appellation d'Autorité de contrôle prudentiel. La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, est venue modifier celle-ci, transformant ladite autorité en Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Désormais, le collège de supervision au sein de l'autorité, est complété par un collège de résolution⁴⁸⁰. C'est ce collège qui a vocation à intervenir dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires.

⁴⁷⁹ Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance. Voy. à propos : BONNEAU T., « Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », *JCP E*, n° 6, févr. 2010, 1140 ; CAUSSE H., MAYMONT A., « L'autorité de contrôle prudentiel. Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle des banques et de l'assurance », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai 2010, étude 11.

⁴⁸⁰ Voy. à propos : KOVARJ.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Résolution des crises bancaires : le fonctionnement du collège de résolution précisé », *Rev. Banq.*, n° 774, juill. 2014, p.77.

234. – Absence d'indépendance de l'ACPR. Précisons que les liens entretenus entre l'ACPR et la Banque de France font de la première, une autorité administrative qui ne peut être qualifiée d'indépendante. En effet, celle-ci est adossée à la Banque de France et dispose des moyens humains, matériels et financiers de cette dernière. De plus, le gouverneur de la Banque de France bénéficie de droit du titre de président de l'ACPR. Ainsi, certains considèrent que l'ACPR correspond davantage à une direction générale de la banque de France, qu'à une autorité administrative indépendante. Si elle bénéficiait initialement de ce titre, la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant réforme du statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, a donc fait perdre son statut à l'ACPR. Toutefois, certains éléments tendent tout de même à garantir une séparation entre les missions de supervision et de résolution. En effet, le collège de résolution bénéficie d'une certaine autonomie de gestion⁴⁸¹. En ce sens, il est par exemple prévu que le collège de résolution arrête lui-même les principes d'organisation et de fonctionnement des services chargés de préparer ses travaux, par dérogation à la compétence de principe du collège de supervision statuant en formation plénière, et le collège de résolution peut se doter de son propre règlement intérieur. De plus, le budget de l'ACPR comporte une section spéciale pour le fonctionnement des services relevant de la résolution, arrêté après avis du collège de résolution. Enfin, pour l'exercice de ses missions, le collège de résolution s'appuie sur la direction de la résolution nommée par le ministre de l'Économie, sur proposition du président du collège de résolution.

235. – Missions en matière de résolution des défaillances bancaires. Les missions de l'ACPR sont diverses. En matière de résolution des défaillances bancaires, elle est considérée comme l'autorité compétente nationale française. Elle est ainsi chargée de déterminer et de mettre en œuvre les mesures et les procédures de résolution des établissements en difficulté qui relèvent de sa compétence. En ce qui concerne les établissements les plus importants, l'initiative en matière de résolution revient au CRU. Cependant, l'ACPR peut procéder à l'exécution des mesures prescrites par le CRU. Celle-ci peut en outre être tenue d'assister le CRU dans certaines de ses missions.

II) La coopération des autorités lors du déclenchement des dispositifs de résolution

236. – La multiplicité des autorités participant à la résolution des défaillances bancaires induit nécessairement un rapport de coopération entre elles. Ce rapport apparaît comme le gage d'un droit unifié et efficace. Le ce sens, les autorités de résolution sont amenées à coopérer tant dans le

⁴⁸¹ Art. L. 612-8-1 CMF.

déclenchement de la phase préventive (A) que de la phase curative (B) des procédures de résolution. Cette coopération pourra néanmoins se manifester de manière différente, en fonction du stade au l'autorité est amenée à intervenir.

A) La coopération dans le déclenchement de la phase préventive

237. – Des actes à mi-chemin entre la supervision et la résolution. L'application de mesures d'intervention précoce, ainsi que la mise en œuvre de mesures prévues par les plans de rétablissement, relèvent de la phase préventive de la résolution. Certains considèrent même qu'elles ne relèveraient pas à proprement parler de la résolution, mais davantage de la surveillance prudentielle. En effet, si ces actions sont prévues par la directive 2014/59/UE⁴⁸² et le règlement (UE) n° 806/2014⁴⁸³, elles ne relèvent pas pour autant de la compétence des autorités de résolution, mais des autorités de surveillance. En ce sens, le règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, relatif aux missions de la BCE, prévoit que celle-ci est chargée de prendre des mesures d'intervention précoce en cas de détérioration de la situation économique et financière d'un établissement de crédit qui relève de sa compétence⁴⁸⁴. En outre, les dispositions relatives aux mesures d'intervention précoce au sein du Code monétaire et financier, se situent à la fois dans la section relative aux exigences prudentielles⁴⁸⁵ et dans une section relative aux mesures de prévention et de gestion des crises bancaires⁴⁸⁶. Par conséquent, on peut considérer que les mesures préventives mises en œuvre face aux difficultés d'un établissement de crédit, sont à mi-chemin entre des actes relevant de la résolution et de la supervision.

238. – Prise de décision et échange d'informations. Pour les établissements de crédit les moins importants, c'est le collège de supervision de l'ACPR qui peut enjoindre un établissement de mettre en œuvre une ou plusieurs mesures préventives⁴⁸⁷. Il sera néanmoins tenu d'informer sans délai le collège de résolution⁴⁸⁸. Dans le cas où les établissements de crédit concernés sont qualifiés d'importants, c'est la BCE qui sera alors chargée d'enjoindre lesdits établissements de mettre en

⁴⁸² Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014.

⁴⁸³ Règl. (UE) n° 806/2014 du 15 juillet 2014.

⁴⁸⁴ Cf. Cons. 27 du règlement (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.

⁴⁸⁵ L'article L. 511-41-5 du CMF relatif à l'injonction de mettre en œuvre des mesures d'intervention précoce, fait partie de la section vii, intitulée « Dispositions prudentielles », du chapitre 1^{er}, du titre 1^{er}, du livre V dudit code.

⁴⁸⁶ Les articles L. 613-45 et L. 613-45-1 du CMF relatifs à l'adoption de mesures d'intervention précoce, font partie de la section IV, intitulée « Mesures de prévention et de gestion des crises bancaires », du chapitre III, du titre 1^{er}, du livre V dudit code.

⁴⁸⁷ Art. L. 511-41-5 du CMF.

⁴⁸⁸ Art. L. 511-41-5, IV du CMF.

œuvre des mesures d'intervention précoce. Son intervention devra néanmoins être coordonnée avec les autorités de résolution compétentes⁴⁸⁹. La BCE est ainsi tenue d'informer le CRU des mesures qu'elle impose de prendre aux établissements de crédit en difficulté⁴⁹⁰. Le CRU doit à son tour transmettre à la Commission les informations qu'il a pu recevoir de la BCE concernant des mesures d'intervention précoce. Dans ce contexte, la notification au CRU intervient *ex post*. La BCE n'est donc pas tenue d'obtenir l'accord préalable du CRU. Toutefois, si la BCE décide d'imposer une mesure supplémentaire à un établissement, alors que les premières mesures n'ont pas été mises en œuvre, elle devra en informer le CRU avant d'imposer toute nouvelle mesure. En tout état de cause, les différentes autorités interférant dans la mise en place des mesures d'intervention précoce doivent agir en coopération et en coordination avec les parties prenantes concernées⁴⁹¹. Si ces rapports entre autorités ne sont pas toujours précisément encadrés par le droit, ils doivent cependant en pratique faire l'objet de protocoles d'accord, régissant les flux d'informations partagées.

B) La coopération dans le déclenchement de la phase curative

239. – L'initiative de la mise en œuvre d'une procédure de résolution. Dans un cadre curatif comme préventif, les autorités compétentes dans le déclenchement des procédures de résolution diffèrent en fonction de l'importance de l'établissement de crédit concerné. S'il s'agit d'un établissement de crédit important, c'est le CRU qui sera tenu de décider d'une mesure de résolution, après avoir constaté avec la BCE, que l'établissement remplit les conditions d'ouverture d'une procédure de résolution. L'ouverture d'une telle procédure par le CRU peut être de l'initiative de la BCE, qui aura communiqué cette nécessité au CRU, ou de la propre initiative du CRU⁴⁹². À l'inverse, s'il s'agit d'un établissement de crédit moins important, c'est l'ACPR qui sera alors compétente. Dans ce cas, pour l'application d'instruments de résolution classiques, le gouverneur de la Banque de France, le directeur général du Trésor, le président de l'Autorité des marchés financiers, le sous-gouverneur désigné par le gouverneur de la Banque de France, le président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, le président du directoire du fonds de garantie des dépôts et de résolution ou encore le vice-président du collège de supervision de l'ACPR, tout comme leurs représentants, peuvent saisir le collège de résolution en

⁴⁸⁹ Règl. (UE) n° 1024/2013, cons. 27.

⁴⁹⁰ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 13, 1°.

⁴⁹¹ Cour des comptes de l'Union européenne, Rapport spécial « L'efficacité de la gestion des crises bancaires par la BCE », n° 2, 2018, p. 20, n° 26.

⁴⁹² Règl. (UE) n° 806/2014, art. 18, 1°.

vue de la mise en œuvre d'une procédure de résolution⁴⁹³. En revanche, si la mesure envisagée est un soutien exceptionnel par les pouvoirs publics, la personne devant saisir le collège de résolution ne peut être que le directeur général du trésor, ou son représentant⁴⁹⁴. Le collège de résolution peut également être saisi directement par la BCE. En outre, la direction effective d'un établissement de crédit défaillant est quant à elle tenue de saisir sans délai le collège de supervision de l'ACPR si elle constate la survenance de difficultés financières. L'initiative de la mise en œuvre d'une procédure de résolution pourrait ainsi également revenir à l'établissement défaillant lui-même.

240. – Ouverture d'une procédure de résolution par le CRU. S'il s'agit d'un établissement de crédit important, le CRU ayant constaté avec la BCE que les conditions de la résolution sont remplies, va adopter un dispositif de résolution⁴⁹⁵. L'établissement de crédit défaillant sera alors soumis à une procédure de résolution. Le CRU va également déterminer les mesures qui devront être mise en œuvre dans ce contexte et déterminer la nécessité de recourir ou non au Fonds de résolution unique (ci-après FRU). Rappelons que le FRU regroupe les contributions des établissements de crédit de l'Union bancaire, afin que « *l'industrie financière participe à la stabilisation du système financier* »⁴⁹⁶. Les fonds collectés doivent être employés de sorte à permettre au CRU, dès que cela est nécessaire, d'appliquer de manière efficace et efficiente⁴⁹⁷ ses instruments et pouvoirs de résolution.

Dès lors que les dispositifs de résolution devant être mis en œuvre ont été arrêtés, le CRU doit transmettre sa décision à la Commission européenne. Celle-ci dispose alors de vingt-quatre heures à compter de la transmission du dispositif, pour l'approuver. Dans le cas contraire, elle dispose du même délai pour émettre ses objections sur les aspects discrétionnaires du dispositif. La Commission peut également proposer au Conseil de l'Union européenne, car lui aussi peut soumettre des objections à la décision du CRU, d'émettre dans un délai de douze heures, des objections liées à la non-satisfaction du critère de l'intérêt public ou liées à une modification importante du montant du Fonds prévue dans le dispositif de résolution adopté par le CRU⁴⁹⁸. Le dispositif de résolution établie par le CRU ne pourra être mis en œuvre que si la Commission et le Conseil n'ont pas émis d'objection dans le délai de vingt-quatre heures suivant la transmission par le CRU. Si des objections ont été exprimées, le CRU dispose alors d'un délai de huit heures pour procéder aux modifications nécessaires. Toutefois, si le Conseil énonce que le dispositif n'est pas

⁴⁹³ Art. L. 613-49, 1 du CMF.

⁴⁹⁴ Art. L. 613-49, 1 du CMF, se reportant à l'article L. 612-8-1, 1, 2° du CMF.

⁴⁹⁵ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 18, 6°.

⁴⁹⁶ CRU, « Fonds de résolution unique. Fiche descriptive. Période de contribution 2021 », Bruxelles, 22 avr. 2021, p. 1.

⁴⁹⁷ *Idem*.

⁴⁹⁸ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 18, 6°, a), b).

conforme au critère d'intérêt public, alors l'établissement sera liquidé selon le modèle établi par le droit national de l'insolvabilité. Si la décision du CRU est en définitive approuvée par la Commission et le Conseil, elle devra alors être appliquée sans délai. Les autorités nationales de résolution sont les destinataires des dispositifs établis par le CRU. Ce sont elles qui devront assurer la mise en œuvre des instruments de résolution choisis, en exerçant leurs pouvoirs de résolution⁴⁹⁹.

241. – Ouverture d'une procédure de résolution par l'ACPR. Les dispositifs de résolution des établissements moins importants sont quant à eux directement déterminés par l'autorité nationale de résolution compétente. Dans le cas de l'ACPR, les avis du collège de supervision et du collège de résolution sont complémentaires. En effet, le collège de résolution ne peut adopter un dispositif de résolution, que s'il a été établi avec l'avis du collège de supervision, la défaillance de l'établissement concerné. Si le collège de résolution constate que les conditions de déclenchement ne sont pas remplies, il doit le notifier au collège de supervision. Celui-ci apprécie alors l'opportunité de prendre des mesures conservatoires ou bien de procéder à une liquidation judiciaire⁵⁰⁰. Précisons enfin que l'adoption préalable de mesures d'intervention précoce n'est pas un prérequis à l'ouverture d'une procédure de résolution⁵⁰¹.

Le collège de résolution doit également, sans avoir à vérifier que les conditions de déclenchement sont réunies, faire usage de ses pouvoirs de résolution sur instruction du CRU et mettre en œuvre les mesures de résolution décidées par ce dernier, comme précisé précédemment.

Dans tous les cas, le collège de résolution doit, dès lors qu'il met en œuvre un dispositif de résolution, de sa propre initiative ou sur les instructions du CRU, en informer le ministre chargé de l'économie, le Comité européen du risque systémique, le Haut conseil de stabilité financière, ainsi que les autorités compétentes des états membres dans lesquelles l'entité a établi des succursales, ainsi que le fonds de garantie des dépôts et de résolution.

⁴⁹⁹ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 18, 9°.

⁵⁰⁰ Art. L. 613-49, IV du CMF.

⁵⁰¹ Dir. 2014/59/UE, art. 32, 3°.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

242. – Les principes qui conditionnent la mise en œuvre des dispositifs préventifs et curatifs de résolution ont été établis par le législateur de manière autonome. En ce sens, ces principes apparaissent comme propres à la résolution des défaillances bancaires et disposent d'un caractère innovant. Les conditions primaires, comme les conditions secondaires de déclenchement de ces dispositifs apparaissent ainsi exorbitantes et n'ont plus de point commun avec les conditions d'ouverture traditionnellement rencontrées dans le cadre des procédures collectives. La détection des difficultés d'une part, emploi des instruments innovants, les tests de résistance, qui peuvent être appréhendés comme des outils stratégiques d'analyse prudentielle au service de la stabilité financière. La détection des difficultés emprunte d'autre part, une voie nouvelle en accroissant la coopération entre les différentes autorités de supervision et de résolution. Ainsi, une pluralité d'acteurs sont amenés à participer au déclenchement de mesures d'intervention précoce ou de mesures mises en œuvre dans le cadre d'une procédure de résolution. La banque centrale européenne, pris en tant que superviseur unique, tout comme les autorités de résolution communautaire et nationale, le Conseil de résolution unique et le l'ACPR, jouent tous trois un rôle majeur dans la décision de mise en œuvre de ces dispositifs préventifs et curatifs de résolution. Dans ce contexte, les autorités de résolution, ainsi que la BCE, peuvent adopter des décisions qui imposent certaines actions aux établissements de crédit, sans tenir compte de leur liberté de gestion. En ce sens, force est de constater que les pouvoirs de ces autorités dans le déclenchement desdits dispositifs de résolution est important. Dès lors, en établissant des critères et des modalités procédurales d'ouverture de procédures qui lui sont propres, en employant des outils de détection des difficultés innovants, et en confiant aux autorités bancaires compétentes des pouvoirs accrus, le déclenchement des dispositifs de résolution semble pouvoir être défini comme exorbitant.

Chapitre II :

L'EXORBITANCE CONSTATÉE LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION

243. – Des enjeux multiples. Le caractère exorbitant des processus de déclenchement des dispositifs de résolution ayant été mis en exergue, la question se pose désormais de savoir si ce caractère définit également la mise en œuvre de ces dispositifs. Il semble en ce sens opportun de se demander si les mécanismes et instruments proposés par le droit de la résolution des défaillances sont également empreints de cette même logique dérogatoire. À cette fin, il convient d'analyser les dispositifs de résolution, ainsi que les pouvoirs des autorités compétentes en la matière, afin de confirmer ou d'infirmer le caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires.

L'importance des pouvoirs conférés aux autorités de résolution, tout comme le caractère contraignant des dispositifs de résolution, pourraient en effet renforcer le caractère dérogatoire, voire exorbitant du droit étudié. La constatation d'atteintes à des droits et libertés propres aux établissements de crédit pourrait également appuyer ce constat. L'objet de nos développements est donc ici encore de définir le droit de la résolution des défaillances bancaires, tout en précisant ses effets. Ces développements seront également l'occasion de préciser l'étendue des pouvoirs des autorités de résolution, tout en exposant également le fonctionnement, souvent complexe, des différents dispositifs mis en œuvre pour prévenir et traiter les défaillances bancaires.

244. – Intérêt général et intérêts privés. Constaté l'exorbitance du droit de la résolution des défaillances bancaires pourrait induire par ailleurs la nécessité de s'assurer que cet attribut ne soit pas pour autant synonyme d'arbitraire, ni d'irréfutable. Il semble en effet impératif que les pouvoirs considérables conférés aux autorités participant à la prévention et au traitement des défaillances bancaires (Section I) soient contrebalancés par des dispositifs efficaces de contrôle des décisions adoptées (Section II). En effet, si certaines dérogations au droit commun semblent justifiées au vu des intérêts en jeu et notamment de l'objectif de stabilité financière poursuivi, il reste cependant nécessaire qu'un certain équilibre entre la protection de l'intérêt général et la protection des droits et libertés fondamentaux de personnes privées, soit conservé. Il convient ainsi de mettre en balance d'une part, ces droits et libertés, et d'autre part, les objectifs poursuivis par les dispositifs de résolution des défaillances bancaires. Le maintien de cet équilibre semble *in fine* apparaître comme l'enjeu majeur du droit de la résolution des défaillances bancaires.

245. – Nécessité des contrôles et des voies de recours. Si le juge est exclu du déclenchement des dispositifs de résolution, on peut néanmoins s’interroger sur sa place au cours de leur mise en œuvre, ainsi que sur ses possibilités d’intervention *ex post*. En effet, s’il semble exclu des processus de résolution, il paraît tout de même nécessaire de s’assurer qu’un contrôle des décisions adoptées par les autorités de résolution – ou de supervision le cas échéant –, puisse être exercé. En ce sens, il conviendra de porter une attention particulière à l’étude des modalités de recours disponibles à l’égard des actes adoptés dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires.

SECTION I :

LES POUVOIRS PRÉPONDÉRANTS DES AUTORITÉS PARTICIPANT À LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

246. – Des décisions dérogeant au droit commun. Le droit de la résolution des défaillances ne s’est pas contenté de créer de nouvelles autorités administratives spécialisées, il leur a également confié d’importants pouvoirs, pouvant paraître exorbitants. Ces pouvoirs prépondérants permettent à ces autorités d’assurer la prévention et le traitement des établissements de crédit peu solides ou défaillants. De ce fait, les autorités compétentes nationales de résolution (ci-après ACN), ainsi que l’autorité de résolution centralisée au sein de l’Union bancaire, le Conseil de résolution unique (ci-après CRU), peuvent adopter différentes décisions contraignantes à l’encontre des établissements qui relèvent de leur compétence. Ces décisions ont pour finalité la prévention et le traitement des défaillances bancaires. Poursuivant un but monumental⁵⁰², la stabilité financière, les décisions des autorités de résolution sont bien souvent dérogatoires au droit commun. Elles vont par conséquent à l’encontre de plusieurs principes juridiques pouvant relever notamment du droit des sociétés, du droit des entreprises en difficulté ou encore du droit des contrats. Ces décisions peuvent également altérer les droits et les libertés économiques⁵⁰³ des établissements de crédit à qui elles s’adressent, si bien qu’elles peuvent en outre porter atteinte à des droits et libertés fondamentaux.

⁵⁰² À propos de la notion de but monumentaux, souvent employée par la Professeure Marie-Anne FRISON-ROCHE, voy. par exemple : FRISON-ROCHE M.-A., « Les buts monumentaux de la compliance », *Dalloz*, coll. Thèmes & commentaires, 2022.

⁵⁰³ Sur la notion de libertés économiques, voy. notamment : DRAGO G., LOMBARD M. (dir.), *Les libertés économiques*, Éditions Panthéon-Assas, 2003. *Adde.* BERGÉ J.-S., « Variations sur les libertés économiques », in *Le droit économique au XXI^{ème} siècle. Notions et enjeux*, RACINE J.-B. (dir.), LGDJ, coll. Droit & économie, 2020, p. 479-492.

247. – Une justification parfois discutable. Les autorités de résolution disposent d'une grande liberté d'action. Afin de respecter les objectifs de la résolution, particulièrement la préservation de la stabilité financière, elles peuvent légalement porter atteinte à différentes règles de droit. Face à la défaillance d'un établissement de crédit, les autorités de résolution semblent habilitées à adopter différentes mesures en dérogeant au droit commun (§2). Dans ce contexte, la légitimité de ces mesures, ainsi que des pouvoirs exorbitants confiés aux autorités de résolution, pourront difficilement être remises en cause, dans la mesure où les défaillances bancaires apparaissent comme des risques majeurs pour l'ensemble du système économique et ses acteurs. Néanmoins, la légitimité des dispositifs de résolution peut interroger dès lors qu'ils sont appliqués dans un cadre préventif, alors que l'établissement de crédit est encore *in bonis* (§1).

§1 : DES ATTRIBUTS DISCUTABLES DANS LE CAS D'UN ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT *IN BONIS*

248. – La mise en place de plans de rétablissement et de résolution. Une des innovations majeures du droit de la résolution des défaillances bancaires participe à conférer un rôle crucial aux autorités de résolution. Il s'agit de la planification *ex ante* de dispositifs préventifs, destinés à prévenir et à traiter les difficultés financières rencontrées par les établissements de crédit. En effet, l'une des particularités du droit de la résolution des défaillances bancaires est qu'il impose la conception, en amont de toutes difficultés, de plans de rétablissement et de plans de résolution. Ces plans, élaborés *intuitu personae*, ont tous deux vocation à prévoir des mesures adaptées aux particularités de chaque établissement, pouvant être mises en œuvre avec célérité, si l'un d'eux venait à rencontrer des difficultés. Ces plans font l'objet d'une grande flexibilité et adaptabilité. Leur conception, tout comme leur mise à jour régulière⁵⁰⁴, constitue une obligation légale qui pèse tantôt sur les établissements de crédit, tantôt sur les autorités de résolution.

Les plans de rétablissement doivent être conçus par les établissements de crédit eux-mêmes. Ces derniers sont ainsi tenus d'élaborer et de mettre à jour ces dits plans⁵⁰⁵. Cependant, cette tâche sera soumise à une évaluation réalisée par les autorités de supervision compétentes. Si le plan est insatisfaisant au regard des objectifs recherchés, l'autorité pourra enjoindre l'établissement de procéder à la modification de ce dernier. En ce qui concerne les plans de résolution, ce sont cette fois les autorités de résolution compétentes qui sont chargées de procéder à la conception et à la mise jour de ces plans, pour chaque établissement relevant de leur compétence. Bien que cette

⁵⁰⁴ Les plans de rétablissement doivent être mis à jour au moins une fois par an.

⁵⁰⁵ À propos de l'obligation de planification qui pèse sur les établissements de crédit, *Cf.* Partie II, Titre I, Chapitre I.

innovation initiée par le droit de la résolution des défaillances puisse être saluée, il semble devoir être constaté qu'en intervenant *ex ante* dans le cadre de cette planification (I), les autorités de résolution et de supervision interfèrent dans l'organisation des établissements de crédit et restreignent leurs libertés. Si cela semble justifié dans un contexte curatif, dès lors que l'établissement fait peser des risques graves sur la stabilité financière, tel n'est pas forcément le cas dans un cadre préventif. Or, les autorités de résolution ont également la capacité d'enjoindre les établissements de crédit qui ne sont pas en état de défaillance, voire qui ne rencontre aucune difficulté, de mettre en œuvre certains dispositifs contraignants, qui peuvent altérer leurs droits et libertés (II). Dans ce contexte, la légitimité des pouvoirs prépondérants accordés aux autorités de résolution peut sembler discutable.

I) L'intervention majeure des autorités de supervision et de résolution dans le cadre de la planification du rétablissement et de la résolution

249. – La conception, l'approbation, ainsi que la modification des plans de rétablissement et de résolution, laisse une place importante aux autorités de résolution et de supervision. De ce fait, les établissements de crédit voient leur rôle limité dans ces missions de planification (A). Pourtant, la mise en œuvre de ces plans produira des effets directs sur leur fonctionnement. En ce sens, certains de leurs droits et libertés peuvent sembler altérés du fait des pouvoirs extraordinaires accordés aux autorités bancaires compétentes. Pour comprendre les enjeux et les effets de ces plans de rétablissement et de résolution, il conviendra de déterminer leur nature (B), ce qui conditionnera notamment la possibilité pour les établissements de crédit de défendre leurs intérêts par la voie juridictionnelle.

A) La limitation du rôle des établissements de crédit dans la planification du rétablissement et de la résolution

250. – Les plans de rétablissement et de résolution sont des innovations en droit qu'il convient de définir (1). Leur conception mobilisant différents acteurs, relevant de différentes échelles, il semble également nécessaire à la compréhension de notre étude de préciser la répartition des compétences entre chaque entité participant à ces tâches de planification (2).

1) Définition des plans de rétablissement et de résolution

251. – La notion familière de plan. La notion de plan⁵⁰⁶ est une notion a priori *a-juridique*, qui est pourtant régulièrement employée en droit. Issue du droit public, elle a su faire sa place en droit privé⁵⁰⁷, notamment en droit des entreprises en difficulté. Pourtant, les plans rencontrés dans le droit de la résolution des défaillances bancaires ne peuvent être assimilés, ni comparés, à ceux connus dans le contexte des procédures collectives. La mise en exergue de leurs divergences nous permettra d'observer les éléments qui définissent les plans de rétablissement et les plans de résolution.

252. – Distinction avec les plans rencontrés en droit des entreprises en difficulté. En droit des entreprises en difficulté, la conception de plans – de sauvegarde ou redressement –, est chose commune. Bien qu'ils semblent partager certaines caractéristiques⁵⁰⁸ avec les plans rencontrés en droit de la résolution des défaillances bancaires, plusieurs divergences conduisent à les distinguer⁵⁰⁹. Une dissemblance majeure entre ces derniers est relative au moment de leur conception. En effet, dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires, les plans sont conçus *ex ante*, alors qu'en procédure collective, ils sont conçus *ex post*. Le droit de la résolution des défaillances bancaires est marqué par une forte anticipation, permettant ainsi aux autorités d'agir le cas échéant avec célérité. Les plans sont donc conçus en amont de toute difficulté, de manière prospective afin de gagner en efficacité.

Une seconde dissemblance relève du fait que l'élaboration des plans est une tâche qui incombe traditionnellement – dans le cadre des procédures collectives⁵¹⁰ –, au débiteur⁵¹¹ ainsi qu'à l'administrateur judiciaire⁵¹², dont les compétences varient en fonction des procédures⁵¹³. Dans le

⁵⁰⁶ Voy. à propos : NEUVILLE S., *Le plan en droit privé*, préf. SAINT-ALARY-HOUIN C., LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 296, 1998.

⁵⁰⁷ *Idem*.

⁵⁰⁸ En ce sens : D'AMBRA D., FRISON-ROCHE M.-A., « La résolution bancaire : entre droit commun des procédures collectives et droit commun de la régulation », in *Liber amicorum, Mél. VALLENS J.-L.*, Joly éd., Lextenso, 2017, p. 293-304, spéc. p. 298, 299.

⁵⁰⁹ Sur le rapport entre procédures collectives et résolution des défaillances bancaires, Cf. Partie I, Titre I, Chapitre II.

⁵¹⁰ À propos de l'élaboration des plans de sauvegarde et de redressement, voy. notamment : *Rev. Proc. Coll.*, 2015, n° 3, mai 2015, dossier « Les plans, dans le livre VI du code de commerce » ; BLANC G., « Entreprise en difficulté. Plan de sauvegarde et de redressement », *Rép. Soc.*, juill. 2015 ; SAINT-ALARY-HOUIN C., HOUIN-BRESSAND C., « Plan de redressement », *J.-Cl Proc. Coll.*, 2018, fasc n° 2630 ;

⁵¹¹ Cf. Art. L. 626-2 du C. com

⁵¹² Précisions néanmoins que la nomination d'un administrateur n'est pas obligatoire dès lors que l'entreprise ne dépasse pas certains seuils fixés par décret. Cf. Art. L. 621-4 du C. com.

⁵¹³ Sur l'articulation des rôles entre débiteur et administrateur judiciaire dans l'élaboration des plans de sauvegarde et de redressement, Cf. Art. L. 626-2 du C. com. et art. L. 631-19, I du C. com. Voy. à propos également :

cadre des plans de rétablissement et de résolution, l'administrateur se voit substitué par une autorité administrative de résolution ou de supervision, et le débiteur voit quant à lui son rôle se limiter.

En droit des entreprises en difficulté, une fois le plan élaboré, il doit être adopté. C'est le juge judiciaire qui intervient alors, après avoir consulté le ministère public⁵¹⁴ et entendu les organes de la procédure⁵¹⁵, pour statuer sur le plan. L'adoption du plan et la production d'effets par celui-ci est donc le fait d'une décision judiciaire. En conséquence, le plan en droit des entreprises en difficulté doit être analysé comme un « *acte judiciaire, produit par une décision à caractère juridictionnel* »⁵¹⁶. En ce sens, la décision arrêtant le plan est susceptible de recours⁵¹⁷, voire de tierce opposition⁵¹⁸. Le rôle majeur du juge en matière de procédure collective marque une divergence fondamentale avec le droit de la résolution des défaillances bancaires. En effet, le juge y est totalement exclu de la conception des plans de rétablissement et de résolution. Il ne joue en la matière aucun rôle. Ce sont les autorités de résolution et de supervision qui sont compétentes pour valider les plans.

Enfin, une dernière divergence entre les plans rencontrés en droit des entreprises en difficulté et en droit de la résolution des défaillances bancaires tient à leurs effets. Si les plans de sauvegarde et de redressement font l'objet d'un caractère obligatoire⁵¹⁹, il n'en est pas de même des plans de rétablissement et de résolution. Les plans connus en procédure collective sont en effet assortis d'une durée et doivent impérativement être exécutés, dans les conditions prévues. À cette fin, un commissaire à l'exécution du plan est nommé⁵²⁰, pour veiller à la bonne exécution de celui-ci, ainsi qu'au respect des engagements du débiteur. L'inexécution du plan par le débiteur pourra par ailleurs conduire à la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, ainsi qu'à l'ouverture d'une nouvelle procédure. Or, dans le contexte du droit de la résolution des défaillances bancaires, les plans ne disposent pas d'un caractère obligatoire. Ils ne constituent pas des engagements intangibles⁵²¹, mais représentent davantage des outils prospectifs. Par conséquent, l'autorité compétente constatant la rencontre par un établissement de crédit de difficultés, pourra décider de recourir ou non, à l'application de mesures prévues par le plan de rétablissement ou de résolution de l'établissement. Si celles-ci ne sont *in fine* pas adaptées à la situation effectivement rencontrée par l'établissement, l'autorité pourra décider d'écarter leur mise en œuvre et d'y substituer

CAVIGLIOLI C., « La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire », in *La loi du 25 juillet a 20 ans. Entre bilan et réforme*. Colloque Toulouse, 2005, RLDA, supp. Mars 2005, n° 80, p. 28.

⁵¹⁴ Art. R. 626-17 du C. com.

⁵¹⁵ Art. L. 626-9 du C. com.

⁵¹⁶ LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, 8^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 630.

⁵¹⁷ Art. L. 661-1, 6^o du C. com.

⁵¹⁸ Art. L. 661-3 du C. com.

⁵¹⁹ LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 658.

⁵²⁰ *Cf.* Art. L. 626-25 du C. com.

⁵²¹ VABRES R., « Les plans (préventifs) de résolution », *op. cit.*, p. 166.

l'application d'autres mesures. En ce sens, les plans apparaissent comme des outils qui offrent une connaissance approfondie des établissements de crédit et laissent présager des perspectives d'intervention rapides en cas de difficulté. Pour autant, ils n'entravent pas la liberté d'action et la flexibilité nécessaire aux autorités de résolution pour prévenir et traiter avec efficacité et pragmatisme, les défaillances bancaires.

2) Répartition des compétences en matière de planification

253. – Articulation des compétences entre autorités. Si les plans de rétablissement et de résolution doivent être distingués, ils partagent cependant plusieurs caractéristiques. En effet, ils procèdent tous deux à une description détaillée de l'établissement, de son organisation juridique et financière, de ses activités et des risques qui l'entourent. Ils prévoient également tous deux d'éventuelles difficultés que pourrait rencontrer un établissement et les solutions préventives ou curatives qui pourraient y être apportées⁵²². L'élaboration et la mise à jour de ces plans demandant un travail si important, que certains ont pu suggérer de combiner leurs informations afin de réaliser un plan unique, comprenant un volet préventif et un volet curatif. Cette unification pourrait également permettre de limiter le nombre d'acteurs intervenant dans cette opération de planification. En effet, les plans de rétablissement sont conçus par les établissements de crédit et peuvent faire l'objet de modifications, de la part du collège de supervision de l'ACPR⁵²³, pour les établissements de crédit les moins importants et par le BCE, pour les établissements les plus importants⁵²⁴. En ce qui concerne les plans de résolution, c'est le collège de résolution de l'ACPR qui sera compétent pour les établissements les moins importants et le Conseil de résolution unique pour les plus importants. Bien que lesdites autorités soient amenées à travailler en coopération, il n'en reste pas moins qu'au moins quatre autorités différentes sont tenues de réaliser des tâches similaires. Précisons que, dans le cadre des groupes de sociétés, les autorités des pays d'où relèvent les succursales peuvent également être amenées à participer à cette planification⁵²⁵. Ainsi, peut-être

⁵²² Pour plus d'informations sur le contenu des plans cf. Partie II, Titre I, Chapitre I.

⁵²³ Art. L. 613-36 du CMF.

⁵²⁴ Règl. (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 oct. 2013, art. 4, 1°, i). La Banque centrale européenne a d'ailleurs publié différents documents rapportant les informations importantes qu'elle a pu recueillir dans l'exercice de cette mission. Voy. notamment : BCE, « Covid-19 exposes weaknesses in bank's recovery plans », *Supervision newsletter*, 17 fevr. 2021 ; BCE, « Benchmarking of Recovery Plans. Based on 2019 cycle plans, assessed by the SSM until July 2020 », avr. 2021 ; BCE, « Report on recovery plans », juill.2018 ;

⁵²⁵ Voy. en ce sens notamment : GOURIO A., « Le traitement international de la résolution », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2015, dossier 53 ; LABOUREIX D., « Réflexions sur la résolution d'un groupe bancaire transfrontalier », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 54.

serait-il judicieux de limiter le nombre d'entités compétentes en la matière, tout en conservant une place importante pour la coopération.

B) La nature des plans de rétablissement et de résolution

254. – Natures à exclure. L'absence de décision judiciaire arrêtant les plans de rétablissement et de résolution conduit à s'interroger sur la nature juridique de ceux-ci. N'étant pas adoptés par le juge, ils ne pourront donc pas être définis comme des actes juridictionnels⁵²⁶, au même titre que les plans de sauvegarde et de redressement. La nature des plans de rétablissement et de résolution doit donc être déterminée. Or, il semble que celle-ci puisse être appréhendée au travers de plusieurs indices, soit l'acteur qui les élabore, le contexte de leur adoption, ainsi que leurs effets.

Les plans de rétablissement et de résolution sont conçus tantôt par les établissements de crédit, tantôt par les autorités de résolution compétentes. Dénués d'effet obligatoire, leur finalité est seulement de favoriser la réactivité des autorités, si l'un des scénarios envisagés par les plans venait à se réaliser⁵²⁷. Par conséquent, lesdits plans ne constituent pas des engagements intangibles⁵²⁸. En outre, le rôle des établissements de crédit dans la conception des plans reste limité, dans la mesure où les autorités de résolution sont seules chargées de concevoir les plans de résolution, et que les autorités de supervision peuvent contraindre les établissements à modifier les plans de rétablissement qu'ils ont conçus. En ce sens, lesdits plans ne peuvent constituer des conventions liant les établissements aux autorités, dès lors qu'il n'y a pas d'accord de volonté⁵²⁹. Notons par ailleurs, qu'au vu des éléments précités, la nature des plans de rétablissement et des plans de résolution ne semble pouvoir être identique.

255. – Hétérogénéité des natures. Les plans de résolution sont conçus par une autorité administrative et s'impose aux établissements de crédit. Ils doivent donc pouvoir être qualifiés d'actes administratifs individuels. Les plans de rétablissement eux, sont conçus directement par les établissements de crédit. Ils semblent ainsi pouvoir être définis comme des actes unilatéraux⁵³⁰. Ce constat fait écho à la thèse du Professeur Neuville portant sur le plan en droit privé, qui constatait

⁵²⁶ SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, MONSÉRIÉ-BON M.-H., HOUIN-BRESSAND C. (conc.), 12^{ème} éd., LGDJ, 2020, p. 659.

⁵²⁷ VABRES R., « Les plans (préventifs) de résolution », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 163-175, spéc. p. 164.

⁵²⁸ VABRES R., « Les plans (préventifs) de résolution », *op. cit.*, p. 166.

⁵²⁹ En ce sens : *Idem*, p. 175.

⁵³⁰ L'article 1100-1 du C. civ. issu de l'ordonnance du 10 février 2016, qui définit les actes juridiques, précise qu'ils sont de deux sortes : conventionnels ou unilatéraux. Voy. à propos des actes juridiques unilatéraux : *Dictionnaire du contrat*, MAZEAUD D., BOFFA R., BLANC N. (dir.), LGDJ, coll. Les dictionnaires, 2018, p. 42-46 ; ENCINAS DE MUNAGORI R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. LYON-CAEN A., LGDJ, 1996 ; MARTIN DE LA MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral*, Thèse Toulouse, 1951.

déjà que « *l'acte juridique unilatéral est ainsi souvent utilisé en matière de planification* »⁵³¹. Il précisait également que l'acte tient son caractère juridique du fait qu'il répond à une obligation légale⁵³². Cela conforte notre définition, puisque la réalisation des plans de rétablissement est une obligation légale qui résulte de l'article L. 613-35 du Code monétaire et financier, ainsi que de l'article 5 de la directive 2014/59/UE⁵³³.

Précisions enfin que ces deux actes sont tous deux assortis d'une condition suspensive, la réalisation des conditions justifiant la mise en œuvre du plan. À cette condition s'ajoute également une condition résolutoire⁵³⁴, le changement de stratégie de l'établissement ou de l'autorité de résolution, lors de la mise à jour ou de la mise en œuvre du plan.

II) L'édition d'injonctions préventives multiples par les autorités de supervision et de résolution

256. – Face à un établissement de crédit peu solide, qui n'est pas pour autant en état de défaillance avérée ou prévisible, les autorités de résolution se doivent d'agir avec dynamisme et d'adopter des mesures fortes. L'idée première n'est pas nécessairement d'éviter une crise financière, mais d'éviter premièrement le recours à une procédure de résolution, avec les coûts qu'elle peut engendrer pour l'établissement en difficulté, pour ses créanciers et l'ensemble des marchés, voire pour l'État. Afin d'éviter ces différents préjudices, les autorités de résolution sont habilitées à prononcer de nombreuses injonctions à titre préventif, pouvant influencer sur l'organisation juridique, financière et opérationnelle des établissements assujettis (A). S'imposent alors à l'établissement de crédit diverses obligations de faire ou de ne pas faire certaines actions. Ces injonctions peuvent contraindre les établissements à opérer certains changements, notamment d'ordre structurel et organisationnel. Elles peuvent également venir modifier leurs activités. En ce sens, des atteintes aux libertés économiques des établissements de crédit peuvent être constatées (B).

A) Des injonctions relatives à l'organisation juridique, financière et opérationnelle des établissements de crédit

⁵³¹ NEUVILLE S., *Le plan en droit privé, op. cit.*, p. 118.

⁵³² *Idem.*

⁵³³ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

⁵³⁴ En ce sens également : VABRES R., « Les plans (préventifs) de résolution », *op. cit.*, p. 175.

257. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires offre de nombreux outils et moyens d'action aux autorités de résolution. Le Conseil de résolution unique (ci-après CRU), comme les autorités compétentes nationales (ci-après ACN) ont donc, en fonction de l'importance de l'établissement, la possibilité de prononcer certaines injonctions à l'égard des établissements nécessitant un traitement préventif. Rappelons également que les autorités de supervision peuvent imposer certaines mesures d'intervention précoce. Les autorités de résolution peuvent intervenir d'abord, en imposant à un établissement de crédit de supprimer les obstacles à sa résolvabilité. Elles peuvent également intervenir par le biais de mesures d'intervention précoce, comprenant notamment l'application de mesures prévues par le plan de rétablissement de l'établissement. Si lesdites autorités décident de mettre en œuvre certaines mesures en procédant à différentes injonctions, celles-ci pourront être relatives aux activités de l'établissement (1), à sa situation financière (2) ou encore à son organisation et sa structure (3).

1) Des injonctions relatives aux activités de l'établissement

258. – Dans le cas où l'autorité de résolution constate d'importants obstacles à la résolvabilité d'un établissement de crédit et l'a notifié à l'établissement sans pour autant que des changements suffisants n'aient été opérés par celui-ci, elle peut exiger qu'il mette en œuvre les mesures qu'elle aura alors directement déterminées⁵³⁵. Ainsi, l'autorité de résolution peut exiger que l'établissement limite certaines activités, voire même procède à leur interruption, qu'elles soient en cours ou simplement prévues⁵³⁶. L'autorité de résolution peut également imposer à l'établissement qu'il restreigne ou qu'il s'abstienne de développer certaines activités déjà exercées ou de nouvelles activités, ainsi que de vendre certains produits nouveaux ou existants⁵³⁷.

Outre son intervention dans le cadre de la suppression des obstacles à la résolvabilité, l'autorité de résolution peut également intervenir par le biais de mesures d'intervention précoce. Dans ce contexte, l'autorité de résolution peut exiger de l'établissement qu'il procède à la modification de sa stratégie commerciale⁵³⁸.

2) Des injonctions relatives à la situation financière de l'établissement

⁵³⁵ L'article 17 de la directive « BRRD » dispose en substance que l'autorité de résolution doit notifier à l'établissement de crédit les obstacles significatifs à sa résolvabilité. L'établissement dispose alors de quatre mois, à compter de la réception de la notification, pour réduire ou supprimer les obstacles qui ont été signalés par l'autorité. Si celle-ci considère que les mesures décidées par l'établissement sont insuffisantes, elle pourra déterminer elle-même de nouvelles mesures et imposer à l'établissement de les mettre en œuvre.

⁵³⁶ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5^o, e).

⁵³⁷ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5^o, f).

⁵³⁸ Dir. 2014/59/UE, art. 27, 1^o, f).

259. – L'autorité de résolution peut également intervenir dans un cadre préventif, en modifiant certains aspects financiers de l'établissement. Elle peut également imposer à l'établissement qu'il procède à la conclusion de contrats de service au sein du groupe auquel il appartient ou avec des tiers, afin d'assurer la continuation de ses fonctions critiques⁵³⁹. L'autorité de résolution peut également exiger que l'établissement émette des engagements éligibles afin de répondre aux exigences qui y sont relatives⁵⁴⁰. Dans le même sens, elle peut imposer à l'établissement de renégocier ses engagements éligibles et ses instruments de fonds propres⁵⁴¹. L'ensemble des injonctions susmentionnées peuvent être prononcées par l'autorité de résolution dans le cadre de la suppression des obstacles à la résolvabilité. Dans le cadre d'une intervention précoce cette fois, l'autorité de résolution peut ordonner à la direction de l'établissement qu'elle constitue un plan afin de procéder à la restructuration de sa dette avec tout ou partie de ses créanciers, en conformité avec les dispositions prévues par le plan de redressement. Enfin, l'autorité de résolution a également la capacité d'interdire ou de limiter tout soutien intra-groupe⁵⁴².

3) Des injonctions relatives à l'organisation de l'établissement

260. – Les injonctions préventives de l'autorité de résolution peuvent également porter sur des éléments relevant de l'organisation même de l'établissement. Dans ce contexte, ladite autorité peut dans le cadre de la suppression des obstacles à la résolvabilité, ordonner à un établissement de se séparer de certains actifs⁵⁴³. Elle peut également exiger que celui-ci procède à la modification de sa structure juridique et opérationnelle, de sorte à réduire la complexité de celle-ci⁵⁴⁴. Cette modification doit également permettre de séparer juridiquement et opérationnellement, les fonctions critiques des autres fonctions de l'établissement. Enfin, l'autorité de résolution peut également exiger que l'établissement crée une compagnie financière holding mère dans un État membre ou une compagnie financière holding mère dans l'Union⁵⁴⁵. Par ailleurs, si l'établissement est une filiale d'une compagnie holding mixte, l'autorité peut ordonner que cette dernière crée une compagnie financière holding distincte, afin de contrôler l'établissement, dès lors que cela pourrait faciliter la résolution de celui-ci⁵⁴⁶.

⁵³⁹ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5°, a).

⁵⁴⁰ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5°, i).

⁵⁴¹ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5°, j).

⁵⁴² Dir. 2014/59/UE, art. 25.

⁵⁴³ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5°, e).

⁵⁴⁴ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5°, g).

⁵⁴⁵ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5°, h).

⁵⁴⁶ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 5°, k).

Dans le cadre d'une intervention précoce, l'autorité de résolution peut imposer à l'établissement qu'il élabore un programme d'action fixant les moyens de surmonter les difficultés rencontrées. Elle peut exiger de la direction qu'elle convoque une réunion des actionnaires, voire en cas de lacune de celle-ci, de convoquer elle-même l'assemblée. Dans ces deux cas, l'autorité sera habilitée à établir elle-même l'ordre du jour et à décider du vote de certaines décisions par les actionnaires⁵⁴⁷. Plus encore, l'autorité de résolution est habilitée à destituer un ou plusieurs membres de la direction et à remplacer ceux-ci par d'autres. Elle peut également nommer un administrateur temporaire. Enfin, ladite autorité peut dans ce cadre également imposer à l'établissement qu'il modifie sa structure juridique et opérationnelle.

B) L'altération des droits et libertés économiques des établissements de crédit

261. – En imposant aux établissements de crédit peu solides certaines actions, les autorités de résolution disposent de pouvoirs exorbitants qui peuvent altérer les droits et les libertés de ces derniers (1). Or, le législateur a lui-même affirmé dans les textes régissant le droit de la résolution des défaillances bancaires, que celui-ci respectait les droits et les libertés des établissements de crédit assujettis. Par conséquent, on peut s'interroger sur la véracité de cette affirmation, qui semble de prime abord contestable (2).

1) La détermination des droits et des libertés altérés

262. – **Une pluralité d'atteintes.** En imposant à des établissements de crédit peu solides des modifications substantielles de leur structure juridique et financière, ainsi qu'en modifiant leurs activités, le droit de la résolution des défaillances bancaires altère indéniablement leurs droits et libertés économiques⁵⁴⁸. On entend par libertés économiques, la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que la liberté contractuelle, ces dernières étant étroitement liées, voire indissociables. En effet, si d'aucuns considèrent que la liberté d'entreprendre est synonyme de liberté du commerce et de l'industrie⁵⁴⁹, la liberté contractuelle⁵⁵⁰ serait quant à elle

⁵⁴⁷ Dir. 2014/59/UE, art. 27, 1^o, g).

⁵⁴⁸ DRAGO G., LOMBARD M. (dir.), *Les libertés économiques*, Éditions Panthéon-Assas, 2003. *Adde.* BERGÉ J.-S., « Variations sur les libertés économiques », in *Le droit économique au XXI^{ème} siècle. Notions et enjeux*, RACINE J.-B. (dir.), LGDJ, coll. Droit & économie, 2020.

⁵⁴⁹ BLAISE J.-B., DESGORCES R., *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, 11^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2021, p. 317.

⁵⁵⁰ GAHDOUN P.-Y., « La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préf. ROUSSEAU D., Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2008 ; LEVENEUR L., « La liberté contractuelle », *AJDA*, 1998, p. 677 ; DUFFY A., « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *Rev. Dr. Pub.*, n^o 6, nov. 2006,

une composante de la liberté d'entreprendre⁵⁵¹. Attachons-nous par conséquent à étudier les atteintes portées à la liberté d'entreprendre des établissements de crédit *in bonis* soumis à des injonctions préventives émises par les autorités de résolution.

Au-delà des libertés économiques, c'est également un droit économique, le droit de propriété des établissements de crédit en difficulté, qui peut être altéré par les injonctions préventives prononcées par les autorités de résolution, notamment lorsqu'elles ordonnent la cession des actifs desdits établissements.

263. – Protection de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété. L'ensemble des injonctions prononcées par l'autorité de résolution à l'égard des établissements de crédit en difficulté viennent altérer leur liberté d'entreprendre en déterminant leur comportement. Or, si la liberté d'entreprendre se définit comme un droit fondamental de « *second rang* »⁵⁵², elle est reconnue par le Conseil constitutionnel comme une liberté à valeur constitutionnelle⁵⁵³. Ce dernier précise cependant qu'elle n'est ni générale, ni absolue⁵⁵⁴. Dès lors, il est possible de déroger au principe, sous couvert du respect de certaines conditions. La liberté d'entreprendre est également protégée par le droit européen, au moyen de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Celui-ci dispose en effet, que « *la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* ».

En ce qui concerne le droit de propriété, il est considéré comme un droit fondamental consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et fait partie du bloc constitutionnel⁵⁵⁵. Il est défini comme un droit « *naturel et imprescriptible* »⁵⁵⁶, « *inviolable et sacré* »⁵⁵⁷. Le droit communautaire affirme également le droit au respect des biens. Cette protection est assurée par l'article premier du protocole n° 1 de la Convention de sauvegarde des droits de

p. 1569 ; TERNEYRE P., « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° 9, p. 667 ; BROUSSOLLE Y., « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », *JCP G.*, n° 13, 1995, p. 121 ; MODERNE F., « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle », *RDF A*, n° 1, 2006, p. 2. Voy. Pris dans un autre sens : MAYMONT A., *La liberté contractuelle du banquier. Réflexions sur la sécurité du système financier*, avant-propos STOUFFLET J., préface LEGAIS D., Centre Michel De L'hôpital, 2014.

⁵⁵¹ AUDUBERT V., « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *Rev. Droits de l'Homme*, n° 18, juill. 2020 ; DRAGO G., « Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre », in *Les libertés économiques*, DRAGO G., LOMBARD M. (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 31.

⁵⁵² KOS'ISAKA N., « Le risque à l'aune de la protection des libertés économiques », in *La constitution économique* MARTUCCI F., MONGOUACHON C. (coord.), La mémoire du droit éd., 2015, p. 165-190.

⁵⁵³ C. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *La loi de nationalisation*, Rec. 18. Cette décision a été confirmée par de nombreuses autres décisions.

⁵⁵⁴ C. const., n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Modalités d'application des privatisations*, Rec. 41.

⁵⁵⁵ Voy. à propos : ZATTAZA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, coll. Bibl. Dr. Privé, 2001.

⁵⁵⁶ Art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁵⁵⁷ Art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

l'homme et des libertés fondamentales⁵⁵⁸, ainsi que par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵⁵⁹.

Le droit de la résolution des défaillances bancaires semble ainsi donc altérer des droits pourtant largement protégés. Le constat est ici simplement opéré. Nous aurons dans la suite de notre étude l'occasion de nous interroger quant à la légalité de telles atteintes⁵⁶⁰.

2) La contestable affirmation par le législateur du respect des droits et libertés économiques

264. – Les injonctions prononcées par les autorités de résolution prennent appui sur des dispositions légales qui confèrent à ces dernières des pouvoirs exorbitants. Les textes régissant le droit de la résolution des défaillances bancaires abordent d'ailleurs eux-mêmes d'éventuelles atteintes aux droits et libertés des établissements de crédit, en venant d'une part les encadrer, et d'autre part, les légitimer. Dans le considérant 29 de la directive 2014/59/UE⁵⁶¹, le législateur précise à propos du pouvoir d'exiger des modifications structurelles et organisationnelles de l'établissement dans le cadre de la suppression des obstacles à la résolvabilité, qu' « *afin de ne pas porter atteinte à la liberté d'entreprise reconnue par l'article 16 de la charte, le pouvoir discrétionnaire des autorités devrait se limiter à ce qui est nécessaire pour simplifier la structure et les activités de l'établissement à seule fin d'en améliorer la résolvabilité* ». Le législateur vient ainsi borner l'action des autorités de résolution et encadrer les atteintes à la liberté d'entreprendre.

Le considérant 24 de ladite directive précise quant à lui, à propos du pouvoir dont dispose l'autorité de résolution d'exiger la modification des plans de rétablissement, que « *cette obligation peut affecter la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la charte* ». Le texte ajoute que « *la limitation de ce droit fondamental est néanmoins nécessaire pour atteindre les objectifs de stabilité financière. Plus précisément, elle est nécessaire pour renforcer l'activité des établissements et éviter qu'ils ne croissent de manière excessive ou prennent des risques excessifs, sans pouvoir surmonter des pertes et des revers éventuels et reconstituer leurs fonds propres. La limitation est proportionnée parce que les mesures préventives sont permises dans la mesure où elles sont nécessaires pour remédier aux lacunes et elle est donc conforme à l'article 52 de la charte* ». Précisions que l'article 52 de la

⁵⁵⁸ Celui-ci dispose que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* » et que « *nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

⁵⁵⁹ Celui-ci dispose dans son paragraphe premier que « *nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et des conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte* ». La Charte prévoit également que « *l'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ».

⁵⁶⁰ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre II.

⁵⁶¹ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit les conditions justifiant la limitation de certains droits ou libertés reconnus par celle-ci⁵⁶².

L'action du législateur paraît ici quelque inopportune, puisqu'il s'accorde en définitive des prérogatives qui devrait relever du juge. En effet, il établit lui-même, en amont de tout contrôle juridictionnel, que les dispositions qu'il établit sont proportionnées et donc sont conforme à l'article 52 de la charte. De plus, la justification du caractère proportionné peut sembler insuffisante. En effet, il semble difficile d'affirmer *ex ante* que dans chaque cas rencontré en pratique, toutes les mesures imposées seront systématiquement proportionnées, sans qu'aucune erreur d'appréciation ne puisse être commise. Il semblerait davantage légitime que le caractère proportionné d'une injonction prononcée par une autorité de résolution, soit apprécié *in concreto* et *ex post*, et non de manière abstraite et générale.

En outre, le considérant 24 de la directive 2014/59/UE dispose à propos des demandes de modifications des plans de rétablissement, que « *la limitation [de la liberté d'entreprise] est proportionnée parce que les mesures préventives sont permises dans la mesure où elles sont nécessaires pour remédier aux lacunes [des plans de rétablissement]* » et considère de ce fait que cette limitation est conforme à l'article 52 de la charte. Le législateur établit en d'autres termes, que l'atteinte à la liberté d'entreprise des établissements de crédit *in bonis*, engendrée par l'injonction de modifier le plan de rétablissement, est justifiée parce qu'elle permet de corriger les lacunes du plan. Or, ici le lien direct entre l'intérêt général et un plan conçu *ex ante*, qui n'a pas nécessairement vocation à être appliqué en l'état, n'est pas évident. En ce sens, la justification prévue *ex ante* par le législateur peut sembler insatisfaisante. En effet, dans le cadre de la modification des plans de rétablissement, l'autorité de résolution peut imposer des actions venant modifier l'organisation et l'activité d'établissements de crédit qui ne rencontrent pas de difficulté financière. Il semble ainsi difficile de considérer de manière systématique, que les atteintes à la liberté d'entreprendre sont proportionnées. Ici encore, ce caractère devrait être apprécié *in concreto*.

265. – Ainsi, de manière générale, le respect des droits et libertés fondamentaux affirmé par le législateur, devra être apprécié devant le juge au cas par cas. Le considérant 130 de la directive « BRRD » précise également que « *la présente directive respecte les droits fondamentaux et les droits, libertés et principes reconnus, en particulier, par la charte, et en particulier le droit de propriété, le droit à un recours effectif et*

⁵⁶² L'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose en ce sens que : « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnues par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ».

à un tribunal impartial, et les droits de la défense ». Or, ici encore cette affirmation peut sembler discutable. En effet, nous serons amenés à constater qu'en matière de recours également, les droits des requérants restent malheureusement assez limités⁵⁶³.

§2 : DES DISPOSITIFS DÉROGATOIRES JUSTIFIABLES FACE À LA DÉFAILLANCE D'UN ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT

266. – Si l'altération des droits et des libertés des établissements de crédit *in bonis* peut sembler sur certains aspects critiquable, la situation n'est pas la même lorsque l'on est face à un établissement de crédit défaillant. En effet, à l'aune de l'importance des risques que les défaillances bancaires font peser sur la stabilité financière et sur l'ensemble du système bancaire et financier, le caractère justifié des dispositifs dérogatoires mis en œuvre par les autorités de résolution semble difficilement pouvoir être remis en cause. Ainsi, la restriction des droits et des libertés des établissements défaillants soumis à une procédure de résolution (I) semble nécessaire et adaptée, d'autant qu'elle reste encadrée par le droit de la résolution des défaillances bancaires (II).

I) La restriction des droits et libertés des établissements soumis à une procédure de résolution

267. – Un établissement de crédit défaillant soumis à une procédure de résolution verra indiscutablement ses droits et ses libertés altérés, pour traiter sa situation tout en limitant les effets pervers de celle-ci. L'établissement verra dès lors son pouvoir décisionnel limité, au profit des différents acteurs participant à son traitement. La direction de l'établissement pourra ainsi se voir destituée au profit d'un administrateur spécial (A) et les autorités de résolution bénéficieront de pouvoirs accrus en étant chargées de la mise en œuvre des instruments de résolution (B).

A) La destitution de la direction au profit d'un administrateur spécial

268. – Révocation de la direction. En principe, l'ouverture d'une procédure de résolution entraîne la destitution de l'organe de direction et de la direction générale de l'établissement défaillant⁵⁶⁴. Cependant ceux-ci peuvent exceptionnellement rester en place si leur maintien total ou partiel paraît nécessaire au vu de circonstances exceptionnelles et permet de remplir les objectifs

⁵⁶³ Voy. *infra* n° 296.

⁵⁶⁴ Dir. 2014/59/UE, art. 34, 1°, c).

de la résolution⁵⁶⁵. La destitution de la direction est définie par la directive 2014/59/UE⁵⁶⁶ comme un principe général de la résolution. Les autorités nationales de résolution étant chargées de mettre en œuvre les mesures déterminées par le CRU, l'article L. 613-51-2 du Code de commerce confère ce pouvoir de révocation au collège de résolution. Il précise également que ledit collège est habilité à remplacer toute personne qui assure la direction effective de l'activité⁵⁶⁷, tels que les membres du directoire ou de la direction générale, ainsi que les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

269. – Remplacement de la direction. Dès lors qu'un établissement de crédit est soumis à une procédure de résolution, l'autorité de résolution peut décider, après avoir destitué la direction, de l'acteur qui aura vocation à la remplacer. L'autorité peut décider qu'elle exercera elle-même certaines prérogatives appartenant à la direction. Elle peut ainsi exercer les droits et les pouvoirs des détenteurs de titres de capital, au conseil d'administration, au conseil de surveillance, ainsi qu'à tout autre organe qui dispose de fonctions similaires ou qui exerce la direction effective de l'établissement⁵⁶⁸. L'autorité de résolution peut également décider de déléguer cette capacité à un administrateur spécial qu'elle aura nommé.

270. – Le rôle de l'administrateur spécial. L'administrateur spécial pourra être une personne physique ou une personne morale – l'autorité pouvant désigner à ce titre « toute personne »⁵⁶⁹ –. Cependant, celui-ci doit posséder les qualifications, les capacités et les connaissances nécessaires pour exécuter ses missions⁵⁷⁰. Précisons également que dans le contexte de la défaillance d'une entité affiliée à un groupe, l'autorité de résolution devra vérifier s'il n'est pas plus judicieux de nommer un administrateur commun pour l'ensemble des entités éventuellement concernées.

L'administrateur spécial se verra transférer l'ensemble des pouvoirs d'administration, de direction et de représentation, de l'établissement soumis à la procédure de résolution. Lui seront également confiés les pouvoirs des détenteurs de titres de capital⁵⁷¹. Cependant, l'administrateur spécial devra exercer ses pouvoirs sous le contrôle de l'autorité de résolution. Il se voit à cette fin confier un mandat, dont l'exercice lui incombe personnellement. Ce mandat est établi pour une durée d'un an et est prorogable exceptionnellement. Celui-ci peut également être interrompu à

⁵⁶⁵ Dir. 2014/59/UE, art. 34, 1^o, c).

⁵⁶⁶ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014.

⁵⁶⁷ Au sens des articles L. 511-13 et L. 532-2 du CMF.

⁵⁶⁸ Art. L. 613-51 du CMF.

⁵⁶⁹ Art. L. 613-51-1, I du CMF.

⁵⁷⁰ Dir. 2014/59/UE, art. 35, 1^o.

⁵⁷¹ Art. L. 613-51-1, I du CMF.

tout moment par l'autorité compétente. L'autorité de résolution doit préciser les limites de ce mandat et peut prévoir que certaines actions devront être soumises à son approbation préalable.

L'administrateur spécial est ainsi tenu de mettre en œuvre les mesures qui auront préalablement été décidées par l'autorité de résolution. Dans l'exercice de ses missions, il est tenu d'informer régulièrement l'autorité de résolution. Il doit ainsi transmettre à celle-ci des rapports relatifs à la situation économique de l'établissement soumis à la procédure, ainsi qu'à la mise en œuvre des dispositifs de traitement. La fréquence de transmission de ces rapports doit être précisée par l'autorité de résolution et est déterminée *in concreto*. Toutefois, l'administrateur devra systématiquement remettre ses rapports au début et à la fin de la procédure.

L'administrateur est tenu d'exercer ses missions en favorisant les objectifs de la résolution. Ainsi, si certaines mesures mettent en jeu d'autres objectifs ou principes, appartenant à d'autres droits, ceux du droit de la résolution des défaillances bancaires devront primer, quitte à ce que les mesures mises en œuvre soient dérogatoires au droit commun. Pour réaliser ses missions, l'administrateur spécial peut recourir à de tierces personnes, si cela est nécessaire et que l'autorité de résolution a donné son accord. Notons cependant, que ces tiers agissent alors pour le compte de l'administrateur spécial, ainsi que sous sa responsabilité⁵⁷².

B) Les pouvoirs accrus des autorités de résolution dans la mise en œuvre des instruments de résolution

271. – Un processus de restructuration de l'établissement défaillant. Les instruments de résolution peuvent être définis comme des dispositifs destinés à préserver les objectifs de la résolution, face à la défaillance d'un établissement de crédit. Ils doivent en ce sens permettre de préserver la stabilité financière, d'assurer la continuité des fonctions critiques des établissements, tout en limitant le recours à des fonds publics. Ils semblent cependant peu à même de préserver les actifs de l'ensemble des clients. Cet objectif est davantage poursuivi le mécanisme de garantie des dépôts et des titres.

Le droit de la résolution des défaillances bancaires propose quatre instruments de résolution. Bien que novateurs dans leur façon d'être présentés, ils n'emploient en réalité pas de procédé inconnu du droit. Ils paraissent en un sens même, tout à fait classiques⁵⁷³. Cependant, le droit de la résolution des défaillances bancaires encadre la mise en œuvre de ces instruments d'une

⁵⁷² Art. L. 613-51-1, I, al. 3, du CMF.

⁵⁷³ Dans le même sens : MAURIN A., *Vers une maîtrise du risque systémique*, *op. cit.*, p. 289, spéc. n° 307.

manière qui lui est propre. De plus, il prévoit la combinaison de différents dispositifs et facilite leur exécution, de sorte à proposer une gestion rapide et efficace des situations rencontrées.

Les instruments de résolution reposent *in fine* sur trois mécanismes : la cession et la réalisation d'actifs (1) d'une part, et la dépréciation d'actifs (2), d'autre part. Tous les instruments de résolution sont destinés à gérer de manière organisée la défaillance d'un établissement de crédit, en conservant ce qui a de la valeur, voire en maximisant celle-ci, et en se séparant de ce qui est toxique pour ledit établissement.

1) Des instruments fondés sur la cession et la réalisation d'actifs

272. – L'instrument de cession des activités. Le premier instrument de résolution tourné vers la cession des activités est qualifié d'instrument de cession des activités. C'est du moins ainsi que la directive 2014/59/UE le présente. Le Code monétaire et financier n'aborde pas la notion d'instrument. Il présente seulement les « *dispositions relatives à la cession d'activités* »⁵⁷⁴.

Par le biais de cet instrument, l'autorité de résolution compétente est habilitée à transférer toutes actions ou titres de propriété émis par l'établissement défaillant. Elle peut également procéder au transfert de tout actif, droit ou engagement, dudit établissement au profit d'un acquéreur. Si les pouvoirs de l'autorité de résolution sont forts en la matière, elle ne peut cependant imposer la cession au cessionnaire. Celui-ci doit avoir la volonté de procéder à cette opération. Si la cession est donc subordonnée à l'accord de l'autorité de résolution et du cessionnaire, l'établissement cédant lui n'est pas tenu de donner son accord. L'approbation des actionnaires, ni de toute autre tierce personne, n'est pas non plus requise. Ainsi, on constate une fois encore le caractère prépondérant des autorités de résolution, ainsi que l'importance des pouvoirs qui leur sont conférés. En effet, l'autorité de résolution compétente se substitue ici à la direction de l'établissement, ainsi qu'aux actionnaires, dans leur pouvoir de décision et leur liberté de gestion. Elle vient également altérer le droit de propriété de l'établissement défaillant, en cédant sans son accord ses actifs.

Précisions à propos du transfert des actifs, mais également des droits et engagements de l'établissement de crédit défaillant, qu'il entraîne également le transfert des accessoires des créances cédées et des sûretés réelles et personnelles les garantissant⁵⁷⁵. Notons en outre, que la cession peut porter sur une branche d'activité entière et qu'elle conduit alors à la transmission universelle du

⁵⁷⁴ Cette appellation est le nom donné au sous-paragraphe 3, du paragraphe 2, de la sous-section 10, de la section 4, du chapitre III, du titre Ier, du livre VI du Code monétaire et financier.

⁵⁷⁵ Art. L. 613-52, al. 2 du CMF.

patrimoine de celle-ci⁵⁷⁶. Enfin, la cession des actifs, droits, engagements ou de l'activité de manière générale de l'établissement, entraîne la cession des contrats qui y sont relatifs. Dans ce contexte, ils se poursuivent de plein droit. Aucune résiliation⁵⁷⁷ ne peut être effectuée sur ce motif⁵⁷⁸.

Ces éléments accroissent davantage encore le caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires, puisqu'il contrevient également au droit des obligations, notamment aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats, ainsi que de manière plus générale, aux règles régissant la cession des contrats. En outre, l'autorité de résolution s'émancipe lors de la mise en œuvre de cet instrument, des éventuelles règles de procédures prévues par la législation ou par les statuts de l'établissement.

273. – L'instrument de l'établissement-relais et l'instrument de séparation des actifs. Les deuxième et troisième instruments de résolution – comme ils sont qualifiés par la directive 2014/59/UE –, procèdent également à la cession des actifs, droits, engagements et de manière générale, activités, des établissements de crédit défaillants. Ces instruments permettent aux autorités de résolution de transférer à un établissement-relais – appelé aussi « good bank » –, ou à une structure de gestion d'actif – appelé aussi « bad bank » –, les éléments précités. Néanmoins, si ces instruments emploient le même procédé, leurs finalités sont différentes.

Dans le cadre de l'établissement-relais, l'idée est de transférer provisoirement les activités d'un établissement défaillant à un établissement-relais, afin que le bon fonctionnement de celles-ci soit assuré, pendant la gestion de la défaillance. Les activités acquises par l'établissement-relais auront vocation à être cédées à nouveau ultérieurement⁵⁷⁹ et non conservées. La conservation de ces activités par l'établissement-relais permet ainsi notamment d'assurer la continuité des fonctions critiques de l'établissement défaillant, en faisant exercer les activités essentielles par l'établissement-relais, le temps de procéder à l'assainissement du reste des actifs. Cette cession permet également de faire courir un délai suffisant, avant de procéder à la cession définitive des actifs. Ce délai offre la possibilité de céder par la suite lesdits actifs, dans de meilleures conditions ; conditions qui n'auraient pas été similaires au moment de la défaillance⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Art. L. 613-52, al. 3 du CMF.

⁵⁷⁷ Voy. à propos : EECKHOUDT M., « Le cadre européen de redressement et de résolution des défaillances bancaires », *LPA*, n° 138, juill. 2013, p. 6.

⁵⁷⁸ Art. L. 613-52, al. 4 du CMF.

⁵⁷⁹ CARDONA M., « Stabilité financière et Union bancaire », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et des institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 1-20, spéc. p. 15.

⁵⁸⁰ SUSSET E., « Le régime français de prévention et de gestion des crises bancaires après la transposition de la directive sur la résolution », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et des institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 91-135, spéc. p. 119.

Pour l'instrument de séparation des actifs, l'idée est semblable. Les actifs – toxiques cette fois –, de l'établissement défaillant, seront cédés à une structure de gestion d'actifs, pouvant être assimilée à une structure de défaisance. L'objectif de cette cession est ici de conserver les biens, droits et obligations de l'établissement défaillant, afin de les réaliser dans un second temps, dans de meilleures conditions. La structure de gestion d'actifs doit ainsi maximiser la valeur des actifs qui lui ont été transférés par le biais d'une vente ou d'une liquidation ordonnée⁵⁸¹.

274. – L'organisation juridique de ces entités. En ce qui concerne l'organisation, notamment juridique, de l'établissement-relais et de la structure de gestion d'actifs, l'autorité de résolution dispose ici encore de pouvoirs prépondérants. D'abord, la forme juridique de l'établissement-relais et de la structure de gestion d'actifs n'est pas précisée par les textes, ce qui offre une marge de manœuvre importante aux autorités de résolution⁵⁸². Le législateur a néanmoins prévu que ces entités doivent impérativement être détenues, entièrement ou partiellement, par une ou plusieurs personnes publiques⁵⁸³. En outre, l'établissement-relais doit quant à lui, en principe, disposer de l'agrément bancaire⁵⁸⁴. Il est ainsi soumis comme toute entité disposant d'un tel agrément, à la surveillance de l'autorité de supervision compétente. Toutefois, si au vu des circonstances, l'établissement-relais ne peut obtenir ledit agrément, notamment en raison des délais – la résolution devant être mise en œuvre rapidement –, l'autorité de résolution peut demander à l'autorité de supervision de dispenser l'établissement d'agrément. L'autorité de supervision devra néanmoins fixer la durée de validité de cette exemption, qui ne peut être indéterminée.

Ensuite, l'autorité de résolution dispose également de pouvoirs importants dans la constitution et l'organisation de l'établissement-relais, mais aussi de la structure de gestion d'actifs. En effet, elle dispose de différentes prérogatives qui sont ordinairement attachées aux associés de l'entreprise. Ladite autorité est par exemple tenue d'approuver les documents constitutifs de ces entités. Elle peut également approuver, voire même directement nommer, l'organe de direction, ainsi que sa rémunération. Elle est également habilitée à déterminer ses responsabilités. En outre, l'autorité de résolution doit également approuver la stratégie et le profil de risque adopté par l'entité créée. Enfin, l'autorité de résolution peut prononcer la dissolution de l'établissement-relais, dès lors que la mission pour laquelle celui a été constitué a été réalisée.

⁵⁸¹ Dir. 2014/59/UE, art. 42, 3°.

⁵⁸² SUSSET E., « Le régime français de prévention et de gestion des crises bancaires après la transposition de la directive sur la résolution », *op. cit.*, p. 119.

⁵⁸³ Cf. Art. L. 613-53, III du CMF et art. L. 613-54, III du CMF.

⁵⁸⁴ Cf. art. L. 613-53-1, II du CMF.

Notons également que la cession des activités de l'établissement, ainsi que de ses actifs, droits et engagements, est subordonnée à la seule décision de l'autorité de résolution. Elle ne peut être subordonnée à l'approbation de l'établissement défaillant ou d'une tierce personne. Ainsi, le caractère exorbitant de ces instruments et des pouvoirs des autorités de résolution peut être constaté une nouvelle fois. Le droit de la résolution des défaillances bancaires vient ainsi remettre en cause des principes clés du droit des obligations tels que la liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats, ainsi que les règles relatives aux cessions de contrats. Il contrevient également à la liberté de gestion des établissements de crédit, ainsi qu'à certains principes du droit des sociétés, relatifs notamment aux pouvoirs des associés. Il contrevient également aux droits et libertés fondamentaux, en altérant le droit de propriété et la liberté d'entreprendre des établissements de crédit.

2) Un instrument fondé sur la dépréciation, la conversion et l'annulation d'actifs

275. – L'instrument de renflouement interne. Le dernier instrument de résolution est à la fois le plus novateur et le plus exorbitant. Il a particulièrement intéressé – et intéresse toujours – la doctrine, étant sans doute, l'instrument « *qui a fait couler le plus d'encre* »⁵⁸⁵. Ce dernier est qualifié d'instrument de renflouement interne, par opposition au renflouement externe⁵⁸⁶, si décrié après les dernières crises. Le but de cet instrument est de réduire le passif de l'établissement, tout en augmentant ses fonds propres et engagements éligibles, sans pour autant recourir à un soutien

⁵⁸⁵ EECKHOUDT M., « Le cadre européen de redressement et de résolution des défaillances bancaires », *op. cit.*, p. 4. L'instrument de renflouement interne, appelé également « bail-in », est d'ailleurs le seul instrument de résolution qui fait l'objet d'études spécialement consacrées. Voy. par exemple : PERNEY P., MORARD F., « Les impacts du "paquet bancaire" sur le régime du bail-in. Analyse des nouvelles réglementations européennes (CRR2, BRRD2) », *Rev. Dr. Aff.*, n° 17, nov. 2020, 21 ; MOROY J., « Clause de bail-in : la révision de la directive BRRD va-t-elle régler les difficultés, aggravées par le Brexit ? », *Bull. Joly. Bourse*, n° 3, mai 2019, p. 52 ; DE SAUSSURE J., « Le financement des banques dans un environnement de bail-in : une optimisation sous contraintes inconnues », *Banq. & strat.*, n° 357, avril 2017, p. 22 ; BARRIÈRE F., « Le droit de propriété à l'épreuve du renflouement interne des banques », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, Actualité du droit de l'entreprise, LexisNexis, 2017, p. 179-188 ; ARTUS P., « Renflouement interne : une évolution favorable ? », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 43 ; PAILLIER P., « Quelques questions sur le domaine d'application des mesures de "bail-in" en cas de résolution », *RD banc. Fin.*, n° 4, oct. 2013, alerte 14 ; SALORD A., DE VAUPLANE H., « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », *Rev. Banq.*, n° 765, nov. 2013, p. 44. Les titres des articles relatifs au renflouement interne se veulent par ailleurs souvent alertant : GAUVENT S., « Terra Nova juge le bail-in dangereux », *Rev. Banq.*, n° 825, nov. 2018, p. 12 ; GAUVENT S., « Monte dei Paschi di Siena : la peur du bail-in », *Rev. banq.*, n° 803, déc. 2016, p. 18 ; SALES E., « Nos dépôts sont bail-inables dès le premier euro », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 34. NIJDAM C., « Bail-in : un faux espoir ? », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 40 ; SCIALOM L., « Une activation du bail-in pourrait propager la crise », *Rev. Banq.*, n° 790, nov. 2015, p. 42.

⁵⁸⁶ Certains économistes ne considèrent pas nécessairement le passage du « bail-out » au « bail-in » comme une solution optimale. Le bail-in possède également certains défauts et a pu être décrié par certains. Sur les mécanismes de passage du « bail-out » au « bail-in », ainsi que sur les défauts et les avantages de ces modèles, voy. par exemple : SCIALOM L., « Bail in – Bail out : un point de vue économique », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et des institutions financières. Approche croisée*, avant-propos BARRIÈRE F., LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 225-239.

public. Par le biais de cet instrument, l'autorité de résolution va procéder à la modification des engagements, et plus largement du passif, de l'établissement défaillant. Pour cela, elle va agir directement sur la valeur des titres financiers émis par l'établissement, ainsi que sur le montant des créances dont il est débiteur, en dépréciant, convertissant, voire même en annulant complètement certains instruments financiers. La mise en œuvre de cet instrument va dès lors permettre d'absorber les pertes de l'établissement, pour qu'il respecte à nouveau ses exigences, en matière de fonds propres notamment.

Cet instrument de résolution semble ainsi particulièrement efficace, notamment pour préserver la stabilité financière tout en limitant le recours au fonds public. En contrepartie, il porte indiscutablement atteinte à de nombreuses dispositions juridiques. Le droit de propriété, la liberté de gestion, la force obligatoire des contrats ou encore les droits attachés aux actionnaires, semblent entre autres, altérés. Ce constat confirme davantage encore le caractère exorbitant des instruments de résolution ainsi que des pouvoirs dont disposent les autorités de résolution, et de manière plus large encore, du droit de la résolution des défaillances bancaires.

II) La limitation des restrictions par l'encadrement des procédures de résolution

276. – Le caractère exorbitant des instruments et des pouvoirs des autorités de résolution tend cependant à être limité par le législateur. En ce sens, les dispositions relatives à la résolution des défaillances bancaires encadrent la mise en œuvre de ces instruments et restreignent la liberté d'action des autorités de résolution compétentes. Ainsi, certains principes (A) et règles procédurales (B) viennent encadrer les pouvoirs des autorités de résolution. Toutefois, cette limitation semble rester assez limitée et peut par conséquent paraître parfois insuffisante.

A) Les principes bornant les pouvoirs des autorités de résolution

277. – **Limitation des pouvoirs en matière de cession et de vente des actifs, droits et engagements des établissements de crédit défaillants.** Lorsqu'elle met en œuvre certains instruments de résolution, l'autorité compétente est tenue au respect de plusieurs principes qui viennent gouverner son action. Ainsi, dans le cadre de la cession d'actifs, l'autorité de résolution est tenue d'agir avec transparence et d'offrir une image juste et non erronée, des différents actifs, droits et engagements qu'elle sera amenée à transférer⁵⁸⁷. Pour choisir l'acquéreur, elle ne devra pas

⁵⁸⁷ Dir. 2014/59/UE, art. 39, 2^o, a).

favoriser indument un tiers, ni engendrer de discrimination⁵⁸⁸. Le choix de l'acquéreur par l'autorité ne devra pas non plus conduire à un quelconque conflit d'intérêt, ni conférer à ce dernier un avantage indu⁵⁸⁹.

Lorsque l'autorité de résolution met en œuvre des instruments qui conduisent à la vente de certains actifs, droits ou engagements de l'établissement soumis à une procédure de résolution, elle est tenue de procéder à la vente en respectant également les principes précités. La directive précise en ce sens, dans le cadre du recours à un établissement-relais, que celui-ci ou ses actifs, droits et engagements, doivent être « *mis sur le marché de façon transparente et que la vente [doit] s'effectue[r] sans en donner une image erronée, sans favoriser indûment aucun des acquéreurs potentiels ni opérer de discrimination entre eux* »⁵⁹⁰. Elle précise en outre, que la vente doit être réalisée à des conditions commerciales⁵⁹¹, eu égard aux circonstances.

278. – Limitation des pouvoirs en matière de conversion, de dépréciation et d'annulation d'instruments financiers. Lors de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, les autorités de résolution voient également leurs pouvoirs limités. Elles sont ainsi tenues de respecter certains procédés et principes qui réduisent le caractère discrétionnaire de leurs décisions en la matière. D'abord, le montant total des créances qui devront faire l'objet du renflouement interne est déterminé par la valorisation⁵⁹². Ensuite, l'ordre des créanciers devant voir leurs titres convertis, dépréciés ou annulés, est précisément défini⁵⁹³. Enfin, deux principes majeurs de la résolution des défaillances bancaires viennent également borner les pouvoirs des autorités de résolution dans le cadre du renflouement interne. Il s'agit du principe souvent abordé sous sa terminologie anglo-saxonne de « *no creditor worse off than in liquidation* »⁵⁹⁴, ainsi que du principe de *pari passu*⁵⁹⁵. Le premier principe impose que les créanciers subissant le renflouement interne, ne peuvent être moins bien traités qu'ils ne l'auraient été si une procédure normale d'insolvabilité avait été mise en œuvre. Le second impose que les créanciers d'un même rang fassent l'objet d'un traitement identique. Nous aurons l'occasion de développer ces principes dans la suite notre étude, lorsque nous serons amenés à aborder les effets du droit de la résolution des défaillances bancaires sur les déposants et les investisseurs⁵⁹⁶.

⁵⁸⁸ Dir. 2014/59/UE, art. 39, 2°, b).

⁵⁸⁹ Dir. 2014/59/UE, art. 39, 2°, c) et d).

⁵⁹⁰ Dir. 2014/59/UE, art. 41, 4°.

⁵⁹¹ *Idem*.

⁵⁹² Dir. 2014/59/UE, art. 46, 3°.

⁵⁹³ Dir. 2014/59/UE, art. 48.

⁵⁹⁴ Dir. 2014/59/UE, cons. 51 et art. 73.

⁵⁹⁵ Dir. 2014/59/UE, cons. 77.

⁵⁹⁶ Cf. Partie II, Titre I, Chapitre II.

B) Des règles procédurales encadrant la mise en œuvre des instruments de résolution

279. – Formalisme de la décision. Lors de la mise en œuvre des instruments de résolution, les autorités de résolution sont également tenues de respecter certaines exigences procédurales. En ce sens, la décision de mettre en œuvre un instrument de résolution doit impérativement préciser les motifs de cette décision, ainsi que le constat qui établit que l'établissement remplit les conditions de la résolution. Elle doit également préciser les mesures qui vont être mises en œuvre, que ce soit par exemple la nomination d'un administrateur spécial ou le recours à un ou plusieurs instruments de résolution.

280. – Notification de la décision. L'autorité de résolution doit notifier à l'établissement soumis à une procédure de résolution les mesures qui sont adoptées à son égard. Ces informations doivent également être transmises à l'autorité compétente pour toutes succursales si l'établissement en dispose. D'autres autorités doivent être informées de la décision d'ouvrir une procédure de résolution. Il en est ainsi de la Banque centrale européenne, du Conseil européen du risque systématique, de l'Autorité bancaire européenne, de l'Autorité européenne des marchés financiers, ainsi que de la Commission européenne. En outre, l'autorité de surveillance nationale du pays dont l'établissement défaillant relève, la banque centrale nationale, ainsi que le système de garantie des dépôts auquel l'établissement est affilié, doivent également être averties de la décision de l'autorité de résolution. Le ministère compétent doit également se voir notifier la décision. Toute notification doit inclure une copie de l'instruction de l'acte par lequel les pouvoirs en question sont exercés et indiquer la date à partir de laquelle les mesures de résolution doivent prendre effet.

281. – Publication de la décision. L'autorité de résolution doit enfin publier sur son site internet, soit une copie de l'instruction ou de l'acte par lequel la mesure de résolution a été adoptée, soit un avis résumant les effets de la mesure de résolution. Cela doit également être publié sur le site internet de l'autorité de résolution, de l'Autorité bancaire européenne, ainsi que sur le site internet de l'établissement défaillant lui-même. En outre, la publicité de la décision doit également être faite sur le support qui a été utilisé pour la publication des informations réglementées concernant l'établissement, si ses actions, titres de propriété ou instruments de dette ont été admis à la négociation sur un marché réglementé⁵⁹⁷. Si les instruments précités n'ont pas été admis à la négociation sur les marchés réglementés, l'autorité de résolution doit tout de même veiller à ce que

⁵⁹⁷ Dir. 2015/59/UE, art. 83, 4^o, d).

les documents attestant de l'existence desdits instruments soient transmis aux actionnaires et créanciers de l'établissement défaillant⁵⁹⁸.

282. – Confidentialité. L'autorité de résolution doit respecter la confidentialité de la procédure et est ainsi tenue au secret professionnel. Il en est de même pour les différentes autorités, ainsi que tous autres acteurs externes à l'établissement, qui peuvent être impliqués dans une procédure de résolution ou qui se voient notifier celle-ci. Dès lors, l'échange d'informations relatives aux procédures de résolution est strictement encadré par le droit de la résolution des défaillances bancaires. Le non-respect des conditions d'échange d'information peut conduire à engager la responsabilité de l'acteur qui n'a pas respecté ses engagements⁵⁹⁹.

SECTION II :

LE CONTRÔLE *EX POST* LIMITÉ DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION

283. – Dotés d'une visée préventive ou curative et pouvant sembler légitimes ou discutables, les dispositifs de résolution peuvent être qualifiés de novateurs, voire d'extraordinaires. Pouvant altérer les droits et libertés des établissements de crédit assujettis, ils conduisent incontestablement à faire du droit de la résolution des défaillances bancaires un droit exorbitant. Ainsi, bien que le législateur précise lui-même que ce droit est en adéquation avec les droits et libertés fondamentaux, la force des pouvoirs accordés aux autorités de résolution ne peut permettre de se fonder sur cette seule affirmation. Ainsi, le contrôle de la mise en œuvre des dispositifs de résolution est impératif pour garantir « *les valeurs d'un état de droit et de liberté* »⁶⁰⁰. Ce contrôle devra donc s'exercer *ex post*, par le biais de recours à l'encontre des actes établis dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires, qu'ils soient préventifs ou curatifs (§1). Il sera l'occasion d'accorder enfin une place au juge dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires. Cependant, en matière de recours, le droit de la résolution des défaillances bancaires montre une fois encore son caractère exorbitant, puisque le rôle et les pouvoirs des juges sont dans ce contexte limités (§2).

⁵⁹⁸ Dir. 2015/59/UE, art. 83, 5^o.

⁵⁹⁹ Dir. 2015/59/UE, art. 84.

⁶⁰⁰ SYNDET H., « Principe de légalité et résolution bancaire », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà...*, Mélanges D'AIGRE J.-J., Joly éd., Lextenso, 2017, p. 803-815.

§1 : LA CONTRÔLE *EX POST* DES DISPOSITIFS PRÉVENTIFS ET CURATIFS DE RÉSOLUTION

284. – Avant de s'intéresser au contrôle juridictionnel des dispositifs mis en œuvre pour prévenir et traiter les défaillances bancaires, il est d'abord nécessaire de s'assurer qu'ils soient susceptibles de recours (I). S'il peut être constaté que des recours peuvent effectivement être formés à l'encontre des actes adoptés par les autorités de résolution, il conviendra alors de s'intéresser aux voies de recours qui s'ouvrent aux justiciables (II) dans ce contexte particulier.

I) La justiciabilité des dispositifs de résolution

285. – La nature des actes établis par les autorités compétentes en matière de résolution des défaillances bancaires peut différer et produire des effets sur la justiciabilité de ces actes. Il convient donc de dissocier certains actes en fonction de leur nature. En ce sens, nous étudierons d'une part les actes relatifs au traitement préventif et curatif des établissements de crédit (A), et d'autre part, les actes relatifs à la résolubilité ainsi qu'aux contributions au Fonds de résolution unique (B).

A) Nature et justiciabilité des actes relatifs au traitement préventif et curatif des établissements de crédit

286. – **Un droit de recours prévu par le législateur.** Le droit de la résolution des défaillances bancaires prévoit que « *toutes les personnes affectées par une décision d'adopter une mesure de gestion de crise [on]t le droit de faire appel de ladite décision* »⁶⁰¹. Cette disposition est d'une importance manifeste, mais elle induit par ailleurs plusieurs questionnements. D'abord, entend-t-on par « *mesure de gestion de crise* » les seuls dispositifs curatifs ou bien les dispositifs préventifs mis en œuvre peuvent également faire l'objet d'un recours ? Ensuite, en disposant que les personnes affectées par une décision d'adopter une mesure de gestion de crise peuvent contester cette décision, le législateur exclu-t-il les recours relatifs à d'autres décisions prises dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires ? Enfin, on peut se demander si le recours à l'encontre d'une « *décision d'adopter une mesure* » peut également permettre de contester la mise en œuvre de celle-ci, ainsi que ses effets⁶⁰² ?

⁶⁰¹ Dir. 2014/59/UE, art. 85, 3°.

⁶⁰² Les effets des recours à l'encontre des décisions prises dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires seront abordés peu après, voy. *infra* n° 305.

287. – Actes susceptibles de recours. En ce qui concerne notre première interrogation, le législateur y répond lui-même dans le cadre de la directive 2014/59/UE, en précisant qu'il doit être possible « *d'introduire un recours contre toute décision d'adopter une mesure de prévention de crise* »⁶⁰³. Ainsi, la mise en œuvre de dispositifs préventifs doit bien pouvoir faire l'objet de recours en pratique.

En ce qui concerne notre seconde interrogation portant sur les décisions qui peuvent être contestées, les textes ne précisent pas que les recours à l'encontre d'autres décisions que la décision d'adopter une mesure de gestion de crise sont exclus. En ce sens, pour déterminer si une décision adoptée dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires est susceptible d'être contestée, il conviendra de s'intéresser à la nature de celle-ci et de déterminer si elle fait grief. Par exemple, on peut s'interroger sur la possibilité de contester la demande de modification d'un plan de rétablissement formulée par l'autorité compétente à un établissement de crédit. Ici, l'injonction de modification prend la forme d'une décision administrative individuelle. Néanmoins, elle ne fait pas par elle-même grief, dans la mesure où la mise œuvre du plan n'est pas obligatoire. Ainsi, les modifications demandées ne produiront des effets que si les mesures modifiées ou ajoutées, sont effectivement appliquées. En ce sens, la décision imposant la modification ne semble en elle-même pas pouvoir être contestée. Cependant, les mesures prévues par les plans de rétablissement pourront être contestées par un recours formé à l'encontre de la décision d'intervention précoce qui applique la mesure prévue par le plan. C'est alors la décision de mise en œuvre de la mesure qui devra être contestée et non le plan de rétablissement.

Dans le même sens, concernant le plan de résolution cette fois, les mesures qu'il prévoit pourront être exécutées dans le cadre d'une procédure de résolution, en réponse à la défaillance avérée ou prévisible d'un établissement de crédit. Ici, la décision de mettre en œuvre certains instruments de résolution fait partie intégrante de la décision d'ouverture de la procédure. En ce sens, la mise en œuvre du plan de résolution ne peut être contestée en elle-même, c'est la décision d'ouverture de la procédure de résolution qui devra faire l'objet du recours.

Ainsi, au-delà de la décision d'ouverture d'une procédure de résolution, c'est tout dispositif de résolution, qu'il soit préventif ou curatif, qui pourra faire l'objet d'un recours, dès lors que la décision attaquée est celle qui impose la mise en œuvre de dispositifs préventifs ou curatifs de résolution. Il en est de même pour la nomination d'un administrateur temporaire ou spécial, ainsi que pour la valorisation⁶⁰⁴ de l'établissement par exemple. Ces actions font partie intégrante de la décision d'ouverture d'une procédure préventive ou curative et ne pourront être contestées que par

⁶⁰³ Dir. 2014/59/UE, art. 85, 2°.

⁶⁰⁴ L'article L. 613-47 du CMF dispose en ce sens que : « *La valorisation ne fait pas l'objet d'un droit de recours distinct de la décision de prendre une mesure de résolution ou d'exercer le pouvoir de dépréciation ou de conversion mentionné au I de l'article L. 613-38 et ne peut être contestée qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre une telle mesure* ».

le biais d'un recours contre ladite décision. Les décisions imposant la mise en œuvre d'un traitement préventif ou curatif pouvant être définies comme des actes administratifs individuels faisant grief, elles offrent aux justiciables la possibilité de saisir le juge.

288. – *Quid de l'évaluation de l'état de défaillance réalisée par la BCE ?* La question de la justiciabilité des décisions prises dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires a également pu être étendue à la constatation de l'état de défaillance d'un établissement de crédit par la BCE. Rappelons que la constatation d'un état de défaillance avéré ou prévisible est l'une des conditions permettant l'ouverture d'une procédure de résolution. Or, cet état devant être évalué par la BCE, la question a pu se poser de savoir si cette évaluation pouvait être contestée. La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie à ce propos. Dans un arrêt du 6 mai 2021⁶⁰⁵, elle a précisé que l'évaluation de la défaillance avérée ou prévisible d'un établissement de crédit par la BCE n'est qu'un acte préparatoire et intermédiaire qui ne lie pas le Conseil de résolution unique, si bien qu'elle ne peut alors pas être considérée comme un acte contraignant susceptible de fonder un recours en annulation. Ainsi, on comprend que l'état de défaillance d'un établissement ne pourrait être contesté qu'au moyen d'un recours à l'encontre de la décision de mise en résolution adoptée par le CRU, qui doit démontrer que les conditions de déclenchement d'une telle procédure sont effectivement remplies. Ainsi, pour produire ses effets, le recours ne pourra pas être formé à l'encontre de la BCE mais du CRU.

B) Nature et justiciabilité des actes relatifs à la résolvabilité et aux contributions au Fonds de résolution unique

289. – Recours relatifs à l'évaluation et la suppression des obstacles à la résolvabilité. Il convient cependant de préciser que d'autres décisions adoptées dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires pourront faire l'objet de recours distincts. C'est le cas notamment en matière d'analyse de la résolvabilité des établissements de crédit et plus encore dans le cadre de la suppression des obstacles à la résolvabilité. Dans ce contexte, l'autorité de résolution peut imposer des modifications importantes à l'établissement, touchant à sa structure juridique, financière ou opérationnelle. Ces mesures peuvent ainsi altérer les droits et libertés de l'établissement, et notamment sa liberté de gestion. En ce sens, le législateur a lui-même pu préciser que les décisions

⁶⁰⁵ CJUE 6 mai 2021, aff. Jointes C-511/19 et C-552/19, ABLV Bank As e. a. c/ Banque centrale européenne ; *Banq. & droit*, n° 199, oct. 2021, p. 46, note MOREL-MAROGER J.

des autorités en matière de résolubilité prennent la forme décisions administratives individuelles faisant grief. Elles doivent en ce sens pouvoir faire l'objet de recours⁶⁰⁶.

290. – Recours relatifs au calcul du montant des contributions au FRU. Enfin, c'est le montant des contributions annuelles devant être versées par les établissements de crédit au Fonds de résolution unique (FRU)⁶⁰⁷, qui doit pouvoir être contesté par les établissements de crédit. En effet, le montant de ces contributions est fixé par le CRU au cas par cas et est notifié aux établissements par une décision administrative individuelle faisant grief⁶⁰⁸. La décision fixant le montant de ces contributions doit donc être susceptible de recours. Les praticiens du droit de la résolution des défaillances bancaires ont confirmé cette possibilité puisque plusieurs recours ont déjà été introduits devant la Tribunal de l'Union et certaines décisions du CRU ont ainsi pu être annulées⁶⁰⁹.

II) Les voies de recours

291. – Après avoir déterminé quelles décisions peuvent faire l'objet de recours en matière de résolution des défaillances bancaires, il convient de préciser les motifs susceptibles d'être invoqués (A), ainsi que les juges qui pourront être saisis (B).

A) Les motifs susceptibles d'être invoqués

292. – On peut imaginer différents aspects des décisions émises par les autorités de résolution qui pourraient faire l'objet de contestation et justifier un recours juridictionnel. On peut d'abord penser, du fait de l'altération de droits et de libertés fondamentaux par le droit de la résolution des défaillances bancaires, à contester la légalité des fondements des décisions adoptées par les autorités de résolution. Ainsi, pourraient être remises en cause devant certaines juridictions la constitutionnalité et la conventionnalité de ce droit. C'est une question que nous serons amenés à

⁶⁰⁶ Dir. 2014/59/UE, art. 17, 6°, c).

⁶⁰⁷ Sur l'obligation de contribution qui pèse sur les établissements de crédit dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires cf. Partie II, Titre I, Chapitre II.

⁶⁰⁸ Sur l'obligation de contribution qui pèse sur les établissements de crédit cf. Partie II, Titre I, Chapitre II.

⁶⁰⁹ Certains recours relatifs au du calcul du montant des contributions au FRU ont en effet conduit à annuler les décisions du CRU, voy. : TUE, 28 nov. 2019, aff. T-323/16, *Banco Cooperativo Espanol*, aff. T-365/16, *Poritgnon*, aff. Jointes T-337/16 et 7-809/16, *Hype Vorarlberg Bank AG ; Europe*, janv. 2020, comm. n° 6, note SIMON D. ; *Banq. & droit*, n° 190, mars 2020, p. 67, obs. MOREL-MAROGER J. D'autres ont été déclarés irrecevables en raison des délais tardifs de leur introduction : Voy. Ordonnances du Tribunal, 8^{ème} chambre, 19 nov. 2018, aff. T-42/17, *VR-Bank Rhein-Sieg eG c/ CRU*, aff. T-661/16, *Credito Fondiario Spa c/ CRU*, aff. T-14/17, *Landesbank Baden-Württemberg c/ CRU*. Cf. BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 5^{ème} éd., 2020, p. 299.

traiter dans la suite de notre étude⁶¹⁰. Un autre motif de recours pourrait être le non-respect par une autorité de résolution du droit applicable en matière de résolution des défaillances bancaires ou une atteinte injustifiée ou non proportionnée, au droit des personnes concernées par la décision adoptée. On pourrait également penser à une erreur dans l'appréciation ou dans le choix du traitement mis en œuvre. Le législateur a d'ailleurs déjà prévu certaines dispositions en ce sens. La directive 2014/59/UE précise notamment le procédé à suivre en cas d'erreur lors de la valorisation des actifs, droits et engagement d'un établissement. Enfin, pourrait également constituer un motif de recours, le non-respect de règles procédurales déterminées par le droit de la résolution des défaillances bancaires.

B) Les juges susceptibles d'être saisis

293. – Le Comité d'appel du Conseil de résolution unique. Le droit de la résolution des défaillances bancaires emporte une innovation supplémentaire, qui contribue une fois de plus à le qualifier de droit autonome et exorbitant : il dispose de son propre organe de règlement des différends. En effet, le Conseil de résolution unique (ci-après CRU) dispose en interne d'un comité d'appel, destiné à traiter certains recours à l'encontre des décisions adoptées par le CRU, à l'égard des établissements de crédit les plus importants. Le règlement (UE) n° 806/2014⁶¹¹ dispose ainsi que « *toute personne physique ou morale, y compris les autorités de résolution, peut former un recours contre une décision du CRU [...], qui lui est adressée ou qui la concerne directement et individuellement* »⁶¹². Le règlement précise que ce comité est composé de membres d'une grande honorabilité, qui disposent des connaissances et des compétences professionnelles nécessaires à l'exercice de leurs missions et font l'objet d'une certaine indépendance⁶¹³. Le règlement ajoute également que le comité d'appel du CRU dispose d'une expertise importante et de ressources suffisantes afin de fournir « *des conseils juridiques éclairés sur la légalité de l'exercice de ses pouvoirs par le CRU* »⁶¹⁴.

Les recours formés devant le comité d'appel du CRU doivent être présentés par écrit audit comité dans les six semaines à compter de la date de la notification de la décision à la personne concernée par celle-ci, ou à défaut de notification, à compter de la date où la personne a eu

⁶¹⁰ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre II.

⁶¹¹ Règl. (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.

⁶¹² Règl. (UE) n° 806/2014, art. 85, 3°.

⁶¹³ Le règlement précise en ce sens que les membres du Comité d'appel du CRU « *ne font pas partie du personnel en poste du CRU, des autorités de résolution ni d'autres institutions, organes, organismes ou agences nationaux ou de l'Union qui participent à l'accomplissement des tâches conférées au CRU par le présent règlement* ». Cf. Règl. (UE) n° 806/2014, art. 85, 2°.

⁶¹⁴ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 85, 2°.

connaissance de ladite décision⁶¹⁵. L'écrit présenté au comité doit indiquer les motifs invoqués par les requérants. Le comité dispose alors d'un mois à compter de l'introduction du recours pour statuer sur celui-ci⁶¹⁶, en toute indépendance et dans l'intérêt public⁶¹⁷. Cependant, le champ de compétence du comité d'appel du CRU est limité. Ainsi, certains recours pourront être considérés comme irrecevables et ledit comité ne pourra pas statuer.

294. – L'intervention des juridictions traditionnelles. Pour les recours dont l'objet n'entre pas dans le champ de compétence du comité d'appel du CRU, les justiciables disposent toujours de la possibilité de saisir une juridiction traditionnelle. Il en est de même dans le cas où le CRU refuse de se prononcer ou bien si un justiciable souhaite faire appel de la décision du CRU. C'est dans ce contexte que le juge pourra enfin jouer son rôle en matière de résolution des défaillances bancaires. Ainsi, les voies de recours à l'encontre des décisions adoptées par les autorités de résolution sont plurielles. Or, la multiplicité de ces voies conduit à s'interroger sur la répartition des compétences entre les différentes juridictions pouvant être compétentes et le comité d'appel du CRU.

295. – Répartition des compétences. L'article 86 du règlement (UE) n° 806/2014⁶¹⁸ prévoit que des recours en matière de résolution des défaillances bancaires peuvent être réalisés devant la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE), soit pour contester la décision du comité d'appel du CRU, soit si le motif invoqué par les requérants ne relève pas de la compétence dudit comité. Dans un cadre national cette fois, si la décision ou l'acte litigieux a été établi par une autorité nationale de résolution, le recours pourra être formé devant la juridiction nationale compétente. Par exemple, si l'acte litigieux a été adopté par l'ACPR, alors les juridictions administratives pourront être saisies.

Si ce principe paraît simple, il peut néanmoins poser des difficultés. En effet, certains ont pu se demander si le fait que les dispositifs de résolution puissent être adoptés par le CRU avant d'être mis en œuvre par les autorités compétentes nationales (ACN), ne pouvait pas conduire vers un risque de double recours en pratique ? En effet, par exemple, si une procédure de résolution est ouverte par le CRU, c'est l'ACN qui devra la mettre en œuvre. Dès lors, l'établissement de crédit pourrait vouloir contester une mesure mise en œuvre à son égard, en se retournant contre l'ACPR et contre le CRU. Cependant, nous avons précisé que les mesures de résolution faisaient partie

⁶¹⁵ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 85, 3°.

⁶¹⁶ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 85, 4°.

⁶¹⁷ Règl. (UE) n° 806/2014, art. 85, 5°.

⁶¹⁸ Règl. (UE) n° 806/2014 du 15 juillet 2014.

intégrante de la décision de mise en résolution. C'est donc dans ce cas, la décision du CRU qui devrait faire l'objet d'un recours.

§2 : LA LIMITATION DU RÔLE DU JUGE PAR LE DROIT DE LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

296. – Qu'il relève d'une juridiction ou du comité d'appel du Conseil de résolution unique (CRU), le juge est habilité à apprécier *ex post* la légalité des dispositifs mis en œuvre par les autorités de résolution. Si ce dernier pouvait être considéré comme inapte à apprécier de telles considérations⁶¹⁹, c'est ici qu'il trouve un rôle à jouer dans le traitement des défaillances bancaires. Toutefois, la méfiance du législateur envers le juge n'a pas totalement disparu. En effet, celui-ci voit toujours son rôle limité dans ce contexte particulier. En ce sens, le comité d'appel du CRU a pu voir son champ d'intervention limité (I), puisqu'il apparaît en définitive compétent seulement pour apprécier certains litiges. En outre, ce sont les pouvoirs des juges pris de manière générale, qui sont également limités (II), tant dans leur mise en œuvre que dans leurs effets.

I) Le champ d'intervention limité du comité d'appel du Conseil de résolution unique

297. – Le champ d'intervention du comité d'appel du CRU est limité puisque sa compétence fait l'objet de restrictions légales (A). Il est ainsi compétent seulement pour traiter certains litiges et la pratique a déjà pu illustrer cette particularité (B).

A) La restriction légale de la compétence du comité d'appel du Conseil de résolution unique

298. – Le comité d'appel du Conseil de résolution unique (CRU) semble être l'acteur le plus habilité à résoudre les litiges relatifs à la résolution des défaillances bancaires, puisque ces membres disposent des compétences nécessaires. Malheureusement, la possibilité de recourir à cet organe de

⁶¹⁹ Sur le sentiment de crainte éprouvé par le législateur envers le juge dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires voy. notamment : SYNDET H., « Principe de légalité et résolution bancaire », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà...*, Mél. DAIGRE J.-J., Joly éd., Lextenso, 2017, p. 803-815 ; VALLENS J.-L., « La défaillance des établissements de crédit et le recours au juge », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 51.

règlement des différends reste limitée à certains cas précis⁶²⁰. En effet, seules certaines décisions adoptées par le CRU peuvent faire l'objet d'un recours devant ledit comité. Il s'agit des décisions relatives à la suppression des obstacles à la résolvabilité⁶²¹, à la simplification des obligations qui pèsent sur certains établissements⁶²², aux exigences minimales de fonds propres et d'engagements éligibles pouvant faire l'objet d'une dépréciation ou d'une conversion⁶²³, aux sanctions prononcées dans le contexte de la résolution⁶²⁴, au montant des contributions des établissements de crédit au dépenses administratives du CRU⁶²⁵, ainsi qu'à l'accès aux documents⁶²⁶.

299. – Un champ de compétence trop limité. Le comité d'appel du CRU est composé de membres disposant de grandes connaissances et d'une expérience importante en matière de résolution des défaillances bancaires. Si le juge pouvait paraître incompétent en la matière, il n'en est rien de cet organe de règlement des différends. Pourtant, le législateur semble laisser les sujets les plus importants échapper au comité d'appel du CRU. Il n'est en effet compétent que pour le contentieux portant sur les éléments précités. Si la suppression des obstacles à la résolvabilité ou la détermination du montant des contributions au FRU par exemple, sont incontestablement des points cruciaux du droit de la résolution des défaillances bancaires, d'autres éléments essentiels auraient pu relever de la compétence du comité d'appel. En effet, l'ouverture de procédures de résolution et la mise en œuvre de dispositifs préventifs et curatifs de résolution seront certainement les décisions les plus contestées. Pourtant, elles ne pourront pas faire l'objet d'un recours devant le comité d'appel du CRU.

B) Une particularité illustrée par la pratique

300. – Décisions rendues. Depuis juillet 2016, près de quatre-vingt-dix recours ont été formés devant le Comité d'appel du CRU⁶²⁷. Ces recours ont principalement porté sur des demandes d'accès à des documents. De manière moins importante, certains ont pu porter sur des décisions relatives à la détermination des exigences de fonds propres minimum et d'engagements éligibles, à

⁶²⁰ La décision doit en effet être visée à l'article 10, 10°, à l'article 11, à l'article 12, 1°, aux articles 38 à 41, à l'article 65, 3°, à l'article 71, ainsi qu'à l'article 90 paragraphe 3.

⁶²¹ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 10, 10°.

⁶²² Règlement (UE) n° 806/2014, art. 11.

⁶²³ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 12, 1°.

⁶²⁴ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38 à 41.

⁶²⁵ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 65, 3° et art. 71.

⁶²⁶ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 90, 3°.

⁶²⁷ Les appels formés auprès du comité d'appel du CRU sont recensés sur le site internet du CRU, à l'adresse suivante : <https://www.srb.europa.eu/en/cases/search?s=c&page=1>.

la valorisation d'établissement de crédit en résolution, ou encore être relatifs aux avis de contribution aux dépenses administratives du CRU. En pratique, on peut donc constater le caractère restreint du champ d'application du comité d'appel du CRU. D'autant plus que de nombreux recours formés auprès dudit comité ont été rejetés, au motif qu'ils n'entraient pas dans le champ de compétence de ce dernier.

301. - Rejet des recours contre la décision de résolution de *Banco Popular*. Le constat de ces rejets a pu être opéré dans le contexte de la résolution de l'établissement de crédit espagnol *Banco Popular* en 2017. En effet, des justiciables lésés par cet événement, notamment des actionnaires de l'établissement qui ont vu leurs titres annulés, ont formé des recours devant le comité d'appel du CRU contre la décision de résolution adoptée par le CRU⁶²⁸. Or, ces recours ont été rejetés car ils n'entraient pas dans le champ de compétence du comité d'appel. En effet, la décision attaquée concernait la résolution d'un établissement de crédit. Or, le comité a pu préciser qu'« *il s'agit d'une décision d'un type qui n'est pas énuméré à l'article 85, paragraphe 3 dudit règlement, [et par conséquent que] le recours n'est donc pas recevable* »⁶²⁹. Le motif invoqué ne faisait donc pas partie de la liste énumérée précédemment. Pourtant, dans ce contexte particulièrement technique, le comité d'appel du CRU pourrait sembler le plus apte à appréhender de tels faits. Ainsi, peut-être semblerait-il nécessaire d'élargir le champ de compétence dudit comité d'appel.

302. – Rejet des recours contre les décisions fixant les contributions *ex ante* au FRU. Le rejet d'autres recours a pu conduire au même constat. C'est le cas des recours qui ont été formés contre les décisions fixant le montant des contributions devant être payées par les établissements de crédit au Fonds de résolution unique⁶³⁰. Ici encore, le comité d'appel du CRU a rejeté les recours en considérant qu'ils ne relevaient pas de sa compétence. En effet, il était question des contributions réalisées *ex ante*⁶³¹, de manière périodique, alors que l'article 85 déterminant les actes susceptibles

⁶²⁸ Comité d'appel du Conseil de résolution unique, Décision 1/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 5/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 4/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 3/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 2/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 9/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 7/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 6/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 32/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 31/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 30/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 28/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 27/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 26/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 24/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 23/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 22/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 21/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 25/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 34/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 13/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 33/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 18/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 15/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 14/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 20/17 du 19 juillet 2017 ; Décision 19/17 du 19 juillet 2017.

⁶²⁹ Cf. entre autres, comité d'appel du CRU, décision 19/17 du 19 juillet 2017, n° 26.

⁶³⁰ Comité d'appel du Conseil de résolution unique, décision 9/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 8/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 7/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 6/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 4/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 3/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 13/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 12/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 11/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 10/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 14/16 du 18 juillet 2016 ; Décision 2/16 du 18 juillet 2016.

⁶³¹ Règlement (UE) 804/2014, art. 70.

de recours ne cite que les actes relatifs aux contributions *ex post*⁶³² pouvant être exceptionnellement demandées aux établissements de crédit. De ce fait, le comité a dû rejeter les recours en précisant que « *la décision attaquée concerne les contributions ex ante au Fonds de résolution unique [...]. Il s'agit d'une décision d'un type qui n'est pas énuméré à l'article 85, paragraphe 3 [dudit règlement]. Le recours n'est donc pas recevable* »⁶³³.

II) La limitation des pouvoirs du juge

303. – Si les recours à l'encontre des décisions adoptées par les autorités de résolution sont donc possibles, que ce soit devant le comité d'appel du CRU ou devant une juridiction traditionnelle, le juge se voit tout de même limité dans ses pouvoirs. D'abord, c'est son pouvoir d'appréciation qui est restreint par le droit de la résolution des défaillances bancaires. Ensuite, c'est la force de ses décisions qui est altérée, dans la mesure où les jugements en matière de résolution ne pourront produire que des effets limités (B). Si on comprend la nécessité d'assurer la sécurité juridique, dans un secteur où la confiance est fondamentale, en accordant un caractère presque intangible aux décisions adoptées par les autorités de résolution, on peut néanmoins s'inquiéter une fois encore de la mise à mal de droits et libertés fondamentaux tels que le droit à un recours effectif ou le droit à un procès équitable. Ici encore, le caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires s'illustre et se confronte aux valeurs d'États de droit et de libertés⁶³⁴.

A) Un pouvoir d'appréciation restreint

304. – Qu'il relève du comité d'appel du CRU ou d'une juridiction traditionnelle, nationale ou communautaire, le juge – pris dans son sens large –, reste donc habilité à apprécier la légalité des décisions adoptées par les autorités de résolution. Ainsi, s'il est tenu de statuer sur d'éventuels litiges relatifs à la mise en œuvre de dispositifs préventifs ou curatifs de résolution, il ne dispose pas pour autant de toute ses capacités. En effet, le droit de la résolution des défaillances bancaires est venu limiter les pouvoirs du juge dans ce contexte particulier et notamment son pouvoir d'appréciation des faits qui lui sont présentés. L'article 85 paragraphe 3 de la directive 2014/59/UE⁶³⁵ dispose en ce sens que « *les États membres veillent à ce que ce contrôle soit effectué rapidement et que les juridictions nationales fondent leur propre évaluation sur les appréciations économiques complexes des faits réalisées par l'autorité de*

⁶³² Règlement (UE) 804/2014, art. 71.

⁶³³ Cf. entre autres, comité d'appel du Conseil de résolution unique, décision 12/16 du 18 juillet 2016, n° 8.

⁶³⁴ SYNVE'T H., « Le principe de légalité et la résolution bancaire », *op. cit.*, spéc. p. 308.

⁶³⁵ Dir. 2014/59/UE du 15 mai 2014.

résolution ». Ainsi par exemple, un juge administratif français saisi suite à la mise en œuvre d'un dispositif de résolution par l'ACPR, ne pourrait procéder à sa propre appréciation des faits, mais devrait se fonder sur les éléments fournis par l'ACPR, pourtant partie à l'instance. Or, ce procédé peut sembler problématique. Il semble en effet difficilement compatible avec certains principes gouvernant les procédures administratives, notamment en matière d'appréciation des faits et d'interprétation des actes contestés⁶³⁶. Ce procédé semble également contrevenir aux principes procéduraux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. On peut s'interroger sur le caractère impartial du juge, protégé par le droit à un procès équitable⁶³⁷, dès lors que les jugements prononcés sont obligatoirement fondés sur les observations d'une des parties, l'autorité de résolution.

B) Un jugement aux effets limités

305. – Les pouvoirs des juges sont également limités par le manque d'effets produits par leurs jugements dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires. D'abord, il convient de préciser que l'introduction d'un recours à l'égard d'une décision adoptée par une autorité de résolution n'emporte pas nécessairement la suspension des effets de la décision contestée⁶³⁸. De plus, le droit de la résolution des défaillances bancaires précise que les décisions adoptées par les autorités de résolution sont immédiatement exécutoires et induisent « *une présomption réfragable selon laquelle une suspension de son exécution serait contraire à l'intérêt public* ». Ainsi, l'introduction d'un recours à l'encontre d'une décision préventive ou curative de résolution ne produit pas d'effet par lui-même. Il en est ainsi des recours introduit devant des juridictions traditionnelles comme devant le comité d'appel du CRU⁶³⁹. Cependant, les juges peuvent néanmoins décider de suspendre eux-mêmes l'application des décisions litigieuses s'ils estiment cela nécessaire.

En outre, ce sont les effets des jugements rendus suite à l'introduction de recours qui sont également limités par le législateur. En effet, les textes précisent que « *lorsqu'il est nécessaire de protéger les intérêts des tiers de bonne foi qui ont acquis des actions, d'autres titres de propriété, des actifs, des droits ou des engagements d'un établissement soumis à une procédure de résolution en vertu de l'utilisation d'instruments de résolution ou de l'exercice de pouvoirs de résolution par une autorité de résolution, l'annulation d'une décision d'une autorité de résolution n'affecte pas les actes administratifs adoptés ou les opérations conclues ultérieurement par*

⁶³⁶ Voy. à propos notamment : PÉANO D., « Recours pour excès de pouvoir », *J.-Cl. Admin.*, Fasc. 1152, 31 déc. 2021, n° 9.

⁶³⁷ Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶³⁸ Dir. 2014/59/UE, art. 85, 4°, a).

⁶³⁹ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 85, 6°.

l'autorité de résolution concernée sur la base de sa décision annulée ». Ainsi, si le juge prononce l'annulation d'une décision adoptée par une autorité de résolution, celle-ci ne devrait en principe pas produire d'effet, puisque la mise en œuvre de la décision ne sera pas remise en cause. Ainsi par exemple, si des propriétaires de titres financiers contestent la cession de leurs actifs par l'autorité de résolution dans le cadre d'une procédure de résolution, l'annulation éventuelle de la décision initiale n'aura pas d'incidence sur la cession de leurs actifs. Les justiciables lésés pourront toutefois obtenir le cas échéant une compensation financière pour les pertes subies⁶⁴⁰. Or, bien que l'on comprenne la nécessité de décisions aux effets non-rétroactifs, la question de la protection des droits fondamentaux semble ici encore devoir être abordée. En effet, le droit à un recours effectif⁶⁴¹ garanti par la Convention européenne des droits de l'homme semble être altéré, puisque les recours introduits à l'encontre des décisions des autorités de résolution ne semblent en définitive pas véritablement produire d'effet.

⁶⁴⁰ Dir. 2014/59/UE, art. 85, 4°.

⁶⁴¹ Article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

306. – Le caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires semble en définitive pouvoir être également constaté dans la mise en œuvre des dispositifs préventifs et curatifs de résolution. En effet, nous avons pu observer le caractère extraordinaire des mesures et des instruments qui peuvent être mis en œuvre dans ce contexte d'un part, et d'autre part, l'importance des pouvoirs conférés aux autorités compétentes. Or, bien que le législateur ait pu énoncer le contraire, les droits et les libertés des établissements de crédit semblent substantiellement altérés. Si cette altération paraît nécessaire face à la défaillance d'établissements de crédit, l'assujettissement de ces derniers à différentes injonctions qui viennent limiter leurs pouvoirs peut interroger, notamment lorsqu'elles interviennent *ex ante* et que l'établissement est alors *in bonis*.

À l'aune de ces éléments, il semblait donc nécessaire de s'assurer que des limites soient posées aux pouvoirs colossaux des autorités compétentes lors de la mise en œuvre desdits dispositifs préventifs et curatifs, ainsi que de s'assurer que le contrôle de leurs pouvoirs et décisions soit possible. En ce sens, nous avons pu constater que certains principes et modalités procédurales venaient effectivement borner les pouvoirs des autorités de supervision et de résolution dans ce contexte, ce qui contribue à assurer que les atteintes aux droits des établissements de crédit restent limitées autant que possible, eu égard aux enjeux qui entourent les défaillances bancaires, et notamment à la nécessité de préserver la stabilité financière.

307. – En ce qui concerne le contrôle des pouvoirs des autorités de résolution et par conséquent de la mise en œuvre des dispositifs de résolution, le respect des droits et libertés fondamentaux semble ici moins évident. Si la nature des actes adoptés dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires induit la possibilité de contester ces derniers devant les juridictions, celle-ci reste néanmoins limitée. En effet, différents principes viennent restreindre l'effectivité et l'efficacité des recours introduits à l'encontre des actes adoptés dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires. D'abord, il faut rappeler que certains litiges doivent, en raison de leur objet, être contestés devant le comité d'appel du Conseil de résolution unique. Or, celui-ci tend alors à apparaître comme juge et partie, ce qui peut, bien que ce comité d'appel soit indépendant des autres organes du CRU, paraître contestable, notamment à l'aune du principe de procès équitable. Ensuite, il faut préciser que ledit Comité d'appel, bien qu'il semble en pratique le plus habilité à juger de

telles considérations, ne peut cependant statuer que sur certains aspects du droit de la résolution des défaillances bancaires. Or, il s'agit d'aspects qui paraissent *in fine* moins importants et qui n'altèrent pas nécessairement les droits et libertés des établissements de crédit. Fort heureusement, le juge traditionnel pourra également être saisi, soit en première instance, soit pour contester les décisions rendues par le Comité d'appel du CRU. Toutefois, les pouvoirs des juridictions en matière de résolution des défaillances bancaires restent très limités. En effet, il semble que les mesures litigieuses ne puissent, sauf exception, être suspendues du fait d'un contentieux à leur encontre. En outre, une fois les jugements rendus, l'annulation de décisions de résolution ne pourra pas produire d'effet sur les actes adoptés en vertu desdites décisions. Les requérants lésés ne pourront bénéficier que de compensations financières. Ainsi, force est de constater que le contrôle des décisions adoptées dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires ne peut produire que de faibles effets. Enfin, il faut préciser que le juge est contraint de baser son évaluation sur l'appréciation des faits réalisée par l'autorité de résolution. En ce sens, ses pouvoirs sont ici encore fortement limités. Dès lors, le caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires paraît plus important encore et ne semble pas contrebalancé par un contrôle juridictionnel effectif et efficace.

CONCLUSION DU TITRE II

308. – Les conditions de déclenchement des dispositifs préventifs et curatifs de résolution n'ont en définitive plus de point commun avec les conditions de déclenchement des procédures collectives. Ainsi, cela illustre une fois encore le caractère autonome du droit de la résolution des défaillances bancaires. Mais plus encore, ces conditions de déclenchement participent à faire de ce droit, un droit exorbitant. En effet, ces conditions sont propres à la résolution des défaillances bancaires et disposent d'un caractère novateur. Elles confient également des pouvoirs extraordinaires aux autorités de résolution, et participent à limiter les droits et libertés des établissements de crédit, en raison des enjeux majeurs poursuivis, ce qui contribue également à cette qualification de droit exorbitant.

Le caractère exorbitant du droit de la résolution bancaire qui apparaît dans ce contexte, semble pouvoir être confirmé par la mise en œuvre des dispositifs préventifs et curatifs de résolution. En effet, le législateur a mis à la disposition des autorités de résolution, mais également de manière préventive des autorités de supervision, des outils innovants. Ces différentes autorités sont ainsi habilitées, selon le cas, à mettre en œuvre des mesures d'intervention précoce ou des instruments de résolution. Ainsi, l'autorité compétente va enjoindre l'établissement peu solide ou défaillant de procéder à différentes actions, venant modifier sa situation juridique ou financière, ainsi que ses activités. En ce sens, les établissements de crédit peuvent ici encore voir leurs droits et libertés altérés. Par conséquent, il semblait nécessaire de s'assurer que ces derniers puissent le cas échéant, contester les décisions adoptées par les autorités compétentes dans ce contexte.

309. – Les actes établis par les autorités de résolution et de supervision, visant à prévenir ou traiter les défaillances bancaires, doivent être définis comme des actes administratifs individuels faisant griefs, si bien qu'ils sont effectivement susceptibles de recours. Néanmoins, il fut alors nécessaire de préciser que l'ensemble des actes considérés comme préparatoires, tels que la valorisation de l'établissement ou l'évaluation de sa situation financière par la Banque centrale européenne par exemple, ne pourront faire l'objet de recours autonomes. Les justiciables ne seront dans ce contexte qu'habilités à contester les décisions imposant la mise en œuvre de mesures d'intervention précoce ou l'ouverture d'une procédure de résolution. En outre, précisons également que si une procédure de résolution est mise en œuvre par l'autorité nationale de résolution, après que le Conseil de résolution unique (ci-après CRU) l'en ait enjoint, c'est ici encore la décision de mise en résolution, adoptée par le CRU, qui pourra faire l'objet d'un recours.

Ainsi, la justiciabilité des actes établis dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires répond à une logique particulière, que la jurisprudence a pu commencer à expliciter dans certaines décisions. Néanmoins, il semble que le contentieux relatif à ces actes soit amené à se développer. Pourtant, les effets des recours contre les autorités de résolution restent limités, principalement dans leurs effets. Le juge voit en ce sens ces pouvoirs limités. D'une part, il doit fonder son évaluation sur les appréciations réalisées par l'autorité de résolution. D'autre part, l'introduction d'un recours n'a pas d'effet suspensif et les décisions rendues par le juge ne peuvent conduire à l'annulation des actes pris en vertu d'une décision de l'autorité de résolution, même si celle-ci est elle-même annulée. Par conséquent, bien que les objectifs poursuivis par le droit de la résolution des défaillances bancaires semblent légitimer son caractère exorbitant, il paraît cependant impératif de rester vigilant quant au respect en pratique des droits et libertés fondamentaux, ainsi qu'à la proportionnalité, et plus encore à la légalité, des atteintes qui peuvent être opérées dans ce contexte.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

310. – Du fait des particularités juridiques, financières, fonctionnelles et opérationnelles des établissements de crédit, ces entreprises cruciales⁶⁴² ne peuvent être appréhendées comme des entreprises commerciales traditionnelles. L'existence d'un droit bancaire et financier, ou encore d'un droit de la régulation bancaire et de la compliance, démontre la nécessité d'encadrer ces établissements et leurs activités par le biais de dispositions spécialement conçues. Or, le traitement de leurs défaillances n'échappe pas à ce constat. La crise des *subprimes*, comme la crise des dettes souveraines, ont montré les limites de l'application de dispositions conçues pour régir des entreprises communes dans le cadre des défaillances bancaires. C'est à l'aune de ce constat que les pouvoirs publics ont établi de nouvelles règles destinées à prévenir et à traiter ces situations singulières. Par le biais du Mécanisme de résolution unique, de nouveaux dispositifs de prévention et de gestion des défaillances bancaires ont ainsi été mis en place. Or, ce « mécanisme », qui est composé de règles spécifiques, qui est gouvernés par des principes directeurs qui lui sont propres, qui poursuit des objectifs particuliers, qui a mis en place des autorités spécialisées, et qui dispose en outre d'un organe de règlement des différends qui lui est propre, semble davantage pouvoir être défini comme un droit *sui generis*. En ce sens, en instaurant de nouvelles dispositions relatives à la prévention et à la gestion des défaillances bancaires, le législateur semble avoir implicitement édifié un véritable droit de la résolution des défaillances bancaires.

Si les anciennes adaptations du droit des entreprises en difficulté au cas particulier des établissements de crédit défaillants semblaient avoir constitué un droit spécial des procédures collectives des établissements de crédit⁶⁴³, une étape supplémentaire semble alors avoir été franchie avec les réformes bancaires initiées en France avec loi du 26 juillet 2013⁶⁴⁴. Ainsi, force est de constater qu'un véritable droit autonome de la résolution des défaillances bancaires a été édifié. Cette autonomie semblait en effet nécessaire, afin d'assurer un traitement rapide et efficace des établissements de crédit défaillants, tout en limitant le recours aux fonds publics et en préservant la stabilité financière. Cette autonomie est également nécessaire afin de limiter, voire d'exclure, le recours au droit des entreprises en difficulté, qui est en définitive inadapté à la prévention et au traitement des défaillances bancaires.

⁶⁴² FRISON-ROCHE M.-A., « Réguler les "entreprises cruciales" », *D.*, n° 27, juill. 2014, p. 1556.

⁶⁴³ Voy. en ce sens : LÉGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, préf. SAINT-ALARY-HOUIN C., Economica, coll. Pratique du droit, 2002.

⁶⁴⁴ Loi n° 2013/672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

311. – Si les dispositifs établis par le législateur en matière de résolution des défaillances bancaires peuvent ainsi être considérés comme composant un droit *sui generis* et autonome, celui-ci semble également devoir être défini comme exorbitant. En effet, au vu des objectifs et des enjeux colossaux qui gouvernent les défaillances bancaires, il était impératif de concevoir un droit fort, qui peut être amené à altérer certains principes juridiques, dès lors que cela est nécessaire pour préserver la sécurité du système bancaire et financière et la situation économique ses acteurs. Par conséquent, le droit de la résolution des défaillances bancaires instaure différents principes et mécanismes qui semblent exorbitants, de par leur caractère extraordinaire et dérogoire, ainsi que de par le fait qu'ils octroient aux autorités de résolution, voire de supervision également, des pouvoirs très importants. Ces dispositifs, principes et pouvoirs exorbitants, peuvent ainsi venir altérer les droits et les libertés des établissements de crédit. Si cela semble dans la plupart des cas justifiés au vu des objectifs poursuivis, il convient néanmoins de s'assurer qu'un contrôle effectif et efficace de la mise en œuvre du droit de la résolution des défaillances bancaires puisse *in fine* être réalisé en pratique. Or, si différentes voies de recours sont envisageables à l'encontre des actes adoptés par les autorités de résolution, ces recours restent limités dans leurs effets. Pourtant, il est impératif de s'assurer qu'un juste équilibre soit maintenu entre les objectifs poursuivis par le droit de la résolution des défaillances bancaires, notamment la préservation de la stabilité financière, et les intérêts privés des établissements de crédit qui disposent de droits et de libertés. En ce sens, il convient de rester vigilant quant à l'application de ce droit et de s'assurer que toutes atteintes aux droits et libertés des établissements de crédit sont en pratique justifiées. Nous aurons l'occasion dans notre seconde partie de nous intéresser davantage aux effets de ce droit *sui generis* sur les établissements de crédit, et de nous questionner quant à la légalité et la légitimité des dispositions qui le gouvernent.

Seconde partie

LA PRODUCTION D'EFFETS CONTRAIGNANTS PAR LE DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

312. – Le libre arbitre et le droit. Si l'ensemble des dispositions qui gouvernent la résolution des défaillances bancaires fonctionne comme un système unifié et autonome, conduisant ainsi à constater l'existence d'un droit *sui generis* de la résolution des défaillances bancaires, cela induit assurément que celui-ci produise des effets juridiques sur les sujets de droit qu'il régit. Ainsi, les établissements de crédit, destinataires de ce droit, sont tenus de respecter ses prescriptions et peuvent se voir imposer certains comportements. Toutefois, disposant de leur libre arbitre, encore pourraient-ils ne pas s'y conformer, par mégarde ou par improbité. En effet, reprenant la formulation chère aux économistes, tout individu peut agir sur le modèle de l'« *homo economicus* », et devoir ainsi être appréhendé comme un être rationnel et maximisateur, qui agit au gré de ses intérêts. Le Doyen Carbonnier écrivait en ce sens, que « *l'individu inséré dans une situation juridique peut avoir à décider, pour chacun des épisodes qui en tissent la trame, s'il le vivra juridiquement ou non* »⁶⁴⁵. Il constatait par la même occasion que « *les juristes ne mesurent pas assez combien le droit est facultatif, même dans les secteurs qu'ils proclament d'ordre public* »⁶⁴⁶. Ce caractère facultatif du droit, peut particulièrement être observé lorsque les sujets de droit, empreints d'un rapport de force, sont dans une position dominante au sein d'un secteur ou d'un système. Il en va ainsi de ceux qui peuvent être définis comme des pouvoirs privés économiques⁶⁴⁷. Or, les établissements de crédit font indéniablement partie de cette catégorie d'acteurs. Véritables puissances économiques, ils jouent un rôle clé dans nos sociétés, ce qui tend à leur offrir certaines libertés. Cependant, si les sujets de droit semblent pouvoir décider de se conformer ou non au droit, l'existence de sanctions peut influencer leur

⁶⁴⁵ CARBONNIER J., *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1979, p. 28.

⁶⁴⁶ CARBONNIER J., *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.*, p. 28.

⁶⁴⁷ La notion de pouvoirs privés économiques est chère au droit économique. Le professeur Gérard Farjat en est l'instigateur. Dans son éminent ouvrage « *Pour un droit économique* », il écrivait à propos des pouvoirs privés économiques : « sous la forme des groupes de sociétés ils constituent les vrais centres de décision de l'économie mondiale. Ils détiennent les principaux moyens de communication, d'information et de même de formation des hommes, ils peuvent détenir la maîtrise de l'opinion. Leur existence bouleverse la représentation juridique traditionnelle, et notamment la distinction du droit public et du droit privé, puisque, substantiellement, des personnes privées ont des prérogatives comparables à celles des pouvoirs publics ». Cf. FARJAT G., *Pour un droit économique*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p. 68.

choix. En matière de résolution des défaillances bancaires, ce constat peut être renouvelé. En effet, force est de constater que pour assurer l'effectivité des dispositifs de prévention et de gestion des défaillances bancaires, il convient de s'assurer de l'effet coercitif des dispositions qui gouvernent la matière.

313. – Sécurité juridique et droit nouveau. Si certains pouvoirs privés économiques semblent parfois paraître « au-dessus » du droit et faire le choix individuel du non-droit⁶⁴⁸, d'autres peuvent s'y soustraire par inadvertance. En effet, bien que nul ne soit censé ignorer la loi, l'erreur et la mauvaise interprétation du droit peuvent conduire à son non-respect. En ce sens, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit doivent faire l'objet d'une grande attention. Cette attention doit être plus importante encore fasse à une discipline nouvelle où certains, profanes comme avertis, peuvent se méprendre sur son contenu. Il en est ainsi du droit de la résolution des défaillances bancaires, qui ne se contente par ailleurs, pas seulement de fixer des règles générales et abstraites, mais soumet ses sujets de droit à des obligations nouvelles (Titre premier) dont l'exécution est régulièrement contrôlée.

314. – Effets étendus du droit de la résolution des défaillances bancaires. Notons par ailleurs que le droit peut produire des effets étendus et venir altérer les droits de ses destinataires d'une part, mais également d'autre part, d'autres acteurs qui pourraient être liés à la situation régie. Il en est ainsi dans le cadre du droit de la résolution des défaillances bancaires. Si les établissements de crédit sont les destinataires principaux de ce droit, les acteurs qui interagissent avec eux pourront également se voir imposer certaines contraintes. Il en est ainsi des créanciers des établissements de crédit, sur lesquels le droit de la résolution des défaillances bancaires pourra produire des effets contraignants. Dans certains, cas l'altération de leurs droits semble pouvoir être constatée. Si ces atteintes aux droits des créanciers des établissements de crédit semblent légitimées par les objectifs poursuivis par le droit de la résolution des défaillances bancaires (Titre second), il convient néanmoins de s'assurer de la légalité de celles-ci.

Titre premier : L'assujettissement des établissements de crédit à des obligations nouvelles

Titre second : L'atteinte légitimée aux droits des créanciers des établissements de crédit

⁶⁴⁸ CARBONNIER J., *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.*, p. 27.

Titre premier

L'ASSUJETTISSEMENT DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT À DES OBLIGATIONS NOUVELLES

315. – Renouvellement et nouveauté. Selon le Doyen Vedel, « *l'autonomie [d'un droit] apparaît [...], quand la matière considérée, bien que ne mettant apparemment en œuvre que des principes et des méthodes empruntées à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté* »⁶⁴⁹.

Il semblerait ainsi que le fait de renouveler l'utilisation de principes ou de méthodes existantes, leur offrirait un aspect novateur qui pourrait participer à conférer au droit qui les renouvelle, un caractère autonome. Ce constat semble pouvoir s'illustrer dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires. Si le caractère innovant de ses principes et méthodes a déjà pu être mis en exergue⁶⁵⁰, ce sont également les obligations qu'il impose qui semblent bénéficier d'un caractère de nouveauté, du fait d'une combinaison chimique – *pour reprendre l'expression du Doyen Vedel* –, ayant modifié des obligations existantes.

316. – Un trio d'obligations additionnelles. Le droit de la résolution des défaillances bancaires impose plusieurs obligations auxquelles ses destinataires sont tenus de se conformer. Si ces obligations ne paraissent pas, de prime abord, nouvelles en droit, il semble que le droit de la résolution des défaillances bancaires se les soit appropriées, si bien qu'elles lui sont désormais propres. Trois obligations majeures semblent ainsi naître, ou du moins se voir renouvelées, grâce à ce droit *sui generis*. D'abord, c'est une obligation de planification qui s'impose aux établissements de crédit. Si la notion de planification est désormais relativement commune en droit, cette tâche prise dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires, ne ressemble en définitive à aucune autre, si bien qu'elle paraît indéniablement devoir être considérée comme nouvelle (Chapitre I). Ensuite, ce sont des obligations de contribution et d'information qui pèsent sur les établissements de crédit assujettis au droit de la résolution des défaillances bancaires. Celles-ci sont également communes en droit positif et en diffèrent certainement moins que l'obligation de planification. Ainsi, elles apparaissent davantage comme des obligations renouvelées (Chapitre II). L'ensemble de ces obligations viennent s'ajouter aux nombreuses obligations pesant déjà sur les établissements de crédit et constitue ainsi une charge supplémentaire et conséquente pour ces entités.

⁶⁴⁹ VEDEL G., « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mél. VIGNEUX P.*, 1981, t. II, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, p. 767-183, spéc. p. 167.

⁶⁵⁰ Cf. Première partie.

317. – Intelligibilité des obligations. Les obligations établies par le droit de la résolution des défaillances bancaires étant nouvellement imposées aux établissements de crédit, il semble nécessaire de les expliciter et de préciser les détails de leur mise en œuvre. Ces dernières sont précisées par les textes qui gouvernent la matière. Cependant, leurs sources peuvent être diverses et relever du droit dur comme du droit souple. Dès lors, on peut s'interroger sur le caractère contraignant de ces obligations, ou du moins de l'ensemble des précisions qui ont pu être réalisées concernant leur mise en œuvre. Or, le non-respect de ces obligations semble pouvoir faire l'objet de sanction. Par conséquent, afin de garantir le respect du principe de sécurité juridique, il convient de s'assurer que les modalités d'exécution de ces obligations sont suffisamment définies et intelligibles pour les établissements de crédit.

Chapitre I : L'obligation nouvelle de planification

Chapitre II : Les obligations renouvelées de contribution et d'information

Chapitre I :

L'OBLIGATION NOUVELLE DE PLANIFICATION

318. – Une obligation singulière et novatrice. Le droit de la résolution des défaillances bancaires impose la conception de plans préventifs de rétablissement devant être conçus et mis à jour par les établissements de crédit. Ainsi, il fait peser sur ces derniers une obligation nouvelle. La directive 2014/59/UE⁶⁵¹ dite « BRRD » constate elle-même qu'elle fait peser sur lesdits établissements une « *charge administrative liée aux obligations de préparation du plan* »⁶⁵². L'entrée en vigueur des dispositions régissant cette obligation, qui avaient d'ailleurs été anticipées par bon nombre d'établissements, est ainsi venue accroître leurs fonctions. La mise en œuvre de cette obligation nécessite la mobilisation d'équipes dédiées, voire le recours à des conseillers externes, ayant pour mission de décortiquer les subtilités de cette obligation nouvelle et d'organiser sa mise en œuvre en toute conformité. En ce sens, elle apparaît également comme une charge importante, mobilisant des ressources humaines, matérielles et financières.

319. – L'information des nouveaux entrants. Les plans préventifs de rétablissement doivent être mis à jour régulièrement afin de s'adapter aux évolutions financières, juridiques et opérationnelles des établissements de crédit, ainsi qu'aux nouvelles recommandations émises par les autorités compétentes, ce qui conduit à faire de cette obligation de planification un défi constant pour lesdits établissements. Par conséquent, il convient de s'assurer que ces derniers disposent des outils nécessaires afin de comprendre ce qui est attendu d'eux dans ce contexte et de mettre en œuvre de manière optimale leur nouvelle obligation. Cela est d'autant plus important, que toute mauvaise exécution ou inexécution, paraît pouvoir faire l'objet de sanction. Si certains établissements semblent déjà familiers à cet exercice singulier, il ne faut pas oublier que des nouveaux établissements pourraient s'établir au sein de l'Union bancaire et seraient alors tenus de constituer leurs plans de rétablissement *ab initio*. Dès lors, il est impératif qu'ils disposent d'informations accessibles, intelligibles et exhaustives sur la manière dont ils doivent mettre en œuvre cette obligation de planification, en conformité avec les attentes du législateur et des autorités bancaires qui seront amenées à apprécier l'exécution de cette obligation.

⁶⁵¹ 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.

⁶⁵² Directive 2014/59/UE, cons. 14.

320. – Une société investie d'une mission. Marqué par la nécessité de disposer d'instruments pragmatiques et efficaces, le droit de la résolution des défaillances bancaires induit la délégation aux établissements de crédit, d'une tâche qui semblerait incomber naturellement aux autorités bancaires. Ce procédé conduit ainsi à une internalisation partielle des dispositifs de gestion des défaillances bancaires. Il confère aux établissements de crédit la capacité de calibrer un outil majeur, destiné à préserver la stabilité financière. En ce sens, les établissements de crédit participent pleinement à la préservation de ce but monumental⁶⁵³. À l'instar d'une société à mission⁶⁵⁴, les banques ont vocation à jouer un rôle prédominant dans la prévention des crises bancaires. Ce rôle est pertinent, car les établissements de crédit sont en première ligne et peuvent influencer sur de nombreux aspects du monde bancaire et financier.

En matière de planification, il ne fait nul doute que les établissements soumis à cette obligation sont en définitive les plus à même de connaître et de rendre compte des particularités financières, juridiques et opérationnelles dont ils font l'objet⁶⁵⁵. Ils sont ainsi les mieux placés pour mettre en œuvre ces nouveaux outils de gestion des défaillances bancaires que sont les plans de rétablissement et leur conférer l'efficacité attendue. Cependant, ces plans conçus par les établissements de crédit restent néanmoins soumis au contrôle des autorités compétentes. Cette obligation s'inscrit en ce sens dans une logique de *co-régulation*, qui semble en fait être la source de son efficacité.

321. – Définir l'obligation de planification. Précisons toutefois que cette obligation de mettre en place un outil qui ne ressemble à aucun autre, peut vite se transformer en une contrainte inefficace si les attentes du législateur et des autorités compétentes en la matière manquent de clarté. Ainsi, si le droit de la résolution des défaillances bancaires fait peser sur les établissements de crédit une charge administrative nouvelle, il doit également leur fournir les outils nécessaires afin d'accomplir leurs obligations. En ce sens, il est impératif que les informations relatives à la réalisation et la mise à jour des plans de rétablissement soient accessibles, intelligibles et exhaustives pour les établissements de crédit. Or, les dispositions relatives à cette obligation de planification

⁶⁵³ FRISON ROCHE M.-A., *op. cit.*

⁶⁵⁴ Voy. à propos : TEYSSIE B., « Les sociétés à mission », *JCP G.*, n° 17, avr. 2021, doctr. 477 ; MORTIER R., « Top départ pour les sociétés à mission ! », *Droit des sociétés*, n° 3, mars 2020, comm. 35 ; DALMAU R., « Les sociétés à mission : quelle nature et quelles sanctions ? », *JCP N.*, n° 30, juill. 2020, 1165 ; REYGROBELLET A., « La qualité de "société à mission" enfin opérationnelle », *JCP N.*, n° 3, janv. 2020, act. 128.

⁶⁵⁵ Voy. en ce sens : GIACCOBI P., PINEAU F., « Deux bons plans pour une bonne résolution », *Rev. Banq.*, n° 832, mai 2019, p. 82 : « Il est judicieux de demander aux banques de porter la plume pour le plan de rétablissement car nul ne connaît mieux le marché, les produits, les clients, la complexité de son mode de fonctionnement que la banque elle-même » ; MAURIN A., *Vers une maîtrise du risque bancaire systémique*, Thèse, Paris, 2019, p. 238 : « 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 ».

semblent éparses, relevant tantôt du droit communautaire, tantôt du droit national, prenant la forme d'actes de droit dur ou de droit souple. En outre, il semble devoir être constaté que les informations relatives aux plans de rétablissement offertes par le droit positif manquent parfois de précision. Ainsi, l'obligation d'élaborer des plans de rétablissement apparaît comme une obligation singulière, propre au droit de la résolution des défaillances bancaires, qu'il convient dès lors de définir (Section I). Définir cette obligation conduit nécessairement à préciser le contenu de celle-ci, et donc le contenu du plan, puisque l'obligation de planification se traduit en définitive par l'exécution de plusieurs tâches : la collecte de données relatives à l'établissement, l'élaboration de différents scénarios et la confection d'un document devant regrouper ces différents éléments. Expliciter l'obligation de planification induit donc d'explicitier le contenu attendu dans les plans de rétablissement (Section II).

SECTION I :

L'ÉLABORATION DES PLANS DE RÉTABLISSEMENT, UNE OBLIGATION SINGULIÈRE À DÉFINIR

322. – L'élaboration des plans de rétablissement constitue une obligation nouvelle pour les établissements de crédit. Elle est également nouvelle en droit. En effet, bien que certains « plans » puissent déjà être rencontrés dans certaines branches du droit, les plans de rétablissement ne peuvent y être assimilés. En ce sens, les plans de rétablissement doivent impérativement faire l'objet d'une définition substantielle (§1), afin de trouver leur place dans l'ordonnancement juridique. Les principes directeurs qui gouvernent ces nouveaux outils (§2) participent à expliciter leur nature ainsi qu'à analyser leur fonctionnement.

§1 : DÉFINITION SUBSTANTIELLE DES PLANS DE RÉTABLISSEMENT

323. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires offre divers éléments techniques relatifs à l'élaboration ainsi qu'au suivi des plans de rétablissement. Pour autant, il ne définit pas précisément la notion de plan de rétablissement. Le droit positif n'offre que peu d'éléments de définition de ces dits plans (I). Par conséquent, il pourrait être intéressant de proposer une définition (II) qui mettrait en exergue la substance véritable de ces derniers.

I) L'absence de définition satisfaisante des plans de rétablissement dans le droit positif

324. – Les plans de rétablissement ne bénéficient pas d'une définition légale unifiée et précise (A). Certains textes nous offrent des éléments de définition, mais ils semblent pourtant insuffisants. Ainsi, une définition claire et exhaustive des plans de rétablissement pourrait être recherchée dans la doctrine (B), qui s'est à diverses reprises attelée à l'étude de ces plans. Cependant ces études semblent rester relativement superficielles et ne permettent pas d'appréhender la substance de ces plans.

A) Le défaut de définition légale

325. – L'absence de définition légale des plans de rétablissement est indéniable en droit français (1). Toutefois, celui-ci n'étant qu'une transposition des textes européens gouvernant le droit de la résolution des défaillances bancaires, on peut se demander si ceux-ci n'auraient pas procédé à la définition de la notion (2).

1) L'absence de définition en droit national

326. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires a pu être intégré au sein du Code monétaire et financier dans une section relative à la prévention et à la gestion des crises bancaires. L'article L. 613-35⁶⁵⁶ relevant de ladite section dispose que les établissements de crédit « *sont soumis à l'obligation d'élaborer et de tenir à jour un plan préventif de rétablissement* ». Il précise la liste des entités devant répondre à cette obligation, ainsi que la possibilité de voir cette obligation allégée dans certains cas⁶⁵⁷. L'article offre ensuite certains éléments relatifs au contenu ou à la vocation du plan de rétablissement. Il dispose en ce sens notamment que « *les plans préventifs de rétablissement individuels prévoient un large éventail de mesures de rétablissement permettant de faire face à une détérioration significative de la*

⁶⁵⁶ Cet article ouvre la Sous-section 2 du Chapitre X du CMF, et comprend les dispositions relatives à l'élaboration, l'évaluation et la mise en œuvre des plans préventifs de rétablissement.

⁶⁵⁷ Art. L. 613-35, II du CMF : « *Le niveau des obligations des personnes mentionnées aux 1° à 4° du I au titre du présent article est fixé par le collège de supervision en tenant compte des éléments mentionnés au premier alinéa de l'article L. 613-34-2 ainsi que de l'éventuelle incidence négative que leur défaillance et leur liquidation en application du livre VI du code de commerce serait susceptible d'avoir sur les marchés financiers, sur d'autres établissements de crédit ou entreprises d'investissement, sur les conditions de financement ou sur l'ensemble de l'économie.*

Le collège de supervision peut autoriser les personnes mentionnées aux 2° et 4° du I à élaborer un plan préventif de rétablissement selon des modalités simplifiées sous réserve qu'une telle autorisation ne constitue pas un obstacle pour mettre en œuvre les mesures mentionnées aux articles L. 511-41-3, L. 511-41-5, L. 612-32, L. 612-33, L. 612-34, L. 612-34-1, au V de l'article L. 613-36 et aux sous-sections 4, 9 et 10 de la présente section. Il peut retirer cette autorisation à tout moment.

situation financière de la personne concernées »⁶⁵⁸. Il précise également que « *le plan préventif de rétablissement individuel ou de groupe prévoit les mesures qui permettraient d'assurer le rétablissement des entités concernées en cas de crise* ». Pour autant, le législateur n'a pas établi une définition unique et exhaustive.

D'autres articles du Code monétaire et financier évoquent d'autres éléments relatifs aux plans, notamment à leur contenu⁶⁵⁹, à leurs mises à jour⁶⁶⁰ ou encore à leurs évaluations⁶⁶¹. Toutefois, ils ne permettent pas d'appréhender entièrement la notion et n'en offrent qu'une vision parcellaire. Or, la constitution des plans de rétablissement étant une exigence légale, il convient de déterminer de manière précise l'objet de cette obligation qui pèse sur les établissements de crédit. Dès lors, on peut se demander si le droit européen, dont les dispositions françaises ne sont que la transposition, pourrait nous offrir davantage d'éléments de définition.

2) La recherche d'une définition dans le droit européen

327. – Le droit européen semble fournir davantage d'informations relatives aux plans de rétablissement, mais sans pour autant les définir expressément. La directive « BRRD »⁶⁶², qui est l'instigatrice de cette obligation de planification, précise dans les définitions exposées dans son article 2, qu'il est entendu par « *plan de redressement, un plan de redressement élaboré et tenu à jour par un établissement conformément à l'article 5* »⁶⁶³ de ladite directive. L'article 5 de la directive précise quant à lui que les établissements de crédit doivent élaborer et tenir à jour un « *plan de redressement prévoyant que l'établissement prenne des mesures pour restaurer sa situation financière après une détérioration significative de cette dernière* »⁶⁶⁴. Cet article nous offre des précisions sur le contenu, ainsi que sur la vocation de ces plans. Pourtant, elles ne permettent pas d'obtenir une définition précise des plans de rétablissement. Ceux-ci ne sont donc pas légalement définis par le droit européen.

B) Des définitions doctrinales partielles

328. – Si droit positif n'offre pas de définition légale précise des plans de rétablissement, il peut ainsi sembler opportun d'observer ce que la doctrine a pu révéler à leur sujet. En effet, certains

⁶⁵⁸ Art. L. 613-35, IV du CMF

⁶⁵⁹ Art. L. 613-35, IV, V, VI du CMF. Le Code monétaire et financier ne donne que très peu d'information sur les éléments que doivent contenir les plans préventifs de rétablissement. En effet, il n'offre pas une liste exhaustive des informations attendues par le législateur, et pour celles qu'il aborde, il ne les explicite pas autant que nécessaire.

⁶⁶⁰ Art. L. 613-35, VII du CMF.

⁶⁶¹ Art. L. 613-36, L. 613-37 du CMF.

⁶⁶² Directive 2014/59/UE du 15 mai 2014.

⁶⁶³ Dir. 2014/59/UE, art. 2, 32°.

⁶⁶⁴ BRRD, art. 5, 1°.

auteurs ont pu contribuer par leurs travaux à définir les plans de rétablissement. Mr Emmanuel Susset a notamment pu préciser que les plans de rétablissement sont « *des outils préventifs conçus en amont de toute difficulté en vue de faciliter le rétablissement des établissements en cas de crise* »⁶⁶⁵. Cette définition semble exprimer justement le but de ces plans et le fait qu'ils constituent de véritables outils. Néanmoins, elle doit être précisée car la notion de « crise » manque de précision. De plus, rappelons qu'une simple détérioration de la situation financière d'un établissement de crédit pourrait conduire à l'exécution d'une ou de plusieurs mesures prévues par le plan, sans pour qu'une situation de « crise » ne soit rencontrée.

D'autres éléments de définition ont pu être relevés par la doctrine, qui considère que « *les plans préventifs de rétablissement ont pour objectif de pouvoir détecter précocement les difficultés des établissements assujettis et de faire en sorte que ces derniers soient à même de réagir en cas de difficultés soudaines* »⁶⁶⁶. Ici, les plans de rétablissement sont définis par leurs finalités. Précisions cependant que celles-ci peuvent être complétées. En effet, si les plans de rétablissement ont vocation à détecter les difficultés des établissements de crédit par le biais d'indicateurs et à permettre auxdits établissements de réagir en cas de difficultés, ils ont également vocation à collecter un certain nombre de données essentielles relatives aux établissements et à les transmettre de manière régulière aux autorités bancaires de supervision afin qu'elles puissent réaliser leurs missions et intervenir le cas échéant pour rétablir la situation financière peu solide d'un établissement. Bénéficier régulièrement de données cruciales et actualisées sur différents aspects des établissements de crédit est effectivement un moyen important d'assurer un traitement rapide, adapté et efficace en cas de difficultés soudaines. Ainsi, la doctrine semble adopter un raisonnement téléologique et tend à définir les plans de rétablissement par leurs finalités. Toutefois, d'autres approches pourraient être opérées, notamment en définissant les plans par leur substance.

II) Proposition de définition des plans de rétablissement

329. – Les plans de rétablissement sont souvent qualifiés de testaments bancaires. Pourtant cette comparaison semble une fois décryptée inadaptée (A), car elle ne permet pas d'appréhender la véritable nature de ces plans. En effet, substantiellement, ils peuvent davantage être définis comme des outils stratégiques au service de la stabilité financière (B), que comme des actes organisant le sort d'un établissement à la suite de sa défaillance.

⁶⁶⁵ SUSSET E., « Le régime français de prévention et de gestion des crises bancaires après la transposition de la directive sur la résolution bancaire », *in*, p. 105.

⁶⁶⁶ LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERÉSÉO N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 321.

A) La qualification inadaptée de testament bancaire

330. – La qualification inadaptée de testament bancaire. Les plans préventifs de rétablissement sont parfois nommés par leurs équivalents américains – les « *living wills* »⁶⁶⁷ –, ou par leur traduction française de « *testaments bancaires* »⁶⁶⁸. Cependant, cette expression ne correspond pas à la manière dont le droit de la résolution des défaillances bancaires a conçu ces plans. En effet, le principe d'un testament est de déterminer de son vivant, quelles seront les dernières volontés du testateur et d'organiser la transmission de ses biens dans le temps qui suivra la mort⁶⁶⁹. Or, les plans de rétablissement ne prévoient pas de dispositions ayant vocation à s'appliquer après la « mort » de l'établissement. Au contraire, les éléments déterminés dans ces plans, ont pour objet le sauvetage de l'établissement, et doivent intervenir en amont de toute défaillance. En ce sens, il semble inapproprié de qualifier les plans de rétablissement de testament bancaire.

B) La qualification appropriée d'outil stratégique au service de la stabilité financière

331. – Un défi technique. L'obligation d'établir des plans de rétablissement se traduit en pratique par un tâche administrative technique devant être réalisée par les établissements de crédit. Elle nécessite de mobiliser des équipes afin de regrouper toutes les informations nécessaires, de concevoir et de rédiger les plans. Cette obligation induit ainsi la mobilisation de ressources humaines, matérielles et financières importantes. Les autorités de résolution délèguent en ce sens un travail considérable à ces établissements. Ces plans comprennent parfois plus de mille pages^s et apparaissent ainsi comme de véritables défis techniques pour les personnes chargées de les concevoir et de les mettre à jour. Ainsi, leur élaboration est une mission qui ne doit pas être négligée et qui constitue en réalité bien plus qu'une simple tâche administrative induite par une obligation de conformité. En effet, en ayant pour fonction de rétablir la situation financière dégradée d'établissements bancaires, les plans préventifs de rétablissement contribuent à préserver la stabilité financière et la continuité des fonctions critiques desdits établissements. En ce sens, ils constituent

⁶⁶⁷ Cf. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Section 165, d).

⁶⁶⁸ L'expression est couramment employée, voy. par exemple : DEMARIGNY F., THORIVAL P.-Y., « Les testaments bancaires ou living wills », *Rev. Banq.*, n°719, déc. 2009, p. 45 ; VENUS M., « Ne pas faire du RRP un manuel d'OPA hostile », *Rev. Banq.*, n° 753, oct. 2012, p. 30 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERESOE N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 321.

⁶⁶⁹ Cf. Lexique des termes juridiques, GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), Dalloz, 29^{ème} éd., 2021-2022, p. 1032.

de véritables outils stratégiques de prévention des défaillances bancaires et viennent s'ajouter à la « "boite à outils" du superviseur »⁶⁷⁰.

332. – Définition substantielle. Formellement, les plans préventifs de rétablissement doivent être définis comme des documents conçus par les établissements de crédit en amont de toute difficulté, regroupant des données essentielles et déterminant de manière prospective, d'éventuels événements susceptibles d'affecter leur situation financière ainsi que des solutions adaptées qui pourraient être mises en œuvre pour y faire face. C'est ainsi que le droit positif semble décrire ces plans. C'est également ainsi qu'ils semblent être élaborés en pratique. D'un point de vue substantiel, les plans préventifs de rétablissement doivent être définis plus largement. Il faut ainsi tenir compte de leur vocation profonde et des effets qu'ils peuvent produire sur l'ensemble du système bancaire et financier. Par conséquent, les plans de rétablissement peuvent également être définis comme des outils stratégiques de régulation bancaire, procédant à la délégation partielle aux établissements de crédit de la prévention des défaillances bancaires, afin de poursuivre un but monumental⁶⁷¹, la stabilité financière.

§2 : UN OUTIL GOUVERNÉ PAR DES PRINCIPES DIRECTEURS

333. – Le règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 précise différents principes majeurs qui doivent gouverner l'élaboration des plans de rétablissement. L'édiction de ces principes permet ainsi de s'assurer du caractère sérieux de ces plans et permet également de guider les établissements de crédit dans l'exécution de cette obligation de planification. Certains de ces principes gouvernent les informations devant être inscrites dans les plans (I), d'autres ont vocation à assurer leur efficacité (II).

I) Des principes gouvernant les informations inscrites dans le plan

334. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires a érigé des principes directeurs destinés à préciser les attentes des autorités compétentes en matière de plans de rétablissement. Il ressort ainsi de certaines de ses dispositions que lesdits plans doivent impérativement faire preuve

⁶⁷⁰ LACROIX M.-A., SARFATI P., « Plan de redressement et de résolution : de la conformité à la stratégie », *Banq. & Stratégie*, n° 308, nov. 2012, p. 10.

⁶⁷¹ Sur la notion de « but monumental » souvent employée par la Professeure Marie-Anne Frison-Roche, voy. par exemple : FRISON-ROCHE M.-A., *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2022.

d'exhaustivité (A) et de clarté (B). Les informations qu'ils comprennent doivent quant à elles être pertinentes (C).

A) Le principe d'exhaustivité des plans

335. – Le considérant 17 du règlement délégué (UE) 2016/1075 établit un principe d'exhaustivité des plans de rétablissement. Il précise en ce sens que les plans doivent être complets et comprendre tous les éléments qu'imposent la directive « BRRD »⁶⁷², ainsi que ledit règlement délégué. Il précise ainsi que pour être exhaustifs, ces plans doivent inclure « *un niveau de détail suffisant et proposer un éventail d'options suffisant au regard de la situation particulière de l'entité ou des entités qu'il couvre* »⁶⁷³. Précisons que le caractère exhaustif des plans pourra être apprécié par l'autorité bancaire compétente⁶⁷⁴, ainsi il convient de porter une attention particulière à cet aspect lors de la réalisation des plans de rétablissement.

B) Le principe de clarté des plans

336. – Les plans préventifs de rétablissement doivent également faire l'objet de clarté. Le règlement délégué ((UE) 2016/1075 précise en ce sens que la clarté des plans est un élément à prendre en compte pour évaluer la qualité du plan⁶⁷⁵. Pour que cette exigence soit respectée, il est donc nécessaire que le plan soit explicite et rédigé dans un langage « *clair et compréhensible* »⁶⁷⁶. Il faut également que les définitions et explications qu'il comprend, soient exprimées de manière intelligible. En outre, les hypothèses et les évaluations qui peuvent être fournies par le plan doivent être accompagnées d'explications afin de garantir la clarté de ces éléments d'information.

C) Le principe de pertinence des informations exposées par le plan

337. – Enfin, il est impératif que les informations transmises par le plan soient pertinentes, puisqu'elles participent à la qualité du plan de rétablissement. Le règlement délégué susmentionné précise en son article 17 que les informations comprises dans le plan sont considérées comme pertinentes dès lors qu'elles se « *concentrent sur l'identification des options envisageables pour préserver ou*

⁶⁷² Directive 2014/59/UE du 15 mai 2014.

⁶⁷³ Règlement délégué (UE) 2016/1075, cons. 17 et art. 17, 3°.

⁶⁷⁴ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 16.

⁶⁷⁵ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 17, 1°.

⁶⁷⁶ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 17, 1°.

rétablir la solidité financière ou la viabilité de l'établissement ou du groupe »⁶⁷⁷. De manière plus générale, semblent pouvoir être définies comme pertinentes, toutes les informations qui permettront à l'autorité compétente de prévenir ou de traiter les difficultés financières rencontrées par l'établissement. Ainsi, les établissements de crédit doivent être exhaustifs, sans pour autant fournir à l'autorité compétente des informations qui manquent d'utilité. En effet, ladite autorité doit analyser un nombre très important de données, il serait donc contreproductif qu'elle procède au traitement d'informations dont elle n'a pas l'utilité.

II) Des principes assurant l'efficacité des plans de rétablissement

338. – Afin de conférer une grande efficacité aux plans de rétablissement, le droit de la résolution des défaillances impose le respect d'un principe de cohérence des plans (A) et d'un principe d'opérationnalité des plans (B).

A) Le principe de cohérence des plans

339. – **Le principe de cohérence des plans.** Pour qu'un plan de rétablissement soit considéré comme satisfaisant, celui-ci doit faire preuve de cohérence⁶⁷⁸. Les mesures envisagées par celui-ci doivent en ce sens être adaptées au profil de l'établissement, ainsi qu'à sa situation juridique et financière. Ce principe de cohérence doit également s'appliquer dans le rapport entre le plan de rétablissement et la gouvernance générale de l'entreprise, ainsi que dans les procédures internes⁶⁷⁹ de celle-ci. Ce principe de cohérence doit en outre être pris en compte dans le rapport entre le plan de rétablissement et l'encadrement général de la gestion des risques au sein de l'établissement⁶⁸⁰. Ce principe de cohérence doit enfin s'appliquer le cas échéant, entre le plan de rétablissement établi par une filiale et celui établi pour le groupe⁶⁸¹ dont elle fait partie. Il doit nécessairement être respecté pour permettre un traitement adapté et efficace des éventuelles difficultés financières qu'un établissement pourraient rencontrer.

⁶⁷⁷ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 17, 2°.

⁶⁷⁸ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 17, 4°.

⁶⁷⁹ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 18, 1°, a).

⁶⁸⁰ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 5, 4°.

⁶⁸¹ Règlement délégué (UE) 2016/1075, cons. 7 ; Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 5, 1°, d).

B) Le principe d'opérationnalité des plans

340. – Le principe d'opérationnalité des plans. L'élaboration de plans de rétablissement clairs, exhaustifs et cohérents n'est pas le seul défi rencontré par les établissements de crédit. Ils sont également tenus d'assurer l'opérationnalité des plans qu'ils conçoivent. En effet, les informations contenues dans les plans de rétablissement ne seront que d'une efficacité limitée, si elles ne peuvent être appliquées ou produire les effets attendus, face à la détérioration de la situation financière d'un établissement. En ce sens, la qualité des plans dépend aussi grandement sur leur capacité à être exécuté avec célérité, tout en produisant les effets escomptés. Par conséquent, lorsque l'autorité compétente évalue la qualité des plans de rétablissement, elle accorde une importance particulière au nombre d'options de rétablissement choisies, ainsi qu'à leurs caractères viables et plausibles⁶⁸². Pour assurer leur opérationnalité, les options de rétablissement doivent être adaptées aux scénarios de crise envisagés et les délais d'exécution doivent être suffisamment courts pour rétablir efficacement la situation détériorée⁶⁸³.

SECTION II :

LA DÉTERMINATION DU CONTENU DU PLAN, UN DÉFI TECHNIQUE DE PARAMÉTRAGE

341. – La conception des plans de rétablissement est apparu comme un véritable défi technique pour les établissements de crédit soumis à cette obligation. Celle-ci les a ainsi contraints à mobiliser d'importantes ressources, à la fois humaine, matérielle et financière. Par le biais de ces plans, les établissements sont chargés de transmettre aux autorités de supervision de nombreuses informations cruciales sur leurs structures juridiques, financières et opérationnelles. Dans ce contexte, chaque établissement est tenu de procéder à une analyse stratégique de son entité (§1). Cette analyse doit être présentée au sein du plan de rétablissement. Dans le cadre de cette analyse stratégique, les établissements sont également tenus de préciser les options de rétablissement qu'ils ont conçus *ex ante* pour pallier d'éventuelles futures difficultés. Pour rendre ces plans opérationnels, les établissements de crédit doivent en outre faire figurer dans leurs plans de rétablissement des indicateurs (§2). Ceux-ci doivent en pratique faire l'objet d'un suivi régulier, puisque leur vocation est de détecter d'éventuelles difficultés et la nécessité de mettre en œuvre certaines mesures de rétablissement prévues par le plan.

⁶⁸² Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 18, 1^o, a), b).

⁶⁸³ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 18, 1^o, c), d).

§1 : L'ANALYSE STRATÉGIQUE DE L'ÉTABLISSEMENT

342. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires impose aux établissements de crédit de rassembler différentes données nécessaires à la constitution des plans de rétablissement. Ces données doivent être intégrées auxdits plans. Celles-ci permettent de définir de manière préventive les options de rétablissement envisageables en cas de difficulté. Parmi ces données, certaines sont relatives au fonctionnement de l'établissement (A). Le recensement de ces informations apparaît comme un préalable à la conception des différentes options de rétablissement. Les options de rétablissement établies doivent elles aussi figurer dans le plan de rétablissement (B). L'ensemble de ces éléments constitue en droit de la résolution des défaillances bancaire, l'analyse stratégique⁶⁸⁴ de l'établissement et de sa situation.

I) Le recensement des données relatives au fonctionnement des établissements de crédit

343. – Chaque établissement de crédit assujéti à l'obligation de planification doit débiter l'élaboration de son plan de rétablissement en procédant à la description de son entreprise. Cette tâche est nécessaire afin de concevoir des options de rétablissement adaptées aux différentes spécificités l'établissement. Elle est également nécessaire pour les autorités de supervision, qui pourront ainsi s'assurer de la cohérence des mesures prévues avec les caractéristiques l'entreprise. Dans cette description, chaque établissement doit présenter un certain nombre d'éléments relatifs à sa structure, ainsi qu'à ses activités. Il doit alors y faire transparaître une vision globale de l'entreprise. Cette description doit apparaître dans le plan et regrouper différentes informations déterminée *ex ante*. Parmi celles-ci, certaines relèvent de la description des activités de l'établissement (A), d'autres de la description de la structure juridique et financière de celui-ci (B).

A) La description des activités de l'établissement

344. – Le règlement délégué (UE) 2016/1075 dispose en substance que tout établissement de crédit assujéti à l'obligation de planification doit faire figurer au sein de son plan de rétablissement une caractérisation générale⁶⁸⁵ de leur entreprise. Celle-ci doit comprendre la définition du modèle

⁶⁸⁴ Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, art. 6.

⁶⁸⁵ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 7, 1), a).

économique de l'entreprise (1), ainsi que la description de ses activités fondamentales et de ses fonctions critiques (2).

1) Définition du modèle économique de l'établissement

345. – Stratégie économique globale, modèle économique et plan d'affaire. La description des activités d'un établissement de crédit incluse dans son plan de rétablissement doit comprendre plusieurs éléments qui sont indiqués par le règlement délégué (UE) 2016/1075. La stratégie économique globale⁶⁸⁶ de l'établissement, notamment en matière de risque, doit être exposée dans le cadre de cette description. Il en est de même du modèle économique⁶⁸⁷ de l'établissement, ainsi que de son plan d'affaire⁶⁸⁸. Le règlement susmentionné ne fait aucune précision quant à ce qui est entendu par stratégie économique globale. Les établissements semblent donc libres de fournir les informations qu'ils considèrent adaptées. L'appellation « stratégie économique globale » semble de prime abord désigner une présentation des objectifs économiques de l'entreprise et des dispositifs prévus pour les atteindre. Le règlement délégué (UE) 2016/1075 n'offre pas non plus d'informations particulières relatives à la description attendue du modèle économique, ni du plan d'affaire. Toutefois, des informations peuvent être obtenues par le biais d'un document du Conseil de Résolution Unique relatif aux plans de résolution⁶⁸⁹. Le Conseil y précise d'abord que la description du modèle économique et du plan d'affaire sert de base à l'identification des activités fondamentales et des fonctions critiques de l'établissement. Il y explicite également le contenu attendu dans ces descriptions. À l'aune dudit document, la description du modèle économique doit déterminer et préciser les activités fondamentales de l'entreprise, sa stratégie en matière de risque, la structure juridique de l'établissement, les stratégies et les sources de financement, ainsi que sa position sur le marché⁶⁹⁰. Le plan d'affaire doit quant à lui définir l'ensemble des activités, des processus et opérations développées par l'établissement de crédit pour des tiers, afin de remplir ses objectifs⁶⁹¹. Pour toutes ses branches d'activités, des données financières pertinentes doivent être présentées. Il s'agit notamment d'informations financières relatives à l'actif et au passif de l'établissement, aux risques réglementaires ou économiques qui pèsent sur lui, ainsi qu'aux profits

⁶⁸⁶ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 7, 1), a), i).

⁶⁸⁷ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 7, 1), a), ii).

⁶⁸⁸ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 7, 1), a), ii).

⁶⁸⁹ En effet, nombre d'éléments explicatifs et descriptifs utilisés dans les plans de rétablissement seront également utiles pour la constitution des plans de résolution. Ainsi, certaines notions peuvent être explicitées dans le contexte des plans de résolution, et contribuer également à la compréhension des attentes du régulateur dans le contexte des plans préventifs de rétablissement. Cf. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016 ; Disponible sur la page internet suivante : <https://www.srb.europa.eu/en/content/introduction-resolution-planning>

⁶⁹⁰ Cf. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016, p. 26.

⁶⁹¹ Cf. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016, p. 26.

et aux marges de contribution⁶⁹² qu'il réalise. En outre, le plan d'affaire doit présenter pour chaque branche d'activité, des informations relatives aux marchés et aux clients cibles, ainsi qu'aux différents risques qui peuvent y être liés.

2) Présentation des activités fondamentales et des fonctions critiques de l'établissement

346. – La description générale de l'établissement réalisée dans les plans de rétablissement doit définir les activités fondamentales⁶⁹³ et les fonctions critiques de celui-ci⁶⁹⁴. Ces deux éléments sont particulièrement importants pour la constitution des options de rétablissement, puisqu'ils devront être protégés en priorité. En effet, la préservation des fonctions critiques est un des objectifs principaux du droit de résolution des défaillances bancaires. Déterminer quelles sont ces fonctions et activités fait ainsi partie des devoirs qui pèsent sur les établissements de crédit. Or, ce n'est pas toujours une tâche aisée. De plus, la description réalisée dans les plans de rétablissement doit également préciser « *le processus et les paramètres mis en œuvre pour identifier les fonctions fondamentales et les fonctions critiques* »⁶⁹⁵ de l'entité.

347. – Définition et méthode d'identification des activités fondamentales. La directive 2014/59/UE définit les activités fondamentales des établissements de crédit. Peuvent ainsi être appréhendées comme telles, « *les activités et services associés qui représentent pour un établissement ou pour un groupe dont un établissement fait partie des sources importantes de revenus, de bénéfices ou de valeur de franchise* »⁶⁹⁶. L'Autorité bancaire européenne (ci-après ABE) a pu établir des indicateurs permettant aux établissements d'identifier leurs activités fondamentales⁶⁹⁷. Les établissements peuvent ainsi se fonder sur les revenus tirés de l'activité, sur la clientèle liée à cette activité, sur les synergies opérationnelles du secteur avec d'autres secteurs d'activité, sur l'impact potentiel de l'arrêt de

⁶⁹² Cf. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016, p. 26.

⁶⁹³ Le document du C.R.U. précise que les banques doivent identifier leurs activités fondamentales lors la conception des plans préventifs de rétablissement. V. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016, p. 27.

⁶⁹⁴ Arrêté du 11 septembre 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 7.

⁶⁹⁵ Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, art. 7, 1, a), i).

⁶⁹⁶ Dir. 2014/59/UE, art. 2, 36°. Cette définition a pu être rappelée par l'Autorité bancaire européenne : EBA, « *technical advice on critical functions and core business lines* », 6 mars 2015, *EBA/Op/2015/05*, p. 16.

⁶⁹⁷ EBA, « *technical advice on critical functions and core business lines* », 6 mars 2015, *EBA/Op/2015/05*, p. 18.

l'activité sur les bénéfices ou les coûts, sur les perspectives de croissance liées à une telle activité, ou encore sur le potentiel du marché⁶⁹⁸.

348. – Définition et méthode d'indentification des fonctions critiques. La directive 2014/59/UE a également défini les fonctions critiques. Elles apparaissent ainsi comme « *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 activités, services ou opérations* »⁶⁹⁹. Pour identifier ces fonctions critiques, les établissements assujettis à l'obligation de planification, doivent donc procéder à une auto-évaluation⁷⁰⁰ et se demander pour chaque fonction quel serait l'effet de son arrêt sur l'économie réelle, ainsi que sur la stabilité financière. L'ABE a pu présenter différents critères pouvant permettre d'identifier ces fonctions critiques⁷⁰¹. D'abord, l'activité, le service ou l'opération doit être à destination des tiers. Ensuite, l'impossibilité d'assurer cette fonction doit être susceptible d'impacter significativement les tiers, de provoquer un phénomène de contagion ou encore de détériorer le niveau de confiance sur les marchés financiers. Enfin, il faut que cette fonction ne puisse pas être remplacée dans un délai raisonnable et à des conditions acceptables.

Le Conseil de stabilité financière a pu mentionner des exemples de fonctions critiques dans un document relatif aux plans de rétablissement et de résolution. Il y aborde ainsi les principales fonctions critiques généralement répertoriées, à savoir la réception de fonds du public, l'octroi de crédit, la mise en place de service de paiement, la conservation de titres, les activités de marchés et d'investissement⁷⁰². Ledit Conseil a également pu mettre en exergue certains points d'amélioration au niveau de procédés employés par les établissements de crédit en matière d'identification de leurs fonctions critiques⁷⁰³. Il a ainsi pu rappeler l'importance d'assurer la disponibilité, la fiabilité, l'exhaustivité et la qualité des informations que les établissements communiquent. Le caractère insuffisant desdites informations pourrait en effet entraîner une détermination incorrecte des fonctions critiques, ce qui pourrait avoir pour effet de nuire à l'efficacité des plans de rétablissement. Les établissements de crédit doivent en outre éviter toutes incohérences entre les

⁶⁹⁸ Ces éléments ont également pu être rappelés par le Conseil de Résolution Unique. Voy. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016, p. 27.

⁶⁹⁹ Dir. 2014/59/UE, art. 2, 32°.

⁷⁰⁰ EBA, « technical advice on critical functions and core business lines », 6 mars 2015, *EBA/Op/2015/05*, p. 6.

⁷⁰¹ EBA, « technical advice on critical functions and core business lines », 6 mars 2015, *EBA/Op/2015/05*, p. 7.

⁷⁰² FSB, « Thematic Review on Bank Resolution Planning, Peer Review Report », 29 avril 2019, p. 14.

⁷⁰³ FSB, « Thematic Review on Bank Resolution Planning, Peer Review Report », 29 avril 2019, p. 27.

fonctions critiques qu'ils ont indiqué dans leurs plans de rétablissement et celles transmises à l'autorité de résolution pour la conception des plans de résolution. Ils doivent également se fonder sur des critères qualitatifs appropriés pour déterminer leurs fonctions critiques, tout en tenant compte des spécificités de leurs activités, ainsi que de leur structure.

B) La description de la structure juridique et financière de l'établissement

349. – La situation économique des établissements de crédit est difficile à appréhender, notamment parce que ces entités adoptent des structures souvent très complexes. Ces établissements sont au cœur d'interconnexions, qu'elles soient internes ou externes. La forme de groupes de sociétés étant souvent adoptée, les relations financières intragroupe complexifient davantage encore la lisibilité de leur situation économique. Ainsi, les différentes interconnexions entre un établissement de crédit et d'autres entités (1), tout comme les relations financières intragroupe (2) doivent être décrites par les établissements de crédit dans leurs plans de rétablissement.

1) Présentation des interconnexions internes et externes

350. – Interconnexions juridiques internes. Les établissements de crédit qui font partie d'un groupe de sociétés sont tenus d'explicitier les relations juridiques et opérationnelles qui lient les différents organes du groupe. Ils doivent ainsi faire figurer dans leurs plans de rétablissement une description détaillée des différentes structures juridiques qui existent au sein du groupe. Ils sont également tenus d'identifier les différentes entités et succursales qui sont considérées comme d'importance significative⁷⁰⁴ et qui répondent à l'une des caractéristiques suivantes : l'entité contribue substantiellement au bénéfice du groupe, elle exerce des activités commerciales essentielles, elle exerce de manière centralisée des fonctions opérationnelles en matière de risque ou administratives, elle supporte des risques importants, elle risque de mettre en péril la viabilité du groupe en cas de défaillance, elle ne peut pas être cédées ou liquidées sans risque majeur pour le groupe, ou encore elle est importante pour la stabilité financière d'un état membre de l'Union⁷⁰⁵. La description de la structure interne du groupe et la mise en exergue de ces entités importantes,

⁷⁰⁴ ABE, *Recommandation sur l'élaboration de plans de redressement*, 23 janv. 2013, EBA/REC/2013/02, p. 14

⁷⁰⁵ Cf. ABE, *Recommandation sur l'élaboration de plans de redressement*, 23 janv. 2013, EBA/REC/2013/02, p. 14 ; Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, art. 7, 2 ; Cf. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016, p. 24.

doit également présenter les principaux accords juridiquement contraignants conclus entre les différentes entités qui composent le groupe⁷⁰⁶.

351. – Interconnexions opérationnelles internes. Les établissements de crédit doivent en outre décrire dans leurs plans de rétablissement les interconnexions opérationnelles internes, en portant une attention particulière aux interdépendances matérielles entre les entités. Les établissements doivent à ce titre préciser les fonctions centralisées au sein d'une entité du groupe, qui sont importantes pour les autres entités du groupe. Il s'agit notamment des fonctions relatives à l'informatique, à la trésorerie, au risque ou encore à l'administration⁷⁰⁷.

352. – La description des relations externes. Les établissements de crédit sont également tenus d'inclure dans leurs plans de rétablissement des informations relatives à leurs interconnexions externes. Ils doivent en ce sens préciser certains éléments, à savoir les expositions et les engagements d'importance significative pris envers les principales contreparties, les produits et les services financiers d'importance significative qui sont fournis par l'établissement à d'autres acteurs des marchés financiers, ainsi que les services d'importance significative qui sont fournis à l'établissement par des tiers⁷⁰⁸. L'objectif de cette description est d'identifier les services externalisés qui sont nécessaires pour assurer la continuité des fonctions critiques de l'établissement et ceux qui pourraient causer la contagion des difficultés en cas de défaillance⁷⁰⁹.

2) Description des relations financières intragroupe

353. – Les établissements bancaires doivent préciser dans leurs plans de rétablissement les relations financières existantes au sein de leur groupe ainsi que l'éventuelle constitution d'un accord financier intragroupe.

354. – La description des principales expositions et des relations de financement intragroupe. Les établissements bancaires assujettis à l'obligation d'établir des plans de

⁷⁰⁶ Cela comprend notamment les accords de domination et les accords de transfert de profits et de pertes. Cf. Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, art. 7, 1, c), i) ; Cf. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016, p. 28.

⁷⁰⁷ Cf. Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, art. 7, 1, c), i).

⁷⁰⁸ Cf. Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, art. 7, 1, c), i).

⁷⁰⁹ Cf. The Single Resolution Board, *Introduction to resolution planning*, sept. 2016, p. 28.

rétablissement sont tenus de détailler l'ensemble des principales expositions et des relations de financement. Ils doivent à cette fin présenter l'ensemble des flux de capitaux, ainsi que les garanties intragroupes existantes ou celles susceptibles d'être mises en place en cas de détérioration de la situation financière d'une entité⁷¹⁰.

355. – La constitution d'un accord financier intragroupe. Dans le cadre du droit de la résolution des défaillances bancaires et dans un souci de préservation de la stabilité financière, les établissements de crédit constitués sous forme de groupes de sociétés peuvent prévoir la possibilité d'instaurer un soutien financier intragroupe. Celui-ci doit alors être « *volontaire et assorti des sauvegardes appropriées* »⁷¹¹. Le plan de rétablissement du groupe doit intégrer les dispositions qui ont été établies dans le cadre de l'accord de soutien financier intragroupe. Cet accord peut concerner différentes filiales du groupe et prévoir différentes modalités de soutien. Celles-ci peuvent être réalisées simultanément ou non. Elles peuvent correspondre à l'octroi de prêts, de garanties ou à la fourniture d'actifs qui peuvent servir eux même de garantie⁷¹². L'accord doit nécessairement prévoir une contrepartie, dont les modalités de calcul doivent être indiquées au moment de l'octroi du soutien⁷¹³. À noter que cet accord ne peut être conclu que lorsque les parties sont *in bonis* et ne présentent pas de difficultés financières. Elles ne doivent donc pas remplir les conditions d'une intervention précoce au moment de la conclusion d'un tel accord et qu'il doit être approuvé par l'autorité de surveillance sur base consolidée⁷¹⁴.

II) La caractérisation des risques encourus et la détermination des options de rétablissement

356. – Une fois l'analyse stratégique réalisée, elle va servir de fondement afin de concevoir la partie essentielle des plans de rétablissement, à savoir celle qui présente les modalités de traitement des difficultés pouvant être rencontrées. Cette seconde partie des plans de rétablissement doit ainsi déterminer les options de rétablissement (A), mais également développer des scénarios imaginant des difficultés que l'établissement pourrait être susceptible de rencontrer, afin de tester la viabilité des options élaborées (B).

⁷¹⁰ Cf. ABE, *Recommandation sur l'élaboration de plans de redressement*, 23 janv. 2013, EBA/REC/2013/02, p. 14.

⁷¹¹ Dir. 2014/59/UE, dite « BRRD », cons. 38.

⁷¹² Dir. 2014/59/UE, dite « BRRD », art. 19, 5°.

⁷¹³ Dir. 2014/59/UE, dite « BRRD », art. 19, 7°.

⁷¹⁴ Dir. 2014/59/UE, dite « BRRD », art. 20, 6°.

A) La détermination des options de rétablissement

357. – Une obligation de conception et d’analyse. L’obligation de planification qui pèse sur les établissements de crédit leur impose de concevoir des options de rétablissement. Pour cela, il est nécessaire que le contenu de ces options (1), tel qu’attendu par l’autorité compétente, soit clairement explicité aux établissements de crédit soumis à cette obligation. Pour assurer l’opérationnalité et la viabilité de ces options, lesdits établissements ont également la charge de réaliser des analyses d’impact (2) pour chacune de ces options et de les inclure dans leurs plans de rétablissement.

1) Le contenu attendu des options de rétablissement

358. – La conception d’options adaptées et exhaustives. Les établissements de crédit doivent présenter dans leurs plans de rétablissement, les différentes options de rétablissement qu’ils auront établies⁷¹⁵. Ces options peuvent être définies comme des actions potentiellement réalisables, destinées à rétablir la situation financière de l’établissement qui les a conçues, en cas de détérioration significative de celle-ci. Elles peuvent comprendre des mesures considérées comme exceptionnelles et d’autres pouvant être exécutées dans le cadre d’une activité normale. Ces options doivent être adaptées au profil de l’établissement, ainsi qu’au particularisme de sa structure juridique, opérationnelle et financière. Elles constituent le cœur des plans de rétablissement.

359. – Les dispositifs devant impérativement être prévus par les établissements dans leur description des options de rétablissement. Les établissements se voient imposer une certaine méthodologie dans la constitution des options de rétablissement. Le règlement délégué (UE) 2016/1075 établi une liste d’éléments prédéfinis qui doivent être prévus par tout plan de rétablissement, à savoir :

- Une série d’actions en matière de capital et de liquidité⁷¹⁶ nécessaires à préserver la stabilité financière de l’établissement et la continuité de ses fonctions critiques et activités fondamentales⁷¹⁷ ;

⁷¹⁵ Dir. 2014/59/UE, dite « BRRD », art. 7, 6°.

⁷¹⁶ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 9, 1°, a).

⁷¹⁷ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 9, 1°, a) ; Arrêté du 20 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 1, 11°.

- Des mesures ayant pour objectif principal de protéger, d'améliorer, voire de reconstituer le cas échéant, les fonds propres de l'établissement⁷¹⁸ ;
- Des mesures déterminant un accès à un financement d'urgence utilisable pour assurer la continuité de l'activité⁷¹⁹ et le respect de ses engagements par l'établissement couvert par le plan ;
- Des mesures ayant vocation à limiter le risque et le ratio de levier⁷²⁰, ou encore à restructurer des lignes d'activités ;
- Des mesures visant à bénéficier d'une restructuration du passif⁷²¹ effectuée de manière volontaire, sans avoir d'impact négatif sur la situation de l'établissement⁷²².

360. – Les ajouts du législateur français. Le législateur français, en transposant cette obligation, à ajouter d'autres éléments que les établissements de crédit sont tenus de prévoir dans leurs plans. Ils doivent par conséquent concevoir des options supplémentaires prévoyant les éléments suivants :

- Des mesures destinées à restructurer le cas échéant les branches d'activité de l'établissement⁷²³, ainsi que des mesures préparatoires nécessaires à toute éventuelle cession d'une branche d'activité dans des délais appropriés⁷²⁴ ;
- Des mesures permettant d'assurer un accès permanent aux infrastructures de marché⁷²⁵.

Cette nécessité de concevoir un nombre important d'options de rétablissement avait ainsi déjà pu être mise en exergue en droit français. La crise sanitaire de la Covid-19 a participé à réaffirmer cette position, puisqu'elle a mis en relief la nécessité d'augmenter le nombre d'option⁷²⁶.

2) La démonstration du caractère opérationnel des options de rétablissement

⁷¹⁸ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 9, 1°, b) ; Arrêté du 20 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 1, 10°.

⁷¹⁹ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 9, 1°, c) ; Arrêté du 20 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 1, 11°.

⁷²⁰ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 9, 1°, d) ; Arrêté du 20 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 1, 12°.

⁷²¹ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 9, 1°, e) ; Arrêté du 20 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 1, 13°.

⁷²² Le règlement délégué susmentionné donne un aperçu de ces effets négatifs, cf. art. 9, 1, e). La restructuration du passif doit être opérée « sans déclencher d'événement de défaut, de résiliation, de dégradation de la note de crédit ou d'événement similaire ».

⁷²³ Arrêté du 20 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 1, 14°.

⁷²⁴ Arrêté du 20 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 1, 17°.

⁷²⁵ Arrêté du 20 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, art. 1, 15°.

⁷²⁶ ECB, « Covid-19 exposes weaknesses in bank's recovery plans », Supervision newsletter, 17 févr. 2021, disponible à l'adresse internet suivante :

<https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/publications/newsletter/2021/html/ssm.nl210217.en.html>

361. – L’obligation de présenter une analyse d’impact des options de rétablissement⁷²⁷. Les établissements doivent concevoir et présenter dans leurs plans de rétablissement des options adaptées et opérationnelles, capables de produire les effets attendus en cas d’instabilité financière. Pour garantir cela, les établissements sont tenus d’incorporer dans leurs plans une analyse d’impact relative aux options de rétablissement. Cette analyse doit notamment préciser pour chaque option et de manière détaillée, les modalités de détermination de la valeur et de la négociabilité des activités fondamentales, des opérations et des actifs de l’établissement⁷²⁸. Elle doit également évaluer pour chaque option, l’impact financier et opérationnel de celle-ci, ses effets externes et ses potentielles conséquences systémiques, ainsi que formuler à cette fin des hypothèses de valorisation.

362. – L’obligation de présenter une analyse de faisabilité des options de rétablissement⁷²⁹. Les établissements de crédit doivent également incorporer dans leurs plans de rétablissement, une analyse de la faisabilité des options de rétablissement. Dans ce contexte, ils doivent déterminer les potentiels risques liés à l’application des mesures proposées. Ils doivent également relever les obstacles potentiels à la mise en œuvre des options choisies⁷³⁰ et prévoir en amont des solutions pour y pallier⁷³¹. Néanmoins, il faudra faire attention à ce que les résultats avancés par ces analyses soient relativisés, dans la mesure où ils sont prospectifs et hypothétiques ; la mise en œuvre des options de rétablissement pouvant en pratique produire des effets différents de ceux escomptés initialement.

363. – L’obligation de présenter une analyse de la continuité des opérations⁷³². Les établissements de crédit assujettis à l’obligation de planification doivent conclure leur série d’analyse par une analyse sur la continuité de leurs opérations. Celle-ci doit porter sur les suites de l’application d’une option de rétablissement. Les établissements doivent ainsi déterminer *ex ante* comment les opérations internes⁷³³ de l’entité vont fonctionner après la réalisation de l’option, et comment l’établissement va continuer d’accéder aux infrastructures de marchés, telles que le système de compensation et de règlement. En outre, cette analyse doit également déterminer quelle

⁷²⁷ Cf. Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 10.

⁷²⁸ Cf. Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 10.

⁷²⁹ Cf. Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 11.

⁷³⁰ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 11, 1^o, b), c).

⁷³¹ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 11, 1^o, d).

⁷³² Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 12.

⁷³³ Le règlement cite à titre d’exemple d’« opération interne », les systèmes informatiques, les fournisseurs et la gestion des ressources humaines.

option de redressement serait la plus appropriée dans un scénario précis et expliciter ce choix en fonction de la faisabilité et des effets de sa mise en œuvre⁷³⁴, ainsi que des contraintes inhérentes.

B) L'obligation d'élaborer des scénarios de crise

364. – Des outils nécessaires pour tester la viabilité des options de rétablissement.

L'obligation de planification impose aux établissements de crédit de concevoir et d'insérer dans leurs plans de rétablissement des scénarios représentant des événements hypothétiques, tels que des chocs macroéconomiques ou financiers graves, qui pourraient impacter négativement la résilience desdits établissements et la stabilité financière. Ces scénarios établis en amont de toute difficulté, ont pour vocation de tester l'efficacité et le caractère adapté des options de rétablissement. L'exigence de conception de ces scénarios apparaît comme une innovation majeure du droit de la résolution des défaillances bancaires. Les exigences des autorités de résolution relatives à ces scénarios ont pu être précisées par l'Autorité bancaire européenne⁷³⁵. Elles concernent d'une part la conception des scénarios (1) et d'autre part, le contenu des scénarios (2).

1) Le respect d'exigences relatives à la conception des scénarios

365. – Des exigences quantitatives et qualitatives. Les scénarios établis par les établissements de crédit dans le cadre des plans de rétablissement doivent respecter certaines exigences, quantitatives et qualitatives. Ils doivent d'abord inclure dans leurs propositions au moins trois événements susceptibles de se produire et d'affecter la stabilité de l'établissement, à savoir un événement d'ampleur systémique, un événement idiosyncratique et une situation qui combine les deux événements⁷³⁶.

Pour concevoir ces scénarios, les établissements sont tenus de prendre en compte différents éléments comme le modèle de l'entreprise, sa taille, ses interconnexions internes et externes, ainsi que toutes les faiblesses dont l'entité peut faire l'objet. Ils sont également tenus de respecter un principe de proportionnalité. En ce sens, ils doivent nécessairement réaliser des scénarios plausibles, bien que basés sur des événements exceptionnels⁷³⁷. Précisons en outre que les

⁷³⁴ Règlement délégué (UE) 2016/1075, art. 12, 3^o.

⁷³⁵ ABE, « Orientations relatives à l'éventail de scénarios à appliquer dans les plans de redressement », 18 juill. 2014, ABE/GL/2014/06.

⁷³⁶ ABE, « Orientations relatives à l'éventail de scénarios à appliquer dans les plans de redressement », 18 juill. 2014, ABE/GL/2014/06, p. 3.

⁷³⁷ ABE, « Orientations relatives à l'éventail de scénarios à appliquer dans les plans de redressement », 18 juill. 2014, ABE/GL/2014/06, p. 3.

événements prévus dans les scénarios doivent être susceptibles d'engendrer la défaillance de l'établissement si les mesures de traitement n'étaient pas appliquées avec célérité.

Enfin, les établissements concevant les plans doivent également réaliser une évaluation prospective de l'impact de la mise en œuvre des scénarios sur différents indicateurs de la situation de l'établissement. Il s'agit notamment de prévoir l'effet de ces événements sur le capital disponible de l'entité, sur ses liquidités, son profil de risque, sa rentabilité, ses opérations ainsi que sur sa réputation⁷³⁸.

2) Le respect d'exigences relatives à la détermination des scénarios établis

366. – Un nombre minimal de scénarios. Les scénarios conçus par les établissements de crédit doivent prévoir différentes sortes d'événements. Lesdits établissements bénéficient d'une certaine liberté dans l'élaboration de ces scénarios, mais doivent tout de même prévoir des événements dont le cadre est prédéfini par le droit de la résolution des défaillances bancaires. En effet, chaque établissement est tenu de prévoir au minimum trois sortes d'événements : un événement d'ampleur systémique, un événement idiosyncratique et une situation qui combine ces deux événements. Toutefois, il est vivement recommandé de prévoir davantage d'événements dans la conception des scénarios, notamment pour les établissements les plus importants.

367. – La typologie des événements à prévoir. L'orientation de l'Autorité bancaire européenne relative aux scénarios devant être élaborés dans le cadre des plans de rétablissement participe à définir les événements dits d'ampleur systémique et les événements dits idiosyncratiques. Elle précise ainsi qu'un événement dit d'ampleur systémique⁷³⁹ est « *un événement qui risque d'avoir des conséquences négatives graves sur le système financier ou sur l'économie réelle* »⁷⁴⁰, et définit les événements idiosyncratiques⁷⁴¹ comme des événements qui risquent « *d'avoir des conséquences négatives graves sur un*

⁷³⁸ ABE, « Orientations relatives à l'éventail de scénarios à appliquer dans les plans de redressement », 18 juill. 2014, ABE/GL/2014/06, p. 4.

⁷³⁹ Cet événement doit nécessairement prendre en compte les hypothèses suivantes : la défaillance de contreparties importantes source d'effets négatifs sur la stabilité financière, une réduction de la liquidité disponible au sein des marchés de prêts interbancaires, un risque pays accru et la sortie de capitaux généralisées d'un pays où l'établissement est très présent, un mouvement défavorable dans les prix des actifs sur un ou plusieurs marchés, un ralentissement macroéconomique. Cf. ABE, « Orientations relatives à l'éventail de scénarios à appliquer dans les plans de redressement », 18 juill. 2014, ABE/GL/2014/06, p. 4, 17°.

⁷⁴⁰ ABE, « Orientations relatives à l'éventail de scénarios à appliquer dans les plans de redressement », 18 juill. 2014, ABE/GL/2014/06, p. 4, 13°, a).

⁷⁴¹ Dans la détermination de ces événements, l'établissement concevant le plan doit nécessairement prévoir la défaillance de contreparties importantes, une atteinte à la réputation de l'établissement, une sortie de liquidité significative, des mouvements défavorables dans les prix des actifs auxquels l'établissement est particulièrement exposé, des pertes de crédit significatives, une perte sur risque opérationnel significative. Cf. ABE, « Orientations relatives à l'éventail de scénarios à appliquer dans les plans de redressement », 18 juill. 2014, ABE/GL/2014/06, p. 5, 18°.

seul établissement, un seul groupe ou un établissement au sein d'un groupe »⁷⁴². L'ABE ajoute également que parmi les différents événements pouvant être prévus par les établissements de crédit dans leurs plans de rétablissement, il semble préférable d'inclure des événements à évolution lente et d'autres à évolution rapide, de sorte à appréhender une grande diversité de chocs potentiels.

§2 : LE CHOIX DES INDICATEURS POUR LES PLANS DE RÉTABLISSEMENT

367. – Satisfaction des indicateurs et mise en œuvre des mesures de rétablissement. Le droit de la résolution des défaillances bancaires impose aux établissements de crédit assujettis à l'obligation de planification, de faire figurer dans leurs plans de rétablissement des indicateurs destinés à apprécier la nécessité de mettre en œuvre les mesures prévues par le plan. Ainsi, lesdits établissements doivent impérativement créer des indicateurs et assurer leur suivi régulier. L'article 9 de la directive 2014/59/UE relatif aux indicateurs pour les plans de rétablissement, ne détermine pas la nature de ces indicateurs, mais précise seulement « *qu'il peut s'agir d'indicateurs à caractère qualitatif ou quantitatifs liés à la position financière de l'établissement, qui peuvent aisément faire l'objet d'un suivi* ». Ces indicateurs ont ainsi pour vocation de suivre l'évolution de différentes constantes de l'établissement qui les a conçus et de signaler toute anomalie qui montrerait un manque de solidité de l'établissement. L'activation d'un indicateur implique ainsi en principe la mise en œuvre des mesures correspondantes prévues par le plan. Cependant, la directive susmentionnée précise que les mesures prévues par un plan de rétablissement peuvent également être mises en œuvre sans pour autant que l'indicateur relatif ne soit satisfait⁷⁴³. *A contrario*, un établissement de crédit peut s'abstenir de mettre en œuvre une mesure de rétablissement, quand bien même l'indicateur relatif serait satisfait, dès lors que la direction de l'établissement ne juge pas la mesure appropriée au vu des circonstances⁷⁴⁴. Le règlement délégué (UE) 2016/1075 précise en ce sens que « *la matérialisation d'un indicateur n'entraîne pas automatiquement l'activation d'une option de redressement spécifique ou, d'une façon plus générale, n'enclenche pas un dispositif automatisé dans lequel une option de redressement particulière doit être mise en œuvre conformément à des règles de procédure prédéterminées* »⁷⁴⁵. Ainsi, l'établissement n'est pas nécessairement contraint par les indicateurs qu'il a conçus. Précision toutefois que toute décision

⁷⁴² ABE, « Orientations relatives à l'éventail de scénarios à appliquer dans les plans de redressement », 18 juill. 2014, ABE/GL/2014/06, p. 4, 13°, b).

⁷⁴³ Directive 2014/59/UE, art. 9, 1°, a).

⁷⁴⁴ Directive 2014/59/UE, art. 9, 1°, b).

⁷⁴⁵ Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016, cons. 8.

d'exécuter ou de pas exécuter une mesure prévue par un plan de rétablissement dans ce contexte, doit être notifiée sans délai aux autorités compétentes⁷⁴⁶.

370. – Outils stratégiques. Les indicateurs sont des éléments fondamentaux des plans de rétablissement. En effet, ils permettent de vérifier la stabilité de la situation financière de l'établissement et de constater le cas échéant, la nécessité d'employer une ou plusieurs mesures prescrites par le plan. Les autorités compétentes seront donc amenées à accorder une importance particulière à la vérification de ces indicateurs. Ainsi, il est nécessaire pour les établissements de crédit de porter une grande attention à leur conception et de respecter les impératifs qui leur sont imposés en la matière. Or, la directive qui les régit n'offre que peu d'informations sur ces derniers. Le règlement délégué (UE) 2016/1075 ne permet pas non plus de disposer d'informations précises et exhaustives relatives aux attentes des autorités compétentes en la matière. Il semble par conséquent nécessaire de porter une attention particulière aux actes de droit souple qui contribuent à définir ces indicateurs et permettent par conséquent aux établissements de concevoir leurs plans de rétablissement en conformité avec les attentes des autorités compétentes. L'Autorité bancaire européenne a pu notamment émettre des orientations relatives aux indicateurs des plans de rétablissement⁷⁴⁷, qui offre des informations cruciales sur ces derniers. La BCE a également pu produire un rapport relatif aux plans de rétablissement⁷⁴⁸, qui offre lui aussi d'importantes informations sur la façon de concevoir et d'assurer le suivi de ces indicateurs. Ces différents documents permettent d'identifier les différentes catégories d'indicateurs qui doivent être configurés dans les plans de rétablissement et qui plus largement encore, participent à la gestion globale des risques opérée par les établissements de crédit (II).

I) L'identification de différentes catégories d'indicateurs

371. – Les orientations de l'ABE relatives aux indicateurs pour les plans de rétablissement définissent ces derniers comme des « *indicateurs qualitatifs et quantitatifs établis par chaque établissement sur la base du cadre défini dans [lesdites] orientations pour recenser les points auxquels les mesures appropriées prévues dans le redressement peuvent être prises* ». Les établissements de crédit sont par conséquent tenus de concevoir des indicateurs à la fois quantitatifs et qualitatifs, en respectant le cadre défini par l'ABE. Lesdites orientations de l'ABE participent également à recenser les différentes catégories

⁷⁴⁶ Sur la transmission d'information par les établissements de crédit aux autorités bancaires, voy. *infra* n° X.

⁷⁴⁷ ABE, « Orientations sur les indicateurs pour les plans de redressement », nov. 2021, *EBA/GL/2021/11*.

⁷⁴⁸ BCE, « Report on recovery plans », juillet 2018.

d'indicateurs que devraient comprendre les plans de rétablissement. Parmi les indicateurs mis en exergue par l'ABE, certains doivent impérativement être mis en place par les établissements de crédit (A), tandis que pour d'autres, leur insertion au plan de rétablissement est laissée à la discrétion des établissements (B). La présentation de ces différentes catégories d'indicateurs nécessite l'emploi de notion juridique et financière complexe, mais semble nécessaire afin d'explicitier de manière précise et exhaustive le contenu de l'obligation de planification.

A) Une série d'indicateurs devant impérativement intégrer les plans de rétablissement

372. – Le choix des indicateurs. En vertu des orientations de l'ABE relatives aux indicateurs pour les plans de rétablissement⁷⁴⁹, les établissements de crédit sont tenus de concevoir plusieurs indicateurs relevant chacun de différentes catégories. Ainsi, les établissements de crédit doivent concevoir *a minima* un indicateur relatif aux fonds propres de l'établissement, à sa liquidité, à sa rentabilité ainsi qu'à la qualité de ses actifs. Il est possible que plusieurs indicateurs soient conçus pour une même catégorie. L'ABE a également établie au sein de chaque catégorie, plusieurs indicateurs qui pourront être mis en place par les établissements de crédit. Parmi ceux-ci, certains peuvent ne pas être mis en place par si la situation juridique, opérationnelle ou financière de l'établissement le rend inopportun. L'établissement devra néanmoins justifier ce choix à l'autorité compétente et choisir un autre indicateur plus pertinent relevant de la même catégorie, pour palier à ce manque. Précisons en ce sens que chaque catégorie d'indicateur doit être représentée dans tout plan de rétablissement.

373. – Les indicateurs de fonds propres. Les indicateurs portant sur les fonds propres de l'établissement auront vocation à identifier toute détérioration importante, qu'elle soit avérée ou prévisible, de la quantité ou de la qualité des fonds propres. L'ABE a pu préciser la manière technique de calibrer ces indicateurs⁷⁵⁰. Au sein de cette catégorie, plusieurs indicateurs doivent obligatoirement être mis en place. Il en est ainsi de l'indicateur du ratio de fonds propres de base de catégorie 1, de l'indicateur du ratio de fonds propres total, de l'indicateur du ratio de levier et de l'indicateur lié à l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles. À cela doit être ajouté si cela est nécessaire, un indicateur lié à la capacité d'absorption des pertes. D'autres

⁷⁴⁹ Pour rappel : ABE, « Orientations sur les indicateurs pour les plans de redressement », nov. 2021, EBA/GL/2021/11.

⁷⁵⁰ ABE, « Orientations sur les indicateurs pour les plans de redressement », *op. cit.*, n° 43 à 48.

indicateurs ont pu être proposés par l'ABE et peuvent être mise en place de manière facultative par les établissements de crédit. L'ABE a dans ce contexte proposé des indicateurs supplémentaires, qui peuvent notamment remplacer un indicateur en principe obligatoire, si celui-ci est inadapté à la situation spécifique d'un établissement de crédit. Ces indicateurs supplémentaires relevant toujours de la catégorie des indicateurs de fonds propres comprennent un indicateur destiné à observer le résultat des bénéfices non distribués et des réserves, divisé par le montant total des fonds propres, ainsi qu'un indicateur destiné à appréhender toute information négative relative à la position financière de contreparties significatives⁷⁵¹. Précisons enfin que la liste d'indicateur établie par l'ABE peut être complétée au cas par cas par les établissements de crédit en fonction de leurs spécificités et de leurs besoins.

374. – Les indicateurs de liquidité. Parmi les indicateurs devant être conçus par les établissements de crédit, d'autres doivent relever de la catégorie des indicateurs de liquidité. Ces indicateurs doivent permettre à l'établissement d'appréhender toute détérioration avérée ou éventuelle de sa capacité à répondre à ses besoins de liquidité ou de financement⁷⁵². L'ABE a pu préciser que ces indicateurs doivent se référer aux besoins de l'établissement en matière de « *liquidité et de financement tant à court terme qu'à long terme, et rendre compte de la dépendance de l'établissement à l'égard des acteurs du marché interbancaire et des dépôts de la clientèle de détail* »⁷⁵³. L'ABE a dans ces orientations pu établir certains indicateurs de liquidité et préciser la manière de les calibrer⁷⁵⁴. De manière obligatoire, doivent être conçus par les établissements de crédit, des indicateurs relatifs au ratio de liquidité à court terme, au ratio de financement stable net, aux actifs non grevés éligibles de la banque centrale disponibles, ainsi qu'à la position de liquidité. En outre, l'ABE a pu présenter d'autres indicateurs de liquidité qui pourront être mis en place de manière facultative par les établissements de crédit, ou qui pourront se substituer aux indicateurs précités si l'un d'eux était inadapté à la situation particulière d'un établissement. L'ABE a ainsi pu indiquer la possibilité de faire figurer dans les plans de rétablissement des indicateurs relatifs à la concentration des sources de liquidité et de financement, des indicateurs relatifs au coût du financement total (financement de détail et refinancement interbancaire), des indicateurs relatifs à la durée moyenne du refinancement interbancaire et à l'asymétrie des échéances contractuelles, ou encore des indicateurs

⁷⁵¹ *Ibidem.*, annexe III, 1^o, a) et b).

⁷⁵² *Idem.*, n^o 49.

⁷⁵³ *Idem.*, n^o 50.

⁷⁵⁴ *Idem.*, n^o 53 à 55.

relatifs au coût du financement interbancaire⁷⁵⁵. Précisons ici encore que la liste fournie par l'ABE n'est pas exhaustive et pourra être complétée *in concreto*.

375. – Les indicateurs de rentabilité. Les établissements de crédit sont également tenus de concevoir des indicateurs relevant de la catégorie des indicateurs de rentabilité. Ces indicateurs ont vocation à évaluer les aspects de l'établissement qui sont relatifs aux revenus et qui peuvent avoir pour effet de provoquer une détérioration rapide de la position financière de celui-ci, en induisant une baisse des bénéfices non distribués, ainsi que des pertes, produisant alors des effets négatifs sur les fonds propres. Ces indicateurs de rentabilité doivent impérativement comprendre un indicateur relatif au rendement sur actifs ou au rendement sur fonds propres, ainsi qu'un indicateur relatif aux pertes d'exploitation significatives⁷⁵⁶. L'ABE a pu proposer deux autres indicateurs qui peuvent être mis en place de manière facultative : un indicateur consacré au ratio du coûts d'exploitation sur les revenus d'exploitation et un indicateur relatif à la marge nette d'intérêt⁷⁵⁷. Les établissements restent une fois de plus libre de concevoir d'autres indicateurs relatifs à la rentabilité.

376. – Les indicateurs de qualité des actifs. Une quatrième catégorie d'indicateurs porte sur la qualité des actifs. Ils doivent ainsi permettre d'apprécier la qualité des actifs d'un établissement de crédit, ainsi que de préciser à quel moment la détérioration de la qualité d'un actif peut conduire à la mise en œuvre d'une mesure prévue par un plan de rétablissement⁷⁵⁸. Dans cette catégorie d'indicateurs, doivent être impérativement conçus un indicateur relatif au taux de croissance des prêts bruts non productifs, ainsi qu'un indicateur relatif au ratio de capacité de remboursement. L'ABE précise que des indicateurs supplémentaires relatifs à la qualité des actifs de l'établissement peuvent être intégrés aux plans de rétablissement. Ils pourraient notamment porter sur le taux de croissance des prêts bruts non productifs, ainsi que sur le ratio de capacité de remboursement⁷⁵⁹. D'autres indicateurs pourront être conçus au cas par cas, en fonction des besoins de chaque établissement.

B) Une série d'indicateurs à usage discrétionnaire

⁷⁵⁵ *Idem*, annexe III, 2°.

⁷⁵⁶ *Idem*, annexe II, 3°, b).

⁷⁵⁷ *Idem*, annexe III, 3°.

⁷⁵⁸ *Idem*, n° 58.

⁷⁵⁹ *Idem*, annexe III, n° 4.

377. – L’ABE a pu établir dans ces orientations l’obligation de faire figurer dans les plans de rétablissement les indicateurs relevant des quatre catégories d’indicateurs précitées. Cependant, elle établit également d’autres catégories d’indicateurs qui devront être mis en place si la situation juridique et financière d’un établissement les rend pertinents. Ces catégories d’indicateurs font en ce sens l’objet d’une présomption réfragable, c’est-à-dire que les établissements de crédit sont en principe tenus de les mettre en place, sauf s’ils justifient aux autorités compétentes le caractère non pertinents de ces indicateurs compte tenu des caractéristiques de l’établissement⁷⁶⁰. Ainsi, la question se pose de savoir comment le caractère pertinent ou non d’un indicateur peut être déterminé. L’ABE a en ce sens déterminé que peuvent être considérés comme non pertinents les indicateurs qui ne sont pas adaptés au modèle économique de l’établissement ou à sa structure juridique, à son profil de risque, à sa taille voire à sa complexité⁷⁶¹. Ainsi, un indicateur peut être considéré comme pertinent, s’il est en mesure de permettre efficacement et rapidement l’identification de difficultés de différentes natures, pouvant être rencontrées par un établissement de crédit. Les indicateurs faisant l’objet d’une présomption réfragable⁷⁶² relèvent de deux catégories, les indicateurs de marché et les indicateurs macroéconomiques.

378. – Les indicateurs de marché. Les indicateurs de marché ont pour vocation de rendre compte des attentes des différents acteurs de marché, dans le cas où une dégradation rapide de la situation financière de l’établissement serait constatée et produirait des effets négatifs sur l’accès au financement, ainsi que sur les marchés de capitaux⁷⁶³. Si ces indicateurs sont pertinents par rapport aux spécificités d’un établissement, ils alors doivent être mis en place et appréhender toute évaluation négative de notation ou baisse de notation, tout écart des taux des contrats d’échange sur défaut, ainsi que toute variation du cours des actions. En outre, les établissements de crédit peuvent également prévoir que ces indicateurs de marché apprécient le rapport entre leur capitalisation boursière et leurs fonds propres, ainsi que les effets de toutes mesures allant à l’encontre de la réputation d’un établissement ou tout préjudice significatif causé à sa réputation⁷⁶⁴.

379. – Les indicateurs macroéconomiques. Enfin, une dernière catégorie d’indicateurs est relative à des considérations macroéconomiques et observe différents éléments de cet ordre. En ce sens, les indicateurs de cette catégorie peuvent par exemple appréhender les variations du PIB. Ils

⁷⁶⁰ *Idem*, n° 22.

⁷⁶¹ *Idem*, n° 10.

⁷⁶² *Idem*, annexe III.

⁷⁶³ *Idem*, n° 61.

⁷⁶⁴ *Idem*, annexe III, 5°.

peuvent également permettre d'observer les contrats d'échange sur défaut d'obligations émises par les gouvernements centraux⁷⁶⁵, ou encore mettre en relief tout signe de détérioration des conditions économiques dans lesquelles l'établissement exerce son activité, ainsi que tout signe de concentrations d'expositions⁷⁶⁶. L'ABE prévoit également la possibilité de concevoir des indicateurs supplémentaires et propose en ce sens des indicateurs permettant d'appréhender d'éventuelles évaluations négatives dans le cadre de notation ou de baisse de notation des obligations émises par les gouvernements centraux⁷⁶⁷, ainsi que d'observer le taux de chômage⁷⁶⁸ qui peut être un marqueur important de la situation économique globale de la zone où l'établissement exerce son activité.

II) Des outils participant à la gestion des risques

380. – Les indicateurs mis en place dans le cadre des plans de rétablissements doivent être définis comme des outils de gestion des risques. En effet, en étant configurés au cas par cas, *intuitu personae* (A), ils intègrent la stratégie globale de gestion des risques (B) des établissements de crédit, en signalant tout élément pouvant conduire à la défaillance de ces derniers. Plus qu'une nouvelle tâche administrative, l'obligation de planification doit ainsi être appréhendée comme un véritable défi « *conceptuel et pratique* »⁷⁶⁹, venant intégrer la stratégie de gouvernance des établissements.

A) La configuration *intuitu personae* des indicateurs

381. – Conception des indicateurs. Les établissements de crédit sont tenus de concevoir les indicateurs précédemment définis en cohérence avec leur situation juridique et financière, ainsi qu'avec leur profil de risque. Les indicateurs conçus par chaque établissement, seront présentés dans leur plan de rétablissement et feront par conséquent l'objet d'une évaluation par l'autorité compétente. Rappelons que les plans de rétablissement doivent être élaborés sous la surveillance des autorités de supervision et non de résolution. Par conséquent, c'est à la Banque Centrale Européenne que revient la charge d'apprécier la conformité desdits plans, et par conséquent des indicateurs qui y sont présentés.

Pour chaque indicateur, les établissements sont tenus de fixer des seuils au-delà desquels la situation peut être considérée comme problématique et induire la mise en œuvre de mesures de

⁷⁶⁵ *Idem*, annexe II, 6°, b).

⁷⁶⁶ *Idem*, n° 62.

⁷⁶⁷ *Idem*, annexe III, 6°, a).

⁷⁶⁸ *Idem*, annexe III, 6°, b).

⁷⁶⁹ LACROIX M.-A., SARFATI P., « Plan de redressement et de résolution : de la conformité à la stratégie », *Banq. & Stratégie*, n°308, nov. 2012, p. 10.

rétablissement prévues par le plan. Précisions néanmoins que le fait d'atteindre le seuil défini n'induit pas automatiquement la mise en œuvre des mesures de résolution correspondantes⁷⁷⁰. Cette décision reste en principe à la discrétion de l'établissement concerné. Le choix des indicateurs tout comme celui des seuils doit être réalisé par chaque établissement de crédit et fait partie intégrante de l'obligation de planification à laquelle il est assujéti.

382. – Appréciation de la pratique. Si l'ABE a dans ses orientations pu fournir des informations essentielles sur la conception de ces indicateurs, la BCE a toutefois pu mettre en exergue certaines lacunes dans la réalisation de cette obligation de planification par les établissements de crédit. En effet, dans un rapport relatif aux plans de rétablissement publié en 2020⁷⁷¹, la BCE a fait le constat que certains établissements n'incluaient pas dans leurs plans de rétablissement, l'intégralité des indicateurs présentés par l'ABE. Ils ne fournissaient pas non plus les éventuelles explications devant justifier l'absence de mise en place de certains indicateurs qui pouvaient paraître *in concreto* non pertinents⁷⁷². De plus, la BCE a également pu relever que certains risques spécifiques n'étaient pas suffisamment appréhendés par les indicateurs conçus, ou du moins pas de manière adéquate. Il ressort ainsi de l'analyse réalisée par la BCE que bien souvent, les établissements de crédit ne conçoivent pas des indicateurs qui reflètent suffisamment leurs vulnérabilités, ni les risques qui les entourent. Par exemple, la BCE a pu constater qu'en matière de pertes liées au risque opérationnel, moins de 40% des établissements avaient inclus dans leurs plans de rétablissement des indicateurs qui appréhendaient ce risque⁷⁷³. Or, bien que de tels indicateurs n'aient pas été présentés par les orientations de l'ABE, ils doivent nécessairement être mis en place en pratique. Ce constat a contribué à mettre en exergue la nécessité d'accroître le nombre d'indicateurs. L'ABE avait d'ailleurs précisé dans ses orientations que les établissements de crédit ne devaient pas se limiter au minimum des indicateurs identifiés et devaient jouer un rôle pro-actif dans l'élaboration de ces derniers. C'est un point que la BCE a ainsi pu rappeler par le biais à l'occasion dudit rapport annuel. Cette autorité de supervision a en outre précisé que devraient être intégrés, même lorsque cela n'a pas expressément été prévu par l'ABE, des indicateurs relatifs à toutes les exigences réglementaires. Elle a en ce sens énoncé à titre d'exemple, que les établissements de crédit devraient inclure un indicateur relatif au respect des exigences MREL, alors que ce risque n'avait pas été mentionné les orientations de l'ABE⁷⁷⁴. La mise en exergue de ces lacunes devrait conduire à la réalisation de

⁷⁷⁰ *Idem*, n° 36.

⁷⁷¹ BCE, « Rapport annuel de la BCE sur ses activités prudentielles », 2020, 3. 2.

⁷⁷² *Idem*.

⁷⁷³ *Idem*.

⁷⁷⁴ BCE, « Rapport annuel de la BCE sur ses activités prudentielles », 2020, n° 3. 2.

changements adéquates en pratique, d'autant plus que c'est la BCE qui est tenue d'évaluer les plans de rétablissement. En ce sens, on peut s'interroger sur la valeur juridique de ses rapports, qui semblent en définitive guider les comportements.

383. – Bonnes pratiques. Dans son rapport, la BCE a également pu mettre en exergue les bonnes pratiques en matière de conception des indicateurs des plans de rétablissement. Elle a à cette occasion souligné la nécessité de constituer des indicateurs prospectifs, qui permettent de fournir un signal de manière suffisamment anticipé pour générer une réaction efficace. Cependant, seulement quelques établissements ont été en mesure de concevoir de tels indicateurs. Or, il est nécessaire que cette pratique soit étendue et que les établissements conçoivent des indicateurs conformes aux attentes des autorités de supervision. La BCE a également pu préciser dans son rapport qu'il semble judicieux d'inclure dans les plans de rétablissement, une analyse explicitant les caractéristiques de chaque indicateur et leur adéquation avec les objectifs poursuivis en fonction des données de l'établissement. Cela permet ainsi de justifier le choix des indicateurs mis en place dans les plans par chaque établissement⁷⁷⁵. Ce procédé est considéré par la BCE comme une bonne pratique dont la mise en œuvre devrait être étendue. L'insertion de cette analyse dans les plans de rétablissement pourrait s'accompagner d'explications la manière dont chaque indicateur a éventuellement pu servir dans le passé et comment l'établissement envisage de l'employer à l'avenir. L'analyse pourrait également être accompagnée d'une mise en situation prospective permettant de montrer le caractère pertinent de l'indicateur et sa capacité à mettre en relief rapidement toute détérioration de la situation d'un établissement.

384. – Calibrage des indicateurs. Le calibrage des indicateurs est un élément important lors de la conception des indicateurs devant être incorporés aux plans de rétablissement. En effet, il permet de fixer des seuils au-delà desquels le dispositif de résolution correspondant pourrait être mis en œuvre. Ces seuils doivent permettre d'agir au bon moment, de manière rapide et efficace⁷⁷⁶. Ils sont fixés par les établissements de crédit, et l'ABE n'a pas fourni de règles précises quant à leur détermination. Ses orientations précisent néanmoins que ces seuils doivent être établis en corrélation avec le profil de risque de l'établissement et fonction du temps nécessaire pour mettre en œuvre les mesures de résolution adéquates⁷⁷⁷. En outre, les indicateurs doivent être calibrés de sorte à indiquer à l'établissement de manière suffisamment anticipé, tout risque ou dégradation de sa situation qui pourrait induire l'application d'un dispositif de résolution. L'ABE demande prévoit

⁷⁷⁵ BCE, « Rapport annuel de la BCE sur ses activités prudentielles », 2020, n° 3. 2.

⁷⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷⁷ BCE, *op. cit.*, n° 4.3, 30.

cependant que les établissements présentent dans leurs plans certaines informations permettant de d'explicitier et de justifier les seuils fixés.

B) L'intégration des indicateurs dans une stratégie globale de gestion des risques

385. – Le signal émis par les indicateurs. En définitive, les indicateurs inclus dans les plans de rétablissement apparaissent comme des outils majeurs de préservation de la situation financière des établissements de crédit. Ils viennent ainsi intégrer les aspects stratégiques de l'organisation desdits établissements et peuvent être définis comme de véritables instruments de gestion des risques. Par conséquent, les établissements doivent porter une attention toute particulière à leur conception, ainsi qu'à leur suivi. À cette fin, la BCE encourage les établissements de crédit à appréhender ces indicateurs comme des feux de signalisation⁷⁷⁸, qui permettent d'apprécier en continu différentes constantes d'un établissement. Elle encourage également les établissements à avoir recours à un processus d'escalade, permettant aux informations acquises de remonter rapidement à la direction des établissements, ainsi qu'aux autorités compétentes. La BCE a également pu rappeler l'importance du suivi régulier et sérieux des indicateurs établis⁷⁷⁹. Ce suivi permettra ainsi le cas échéant d'agir avec célérité. La BCE considère ainsi comme une bonne pratique le fait de faire remonter les informations acquises grâce aux indicateurs non pas seulement après qu'un ou plusieurs seuils aient été atteints, mais également lorsque toute personne chargée du suivi des indicateurs considère qu'une donnée constatée doit attirer l'attention⁷⁸⁰. En effet, la vision d'un expert, basée sur des informations quantitatives, mais également qualitatives, est primordiale afin de constater certains éléments qui ne ressortirait pas nécessairement de procédés automatisés.

386. – Suivi. Pour assurer l'efficacité de ces indicateurs, il est nécessaire qu'un suivi régulier soit réalisé par les établissements de crédit. Ainsi, une fréquence régulière de contrôle des indicateurs doit nécessairement être fixée. Cela est impératif car les données relevées lors de ce suivi devront être régulièrement transmises aux autorités compétentes, qui pourront en faire la demande à tout moment et à fréquence accrue si certaines difficultés internes ou conjoncturelles semblent pouvoir être observées.

⁷⁷⁸ « *Traffic light approach* ».

⁷⁷⁹ BCE, « Rapport annuel de la BCE sur ses activités prudentielles », 2020, n° 3. 2.

⁷⁸⁰ *Idem*.

387. – Notification. Enfin, pour que l'élaboration et le suivi de des indicateurs produisent les effets escomptés, encore faut-il que le fait d'atteindre un seuil défini induise une action rapide et efficace de la direction de l'établissement et des autorités compétentes. Ainsi, pour qu'un indicateur remplisse « *son potentiel d'alerte* »⁷⁸¹ de manière effective, il est impératif que toute personne qui constate l'atteinte d'un seuil alerte dans les plus brefs délais la direction de l'établissement concerné. L'ABE a ainsi pu préciser qu'il était impératif que l'organe chargé du suivi alerte dans un délai d'un jour ouvrable, la direction de l'établissement et active ainsi la procédure spécialement conçue en amont. Ensuite, dans un délai d'un jour ouvré après la mise en œuvre de cette procédure, c'est l'autorité compétente qui doit être alertée.

Dans cette situation, la direction de l'établissement dispose encore de la capacité de décider des moyens de régulariser la situation. Elle peut ainsi décider de mettre en œuvre certaines mesures de rétablissement. Dans ce cas, elle doit notifier dans un bref délai sa décision à l'autorité de supervision. Cette notification doit être accompagnée d'une description de la situation et présenter un plan d'action qui expose les différentes options de rétablissement pouvant être *employées in concreto*, ainsi que le calendrier de leur mise en œuvre. Si aucune solution n'a été définie, l'établissement doit également le justifier. Précision cependant qu'il s'agit ici seulement d'une notification et que l'établissement n'a en principe pas de validation à recevoir de l'autorité. En effet, il reste seul compétent pour décider des mesures qu'il entend mettre en place dans ce contexte préventif, bien qu'une relation de coopération et de dialogue semble inévitablement devoir être instaurée entre l'autorité compétente et l'établissement. L'autorité compétente pourra toutefois s'assurer que la procédure initiale a bien été respectée, et que les raisonnements opérés par l'établissement et transmis lors de la notification sont transparents et motivés⁷⁸².

⁷⁸¹ ABE, « Orientations sur les indicateurs pour les plans de redressement », nov. 2021, EBA/GL/2021/11., p. 8.

⁷⁸² *Idem*, p. 9, n° 37.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

388. – L'élaboration et la mise à jour des plans de rétablissement est une obligation singulière imposée par le droit de la résolution des défaillances bancaires aux établissements de crédit. Cette obligation doit être mise en œuvre *ex ante*, en amont de toute difficulté. C'est ce qui fait d'ailleurs toute son originalité et permet de distinguer ces plans de ceux rencontrés notamment en droit des entreprises en difficulté. Le contenu des plans de rétablissement qui sont élaborés, rappelons-le, par les établissements eux-mêmes sous l'égide des autorités de supervision et non de résolution, est défini par le droit de la résolution des défaillances bancaires. Leurs modalités de mise en œuvre ont quant à elles été précisées tant par le législateur que par les autorités compétentes en la matière au sein de l'Union bancaire. *In fine*, cette obligation de planification apparaît comme un enjeu majeur de la prévention des défaillances bancaires. Ces plans de rétablissement peuvent en effet être définis comme des outils stratégiques cruciaux, qui intègrent la stratégie globale de gestion des risques élaborée par chaque établissement, mais également la stratégie de gestion des risques adoptées plus largement par les autorités de supervision à l'échelle de l'Union.

Chapitre II :

LES OBLIGATIONS RENOUVELÉES DE CONTRIBUTION ET D'INFORMATION

389. – La détermination d'obligations nouvelles. Le droit de la résolution des défaillances bancaires soumet les établissements de crédit à des obligations supplémentaires. Si celles-ci ne lui sont pas propres, il en offre néanmoins une appréhension renouvelée, en imposant auxdits établissements des obligations de contribution et d'information (Section I) dont les modalités ont été spécifiquement définies. Bien qu'ayant vocation à prévenir les risques de défaillances bancaires, ces obligations constituent *in fine* de nouvelles contraintes pour les établissements et viennent alourdir la longue liste des tâches qu'ils doivent accomplir. Le droit de la résolution des défaillances bancaires vient ainsi accroître les contraintes juridiques qui pèsent sur ces entités. En régissant ces obligations renouvelées, le droit de la résolution des défaillances bancaires participe incontestablement à l'inflation normative, en accroissant le corpus juridique qui gouverne l'activité bancaire et ses acteurs.

Ces obligations de contribution et d'information en matière de résolution des défaillances bancaires apparaissent comme des obligations nouvelles pour les établissements qui y sont assujettis. En ce sens, il semble nécessaire de porter une attention particulière sur celles-ci, en précisant notamment les attentes des autorités compétentes en la matière. Il conviendra ainsi de s'assurer que le législateur, tout comme les autorités bancaires qui peuvent être amenées à l'assister, ont établi des éléments suffisamment précis pour permettre aux établissements de crédit de remplir leurs obligations en toute conformité. Une problématique sous-jacente apparaît à l'aune de ces éléments. C'est celle de la sécurité juridique, qui doit être garantie, même face à ce droit souvent fait d'exceptions et de dérogations.

390. – Ces obligations de contribution et d'information ont été établies par les textes qui gouvernent le droit de la résolution des défaillances bancaires. Toutefois, ceux-ci ne sont pas exhaustifs à ce propos. Le législateur s'en est tenu à une description brève, nécessaire afin de fixer les bases de ces obligations tout en laissant une liberté pratique impérative à la matière. De part ce procédé, le législateur offre une place de choix aux différentes autorités bancaires compétentes, qui pourront venir préciser la mise en œuvre de ces obligations au moyen d'instruments de droit souple. Ce constat est ainsi réitéré, puisque le rôle majeur des actes droit souple des autorités bancaires

avait déjà pu être mis en exergue dans le cadre de l'obligation de planification abordée précédemment⁷⁸³. Cependant, si ces instruments offrent flexibilité et adaptabilité, ils font naître une problématique importante, celle de leur impérativité. En effet, les actes de droit souple étant en principe dépourvus de caractère contraignant, on peut s'interroger sur les effets juridiques de ces derniers, alors que la prévention des défaillances bancaires et la préservation de la stabilité financière nécessite tout de même un droit rigoureux et ferme. Ainsi, d'aucuns pourraient se demander si l'utilisation d'instruments de droit souple ne serait pas impropre à remplir les objectifs de la résolution des défaillances bancaires ? Considérant que les établissements de crédit sont emprunts à une certaine logique managériale, ne pourraient-ils être tentés de se demander s'il est bien rationnel de se conformer aux exigences du droit de la résolution des défaillances bancaires qui sont issus du droit souple, dès lors que ce respect implique la mobilisation d'importantes ressources ? En ce sens, il nous semble nécessaire de déterminer si l'ensemble des éléments composant les obligations identifiées, doit être appliqué ou si certains sont supplétifs de volonté. En outre, dans l'hypothèse où ces prescriptions revêtent un caractère impératif, il convient de se demander si leur non-respect est susceptible d'être sanctionné ? Pour répondre à ces interrogations, il convient de s'intéresser aux prescriptions établies par les autorités bancaires relatives à la mise en œuvre des obligations imposées par le droit de la résolution des défaillances bancaires, et d'observer si leur non-respect en pratique pourrait conduire au prononcé de sanctions. En ce sens, il convient de mettre en exergue les enjeux liés au non-respect des obligations imposées par le droit de la résolution des défaillances bancaires (Section II).

SECTION I :

DES OBLIGATIONS SUI GENERIS DE CONTRIBUTION ET D'INFORMATION

391. – L'étude des obligations de contribution et d'information nouvellement imposées aux établissements de crédit par le droit de la résolution des défaillances bancaires doit ici être réalisée. Cette étude a vocation à décortiquer les différentes tâches que doivent réaliser les établissements de crédit dans ce contexte et de préciser les attentes des autorités de résolution en la matière. Il convient d'aborder ces deux obligations distinctement. Pour cela, nous nous intéresserons d'une part à l'obligation de contribution qui pèse sur les établissements de crédit (§1), avant d'aborder d'autre part, l'obligation d'information qui pèse également sur ces derniers (§2).

⁷⁸³ Cf. Partie II, Titre I, Chapitre I.

§1 : L'OBLIGATION NOUVELLE DE CONTRIBUTION AU FINANCEMENT DE LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

392. – Mise en place de différents fonds. Le droit de la résolution des défaillances bancaires a pu instaurer, outre des mécanismes juridiques de prévention et de gestion des défaillances bancaires, des dispositifs financiers ayant la même vocation. À cette fin, plusieurs fonds pu être été constitués. Ceux-ci peuvent d'une part, être destinés à protéger les actifs des déposants et des investisseurs, et d'autre part, être destinés à financer les éventuelles procédures de résolution. En matière de protection des actifs, dépôts ou titres, un Fonds de garantie des dépôts et de résolution (ci-après FGDR) a été institué au niveau national. Au sein de l'Union bancaire, l'idée d'un fonds de garantie des dépôts a également été avancée, mais n'a pour l'heure pu voir le jour⁷⁸⁴.

En ce qui concerne le financement des procédures de résolution, deux fonds ont été institués. D'abord, un Fonds de résolution unique (ci-après FRU) qui permet de collecter au sein de l'Union bancaire, des fonds mobilisables en cas de procédure de résolution ouverte par le Conseil de résolution unique (ci-après CRU). La création de ce fonds constitue une innovation importante issue du droit de la résolution des défaillances bancaires. Ensuite, des fonds de résolution nationaux (ci-après FRN) ont également dû être constitués par les États membres de l'Union bancaire, permettant de financer la résolution éventuelle d'établissements moins importants, ne relevant pas de la compétence du CRU.

Afin d'alimenter ces différents fonds et de garantir toute l'effectivité de ces dispositifs financiers de protection, les établissements de crédit ont l'obligation de s'acquitter de diverses contributions. La mise en œuvre de cette obligation répond à des exigences particulières et soulève certaines difficultés. En ce sens, cette obligation a pu être fortement contestée et a déjà pu conduire à un contentieux important (II).

I) La mise en œuvre encadrée de l'obligation de contribution

393. – Des contributions *ex ante* ou *ex post*. Le droit de la résolution des défaillances bancaires impose aux établissements de crédit de procéder au paiement de plusieurs contributions. Certaines sont régulières ; ce sont des contributions annuelles (A). D'autres peuvent être imposées de manière

⁷⁸⁴ DE LAROSIÈRE J., « On parle d'union bancaire européenne, mais elle n'existe pas », *Rev. Banq.*, n° 860, oct. 2021, p. 6 ; BARRIÈRE F., « L'Union bancaire, une œuvre inachevée », in *Mél. J.-P. et M. STORCK*, Dalloz, 2021, p. 133 ; LOUIS J.-V., « L'Union bancaire : un processus incomplet ? », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum SOUSI B*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 153-162.

exceptionnelle, uniquement dans des cas particuliers (B). Précisons *in limine* que les contributions versées au titre de la garantie des dépôts n'ont pas été induites par l'apparition du droit de la résolution des défaillances bancaires. En effet, un système de garantie des dépôts avait déjà pu être établi en France antérieurement⁷⁸⁵. Cependant, les modalités de mise en œuvre de cette obligation ont évolué avec l'apparition de ce nouveau droit. En ce qui concerne les contributions au titre du financement des procédures de résolution, cette obligation constitue quant à elle une innovation importante issue de la création de l'Union bancaire. Elle emporte la création *ab initio* de différents fonds : des fonds nationaux de résolution et un Fonds de résolution unique à l'échelle de l'Union bancaire.

394. – Fonds de résolution unique. L'une des grandes innovations de l'Union bancaire a été la mise en place d'un Fonds de résolution unique destiné à financer les procédures de résolution. Ce fonds supranational, alimenté par les contributions issues du secteur bancaire, pourra ainsi être mobilisé aux fins de la résolution des défaillances bancaires, et à certaines conditions. Précisons ainsi que ce fonds ne pourra être mobilisés qu'après que d'autres solutions aient été mises en œuvre, comme par exemple l'application de l'instrument de renflouement interne. Ce fonds de résolution unique, institué par le règlement (UE) n° 806/2014 du 15 juillet 2014⁷⁸⁶, est défini par celui-ci comme « *un élément essentiel au bon fonctionnement du MRU [Mécanisme de résolution unique]* »⁷⁸⁷, puisqu'il a vocation à « *assurer l'uniformité des pratiques administratives de financement de la résolution* »⁷⁸⁸, tout en réduisant le lien entre État et établissement de crédit défaillant.

⁷⁸⁵ Cf. Directive 94/19/CE du 30 mai 1994 instituant les systèmes de garantie des dépôts au sein de la Communauté européenne. Celle-ci a été transposée en droit français par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. Cette directive a ensuite été modifiée par la directive 2009/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009, afin d'augmenter le niveau de garantie, ainsi que de raccourcir les délais de remboursement. Celle-ci a été transposée en droit français par l'arrêté du 29 septembre 2010 relatif au niveau de garantie et au délai de remboursement du Fonds de garantie des dépôts. Ces textes ont été transposés en droit français par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 sur l'épargne et la sécurité financière, qui a créé le fonds de garantie des dépôts. Voy. à propos notamment : SIGUOIRT L., « La garantie des dépôts », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2009, comm. 105 ; STOUFFLET J., « Les systèmes de garantie des épargnants », *RD banc. Bourse*, n° 75, 1999, p. 144. Avant cela, un système existait déjà, mais n'était pas aussi abouti. En effet, avant la mise en place d'un fonds national de garantie des dépôts, l'Association Française des Banques (AFB) avait également mis en place un fonds d'indemnisation. Cependant, ce fonds n'avait vocation qu'à indemniser les clients des banques qui faisaient partie de cette association. De plus, ce fonds ne disposait pas de la personnalité morale et n'avait pas d'autonomie opérationnelle. Enfin, le dispositif mis en place n'avait en définitive qu'une portée limitée. La jurisprudence avait alors pu relever que le règlement de l'AFB qui instaurait ce système n'avait pas « *la valeur d'un engagement contractuel ou quasi contractuel à l'égard des déposants* ». Voy. en ce sens : CA Paris, 13 déc. 1993 : *D.*, 1995, p. 1, note GALVADA C. ; *JCP E.*, 1994, II, 566 note STOUFFLET J. ; *RTD com.*, 1994, p. 79, obs. CABRILLAC M., TEYSSIÉ B. Le Fonds de garantie des dépôts et ensuite devenu le Fonds de garantie des dépôts et de résolution avec la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

⁷⁸⁶ 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.

⁷⁸⁷ Règlement (UE) n° 806/2014, cons. 19.

⁷⁸⁸ *Idem*.

395. – Fonds de résolution nationaux. À côté de ce fonds supranational de résolution, les pays participant à l'Union bancaire ont dû mettre en place des fonds de résolution nationaux (ci-après FRN). À cette fin, l'article 100 de la directive 2014/59/UE⁷⁸⁹ impose aux États membres de mettre « en place un ou plusieurs dispositifs de financement aux fins de l'application effective des instruments et pouvoirs de résolution par l'autorité de résolution ». La directive précise également que ce fonds peut être groupé avec le fonds de garantie des dépôts national. Ce choix a été opéré dans le cadre de la France, puisque le Fonds de garantie des dépôts s'est mué en un Fonds de garantie des dépôts et de résolution (FGDR). Ce fonds n'a cependant vocation à intervenir que pour les établissements dont le siège social se situe dans les Pays et territoires d'outre-mer, ou pour les succursales d'établissements relevant de pays tiers, ainsi que pour certaines entreprises d'investissement. Ainsi, à titre principal, c'est le FRU qui aura vocation à intervenir dans le cas de la défaillance d'un établissement de crédit français. Et dans la mesure où un établissement n'entre pas dans son champ de compétence, c'est alors le FRN qui aura vocation à intervenir en cas de défaillance. Puisque nous étudions le cas le plus général des établissements de crédit systémiques, nous limiterons notre champ d'étude aux contributions au FRU⁷⁹⁰.

A) Le paiement d'une contribution annuelle

396. – Une obligation globale. L'obligation de contribuer au titre de la garantie des dépôts n'est pas nouvelle pour les établissements de crédit. C'est l'obligation de contribuer à un fonds de résolution qui a été instituée par le droit de la résolution des défaillances bancaires et qui constitue une véritable innovation. Les établissements de crédit sont donc désormais contraints de verser des contributions à deux titres. L'ensemble de ces contributions doit cependant faire l'objet d'un seul et même paiement réalisé sur demande de l'autorité nationale de résolution, qui sera chargée de calculer le montant total de la contribution pour chaque établissement et de leur transmettre en temps voulu, l'étendue de leur obligation.

⁷⁸⁹ Directive 2014/59/UE du 15 mai 2014.

⁷⁹⁰ Sur les contributions au FRN voy. : Décision n° 2017-CR-06 du 12 avril 2017 relative à la définition de la méthode de calcul des contributions au Fonds de résolution national des établissements n'entrant pas dans le champ d'application du règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 octobre 2014 ; Décision n° 2017-CR-05 du 12 avril 2017 relative à la mise en œuvre du calcul des contributions au Fonds de résolution national ; Décision n° 2017-CR-07 du 12 avril 2017 relative à la fixation de la cible des contributions au Fonds de résolution national pour 2017.

397. – Calcul du montant des contributions. Depuis 2016, le montant des contributions annuelles destinées à assurer le financement d'éventuelles procédures de résolution est calculé par le CRU en ce qui concerne les contributions au FRU. Le montant total annuel de ces contributions devant être collecté et calculé en fonction d'un montant cible défini annuellement⁷⁹¹, ainsi qu'en fonction des données financières qui ont été fournies par les établissements de crédit assujettis à cette obligation. Le montant total annuel de ces contributions dépend également du niveau d'accomplissement de l'objectif final, ainsi que de l'étendu des dépôts couverts. Une fois ce montant total déterminé, il doit être réparti entre l'ensemble des établissements assujettis à cette obligation, en fonction de différents critères. L'ensemble des contributions versées depuis 2016 devrait ainsi permettre d'atteindre un montant correspondant 1% des dépôts couverts de la zone euro⁷⁹². Ce montant, qui était initialement fixé à 55 milliards d'euros, a été augmenté pour atteindre selon les dernières estimations, la somme de 75 milliards d'euros. Cela laisse ainsi rapidement imaginer l'importance des sommes qui doivent être versées par les établissements de crédit dans ce contexte.

Pour chaque établissement, le montant de la contribution *ex ante* annuelle est calculée par le CRU et doit être adapté en fonction de son profil de risque. Pour cela, divers éléments doivent être pris en compte, comme l'exposition au risque de l'établissement, la stabilité et la diversité de ses sources de financement et de ses actifs non grevés très liquides, sa situation financière, la probabilité qu'il puisse être soumis à une procédure de résolution, le fait qu'il ait déjà bénéficié d'une mesure de soutien financier public exceptionnel, la complexité de sa structure, sa résolvabilité, l'importance de l'établissement pour la stabilité financière ou l'économie d'un État membre, ou encore le fait qu'il appartienne à un système de protection institutionnel⁷⁹³. Par conséquent, le montant des contributions varie indéniablement d'un établissement à un autre. Cependant, la répartition des contributions entre chaque établissement doit être réalisée de manière proportionnelle et équitable⁷⁹⁴. C'est un impératif qui semble majeur à l'aune du respect des droits fondamentaux et qui a déjà pu être mis en avant dans le contexte d'un contentieux naissant en la matière.

Le calcul du montant des contributions doit être défini comme une tâche extrêmement

⁷⁹¹ Le montant ne doit en principe pas excéder 12,5% par année du montant cible total.

⁷⁹² Directive 2014/59/UE art. 102, 1° ; Règlement (UE) n° 806/2014, art. 69, 1°.

⁷⁹³ Directive 2014/59/UE, Art. 103, 7°. Voy. également sur l'appréhension du profil de risque d'un établissement de crédit : Règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 oct. 2014, art. 6.

⁷⁹⁴ Voy. en ce sens : Règlement d'exécution (UE) 2015/81 du Conseil du 19 décembre 2014 définissant des conditions uniformes d'application du règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les contributions *ex ante* au Fonds de résolution unique. *Adde.* GOSSET-GRAINVILLE A., DALON M., « La constitution du Fonds de résolution unique sous le contrôle des juges européens », in *Mél. AEDBF-France VIII*, BRÉHIER B. (dir.), Rev. Banq. Éd., 2022, p. 117-124, spéc. p. 119.

complexe. Il est réalisé selon une méthode déterminée d'une part, et variable d'autre part, puisqu'elle fluctue au gré de diverses données externes à l'établissement. Ces éléments tendent ainsi à rendre les modalités de calcul des contributions au FRU relativement opaques. Cet argument a d'ores et déjà pu être invoqué devant les juridictions.

398. – Paiement des contributions. La décision de l'autorité de résolution fixant le montant de la contribution annuelle est exécutoire⁷⁹⁵. Ainsi, dès que l'autorité de résolution notifie à l'établissement le montant de sa contribution, celui-ci est tenu de procéder au paiement. Au plus tard le 1^{er} mai de chaque année, l'autorité de résolution doit notifier à l'établissement la décision prise, soit par voie électronique ou moyen comparable disposant d'un accusé de réception, soit par courrier recommandé avec accusé de réception. La décision devra également préciser par quels moyens le paiement de la contribution doit être effectué, et prévoir également la part des engagements de paiement irrévocables qui peut être utilisée par l'établissement⁷⁹⁶. Une fois les contributions versées au Fonds national de résolution, la part revenant au Fonds de résolution unique lui sera reversée par le fonds national.

B) Le paiement éventuel d'une contribution exceptionnelle

399. – Une lourde charge. Dans certaines circonstances particulières, le Conseil de résolution unique peut également contraindre les établissements de crédit à verser des fonds au titre d'une contribution exceptionnelle. En effet, si les moyens financiers du Fonds de résolution unique semblent insuffisants pour couvrir des pertes, des coûts ou tous autres frais, du fait de la mise en œuvre des dispositifs de financement des procédures de résolution, le CRU peut enjoindre les fonds de résolution nationaux d'imposer aux établissements de crédit une obligation de contribution supplémentaire *ex post* et extraordinaire⁷⁹⁷. Tout comme les contributions annuelles, le montant

⁷⁹⁵ Directive 2014/59/UE, Art. 103, 4^o.

⁷⁹⁶ À contentieux a pu naître à propos de ces engagements de paiement irrévocables. En effet, par ces engagements les établissements de crédit s'engagent à payer à première demande les sommes dues au titre des contributions au FRU. Ces engagements sont donc comptabilisés dans le hors bilan de l'établissement et doivent être garantis par un dépôt d'espèce laissé à la disposition des autorités de résolution compétente. La question s'est alors posée de savoir si ces engagements devaient être déduits ou non des fonds propres des établissements. La BCE considérait que ces engagements devaient effectivement être soustraits des fonds propres. En réponse, plusieurs établissements français ont saisi le Tribunal de l'Union européenne afin de contester cette affirmation, en reprochant à la BCE que celle-ci n'avait pas procédé à un examen individuel. Or, la réponse ne peut être générale et doit découler de l'étude de certaines données propres à chaque établissement. Cf. Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-576/18, *Crédit agricole SA c/ BCE* ; Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-577-18, *Crédit agricole corporate and investment bank c/ BCE* ; Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-578/18, *CA consumer finance c/ BCE*. Voy à propos : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Contrôle juridictionnel des décisions de la BCE », *Rev. Banq.*, n° 848, sept. 2020, p. X ; MOREL-MAROGER J., « Annulation en série de décisions de la BCE visant les banques françaises », *Banq. & droit*, n° 194, p. 59.

⁷⁹⁷ Directive 2014/59/UE, Art. 104, 1^o.

devant être collecté, sera réparti entre les établissements assujettis à cette obligation. Le calcul de cette répartition répondra aux mêmes exigences que les contributions *ex ante* et sera réalisé selon le même procédé.

400. – Des garanties insuffisantes. Il est cependant précisé que le montant des contributions exceptionnelles ne pourra pas excéder le triple des contributions annuelles. Si l'on peut saluer qu'une limite soit ici posée, elle semble néanmoins n'offrir qu'une protection limitée aux établissements de crédit, pour qui les contributions annuelles sont déjà élevées. On ne peut donc imaginer ces établissements rassurés de devoir payer à titre exceptionnel trois fois le montant habituel de leur redevance. En outre, cette garantie peut interroger dans la mesure où le montant des contributions varie d'années en années. Sur quelle base devrait-on alors se fixer ? Faut-il prendre en compte le montant des dernières contributions, ou bien opérer une moyenne des dernières années ? Si le paiement de telles contributions était demandé en pratique, il ne fait nul doute que des contestations se feraient rapidement entendre, avant de venir compléter l'étendu du contentieux déjà important en matière de contributions au FRU.

Enfin, précisons tout de même que le droit de la résolution des défaillances bancaires prévoit un second garde-fou à ces contributions exceptionnelles. En effet, l'autorité de résolution s'est vu accorder la capacité de différer le paiement d'une contribution exceptionnelle, dès lors que ce paiement pourrait compromettre la liquidité ou la solvabilité d'un établissement. Le report de ce paiement ne pourra cependant pas excéder six mois, renouvelable une fois si cela est nécessaire, ce qui rend cette protection une fois encore relative.

II) La contestation des modalités de détermination du montant des contributions

401. – Le montant des contributions au FRU est déterminé par le Conseil de résolution unique et diffère d'un établissement à un autre, d'une année à une autre. En ce sens, le CRU dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui a pu être remis en cause en pratique (A). En effet, de nombreux établissements ont déjà eu l'occasion de contester le montant de leur obligation de contribution, si bien qu'un important contentieux gouverne désormais la matière. Du fait de l'importance des enjeux liés à celui-ci, il semble nécessaire de préciser les modalités de contestation du montant des contributions (B), afin de s'assurer que le respect des droits et libertés des établissements de crédit est garantie.

A) La remise en cause du pouvoir discrétionnaire du Conseil de résolution unique

402. – Risque d'arbitraire et manque de transparence. Si différents critères doivent impérativement être pris en compte par le CRU dans le calcul du montant des contributions au FRU, une part de son pouvoir reste néanmoins discrétionnaire. Cela a pu être critiqué en pratique, puisque cela nuit à la sécurité juridique, ainsi qu'aux droits des établissements de crédit qui sont les destinataires finaux de ces décisions. A principalement été critiqué, le fait que l'évaluation du profil de risque d'un établissement par le CRU, qui influe sur le montant final de la contribution, ne se fonde pas seulement sur des données relatives à l'établissement concerné, mais se fonde également sur des données relatives à l'ensemble du secteur. Or, l'ensemble des données utilisées par le CRU ne sont pas précisées à l'établissement avec la décision rendue. Ainsi, en utilisant des données externes à l'établissement, le CRU ne permet pas à ce dernier de comprendre le résultat de l'évaluation, ni de le vérifier. Il ne peut donc pas s'assurer que le profil de risque qui lui a été attribué lui correspond effectivement. Dès lors, la détermination du montant d'une contribution au FRU par le CRU semble difficilement contestable. De ce fait, un contentieux important a déjà pu marquer ce pan du droit de la résolution des défaillances bancaires. Celui-ci porte principalement sur les modalités de calcul du montant des contributions, ainsi que sur les informations fournies par le CRU aux établissements de crédit pour justifier ses décisions. La légalité même de certaines dispositions qui gouvernent le calcul des contributions⁷⁹⁸ a également pu être remise en cause dans le cadre de recours juridictionnels.

403. – Contrôle exercé par le juge. À l'aune de ces éléments, différents recours ont déjà été intentés, soit devant les juridictions européennes, soit devant le Comité d'appel du CRU. Le Tribunal de l'Union européenne a ainsi pu condamner l'absence de transparence des modalités de calcul des contributions annuelles au FRU. Dans plusieurs décisions rendues le 23 septembre 2020⁷⁹⁹, le Tribunal considéra que le CRU devait justifier le calcul réalisé pour déterminer le montant des contributions au FRU. Il précisa alors que le CRU devait fournir le décompte détaillé des éléments de la créance et assimila alors lesdites contributions à des taxations. Le Tribunal considéra également que le respect du secret professionnel ne pouvait justifier le manque de motivation des décisions rendues.

⁷⁹⁸ Il en fut ainsi du règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 oct. 2014

⁷⁹⁹ Trib. UE, 23 sept. 2020, aff. T-411/17, *Landesbank Baden-Württemberg c/ CRU* ; Trib. UE, 23 sept. 2020, aff. T-414/17, *Hypo Vorarlberg Bank c/ CRU* ; Trib. UE, 23 sept. 2020, aff. T-420/17, *Portigon c/ CRU*. Voy. à propos : MOREL-MAROGER J., « Série d'annulation de décisions du Conseil de résolution unique visant les banques allemandes », *Banq. & droit*, n° 195, févr. 2021, p. 56.

Cependant, la Commission européenne comme le CRU ont contesté ces décisions⁸⁰⁰. Ils défendaient alors la légalité des modalités de calcul, et par la même occasion, du règlement délégué⁸⁰¹ qui les encadre, puisqu'elle avait été remise en cause dans les précédents jugements. La Commission, comme le CRU, admirent toutefois le caractère extrêmement sophistiqué des modalités de calcul du montant des contributions au FRU, mais celle-ci semble inévitable⁸⁰². La Cour de justice de l'Union européenne est venue confirmer le point de vue du CRU et de la Commission, en considérant dans un arrêt rendu le 15 juillet 2021⁸⁰³, que le règlement délégué ne faisait pas l'objet d'illégalité et que la sophistication des modalités de calcul des contributions ne faisait pas obstacle au respect des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour précisa également que les contributions n'étaient pas des taxes et n'imposaient donc pas de fournir un relevé détaillé. Cependant, elle rappela tout de même au CRU la nécessité de fournir des informations aux établissements de crédit sur la manière dont les contributions sont calculées, afin de leur permettre de vérifier qu'aucune erreur n'ai été opérée, ce qui garantirait le respect des droits fondamentaux des justiciables⁸⁰⁴.

Force de ces éléments, il convient de constater, comme nous avons pu le faire dans d'autres contextes auparavant, que dans le cadre des contributions au FRU également, c'est *ex post* que le juge joue son rôle en matière de résolution des défaillances bancaires. Il assure ainsi le respect des droits et libertés fondamentaux, malgré le caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires, et vient par la même occasion encadrer les pouvoirs des autorités de résolution et préciser les modalités d'exécution de leurs prérogatives.

B) Les modalités de contestation du montant des contributions déterminé par le Conseil de résolution unique

404. – Un système à double échelle. L'obligation de contribution a pu engendrer d'autres problématiques liées cette fois à la pluralité des acteurs qui interviennent dans l'adoption et la mise en œuvre des décisions relatives au paiement des contributions au FRU. En ce sens, il faut d'abord

⁸⁰⁰ CJUE, aff. C-584/20P, *Commission c/ Landesbank Baden-Württemberg et CRU* et aff. C-621/20P, *CRU c/ Landesbank Baden-Württemberg*. Voy. à propos : MOREL-MAROGER J., « Les contours de l'obligation de motivation imposées au Conseil de résolution unique », *Banq. & droit*, n° 200, déc. 2021, p. 56 .

⁸⁰¹ Règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 oct. 2014

⁸⁰² GOSSET-GRAINVILLE A., DALON M., « La constitution du Fonds de résolution unique sous le contrôle des juges européens », in *Mél. AEDBF-France VIII*, BRÉHIER B. (dir.), Rev. Banq. Éd., 2022, p. 117-124, spéc. p. 120.

⁸⁰³ CJUE, 15 juillet 2021, aff. C-584/20 P et C-621/20 P, *Commission et CRU c/ Landesbank Baden-Württemberg*.

⁸⁰⁴ En ce sens : MOREL-MAROGER J., « Les contours de l'obligation de motivation imposées au Conseil de résolution unique », *Banq. & droit*, n° 200, p. 56.

préciser que la collecte des contributions doit être définie comme un « *système à plusieurs niveaux* »⁸⁰⁵, qui fait intervenir des acteurs communautaires et nationaux. En effet, si le CRU fixe le montant des contributions, il transmet ensuite ses décisions aux autorités nationales de résolution qui seront tenues de les notifier aux établissements de crédit, avant de récolter lesdites contributions auprès de chaque établissement assujéti à cette obligation. Pour les établissements de crédit établis en France, c'est l'ACPR qui est tenue de leur notifier le montant des contributions fixé par le CRU. Or, ce système à double échelle a pu poser certaines difficultés, principalement au niveau des recours juridictionnels. La question s'est ainsi posée de savoir si un recours en annulation contestant le montant d'une contribution au FRU devait être intenté à l'encontre du CRU ou de l'ACPR. Cette question étant d'un grand intérêt, les juges ont rapidement eu l'occasion d'y répondre, puisque le contentieux en la matière est florissant.

405. – Position critiquable du CRU. Dans le cadre des premiers recours formés dès 2016, le CRU avait avancé l'irrecevabilité des recours qui avaient été formés à son encontre devant le Tribunal de l'Union européenne, au motif que les établissements requérants n'étaient pas les destinataires des décisions adoptées. Pour le CRU, les destinataires de ces décisions étaient les autorités de résolution nationales, puisque c'est à elles qu'étaient adressées lesdites décisions litigieuses. Le CRU avançait en ce sens que les décisions fixant le montant des contributions n'étaient pas individuellement et directement destinées aux établissements de crédit. Il considérait par conséquent que les recours devaient être formés devant le juge national, puisque seules les décisions prises par les autorités de résolution nationales pouvaient créer des obligations.

406. – Possibilité de saisir le juge européen. Le tribunal de l'Union européenne, tout comme la Commission européenne qui ont tous deux été saisis de ces recours en annulation, n'ont cependant pas suivi les éléments avancés par le CRU. En effets, les juges européens ont considéré que les établissements de crédit étaient bien les destinataires de ces décisions, du moins les destinataires finaux, puisqu'ils étaient affectés individuellement et directement par les décisions adoptées par le CRU, relatives au paiement des contributions⁸⁰⁶. À cette fin, les juges ont relevé

⁸⁰⁵ GOSSET-GRAINVILLE A., DALON M., « La constitution du Fonds de résolution unique sous le contrôle des juges européens », in *Mél. AEDBF-France VIII*, BRÉHIER B. (dir.), Rev. Banq. Éd., 2022, p. 117-124, spéc. p. 122.

⁸⁰⁶ Trib. UE, 23 sept. 2020, aff. T-411/17, *Landesbank Baden-Württemberg c/ CRU* ; Trib. UE, 23 sept. 2020, aff. T-414/17, *Hypo Vorarlberg Bank c/ CRU* ; Trib. UE, 23 sept. 2020, aff. T-420/17, *Portigon c/ CRU* ; CJUE, 5 mars 2020, aff. C-69/19 P, *Credito Fondiario SpA c/ CRU* ; CJUE, 3 déc. 2019, aff. C-414/18, *Iccrea Banca* ; Trib. UE, 28 nov. 2019, aff. Jointes T-377/16, T-645/16 et T-809/16, *Hypo Vorarlberg Bank AG c/ CRU* ; Trib. UE, 28 nov. 2019, aff. T-365/16, *Portigon AG c/ CRU* ; Trib. UE, 28 nov. 2019, aff. T-323/16, *Banco Cooperativo Espanol c/ CRU* ; Voy. à propos : MOREL-MAROGER J., « Contestations en série des décisions du Conseil de résolution unique », *Banq. & droit*, n° 190, avr. 2020, p. 67.

d'une part, que les décisions mentionnent précisément les établissements de crédit qui sont tenus à cette obligation de paiement et d'autre part, ils ont rappelé que les autorités de résolution nationales ne disposent d'aucune marge de manœuvre dans la détermination des sommes dont les établissements doivent s'acquitter. En effet, les autorités nationales ne font que transmettre les décisions du CRU et ne peuvent influencer sur celles-ci. Dès lors, il ne peut être contesté que les établissements de crédit sont bien les destinataires des décisions du CRU relatives aux contributions au FRU.

Les juges ont également considéré que même si l'obligation de contribution ne pouvait naître que si des décisions étaient adoptées en ce sens par les autorités de résolution nationales, cela ne pouvait remettre en cause le fait que les décisions prises par le CRU étaient directement et individuellement adressées aux établissements de crédit. Par conséquent, il ne peut être contesté que les établissements de crédit disposent d'un droit de recours devant les juridictions européennes afin de contester les décisions adoptées par le CRU en matière de contribution. Cette affirmation issue de plusieurs jurisprudences a été prise en compte, si bien que les recours relatifs au montant des contributions introduits devant ces juridictions se sont accrus ces dernières années.

§2 : L'OBLIGATION ACCRUE D'INFORMATION EN MATIÈRE DE RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

407. – De manière générale, les établissements de crédit sont tenus de fournir aux autorités bancaires, un nombre important de données relatives à leur structure juridique et financière, ainsi qu'à leurs activités. Les établissements de crédit sont en ce sens soumis à une obligation d'information devant être mise en œuvre régulièrement. Si cette obligation n'est donc pas nouvelle dans le domaine bancaire, elle s'est toutefois vue renouvelée avec l'apparition du droit de la résolution des défaillances bancaires. En effet, pour permettre aux autorités de résolution de mettre en œuvre avec célérité un traitement efficace des établissements de crédit peu solides ou défaillants, il est impératif que ces dernières disposent *ex ante* d'une bonne connaissance des entités qui relèvent de leur compétence. Le Professeur Granier a pu relever en ce sens que « *la réglementation bancaire répond à cette préoccupation [de bonne connaissance] en imposant aux établissements de crédit de fournir de plus en plus de renseignements d'ordre matériels, humains et financiers au régulateur bancaire qui en tant qu'expert extérieur a une vision plus objective que les dirigeants* »⁸⁰⁷. En effet, s'assurer que ces experts de la résolution que

⁸⁰⁷ GRANIER T., « Le traitement des difficultés des établissements de crédit d'importance systémique », in *Les procédures collectives complexes*, CERATI-GAUTHIER A., PERRUCHOT-TRIBOULET V. (dir.), *Lextenso*, Joly éd., 2017, p. 13.

sont le CRU et l'ACPR disposent d'informations pertinentes et actualisées sur les établissements de crédit, est une priorité indispensable pour éviter les défaillances bancaires et préserver la stabilité financière. Par conséquent, le droit de la résolution des défaillances bancaires étend l'obligation d'information qui pèse sur les établissements de crédit et lui octroie de nouveaux attributs. Ces dits établissements sont ainsi tenus de collecter de nombreuses données, à destination des autorités de supervision et de résolution. La diversité des informations transmises par les établissements de crédit (I) et le caractère novateur de cette obligation renouvelée, induit la nécessité de préciser les contours de celle-ci (II).

I) La diversité des informations transmises par les établissements de crédit aux autorités de résolution

408. – Dans le cadre de la prévention et du traitement des défaillances bancaires, les établissements de crédit sont tenus de transmettre différentes informations aux autorités de résolution. Parmi ces informations, certaines doivent être transmises de manière régulière (A), tandis que d'autres doivent être communiquées par les établissements de crédit aux autorités de résolution seulement s'ils rencontrent des difficultés financières (B).

A) Des informations transmises de manière régulière

409. – **Informations nécessaires à l'élaboration des plans de résolution.** La principale manifestation de l'obligation d'information qui pèse sur les établissements de crédit apparaît dans le contexte de l'élaboration des plans de résolution⁸⁰⁸ par les autorités de résolution compétentes. En effet, afin de concevoir et de mettre à jour régulièrement ces plans, lesdites autorités nécessitent différentes données relatives aux établissements, notamment à leur structure, leur organisation juridique et financière, ainsi qu'à leurs activités. À cette fin, la directive 2014/59/UE, notamment son annexe B, définit l'ensemble des informations qui doivent être transmises par les établissements de crédit aux autorités de résolution. L'Autorité bancaire européenne (ci-après ABE) a également

⁸⁰⁸ Voy. à propos notamment : GIACCOBI P., PINEAU F., « Deux bons plans pour une bonne résolution », *Rev. Banq.*, n° 832, mai 2019, p. 85 ; FORTÉSA M.-H., KUBRUSHKO A., « Plans de redressement et de résolution : une nouvelle donne dans la gestion des crises bancaires », *Banq. & stratégie*, n° 308, nov. 2012, p. 6 ; DE VAUPLANE H., « Gestion des crises financières et plans de résolution : la réponse européenne », *Rev. Banq.*, n° 730-731, déc. 2010, p. 122. Les plans de résolution doivent rappeler le être distingués des plans préventifs de rétablissement.

été habilitée à préciser les modalités de cette obligation d'information, par le biais d'orientations⁸⁰⁹, ainsi que par la fourniture de modèles prédéfinis.

Dans ce contexte, les établissements de crédit sont tenus de transmettre un nombre important d'informations aux autorités de résolution. L'annexe B de la directive susmentionnée énumère ainsi vingt-et-un types d'informations que les établissements de crédit peuvent être contraints de transmettre auxdites autorités dans le cadre de l'élaboration et de l'actualisation des plans de résolution. Certaines de ces informations sont liées à la structure juridique de l'établissement. Il est par exemple demandé à ce titre de fournir la description détaillée de la structure organisationnelle de l'établissement, d'identifier les détenteurs directs de la personne morale ou encore de préciser les principaux dirigeants de celle-ci⁸¹⁰. D'autres informations sont davantage tournées vers l'activité de l'établissement. Ainsi, ils peuvent être tenus de mettre en exergue leurs opérations critiques et leurs activités fondamentales⁸¹¹. D'autres informations relèvent davantage de la situation financière de l'établissement. Il en est ainsi notamment de la description détaillée des engagements de celui-ci, de la description de ses expositions hors-bilan ou encore de la description des éventuelles sources de liquidité mobilisables⁸¹².

Le Règlement d'exécution (UE) 2018/1624 du 23 octobre 2018⁸¹³ participe à la bonne mise en œuvre de cette obligation d'information par les établissements de crédit. À cette fin, il définit des normes techniques d'exécution concernant les procédures, les formulaires types et les modèles à utiliser pour la fourniture d'informations nécessaires à l'élaboration des plans de résolution pour les établissements de crédit.

410. – Informations relatives à un éventuel accord de soutien financier intragroupe.

D'autres informations peuvent devoir être transmises par les établissements de crédit aux autorités de résolution. En ce sens, les établissements de crédit sont dans l'obligation d'avertir lesdites autorités s'ils venaient à réaliser un accord de soutien financier intragroupe. En effet, en vue de prévenir la défaillance d'un établissement de crédit appartenant à un groupe bancaire, ces derniers

⁸⁰⁹ ABE, « Orientations sur les modalités de fourniture d'informations sous une résumée ou agrégée aux fins de l'application de l'article 84, paragraphe 3, de la directive 2014/59/UE », juill. 2016, EBA/GL/2016/03.

⁸¹⁰ Directive 2014/59/UE, annexe B, 1^o, 2^o, 3^o.

⁸¹¹ Directive 2014/59/UE, annexe B, 4^o.

⁸¹² Directive 2014/59/UE, annexe B, 5^o, 8^o, 20^o.

⁸¹³ Règlement d'exécution (UE) 2018/1624 de la Commission du 23 octobre 2018 définissant des normes techniques d'exécution concernant les procédures, les formulaires types et les modèles à utiliser pour la fourniture d'informations aux fins de l'établissement de plans de résolution pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, conformément à la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant le règlement d'exécution (UE) 2016/1066 de la Commission.

peuvent mettre en place un accord de soutien financier intragroupe⁸¹⁴. Aux termes de celui-ci, « *une entité du groupe s'engage à fournir un soutien financier à une autre entité du groupe* »⁸¹⁵. La constitution d'un tel accord doit nécessairement être approuvée par les actionnaires des différentes entités. Elle doit ensuite être notifiée à l'autorité de résolution compétente. Les entités ayant conclu un tel accord doivent ainsi impérativement transmettre cette information à l'autorité de résolution dont elles relèvent, ainsi que fournir une description générale dudit accord, ainsi que des différentes entités du groupe qui participent à cet accord⁸¹⁶.

411. – Importance de ces informations. Le Conseil de résolution unique a pu rappeler que « *la qualité et l'exhaustivité des données fournies conditionnent l'efficacité du travail des autorités de résolution et donc des dispositifs de traitement pouvant éventuellement être mis en œuvre* »⁸¹⁷. Il précise en outre qu'« *il est fondamental que les établissements attachent une attention très particulière à cette mission de reporting et s'assurent de disposer des outils, notamment informatiques, adaptés à l'exercice rigoureux de cette mission, leur permettant d'obtenir des résultats fiables* »⁸¹⁸. En effet, cette tâche de transmission d'informations est fondamentale pour permettre une prévention ou une gestion efficace des défaillances bancaires. Les établissements de crédit disposent d'une connaissance privilégiée⁸¹⁹ de leur structure juridique et financière, des leurs activités, ainsi que des éventuelles difficultés qu'ils pourraient rencontrer. En ce sens, ce travail de collaboration entre les autorités de résolution et les établissements de crédit ne peut conduire qu'à rendre les dispositifs de résolution plus personnalisés et donc plus efficaces.

B) Des informations transmises en présence de difficultés financières

412. – Dès lors qu'un établissement de crédit nécessite la mise en œuvre de mesures d'intervention précoces, il doit impérativement fournir aux autorités de résolution les informations nécessaires en vue d'actualiser son plan de résolution et de préparer sa résolution éventuelle si sa situation financière venait à s'aggraver. Ces informations vont également permettre à l'autorité de résolution de procéder à l'évaluation de l'actif et du passif⁸²⁰ de l'établissement, afin d'avoir une vision juste et

⁸¹⁴ Cf. Directive 2014/59/UE, Chapitre III relatif au soutien financier intragroupe. Voy. à propos également : SUSSET E., « Le soutien financier intragroupe au service de la prévention des crises bancaires », in *Mél. AEDBF-France VII*, 2018, p. 203-214.

⁸¹⁵ Directive 2014/59/UE, art. 19, 6°.

⁸¹⁶ Directive 2014/59/UE, art. 26, 1°.

⁸¹⁷ CRU, « Overview of SRB Resolution Reporting Requirements for 2022 », accessible sur le site internet du CRU à l'adresse suivant : <https://www.srb.europa.eu/en/content/2022-resolution-reporting>.

⁸¹⁸ CRU, « Overview of SRB Resolution Reporting Requirements for 2022 », accessible sur le site internet du CRU à l'adresse suivant : <https://www.srb.europa.eu/en/content/2022-resolution-reporting>.

⁸¹⁹ Directive 2014/59/UE, cons. 26.

⁸²⁰ Directive 2014/59/UE, art. 27, 1°, h).

actualisée de la situation rencontrée. Dans ce contexte, ladite autorité peut être habilitée à procéder à des inspections sur place⁸²¹, afin de recueillir les informations nécessaires pour assurer la bonne mise en œuvre des mesures de rétablissement.

Si l'établissement fait l'objet d'un état de défaillance et nécessite alors la mise en œuvre d'instruments de résolution, il sera également tenu de transmettre différentes informations à l'autorité de résolution. En ce sens, il convient de préciser que tout établissement de crédit soumis au droit de la résolution des défaillances bancaires, doit informer au plus vite l'autorité compétente des difficultés qu'il rencontre. La directive 2014/59/UE exige par conséquent que l'organe de direction d'un établissement de crédit informe sans délai l'autorité compétente, dès lors qu'il constate la défaillance avérée ou prévisible de son établissement⁸²².

II) La collecte d'informations supplémentaires par l'autorité de résolution

413. – Dans certains cas particuliers, lorsque les informations transmises par les établissements de crédit sont insuffisantes et doivent être complétées ou actualisées, l'autorité de résolution peut procéder à la collecte des informations dont elle doit impérativement disposer afin d'assurer la prévention et le traitement des défaillances bancaires. À cette fin, le droit de la résolution des défaillances bancaires a confié au Conseil de résolution unique d'importants pouvoirs, lui permettant d'accéder aux informations qu'il nécessite. Par conséquent, le CRU s'est vu doté d'un véritable pouvoir d'enquête (A), ainsi que de la possibilité de procéder à des inspections sur place, dans les locaux des établissements de crédit qui relèvent de sa compétence (B). Pour exercer les prérogatives dont il dispose dans ce contexte, le CRU peut passer par le biais des autorités de résolution nationales. En ce qui concerne l'autorité de résolution française, l'ACPR dispose de pouvoirs similaires à ceux du CRU, ce qui lui permet également de collecter les informations qu'elle juge nécessaire auprès des établissements de crédit moins importants, ne relevant pas de la compétence du CRU.

A) La collecte d'informations dans le cadre d'enquêtes

414. – **Pouvoir d'enquête des autorités de résolution.** Les autorités de résolution disposent également de la faculté d'enjoindre les établissements de crédit à leur fournir certaines informations de manière exceptionnelle. En ce sens, l'article 34 du règlement n° 806/2014 dispose que « *le CRU*

⁸²¹ Directive 2014/59/UE, art. 27, 1°, h).

⁸²² Directive 2014/59/UE, art. 81, 1°.

peut, soit par l'intermédiaires des autorités nationales, soit directement, après les en avoir informées, en faisant plein usage de toutes les informations dont disposent la BCE ou les autorités compétentes nationales, exiger des [établissements de crédit qu'ils] fournissent toutes les informations nécessaires à l'accomplissements des missions que lui confère le présent règlement ». Ainsi, les autorités de résolution peuvent de manière ponctuelle, et sans que cela soit prévu *ex ante*, augmenter le champ de l'obligation d'information qui pèse sur les établissements de crédit. En outre, si nécessaire, les autorités de résolution disposent d'un pouvoir d'enquête qui leur permet de pouvoir saisir directement les informations qui leurs sont nécessaires. Dans ce contexte, le CRU peut directement ou par le biais des autorités nationales de résolution, exiger la production de documents⁸²³, examiner les livres et les enregistrements de l'établissement, ainsi que réaliser des copies de ceux-ci ou en prélever des extraits⁸²⁴. Le CRU peut également recevoir des explications écrites ou orales, de la part d'un établissement ou de ses représentants⁸²⁵, ou encore procéder à l'interrogation de toute personne physique ou morale qui pourrait volontairement fournir des informations utiles dans le cadre de la prévention et du traitement des défaillances bancaires⁸²⁶.

B) La collecte d'informations dans le cadre d'inspections

415. – Inspections sur place. En outre, lorsque cela est nécessaire, le CRU peut être amené à procéder à des inspections sur place dans les locaux des établissements de crédit, afin de collecter directement les informations recherchées. Dans ce contexte, le CRU doit impérativement rendre une décision en ce sens, avant de procéder à ladite inspection. Le CRU est également tenu d'informer les autorités nationales compétentes de cette inspection. Autorité communautaire et autorité nationale sont ainsi tenues coopérer lors de la réalisation de cette exercice⁸²⁷. L'autorité nationale de résolution peut d'ailleurs être amenée à fournir son assistance lors de l'inspection. Cependant, il n'est pas obligatoire de notifier la survenance de ladite inspection à l'établissement concerné, si la discrétion est nécessitée afin de garantir l'efficacité de celle-ci⁸²⁸. Précisons également que cette inspection peut nécessiter une décision de juge judiciaire national. En effet, le droit de la résolution des défaillances bancaires prévoit que si le droit national impose qu'une telle inspection doit être subordonnée à une décision judiciaire, celle-ci devra être sollicitée. Ainsi, le juge peut ici avoir à intervenir en matière de résolution des défaillances bancaires. Dans ce contexte, il devra

⁸²³ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 35, 1°, a).

⁸²⁴ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 35, 1°, b).

⁸²⁵ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 35, 1°, c).

⁸²⁶ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 35, 1°, d).

⁸²⁷ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 36.

⁸²⁸ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 36.

vérifier que les « *mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires, ni excessives* »⁸²⁹, avant de rendre sa décision. Ainsi, force est de constater que le juge joue une fois de plus un rôle *ex post* important, en encadrant les pouvoirs des autorités de résolution. Toutefois, le législateur qui semble toujours vouloir limiter l'intervention du juge en la matière, a précisé que « *l'autorité judiciaire nationale ne met pas en cause la nécessité de l'inspection ni n'exige la communication des informations figurant dans le dossier du CRU. Le contrôle de la légalité de la décision du CRU est réservé à la Cour de justice* »⁸³⁰. Le juge national chargé de produire la décision judiciaire permettant de réaliser l'inspection du CRU, n'est donc pas habilité à juger l'opportunité d'une telle inspection. Il lui est seulement possible d'interroger le CRU sur les motifs de la demande.

SECTION II :

LES ENJEUX SOULEVÉS PAR LES OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LE DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

416. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires se compose d'une structure hybride qui combine des actes de droit dur et des actes droit souple⁸³¹. Issues tantôt du législateur, tantôt d'autorités administratives, les dispositions qui gouvernent ce droit prennent des formes diverses. Or, si cette hybridation des sources doit conduire à davantage de flexibilité et donc d'efficacité dans la mise en œuvre des dispositifs de résolution des défaillances bancaires, elle vient également complexifier le corpus juridique à la disposition des établissements de crédit et des juridictions qui pourraient être saisies dans ce contexte. Il faut également relever que la multiplicité des actes qui gouvernent le droit de la résolution des défaillances bancaires participe à l'inflation normative déjà constatée dans le domaine bancaire. Or, cette inflation normative peut être source d'insécurité juridique.

La mise en œuvre des obligations imposées par le droit de la résolution des défaillances bancaires aux établissements de crédit est explicitée par de nombreux actes, si bien qu'il peut parfois sembler difficile de comprendre les attentes du législateur, et plus encore des autorités compétentes en la matière. Ce constat est accentué par la nature de ces actes qui relèvent tantôt du droit dur, tantôt du droit souple. Or, le droit souple étant en principe dépourvu de caractère contraignant, on

⁸²⁹ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 37, 2°.

⁸³⁰ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 37, 2°.

⁸³¹ Sur la notion de droit souple voy. entre autres : BOUVERESSE A., « La portée normative de la *soft law* », *Rev. UE*, 2015, p. 291 ; VERNIÈRES-GERRY S., *Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, *Economica*, 2012 ; THIBIERGE C., « Le droit souple », *RTD civ.*, 2003, p. 599. À propos de l'évolution des sources du droit bancaire et financier voy. notamment : BOUCARD F., « Le renouvellement des sources du droit bancaire », *RD banc. Fin.*, n°5, sept. 2013, dossier 43.

peut s'interroger sur l'effet impératif de certaines de ses prescriptions. Par conséquent, il peut sembler nécessaire de déterminer si l'ensemble des éléments composants les obligations précédemment identifiées, doit être mis en œuvre ou si certains de ces éléments sont supplétifs de volonté ? En outre, dans l'hypothèse où ces prescriptions revêtent un caractère impératif, on peut légitimement se demander dans quelle mesure leur non-respect pourrait être sanctionné. À l'aune de ces interrogations, il semble nécessaire de s'intéresser l'impérativité des dispositions gouvernant les obligations imposées par le droit de la résolution des défaillances bancaires aux établissements de crédit (§1), avant d'identifier les éventuelles sanctions applicables en cas d'inexécution de ces dernières (§2).

§1 : LES CONTROVERSES RELATIVES À L'ABSENCE DE CARACTÈRE IMPÉRATIF DES ACTES PRÉCISANT LA MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

417. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires est un droit qui gouverne des acteurs faisant l'objet de situations juridiques, financières, opérationnelles, mais aussi territoriales, diverses. Ainsi, il doit impérativement se présenter comme un droit adaptable et évolutif. Si des règlements et des directives ont permis de construire la structure de celui-ci, certains de ses aspects nécessitent quant à eux d'être régis avec davantage de souplesse. Par conséquent, la mise en œuvre des règles qu'il a édicté doit pouvoir diverger en fonction des spécificités de chaque établissement et de leur importance. Or, pour pouvoir disposer d'une telle flexibilité, le droit de la résolution des défaillances bancaires doit nécessairement employer des instruments de droit souple, afin de permettre à chaque établissement d'exécuter ses obligations tout en respectant ses contraintes intrinsèques. Pour cela, la directive 2014/59/UE et le règlement (UE) n° 806/2014 qui sont les piliers du droit de la résolution des défaillances bancaires, prévoient à différentes reprises que certains points relevant davantage de la pratique de ce droit, seront précisés par l'Autorité bancaire européenne. Cette autorité européenne de surveillance dispose ainsi d'un rôle prépondérant dans l'élaboration du droit de la résolution des défaillances bancaires (I). D'autres autorités contribuent également à expliciter certains aspects de ce droit *sui generis* (II), ainsi qu'à mettre en exergue la manière optimale de le mettre en œuvre. Il en est ainsi des autorités de résolution, qui en mettant en œuvre le droit de la résolution des défaillances bancaires, participent à son développement.

I) Le rôle prépondérant de l'ABE dans l'élaboration du droit de la résolution des défaillances bancaires

418. – L'Autorité bancaire européenne (ci-après ABE) est un organisme de l'Union dotée de la personnalité juridique qui a été établie en réponse aux différentes problématiques mises en relief lors des crises financières qui ont marqué ce début de XXI^{ème} siècle. Dans le cadre d'une importante réforme de la surveillance du secteur bancaire et financier⁸³², l'ABE a été instituée par le règlement (UE) n° 1093/2010 du 24 novembre 2010⁸³³. Son objectif principal est de « *protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité à court, moyen et long terme du système financier, pour l'économie de l'Union, ses citoyens et ses entreprises* »⁸³⁴. Ainsi, elle peut être définie comme un acteur qui agit au service de la stabilité financière (A). Bien que ces missions ne lui confèrent pas de pouvoir réglementaire, il semble pouvoir être constaté que l'ABE joue un toutefois un rôle important dans le développement du droit de la résolution des défaillances bancaires (B).

A) Le rôle prépondérant de l'ABE dans le développement du droit de la résolution des défaillances bancaires

419. – L'ABE est tenue de contribuer à ce que la réglementation du secteur bancaire soit suffisamment adaptée, cohérente et efficace. Elle doit ainsi participer à la création de « *normes et de pratiques communes* »⁸³⁵ au sein de l'Union européenne. À cette fin, elle peut être amenée à établir différents actes tels que des orientations, des recommandations ou encore des projets de normes techniques. Elle doit également permettre l'application du droit de l'Union en matière bancaire et financière, de manière harmonisée et en limitant ainsi les différences de pratique entre États, tout comme l'arbitrage réglementaire qui pourrait en découler.⁸³⁶

⁸³² Voy. à propos : BONNEAU T., « La réforme de la supervision financière européenne », *RLDA*, n° 56, janv. 2011, p. 31 ; GUILLOT J.-L., BÉRARD P.-Y., « La nouvelle architecture européenne », *Rev. Banq.*, n° 730-731, déc. 2010, p. 127 ; MULLER A.-C., « La réforme du système européen de surveillance financière : organisation et fonctionnement des autorités européennes de surveillance », *RD. Banc. Fin.*, n° 2, mars 2011, p. 17 ; VABRES R., « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », *RD. Banc. Fin.*, n° 2, mars 2011, p. 19 ; KOVAR J.-P., « Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ? », *RD. Banc. Fin.*, n° 4, juill. 2011, p. 71 ; MARTUCCI F., « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », *RD. Banc. Fin.*, n° 4, juill. 2011, p. 66.

⁸³³ Règlement (UE) 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.

⁸³⁴ Règlement (UE) n° 1093/2010, art. 1, 3°.

⁸³⁵ Règlement (UE) n° 1093/2010, art. 8, 1°, a).

⁸³⁶ Règlement (UE) n° 1093/2010, art. 8, 1°, b).

L'émergence d'un droit de la résolution des défaillances bancaires est venue modifier les prérogatives de l'ABE. En effet, celui-ci est venu accroître ses missions et élargir le champ de ses compétences⁸³⁷. En ce sens, l'ABE peut être amenée à se voir confier des missions d'arbitrage⁸³⁸ ou à conclure des accords-cadres de coopération avec les autorités de pays-tiers⁸³⁹. Néanmoins, sa mission principale semble rester ici celle qui lui a été confiée par le règlement n° 1093/2010 susmentionné, à savoir permettre l'application uniforme des dispositions régulant le secteur bancaire et financier. La directive 2014/59/UE⁸⁴⁰ précise que l'ABE doit permettre la « *convergence des pratiques des autorités nationales [dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires] au moyen d'orientations* »⁸⁴¹. Elle peut également être amenée à réaliser des normes techniques de réglementation ou d'exécution, qu'elle soumettra à la Commission européenne afin qu'elle puisse les adopter⁸⁴². En outre, l'ABE peut également réaliser volontairement des orientations ou des recommandations relatives à l'application du droit de la résolution des défaillances bancaires. À différentes reprises, les dispositions de la directive 2014/59/UE prévoient que l'ABE devra publier des orientations relatives à certains aspects précis du droit de la résolution des défaillances bancaires. C'est le cas par exemple en matière de plan de rétablissement, puisque l'article 5 qui y est relatif précise que « *l'ABE, en étroite coopération avec le Comité européen du risque systémique (CERS), émet, au plus tard le 3 juillet 2015, des orientations [...]* »⁸⁴³. Des prescriptions similaires peuvent être relevées tout au long de la directive, puisque certains dispositifs doivent être précisés, afin d'être appliqués avec uniformité au sein de l'Union bancaire. La directive 2014/59/UE peut également enjoindre l'ABE d'élaborer des projets de normes techniques d'exécution. Dans ce contexte, le texte impose alors un délai d'exécution. Ainsi, le législateur ne se contente pas d'offrir une faculté à l'ABE, mais lui impose de nouvelles actions.

B) Le pouvoir normatif de l'ABE

420. – L'émission de normes techniques. L'ABE a publié différentes orientations qui ont permis d'explicitier certaines notions, ainsi que la mise en œuvre de différents dispositifs conçus par le législateur en matière de résolution des défaillances bancaires. Certaines de ces orientations ont

⁸³⁷ Directive 2014/59/UE, cons. 20.

⁸³⁸ Directive 2014/59/UE, cons. X.

⁸³⁹ Directive 2014/59/UE, cons. 101.

⁸⁴⁰ Directive 2014/59/UE du 15 mai 2014.

⁸⁴¹ Directive 2014/59/UE, cons. 115.

⁸⁴² Sur l'élaboration des normes techniques par l'ABE et la soumission des projets à la Commission, voy. : VABRES R., « Autorité bancaire européenne. Statut, organisation et pouvoirs », *J.-Cl. Banq. Créd. Bourse*, Janv. 2015, actualisé le 28 févr. 2019, n° 36 et s. ; KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., *Droit de la régulation bancaire*, préf. NOYER C., Rev. Banq. Éd., 2012, p. 211 et s.

⁸⁴³ Directive 2014/59/UE, art. 5, 7°.

pu être présentées tout au long de notre étude, afin d'explicitier différents aspects de ce droit. Par ces orientations, l'ABE guide les comportements et doit permettre une application uniforme des dispositions légales gouvernant la prévention et le traitement des défaillances bancaires. Elle participe également à l'élaboration de normes techniques, de réglementation ou d'exécution, bien qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir réglementaire⁸⁴⁴. Si la distinction entre les normes techniques et les normes juridiques a déjà pu être opérée⁸⁴⁵, d'aucuns peuvent s'interroger quant à son effectivité⁸⁴⁶. En effet, par l'élaboration de ces normes, l'ABE se voit conférer un pouvoir normatif, dont l'étendue doit être précisée. De prime abord, ce pouvoir semble produire des effets limités, dans la mesure où ces actes relevant de la *soft law* semblent en principe dénués d'effet contraignant⁸⁴⁷, et ne peuvent donc produire des effets que si la Commission européenne les intègre dans le droit positif.

À côté de ces normes techniques, l'ABE est également habilitée à concevoir d'autres actes relevant du droit souple, tel que des orientations, des lignes directrices, des recommandations ou encore des documents dits « *Questions & Answers* ». Ici encore, ces outils sont destinés à assurer une mise en œuvre unifiée, cohérente et efficace du droit, plus particulièrement dans notre cas, des dispositifs de résolution des défaillances bancaires au sein de l'Union bancaire. Or, la question de la valeur juridique des actes établis par l'ABE en la matière doit ici être posée. De prime abord, ils ne peuvent, semble-t-il, pas bénéficier d'un caractère contraignant. Or, en pratique, certains éléments conduisent à défendre le postulat inverse.

421. – L'émission d'orientations. Le Professeur Bonneau a pu relever que le fait que des règlements européens disposent que des États, des autorités ou des organismes de l'Union selon le cas, sont sensés mettre tout en œuvre pour respecter les orientations de l'ABE et doivent indiquer dans un délai défini s'ils entendent s'y conformer ou non, en sachant que tout refus de s'y conformer pourra être rendu public et figurer dans les rapports annuels d'activité de ladite autorité, peuvent faire douter de son caractère non contraignant⁸⁴⁸. En ce sens, le règlement (UE) n° 806/2014⁸⁴⁹ qui régit le droit de la résolution des défaillances bancaires précise en effet que « *le*

⁸⁴⁴ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., Bruylant, 2020, p. 105.

⁸⁴⁵ CHARBONNEAU S., « Norme juridique et norme technique », *Arch. phil. Droit*, t. 28, 1983, p. 283. Voy. également à propos des normes techniques adoptées par les autorités européennes de surveillance : VABRES R., « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », *RD banc. Fin.*, n° 2, mars 2011, étude 14. *Adde.* VABRES R., « Autorité bancaire européenne. Statut, organisation et pouvoirs », *J.-Cl. Banq. Créd. Bourse*, Janv. 2015, actualisé le 28 févr. 2019, n° 36 et s.

⁸⁴⁶ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., Bruylant, 2020, p. 104.

⁸⁴⁷ VABRES R., « Le système européen de supervision : état des lieux et perspectives », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2010, étude 3.

⁸⁴⁸ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., Bruylant, 2020, p. 107.

⁸⁴⁹ Règlement (UE) n° 806/2014 du 15 juillet 2014.

CRU, le Conseil et la Commission sont soumis aux normes techniques de réglementation et d'exécution contraignantes élaborées par l'ABE adoptées par la Commission [...] ainsi qu'aux orientations et recommandations émises par l'ABE. Ils mettent tout en œuvre pour se conformer aux orientations et recommandations de l'ABE ayant trait aux tâches susceptibles d'être exécutées par ces organes. Lorsqu'ils ne se conforment pas, ou n'ont pas l'intention de se conformer, à ces orientations et recommandations, l'ABE en est informée [...] »⁸⁵⁰. Le Professeur Bonneau a en outre pu préciser que l'on peut également douter de la portée non contraignante des orientations en raison de la date d'entrée en vigueur qui est précisée avec celles-ci⁸⁵¹.

422. – L'émission de recommandations. L'ABE peut également être amenée à émettre des recommandations. En matière de résolution des défaillances bancaires, elle a notamment pu émettre des recommandations relatives à l'élaboration des plans de rétablissement⁸⁵², ainsi qu'à la couverture des entités au sein d'un plan de rétablissement de groupe⁸⁵³. Dans ces recommandations, l'ABE précise qu'elle agit en vertu de la tâche qui lui est assignée par le règlement (UE) n° 1093/2010⁸⁵⁴. Elle précise également qu'en vertu de ce règlement « *les autorités compétentes doivent mettre tout en œuvre pour respecter cette recommandation* »⁸⁵⁵ et doivent rendre compte de leur volonté de s'y conformer ou non. Ainsi, au même titre que pour les orientations de l'EBA, leur caractère non-contraignant semble pouvoir être remis en cause. Le professeur Vabres a pu s'intéresser à la valeur juridique des recommandations d'une autre autorité européenne de surveillance, l'Autorité européenne des marchés financiers. Il a alors pu considérer à propos des recommandations émises par cette autorité, qu'elles bénéficient d'un caractère contraignant pour des raisons similaires à celles mises en relief par le professeur Bonneau en matière d'orientations⁸⁵⁶. Ce raisonnement doit vraisemblablement pouvoir être retranscrit aux recommandations de l'ABE. Ainsi, elles semblent également bénéficier d'un caractère contraignant.

423. – L'émission de documents « Questions & Answers ». En ce qui concerne les documents « *Questions & Answers* » qui sont établis par l'ABE, ils ne disposent eux non plus en principe pas d'effet contraignant⁸⁵⁷. Seulement, en apportant des informations nécessaires à la bonne application du droit, on peut douter qu'ils ne doivent pas impérativement être appliqués en pratique. Le

⁸⁵⁰ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 5, 2°.

⁸⁵¹ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., Bruylant, 2020, p. 107.

⁸⁵² EBA, « Recommendation on the development of recovery plans », february 2013, *EBA/REC/2013/02*.

⁸⁵³ EBA, « Recommendation on the coverage of entities in a group recovery plan », november 2017, *EBA/REC/2017/02*.

⁸⁵⁴ Plus précisément de son article 16, 3° et 25, 1°.

⁸⁵⁵ EBA, « Recommendation on the development of recovery plans », february 2013, *EBA/REC/2013/02*, p. 6.

⁸⁵⁶ VABRES R., « La portée des recommandations de l'Autorité européenne des marchés financiers », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 95-104.

⁸⁵⁷ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., Bruylant, 2020, p. 109.

Professeur Bonneau a pu énoncer en ce sens que « *les "Q&A" ont une portée non négligeable, pour ne pas dire obligatoire, et s'ajoutent au volume des textes qui est déjà impressionnant* »⁸⁵⁸.

424. – Une problématique portée devant le juge. Si les actes de droit souple émis par l'ABE semblent au vu de leurs caractéristiques bien disposer d'un caractère contraignant, la question de leurs effets juridiques a pu interpeller les juges. En effet, dans plusieurs litiges, la question s'est posée de savoir si un justiciable pouvait contester la légalité d'un acte de droit souple établi par l'ABE. La jurisprudence européenne a pu nous offrir différents éléments de réponse au cours de ces dernières années. En principe, il semble que les actes relevant du droit souple, n'ayant pas de caractère contraignant, ne peuvent pas faire l'objet de recours. Pourtant, constatant que ce postulat n'est pas toujours exact en substance dans la mesure où certains de ces actes ont des effets juridiques, le caractère justiciable de ces actes a pu être appréhendé différemment.

425. – Recours devant la CJUE. L'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) dispose que « *la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers* ». Ainsi, pour pouvoir contester la légalité d'un acte devant la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE), deux critères doivent être remplis : le premier est relatif à l'auteur de l'acte et le second est relatif à la nature de l'acte⁸⁵⁹. L'ABE étant définie comme un organisme de l'Union, la première condition doit être considérée comme remplie. Cependant, la deuxième condition semble poser davantage de difficulté et en fonction des actes réalisés, il semble que leur justiciabilité puisse varier. En effet, l'article précité du TFUE précise que les recommandations et les avis ne peuvent en principe pas faire l'objet de recours. Cependant, la jurisprudence a pu venir assouplir cette règle. En effet, dans un arrêt du 20 février 2018, la CJUE a pu considérer à titre exceptionnel, que « *l'impossibilité de former un recours en annulation contre une recommandation ne vaut pas si l'acte attaqué, par son contenu, ne constitue pas une véritable recommandation* »⁸⁶⁰. Les juges ont pu considérer en ce sens que dès lors qu'un acte de droit souple établit une nouvelle règle dans l'ordre juridique, alors qu'« *une telle exigence n'apparaissait dans aucune*

⁸⁵⁸ BONNEAU T., « Les "Questions & Answers" », *Bull. Joly Bourse*, n° 9, sept. 2014, p. 389.

⁸⁵⁹ Voy. en ce sens : SPELTDOORN O., « Recours en annulation », *Rép. Droit européen*, janv. 2018, n° 9 et s.

⁸⁶⁰ CJUE, 20 févr. 2018, aff. C-16/16 P, *Royaume de Belgique c/ Commission européenne*.

norme juridique préexistante »⁸⁶¹, il peut exceptionnellement faire l'objet d'un recours, dès lors qu'il est perçu comme obligatoire⁸⁶². Si un acte de droit souple remplit les conditions précitées, il pourra donc être contesté. Cependant, les recours devront impérativement être introduits devant les juridictions européennes. En effet, le juge national n'est pas habilité à apprécier la validité des actes établis par des institutions communautaires⁸⁶³. Les justiciables pourront par conséquent contester la validité d'actes de droit souple, dans les conditions susmentionnées, au moyen d'un recours en annulation ou d'un recours préjudiciel. Si les textes ont pu aborder les recommandations et avis des organismes de l'Union, ils ne se sont pas prononcés sur le cas des orientations. Ainsi, la jurisprudence a pu préciser cette question.

426. – Le cas des orientations de l'ABE sur la gouvernance des produits bancaires de détail. En mars 2016, l'ABE a publié des orientations relatives aux modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail⁸⁶⁴. L'ACPR, qui était alors destinataire de ces orientations, a annoncé sa volonté de se conformer auxdites orientations en émettant un avis en ce sens. Or, la Fédération bancaire française (ci-après FBF) a formé un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'avis rendu par l'ACPR. La FBF invoquait ainsi par voie d'exception l'illégalité des orientations de l'ABE, sur lesquelles l'avis de l'ACPR portait. Le Conseil d'État qui avait été saisi de ce litige⁸⁶⁵, s'est tourné vers la Cour de justice de l'Union européenne afin de préciser certains éléments. Ainsi, le Conseil d'État a pu questionner la Cour sur la possibilité d'exercer un recours en annulation à l'égard d'orientations de l'ABE, ou dans le cas contraire, de la possibilité d'exercer un renvoi préjudiciel. Le Conseil d'État questionna également la Cour sur l'habilitation de l'ABE à émettre de telles orientations, se demandant si elle n'a pas dans l'édification de son contenu, excédé ses pouvoirs. Enfin, le Conseil d'État interrogea la Cour sur la recevabilité d'une contestation des orientations de l'ABE par une fédération professionnelle⁸⁶⁶.

⁸⁶¹ Trib. UE, 4 mars 2015, aff. T-496/11, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Banque centrale européenne* ; *RD. Banc. Fin.*, n° 3, mai 2015, comm. 109, note BONNEAU T. ; *Rev. Banq.*, n° 785, juin 2015, p. 91, obs. KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J. ; *Banq. & droit*, n° 161, p. 65, obs. MOREL-MAROGER J. ; *D.*, 2015, p. 2145, obs. SYNVE H.

⁸⁶² BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., Bruylant, 2020, p. 117.

⁸⁶³ CJUE, 22 oct. 1987, aff. 314-85, *Foto-Frost c/ Hanstzollamt Lübeck-Ost*.

⁸⁶⁴ EBA, « Orientations relatives aux modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail », mars 2016, ABE/GL/2015/18.

⁸⁶⁵ CE, 9 et 10^{ème} ch. Réunies, 4 déc. 2019, n° 415550 : *Rev. Banq.*, n° 841, janv. 2020, p. 83, note KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J. ; *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2020, comm. 13, note GOURIO A., GILLOUARD M. ; *Bull. Joly Bourse*, n° 1, janv. 2020, p. 19, note BONNEAU T. ; *Gaz. Pal.*, n° 44, déc. 2019, p. 44, obs. GRAVELEAU P.

⁸⁶⁶ GOURIO A., GILLOUARD M., *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2020, comm. 13, note ss. CE, 9 et 10^{ème} ch. Réunies, 4 déc. 2019, n° 415550.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur ces questions dans une décision rendue le 15 juillet 2021⁸⁶⁷. Elle a alors considéré d'une part, que le juge européen est habilité lorsqu'il est saisi par le biais d'un renvoi préjudiciel, à statuer sur la validité d'une orientation émise par l'ABE. Elle a également reconnu la capacité d'une fédération professionnelle, en l'espèce la fédération bancaire française, à venir contester, par voie d'exception, la validité de telles orientations. Enfin sur le fond, la Cour a considéré que l'ABE n'avait pas outre-passé ses droits dans en élaborant les orientations litigieuses. Elle a ainsi reconnu la validité desdites orientations⁸⁶⁸.

427. – Le cas des orientations de l'ABE sur l'octroi et le suivi des prêts. Dans la même lignée, le Conseil d'État a pu se prononcer très récemment⁸⁶⁹ sur des demandes d'annulation de la notice de conformité de l'ACPR à des orientations de l'ABE publiées en mai 2020, relatives à l'octroi et au suivi des prêts⁸⁷⁰. En édictant le contenu de ces orientations, ladite autorité semblait en effet s'être octroyée un important pouvoir normatif, en régissant « *tous les aspects des procédures d'octroi et de suivi du risque de crédit, tant au plan prudentiel qu'au niveau de la protection des consommateurs* »⁸⁷¹. Les dispositions établies par l'ABE dans ces orientations avaient alors vocation à s'appliquer à l'ensemble des crédits, sans délimitation particulière, de manière uniforme et non proportionnée. Ces orientations, qui créaient de nouvelles obligations juridiques, devaient en outre être appliquées dans un court délai. Ainsi, d'aucuns ont constaté la mise en œuvre d'un pouvoir normatif par l'ABE dans ce contexte⁸⁷². Dans le même sens, la Fédération bancaire française, le Crédit agricole SA et l'Association française des sociétés financières ont saisi le Conseil d'État en demandant l'annulation de la notice de conformité de l'ACPR, et souhaitait soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne huit questions préjudicielles. Le Conseil d'État a d'abord considéré que l'ACPR n'avait pas outrepassé ses pouvoirs en publiant ladite notice⁸⁷³, avant de s'intéresser aux questions préjudicielles et plus

⁸⁶⁷ CJUE, gde ch., 15 juill. 2021, aff. C-911/19 ; *RD banc. Fin.*, n° 5, sept. 2021, comm. 141, note GOURIO A., GILLOUARD M. ; *Rev. Banq.*, n° 861, oct. 2021, p. 74, note KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J. ; *LEDB*, n° 9, oct. 2021, p. 7, note LASSERRE CAPDEVILLE J. ; *Bull. Joly bourse*, n° 2, mars 2022, p. 16, note VABRES R. Sur les conclusions de l'Avocat général, voy. : Concl. av. gén. Présentées le 15 avr. 2021 dans l'affaire Fédération bancaire française c/ ACPR : *RD banc. Fin.*, n° 3, mai 2021, comm. 80, note GOURIO A., GILLOUARD M.

⁸⁶⁸ Le Conseil d'État, suivant cette interprétation, a donc rejeté le recours intenté par la fédération bancaire française contre l'avis de l'ACPR qui précisait se conformer à l'orientation de l'ABE. *Cf.* CE, 9^{ème} ch., 21 déc. 2021, n° 415550 : *Bull. Joly ass.*, n° 79, janv. 2022, comm. 12, DO CARMO SILVA J.-M. ; *Rev. Banq.*, n° 866, févr. 2022, p. 76, note KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J. ; *LEDB*, n° 3, mars 2022, p. 7, note MATHEY N.

⁸⁶⁹ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 22 juill. 2022, n° 449898.

⁸⁷⁰ ABE, « Orientations sur l'octroi et le suivi des prêts », mai 2020, EBA/GL/2020/06.

⁸⁷¹ GILLOUARD M., GOURIO A., « Les orientations de l'ABE sur l'octroi et le suivi des prêts : un pas de plus vers un déplacement du pouvoir législatif vers les autorités de supervision européennes », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2020, comm. 145.

⁸⁷² *Idem.*

⁸⁷³ Il était en l'espèce reproché à l'ACPR d'avoir précisé dans sa notice qu'elle attendait que les sociétés de financements mettent en œuvre les orientations litigieuses. Or, les requérants considéraient que les sociétés de financement ne devaient pas être incluses dans le champ d'application de ces orientations, car elles ne correspondaient pas aux établissements tels que définis à l'article 4, paragraphe 1, point 3 du règlement (UE) n° 575/2013, à qui s'adresse

particulièrement à la légalité des orientations litigieuses de l'ABE. En ce sens, le Conseil d'État a pu rappeler la solution précédemment évoquée de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt du 15 juillet 2021, en précisant que ladite Cour « *a dit pour droit que des orientations émises par l'ABE ne sauraient être considérées comme produisant, en tant que telles, des effets obligatoires à l'égard des établissements financiers et que le législateur de l'Union a entendu, en autorisant l'ABE à émettre des orientations, conférer à cette autorité un pouvoir d'incitation et de persuasion distinct du pouvoir d'adopter des actes dotés d'une force obligatoire* ». ⁸⁷⁴ Le Conseil d'État a également pu rappeler que « *les orientations en litige sont, en tant que telles, dépourvues de force obligatoire à l'égard des établissements financiers* » ⁸⁷⁵ et considéra par conséquent qu'il n'y avait pas « *lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle relative à l'interprétation du pouvoir conféré à l'ABE au titre du règlement (UE) n° 1093/2010* » ⁸⁷⁶. Cependant, si en l'espèce le Conseil d'État ne considère pas que l'ABE a outrepassé ses droits, il confirme la justiciabilité de ses orientations en se prononçant sur leur validité et évoque en outre le pouvoir d'incitation et de persuasion de l'ABE.

428. – Les pouvoirs substantiels de l'ABE. En venant affirmer la justiciabilité des orientations de l'ABE, la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil d'État ont mis en exergue l'étendue des pouvoirs de cette autorité, qui nécessitent ainsi d'être contrôlés. Cependant, les juges ont nuancé l'importance de son pouvoir normatif, en rappelant qu'elle ne dispose pas en tant que telle d'un pouvoir réglementaire. Malgré cela, ces affaires laissent présager le développement d'un contentieux majeur relatif aux orientations de l'ABE par la voie préjudicielle. En tout état de cause, il semble difficile de contester dans les faits la capacité de l'ABE à faire le droit. Elle semble ainsi être investie « *d'un pouvoir réglementaire qui ne dit pas son nom* » ⁸⁷⁷. En matière de résolution des défaillances bancaires, les différents documents qu'elle a pu établir sont ainsi mis en œuvre par les autorités de résolution, ainsi que par les établissements de crédit. Cela illustre a minima son pouvoir « *d'incitation et de persuasion* » ⁸⁷⁸. La présence de sanctions, qu'elles soient implicites ou explicites, pourra venir confirmer le caractère impérieux des actes établis par l'ABE et le constat d'une « *soft law contraignante* » ⁸⁷⁹ en matière de résolution des défaillances bancaires.

lesdites orientations. Or, le Conseil d'État a pu rappeler que bien que les sociétés de financement ne soient pas des établissements de crédit, elles devaient être définies comme des établissements financiers et par conséquent respecter les mêmes dispositions que celles applicables auxdits établissements. En ce sens, l'ACPR n'avait pas outrepassé ses pouvoirs en les incluant dans sa notice.

⁸⁷⁴ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 22 juill. 2022, n° 449898, n° 10.

⁸⁷⁵ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 22 juill. 2022, n° 449898, n° 12.

⁸⁷⁶ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 22 juill. 2022, n° 449898, n° 12.

⁸⁷⁷ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., Bruylant, 2020, p. 1.

⁸⁷⁸ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 22 juill. 2022, n° 449898, n° 10.

⁸⁷⁹ BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 5^{ème} éd., Bruylant, 2020, p. 15.

II) Le rôle secondaire des autorités de résolution dans l'élaboration du droit de la résolution des défaillances bancaires

429. – Les autorités de résolution disposent également de la faculté de publier différents documents à visée explicative (A), qui permettent d'explicitier la mise en œuvre du droit de la résolution des défaillances bancaires et de mettre en exergue les bonnes pratiques à adopter en la matière. La portée de ces documents relevant du droit souple doit être déterminée (B), car ceux-ci semblent en pratique produire des effets et contraindre les établissements de crédit, alors qu'ils sont en principe dénués d'effet contraignant.

A) L'élaboration de documents à visée explicative

430. – Si les autorités de résolution sont tenues de se conformer aux dispositions légales en vigueur, ainsi qu'aux orientations établies par l'ABE, elles semblent néanmoins disposer d'une certaine marge de manœuvre et contribuent elles aussi à l'élaboration du droit. En effet, le CRU comme l'ACPR, peuvent être amenés à préciser certains aspects du droit de la résolution des défaillances bancaires, ainsi qu'à mettre en exergue la façon de le mettre en œuvre de manière optimale. Dans ce contexte, les autorités de résolution peuvent elles aussi établir certains documents relevant du droit souple, dont l'impérativité peut interroger.

En ce qui concerne le CRU, le règlement (UE) n° 806/2014 qui définit ses pouvoirs, précise que ce conseil est habilité à émettre des orientations, des instructions générales⁸⁸⁰ et des recommandations⁸⁸¹, à l'attention des autorités nationales de résolution. Depuis sa mise en place, le CRU a ainsi régulièrement publié des orientations⁸⁸², des rapports ou encore des documents « *Questions & Answers* » en matière de résolution des défaillances bancaires. Ces documents peuvent être destinés d'une part aux autorités de résolution nationales, et d'autre part aux établissements de crédit.

⁸⁸⁰ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 31.

⁸⁸¹ Le règlement (UE) n° 806/2014 dit « SRMR » prévoit également à différentes reprises que le CRU peut émettre des recommandations aux autorités nationales sur certains aspects de la résolution des défaillances bancaires.

⁸⁸² Voy. par exemple : CRU, « Operational Guidance on Bail-in Playbooks 2022 », juin 2022 ; CRU, « Bail-in Data Set Instructions 2022 », juin 2022 ; CRU, « Operational Guidance for Operational Continuity in Resolution », nov. 2021 ; CRU, « Public guidance on liquidity and funding in resolution », avr. 2021 ; CRU, « Operational guidance for banks on separability for transfer », oct. 2021. L'ensemble de guides élaborés par le CRU sont accessibles sur son site internet à l'adresse suivant : <https://www.srb.europa.eu/en/content/operational-guidance>.

En ce qui concerne l'ACPR, elle s'est vue quant à elle conférer par le Code monétaire et financier différents pouvoirs, mais reste dépourvue en principe de pouvoir réglementaire⁸⁸³. Cette autorité dispose cependant de la faculté d'élaborer différents actes qui peuvent avoir vocation à expliciter la réglementation bancaire en vigueur⁸⁸⁴. L'ACPR peut ainsi mettre en œuvre différents instruments⁸⁸⁵ « afin de fournir aux personnes soumises à son contrôle et au public une information précise et structurée sur les orientations et analyses qu'elle utilise pour l'exercice de ses missions »⁸⁸⁶. Dans le cadre du droit de la résolution des défaillances bancaires, l'ACPR a pu exercer cette mission explicative, en émettant différents avis, documents de travail⁸⁸⁷ et rapports, qui ont permis de guider la pratique du droit de la résolution des défaillances bancaires.

B) La portée des documents publiés par les autorités de résolution

431. – Effets des actes de droit souple du CRU. Le CRU a publié différentes orientations relatives à la résolution des défaillances bancaires. Celles-ci sont principalement destinées aux établissements de crédit soumis à ce droit. Il a par exemple publié des orientations « à destination des banques pour l'implémentation de l'instrument de renflouement interne »⁸⁸⁸, des orientations « à destination des banques sur comment mettre en œuvre les attentes du CRU »⁸⁸⁹, ou encore des orientations relatives aux « éléments que les banques doivent prendre en compte pour l'opérationnalisation du renflouement interne »⁸⁹⁰. Ces intitulés illustrent la vocation de ces orientations, à savoir préciser la mise en œuvre du droit de la résolution des défaillances bancaires, en offrant aux établissements de crédit des informations supplémentaires, souvent d'ordre pratique, leur permettant de réaliser leurs obligations en toute conformité. Si ces orientations peuvent être définies comme des actes de droit souple, il peut cependant sembler difficile de douter de leur caractère impératif. Pourtant, le CRU précise dans ses orientations que celles-ci n'ont pas d'effet contraignant. Par exemple, dans ses orientations relatives au « *bail-in playbooks* »⁸⁹¹, le CRU précise en introduction que « cette obligation n'a pas pour but de créer des effets juridiquement contraignants et ne se substitue pas aux exigences légales établies par les réglementations

⁸⁸³ BONNEAU T., *Droit bancaire*, 14^{ème} éd., Précis Domar, LGDJ, 2021, p. 146.

⁸⁸⁴ Voy. en ce sens : ACP, « Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel », juill. 2011.

⁸⁸⁵ MARLY P.-G., « L'arsenal normatif de l'Autorité de contrôle prudentiel », *Bull. Joly bourse*, n° 10, oct. 2011, p. 528.

⁸⁸⁶ ACP, « Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel », juill. 2011, p. 1.

⁸⁸⁷ ACPR, « working paper on Resolution : What Kind of scenarios to enhance the credibility and the feasibility of resolution », juin 2020 ; ACPR, « working paper on Resolution : Cross border resolution issues for systemic institutions : what are the main remaining challenges, what possible path to address them ? », sept. 2020 ; « Working paper on Resolution : How to resolve a cooperative group ? The French case ».

⁸⁸⁸ CRU, « Operational Guidance on Bail-in Playbooks 2022, juin 2022 ; CRU, « Bail-in Data Set Instructions 2022 », juin 2022.

⁸⁸⁹ CRU, « Public guidance on liquidity and funding in resolution », avr. 2021.

⁸⁹⁰ CRU, « Reflecting bail-in in the books of international central securities depositories (ICSDs) », avr. 2021.

⁸⁹¹ CRU, « Operational Guidance on Bail-in Playbooks 2022, juin 2022

européennes et nationales applicables ». Il ajoute que cette publication « *ne doit pas être invoquée à des fins juridiques, n'établit aucune interprétation contraignante du droit européen et national, et ne peut servir ou se substituer à des conseils juridiques* ». Pourtant, il ne fait nul doute que les établissements de crédit vont être amenés à s'y conformer, dès lors que ces orientations décrivent le comportement à adopter pour répondre aux attentes du CRU. Il est par conséquent évident qu'en pratique, les établissements de crédit sont implicitement enjoins à se conformer à toutes indications des autorités de résolution, qu'elles disposent formellement d'un caractère obligatoire ou non. La recherche d'une bonne pratique du droit est accentuée par la recherche de limitation des risques, notamment réglementaires. En ce sens, force est de constater que tout document établi par le CRU à destination des établissements de crédit, comme des autorités nationales de résolution, sera pris en compte et mis en œuvre dans la pratique du droit de la résolution des défaillances bancaires. Dès lors, on peut considérer que le CRU dispose d'un pouvoir réglementaire implicite, qu'il met en pratique par le biais des actes de droit souple qu'il publie, à l'instar de ses orientations, mais également de ses rapports mettant en exergue les bonnes pratiques à adopter en la matière.

La conformité aux actes de droit souple émis par le CRU semble d'autant plus importante qu'en cas de litige relatif au droit de la résolution des défaillances bancaires, le juge sera tenu de fonder ses réflexions sur les appréciations réalisées par l'autorité de résolution. Par conséquent, celui sera nécessairement amené à fonder son appréciation sur l'interprétation du droit de la résolution des défaillances bancaires que le CRU a pu exprimer antérieurement dans les actes de droit souple qu'il a pu publier.

432. – Quid d'un contentieux relatif aux actes de droit souple du CRU ? À l'instar du contentieux relatif aux orientations de l'ABE, on pourrait s'interroger quant à la possibilité de contester des orientations ou autres actes de droit souple établis par le CRU. On retient du contentieux relatif aux actes de l'ABE que des recours peuvent être formés devant les juridictions européennes par la voie d'un recours en annulation, ou indirectement par la voie d'un renvoi préjudiciel. Concernant les recours en annulation, l'article 263 du TFUE dispose en substance que les recours ne peuvent porter que sur des actes qui auraient été adoptés par le Conseil, la Commission, la Banque centrale européenne, le Parlement européen et le conseil européen, ou par les organes ou organismes européens destinés à produire des effets à l'égard des tiers. La jurisprudence pourrait donc être amenée à l'avenir à se prononcer sur la recevabilité d'une contestation à l'égard d'un acte du CRU. La voie du renvoi préjudiciel pourrait également être employée pour contester la légalité des actes de droit souple du CRU en précisant ainsi les limites de ses pouvoirs.

434. – Valeur juridique des actes de droit souple de l'ACPR. L'ACPR peut également être amenée à publier certains actes relevant du droit souple, ayant vocation à expliciter la mise en œuvre de certaines réglementations ou à recommander certaines bonnes pratiques à adopter. En matière de résolution des défaillances bancaires, certains documents ont pu être publiés par l'ACPR à cette fin. Il en est ainsi des « *working paper on Resolution* »⁸⁹², ainsi que de certains avis⁸⁹³ ou lignes directrices⁸⁹⁴. Or, de manière similaire à d'autres autorités intervenant en matière bancaire et financière, certains ont pu s'interroger sur la portée de ces actes de droit souple publiés par l'ACPR. En effet, si cette autorité est en principe dénuée de pouvoir réglementaire⁸⁹⁵, plusieurs éléments peuvent conduire à remettre en cause ce principe. Le Professeur Bonneau avait ainsi pu s'interroger dès 2012, sur la qualité de législateur occulte de l'ancienne ACP⁸⁹⁶, qui avait mentionné dans une recommandation une date d'entrée en vigueur de ces dispositions⁸⁹⁷. Il constatait ainsi dans son étude, l'existence d'un pouvoir réglementaire substantiel et non formel, matérialisé par la publication d'actes de droit souple par ladite autorité. Ce pouvoir, qui conduit à considérer que ces actes de droit souple produisent des effets juridiques et apparaissent comme contraignants en pratique, a pu être confirmé par la naissance d'un contentieux des actes de droit souple de l'ACPR.

435. – Le Conseil d'État et le droit souple. Il y a peu de temps encore, les actes de droit souple, faisant l'objet d'une nature particulière, ne pouvaient être contestés devant les juridictions nationales. En effet, le Conseil d'État considérait que seules les décisions administratives faisant griefs étaient susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁸⁹⁸. Cependant, un changement de position a pu être opéré avec les arrêts du 21 mars 2016, *Fairvesta*⁸⁹⁹ et *Société NC*

⁸⁹² Voy. par exemple : ACPR, « Working paper on Resolution. How to resolve a cooperative group ? The French case », oct. 2021 ; ACPR, « Working paper on Resolution. Cross border resolution issues for systemic institutions : what are the main remaining challenges, what possible path to adress them ? », sept. 2020 ; ACPR, « Working paper on Resolution. What kind of scenarios to enhance the credibility and the feasibility of resolution strategies », juin 2020.

⁸⁹³ Les avis de l'ACPR visent à affirmer la conformité de ladite autorité aux orientations de l'ABE, ou à préciser leurs mises en œuvre. Ils sont disponibles sur le site internet de l'ACPR à l'adresse suivant : <https://acpr.banque-france.fr/page-tableau-filtre/avis?page=4>.

⁸⁹⁴ De manière générale, voy. à propos des actes de droit souple publiés par l'ACPR : MARLY P.-G., « L'arsenal normatif de l'Autorité de contrôle prudentiel », *Bull. Joly Bourse*, n° X, oct. 2011, 528.

⁸⁹⁵ BONNEAU T., *Droit bancaire*, 14^{ème} éd., Précis Domat, LGDJ, 2021, p. 146.

⁸⁹⁶ L'ACP étant rappelons-le, l'acronyme de l'Autorité de contrôle prudentiel, avant que celle-ci ne devienne l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

⁸⁹⁷ BONNEAU T., « L'ACP, un législateur occulte ? », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2013, repère 1.

⁸⁹⁸ CE, 27 sept. 1989, n° 74548, *SA Chopin*.

⁸⁹⁹ CE, Sect., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* : *Rev. Banq.*, n° 797, juin 2016, p. 87, obs. KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J. ; *AJDA*, 2016, 717, chron. DUTHEILLET DE LAMOTHE L., ODINET G. ; *D.*, 2016, 715, obs. DE MONTECLER M.-C. ; *Rev. Sociétés*, 2016, 608, note DEXANT-DE BAILLIENCOURT O. ; *RTD civ.*, 2016, 571, obs. DEUMIER P. ; *RTD com.*, 2016, 298, obs. RONTCHEVSKY N.

*Numéricable*⁹⁰⁰. Statuant sur un communiqué de l’Autorité des marchés financiers et sur une position de l’Autorité de la concurrence, le Conseil d’État a considéré que ces actes de droit souple pouvaient faire l’objet de recours pour excès de pouvoir. Il a ainsi déterminé que « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de positions adoptés par les autorités de régulation dans l’exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l’excès de pouvoir lorsqu’ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu’ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* »⁹⁰¹. Il ajouta également que « *ces actes peuvent également faire l’objet d’un recours, introduit par un requérant justifiant d’un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu’ils sont de nature à produire des effets notables, notamment économique, ou ont pour objet d’influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s’adressent ; [...] dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d’examiner les vices susceptibles d’affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d’appréciation dont dispose l’autorité de régulation* »⁹⁰².

436. – Naissance d’un contentieux des actes de droit souple de l’ACPR. Dans la lignée des arrêts *Fairvesta* et *Société NC Numéricable* susmentionnés, le Conseil d’État a également pu se prononcer par le biais de trois décisions, sur la légalité d’actes droit souple publiés par l’ACPR. Dans une première décision – arrêt *Fédération française des sociétés d’assurances*⁹⁰³ –, le Conseil d’État a admis la possibilité de contrôler la légalité d’une recommandation publiée par l’ACPR. Cependant, il a considéré en l’espèce que l’ACPR a simplement invité les destinataires de cette recommandation, les professionnels de l’assurance, à adopter des règles relevant de la bonne pratique de leur profession. En ce sens, le Conseil d’État a considéré que l’ACPR n’avait pas outrepassé ses pouvoirs, puisque l’article L. 612-29-1 du Code monétaire et financier lui octroie cette capacité en matière de commercialisation et de protection de la clientèle dans le secteur assurantiel⁹⁰⁴.

Dans une seconde décision – arrêt *Crédit Agricole SA*⁹⁰⁵ –, c’est la légalité d’une position de l’ACPR qui avait vocation à préciser l’interprétation de la notion de direction effective d’un établissement, qui a été contesté. Dans celle-ci, le Conseil d’État a considéré que la position de l’ACPR était susceptible de recours dès lors qu’elle était rédigée de manière générale et impérative.

⁹⁰⁰ CE, Sect., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté Numéricable* : *Rev. Banq.*, n° 797, juin 2016, p. 87, obs. KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J.

⁹⁰¹ Cité dans KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Reconnaissance d’un contrôle de légalité d’une recommandation et d’une position de l’ACPR », *Rev. Banq.*, n° 799, sept. 2016, p. 92.

⁹⁰² *Idem*.

⁹⁰³ CE, 20 juin 2016, n° 384297, *Fédération française des sociétés d’assurance*.

⁹⁰⁴ L’article L. 612-29-I, 2° du Code monétaire et financier, dispose en ce sens que : « *L’Autorité peut constater l’existence de bonnes pratiques professionnelles ou formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle* ».

⁹⁰⁵ CE, 30 juin 2016, n° 383822, *Crédit Agricole SA*.

Pour le Conseil d'État, « l'ACPR, qui n'est pas dotée d'un pouvoir réglementaire, peut, dans un souci de transparence et de prévisibilité sur des questions qu'elle estime importantes, indiquer aux personnes soumises à son contrôle la manière dont elle entend contrôler le respect par ces dernières des dispositions du code monétaire et financier »⁹⁰⁶.

Dans une troisième décision – arrêt *Caisse régionale de Crédit Agricole de la Réunion*⁹⁰⁷ – le Conseil d'État a considéré qu'une lettre du secrétaire générale de l'ACPR qui rappelait à cet établissement le principe établi par la position abordée dans l'arrêt précédent et demandant de communiquer ce que l'établissement comptait faire à ce propos, ne peut pas être considérée comme une décision faisant grief et pouvant alors faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

437. – Développement du contentieux. La question de la légalité des actes de droit souple émis par l'ACPR a également pu se poser concernant ses avis de mise en conformité aux orientations de l'ABE. Le Conseil d'État a été saisi à plusieurs reprises⁹⁰⁸ comme nous avons pu l'aborder précédemment, dans le cadre de recours en annulation à l'encontre d'avis et de notices de conformité aux orientations de l'ABE émis par l'ACPR. Si dans les cas qui lui ont été soumis, le Conseil d'État a considéré qu'en l'espèce, l'ACPR n'avait pas outrepassé ses pouvoirs, il a tout de même apprécié la validité de tels actes relevant incontestablement du droit souple. Ainsi, si ces décisions n'ont produit pas les effets escomptés par les demandeurs, elles ont néanmoins permis de mettre en exergue la possibilité d'exercer des recours à l'encontre des avis et notice de conformité de l'ACPR aux orientations de l'ABE, puisque celles-ci produisent *in fine* des effets juridiques à l'égard de leurs destinataires.

§2 : LES CONSÉQUENCES DU NON-RESPECT DES OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LE DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

438. – Un auteur relevait à propos du droit souple qu'il « masque la réalité puisque ce qui n'est pas obligatoire en droit l'est en fait »⁹⁰⁹. En effet, il ressort de la pratique du droit, et notamment du droit de la résolution des défaillances bancaires, que les destinataires des actes de droit souple publié par les autorités compétentes, sont implicitement, voire explicitement parfois, contraignants. Les établissements de crédit, soucieux de le limiter leur risques réglementaires, tendent percevoir ces

⁹⁰⁶ Cité dans KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Reconnaissance d'un contrôle de légalité d'une recommandation et d'une position de l'ACPR », *Rev. Banq.*, n° 799, sept. 2016, p. 94.

⁹⁰⁷ CE, 30 juin 2016, n° 385606, *Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel de la Réunion*.

⁹⁰⁸ CE, 9 et 10^{ème} ch. réunies, 4 déc. 2019, n° 415550 ; CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 22 juill. 2022, n° 449898.

⁹⁰⁹ DE TOCQUEVILLE J.-G., « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2012, dossier 4.

actes avec pragmatisme, en considérant toute « *position juridique exprimée par [ces autorités] comme ayant force contraignante* »⁹¹⁰. Ce risque réglementaire est craint notamment du fait des sanctions qui l'accompagne. En ce sens, il convient de s'intéresser aux aspects répressifs du droit de la résolution des défaillances bancaires (I), pour constater le caractère contraignant des obligations qui pèse à ce titre sur les établissements de crédit. Si le CRU est ainsi doté d'un important pouvoir de sanction, celui-ci pourra être mis en œuvre par les autorités nationales compétentes (II) pour assurer toute son effectivité.

I) Les aspects répressifs du droit de la résolution des défaillances bancaires

439. – Le règlement (UE) n° 806/2014 qui encadre les pouvoirs du CRU attribue audit Conseil un pouvoir de sanction. Ainsi, le droit de la résolution des défaillances bancaires a fait naître plusieurs infractions, liées au non-respect des obligations qui pèsent sur les établissements de crédit. Si l'une de ces infractions est commise par un établissement de crédit, de manière intentionnelle ou non, le CRU sera habilité à prononcer des sanctions à l'égard desdites établissements (B), dès lors qu'ils relèvent de sa compétence (A).

A) Les infractions au droit de la résolution des défaillances bancaires

440. – Le règlement (UE) n° 806/2014 et la directive 2014/59/UE, déterminent différentes infractions qui peuvent être sanctionnées par le Conseil de résolution unique dès lors qu'elles sont commises, intentionnellement ou par négligence, par un établissement de crédit qui relève de sa compétence. L'article 110 de ladite directive dispose ainsi en substance, que constitue une infraction pouvant faire l'objet de sanctions, le fait de manquer à l'obligation de planification, soit d'élaborer, de mettre à jour et d'actualiser son plan de rétablissement. Constituent également des infractions le fait pour un établissement de crédit de ne pas notifier aux autorités compétentes l'intention de prévoir un soutien financier intragroupe, ainsi que le fait de ne pas fournir aux autorités de résolution les informations nécessaires pour constituer son plan de résolution. Enfin, le fait de ne pas notifier à l'autorité de résolution sa défaillance avérée ou prévisible constitue également une infraction. Les États membres restent libres de déterminer d'autres infractions au droit de la résolution des défaillances bancaires. Et plus largement, il semble de manière générale que le non-

⁹¹⁰ DE TOCQUEVILLE J.-G., « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2012, dossier 4.

respect des dispositions nationales de transposition de la directive susmentionnée pourra le cas échéant faire l'objet de sanction.

En outre, lorsqu'un établissement de crédit ne fournit pas les informations qui lui ont été demandées par le CRU dans le cadre de son pouvoir d'enquête, il pourra également faire l'objet d'une sanction. Il en est de même si un établissement de crédit relevant de la compétence du CRU ne se soumet pas à une enquête générale ou à une inspection sur place réalisée par ce dernier. De plus, si l'établissement ne se conforme pas à une décision que lui a été adressée le CRU, il pourra se voir une fois de plus sanctionné.

445. – Circonstances aggravantes et atténuantes. Les infractions commises par les établissements de crédit pourront dans certains cas faire l'objet de sanctions plus importantes, si elles sont aggravées par certaines circonstances. Ainsi, si l'infraction a été commise intentionnellement⁹¹¹ ou de manière répétée⁹¹², des circonstances aggravantes pourront être constatées et conduire à l'accroissement de la sanction applicable. Ces circonstances aggravantes pourront également être retenues si la situation caractérisant l'infraction a perduré durant une durée supérieure à trois mois⁹¹³. En outre, des circonstances aggravantes pourront être établies si l'infraction constatée a conduit à mettre en évidence des dysfonctionnements dans l'organisation de l'établissement, notamment au niveau de ses procédures, de ses systèmes de gestion ou encore de ses dispositifs de contrôle interne⁹¹⁴. Ainsi, si l'établissement n'avait pas mis en place les moyens nécessaires pour se conformer aux exigences du droit de la résolution des défaillances bancaires, il pourra voir sa sanction aggravée. Enfin, si la direction de l'établissement n'a pas coopéré avec le CRU dans le cadre d'une enquête⁹¹⁵, ou si aucune mesure n'a pas été adoptée depuis la commission de l'infraction⁹¹⁶ pour se conformer au droit de la résolution des défaillances bancaires, cela pourra également constituer une circonstance aggravante pouvant conduire à l'accroissement de la sanction applicable.

À l'inverse, certaines circonstances atténuantes pourront également permettre d'alléger la sanction applicable aux infractions susmentionnées. En ce sens, si l'infraction constatée n'a pas eu une durée supérieure à dix jours ouvrables⁹¹⁷, cela pourrait induire l'allègement de la sanction applicable par le CRU. En outre, si la direction de l'établissement a pris les mesures nécessaires

⁹¹¹ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 5°, a).

⁹¹² Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 5°, b).

⁹¹³ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 5°, c).

⁹¹⁴ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 5°, d).

⁹¹⁵ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 5°, f).

⁹¹⁶ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 5°, e).

⁹¹⁷ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 6°, a).

pour éviter l'infraction et qu'elle est en mesure de le démontrer⁹¹⁸, ou si elle a informé le CRU de manière rapide, efficace et complète de l'infraction⁹¹⁹ ou encore, si l'établissement a mis en place volontairement des mesures permettant qu'une telle situation ne se reproduise plus à l'avenir⁹²⁰, des circonstances atténuantes pourront être caractérisées. Dans ces situations particulières, les établissements de crédit pourront voir la sanction prononcée à leur égard par le CRU allégée.

B) L'arsenal répressif du Conseil de résolution unique

446. – Astreintes. Afin que les établissements de crédit se conforment à nouveau à leurs obligations et cessent rapidement d'être en infraction, le CRU dispose d'un pouvoir d'astreinte. À ce titre, ledit Conseil peut adopter des décisions enjoignant les établissements à se soumettre à une enquête⁹²¹, à transmettre les informations qui leur ont été demandées, ainsi que des enregistrements ou des données diverses⁹²². Le CRU peut également enjoindre un établissement de crédit à rectifier certaines informations qu'il a communiqué dans le cadre d'une enquête. Il peut également ordonner à un établissement de se soumettre à une inspection sur place⁹²³.

La mise en place d'une astreinte doit être proportionnée et adaptée à l'infraction commise par l'établissement de crédit. Celle-ci peut être appliquée quotidiennement jusqu'à ce que l'infraction cesse. Son montant doit représenter 0,1% du chiffre d'affaires quotidien moyen de l'établissement⁹²⁴. Pour qu'une astreinte puisse être appliquée, il faut nécessairement que le CRU rende une décision en ce sens. Précisons que l'astreinte ne peut s'appliquer durant plus de six à compter de la notification de la décision du CRU à l'établissement concerné.

447. – Amendes. Pour réprimer les infractions susmentionnées, le CRU peut également imposer une amende à un établissement de crédit ayant commis une infraction au droit de la résolution des défaillances bancaires. Le montant de celle-ci pourra fluctuer en raison des circonstances aggravantes ou atténuantes. Il devra toutefois être établi proportionnellement au chiffre d'affaires annuel net total de l'établissement durant l'exercice précédent. Le montant de l'amende fixée par le CRU ne pourra cependant pas excéder 1% dudit chiffre d'affaires. Toutefois, si l'établissement

⁹¹⁸ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 6°, b).

⁹¹⁹ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 6°, c).

⁹²⁰ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 6°, d).

⁹²¹ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 39, 1°, a), c).

⁹²² Règlement (UE) n° 806/2014, art. 39, 1°, b), c).

⁹²³ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 39, 1°, d).

⁹²⁴ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 39, 3°.

a tiré un avantage financier de son infraction, que ce soit de manière directe ou indirecte, et que cet avantage a pu être déterminé, alors le montant de l'amende devra être au moins égal à cet avantage. Précisons que les sommes sont payées par les établissements de crédit au titre des amendes imposées par le CRU devront être versées au Fond de résolution unique. En outre, si les amendes sont imposées par les autorités nationales de résolution, les règles relatives à la détermination de leurs montants pourront différer, comme nous le verrons ci-après.

448. – Respect du contradictoire. Le prononcé de sanction telles que des amendes ou des astreintes par le CRU doit impérativement faire l'objet d'une décision adoptée suite à l'ouverture d'une procédure. Durant cette procédure, les établissements de crédit ayant commis des infractions doivent pouvoir être entendus à propos des faits caractérisant celles-ci⁹²⁵. En ce sens, le principe du contradictoire doit nécessairement être respecté par le CRU, ainsi que de manière générale, l'ensemble des droits de la défense. Les établissements de crédit doivent par conséquent pouvoir accéder aux dossiers créés par le CRU relatifs à leurs procédures. Toutefois, si certains éléments sont couverts par le secret professionnel, ils ne pourront être communiqués. De même, certaines informations confidentielles, ainsi que les documents préparatoires du CRU destinés à un usage interne, ne pourront pas être communiqués aux établissements.

449. – Publication des décisions de sanction. Les décisions de sanction adoptées par le CRU doivent, en principe, nécessairement faire l'objet d'une publication. Cependant, dans certains cas particuliers, ces publications ne pourront être effectuées. Cela est notamment le cas si l'établissement doit faire l'objet d'une procédure de résolution et que la publication d'une décision de sanction à l'égard dudit établissement pourrait nuire à l'efficacité de celle-ci⁹²⁶. Dans d'autres cas, la publication de la décision du CRU sera publiée, mais en anonymisant l'entité concernée. Cela sera le cas si la publication de la décision conduit à rendre public de manière disproportionnée, des informations à caractère personnel⁹²⁷, ou si la publication de la décision de sanction pourrait impacter négativement la stabilité financière⁹²⁸ ou nuire de manière disproportionnée à l'établissement en cause⁹²⁹, ou bien encore si une enquête pénale est en cours⁹³⁰. Dans ces cas-là, il peut également être décidé que la publication sera reportée à une date ultérieure. Précisions

⁹²⁵ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 40.

⁹²⁶ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 41, 1°.

⁹²⁷ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 41, 1°, a).

⁹²⁸ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 41, 1°, b).

⁹²⁹ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 41, 1°, c).

⁹³⁰ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 41, 1°, b).

néanmoins que quel que soit le cas de figure, la décision prise par le CRU sanctionnant un établissement de crédit doit impérativement être notifiée à l'ABE.

II – La mise en œuvre des sanctions par les autorités de résolution nationales

450. – Répartition des compétences. En principe, le CRU est tenu de sanctionner les infractions au droit de la résolution des défaillances bancaires commises par les établissements qui relèvent de sa compétence. Les infractions commises par les établissements les moins importants, ne relevant donc en principe pas de sa compétence, doivent quant à elles être sanctionnées directement par les autorités compétentes nationales (ci-après ACN). Cependant, dans certains cas, le CRU peut déléguer sa faculté de sanctionner une infraction à l'ACN. Il en est ainsi pour toutes les infractions autres que l'absence de fourniture des informations demandées par le CRU, la non-soumission à une enquête du CRU, ainsi que la non-conformité à une décision du CRU. Pour toute autre infraction au droit de la résolution des défaillances bancaires, le règlement (UE) n° 806/2014 dispose que « *le CRU peut recommander aux autorités nationales de prendre des mesures afin de faire en sorte que des sanctions appropriées soient appliquées* »⁹³¹. Ainsi, qu'il s'agisse d'établissements systémiques ou non, les ACN disposent d'un important pouvoir de sanction en matière de résolution des défaillances bancaires. En France, c'est l'ACPR qui dispose de ce pouvoir (A). La multiplicité des sanctions potentiellement applicables à ces infractions induit la nécessité de préciser l'étendu de ces sanctions, mais également de s'assurer que les droits de la défense soient respectés dans ce contexte particulier, marqué par des impératifs monumentaux tels que la préservation de la stabilité financière (B).

A) Le pouvoir de sanction de l'ACPR

451. – Commission des sanctions. Le pouvoir de sanction de l'ACPR est exercé par la commission des sanctions qui a été instituée en son sein. Cette commission peut être définie comme une juridiction au sens du droit européen⁹³² et notamment de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, elle n'est pas considérée comme telle

⁹³¹ Règlement (UE) n° 806/2014, art. 38, 8°.

⁹³² KOVAR J.-P., « La commission des sanctions de l'ACPR est une juridiction au sens du droit de l'Union européenne », *LEDB*, n° 1, janv. 2014, p. 7 ; KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « La nature de la Commission des sanctions et les garanties reconnues au contrôle à l'occasion d'un contrôle sur place », *Rev. Banq.*, n° 767-768, janv. 2014, p. 151 ; KEITA B., « La commission des sanctions de l'ACPR ; une juridiction pouvant saisir la CJUE d'une question préjudicielle », *Bull. Joly Bourse*, n° X, mars 2014, p. 130.

dans notre droit national⁹³³. Pour assurer le respect des dispositions régissant les activités bancaires et financières, ladite commission dispose de pouvoirs de police administrative et de pouvoirs de sanction⁹³⁴.

Dans le cadre de son pouvoir de police administrative, elle est habilitée à mettre en demeure les établissements de crédit qui ne respectent pas leurs obligations et les dispositions légales et réglementaires qui gouvernent leurs activités⁹³⁵. Le non-respect d'une mesure de police administrative⁹³⁶ pourra lui-même entraîner l'application de sanctions, au même titre que le non-respect d'une disposition européenne, législative ou réglementaire⁹³⁷.

452. – Sanctions disciplinaires et pécuniaires. Dans le cadre de son pouvoir de sanction, l'ACPR peut exercer son pouvoir disciplinaire à l'encontre des établissements de crédit, dès lors qu'ils n'ont pas respecté les dispositions européennes, législatives ou réglementaires auxquelles ils sont assujettis. Par conséquent, le non-respect des dispositions régissant la résolution des défaillances bancaires pourra être réprimé par une sanction professionnelle ou pécuniaire. L'article L. 612-39 du Code monétaire et financier prévoit ainsi diverses sanctions, destinées à contraindre les établissements au respect leurs obligations. Ces sanctions sont multiples et peuvent prendre la forme d'un avertissement, d'un blâme, d'une interdiction d'effectuer certaines opérations, ainsi que d'une suspension temporaire ou de la démission d'office d'un ou de plusieurs membres de la direction. Les établissements peuvent également faire l'objet d'un retrait partiel ou total de leur agrément⁹³⁸. À côté de ces sanctions professionnelles, existent également des sanctions pécuniaires.

⁹³³ Différentes réflexions ont pu être menées sur le statut de la Commission des sanctions de l'ACPR en droit interne. Voy. en ce sens notamment : KOVAR J.-P., « La commission des sanctions de l'ACP : juridiction ou administration ? », *LPA*, n° 225, nov. 2012, p. 29 ; COURET A., DONDERO B., « La Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance », *JCP E.*, 2011, 1544 ; MARTIN LAPRADE B., « Réflexions sur la nature juridique de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) », in *Mél. BISSARA P.*, ANSA, 2013, p. 241-X. Cependant, l'ACP est elle-même venue trancher le débat en affirmant dans une décision qu'elle ne peut être définie comme un tribunal. Voy. : ACP, Comm. sanctions, procédures n° 2012-04 et 2012-04 bis, décision du 10 janvier 2010 ; *Banq. & droit*, n° 148, avr. 2013, 26, obs. BONNEAU T. ; *Bull. Joly. Bourse*, avr. 2013, p. 168, note MOREL-MAROGER J. ; *Rev. Banq.*, n° 759, avr. 2013, p. 89, note KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J.

⁹³⁴ LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERESOE N., *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 273 et s. ; BONNEAU T., *Droit bancaire, op. cit.*, 2021, p. 149 et s.

⁹³⁵ Art. L. 612-31 du CMF.

⁹³⁶ D'autres mesures de police administrative peuvent être mises en œuvre par l'ACPR dès lors que la « solvabilité ou la liquidité d'une personne soumise au contrôle de l'Autorité ou lorsque les intérêts de ses clients, assurés, adhérents ou bénéficiaires, sont compromis ou susceptibles de l'être, l'Autorité de contrôle prudentiel prend les mesures conservatoires nécessaires ». Art. L. 612-33 et s. du CMF.

⁹³⁷ KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « Mesures conservatoires prises par l'ACPR à l'encontre de la succursale de Paris de la National Bank of Pakistan », *Rev. Banq.*, n° 802, déc. 2016, p. 86.

⁹³⁸ Celle-ci correspond pour les établissements ayant été agréés par la BCE à une interdiction partielle ou totale d'activité prononcée à titre conservatoire pour les services correspondant à l'agrément. En effet, pour les établissements considérés comme systémique au sein de la zone euro, c'est la BCE qui reste chargée de l'octroi des agréments. Cependant, l'ACPR peut proposer à la BCE de procéder au retrait de l'agrément. Cf. art. L. 612-40, C du CMF.

Le montant de celles-ci ne pourra pas excéder dix pourcents du chiffre d'affaires annuel net des établissements ayant commis les infractions⁹³⁹. Cependant, dans le cadre des manquements aux dispositions régissant la résolution des défaillances bancaires, il convient de préciser que si un avantage a été tiré du non-respect du droit applicable, la sanction prononcée par la commission pourra atteindre un montant deux fois supérieur à l'avantage indûment obtenu⁹⁴⁰. Enfin, une dernière sanction peut être observée dans la publication de la décision prononcée par l'ACPR⁹⁴¹.

B) Le respect des droits de la défense par l'ACPR

453. – Procédures et voies de recours. Toute décision de sanction prononcée par la commission des sanctions doit être précédée par une phase d'enquête exercée par les services de l'ACPR. La décision d'ouverture de la procédure de sanction devra être notifiée à l'établissement concerné. Précisons que les poursuites réalisées par l'ACPR ne pourront se voir limitées par une quelconque prescription⁹⁴². À la suite de la notification à l'établissement mis en cause, une phase d'instruction devra nécessairement débiter. Au cours de celle-ci, le respect des droits de la défense et du procès équitable devra être assuré⁹⁴³. Ainsi, une audience doit avoir lieu avant que la commission des sanctions ne rende sa décision⁹⁴⁴. En effet, si les établissements de crédit qui ne respectent pas leurs obligations peuvent se voir sanctionner, il est impératif qu'ils disposent de certaines garanties procédurales. De plus, il est nécessaire que les établissements sanctionnés à l'issue d'une décision adoptée par l'ACPR, puisse contester ladite décision. En ce sens, il est prévu que les décisions rendues par la commission des sanctions de l'ACPR puissent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État⁹⁴⁵. Ce recours devra être introduit par l'établissement sanctionné dans les deux mois suivant la notification de la décision.

⁹³⁹ Art. L. 612-40, C, V du CMF.

⁹⁴⁰ *Idem*.

⁹⁴¹ Art. L. 612-40, C, XII du CMF.

⁹⁴² BARBAN P., « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Pouvoirs, sanctions », Fasc. 71, *J.-Cl.*, sept. 2021, n° 133.

⁹⁴³ BARBAN P., « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Pouvoirs, sanctions », *op. cit.* n° 134 et s.

⁹⁴⁴ Pour plus de précision sur les aspects procéduraux des sanctions prononcées par l'ACPR, voy. : BARBAN P., « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Pouvoirs, sanctions », *op. cit.*

⁹⁴⁵ Art. L. 612-16, III du CMF.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

454. – Les obligations de contribution et d’information qui pèsent sur les établissements de crédit, apparaissent comme des obligations renouvelées qui viennent conférer au droit de la résolution des défaillances bancaires un caractère singulier. La mise en œuvre de ces obligations a été précisée tant par le législateur que par le régulateur. Par ailleurs, notons que l’usage du droit souple est ici une voie privilégiée, puisqu’elle offre aux autorités comme établissements bancaires, la souplesse d’adapter la mise en œuvre de ces obligations *in concreto*, en fonction des cas rencontrés. Cependant, l’usage du droit souple dans ce contexte pouvait induire certaines interrogations quant à l’impérativité des dispositions qui régissent les obligations de contribution et de planification qui pèsent sur les établissements de crédit. Or, force est de constater que l’Autorité bancaire européenne (ABE) comme les autorités de résolution telles que le Conseil de résolution unique (CRU) ou encore l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), bénéficient d’un véritable pouvoir normatif. En ce sens, ces dernières participent à l’élaboration du droit de la résolution des défaillances bancaires et assujettissent les établissements de crédit à leurs dispositions. Ce constat est en outre corroboré par le fait que le non-respect des obligations de contribution et d’information peut induire la mise en œuvre de sanctions. Ainsi, force est de constater que le droit de la résolution des défaillances bancaires dispose également d’un volet répressif, qui confère au CRU comme à l’ACPR un arsenal non négligeable en la matière.

CONCLUSION DU TITRE I

455. – Les caractères autonome et *sui generis* du droit de la résolution des défaillances bancaires se manifestent à bien des égards et notamment par les obligations qu'il génère. En effet, ce droit fait peser sur les établissements de crédit qu'il gouverne, des obligations tantôt renouvelées, tantôt nouvelles. D'une part, il impose auxdits établissements l'élaboration et la mise à jour de plans de rétablissement, et ce en amont de toutes difficultés. Ces plans innovants et singuliers, se distinguent d'autres « plans » rencontrés en droit, et participe ainsi à distinguer le droit de la résolution des

défaillances bancaires du droit des entreprises en difficulté. Cette obligation que l'on peut qualifier de planification, est marquée d'une originalité certaine. Plus qu'une simple exigence administrative, elle apparaît en définitive comme un outil stratégique de la gestion globale des risques, tant au niveau des établissements de crédit que du système bancaire et financier. Plus encore, ces plans se définissent comme des instruments majeurs de la prévention des défaillances bancaires.

D'autre part, le droit de la résolution des défaillances bancaires impose aux établissements de crédit de contribuer aux dispositifs financiers de gestion constituer par celui-ci, ainsi qu'un devoir d'information relativement vaste. Ces obligations, qui ne semblent pas inconnues en droit, sont néanmoins renouvelées dans ce contexte et participent ainsi à conférer au droit de la résolution des défaillances bancaires un caractère innovant et singulier.

546. – La mise en œuvre de ces obligations par les établissements de crédit s'est révélée être un enjeu conséquent et un défi pratique conséquent. A cette fin, ils ont été contraints de mobiliser d'importantes ressources, à la fois financières, matérielles et humaines. Pourtant, l'impérativité de ces obligations auraient pu interroger dans la mesure où certains éléments les composants et certaines modalités pratique d'application, relèvent du droit souple. Pourtant, il semble qu'en définitive leur caractère contraignant doit être constaté. En effet, il convient de relever que les autorités intervenant dans la prévention et le traitement des défaillances bancaires, ont en réalité un rôle bien plus large à jouer et participent incontestablement à la création de ce droit. Ce constat est corroboré par l'existence d'un volet répressif du droit la résolution des défaillances bancaires. En effet, le non-respect de ces obligations de planification, de contribution et d'information peut induire le prononcé de sanctions. Par conséquent, il est nécessaire d'accorder une attention particulière à la mise en œuvre de ces obligations, qui laisse présager – s'il ne peut déjà être constaté –, un contentieux significatif.

Titre second

L'ATTEINTE LÉGITIMÉE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS

457. — Le caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires produit des effets contraignants pour les établissements de crédit, mais pas seulement. En effet, les déposants et les investisseurs des établissements défaillants se voient également affectés par les dispositions qui régissent ce droit *sui generis*, ainsi que par les pouvoirs accrus conférés par celui-ci aux autorités de résolution. L'instrument de renflouement interne, que nous avons pu aborder brièvement dans de précédents développements, est l'illustration la plus évidente d'un dispositif de résolution exorbitant, qui confère des pouvoirs extraordinaires aux autorités compétentes, au détriment d'un droit fondamental, le droit de propriété. Pourtant, la propriété est une notion cruciale tant dans notre société⁹⁴⁶ que dans le droit qui l'encadre. Définie à l'article 544 du Code civil⁹⁴⁷ comme « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* », elle apparaît comme une « *fusion entre l'être et l'avoir* »⁹⁴⁸. Juridiquement assimilée au droit de propriété⁹⁴⁹, elle constitue un mécanisme fondamental du droit⁹⁵⁰ et plus encore un droit fondamental⁹⁵¹. La propriété apparaît comme une relation d'exclusivité entre un propriétaire et une chose⁹⁵². Elle octroie au premier certaines

⁹⁴⁶ FARJAT G., *Pour un droit économique*, 1^{ère} éd., PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p. 47 : La propriété est « *une condition – fondamentale – de la société libérale* ».

⁹⁴⁷ Voy. à propos : DROSS W., « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? » *RTD civ.*, 2015, p. 25.

⁹⁴⁸ FRISON-ROCHE M.-A., TERRE-FORNACCIARI D., « Quelques remarques sur le droit de propriété », in *Vocabulaire fondamental du droit*, Archive de philosophie du droit, Sirey, t. 35, 1990, p. 233 et 244.

⁹⁴⁹ Le droit de propriété apparaît comme une source d'intérêt inépuisable. La doctrine s'est particulièrement intéressée à cette notion et les interprétations de l'article 544 du Code civil n'ont cessées de se multiplier. Voy. notamment : DE VAREILLES-SOMMIERES G., « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.*, 1905, p. 455 et s. ; COSTE-FLORET P., *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, Thèse Montpellier, Recueil Sirey, 1935 ; FRENETTE F., « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », *Les cahiers du droit*, Vol. 20, n° 3, 1979, p. 439 ; LARDEUX G., « Qu'est-ce que la propriété ? », *RTD civ.*, 2013, p. 741 ; Les conceptions de la propriété ont pu varier d'une branche du droit à une autre. V. par exemple, pour un point de vue économique : LEPAGE H., « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*, n° 1, p. 96.

⁹⁵⁰ ZENATI-CASTAING F., « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445 ; SIIRIAINEN F., « La propriété », in *Le droit économique au XXI^{ème} siècle. Notions et enjeux*, RACINE J.-B. (dir.), LGDJ, coll. Droit & économie, 2020, p. 593.

⁹⁵¹ ZATTAZA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, préf. CADRILLIAC R., LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 351, 2001, p. 7.

⁹⁵² GINOSSAR S., « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.*, 1962, p. 573 ; ZENATI F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 ; SIIRIAINEN F., « La propriété », *op. cit.*, p. 595.

prérogatives sur la seconde, sous réserve que le propriétaire n'abuse pas de son droit⁹⁵³. Le droit de propriété constitue ainsi « *un monopole à caractère absolu et exclusif reconnu à un individu sur une chose* »⁹⁵⁴.

Certaines limites sont néanmoins posées au droit de propriété. L'article 544 du Code civil précise que ce droit bénéficie d'un caractère absolu « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements* ». En outre, le droit de propriété peut faire l'objet de restrictions en vertu de dispositions ou de décisions, pouvant être d'ordre public ou privé. Des dérogations multiples ont ainsi pu être opérées. D'origine légale⁹⁵⁵ ou jurisprudentielle⁹⁵⁶, elles ont pu marquer le passage d'un droit absolu à « *un droit absolument relatif* »⁹⁵⁷. Si la propriété garantit la liberté⁹⁵⁸, elle peut, à l'image de cette dernière, être restreinte dès lors qu'un intérêt considéré comme supérieur est menacé.

458. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires, une source de dérogation au droit de propriété.

Le droit de la résolution des défaillances bancaires est une illustration d'une dérogation d'origine légale au droit de propriété, justifiée semble-t-il, par la préservation d'un intérêt supérieur. En effet, au nom de la protection de la stabilité financière, ce droit *sui generis* semble porter atteinte au droit de propriété de déposants et d'investisseurs divers, créanciers d'un établissement de crédit défaillant. C'est du moins ce que l'on pense instinctivement lorsque notre attention se porte sur l'instrument de renflouement interne que nous avons pu précédemment aborder. Cet instrument peut être défini comme un élément « *clé et novateur* »⁹⁵⁹ du traitement des établissements bancaires et financiers en difficulté. Mais il est également l'expression semble-t-il la plus importante, du caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires.

459. – Mise en œuvre. La mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne peut être réalisée dans le cadre d'une procédure de résolution. Elle a alors pour objectif de traiter la défaillance d'un établissement, tout en limitant le recours au fonds publics. À cette fin, l'autorité de

⁹⁵³ Le législateur a tout de même nuancé la force du droit de propriété en précisant qu'il bénéficie d'un caractère absolu « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements* ». Le propriétaire est notamment tenu de ne pas commettre d'abus de droit. Voy. à propos : JOSSERAND L., *De l'abus de droit*, Paris, Rousseau A., 1905 ; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus de droit en droit comparé*, Thèse Lyon, 1936 ; PIROVANO A., « La fonction sociale des droits : réflexion sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, chron., p. 67 ; TERRE F., SIMLER P., *Droit civil. Les biens*, 10^{ème} éd., Précis Dalloz, 2018, p. 135 ; MALAURIE P., AYNÈS L., JULIENNE M., *Droit des biens*, 9^{ème} éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2021, p. 144 ;

⁹⁵⁴ ZATTAZA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁵⁵ Initialement, le droit de propriété ne pouvait être mis à mal que par des mesures trouvant leur origine dans la loi ou dans le règlement. Par la suite, la jurisprudence a également pu jouer un rôle dans la limitation du caractère absolu du droit de propriété.

⁹⁵⁶ C'est le cas notamment de la théorie de l'abus de droit de propriété qui a pu être développée par la jurisprudence.

⁹⁵⁷ SCABORO R., « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et ville*, n° 76, 2013/2, p. 237.

⁹⁵⁸ CARBONNIER J., « La propriété garantie des libertés », in *Liberté et droit économique*, FARJAT G., et REMICHE B., (dir.), De Boeck, Droit/économie, 1992, p. 63.

⁹⁵⁹ FORTÉSA M.-H., MOLINARI C., VENUS M., « 2016 : année de mise en œuvre de la réglementation sur la résolution... mais laquelle ? », *Rev. Banq.*, n° 796, mai 2016, p. 84.

résolution compétente peut procéder à une réduction du nominal de la dette de l'entité en résolution ou à une conversion de celle-ci en titre de capital⁹⁶⁰. Cette altération induit donc la modification des droits des déposants et des investisseurs disposant de titres financiers émis par l'établissement défaillant. Ces derniers peuvent en ce sens voir leurs instruments financiers ou créances, convertis, dépréciés, voire annulés. Dès lors, il semble difficilement contestable que le droit de propriété des déposants et des investisseurs est mis à l'épreuve par l'instrument de renflouement interne (Chapitre I). Par conséquent, il semble impératif de s'assurer qu'un contrôle de ce dispositif soit effectué avec rigueur, et que les sujets de droit lésés bénéficient tout de même d'une protection appropriée face à cet instrument exorbitant et attentatoire aux droits fondamentaux. Or, il semblerait que la protection accordée aux créanciers et aux investisseurs soit insuffisante, ce qui pourrait alors sembler critiquable (Chapitre II).

Chapitre I : La propriété des déposants et des investisseurs à l'épreuve du renflouement interne

Chapitre II : Les insuffisances de la protection des déposants et des investisseurs

⁹⁶⁰ PRAICHEUX S., « Le sort des contrats financiers dans la procédure de résolution », in *Mél. AEDBF-France VII*, DAIGRE J.-J., BREHIER B. (dir.), Rev. Banq. éd., 2018, p. 189-202.

Chapitre I :

LA PROPRIÉTÉ DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS À L'ÉPREUVE DU RENFLOUEMENT INTERNE

460. – Les enjeux de l'instrument de renflouement interne. La mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, en ce qu'elle induit la dépréciation, la conversion voire l'annulation de créances, semble constituer une véritable atteinte au droit de propriété des déposants et des investisseurs, en ayant pour effet direct leur expropriation totale ou partielle. En ce sens, il convient légitimement de s'interroger sur la légalité de cet instrument si exorbitant. Cependant, dans le dessein d'étudier une atteinte au droit de propriété, encore faut-il démontrer que l'instrument de renflouement interne vise effectivement sur des biens. Or, comme la Professeure Le Fur a pu le relever, « *jamais, on ne parle de bien en droit des marchés financiers, et rarement de propriété* »⁶¹. Par conséquent, on peut se demander si le postulat selon lequel le renflouement interne porte atteinte au droit de propriété est le fait d'un abus de langage, ou s'il vient effectivement limiter les droits d'individus sur leurs biens. Ainsi, la question qui se pose en premier est celle de savoir si les déposants et les détenteurs de titres financiers peuvent effectivement être définis comme des propriétaires de biens.

Pour analyser cette problématique, nous serons amenés à nous intéresser à la qualité de propriétaire des déposants et des investisseurs disposant de titres financiers (Section 1). Nos raisonnements nous conduiront également à nous interroger sur les effets de la mise en œuvre dudit instrument de renflouement interne à l'égard des déposants et des investisseurs (Section 2).

SECTION I :

L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS

461. – La nature controversée des dépôts et des titres financiers (§1) nourrit des interrogations quant à la possibilité de les assimiler à des biens. Si de nombreuses contestations et avis divergents ont pu marquer l'étude de ces différents actifs, ils semblent en définitive pouvoir être considérés comme des biens particuliers⁶², regroupés sous une dénomination commune, celle de biens

⁶¹ LE FUR A.-V., « La protection de l'investisseur par le droit des biens : La notion de bien financier », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2010, étude 32.

⁶² Les professeurs Drummond et Bonneau les qualifient de « *biens spéciaux* ». Cf. DRUMMOND F., BONNEAU T., *Droit des marchés financiers*, 3^{ème} éd., Economica, coll. Corpus droit privé, 2010, p. 35.

financiers⁹⁶³. A l'aune ce constat, l'existence du droit de propriété conféré aux déposants et aux investisseurs ayant acquis des titres financiers émis par un établissement de crédit doit pouvoir être mise en exergue (§2).

§1 : LA NATURE CONTROVERSÉE DES DÉPÔTS ET DES TITRES FINANCIERS

462. – La doctrine a pu s'intéresser à de nombreuses reprises à la nature des dépôts de sommes d'argent effectués auprès d'établissements de crédit, ainsi qu'à celle des titres financiers, sans pour autant qu'un consensus ne puisse être constaté. Par conséquent, la nature de ces choses ne cesse d'être étudiée, et ce alors même que le législateur a pu apporter différents éléments de réponse aux interrogations pendantes. En tout état de cause, il semble de prime abord pouvoir être établi que les dépôts sont assimilés à des créances (I) et que les titres financiers relèvent quant à eux de la catégorie des biens (II). Notons que cette dichotomie n'induit pas pour autant que les créances ne peuvent être appréhendées comme des biens.

I) L'assimilation des dépôts à des créances

463. – Afin de déterminer la nature juridique des dépôts de fonds auprès d'un établissement de crédit (B), il peut sembler tout d'abord intéressant de mettre en exergue le fonctionnement particulier des comptes de dépôt (A).

A) Le fonctionnement particulier des comptes de dépôt

464. – **La naissance d'obligations réciproques.** Les dépôts de fonds réalisés auprès d'établissements de crédit sont réalisés par des personnes physiques ou morales, clientes de la banque et liées à elle par un contrat⁹⁶⁴ régissant leurs engagements mutuels. Le déposant s'engage ainsi à verser des fonds sur le compte ouvert, et la banque s'engage quant à elle à conserver ses fonds et à les restituer⁹⁶⁵ à la demande du client. Ces dépôts peuvent être matérialisés sur différents supports, une pluralité de comptes étant accessibles aux clients des établissements de crédit.

⁹⁶³ LE FUR A.-V., « La protection de l'investisseur par le droit des biens : La notion de bien financier », *op. cit.*, étude 32 : « La notion juridique traditionnelle de bien ne suffit pas à rendre compte de certaines situations ; il faut rajouter "quelque chose" : ici, c'est le terme de financier, indispensable pour traduire la situation du bien dont il est question ».

⁹⁶⁴ Voy. à propos : CENTI P.-J., « Le contrat de dépôt bancaire », in *Mél. MOULY C.*, t. 2., Litec, 1998, p. 305-X.

⁹⁶⁵ L'article L. 312-2 du Code monétaire et financier dispose en ce sens : « Sont considérés comme fonds remboursables du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer ».

465. – L’inscription des dépôts sur des comptes bancaires. Les comptes sur lesquels figurent les dépôts sont habituellement appelés compte de dépôts⁹⁶⁶ ou compte courant⁹⁶⁷. Autrefois différenciés, ils apparaissent aujourd’hui davantage comme deux appellations synonymes⁹⁶⁸, pouvant être regroupées sous une même dénomination, celle de compte bancaire⁹⁶⁹. Celui-ci permet au client de déposer ou de retirer des fonds, mais également d’effectuer diverses opérations bancaires de paiement. Ce compte peut être décrit comme « *un tableau de créances et de dettes réciproques entre une banque et son client* »⁹⁷⁰, mais il représente juridiquement davantage qu’un document comptable⁹⁷¹.

466. – Les prérogatives limitées attachées aux comptes de paiement. A côté de ces comptes de dépôts, figurent également des comptes dits de paiement, ouverts dans le seul but de réaliser cette opération⁹⁷². Il faut ici être attentif car certains comptes de paiement sont assimilés à des comptes de dépôts, alors que cela n’est pas toujours le cas⁹⁷³. Les comptes de paiement ouverts

⁹⁶⁶ Voy. à propos : CAUSSE H., *Droit bancaire et financier*, préf. TRICOT D., Mare & Martin, 2015, p. 464 et s. ; QUIQUEREZ A., *Droit bancaire*, Gualino, 1^{ère} éd., 2020, p. 128 et s. ; LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERÉSÉO N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 343 et s. ;

⁹⁶⁷ À propos du compte courant voy. : RIVES-LANGE M. T., *Le compte courant en droit français*, t. 19, Sirey, Coll. Bibliothèque de droit commercial, 1969 ; BONHOMME R., ROUSSILLE M., *Instruments de crédit et de paiement. Introduction au droit bancaire*, 14^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel 2021, p. 485 et s. ; DESGEORGES R., « Relecture de la théorie du compte courant », *RTD com.* 1997, p. 383 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le paiement par l’intermédiaire du compte-courant », in *Le paiement*, MIGNOT M., LASSERRE CAPDEVILLE J. (dir.), L’Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2014, p. 217-X.

⁹⁶⁸ Sur la distinction entre compte courant et compte de dépôt, ainsi que sur son appréciation, voy. : BELOT J., « Compte courant et compte de dépôt en matière bancaire, de la dualité à l’unicité », *RJ com.*, 1985, p. 41 ; TROUCHE-DOERFLINGER I., « La distinction entre compte de dépôt et compte-courant », *LPA*, n° 70, X 1998, p. 4 ; PRÜM A., « De la distinction entre compte de dépôt et compte courant », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai-juin 2003, p. 143 ; LEGEAIS D., « Vers la fin de la distinction du compte de dépôt et du compte courant ? », *Contrat Concu. Consom.*, n° 5, 2005, étude 5 ; AYMERIC N.-H., *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, préf. GHOZI A., Éditions Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2008, p. 77 ; ROUTIER R., « La distinction entre compte-courant et compte de dépôt », *Banq. & droit*, hors-série, mars 2014, p. 72 ; VILLEMONT M., « Compte de dépôt et compte courant », *Journal des sociétés*, n° 134, oct. 2015, p. 12.

⁹⁶⁹ Voy. à propos : GRUA F., « Qu’est-ce qu’un compte en banque ? », *D.* 1999, p. 255 ; MARTIN D. R., « De l’idée de compte », in *Mél. AEDBF-France II*, Rev. Banq. éd., 1999, p. 285-x ; BONNEAU T., *Droit bancaire*, 14^{ème} éd., LGDJ, Précis Domat, 2021, p. 373 et s. ; BONNEAU T., « La notion de compte bancaire », *Banq. & droit*, hors-série, 2016, p. 8.

⁹⁷⁰ QUIQUEREZ A., *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁷¹ GRUA F., « Qu’est-ce qu’un compte en banque ? », *op. cit.*, p. 255 ?

⁹⁷² PELLEGRAS L., « Le compte de paiement », *Banq. & droit*, n° 134, déc. 2010, p. 14 ; ROUSSILLE M., « La notion de compte de paiement », *Banq. & droit*, hors-série, déc. 2016, p. 11 ;

⁹⁷³ Voy. MEDJAOUI K., « Des comptes de dépôt et (autres) comptes de paiement et quelques conséquences juridiques », in *Autours du droit bancaire et financier et au-delà*, Mel. DAIGRE J.-J., Joly éd., Lextenso, 2017, p. 449.

auprès d'établissements de paiement⁹⁷⁴ ou de monnaie électronique⁹⁷⁵ et non d'établissement de crédit, ne peuvent en ce sens être assimilés à des comptes de dépôts⁹⁷⁶.

467. – L'assimilation des comptes épargne à des comptes de dépôts. Outre les comptes de dépôts et les comptes de paiement précités, les fonds des clients peuvent également être déposés sur des comptes d'épargne, à l'instar des livrets, des plans d'épargne et autres. Ces comptes sont alors assimilés à des comptes de dépôts, si bien que les épargnants⁹⁷⁷ peuvent bénéficier de la qualité de déposants.

B) La nature juridique du dépôt de fonds auprès d'un établissement de crédit

468. – Les déposants, des créanciers de sommes d'argent. La doctrine a pu s'interroger sur la nature juridique des dépôts bancaires⁹⁷⁸, tantôt considérés comme des dépôts classiques⁹⁷⁹, tantôt comme des prêts. Mais aucune de ces qualifications ne semble substantiellement être adaptée. En effet, la relation entre la banque et son client repose davantage sur un droit de créance. La jurisprudence a en ce sens pu considérer que la remise des fonds par le client à l'établissement bancaire entraînait un transfert de propriété, de sorte que le déposant ne bénéficie plus de la propriété des fonds, mais seulement d'un droit de créance⁹⁸⁰. L'obtention de ce droit semble d'ailleurs être pour certains la seule finalité⁹⁸¹ de cette opération. Le dépôt est ainsi considéré comme le « *transfert [de] la propriété des dits fonds au banquier* »⁹⁸². Ces fonds apparaissent alors sur un

⁹⁷⁴ Voy. à propos : BOUTEILLER P., « La transposition en droit français des dispositions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement », *JCP E.*, n° 39, sept. 2009, 1897 ; BONNEAU T., « Établissements de paiement, règles spéciales », *Rev. Proc. Coll.*, n° 3, mai 2010, comm. 137 ; PORRECA R., « La concurrence entre les établissements bancaires et les établissements de paiement : un leurre ? », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai 2011, dossier 14 ; ROUSSILLE M., « Les établissements de paiement, premiers regards sur les derniers-nés dans la famille bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2011, dossier 5.

⁹⁷⁵ STOUFFLET J., « Établissements de monnaie électronique », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2000, p. 178 ; TRAISNEL J., « La portée du statut d'établissement de paiement et de monnaie électronique », *Banq & stratégie*, n° 313, avril 2013, p. 27.

⁹⁷⁶ Les fonds recueillis par ces entités ne sont pas des fonds remboursables du public tels que le droit le prévoit. Ils ne peuvent donc pas bénéficier de la garantie accordée pour certains dépôts.

⁹⁷⁷ Les épargnants déposent des fonds sur ces comptes particulièrement destinés à l'épargne et bénéficient de ce fait de certains avantages comme des intérêts ou une fiscalité alléguée. En contrepartie, ils peuvent se voir imposer certaines restrictions, comme l'impossibilité de retirer les fonds pendant une certaine durée.

⁹⁷⁸ Voy. CABRILLAC H., « Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires », in *Mél. SECRETAN R.*, Université de Lausanne, Montreux, 1964, p. 2 et s. ; J-Cl., *Civil code*, art. 1892 à 1904, fasc. Unique, GRUA F., « Prêt de consommation ou prêt simple ».

⁹⁷⁹ Au sens de l'article 1937 du Code civil.

⁹⁸⁰ Voy. en ce sens : Civ 1^{ère}, 7 févr. 1984, n° 82-16655. La Cour a dans cet arrêt considéré que « *dès l'instant de leur remise, les espèces étant des choses de genre, deviennent la propriété de la caisse à l'égard de laquelle le client ne dispose plus que d'un droit de créance* ».

⁹⁸¹ GRUA F., « Le dépôt de monnaie en banque », *D.*, 1998, chron. 259, p. 260.

⁹⁸² GRUA F., *Contrats bancaires, t. 1, Contrats de services*, Economica, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1990, p. 93.

compte en banque au nom du déposant, mais également dans le bilan de l'établissement de crédit. Les dépôts effectués auprès de ces établissements peuvent ainsi être appréhendés comme des créances de sommes d'argent à l'égard de ces derniers. En ce sens, les déposants ne semblent, de prime abord, pas pouvoir bénéficier de la protection accordée par le droit de propriété, ne possédant pas un bien mais un simple droit de créance.

II) L'assimilation des titres financiers à des biens

469. – Diversité des titres financiers. Les titres financiers sont une catégorie d'instruments financiers qui regroupe des actifs très variés. L'innovation financière constante ne cesse d'en accroître le nombre. Certains sont simples, d'autres sont composés ou hybrides. Il s'avère ainsi parfois difficile pour le juriste d'appréhender ces notions complexes et sans cesse renouvelées. Traditionnellement, on regroupe les titres financiers en deux catégories, les titres de capital et les titres de créances. Ceux-ci pourront faire l'objet de traitements différents dans le cadre d'un renflouement interne. Ainsi, c'est en suivant cette dichotomie que nous poursuivrons nos développements. Nous nous intéresserons d'une part, à la nature de ces titres et nous demanderons d'autre part, si les titres de capital (A) et les titres de créances (B) peuvent être considérés comme des biens. Dans cette hypothèse, il serait certainement amené à bénéficier d'une protection conférée par le droit de propriété. En tout état de cause, il convient de préciser que l'étude de l'ensemble de ces titres nous sera utile pour la suite de nos développements, car chacun d'eux pourra être appréhendé différemment par le droit de la résolution des défaillances bancaires. Pour une pleine compréhension des enjeux ici soulevés, il semble par ailleurs nécessaire d'intégrer à nos développements un bref rappel des caractéristiques propres à ces différents titres.

A) La nature discutable des titres de capital

470. – La notion de titre de capital. L'article L. 212-1 A du Code monétaire et financier dispose que « *les titres financiers émis par les sociétés par actions comprennent les actions et les autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote* ». Les titres de capital sont ainsi principalement représentés par les actions. Ces dernières sont régies par le droit des sociétés, le Code monétaire et financier pouvant, en la matière, être qualifié de « *Code suiveur* »⁹⁸³. Les établissements de crédit,

⁹⁸³ BONNEAU T., PAILLER P., ROUAND A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2019, p. 458 ; Adde DRUMMOND F., « Code de commerce et Code monétaire et financier, ou l'enchevêtrement des codes », in *Le Code de commerce, 1807-2007, livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 95.

comme certaines sociétés commerciales traditionnelles, sont habilités à émettre des titres de capital afin de constituer leurs fonds propres. Ces titres confèrent en contrepartie des fonds versés par l'investisseur, certaines prérogatives à ce dernier. Dans les sociétés par actions, la délivrance de l'apport par l'apporteur lui donne droit à des actions et lui confère la qualité d'actionnaire. Dès l'immatriculation de la société, l'action émise est inscrite en compte au nom de son titulaire⁹⁸⁴ ou, s'il s'agit d'une société non-cotée utilisant un dispositif d'enregistrement partagé⁹⁸⁵, pouvant prendre la forme d'une *blockchain*⁹⁸⁶.

471. – La nature incertaine des titres de capital. La question de la nature des actions a depuis bien longtemps déjà suscité des interrogations. Des théories divergentes ont pu être proposées par la doctrine et le législateur a dû prendre position. Certains ont pu proposer la nature de bien corporel, de contrat ou de créance (1). Cependant, il semble *in fine* plus approprié d'appréhender ces titres comme des biens meubles incorporels (2).

1) L'inappropriée qualification de bien corporel, de contrat ou de créance

472. – L'inadéquation de la théorie de l'incorporation. Les interrogations liées à la nature des actions n'est pas nouvelle. Depuis les années 1970, la doctrine s'est particulièrement intéressée à cette question, avec des avis souvent très divergents. De manière plus générale, c'est la nature des titres financiers qui semble poser des difficultés, et ce d'autant plus depuis le passage du titre papier au titre dématérialisé⁹⁸⁷. Une première théorie, celle de l'incorporation défendue par certains auteurs⁹⁸⁸, consistait à considérer que l'action matérialisée par un titre papier, devait bénéficier par analogie de la même nature que le titre et ainsi disposer du statut de biens meubles corporels.

⁹⁸⁴ LE CANNU P., DONDERO B., *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd., LGDJ, Précis Domat, 2019, p. 675.

⁹⁸⁵ *Ibidem*.

⁹⁸⁶ Voy. à propos : GOUTAY P., « De la dématérialisation à la *blockchain* : un nouveau saut conceptuel pour le droit des titres », in *Mél. AEDBF-France*, VII, DAIGRE J.-J., BREHIER B., (dir.), Rev. Banq. éd., 2018, p. 225. ; VAMPARIX X., « La blockchain : un outil au service des droits des actionnaires ? », *Bull. Joly. Soc.*, n° 6, juin 2018, p. 315 ; JULIENNE M., « L'inscription des titres financiers en blockchain », *Bull. Joly. Bourse*, n° 2, mars 2019, p. 58.

⁹⁸⁷ Au sujet de la dématérialisation des titres financiers voy. notamment : GUYON Y., « Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières », *Rev. Soc.*, 1984, p. 451 ; FOYER J., « La dématérialisation des valeurs mobilières en France », in *Mél. FLATTER G.*, Lausanne, Payot, 1985, p. 21 et s. ; CAUSSE H., « Principe, nature et logique de la dématérialisation », *JCP E*, 1992, p. 194 ; DABIN L., « La dématérialisation et la circulation scripturale des valeurs mobilières dans le cadre des marchés financiers », *R.I.D.E.*, 1997, p. 300 ; GOUTAY P., « La dématérialisation des valeurs mobilières », *Bull. Joly. Bourse*, avril 1999, p. 415 ; DE VAUPLANE H., BORNET J.-P., *Droit des marchés financiers*, 3^{ème} éd., Litec, 2001, p. 38 et s. ; DE VAUPLANE H., « Des titres papiers aux titres digitaux », *Rev. Eco. Fin.*, n° 129, 2018/1, p. 89.

⁹⁸⁸ Voy. LARGUIER J., *Essai sur la notion de titres en droit privé*, Thèse Montpellier, 1948 ; ROBLOT R., « La dématérialisation des valeurs mobilières », *doc. ANSA*, n° 185, 1984 ; MARTIN D. R., « De la nature corporelle des valeurs mobilière et autres droits scripturaux », *D.*, 1998, chron. 16 ; MARTIN D. R., « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.*, 2001, p. 1228 et s.

Cependant, cette théorie a été largement contestée⁹⁸⁹, au motif que le droit n'était pas incorporé dans le titre, celui-ci étant seulement le véhicule du droit⁹⁹⁰. Quoi qu'il en soit, cette hypothèse est devenue hors de propos⁹⁹¹ avec le passage aux titres dématérialisés. Néanmoins, d'autres théories ont pu être proposées. Les titres financiers pourraient ainsi répondre pour certains de la nature des contrats⁹⁹², des créances⁹⁹³ ou encore des biens incorporels.

473. – L'inexactitude des hypothèses considérant l'action comme un contrat ou comme une créance. Certains auteurs ont proposé de définir les titres de capital comme des contrats. Or, cette interprétation ne semble pas satisfaisante. En effet, les actions ne sont pas des contrats⁹⁹⁴. La découpe des instruments financiers en deux catégories distinctes composées des titres et des contrats financiers⁹⁹⁵ l'énonce clairement. D'autres ont pu proposer d'analyser les titres de capital comme des créances. Or, une action prise en tant que telle, est composée d'une inscription dématérialisée représentant une valeur évaluable économiquement et intégrée au patrimoine de l'actionnaire. Elle peut en ce sens être commercialisée et faire l'objet d'une vente. Or, l'action en elle-même, ne rend pas la société débitrice à l'égard de l'actionnaire⁹⁹⁶. On ne peut par conséquent pas lui attribuer la nature de créance. Si certains considèrent que l'actionnaire est créancier de la société⁹⁹⁷, ce n'est pas au titre de l'action, mais davantage du fait des prérogatives accordées par la qualité d'actionnaire. Les natures de contrat et de créance ne peuvent donc permettre de définir adéquatement les titres de capital.

⁹⁸⁹ THALLER E., *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd., Rousseau A., 1904, p. 448 : « cette incorporation est tout imaginaire » ; LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ, 1997, p. 206-210 ; ROBLOT., *La dématérialisation des valeurs mobilières, doc. ANSA*, n° 185, 1984 ; GUYON Y., « Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières », *Rev. Soc.*, 1984, p. 451 et s. ; CAUSSE H., « Principe, nature et logique de la “dématérialisation” », *JCP E*, 1992, I, p. 194 ; NIZARD F., *Les titres négociables*, Economica, Coll. Pratique du droit, 2003, p. 304 et s.

⁹⁹⁰ THALLER E., *Traité élémentaire de droit commercial*, *op. cit.*, 1904, p. 450.

⁹⁹¹ LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières, op. cit.*, p. 208.

⁹⁹² CAUSSE H., *Les titres négociables : Essai sur le contrat négociable*, Thèse, Bibl. dr. Entr., t. XXIX, Litec, 1993, p. 7 : L'auteur caractérise les valeurs mobilières de « phénomène contractuel », ou encore « de fractions de contrats multilatéraux négociés ».

⁹⁹³ LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières, op. cit.*, p. 210, à propos de la théorie de l'incorporation : « Nous nous efforcerons pourtant de l'oublier, de façon à mieux nous persuader de la nature véritable du droit de l'actionnaire, celle d'un droit de créance ». LE NABASQUE H., « Les actions sont des droits de créance négociables », *in Mél. GUYON Y.*, Dalloz, 2003, p. 671 et s.

⁹⁹⁴ Cf. Art. L. 211-1 du CMF. Voy. également : LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières, op. cit.*

⁹⁹⁵ L'article L. 211-1 du Code monétaire et financier dispose que « les instruments financiers sont les titres financiers et les contrats financiers ».

⁹⁹⁶ L'actionnaire ne pourra être considéré comme créancier qu'au moment de la vente de l'action. Néanmoins, son débiteur sera alors son acheteur, et non l'établissement de crédit émetteur. En ce qui concerne le paiement des dividendes, la créance qui peut en découler ne naît pas de manière directe de l'action.

⁹⁹⁷ Voy. LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières, op. cit.*, p. 219.

2) La qualification de bien meuble incorporel

474. – La consécration de la nature de bien de l'action par le législateur. L'action est composée d'une valeur économique. Elle peut ainsi intégrer le patrimoine de l'actionnaire, ou encore être cédée ou commercialisée. Or, ces attributs rappellent ceux dont dispose tout bien. En ce sens, ils semblent induire la nécessité de qualifier l'action de bien. Le législateur a pu suivre cette position, puisqu'il édicta par le biais de l'article 529 du Code civil que « *sont meubles par la détermination de la loi les obligations et les actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé, seulement, tant que dure la société* ». Par cette disposition, le législateur ne se contente pas seulement d'assimiler les actions à des biens, mais vient affirmer leur nature véritable. Si le Professeur Mignot avait pu définir la notion de bien comme « *une valeur économique, située dans une prérogative juridique quelconque, et consacrée comme telle par le droit objectif* »⁹⁹⁸, l'action semble parfaitement répondre à cette définition. Cependant, il convient encore de se demander si ce bien financier⁹⁹⁹ doit être considéré comme un bien corporel ou incorporel.

475. – La question de la nature corporelle ou incorporelle du bien action. L'action est composée de deux éléments : une inscription sur un compte dématérialisé et une valeur économique, la première représentant la seconde. Le professeur Martin a pu considérer que le passage d'un titre matérialisé à un titre dématérialisé n'avait pas de véritable conséquence sur la nature des valeurs mobilières¹⁰⁰⁰. Il défendait alors l'hypothèse selon laquelle la nature corporelle de l'inscription offrait aux valeurs mobilières la qualité de bien meuble corporel¹⁰⁰¹. D'autres considéraient au contraire, que le passage du titre papier au titre dématérialisé « *exprime la préférence apportée à la valeur par rapport à la matière* »¹⁰⁰² et ce changement de paradigme semble marquer le passage du corporel à l'incorporel. Dans les faits, ni l'action prise de manière générale, ni son support, ni sa valeur ne sont palpables. En ce sens, elle ne peut être qu'exclue de la catégorie des

⁹⁹⁸ MIGNOT M., « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RJJ*, n°8, 2006, p. 1807.

⁹⁹⁹ La notion de bien financier est employée par le Professeur Le Fur A.-V. Cf. LE FUR A.-V., « La protection de l'investisseur par le droit des biens : La notion de bien financier », *op. cit.*, étude 32.

¹⁰⁰⁰ MARTIN D. R., « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.*, 1996, chron. p. 47.

¹⁰⁰¹ *Idem.*

¹⁰⁰² TERRÉ F., SIMLER P., *Les biens, op. cit.*, 2018, p. 73. Voy. également : LASSALAS C., *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, LGDJ, 1997 ; ALLEGAERT V., « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly. Soc.*, n° 2, mars 2005, p. 339.

biens meubles corporels. Par conséquent, l'action doit appartenir à la catégorie juridique des biens meubles incorporels.

B) La nature ambiguë des titres de créance

476. – La question de la nature des titres de capital ayant été examinée, il convient désormais de s'intéresser à la nature des titres de créance. Dans le cadre de cette étude relative à l'instrument de renflouement interne, il semble d'abord nécessaire de détailler les différents titres relevant de cette catégorie (1), afin de déterminer l'étendue des titres qui peuvent être atteints par ledit instrument. Cela permettra par ailleurs de faciliter notre compréhension du traitement accordé aux investisseurs qui disposent de titres de créance. À ces propos liminaires, fera suite l'étude de la nature de ces titres (2). Celle-ci est également nécessaire afin de s'assurer que les titres de créance peuvent faire l'objet d'un droit de propriété et bénéficier ainsi d'une certaine protection. Si de prime abord leur qualification de titres de créance semble conduire à les assimiler à des créances, leurs caractéristiques semblent davantage les rapprocher de la catégorie des biens.

1) Des titres de créance simples et complexes

477. – **La diversité des titres de créance.** Les titres de créance¹⁰⁰³ sont définis à l'article L. 213-1 du Code monétaire et financier comme « *des titres financiers émis au gré de l'émetteur, négociables sur une plateforme de négociation mentionnée à l'article L. 420-1 ou de gré à gré, qui représentent chacun un droit de créance* ». Cette catégorie d'instruments financiers regroupe des titres divers et multiples, en constante évolution. Ils peuvent prendre la forme d'obligations simples ou assorties d'un autre élément, de « *titres participatifs, qui ont pour point commun avec les obligations d'être des instruments de financement, mais aussi des titres innommés, et en particulier des instruments dérivés, qui prennent la forme d'un titre, inscrit en compte et négociable, et qui ont pour spécificité de poursuivre une finalité de couverture ou de spéculation* »¹⁰⁰⁴. Les titres de créance se regroupent ainsi naturellement en deux catégories en fonction de leur vocation, à savoir participer au financement de l'entreprise (a) ou avoir une finalité de couverture ou de spéculation¹⁰⁰⁵ (b). Chaque type de titres de créance ne sera pas nécessairement appréhendé de la même manière dans le cadre de la résolution des défaillances bancaires.

¹⁰⁰³ Voy. à propos : GOYET C., « Les titres de créance : une catégorie nouvelle, à mi-chemin entre valeurs mobilières et instruments financiers », *LPA*, n° 63, mars 2002, p. 4.

¹⁰⁰⁴ BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier*, 2^{ème} éd., Précis Domat, LGDJ, 2019, p. 468.

¹⁰⁰⁵ Dichotomie proposée notamment dans l'ouvrage : BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier*, *op. cit.*, p. 467 et s.

a) Les titres de financement

478. – Parmi les titres de financement, nous nous intéresserons aux obligations¹⁰⁰⁶, aux titres de créance négociables (TCN), ainsi qu'aux titres participatifs, qui forment trois grands groupes de titres de créances. Parmi les obligations, nous distinguerons celles qualifiées d'ordinaires, de celles dites subordonnées. Préciser les différentes variétés de titres émis par les établissements bancaires et financiers nous sera nécessaire afin de comprendre l'ordre de dépréciation des titres appliqué dans le cadre du droit de la résolution des défaillances bancaires.

479. – Les obligations ordinaires. Définies à l'article L. 213-5 du Code monétaire et financier, elles apparaissent comme « *des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* »¹⁰⁰⁷. Appréhendées comme des titres d'emprunt, elles octroient à leurs titulaires des droits pécuniaires, mais également un droit politique, le droit à l'information¹⁰⁰⁸. Traditionnellement, ce mode de financement était assimilé à un prêt mais les nombreuses exceptions¹⁰⁰⁹, tout comme la jurisprudence¹⁰¹⁰ sont venues remettre en cause cette vision. Le porteur de l'obligation apparaît dès lors davantage comme un créancier qui doit généralement obtenir de son débiteur, en vertu d'un contrat d'émission, le remboursement du capital ainsi que le paiement d'intérêts.

480. – Les obligations subordonnées. L'émetteur des obligations n'est pas contraint de proposer le même statut à tous les porteurs¹⁰¹¹. Il peut ainsi employer un mécanisme de subordination¹⁰¹², lui permettant de proposer différents types d'obligations pour une même opération, des obligations « seniors » et des obligations « juniors » ou subordonnées¹⁰¹³. Ce modèle,

¹⁰⁰⁶ Les obligations sont issues d'une émission globale, contrairement aux titres de créance négociables qui sont émis à l'unité. Parmi les titres émis de manière globale figurent en plus des obligations ordinaires, des obligations structurées et des titres de créance complexes, ainsi que des titres assimilés. Néanmoins, ayant tous pour effet de conférer un droit de créance au porteur du titre envers l'émetteur, nous nous contenterons d'aborder les titres de créances les plus ordinaires.

¹⁰⁰⁷ Cette définition est si large qu'elle permet d'englober outre les obligations simples, des obligations structurées ou des titres de créances complexes. Voy. DRUMMOND F., *Droit financier. Les institutions, les activités, les abus de marché*, Economica, 2020, p. 284.

¹⁰⁰⁸ Il ne s'agit pas d'information sur la société émettrice mais davantage sur l'obligation en elle-même.

¹⁰⁰⁹ Voy. BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier, op. cit.*, 2019, p. 468.

¹⁰¹⁰ Civ 2^{ème}, 23 nov. 2017, n° 16-22.620, *Bull. civ. II*, 2017, n° 217 : *Bull. Joly. Soc.*, 2018, n° 117 p. 37, note COURET A. ; *D.*, 2018, p. 270, note STORCK M., DE RAVEL D'ESCLAPON T. : La Cour considère ici que « *la qualification d'obligation n'est pas subordonnée à la garantie de remboursement du nominal des titres* ».

¹⁰¹¹ Cf. Art. L. 228-97 C. com, qui dispose en substance que parmi les valeurs mobilières représentative d'un droit de créance, peut être stipulé un ordre de priorité des paiements.

¹⁰¹² Mécanisme d'origine légale ou conventionnelle.

¹⁰¹³ Voy. à propos : FAUGEROLAS M., « La subordination de créances », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, *Mél. DERRUPPE J.*, Joly éd., 1991, p. 227 et s. ; GALLAND M., « Régime et finalité des titres super-subordonnés », *Bull.*

souvent qualifié de « *dettes mezzanine* »¹⁰¹⁴, crée une hiérarchie entre les créanciers obligataires, qui peut avoir à jouer notamment en cas de défaillance de l'émetteur. Les créanciers seniors bénéficieront ainsi d'un traitement privilégié par rapport aux créanciers subordonnés¹⁰¹⁵. Ces titres subordonnés font l'objet d'un grand intérêt notamment depuis la crise des *subprimes*, puisqu'ils pourront bénéficier d'une durée indéterminée. Or, cette caractéristique permet d'« *améliorer la surface financière des entreprises* »¹⁰¹⁶ puisque ces titres peuvent dans ce cas être assimilés aux capitaux propres de la société émettrice. En outre, il faut également préciser que la directive « BRRD II »¹⁰¹⁷ est venue créer une nouvelle subdivision parmi les investisseurs disposant de titres de créances subordonnés. On distingue désormais les investisseurs senior préférés, des senior non préférés¹⁰¹⁸. Les seconds bénéficieront d'un statut moins avantageux que les premiers, principalement dans le cadre de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, comme nous pourrions le constater dans la suite de nos développements.

481. – Les titres de créance négociables. Les titres de créance négociables¹⁰¹⁹ se distinguent des obligations en ce qu'ils sont émis à l'unité, « *au coup par coup* »¹⁰²⁰, et non par stocks fongibles. Ils sont définis à l'article L. 213-1 du Code monétaire et financier comme des titres « *émis au gré de l'émetteur ; négociables sur une plate-forme de négociation [...] ou de gré à gré, qui représentent chacun un droit de créance* ». Ces titres peuvent être émis par des établissements de crédit¹⁰²¹ au besoin de financement,

Joly. Soc., 2006, p. 111 ; TREBULLE A., *La notion de subordination des créances*, Thèse, Dact., Paris II, 2002 ; HOUSSIN M., *La subordination de créance, Analyse de la subordination de créance à l'épreuve de la procédure collective*, préf. LUCAS F.-X., LGDJ, 2018.

¹⁰¹⁴ MORVAN J., *Marché et instruments financiers*, 3^{ème} éd., DUNOD, 2017, p. 47.

¹⁰¹⁵ A savoir également qu'un ordre de priorité peut également être établi entre ces créanciers subordonnés en fonction de l'émission dont le titre provient.

¹⁰¹⁶ FAUGEROLAS M., « La subordination de créances », *op. cit.*, 1991, p. 229

¹⁰¹⁷ Directive (UE) n° 2019/879 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et la directive 98/26/CE.

¹⁰¹⁸ Voy. à propos : DE SAUSSURE J., « Obligations seniors non préférées : un premier contact réussi », *Rev. Banq.*, n° 823, août 2017, p. 87 ; DE SAUSSURE J., « Le financement des banques dans un environnement de bail-in : une optimisation sous contraintes inconnues », *Banq. & strat.*, n° 357, avril 2017, p. 46.

¹⁰¹⁹ Les titres de créance négociables sont des titres d'emprunt non fongibles, émis à l'unité. Ils représentent un droit de créance individuel, et se rapprochent ainsi des effets de commerce sans pour autant être soumis au droit cambiaire dès lors qu'ils restent des instruments financiers. Voy. notamment : DRUMMOND F., *Droit financier, op. cit.*, p. 307 et s. ; MARTIN D. R., « Du titre et de la négociabilité (à propos des pseudo-titres de créance négociables) », *D.*, 1993, chron., p. 20 ; DE VAUPLANE H., « Titres de créances négociables : décret n°98-1316 du 31 décembre 1998 et Règlement CRBF du 7 décembre 1998 », *Banq. & droit*, n° 63, janv. 1999, p. 37 ; COURET A., « L'élargissement de la catégorie des titres de créance négociables : les bons à moyen termes négociables », *Bull. Joly Soc.*, 1992, p. 256 ; PAOLIGAGIN V., « La récente réforme des titres de créance négociables en deux mots : simplification et internationalisation », *Bull. Joly. Bourse*, n° 4, juillet 2016, p. 303 ; FERRERE R., TISSIER C., « Le marché des titres de créances négociables fait peau neuve », *Bull. Joly. Bourse*, n° 6, nov. 2016, p. 489.

¹⁰²⁰ BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier, op. cit.*, p. 479.

¹⁰²¹ Les émetteurs de titres de créance négociables sont déterminés à l'article L. 213-3 du Code monétaire et financier.

et confèrent à leurs titulaires des droits pécuniaires¹⁰²² uniquement. Ils se présentent comme des « instruments de financement à mi-chemin entre les effets de commerce classiques et les valeurs mobilières »¹⁰²³.

482. – Les titres participatifs. Les titres participatifs sont particulièrement intéressants dans la mesure où ils sont considérés comme des « quasi-capitaux propres, voire comme des capitaux propres »¹⁰²⁴, puisqu'ils sont appréhendés notamment en cas de faillite de l'établissement, comme des titres de créances subordonnés, qui plus est, de dernier rang. Les investisseurs disposant de titres participatifs apparaissent ainsi comme les créanciers les moins privilégiés au sein des détenteurs de titres de créance.

b) Les titres poursuivant une finalité de couverture ou de spéculation

483. – Les instruments dérivés, titres ou contrats financiers ? Parmi les instruments financiers figurent des titres de créance qui n'ont pas vocation à financer l'entreprise. Ces titres qualifiés de titres financiers dérivés ont pour but de couvrir certains risques¹⁰²⁵ ou de spéculer¹⁰²⁶. Ils ont pour particularité d'être des « actifs dont la valeur ou le prix "dérive" de celle d'un actif sous-jacent¹⁰²⁷ »¹⁰²⁸. Ces titres dérivés semblent ainsi s'éloigner des titres financiers classiques pour se rapprocher des contrats financiers, aussi appelés instruments dérivés à terme. Mais ils restent néanmoins attachés du fait de leur nature¹⁰²⁹, aux titres de créance. L'article D. 211-1 A du Code monétaire et financier, auquel renvoie l'article L. 211-1 III du même code, considère que relèvent de la catégorie des instruments financiers à terme uniquement des contrats. Néanmoins, rien n'empêche la création

¹⁰²² Il s'agit ici encore du paiement d'intérêts et du remboursement à l'échéance. Cf. Art. 322-46 et s., Règlement général AMF.

¹⁰²³ COURET A., LE NABASQUE H., COQUELET M.-A., GRANIER T., PORACCHIA D., RAYNOUARD A., REYGROBELLET A., ROBINE D., *Droit financier*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2019, p. 580.

¹⁰²⁴ MERVILLE A.-D., *Droit financier*, 3^{ème} éd., Gualino, 2017, p. 239.

¹⁰²⁵ Sur les risques économiques et financiers couverts par les produits dérivés v. notamment : JEGOUREL Y., *Les produits financiers dérivés*, La découverte, Coll. Repères, 2005, p. 8 et s. Attention, si les produits dérivés permettent une meilleure couverture des risques individuels, ils peuvent néanmoins accroître le risque systémique, et impacter négativement la stabilité financière, voy. JEGOUREL Y., *Les produits financiers dérivés*, *op. cit.*, p. 110 et s. ; RAHMOUNI-ROUSSEAU I., JASSAUD N., « Innovation, produits structurés et stabilité financière », *Rev. Eco. Fin.*, n° 4, juin 2008, p. 129-149 ; FEYDEL R., « Titrisation et crise financière systémique », *LPA*, n° 65, avr. 2021, p. 14.

¹⁰²⁶ La notion de spéculation est une notion non définie par le droit applicable qui désigne une opération effectuée sur les marchés financiers dans le but d'obtenir un gain en pariant sur la fluctuation de la valeur de titres ou d'indices divers. voy. à propos : COURET A., LE NABASQUE H., COQUELET M.-L., GRANIER T., PORACCHIA D., PAYNOUARD A., REYGROBELLET A., ROBINE D., *Droit financier*, *op. cit.*, p. 886 et s. ; PONTON GRILLET D., « La spéculation en droit privé », *D.*, 1990, chron. 157 ; DE VAUPLANE H., « La spéculation boursière dans le droit et la littérature française du XIX^{ème} siècle », *LPA*, nov. 2006, p. 5.

¹⁰²⁷ MOJUYÉ J.-B., *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures...) en France et aux États-Unis*, LGDJ, 2005, p. 1 : « Ces actifs sous-jacent peuvent-être : « le prix d'un produit physique ou d'une marchandise, le taux de rendement d'une valeur mobilière, le taux d'intérêt d'un emprunt, le taux de change entre deux devises ou l'indice d'une assiette d'actions ».

¹⁰²⁸ BOUCHETA H., « Conflits d'intérêts et produits dérivés », *Bull. Joly. Bourse*, n° spé., déc. 2008, p. 562.

¹⁰²⁹ BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier*, *op. cit.*, p. 481.

d'instruments financiers correspondant à des contrats financiers mais prenant la forme de titres « dont la propriété confère au porteur les droits du souscripteur du contrat »¹⁰³⁰. Il en ressort que les instruments dérivés peuvent aussi bien prendre la forme de titres de créance que de contrats financiers.

484. – La diversité croissante des titres de créance. L'émission de valeurs mobilières étant caractérisée par un principe de liberté¹⁰³¹, les titres dérivés sont extrêmement variés et en perpétuelle mutation¹⁰³². L'innovation financière constante ne cesse d'en agrandir la liste. Néanmoins, parmi les instruments dérivés prenant la forme de titres financiers dérivés, sont classiquement étudiés¹⁰³³ les warrants financiers¹⁰³⁴, les certificats de valeur garantie¹⁰³⁵ ou encore les « *credit linked notes* »¹⁰³⁶. Titres innommés¹⁰³⁷, leur régime n'est pas établi par la loi mais par les statuts de la société émettrice ou par le contrat d'émission lui-même. Les « *credit linked notes* »¹⁰³⁸ et les certificats de valeur garantie¹⁰³⁹ sont considérés comme des titres de créance. Le cas des warrants financiers est différent dans la mesure où ils peuvent être assimilés en fonction de la nature de leurs sous-jacents, tantôt à des titres de capital, tantôt à des titres de créance¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁰ DRUMMOND F., *Droit financier, op. cit.*, p. 298.

¹⁰³¹ L'article L. 228-36 A du Code de commerce dispose en effet que « les sociétés par actions peuvent émettre toutes valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance dans les conditions du présent livre ainsi que toutes autres valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance dans les conditions prévues par les statuts ou, le cas échéant, par le contrat d'émission ».

¹⁰³² JEGOUREL Y., *Les produits financiers dérivés, op. cit.*, p. 6.

¹⁰³³ Voy. DRUMMOND F., *Droit financier, op. cit.*, p. 298 et s. ; BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A. C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier, op. cit.*, p. 481 et s. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive énumérant les titres dérivés, seulement de quelques exemples.

¹⁰³⁴ Les warrants financiers sont des titres dérivés qui permettent à un investisseur de parier sur les variations de la bourse. Un warrant peut être défini comme « le droit d'acheter ou de vendre un actif financier dans des conditions de prix et de durée définies à l'avance ». Voy. à propos : MERVILLE A.-D., *Droit financier, op. cit.*, p. 253 et s. ; DRUMMOND F., *Droit financier, op. cit.*, p. 298 et s. ; DE NAYER M.-C., « Warrants financiers », *Dictionnaire Joly Bourse et produits financiers*, n° 1, 1995, p. 7.

¹⁰³⁵ Voy. à propos : MERVILLE A.-D., *Droit financier*, 2017, p. 255 ; DRUMMOND F., *Droit financier, op. cit.*, p. 302-303 ; BOUGNOUX A., « Certificat de valeur garantie », *J.Cl. Banq., crédit, bourse*, Fasc. 2045, déc. 2003, n°19 et s., p. 6 et s.

¹⁰³⁶ Voy. GAUVIN A., *Droit des dérivés de crédit*, Rev. Banq éd., 2002, p. 297-298 : L'auteur s'interroge notamment sur la nature des « *credit link notes* » et leur appartenance à la catégorie des titres de créance.

¹⁰³⁷ BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier, op. cit.*, p. 481.

¹⁰³⁸ Les « *credit linked note* » apparaissent comme des instruments dérivés mais restent tout de même des titres négociables. Ils représentent des droits de créance complexes et c'est cela qui les distingue des contrats financiers. Voy. à propos notamment : BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier, op. cit.*, p. 484 ; DRUMMOND F., *Droit financier, op. cit.*, p. 301-302. LAURENT J.-P., « Les dérivés de crédit », *Rev. Eco. Fin.*, n° 59, 2000, p. 120.

¹⁰³⁹ « Décision CMF » n° 98-12 du 1^{er} juillet 1998 et « Décision CMF » n° 2000-03 relative à la classification des instruments financiers pour l'application de l'article 4-1-32 du Règlement général du CMF : Confirme l'appartenance des Certificats de valeur garantie aux titres de créance.

¹⁰⁴⁰ Si le warrant porte sur une action, il sera alors assimilé à un titre de capital, s'il porte sur une autre chose (titre, indice, devise...), il sera considéré comme un titre de créance.

2) L'analyse de la nature des titres de créance

485. – Un bouclier juridique. Les titres de créances dont peuvent disposer les investisseurs ont ainsi été précisés, tout comme leurs principales caractéristiques. Cela nous permettra de comprendre plus aisément les incidences de l'instrument de renflouement interne sur les droits des investisseurs détenant ces différents titres, en fonction de leur catégorie. En effet, le traitement mis en œuvre par le biais de l'instrument de renflouement interne sera différent selon le titre de créance auquel il s'applique. Dans le cadre de cette analyse, il convient en outre de s'intéresser à la nature de ces titres de créance, afin de constater l'existence ou non d'un bouclier juridique susceptible de protéger les investisseurs face à l'application de cet instrument exorbitant. Or, ce bouclier pourrait être le droit de propriété. La question se pose donc de savoir si les investisseurs disposant de titres de créance peuvent être définis comme des propriétaires et bénéficier de la protection offerte par le droit de propriété, à l'égard de l'expropriation partielle ou totale qui peut être réalisée dans le cadre d'une procédure de résolution. Or, pour bénéficier d'un droit de propriété encore faut-il être en possession d'un bien. En ce sens, il convient de s'intéresser à la nature des titres de créance.

486. – Nature de l'obligation. Les titres de créance semblent de prime abord, en vertu de leur nom et des prérogatives qu'ils octroient à leurs titulaires, devoir être considérés comme ayant la nature de créances. Or, le législateur en a décidé autrement en ce qui concerne les obligations. L'article 529 du Code civil dispose en ce sens que ces dernières sont qualifiées par détermination de la loi de bien meuble¹⁰⁴¹. L'article offre ainsi le même statut aux obligations qu'aux actions. Par conséquent, l'obligation prise en tant que telle semble pouvoir être considérée, au même titre que l'action, comme un bien meuble incorporel, pouvant intégrer un patrimoine, être cédée et même commercialisée.

488. – Une composition commune à tous les titres de créance. L'obligation apparaît comme le modèle principal des titres de créance. Par conséquent, on peut se demander si la nature de celle-ci doit être étendue à tout autre titre de créance. Si l'ensemble des titres de créances ne sont pas abordés par l'article 529 du Code civil, ils n'ont pas pour autant une composition différente de l'obligation. En effet, tous les titres de créance apparaissent comme des inscriptions en compte représentant une valeur économique et peuvent intégrer un patrimoine, être cédés et

¹⁰⁴¹ L'article 529 du Code civil dispose que : « *Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société* ».

commercialisés. En ce sens, ils ne devraient pas disposer d'une nature différente des obligations. Par conséquent, il semble que la nature de bien accordée aux obligations doit pouvoir être étendue à tous titres de créance, dès lors qu'ils disposent effectivement des mêmes caractéristiques.

C) La nature similaire des titres hybrides

489. – Des titres financiers complexes. Enfin, notons qu'il existe aussi des titres hybrides, dont la nature peut interroger. Ceux-ci pourront être impliqués dans la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, ainsi il convient d'y accorder quelques lignes.

Les titres hybrides, aussi qualifiés de titres financiers complexes¹⁰⁴², viennent remettre en cause la classique *summa divisio* entre les titres de capital et les titres de créance¹⁰⁴³, en proposant des titres composés¹⁰⁴⁴. Ces titres peuvent prendre la forme de titres de créance convertibles en titre de capital, ou à l'inverse de titres de capital convertibles en titres de créance¹⁰⁴⁵. Ils sont principalement régis par le Code de commerce¹⁰⁴⁶, aux articles L. 228-91 et suivants, et sont gouvernés par un principe de liberté d'émission¹⁰⁴⁷. En outre, ils font l'objet, tout comme les titres de créance simples, d'une grande diversité¹⁰⁴⁸. Parmi ces titres hybrides on peut observer les obligations contingentes convertibles¹⁰⁴⁹, très populaires notamment depuis la crise des *subprimes*. Tout comme les obligations subordonnées, elles sont particulièrement utiles pour les établissements de crédit, puisqu'elles peuvent être prises en compte dans les ratios de fonds propres qui leur sont imposés.

¹⁰⁴² Ces titres hybrides, sont souvent qualifiés par la doctrine de complexes ou de composés. V. notamment : COURET A., LE NABASQUE H., COQUELET M.-L., GRANIER T., PORACCHIA D., PAYNOUARD A., REYGROBELLET A., ROBINE D., *Droit financier, op. cit.*, p. 375 et s. ; LE NABASQUE H., PIETRANCOTA A., « Propositions de modification des dispositions du code de commerce relatives aux titres financiers complexes », *Rev. Trim. Fin.*, oct. 2013, p. 95 et s. ; LE NABASQUE H., PIETRANCOSTA A., « La réforme des "titres financiers complexes" par l'ordonnance du 31 juillet 2014 », *Bull. Joly. Soc.*, n°7, nov. 2014, p. 486-496 ; LUCAS F.-X., « L'ordonnance no2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *BMIS*, nov. 2014, p. 473 ; REYGROBELLET A., « La réforme des valeurs mobilières complexes par l'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *Bull. Joly. Bourse.*, n° 11, nov. 2014, p. 564.

¹⁰⁴³ LUCAS F.-X., « La distinction des titres de capital et des titres de créance », in *Quel avenir pour le capital social ?*, COURET A., LE NABASQUE H. (dir.), Dalloz, 2004, p. 21 et s.

¹⁰⁴⁴ V. BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R., *Droit financier, op. cit.*, p. 485 et s.

¹⁰⁴⁵ À propos de la définition et du régime de la conversion des titres financiers v. THOBIE A., « La conversion des titres », *Rev. Trim. Dr. Fin.*, n° 4, 2020, p. 10.

¹⁰⁴⁶ Cf. Art. L. 228-91 à L. 228-106 CMF.

¹⁰⁴⁷ Voy. DRUMMOND F., « Un nouveau principe : La liberté d'émettre "toutes valeurs mobilières" », *Rev. Banc. Fin.*, n° 5, sept. 2004, p. 361-364.

¹⁰⁴⁸ On distingue parmi ces titres hybrides notamment : les obligations convertibles en actions, les obligations à bons de souscription d'actions, les actions à bons de souscription d'actions, les obligations convertibles et/ou échangeables en actions nouvelles ou existantes, les obligations remboursables en actions ou encore les obligations à bons de souscription d'obligations.

¹⁰⁴⁹ Voy. à propos : BLIMBAUM J., GIRARD O., « Les obligations contingentes convertibles : un nouvel instrument à l'épreuve de la réglementation financière », *RD Banc. Fin.*, n° 1, janv. 2012, étude 1 ; SIBONE H. J., « L'émission de contingente convertible bonds peut-elle réellement contribuer à sauver les banques européennes ? », *LPA*, mai 2017, p. 6 ; BAITASSOVA A., CHEN S., « La réaction des marchés à l'émission d'obligations contingentes convertibles », *Banq & Strat.*, n° 357, avr. 2017, p. 25.

Ainsi, en cas de défaillance de l'établissement de crédit émetteur et de l'ouverture d'une procédure de résolution, ces titres pourront être convertis pour renforcer les fonds propres de l'établissement défaillant. Ils offrent par conséquent à leurs porteurs des prérogatives attachées tantôt aux titres de créance, tantôt aux titres de capital en fonction de leur état. En répondant aux mêmes caractéristiques que les titres que nous avons pu précédemment aborder, ils semblent légitimement pouvoir bénéficier du même statut et être appréhendés également comme des biens.

§2 : L'ADMISSION DE LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS EN TITRES FINANCIERS

490. – Les titres financiers pouvant être définis comme des biens, l'attribution d'un droit de propriété aux investisseurs titulaires de titres financiers doit être opérée (I). Cependant, cette affirmation paraît plus difficilement admissible dans le cas des déposants. En effet, ceux-ci semblent de prime abord devoir être appréhendés comme de simples créanciers. L'attribution d'un droit de propriété aux déposants semble donc plus complexe (II). Il convient dans ce contexte d'aborder la question controversée de la propriété des créances, pour déterminer si ces sujets de droit particuliers peuvent bénéficier de la protection accordée aux propriétaires de biens.

I) L'attribution justifiée d'un droit de propriété aux titulaires de titres financiers

432. – **Droit réel de l'investisseur et valeur économique du titre financier.** Il ressort de nos précédents développements, que les titres financiers doivent être définis comme des biens meubles incorporels, composés d'une inscription dématérialisée sur un compte-titre représentant une valeur économique. Par conséquent, si les investisseurs sont souvent qualifiés de titulaires de titres, il paraît *in fine* plus approprié de les qualifier de titulaires des comptes-titres sur lesquels leurs actifs sont inscrits. Par ailleurs, il doit être considéré que tout investisseur dispose d'un droit réel sur son titre. Il apparaît ainsi comme le propriétaire¹⁰⁵⁰ d'un bien meuble incorporel, d'une « *valeur économique et patrimoniale* »¹⁰⁵¹, cessible et commercialisable. Le caractère immatériel de ce bien n'altère pas ce constat. C'est d'ailleurs l'interprétation qu'a retenue le législateur dans la rédaction de l'article L. 211-4 du Code monétaire et financier qui dispose que « *le compte-titres est ouvert ou l'inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé est réalisée, au nom d'un ou de plusieurs titulaires, propriétaires des titres financiers qui y sont inscrits* ». Ainsi, les investisseurs ayant acquis des titres de capital, des titres

¹⁰⁵⁰ TERRE F., SIMLER P., *Les biens, op. cit.*, 2018, p. 73.

¹⁰⁵¹ EMERICH Y., *La propriété des créances : approche comparative*, LGDJ, 2007, p. 88-89.

de créance ou encore des titres hybrides¹⁰⁵², disposent effectivement d'un droit de propriété sur leurs biens. Précisons néanmoins que la propriété de ces investisseurs porte exclusivement sur leurs titres et la valeur qu'ils représentent, et non sur des actifs de l'entreprise émettrice, ni sur une partie de celle-ci.

II) L'attribution complexe d'un droit de propriété aux déposants

491. – Une hypothèse paradoxale. Contrairement au cas des investisseurs, la qualité de propriétaire des déposants n'est pas évidente. Le dépôt de sommes d'argent auprès d'un établissement de crédit entraîne un transfert de propriété desdits fonds, et n'offre en ce sens au déposant qu'un droit de créance. La question se pose alors de savoir si une propriété des créances peut être admise dans ce cas. En effet, pour que les déposants puissent bénéficier d'une protection légale lors de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne au cours d'une procédure de résolution, il est nécessaire de s'assurer qu'ils puissent être considérés comme disposant d'un droit de propriété. Dans cette hypothèse, l'existence d'un tel droit induira également de vérifier la légalité dudit instrument à l'aune du droit de propriété. Or, de prime abord, il semble difficilement admissible que les déposants puissent bénéficier d'un droit de propriété, dans la mesure où les créances ne peuvent être définies comme des biens. La *summa divisio* entre les droits réels et les droits personnels¹⁰⁵³ rend la conception d'une propriété des créances difficile. Néanmoins, certains auteurs, suivis par la jurisprudence et le législateur, ont pu mettre en exergue des cas particuliers où la propriété de créances a pu être admise.

492. – La conception doctrinale et jurisprudentielle de la propriété des créances. L'opposition entre les droits réels¹⁰⁵⁴ et les droits personnels¹⁰⁵⁵ est une conception traditionnelle du droit des biens, à laquelle nombre de juristes sont particulièrement attachés. Cette distinction oppose en somme les biens susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété et les créances, dont

¹⁰⁵² Un arrêt récent énonce que les obligations convertibles font l'objet d'un droit de propriété. Cf. Cass. Com., 10 févr. 2021, n° 18-24.443, *Sté Nord Croissance*, NP ; *Bull. Joly Soc.*, n° 5, mai 2021, p. 52, note MOULIN J.-M.

¹⁰⁵³ Voy. à propos notamment : LAKSSIMI T., *La summa divisio des droits réels et des droits personnels*, *Étude critique*, préf. JACQUES P., Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 155, 2016.

¹⁰⁵⁴ Les droits réels correspondent eux « au rapport de droit entre une personne et une chose en vertu duquel le titulaire du droit est en mesure d'exercer une ou plusieurs prérogatives sur la chose afin d'en tirer directement tout ou partie de ses utilités » ; cf. MALASSIGNE V., *Les titres représentatifs. Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, préf. GHOZI A., Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 158, 2016, p. 110.

¹⁰⁵⁵ Les droits personnels caractérisent « le droit pour une personne d'exiger d'une autre personne l'exécution d'une prestation déterminée » ; cf. MALASSIGNE V., *Les titres représentatifs, Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, *op. cit.*, p. 110.

on ne peut en principe qu'être titulaire¹⁰⁵⁶. Ainsi pour beaucoup, l'idée d'un droit de propriété porté sur une créance paru longtemps inconcevable. Ces derniers considéraient alors qu'il s'agissait d'un abus de langage, juridiquement contestable. Néanmoins, d'autres auteurs ont pu soutenir l'hypothèse contraire. Des exemples pratiques sont également venus mettre à mal cette conception juridique ; certaines créances devant objectivement et substantiellement être appréhendées comme des biens.

La conception de la propriété des créances a été amorcée par la doctrine¹⁰⁵⁷ qui a pu établir les contours de la notion¹⁰⁵⁸. Il est désormais admis qu'une créance puisse constituer « *à la fois un lien et un bien* »¹⁰⁵⁹. Toutefois, l'assimilation d'une créance à un bien reste limitée à certains cas, principalement aux créances de sommes d'argent¹⁰⁶⁰. Pour certains, « *l'idée de propriété des créances trouve son premier appui dans leur cessibilité* »¹⁰⁶¹. Pour d'autres, « *le critère central de la qualification de biens réside encore dans la valeur économique* »¹⁰⁶². Cette conception a pu être confirmée dans certains cas par le législateur. Ces cas ont notamment pu être mis en exergue par le Professeur Emerich, dans sa thèse relative à la propriété des créances¹⁰⁶³. Il y aborde par exemple la réglementation relative à la cession Daily ou la réforme des régimes matrimoniaux par la loi de 1965¹⁰⁶⁴, qui illustrent l'existence d'une propriété des créances. Celle-ci a également été mise en exergue par la jurisprudence française¹⁰⁶⁵, inspirée par l'appréhension extensive de la notion de bien dont font preuve les juges européens¹⁰⁶⁶, que nous pourrions développer dans la suite de nos réflexions.

493. – Application au cas des dépôts. En ce qui concerne les dépôts effectués auprès d'établissement de crédit, ils constituent indéniablement des créances de sommes d'argent. Celles-ci sont déterminées, puisque leurs montants, leurs débiteurs et leurs créanciers sont établis. En effet, l'activité de réception de fonds du public des établissements de crédit soumet ces derniers à

¹⁰⁵⁶ Voy. EMERICH Y., *La propriété des créances, Approche comparative, op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁵⁷ Les premiers développements sur la question reviennent certainement à Ginossar dans sa thèse : GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960.

¹⁰⁵⁸ Voy. notamment : EMERICH Y., *La propriété des créances, Approche comparative, op. cit.*, 2008 ; SCAPEL J., *La notion d'obligation réelle*, thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002 ; FRANCOIS J., « Les créances sont-elles des biens ? », in *Mél. LARROUMET C.*, *Economica*, 2010, p. 49 et s.

¹⁰⁵⁹ DROSS W., « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*, 2012, p. 427.

¹⁰⁶⁰ Voy. en ce sens : BILLIAU M., *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002, p. 27 ; DROSS W., *Droit des biens*, 5^{ème} éd., LGDJ, Précis Domat, 2021, p. 418.

¹⁰⁶¹ DROSS W., « Une approche structurale de la propriété », *op. cit.*, p. 427.

¹⁰⁶² LAKSSIMI T., *La summa divisio des droits réels et des droits personnels, Étude critique, op. cit.*, 2016, p. 228.

¹⁰⁶³ EMERICH Y., *La propriété des créances, Approche comparative, op. cit.*, 2008.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem* p. 93-102.

¹⁰⁶⁵ V. à propos : REVET T., « La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2010, p. 584 ; MAZEAUD V., « Droit réel, propriété et jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2014, p. 29.

¹⁰⁶⁶ Pour des exemples d'interprétations extensives de la notion de bien en droit européen, v. notamment : CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis andreadis c/ Grèce*, n°13427/83 ; CEDH, 7 oct. 2005, n° 11810/03 ; CEDH, 14 févr. 2006, n° 67847/01.

des obligations pratiques permettant le suivi de ces informations¹⁰⁶⁷. Ces créances de sommes d'argent sont également certifiées par leur inscription en compte. En disposant de ces caractéristiques, ces créances peuvent faire l'objet d'un droit de propriété¹⁰⁶⁸. Les déposants doivent ainsi pouvoir bénéficier de la protection accordée par le droit de propriété.

SECTION II :

L'ALTÉRATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ PAR L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE

494. – L'existence d'un droit de propriété des déposants sur leurs dépôts, ainsi que des investisseurs sur leurs biens financiers ayant été mise en exergue, il convient désormais de s'intéresser aux incidences du droit de la résolution des défaillances bancaire sur ce droit, et plus particulièrement de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne. Si cet outil exorbitant est nécessité parce qu'il permet à un établissement défaillant de respecter à nouveau ses exigences de fonds propres (§1), il procède à une dépréciation des actifs (§2), qu'il conviendra d'analyser.

§1 : UN INSTRUMENT DESTINÉ À ASSURER LE RESPECT DES EXIGENCES DE FONDS PROPRES

495. – La mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne (B) dans le cadre d'une procédure de résolution porte indéniablement atteinte au droit de propriété des déposants et des propriétaires de titres financiers. Le choix d'édifier un tel instrument met en exergue la primauté accordée par le législateur au maintien des exigences de fonds propres (A) sur les droits de certains propriétaires.

I) La primauté accordée au respect des exigences de fonds propres

496. – Les exigences de fonds propres imposées aux établissements de crédit (1) doivent être rappelées, afin de mieux appréhender la manière dont l'instrument de renflouement interne va

¹⁰⁶⁷ Voy. à propos : BONHOMME R., « Dépôt et compte en banque – Dépôt de fonds », *Rep. Com.*, oct. 2017, actualisé sept. 2022.

¹⁰⁶⁸ SALORD A., DE VAUPLANE H., « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », *Rev. Banq.*, n° 765, nov. 2013, p. 44 : « La créance de somme d'argent détenue à l'encontre d'une banque, qu'elle soit matérialisée par un titre ou consacrée par un contrat, est donc un bien au sens de la CEDH ».

agir (2) pour assurer la stabilité et la pérennité des établissements de crédit, ainsi que plus largement des marchés bancaires et financiers.

A) Le respect des exigences de fonds propres, finalité première de l'instrument de renflouement interne

497. – Réglementation encadrant les fonds propres des établissements de crédit. Les fonds propres doivent être définis comme des actifs dont les établissements de crédit doivent disposer en quantité suffisante pour pallier d'éventuels chocs inattendus. Ils peuvent ainsi être assimilés à des réserves obligatoires destinées à assurer la stabilité et la résilience de ces entités. Ces fonds ont fait l'objet de divers règlements et directives, suivant le modèle des accords de Bâle, dont ils reprennent la substance¹⁰⁶⁹. En 2019, le règlement « CRR »¹⁰⁷⁰ et la directive « CRD IV »¹⁰⁷¹, ont été complétés par le règlement « CRR II »¹⁰⁷² et la directive « CRD V »¹⁰⁷³, venus intégrer dans le corpus juridique applicable les exigences de ce que certains appellent les Accords de « Bâle IV »¹⁰⁷⁴. Ces nouvelles exigences ont été transposées en droit français par une ordonnance en date du 21 décembre 2020¹⁰⁷⁵. Le législateur européen tend désormais à finaliser ce corpus de règles destinées à renforcer la résilience des banques européennes, en proposant un nouveau paquet bancaire « CRR III/CRD VI », qui viendront constituer la « dernière pierre à l'édifice des réformes réglementaires engagées à

¹⁰⁶⁹ Voy. à propos : LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERÉSÉO N., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021, p. 144 et s.

¹⁰⁷⁰ Règlement (UE) n° 575/2013, dit « CRR », du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement.

¹⁰⁷¹ Directive 2013/36/UE, dite « CRD IV », du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et à la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

¹⁰⁷² Règlement (UE) n° 2019/876, dit « CRR II », du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019, modifiant le règlement (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 règlement (UE) n° 648/2012.

¹⁰⁷³ Directive (UE) n° 2019/878, dite « CRD V », du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 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 propre.

¹⁰⁷⁴ Voy. à propos : DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTANI H., *Gestion de la banque*, Dunod, 9^{ème} éd., 2020, p. 61 ; LÉBOUCHER S., « Bâle IV : de quoi parle-t-on ? », *Rev. Banq.*, n° 795, mars 2016, p. 24 ; FERNANDEZ-BOLLO E., « Achever Bâle III », *Rev. Banq.*, n° 795, mars 2016, p. 28 ; BILGER M., « Finalisation de Bâle III-Bâle IV : les termes de l'accord à la loupe », *Rev. Banq.*, n° 815, déc., 2017, p. 100 ; COLOMB E., « Banques européennes : Bâle IV effraie, l'Union bancaire suscite l'espoir », *Rev. Banq.*, n° 836, oct. 2019, p. 16 et s.

¹⁰⁷⁵ Ordonnance n° 2020-1635 du 21 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière.

la suite de la crise de 2007-2009 »¹⁰⁷⁶. La Commission européenne a en ce sens déjà publié une proposition de directive le 27 octobre 2021¹⁰⁷⁷.

498. – Des exigences quantitatives. La réglementation européenne prévoit la composition des fonds propres des établissements de crédit et les contraint à respecter certaines exigences, afin de limiter leur risque de défaillance. Ces fonds doivent représenter au moins 8% des actifs pondérés en fonction des risques, pour chaque établissement. Ces 8% sont répartis en diverses catégories. Il convient de détailler ces différentes catégories puisque cela nous permettra de comprendre l'ordre de dépréciation des titres qui peut être réalisé dans le cadre de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne. Cependant, dans le cadre de cette étude, nous ne développerons pas les détails techniques relatifs à ces exigences prudentielles. Notons par ailleurs, que celles-ci devraient être amenées à évoluer, à l'aune de la finalisation des réformes bancaires en la matière.

499. – Première catégorie de fonds propres obligatoires. Figure en premier, un bloc de 4,5% qui constitue le « *noyau dur* »¹⁰⁷⁸ et correspond à ce que l'on nomme les fonds propres de base de catégorie 1. Ce premier bloc, souvent appelé par sa terminologie anglo-saxonne « *Common Equity Tier 1* » ou « *CET 1* », est composé de capitaux propres¹⁰⁷⁹, soit d'actions ordinaires, des primes d'émission associées, des résultats non distribués ainsi que des fonds bancaires pour risques bancaires généraux¹⁰⁸⁰.

500. – Seconde catégorie de fonds propres obligatoires. Le second bloc correspond à ce que l'on appelle les fonds propres additionnels de catégorie 1, ou selon leur terminologie anglo-saxonne « *Additionnal Tier 1* » ou « *AT 1* ». Il représente 1,5% des 8% obligatoires. Ce bloc est composé d'instruments de dette perpétuelle, dégagés de toute incitation ou obligation de remboursement.

501. – Troisième catégorie de fonds propres obligatoires. Le troisième bloc composé des fonds propres de catégorie 2, ou selon sa terminologie anglo-saxonne « *Tier 2* », comprend les

¹⁰⁷⁶ Banque de France, « Paquet bancaire CRR3/CRD6 : de nouvelles règles pour renforcer la résilience des banques européennes », mars 2022.

¹⁰⁷⁷ Proposition de directive de la Commission européenne et du Conseil modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les pouvoirs de surveillance, les sanctions, les succursales de pays tiers et les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance, modifiant la directive 2014/59/UE.

¹⁰⁷⁸ DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., GABTINI H., *Gestion de la banque, op. cit.*, p. 61 et s.

¹⁰⁷⁹ *Idem.*

¹⁰⁸⁰ LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ERÉSÉO N., *droit bancaire, op. cit.*, p. 150.

instruments de dette subordonnée d'une durée initiale d'au moins 5 ans, et les titres qui ne peuvent être remboursés qu'à l'initiative de l'émetteur et avec l'accord de l'autorité bancaire compétente.

502. – Catégorie additionnelle, les coussins de fonds propres. À ces trois blocs s'ajoutent des coussins de fonds propres, auxquels certains établissements peuvent être soumis¹⁰⁸¹. Les établissements de crédit peuvent en effet être assujettis à des obligations de fonds propres supplémentaires, afin de prendre en compte des risques divers comme les cycles économiques, les risques macroéconomiques ou encore les risques systémiques.

503. – Respect des exigences de fonds propres. Les établissements de crédit sont tenus de respecter l'ensemble de ces exigences. Dans le cas contraire, ils pourraient se voir sanctionner, voire être amenés à perdre leur agrément¹⁰⁸². Par ailleurs, si un établissement de crédit connaît des difficultés financières telles qu'il n'est plus en mesure de respecter ses exigences de fonds propres, une procédure de résolution peut être ouverte pour restructurer son bilan, afin qu'il se conforme à nouveau aux dites exigences, dès lors qu'il remplit les conditions de celle-ci. C'est dans cette hypothèse que l'instrument de renflouement interne aura vocation à s'appliquer. Ainsi, permettre aux établissements de crédit de respecter leurs exigences de fonds propres lorsqu'ils sont défaillants semble être sa principale finalité.

B) Le fonctionnement de l'instrument de renflouement interne

504. – Objectifs de l'instrument de renflouement interne. En pratique, la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne va permettre à un établissement de crédit défaillant de procéder à la modification de son passif pour diminuer celui-ci. Cela aura ainsi pour effet de permettre à l'établissement de retrouver une certaine stabilité financière. Cet instrument offre à l'entité soumise à une procédure de résolution, la possibilité de respecter à nouveau les conditions de son agrément, de poursuivre ses activités et de conserver un niveau de confiance suffisant sur les marchés financiers¹⁰⁸³. Cependant, en procédant à la restructuration des dettes de l'établissement, il porte atteinte aux droits de ses créanciers. Ainsi, cet instrument doit être défini comme exorbitant et attentatoire au droit de propriété. Pour cette raison, il ne peut être employé que s'il permet de remplir un ou plusieurs objectifs de la résolution. Les objectifs du droit de la

¹⁰⁸¹ Art. L.511-44-1 A CMF.

¹⁰⁸² Sur le retrait d'agrément des établissements de crédit voy. : Art. L.511-15 CMF.

¹⁰⁸³ Cf. Art. L. 613-55 CMF.

résolution des défaillances bancaires sont, rappelons-le, assurer la continuité des fonctions critiques des établissements de crédit défaillants, limiter les effets négatifs sur la stabilité financière, éviter le renflouement de l'établissement par des fonds publics et protéger les actifs de ses clients¹⁰⁸⁴.

505. – Mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne. La mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne dans le cadre d'une procédure de résolution a pour effet de modifier les engagements de l'établissement défaillant. Pour cela, ledit instrument vient directement agir sur les titres financiers émis par l'établissement, ainsi que sur les créances dont il est débiteur. En ce sens, afin de réduire les dettes de l'établissement et de renforcer ses fonds propres, ses engagements pourront être dépréciés et leur valeur pourra être réduite, parfois jusqu'à zéro. Les engagements de l'établissement pourront également se voir convertis en instruments de fonds propres de catégorie 1, principalement en titres de capital, ou bien tout simplement être annulés. Le principe de cet instrument de résolution est donc *in fine* de permettre à un établissement défaillant d'absorber ses pertes¹⁰⁸⁵, tout en évitant à l'État d'accueil d'intervenir en injectant des deniers publics. La conséquence directe de l'application de cet instrument est la préservation de la stabilité financière. Mais il aura concurremment pour effet de contribuer au maintien des activités et fonctions critiques de l'établissement. Enfin, en ce qui concerne la préservation des actifs des clients de l'établissement défaillant, qui est également un des objectifs du droit de la résolution des défaillances bancaires, les effets de l'instrument de renflouement interne sur ce dernier peuvent être critiquables en fonction des garanties dont pourront disposer les créanciers, ainsi que de leurs rangs.

506. – Titres régis par un pays tiers. Il est nécessaire de préciser que lorsqu'un titre financier est régi par le droit d'un pays tiers à l'espace économique européen, il est nécessaire que le contrat déterminant l'engagement de l'établissement de crédit concerné, prévoit que le créancier ait eu connaissance et ait accepté la possibilité future que son titre puisse être réduit, converti ou annulé, par l'autorité de résolution compétente dans le cadre de ses fonctions si une procédure de résolution devait être mise en œuvre à l'égard dudit établissement¹⁰⁸⁶. Ainsi, la reconnaissance du pouvoir de renflouement interne repose sur la technique contractuelle. En ce sens, la directive « BRRD II »¹⁰⁸⁷ impose aux établissements de crédit établis dans l'Union européenne, et à leurs

¹⁰⁸⁴ Cf. Art. L. 630-50 CMF.

¹⁰⁸⁵ Voy. BARRIERE F., « Le droit de propriété à l'épreuve du renflouement interne des banques », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, Actualité du droit de l'entreprise, LexisNexis, 2017, p. 179.

¹⁰⁸⁶ V. Art. L. 613-55-13 CMF.

¹⁰⁸⁷ Directive (UE) n° 2019/879 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et la directive 98/26/CE.

succursales établies à l'intérieur ou à l'extérieur de celle-ci, d'inscrire dans leurs contrats une clause de reconnaissance mutuelle du renflouement interne. Ainsi, les co-contractants des établissements de crédit admettent *ex ante* être liés par les décisions pouvant être prises par les autorités de résolution compétentes en cas de résolution de l'établissement concerné. Il faut cependant préciser que l'absence de cette clause ne peut toutefois pas entraîner la nullité du contrat, mais pourra conduire à la sanction de l'établissement¹⁰⁸⁸. La créance devrait quant à elle être rendue inopposable à la procédure de résolution.

II) L'application de l'instrument de renflouement interne

507. – Lorsque les conditions d'ouverture d'une procédure de résolution sont remplies, l'autorité compétente peut décider de mettre en œuvre l'instrument de renflouement interne. Pour cela, elle devra nécessairement procéder à la valorisation de l'établissement afin de déterminer l'étendue des difficultés rencontrées par celui-ci et les actifs devant être dépréciés, convertis ou annulés par l'instrument de renflouement interne. Cette application produit des effets à la fois immédiats (A) et étendus (B) sur les déposants et les propriétaires de titres financiers émis par l'établissement défaillant.

A) Des effets immédiats

508. – L'application de l'instrument de renflouement interne par l'autorité de résolution compétente emporte des effets sur les déposants et les propriétaires de titres financiers émis par l'établissement soumis à ladite procédure. Ces effets s'appliquent de plein droit, et toute clause prévoyant le contraire doit être considérée comme inopposable à la procédure.

Les mesures de réduction, de conversion ou encore d'annulation des titres émis par l'établissement produisent leurs effets immédiatement, à l'égard de l'établissement et des propriétaires concernés. Ainsi, la décision d'ouverture d'une procédure de résolution et de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, n'est soumise à aucune exigence de forme, de notification *ex ante* ou autre. L'autorité ne nécessite pas non plus d'un titre lui permettant d'exécuter sa décision.

¹⁰⁸⁸ Voy. à propos : MOROY J., « Clause de bail-in : la révision de la directive BRRD va-t-elle régler les difficultés, aggravées par le Brexit ? », *Bull. Joly. Bourse*, n° 3, mai 2019, p. 52.

B) Des effets étendus

509. – Lorsque la dépréciation d'un titre conduit à ce que sa valeur devienne nulle, cet élément du passif, tout comme les obligations ou créances qui en découlent et qui ne sont pas échues lors de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, sont éteints. Les intérêts attachés aux titres éteints le sont également. Cette extinction rend inopposable les créances à d'éventuelles futures procédures à l'égard de l'entité en résolution ou à l'égard de celles qui pourraient lui succéder.

Si la valeur d'un titre émis est seulement dépréciée sans pour autant être réduite à zéro, la partie restante est dû et la créance relative au montant déduit est éteinte. Si des intérêts sont attachés au titre, ils doivent être réévalués sur la base du montant résiduel de la créance.

§2 : LA DÉPRÉCIATION DES TITRES FINANCIERS ET DES CRÉANCES

510. – La dépréciation des titres financiers émis par les établissements de crédit défaillants, ainsi que des créances dont ils sont débiteurs aux titres des dépôts qu'ils ont reçus, s'effectue selon un ordre défini et propre au droit de la résolution des défaillances bancaires (A). Cependant, certains engagements peuvent se voir exclus de l'application de l'instrument de renflouement interne (B), et viennent ainsi se soustraire aux effets dudit instrument.

I) Un ordre défini de dépréciation des créances

511. – Dans le cadre d'une procédure de résolution et de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, seront dépréciés, convertis ou annulés en priorité, les titres financiers qui sont considérés comme relevant de la catégorie des fonds propres de l'établissement (1). Si leur altération ne suffit pas à rétablir la situation financière de l'établissement défaillant et à lui permettre de respecter à nouveau ses engagements, des dépréciations supplémentaires pourraient être opérées (2).

A) La dépréciation prioritaire des titres relevant de la catégorie des fonds propres

512. – **Premier niveau de dépréciation : les fonds propres de catégorie 1.** Le droit de la résolution des défaillances bancaires prévoit expressément que les actionnaires doivent être les

premiers à participer au renflouement des établissements de crédit défaillants¹⁰⁸⁹. Leurs titres de capital seront par conséquent les premiers atteints en cas de résolution de l'établissement, que ce soit par dilution ou par annulation¹⁰⁹⁰. Pourront également être frappés du même sort, les titres de créances convertis en titres de capital du fait d'une clause contractuelle attachée à un titre de créance, ou de manière plus générale, les titres appartenant aux fonds propres additionnels de catégorie 1, convertis en instruments de fonds propres de catégorie 1, soit généralement des titres de créance convertis en titres de capital.

513. – Second niveau : les fonds propres additionnels de catégorie 1. Si la dilution ou l'annulation des titres de capital n'est pas suffisante, la réduction, la conversion ou l'annulation d'autres titres éligibles devra alors être effectuée par l'autorité de résolution compétente. Ainsi, si la réduction des instruments de fonds propres appartenant à la catégorie 1 est insuffisante pour rétablir la situation de l'établissement défaillant, il faudra procéder à la réduction des instruments de fonds propres appartenant au niveau supérieur, à savoir les fonds propres additionnels de catégorie 1. Il s'agit principalement des instruments de dette dite perpétuelle, dégagés de toute incitation ou obligation de remboursement.

514. – Troisième niveau : les fonds propres de catégorie 2. Si la dépréciation des titres appartenant aux fonds propres additionnels de catégorie 1 est elle aussi insuffisante, le renflouement interne devra atteindre une fois de plus la classe supérieure, à savoir les fonds propres de catégorie 2. Ils comprennent principalement des instruments de dette subordonnée d'une durée minimale de 5 ans.

B) Les dépréciations supplémentaires

515. – Quatrième niveau : les créances subordonnées. Si la dépréciation des instruments de fonds propres de catégorie 1, additionnels de catégorie 1 et de catégorie 2, n'est pas suffisante à rétablir la situation de l'établissement défaillant, l'autorité de résolution pourra en outre réduire le montant des créances subordonnées¹⁰⁹¹ dites « *junior* ».

¹⁰⁸⁹ Cf. Dir. 2014/59/UE, considérant n°5 : « *Le régime devrait garantir que les actionnaires soient les premiers à supporter les pertes et que les créanciers assument les pertes après les actionnaires* ».

¹⁰⁹⁰ Art. L. 613-55-4, I, 1, CMF.

¹⁰⁹¹ Art. L. 613-55-4, I, 4, CMF.

516. – Cinquième niveau : les créances privilégiées ou accompagnées d'une garantie.

Lorsque les titres compris dans les quatre niveaux précédents ont été dépréciés, mais que cette dépréciation n'a pas suffi à rétablir la situation financière de l'établissement défaillant, d'autres créances pourront être atteintes par l'instrument de renflouement interne. Il s'agit de créances privilégiées ou accompagnées de garantie, qui seront dépréciées dans un ordre défini. Sera alors atteinte la partie des dépôts appartenant à des personnes physiques ou des micros, petites et moyennes entreprises dont le montant est supérieur au montant garanti, ou qui ne bénéficient pas de la garantie des dépôts dans la mesure où ces dépôts ont été effectués auprès d'une succursale de l'établissement défaillant établie hors de l'Espace économique européen. Peuvent également être dépréciés certains engagements éligibles au renflouement interne vis-à-vis d'autres créances privilégiées ou garanties.

II) Les créances exclues du renflouement interne

517. – Alors que de nombreux déposants et investisseurs disposant de titres financiers peuvent voir leurs droits altérés par la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, d'autres sont exclus de l'application de cet instrument si redouté. Parmi eux, certains font l'objet d'exclusions d'office (1), d'autres d'exclusions exceptionnelles (2).

A) Les exclusions d'office

518. – Une liste exhaustive d'exclusions. Divers titres et créances sont exclus de l'application de l'instrument de renflouement interne. Cela est dû au fait que leur dépréciation pourrait aller à l'encontre des objectifs poursuivis par le droit de la résolution des défaillances bancaires et engendrer des conséquences dommageables pour l'économie¹⁰⁹².

519. – L'exclusion d'engagements relatifs à l'activité de l'établissement. Font tout d'abord partie de ces exclusions, les dépôts qui bénéficient d'une garantie assurée par le Fonds de garantie des dépôts et de résolution (FGRD). Les engagements garantis¹⁰⁹³, y compris les obligations garanties et les engagements sous forme d'instrument financiers, utilisés à des fins de couverture, sont eux aussi exclus de l'application de l'instrument de renflouement interne. Les engagements

¹⁰⁹² Ces exclusions sont énumérées à l'article L. 655-1 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁹³ Les engagements garantis peuvent toutefois faire l'objet d'une dépréciation, d'une conversion ou d'une annulation, pour la part qui dépasserait la valeur des actifs, du gage, du privilège ou de la sûreté donnée en garantie.

résultant de la détention par une personne soumise à une procédure de résolution, d'actifs ou de liquidités de clients, y compris les actifs ou les liquidités de clients déposés par un organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)¹⁰⁹⁴ ou un Fonds d'investissement alternatif (FIA)¹⁰⁹⁵, ou tout organisme qui est équivalent dans un état membre de l'Union¹⁰⁹⁶, peuvent bénéficier de la même exemption. Il en va de même pour les engagements qui résultent d'une relation de fiducie entre une personne ayant la qualité de fiduciaire, soumise à une procédure de résolution, et son bénéficiaire¹⁰⁹⁷, ainsi que des engagements qui ont une échéance initiale de moins de sept jours, envers des établissements de crédit ou une contrepartie centrale¹⁰⁹⁸, son gestionnaire ou ses participants et qui découlent de la participation à ce système.

520. – L'exclusion d'engagements liés à l'établissement lui-même. À ces engagements exclus de l'application du renflouement interne s'ajoutent certains engagements de l'établissement de crédit défaillant envers ses salariés¹⁰⁹⁹, ses partenaires commerciaux¹¹⁰⁰, les administrations fiscales et de sécurité sociale¹¹⁰¹, ainsi que les engagements envers le Fonds de garantie des dépôts et de résolution dans le cadre du mécanisme de garantie de dépôts.

B) Les exclusions exceptionnelles

521. – Des engagements exclus au cas par cas. À ces titres et créances exclus de plein droit, peuvent s'ajouter d'autres engagements exclus occasionnellement, en fonction de la situation rencontrée en l'espèce. L'autorité de résolution détermine ainsi *in concreto*, si des circonstances exceptionnelles peuvent justifier d'exempter certains créanciers de l'application de l'instrument de renflouement interne. C'est le cas notamment lorsque la dépréciation de certains actifs ne peut être exécutée dans le temps très court imposé par le droit de la résolution des défaillances bancaires. C'est le cas également lorsque l'exclusion d'une créance ou d'une catégorie de créance est nécessaire pour éviter le risque de contagion ou encore pour préserver les fonctions critiques de l'établissement.

¹⁰⁹⁴ Mentionné à l'article L. 214-2 CMF.

¹⁰⁹⁵ Mentionné à l'article L. 214-24 CMF.

¹⁰⁹⁶ À condition que le client soit protégé par la législation applicable en matière d'insolvabilité ou en matière civile.

¹⁰⁹⁷ Dès lors que celui-ci soit protégé par la législation applicable en matière d'insolvabilité ou en matière civile.

¹⁰⁹⁸ Au sens du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012.

¹⁰⁹⁹ Il s'agit ici des salaires, des allocations retraites et toute autre rémunération fixe échue et non de rémunération variable.

¹¹⁰⁰ Dès lors que la créance porte sur la fourniture de biens ou de service indispensables à l'activité.

¹¹⁰¹ Dès lors que ces engagements sont considérés comme des créances privilégiées.

522. – Une possibilité favorable à l’effectivité du droit de la résolution des défaillances bancaires. La possibilité de procéder à des exclusions exceptionnelles peut être vue comme un bon moyen d’éviter le non-recours au droit de la résolution des défaillances bancaires. En effet, nous avons pu voir dans de précédents développements, que les pouvoirs publics pouvaient être tentés d’éviter l’ouverture d’une procédure de résolution par différents moyens, pour éviter ses effets négatifs, notamment sur certains investisseurs. Ce phénomène a pu être illustré par l’affaire de la banque Monte dei Paschi di sienna où de nombreux retraités risquaient de perdre toutes leurs économies, si bien que l’ouverture d’une procédure de résolution a été évitée *in extremis*. Ainsi, en ayant la possibilité d’exclure *in concreto* certaines créances à risque de l’application du renflouement interne, cela permettrait de limiter les craintes et les réticences liées à la mise en œuvre d’une telle procédure. En ce sens, ce mécanisme contribue à offrir au droit de la résolution des défaillances bancaires davantage d’effectivité. Par conséquent, c’est une modalité procédurale qu’il convient de ne pas négliger.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

523. – L’affirmation d’une propriété des biens financiers. L’instrument de renflouement interne apparaît comme l’instrument phare des procédures de résolution. Innovant, en ce qu’il rompt avec le mécanisme traditionnel de renflouement externe, et exorbitant, il a soulevé de nombreux commentaires, tant dans la doctrine que dans la pratique bancaire. En permettant aux établissements défailants de se renflouer par le biais de leurs actionnaires et créanciers, il apparaît néanmoins attentatoire aux droits de ces derniers. Ainsi, il convenait de s’interroger sur les incidences de cet instrument sur les droits des déposants et des investisseurs qui pourraient être mis à contribution dans le cadre d’une procédure de résolution. La mise en œuvre de ce dernier semblant pouvoir s’apparenter à une expropriation, il semblait légitime de s’interroger sur la possibilité pour ces créanciers, de bénéficier d’une protection face à cette atteinte, à l’aune du droit de propriété. Or, pour bénéficier de la protection accordée par le droit de propriété, encore faut-il être propriétaire d’un bien. Ainsi la question s’est posée de savoir si les déposants et les investisseurs étaient propriétaires de biens. Après analyse du droit positif qui gouverne la matière, et malgré que la notion de bien semble relativement étrangère au droit bancaire et financier, il semble aisément pouvoir être affirmé que les déposants et les investisseurs, sont des propriétaires de biens financiers. En ce sens, ils disposent d’un droit de propriété sur ces derniers.

524. – Une effectivité à garantir. Or, la mise en œuvre de l’instrument de renflouement interne porte indéniablement atteinte à ce droit, en procédant à la conversion, la dépréciation ou l’annulation, des titres de créance ou financiers, des déposants et des investisseurs. Cependant, ce procédé semble en cas de défaillance d’un établissement de crédit inévitable car nécessaire afin de permettre audit établissement de respecter à nouveau ses exigences de fonds propres, et préserver ainsi la stabilité financière tout en évitant de mobiliser des fonds publics.

Toutefois, afin de limiter et d’encadrer les atteintes portées au droit de propriété des déposants et des investisseurs, différents principes et mécanismes ont été établis. En ce sens, aucun créancier ne devrait être traité moins bien que ce qu’il ne l’aurait été dans une procédure commune d’insolvabilité. En outre, les créanciers de même rang devraient être traités de façon identique. Cependant, ces principes font l’objet de tempérament. En effet, certaines créances peuvent se voir exclues du renflouement interne du fait de leur nature ou des circonstances observées *in concreto*. Certaines exclusions sont automatiques, d’autres sont exceptionnelles et seront déterminées au cas par cas par l’autorité de résolution compétente. Si pour certains ces exclusions pourraient être perçues comme une inégalité et une injustice, elles semblent en fait nécessaires pour assurer

l'efficacité mais surtout l'effectivité des procédures de résolution. Si certains pouvaient être tentés d'éviter à tout prix l'ouverture d'une telle procédure par soucis de protection de certains créanciers, le recours à ces exclusions devrait limiter les réticences.

Chapitre II :

LA PROTECTION INSUFFISANTE DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS

525. – Dans le cadre d’une procédure de résolution, les déposants et les investisseurs peuvent voir leur droit de propriété mis à mal par la mise en œuvre de l’instrument de renflouement interne. Or, en vertu de ce droit, ils doivent bénéficier de certaines garanties. En ce sens, il semble nécessaire de s’intéresser à la légalité de l’instrument de renflouement interne, bien que celle-ci semble difficilement contestable (Section I).

Par ailleurs, c’est par le biais de la légitimité qu’un tel instrument pourrait être contesté (Section II). En effet, à l’aune d’une analyse des coûts et des avantages de celui-ci, on pourrait se questionner sur l’opportunité en pratique de le mettre en œuvre. Divers exemples semblent déjà avoir montré les craintes, notamment étatiques, à l’encontre de celui-ci et par ailleurs une certaine volonté d’éviter sa réalisation. En effet, ces effets sur les déposants et les investisseurs sont craints, et cela d’autant plus que les protections accordées à ces derniers par le droit de la résolution des défaillances bancaires paraissent insuffisantes. Enfin, certains craignent la production d’effets pervers qui pourraient être plus redoutables encore que la défaillance d’un établissement. Il semble donc nécessaire d’analyser ces éléments et de contribuer à ces réflexions relatives à la légalité ainsi qu’à la légitimité de l’instrument de renflouement interne.

SECTION I :

LA LÉGALITÉ DIFFICILEMENT CONTESTABLE DE L’INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE

526. – Le droit de propriété est un droit fondamental et sacré, dont la protection apparaît cependant relative (§1), puisque certains tempéraments peuvent lui être accordés. En ce sens, il semble nécessaire de confronter l’instrument de renflouement interne aux conditions de privation de propriété établies par le droit européen (§2) dont il est issu, afin de s’assurer que les atteintes qu’il induit ne puissent être frappées d’illégalité.

§1 : LA PROTECTION RELATIVE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

527. – Au plan national, le respect du droit de propriété est assuré par le Code civil, et plus encore par la constitution. En ce sens, il convient tout d’abord de s’interroger sur la constitutionnalité de l’instrument de renflouement interne. Cependant, ce ne sont pas les seuls protecteurs de ce droit, puisque le droit européen accorde également une place importante à ce droit fondamental (II).

I) Réflexions sur la constitutionnalité de l’instrument de renflouement interne

528. – A titre introductif et pour une parfaite compréhension de cette problématique, il semble opportun de revenir sur l’assise constitutionnelle du droit de propriété (A), avant de déterminer si les dispositions qui régissent l’instrument de renflouement interne y sont conformes (B).

A) L’assise constitutionnelle du droit de propriété

529. – Le droit de propriété apparaît comme « *le plus important des droits réels, même si l’extension de son application à toutes espèces de droit patrimonial, en particulier aux créances, conduit à considérer qu’il n’est pas toujours un droit réel* »¹¹⁰². Notion historique, la propriété tient une place primordiale au sein du Code civil du fait de son importance, si bien que les titres II et III dudit Code y sont consacrés. Cependant, c’est l’article 544 précisément qui définit le droit de propriété. Ce dernier dispose en effet que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Ainsi, tout propriétaire dispose du droit d’user de la chose, de jouir de la chose et de disposer de la chose. Cependant, il ne peut abuser de son droit, en l’exerçant de sorte qu’il nuise aux droits d’autres propriétaires.

Qualifié d’absolu, le droit de propriété jouit en outre d’une protection particulière puisqu’il est consacré par la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Celle-ci lui attribue un caractère tant « *naturel et imprescriptible* »¹¹⁰³, qu’« *inviolable et sacré* »¹¹⁰⁴. La protection accordée à la propriété a pu prendre davantage d’ampleur avec l’intégration de ladite Déclaration au bloc constitutionnel, ce qui conféra ainsi au droit de propriété une valeur supplémentaire.

¹¹⁰² TERRÉ F., SIMLER P., *Droit civil. Les biens*, 10^{ème} éd., Précis Dalloz, 2018, p. 95.

¹¹⁰³ Art. 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen.

¹¹⁰⁴ Art. 17 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen.

B) La constitutionnalité avérée des dispositions régissant le droit de la résolution des défaillances bancaires

530. - Les sources de l'instrument de renflouement interne. L'instrument de renflouement interne a été initialement instauré par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires (loi « SRAB ») du 26 juillet 2013¹¹⁰⁵. Celle-ci a devancé les textes européens, en mettant en place de manière précurseur, les fondements du droit de la résolution des défaillances bancaires. Ainsi, on aurait pu penser à contester la constitutionnalité de l'instrument de renflouement interne en se basant sur l'article 17¹¹⁰⁶ de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Mais le législateur européen est venu postérieurement à cette loi, promulguer le règlement (UE) n° 806/2014¹¹⁰⁷ et la directive 2014/59/UE¹¹⁰⁸ afin d'édifier un droit unifié de la résolution des défaillances bancaires. Par conséquent, le législateur français a donc dû modifier les dispositions établies en 2013 pour se conformer au droit européen et a à cette fin, adapté le droit existant par le biais d'une ordonnance en date du 20 août 2015¹¹⁰⁹. La directive 2014/59/UE, venue compléter le dispositif applicable, a quant à elle été transposée par une ordonnance en date du 21 décembre 2020¹¹¹⁰. Or, ces modifications postérieures réalisées par le législateur européen ont eu une incidence sur les possibilités de contester la constitutionnalité des textes régissant l'instrument de renflouement interne.

531. – Une simple déclinaison du droit européen. Avec les ordonnances susmentionnées, notre droit national de la résolution des défaillances bancaires « *est devenu la déclinaison d'un régime européen largement harmonisé* »¹¹¹¹. C'est ce qui rend difficilement contestable la constitutionnalité de ces dispositions. L'ordonnance de 2015, comme celle de 2020, transposent en effet fidèlement la directive 2014/59/UE et la directive (UE) 2019/879 susmentionnées et cette transposition est une

¹¹⁰⁵ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 relative à la séparation et à la régulation des activités bancaires.

¹¹⁰⁶ L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « *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* ».

¹¹⁰⁷ 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, dit règlement « SRMR ».

¹¹⁰⁸ Directive n° 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'investissements, dite directive « BRRD ».

¹¹⁰⁹ Ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptations de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière. Voy. à propos : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., « La réforme de la procédure de prévention et de gestion des crises bancaires : présentation succincte », *Rev. Banq.*, n° 789, oct. 2015, p. 91.

¹¹¹⁰ Ordonnance n° 2020-1635 du 21 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière.

¹¹¹¹ SYNDET H., « L'application du principe de légalité en matière de résolution bancaire, in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà...*, *Mél. DAIGRE J.-J.*, Joly éd., 2017, p. 806.

exigence constitutionnelle. Ainsi, l'éventualité d'une question prioritaire de constitutionnalité sur les dispositions relatives au renflouement interne semble peu concevable, et ce malgré le fait que l'ordonnance ait acquis valeur législative. Le professeur Synvet qui a pu notamment s'intéresser cette la question¹¹¹², a relevé qu'un problème de constitutionnalité aurait pu être soulevé si la transposition allait à l'encontre d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de notre pays. Mais il précise également que bien que le droit de propriété puisse effectivement être qualifié comme tel, cela n'est pas un fait propre à notre pays, le droit européen accordant lui-même une place cruciale au droit de propriété. Par conséquent, cela ne peut induire un problème de constitutionnalité. En définitive, l'instrument de renflouement interne ne semble donc pas inconstitutionnel.

II) Un droit communautairement protégé

532. – L'importance accordée au droit de propriété n'est pas propre au droit français. Le droit européen suit cette même position en définissant le droit de propriété comme un droit fondamental. Cependant, celui-ci n'est pas pour autant absolu (A). Ainsi, certaines privations de propriété peuvent légalement être réalisées (B), dès lors qu'elles respectent les conditions établies par le législateur européen, mais également par la jurisprudence de l'Union européenne.

A) Un droit fondamental mais non absolu

533. – Le droit européen accorde une place importante au droit de propriété et s'attache à affirmer avec force¹¹¹³ le droit au respect des biens¹¹¹⁴. Cette protection apparaît à l'article premier du protocole n°1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Celui-ci dispose que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* » et que « *nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

Le droit de propriété se voit accorder une seconde protection communautaire par le biais de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹¹⁵. Celui-ci dispose

¹¹¹² *Idem.*

¹¹¹³ RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2019, p. 357.

¹¹¹⁴ Le terme de « bien » désigne dans le cadre du droit européen tous bien ayant une valeur patrimoniale, soit « *tout intérêt économique qui a une valeur patrimoniale* », ce qui vient conforter notre interprétation de la nature des dépôts et autres titres financiers. v. RENUCCI J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2012, p. 620.

¹¹¹⁵ Cette Charte a acquis valeur contraignante pour les États membres de l'Union européenne et peut être invoquée par les justiciables européen en cas de non-respect de leurs droits.

dans son paragraphe premier que « *nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et des conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte* ». La Charte prévoit également que « *l'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ».

534. – Le caractère relatif du droit de propriété rappelé par la jurisprudence européenne.

La jurisprudence est venue à diverses reprises rappeler le caractère non absolu du droit de propriété. Ainsi, dans différentes occasions, elle a pu considérer que des atteintes au droit de propriété ne faisaient pas l'objet d'illégalité. En ce sens, diverses exceptions au droit de propriété ont pu être mises en exergue en pratique¹¹¹⁶. Notamment, dans un arrêt du 31 janvier 2019¹¹¹⁷, la Cour de Justice de l'Union européenne a pu énoncer que « *conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi, respecter leur contenu essentiel et, dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées à ces droits et libertés que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ». Ainsi, la jurisprudence est venue mettre en relief les conditions qui permettent de porter atteinte au droit de propriété sans pour autant faire l'objet d'illégalité. Si certaines étaient déjà précisées par les textes, d'autres conditions ont ainsi pu être mis en exergue par les juges.

B) Les conditions de privation de propriété

535. – Les conditions établies par les textes européens en matière de privation de propriété. L'article premier du protocole n° 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, offrent différents éléments qui permettent de déterminer les conditions nécessaires afin de déroger au droit de propriété. Il ressort de ces articles que l'atteinte doit effectivement porter sur un bien. Il convient ici de préciser que la jurisprudence de l'Union a une vision extensive de la notion de bien. Par exemple¹¹¹⁸, la qualification de bien a pu être accordée à

¹¹¹⁶ La jurisprudence a pu rappeler que cette protection n'était pas absolue et pouvait faire l'objet d'exception. *cf.* : CJUE, 20 sept. 2016, Affaires jointes C-8/15 P à C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd e.a. c/ Commission européenne et Banque centrale européenne*.

¹¹¹⁷ CJUE, 31 janv. 2019, Affaire C-225/17 P, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a. c/ Conseil de l'union européenne*, point n° 101.

¹¹¹⁸ *Cf.* MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2016, pq. 168.

une clientèle¹¹¹⁹, à une sureté réelle¹¹²⁰, à une créance d'origine contractuelle¹¹²¹ et même délictuelle¹¹²², ou encore aux intérêts économiques attachés à une licence d'exploitation¹¹²³. Ainsi, il a été établi plus largement que peuvent bénéficier de la protection accordée par l'article premier du protocole n°1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « *tout intérêt économique qui a une valeur patrimoniale* »¹¹²⁴.

Si l'atteinte potentielle au droit de propriété porte effectivement sur un bien, le droit précise que celui-ci doit avoir été légalement acquis¹¹²⁵. En outre, la privation de propriété doit être légalement prévue. Enfin, la privation de propriété doit être nécessitée par une cause d'utilité publique.

536. – Les conditions dégagées par la jurisprudence de l'Union européenne. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme a également joué un rôle crucial dans l'encadrement de la privation de propriété. Avec des interventions renouvelées dans ce contexte, les juges ont donc pu mettre en exergue deux conditions supplémentaires permettant de porter atteinte légalement au droit de propriété. Ils ont ainsi considéré :

- Que l'indemnisation du propriétaire était un élément fondamental de cette possibilité d'expropriation¹¹²⁶, à moins que des circonstances exceptionnelles¹¹²⁷ ne justifient son absence ;

¹¹¹⁹ CEDH, 23 févr. 1995, n° 15375/89, *Gasus/Dosier, und Fördertechnik GmbH c/ Pays-bas*.

¹¹²⁰ CEDH, 9 déc. 1994, n° 13427/87, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*.

¹¹²¹ CEDH, 20 nov. 1995, n° 17849/91, *Pressos Compania Naviera S. A et autres c/ Belgique*.

¹¹²² CEDH, 26 juin 1986, n° 8543/79, *Van Marle c/ Pays-bas et autres c/ Pays-bas*.

¹¹²³ CEDH, 23 févr. 1994, n° 18928/91, *Fredin c/ Suède*.

¹¹²⁴ Exemples de jurisprudences interprétant largement la notion de biens : CEDH, 8 févr. 1978, *Wiggins c/ Royaume-Unis*, DR 13/40 (exprimant la prise en compte des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels) ; CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, no13427/89, §59 ou CEDH 24 sept. 2013, *De Luca c/ Italie*, n° 43870/04 et *Pennino c/ Italie*, n° 43892/04 (exprimant la prise en compte de créances). Pour d'autres exemple v. notamment : RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 359.

¹¹²⁵ Article 17, I, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer* ».

¹¹²⁶ CEDH, 21 févr. 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 8793/79 ; CEDH, 5 oct. 2006, *Penescu c/ Roumanie*, n°13075/03 ; CEDH, 8 juill. 2008, *Turgut et autres c/ Turquie*, n° 1411/03, §92.

¹¹²⁷ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède, Req.*, n° 7151/75 ; mais les juges sont maintenant plus souples sur l'interprétation des circonstances exceptionnelles : CEDH, 22 janv. 2004, *Jahn et autres c/ Allemagne*, n° 46720/99.

- Qu'il était nécessaire d'appliquer des mesures proportionnées à l'intérêt poursuivi¹¹²⁸. Les juges sont ainsi tenus de vérifier qu'un juste équilibre est « *maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* »¹¹²⁹.

À l'aune de ces éléments, et si la constitutionnalité de l'instrument de renflouement interne ne peut être contestée, on peut s'interroger sur la conventionnalité de cet instrument exorbitant et attentatoire au droit de propriété.

§2 : L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE CONFRONTÉ AUX CONDITIONS DE PRIVATION DE PROPRIÉTÉ ÉTABLIES PAR LE DROIT EUROPÉEN

537. – Le respect manifeste des trois premières conditions. Pour être en conformité avec les dispositions du droit européen, ainsi que les principes mis en exergue par la jurisprudence, les atteintes au droit de propriété dues à la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne doivent impérativement remplir les six conditions précitées.

Le respect des trois premières conditions peut simplement être démontré. En effet, en ce qui concerne la première condition, soit l'existence d'un bien, nos précédents développements nous ont conduit à mettre en exergue le fait que les déposants et les investisseurs disposant de titres financiers pouvaient être considérés comme des propriétaires des biens financiers¹¹³⁰. Cette conception suit la lignée des décisions déjà rendues par les juridictions européennes et qui offrent une appréciation extensive de la notion de bien. En ce sens, il ne fait nul doute que l'atteinte opérée par l'instrument de renflouement interne porte inéluctablement sur un bien.

538. – En ce qui concerne la seconde condition – soit celle de l'acquisition légale du bien –, le formalisme bancaire et les contrats qui encadrent la relation entre les établissements de crédit et leurs clients, devraient facilement permettre de déterminer que ces biens ont été acquis légalement¹¹³¹. Concernant les dépôts, il n'est pas ici question de la légalité des fonds déposés, mais de la créance détenue à l'encontre de la banque. Ainsi, on pourrait s'interroger sur le cas où les sommes d'argent déposées par un déposant auraient une source illégale. Cependant, cela ne semble

¹¹²⁸ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède, Req.*, n° 7151/75, §69 ; CEDH, 9 déc. 1994, *Les saints Monastères c/ Grèce*, près §70 et 71 ; CEDH, 11 oct. 2018, *Osmanyán et Amiraghyán c/ Arménie*, n° 71306/11.

¹¹²⁹ RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme, op. cit.*, 2019, p. 367.

¹¹³⁰ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre I. Sur la notion de bien financier voy. notamment : LE FUR A.-V., « La protection de l'investisseur par le droit des biens : La notion de bien financier », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2010, étude 32.

¹¹³¹ Nous pouvons émettre une réserve concernant les fonds déposés en banque et offrant une créance au déposant, dont l'origine serait une activité illégale.

pas, dans le contexte de la résolution des défaillances bancaires, produire d'effet, puisque c'est en fait la légalité de la créance qui doit être effective ici. Or, la détention de dépôts par un établissement de crédit est régie par des contrats et suivie par des procédures, si bien qu'il est aisé de prouver la légalité de la détention des fonds par la banque. La deuxième condition semble ainsi pouvoir être remplie sans difficulté également.

539. – En ce qui concerne la troisième condition – soit le fait que la privation de propriété soit imposée par une disposition légale –, la privation de propriété effectuée par le biais de l'instrument de renflouement interne est bien prévue par des dispositions légales¹¹³², celles qui régissent le droit de la résolution des défaillances bancaires. Par conséquent, cette troisième condition semble également respectée.

Cependant, le respect des trois dernières conditions permettant d'altérer légalement le droit de propriété de sujets de droit semblent moins évident à déterminer. Par conséquent, il convient d'y accorder davantage d'attention. Dans ce contexte, on se demandera si la condition d'une atteinte motivée par la poursuite d'une cause d'utilité publique est respectée dans le contexte de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne. En somme, il sera ici nécessaire de se demander si la stabilité financière, qui semble être l'objectif premier des dispositifs de résolution, peut être définie comme une telle cause (I). Ensuite, il conviendra de rechercher la présence d'une contrepartie en réponse à l'altération du droit de propriété des déposants et des investisseurs, ainsi que d'apprécier le caractère proportionné de l'instrument de renflouement interne à l'aune du droit de propriété (II).

I – La stabilité financière, une cause d'utilité publique ?

540. – La question se pose de savoir si la stabilité financière peut être considérée comme une cause d'utilité publique. Or, en apparaissant comme un impératif économique majeur (A), elle semble nécessairement avoir une incidence sur l'ensemble des sujets de droit. La jurisprudence de l'Union européenne va en ce sens, tant est si bien que la qualité de cause d'utilité publique de la stabilité financière semble bien avoir été consacrée par celle-ci (B).

¹¹³² La jurisprudence de l'Union européenne précise que ces « lois » au sens européen du terme doivent être accessibles, prévisibles et précises quant aux conditions et modalités de la mesure privative de propriété, cf. : CEDH, 22 juin 2004, *Bronionski c/ Pologne*.

A) Un impératif économique majeur

541. – La préservation de la stabilité financière apparaît comme l’objectif premier du droit de la résolution des défaillances bancaires. Mais de manière plus précise, l’instrument de renflouement interne vise quant à lui à ce qu’un établissement de crédit défaillant respecte à nouveaux ses exigences issues de la réglementation prudentielle, notamment en matière de fonds propres. Bien que ces deux objectifs soient liés, ils ne peuvent cependant se confondre. L’objectif de préservation de la stabilité financière semble permettre de justifier le caractère exorbitant du droit de la résolution des défaillances bancaires et les pouvoirs extraordinaires confiés aux autorités de résolution. Cependant, il faudrait apprécier de manière extensive l’objectif de l’instrument de renflouement interne, pour considérer que la mise en œuvre de cet instrument exorbitant et attentatoire au droit de propriété soit justifiée par la préservation de la stabilité financière.

Les atteintes au droit de propriété ne peuvent être justifiées que si elles sont réalisées pour une cause d’utilité publique. La question se pose donc de savoir, si le respect des exigences prudentielles par un établissement de crédit, ou plus largement peut-être, si la stabilité financière peut être considérée comme une cause d’utilité publique. Pour répondre à cette interrogation, il convient d’abord de revenir sur les notions de stabilité financière et de cause d’utilité publique, afin de préciser leurs contenus.

542. – La notion ambiguë de cause d’utilité publique. La notion de cause d’utilité publique peut être assimilée à celle d’intérêt général. La Cour européenne des Droits de l’Homme a d’ailleurs pu énoncer qu’une privation de propriété pouvait avoir lieu, dès lors qu’elle était effectuée « *dans l’intérêt général, au bénéfice de l’ensemble de la communauté* »¹¹³³. La notion de cause d’utilité publique est appréciée de manière souple par les juridictions européennes. La Cour reconnaît que la notion d’utilité publique est « *ample par nature* » et laisse chaque pays décider de son contenu en fonction de leurs besoins politiques, économiques, sociaux et autres préoccupations¹¹³⁴. Il reste cependant nécessaire que les mesures adoptées aient un caractère raisonnable¹¹³⁵. On peut ainsi considérer comme étant d’utilité publique « *toute politique légitime d’ordre social, économique ou autre* »¹¹³⁶. En ce sens, il semble incontestable que la stabilité financière soit définie comme une considération économique importante, qui est nécessaire à l’ensemble de la population. Par conséquent, elle peut aisément

¹¹³³ CEDH, 21 févr. 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni*, req., n° 8793/79, §39.

¹¹³⁴ CEDH, 21 févr. 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni*, req., n° 8793/79, §46.

¹¹³⁵ SALORD A., DE VAUPLANE H., « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », *Rev. Banq.*, n° 765, nov. 2013, p. 44.

¹¹³⁶ RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l’homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 9^{ème} éd., LGDJ, Manuel, 2021., p. 365.

être définie comme une cause d'utilité publique. Les juges européens ont par ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur cette question et ont ainsi pu confirmer ce point de vue. De manière extensive, on peut considérer que le respect des exigences prudentielles par un établissement de crédit, peut apparaître comme un impératif d'ordre économique qui est bénéfique pour toute la population du fait des conséquences désastreuses des défaillances bancaires et du risque systémique dont ces établissements sont porteurs.

B) Une consécration jurisprudentielle

543. – La stabilité financière consacrée par la jurisprudence comme une cause d'utilité publique. La Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion de se prononcer sur la qualification de cause d'utilité publique de la stabilité financière¹¹³⁷. Cette décision est intervenue à la suite des crises financières de 2008-2010. Dans ce contexte, le secteur bancaire irlandais était particulièrement touché, si bien que le Conseil a octroyé une assistance financière aux établissements de crédit du pays, à condition toutefois que soit réalisées certaines restructurations et recapitalisations desdits établissements. L'État irlandais a donc procédé à ces actions et a demandé la recapitalisation de l'établissement *ILPGH* à l'assemblée générale qui a refusé. Or, l'État étant tenu à cette recapitalisation, il a procédé à celle-ci au moyen d'une injonction judiciaire. Or, les actionnaires de l'établissement ont contesté cette décision. En définitive, la question se posait de savoir si l'atteinte au droit des actionnaires qui avait été réalisées pouvait être justifiée par la préservation de la stabilité financière. Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour de justice de l'Union européenne a ainsi pu estimer que la recapitalisation forcée d'un établissement bancaire par ses actionnaires demandée par l'État, était justifiée dans la mesure où elle était nécessaire, puisqu'imposée « *dans une situation de perturbation grave de l'économie et du système financier d'un État membre qui menac[ait] la stabilité financière de l'Union* ». Dans cet arrêt, le juge européen est ainsi venu répondre à notre interrogation, en confirmant le postulat selon lequel la stabilité financière constitue bel et bien une cause d'utilité publique¹¹³⁸.

¹¹³⁷ CJUE, 8 nov. 2016, C-41/15, *G. Dowling e. a. c/ Minister for Finance* ; Europe, janv. 2017, comm. 15, obs. SIMON D. ; *Bull. Joly. Bourse*, 2017, p. 303, note : GAUDEMET A. ; *RD. Banc. Fin.*, n° 6, nov. 2016, comm. 233, obs. BOUCARD F. Voy. à propos : BARRIÈRE F., « Le droit de propriété des créanciers à l'épreuve du renflouement interne des banques », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaire et des institutions financières*, p. 184.

¹¹³⁸ Voy. en ce sens : BARRIÈRE F., « Le droit de propriété des créanciers à l'épreuve du renflouement interne des banques », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaire et des institutions financières*, p. 184 ; SALORD A., DE VAUPLANE H., « Le pouvoir de bail-in correspond-il a une expropriation ? », *Rev. Banq.*, n° 765, nov. 2013, p. 44.

544. – Une primauté confirmée par la jurisprudence. Plus récemment et dans un contexte plus pertinent encore, la Cour de Justice de l'Union européenne a pu se prononcer, dans un autre arrêt en date du 16 décembre 2020¹¹³⁹, sur la primauté accordée à la stabilité financière, au préjudice des déposants et des propriétaires de titres financiers d'établissements bancaires chypriotes défaillants. Dans cette affaire, déposants et investisseurs ont subi de lourdes pertes du fait de la restructuration de la dette des établissements de crédit chypriotes. Les mesures litigieuses pouvaient s'apparenter ainsi à celles prévues dans le cadre du renflouement interne. Or, bien que celles-ci aient été mises en œuvre par les autorités chypriotes avant l'entrée en vigueur du droit de la résolution des défaillances bancaires, la Cour a pu considérer que rien n'empêchait un état membre d'adopter de telles mesures. La Cour prit ainsi en considération « *l'objectif d'intérêt général poursuivi par les actes et les comportements des défendeurs [qui permettaient ainsi d'] assurer la stabilité du système financier chypriote et de la zone euro dans son ensemble* »¹¹⁴⁰. La Cour confirma en définitive que des atteintes au droit de propriété peuvent être effectuées dans le cadre de défaillances bancaires, dès lors qu'elles sont nécessaires pour préserver la stabilité financière et réalisées dans l'intérêt général.

II) Les enjeux liés à la contrepartie et proportionnalité de la privation de propriété

545. – Par ailleurs, la légalité des atteintes au droit de propriété étant également conditionnée par la présence d'une contrepartie, ainsi que par la proportionnalité de l'atteinte au but poursuivi, il convient de s'interroger sur ces éléments, à l'aune du droit de la résolution des défaillances bancaires. En ce sens, nous nous interrogerons sur l'effectivité de la contrepartie de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne (A), avant d'observer le caractère nuancé en fonction des situations rencontrées de la proportionnalité de la mesure en réponse à l'objectif poursuivi (B).

A) La contrepartie de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne

546. – L'absence de contrepartie suffisante. La seconde condition à laquelle nous devons nous intéresser est celle de l'indemnisation des propriétaires lésés. En effet, les atteintes au droit de propriété sont possibles dès lors que le propriétaire lésé reçoit une juste compensation. Pourtant, il ne semble pas, au moins de prime abord, que l'instrument de renflouement interne qui porte

¹¹³⁹ CJUE, 16 déc. 2020, Affaire C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P, C-604/18 P, Conseil/K. Chrysostomides & Co. e.a. v. à propos : BERLIN D., « La puissance de l'intérêt général monétaire », *JCP G*, 18 janv. 2021, n° 3, p. 60.

¹¹⁴⁰ *Idem.*, point n° 161.

pourtant atteinte au droit de propriété des déposants et des propriétaires de titres financier, offre une juste compensation à ces derniers. Or, cette condition est pourtant essentielle la jurisprudence européenne afin de légitimer une atteinte au droit de propriété. En effet, une compensation doit nécessairement être versée aux propriétaires lésés¹¹⁴¹, à moins que l'absence d'indemnité soit justifiée par des circonstances exceptionnelles¹¹⁴².

Lors de l'application de l'instrument de renflouement interne, les propriétaires de biens financiers ne reçoivent en principe aucune contrepartie. Cela peut toutefois être le cas si leurs titres font l'objet d'une conversion et non d'une annulation ou d'une dépréciation. Toutefois, la contrepartie accordée en cas de conversion d'un titre financier, ne peut être qualifiée de juste, dès lors que la valeur du bien financier acquis en échange peut s'avérer insuffisante ou aléatoire. Cela peut notamment être le cas si le titre d'un investisseur est converti en action. Dans ce cas, la valeur de l'action pourra fluctuer, la rendant incertaine. Dans le cas où le propriétaire fait l'objet d'une réduction ou d'une annulation de son titre, la contrepartie apparaît donc comme strictement inférieure, voire comme nulle. Cependant, certains créanciers pourront néanmoins bénéficier d'une indemnisation par le biais du Fonds de garantie des dépôts et de résolution, comme nous avons pu l'aborder précédemment. Ces derniers disposent donc d'une contrepartie. Cependant, il n'est pas sûr que celle-ci soit juste, si la valeur du titre ou des dépôts était supérieur au montant garanti. En outre, certains créanciers peuvent ne pas bénéficier de cette garantie, ou ne pas voir l'intégralité de leurs actifs couverts. En ce sens, cette compensation peut sembler insuffisante. Par conséquent, la condition d'une juste indemnisation ne peut sembler d'une manière générale remplie dans ce contexte. Cependant, on peut s'interroger sur ce que représente véritablement la contrepartie à la privation de propriété. L'éviction d'une crise économique ne peut-elle pas être considérée comme une juste compensation ?

En tout état de cause, l'absence d'une indemnisation objective et directe peut toutefois être justifiée, dès lors que la défaillance d'un établissement de crédit peut être appréhendée comme une circonstance exceptionnelle. Cette hypothèse peut, au vu de la position des juridictions européennes qui ont tendance à apprécier largement les notions liées à des politiques économiques¹¹⁴³, contribuer à la légalité de l'instrument de renflouement interne. En ce sens, la conventionalité des dispositions relatives à cet outil ne semble pas pouvoir être contestée sur le

¹¹⁴¹ Voy. notamment : CEDH, 21 févr. 1986, *James c/ Royaume-Uni*, req., n° 8793/79 ; CEDH, 5 oct. 2006, *Penescu c/ Roumanie*, n° 13075/03.

¹¹⁴² CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède, Req.*, n° 7151/75.

¹¹⁴³ La Cour européenne des droits de l'Homme apprécie aujourd'hui ces circonstances exceptionnelles avec souplesse. Voy. par exemple : CEDH, 30 juin 2005, *Jahn et autres, c/ Allemagne*, n° 46720/99.

fondement de l'absence de juste indemnité. Peut-être peut-elle l'être alors sur le fondement de l'absence de proportionnalité entre les mesures privatives et les finalités recherchées ?

B) Une proportionnalité à nuancer

547. – L'absence de proportionnalité des mesures en cas de défaillance d'un établissement de crédit non-systémique. La dernière condition qui doit être analysée est celle de la proportionnalité des mesures adoptées. En effet, toute privation de propriété doit respecter une certaine proportionnalité entre l'atteinte opérée et l'objectif poursuivi. Les juges sont ainsi tenus de s'assurer qu'un « *juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* »¹¹⁴⁴.

Dans le cadre de l'application de l'instrument de renflouement interne à un établissement de crédit systémique défaillant, l'exigence de proportionnalité semble respectée (1). Le risque encouru pèse en effet sur l'ensemble de la communauté. Néanmoins, cet instrument peut avoir vocation à s'appliquer également dans le cadre de la résolution d'un établissement de crédit non-systémique. Dans ce cas précis, la proportionnalité entre les mesures prises et l'atteinte subie pourrait en un sens sembler contestable (2).

1) La proportionnalité dans le cas d'établissements de crédit systémiques défaillants

548. – La poursuite d'un but d'intérêt général. La jurisprudence de l'Union a pu préciser que le rapport de proportionnalité entre les mesures privatives de propriété et la cause d'utilité publique poursuivie doit être raisonnable¹¹⁴⁵. Mais il semblerait que les juges s'attachent principalement à vérifier que l'indemnité accordée au propriétaire lésé correspond bien à la valeur du bien. Néanmoins, ces derniers tiennent également compte de la particularité des circonstances et de l'importance du but poursuivi. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'assurer la stabilité financière, on comprend que des mesures exorbitantes puissent être considérées comme proportionnées face au but d'intérêt général poursuivi. En ce sens, dès lors qu'il est question d'un établissement systémique défaillant, dont les difficultés pourraient se répercuter sur l'ensemble du système économique et de ses acteurs, la privation de propriété, si elle est nécessaire, peut être considérée comme légitime et

¹¹⁴⁴ RENUCCI J.-F, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2012, p. 638.

¹¹⁴⁵ CEDH, James et autres c/ Royaume-Uni, §50.

proportionnée. Or, cela ne semble pas nécessairement le cas lorsque la stabilité financière n'est pas inquiétée.

2) La proportionnalité dans le cas d'établissements de crédit non-systémiques défaillants

549. – Corrélation complexe entre établissements de crédit non-systémiques et intérêt général ? Si la proportionnalité entre les mesures de renflouement interne et l'objectif de stabilité financière poursuivi, semble objective dans le cas d'établissements de crédit systémiques, il n'en est pas de même lorsque l'établissement ne peut être qualifié comme tel. En effet, l'application de mesures de résolution ne se limite pas à des établissements de crédit considérés comme systémiques. Le droit de la résolution des défaillances bancaires bénéficie d'un caractère étendu¹¹⁴⁶. Une procédure de résolution peut donc être ouverte à l'égard d'un établissement systémique ou non, dès lors que celui-ci remplit les conditions d'application de ce droit et que l'autorité compétente le constate. Ces conditions sont rappelons-le, la constatation d'une défaillance avérée ou prévisible, l'absence de solution raisonnable de nature privée, et une nécessité justifiée par l'intérêt public. Cependant, il n'est pas exclu que la défaillance d'un établissement non défini comme systémique puisse entraîner un dommage important à l'économie et nuire à l'intérêt public. Cette situation semble déjà avoir pu être constatée dans la faillite d'un *hedge fund* de petite envergure LTCM¹¹⁴⁷, qui avait pourtant très lourdement impacté le système bancaire et financier international. En ce sens, la distinction entre établissements systémiques et non-systémiques, et l'octroi de traitement différents, peut à cet égard sembler manquer d'intérêt.

550. – La notion ambiguë d'intérêt public. Par ailleurs, notion d'intérêt public est dans ce cas trompeuse, ce qui semble problématique. En effet, elle doit être interprétée dans le sens du §5 de l'article 32 de la Directive « BRRD »¹¹⁴⁸. Celui-ci dispose en substance que la notion d'intérêt public signifie que la mesure de résolution adoptée permettra de remplir un ou plusieurs objectifs du droit de la résolution des défaillances bancaires. Or, certains de ces objectifs, comme nous l'avons vu

¹¹⁴⁶ SUSSET E., « Le régime français de prévention et de gestion des crises bancaires après la transposition de la directive sur la résolution bancaire », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, LexisNexis, 2017, p. 104.

¹¹⁴⁷ CARTAPANIS A., « Les *Hedge Funds* et le risque systémique : un réexamen après la crise des subprime », in *Hedge funds, private equity, marché financiers : les frères ennemis ?*, JACQUILLAT B., (dir.), PUF, 2009, p. 109-120 ; DRAGHI M., « *Hedge fund* et stabilité financière », *Banque de France, Revue de la stabilité financière*, n° 10, avr. 2007, p. 41.

¹¹⁴⁸ Celui-ci dispose en son §5 qu'« aux fins du paragraphe 1, point c), du présent article, une mesure de résolution est considérée comme étant dans l'intérêt public si elle est nécessaire pour atteindre, par des moyens proportionnés, un ou plusieurs des objectifs de la résolution visés à l'article 31, alors qu'une liquidation de l'établissement selon une procédure normale d'insolvabilité ne le permettrait pas dans la même mesure ».

précédemment, ne peuvent *strito sensu* être considérés comme d'intérêt général. Dès lors, lorsque l'établissement n'est pas systémique et que la stabilité financière n'est pas l'objectif directement visé pour justifier l'adoption de la mesure, le renflouement interne ne semble pas justifié, ou du moins ne constitue pas une mesure proportionnée.

Il est donc nécessaire d'apprécier au cas par cas les situations de défaillance présentées, pour vérifier la légalité de l'expropriation. Des contestations pourraient se fonder, dans le cadre d'établissements non-systémiques, sur l'absence de cause d'utilité publique¹¹⁴⁹ ou sur la disproportion des mesures.

551. – En définitive, la légalité de l'instrument de renflouement interne semble difficilement contestable, surtout pour les établissements de crédit systémiques. Il serait peut être nécessaire de préciser davantage les conditions d'application d'un tel instrument à des établissements de plus petite envergure. C'est donc peut-être sur le pan de sa légitimité que cet outil pourra être remis en cause. En toute hypothèse, les atteintes portées au droit de propriété des déposants et des investisseurs disposants de titres financiers semble reposer sur de solides bases légales. Néanmoins, il reste nécessaire de vérifier que personne « *ne soit pas dépouillée arbitrairement et injustement même si la législation le permet* »¹¹⁵⁰. En ce sens, il semble important de s'interroger sur la légitimité d'un tel instrument.

SECTION II :

LA LÉGITIMITÉ CONTESTABLE DE L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE

552. – Les défauts de l'instrument de renflouement interne. L'atteinte au droit de propriété des déposants et des investisseurs disposants de titres financiers semble davantage acceptable si certaines garanties leurs sont octroyées. Celles-ci constituent des limites venant borner la privation de propriété opérée par l'instrument de renflouement interne. Si l'atteinte au droit fondamental de propriété est admise et se justifie, c'est notamment parce qu'une certaine protection des déposants et des investisseurs est instituée par le droit de la résolution des défaillances bancaires.

Cependant, cette protection peut à certains égards paraître insuffisante (I). Dès lors, une telle atteinte aux droits fondamentaux perd de son admissibilité. Pour le Professeur Synvet, « *c'est*

¹¹⁴⁹ Voy. en ce sens : BARRIERE F., « Le droit de propriété des créanciers à l'épreuve du renflouement interne des banques », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, LexisNexis, 2017, p. 183 : « *la nécessité publique peut être difficile à démontrer en l'absence de risque systémique* ». v. en ce sens également : SALORD A., DE VAUPLANE H., « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », *Rev. Banq.*, n°765, nov. 2013, p. 46.

¹¹⁵⁰ RENUCCI J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'homme, op. cit.*, p. 630.

ainsi que l'on débouche sur un régime juridique qui, derrière le paravent des meilleures intentions, nie les valeurs d'un État de droit et de liberté »¹¹⁵¹. Ainsi, il convient de rester vigilant lors de la mise en œuvre d'un tel droit. Par, ailleurs, la constatation d'un manque d'efficacité, mais également d'application effective dudit instrument peut également interroger. En effet, celui-ci ne permet pas toujours de remplir les objectifs de la résolution, et pourrait en un sens s'avérer contreproductif, ce qui conduit certains acteurs économiques et décideurs publics à le contourner. Ces remarques conduisent à s'interroger quant à la légitimité d'un tel instrument, qui pourrait en définitive être inadapté (II).

§1 : LA PROTECTION INSUFFISANTE DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS

553. – Une protection en deux temps. La protection des déposants et des propriétaires de biens financiers par le droit de la résolution des défaillances bancaires s'effectue à deux moments. Les principes et mécanismes protecteurs interviennent pendant le déroulement de la procédure, mais également postérieurement à celle-ci. Néanmoins, leur application semble en pratique insuffisante : d'une part, parce qu'en cours de procédure l'application de ces principes paraît complexe (A) ; D'autre part, parce qu'après la procédure, elle semble trop limitée (B).

I) L'application complexe des principes protecteurs pendant la procédure

554. – La recherche d'un traitement juste et équitable. Le droit de la résolution des défaillances bancaires a instauré deux principes protecteurs des propriétaires de biens financiers devant être appliqués lors du renflouement interne. Il s'agit du principe de « *no creditor worse off than in liquidation* » et du principe de « *pari passu* », tous deux destinés à assurer un traitement juste et équitable des propriétaires lésés. L'intention doit être saluée, mais le manque d'efficacité de ces principes peut également être mis en exergue. En effet, l'application du principe de « *no creditor worse off than in liquidation* » est en pratique complexe (1), et les dérogations au principe de « *pari passu* » sont nombreuses (2), ce qui rend cette protection insatisfaisante.

A) L'application complexe du principe de « *no creditor worse off than in liquidation* »

¹¹⁵¹ SYNDET H., « L'application du principe de légalité en matière de résolution bancaire », *op. cit.*, p. 815.

555. – La définition du principe. Le considérant 50 de la Directive 2014/59/UE dite « BRRD » dispose que « *les atteintes au droit de propriété ne devraient pas être disproportionnées* ». Pour s’assurer de cela, le législateur a instauré un principe souvent nommé par son appellation anglo-saxonne « *no creditor worse off than in liquidation principle* »¹¹⁵². Ce principe impose que les propriétaires impactés par l’instrument de renflouement interne, ne soient pas moins bien traités par les instruments de résolution, qu’ils ne l’auraient été si l’établissement défaillant avait fait l’objet d’une procédure de liquidation judiciaire¹¹⁵³.

556. – L’application du principe. Pour assurer l’efficacité de ce principe, il est prévu que les propriétaires lésés puissent percevoir la somme correspondant à la différence de traitement, si leurs pertes sont plus importantes qu’elles ne l’auraient été dans le cadre d’une procédure commune d’insolvabilité, soit pour les établissements français, d’une procédure collective¹¹⁵⁴. Mais la question se pose alors de savoir comment peut-on évaluer le sort de ces propriétaires dans une procédure qui n’aura en définitive jamais lieu ? En principe, c’est la valorisation précédemment abordée qui joue ici un rôle crucial. Réalisée avant la mise en œuvre de l’instrument de renflouement interne, elle doit déterminer le sort qu’auraient subi les déposants et les propriétaires de titres financiers, si l’établissement avait fait l’objet d’une procédure judiciaire. Cette valorisation doit ainsi permettre de vérifier *ex ante* que le principe susmentionné soit effectivement respecté. Il semble cependant nécessaire de rappeler que dans le cas où le temps imparti pour la valorisation semble insuffisant, celle-ci peut être effectuée de manière provisoire par l’autorité de résolution¹¹⁵⁵ et non par un expert indépendant. La mesure de résolution est alors exécutée sur cette base et l’expert indépendant intervient *ex post*, afin d’établir la version définitive, une fois la mesure de résolution exécutée. Cette modification postérieure à l’exécution des mesures risque d’être la source de contentieux et de poser des difficultés pratiques. C’est un des aspects du renflouement interne qui peut être critiqué.

557. – Les difficultés autour de l’application du principe. Divers éléments doivent être relevés, en ce qu’ils peuvent être source de difficulté dans l’application et les conséquences du principes « *no creditor worse off than in liquidation* ».

¹¹⁵² Ce principe est énoncé à l’article 34 de la directive « BRRD » relatif aux principes de la résolution. Celui-ci prévoit ainsi qu’« *aucun créancier n’encourt des pertes plus importantes que celles qu’il aurait subies si l’établissement [...]avaient été liquidés selon une procédure normale d’insolvabilité* ». Voy. à propos : SOTIROPOULOU A., « Shareholder’s and creditor’s protection in bail-in », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, LexisNexis, 2017, p. 273.

¹¹⁵³ Cf. Dir. 2014/59/UE dite « BRRD », art. 73, b).

¹¹⁵⁴ Cf. Dir. 2014/59/UE dite « BRRD », art. 75 : si un « *quelconque actionnaire ou créancier [...] a subi des pertes plus importantes que celles qu’il aurait subies dans une liquidation opérée dans le cadre d’une procédure normale d’insolvabilité, il a droit au paiement de la différence de la part du dispositif de financement pour la résolution* ».

¹¹⁵⁵ Cf. Art. L.613-47, X CMF.

D'abord, afin de faciliter la valorisation, les établissements de crédit sont tenus en amont de toute procédure, d'édifier un registre de leurs créanciers précisant le traitement qui leur serait accordé en cas de liquidation judiciaire. Toutefois, les banques ne sont pas des professionnels du droit des entreprises en difficulté et ne disposent certainement pas de toutes les connaissances et compétences nécessaires en la matière. Face à des créances aussi complexes que celles rencontrées dans l'industrie financière, il peut sembler inapproprié de demander aux banques de définir avec exactitude quel traitement serait accordé à leurs créanciers en cas de procédure collective. En ce sens, l'appréciation des autorités de résolution ne peut se baser uniquement sur les informations transmises par ces établissements.

En outre, il est nécessaire que l'indemnisation prévue dans les textes en cas d'erreur soit effective. Or, son attribution en pratique peut elle aussi paraître complexe. D'une part, parce que les propriétaires de biens financiers lésés ont connaissance du sort qui leur est accordé dans la procédure de résolution, mais ils ne peuvent pas connaître celui que leur aurait réservé une procédure collective. D'autre part, car pour qu'un propriétaire conteste son sort sur le fondement du non-respect de ce principe, il lui serait nécessaire d'agir en justice pour obtenir son dû. Or, nous avons pu constater dans de précédents développements que les recours à l'encontre de mesures de résolution restent assez limités¹¹⁵⁶, tant dans leur recevabilité que dans leurs effets.

B) Les dérogations au principe de « pari passu »

558. – La définition du principe. L'application d'un second principe protecteur a été prévue par le droit de la résolution des défaillances bancaires, afin d'offrir une certaine protection aux déposants et aux investisseurs ayant acquis des titres financiers. Il s'agit du principe de « *pari passu* »¹¹⁵⁷. Celui-ci doit garantir que les propriétaires de biens financiers appartenant à une même catégorie dans le classement opéré par le renflouement interne, seront traités de manière identique. Tout comme pour le principe précédent, l'application d'une règle de « *pari passu* » est nécessaire pour protéger les déposants et les investisseurs disposants de titres financiers.

559. – Les dérogations au principe. Il faut néanmoins préciser que le textes soumettent l'application de ce principe à des exceptions. L'article 44 de la directive « BRRD » relatif au champ

¹¹⁵⁶ À noter par exemple que la valorisation ne fait pas l'objet d'un droit de recours distinct de la décision de prendre une mesure de résolution ou d'exercer le pouvoir de dépréciation ou de conversion mentionné au I de l'article L. 613-38 et ne peut être contestée qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre une telle mesure.

¹¹⁵⁷ Cf. art. L. 613-55-5, II, CMF ; Dir. 2014/59/UE, cons. 77 ; Voy. également à propos du traitement « *pari passu* » des créanciers : Conseil de stabilité financière, « Principes on bail-in execution », 21 juin 2018, p. 7 et s.

d'application de l'instrument de renflouement interne précise en effet que dans certaines circonstances¹¹⁵⁸, l'autorité de résolution peut être amenée à exclure en partie certains engagements éligibles au renflouement interne. Cette exclusion doit être nécessitée par la préservation des fonctions critiques de l'établissement, la limitation du risque de contagion ou des pertes de valeurs massives. La non-application de ce principe peut également être justifiée par l'impossibilité de procéder au renflouement de certains actifs dans le temps imparti.

En pratique, le non-respect du principe de « *pari passu* » a déjà pu être constaté. Dans l'affaire de l'établissement de crédit portugais Banco Espírito Santo, certains créanciers ont été exclus du renflouement interne pratiqué¹¹⁵⁹. Ces dérogations possibles tendent à diminuer l'efficacité de ce principe et ainsi la protection accordée aux déposants et aux propriétaires de titres financiers. Elles créent également un sentiment d'injustice, dans la mesure où d'autres créanciers ne sont pas épargnés.

II) L'indemnisation limitée des déposants et des propriétaires de titres financiers

560. – L'insuffisance des garanties, un facteur de risque systémique. Le système de garantie des dépôts n'est pas le fruit du droit de la résolution des défaillances bancaires. Depuis longtemps déjà, les pouvoirs publics ont pris conscience de la nécessité de protéger les clients des établissements de crédit de la faillite de ces derniers. Cette protection¹¹⁶⁰ est désormais assurée par le Fonds de garantie des dépôts et de résolution, qui garantit dans certaines conditions, des actifs bancaires et financiers.

Ce fond assure une triple garantie, puisqu'il couvre des dépôts, des titres financiers et des cautionnements. Toutefois, cette protection apparaît à certains égards, trop limitée. D'une part,

¹¹⁵⁸ L'autorité de résolution peut exclure totalement ou en partie, certains engagement éligibles au renflouement interne « *lorsqu'il n'est pas possible de renflouer ledit engagement dans un délai raisonnable en dépit des efforts déployés de bonne foi par l'autorité de résolution; lorsque cette exclusion est absolument nécessaire et proportionnée pour assurer la continuité des fonctions critiques et des activités fondamentales d'une manière qui préserve la capacité de l'établissement soumis à une procédure de résolution de poursuivre ses opérations, services et transactions essentiels; cette exclusion est absolument nécessaire et proportionnée pour éviter de provoquer une vaste contagion, notamment en ce qui concerne les dépôts éligibles de personnes physiques et de micro, petites et moyennes entreprises, 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; ou lorsque l'application de l'instrument de renflouement interne à ces engagements 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 de l'application de l'instrument de renflouement interne* ».

¹¹⁵⁹ ARTUS P., « Renflouement interne : une évolution favorable ? », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 43. L'auteur précise que lors du renflouement interne relatif au cas Banco Espírito Santo, « *seuls cinq souches ont connu des pertes* » parmi les créanciers subordonnés.

¹¹⁶⁰ Voy. à propos : STOUFFLET J., « La garantie des dépôts en France après l'entrée en vigueur de la directive n°94/19/CE », in *Mel. PARDON*, 1996, p. 482 ; LÉGUEVAQUES C., « La création d'un fonds de garantie des dépôts : la fin d'une exception française », *Banq. & droit*, 1999/11, p. 9 ; BONNEAU T., « De quelques apports de la loi de n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier », *JCP E.*, 1378.

parce que les plafonds d'indemnisation semblent insusceptibles de garantir la stabilité financière (1), d'autre part, parce que certaines exclusions (2).

A) Des plafonds d'indemnisation insusceptibles de garantir la stabilité financière

561. – La critique des garanties principales et exceptionnelles. La garantie des dépôts et des titres, proposée par le Fonds de garantie des dépôts et de résolution (ci-après FGDR), semble insuffisante dans divers cas. D'une part, les garanties principales ne sont pas adaptées à l'ensemble des propriétaires de biens financiers (a), d'autre part, les garanties exceptionnelles sont trop limitées dans le temps. Ces lacunes peuvent porter préjudice à des déposants qui ne pourront bénéficier de la garantie des dépôts. Or, cette conséquence peut impacter la stabilité financière et augmenter le risque systémique, en transmettant les difficultés financières rencontrées à d'autres acteurs économiques importants, tels que des entreprises commerciales traditionnelles, des acteurs publics ou encore d'autres établissements du secteur bancaire et financier.

1) Des garanties principales non adaptées à l'ensemble des propriétaires de biens financiers

562. – Le fonctionnement de la garantie des dépôts. La garantie des dépôts couvre « *les fonds laissés en compte auprès d'un établissement de crédit* »¹¹⁶¹ pour un montant défini. Ainsi, chaque déposant bénéficie d'une garantie à hauteur de 100.000 euros. Cette garantie est constituée pour chaque établissement dans lequel le déposant serait client. Sont couverts au titre de cette garantie, les compte-courants, les livrets et les plans d'épargne. En outre, certains livrets¹¹⁶² bénéficient d'une garantie d'État, qui leur octroie une protection identique à celle des dépôts.

563. – Les ambiguïtés autour de la garantie des titres. Le Fonds de garantie des dépôts et de résolution (ci-après FGDR) prévoit également une garantie des titres financiers¹¹⁶³. Celle-ci est supposée couvrir toutes sorte de titre, pour montant maximum de 70.000 euros par client et par établissement. Toutefois, le champ d'application de cette garantie est ambiguë et peut porter à confusion. En effet, on peut penser que tout comme la garantie des dépôts, elle aura vocation à s'appliquer en cas de pertes liées au renflouement interne d'un établissement. Or, ces conditions

¹¹⁶¹ Art. L. 312-4-1 CMF.

¹¹⁶² Les Livrets A, Livrets développement durable et solidaire (LDDS), Livret d'épargne populaire (LEP).

¹¹⁶³ Art. L. 322-1 et s. CMF.

d'accès sont autres, et il ne semble pas que la garantie des titres offertes par le FGDR puisse avoir vocation à intervenir en réponse à un renflouement interne. L'article L. 322-1 du Code monétaire et financier dispose que cette garantie des titres « *a pour objet d'indemniser les investisseurs en cas d'indisponibilité de leurs instruments financiers ainsi que de leurs dépôts en espèces lorsqu'ils sont liés à un service d'investissement, à la compensation ou à la conservation d'instruments financiers* ». Cette garantie n'a pas vocation à s'appliquer de manière systématique en cas de résolution de l'établissement émetteur. Les informations relatives à cette garantie sont difficilement accessibles et compréhensibles. L'article L. 322-2 du Code monétaire et financier nous apprend que ce mécanisme de garantie s'applique sur demande de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, après avis de l'Autorité des marchés financiers, lorsque l'établissement détenteur n'est plus en mesure de restituer immédiatement ou à terme rapproché, les instruments financiers détenus.

Le critère permettant de bénéficier de cette garantie semble donc être l'indisponibilité des titres. Néanmoins, le FGDR précise lui-même que cette garantie des titres ne peut être appliquée que si deux conditions cumulatives sont remplies : les clients n'ont plus la disponibilité des titres et espèces associées confiés au prestataire de services d'investissement et la situation financière de cet établissement ne lui permet pas de remplir son obligation de restitution ou de dédommagement¹¹⁶⁴. Cette garantie semble donc avoir vocation à jouer qu'en cas de défaillance de l'établissement teneur de compte et non de celui qui a émis les titres, à moins qu'il ne s'agisse d'une même entité. En ce sens, il semblerait que cette garantie n'ait pas vocation à jouer en matière de renflouement interne.

564. – Appréciation des montants garantis. En ce qui concerne le montant de ces plafonds de garantie, il semble pour beaucoup de déposants être adapté. Néanmoins, certains acteurs comme de grandes entreprises ou des collectivités publiques, peuvent disposer de montants bien supérieurs. Pour eux, la garantie paraît clairement insuffisante et les pousse à s'adapter en changeant leur mode de fonctionnement.

2) Des garanties exceptionnelles trop limitées dans le temps

565. – Des évolutions positives. Depuis 2015¹¹⁶⁵, les droits des déposants en matière d'indemnisation ont évolué. Ils disposent ainsi d'une meilleure protection, en réponse aux critiques

¹¹⁶⁴ Conditions précisées sur le site internet du Fonds de garantie des dépôts et de résolution.

¹¹⁶⁵ Date à laquelle la Directive n° 2014/49/UE du 16 avril 2014 introduisant des modifications relatives au sort des déposants face à la défaillance de leur établissement bancaire a été transposée en droit français. Cf. Arrêtés du 27 octobre 2015 et du 18 février 2019. Voy. à propos : Fonds de garantie des dépôts et de résolution, « Recueil des textes juridiques en vigueur, Partie réglementaire », sept. 2019.

qui avaient pu être formulées¹¹⁶⁶. Désormais, certaines situations exceptionnelles bénéficient d'une protection particulière. Ainsi, les dépôts issus de la vente d'un bien d'habitation, de la réparation en capital d'un dommage subi, du versement en capital d'un avantage retraite, d'une succession, d'un legs ou d'une donation, ou encore d'une prestation compensatoire, d'une indemnité transactionnelle ou contractuelle consécutive à la rupture d'un contrat de travail, pourront bénéficier d'un plafond d'indemnisation supérieur. Pour ces dépôts exceptionnels et temporaires, le montant garanti est rehaussé de 500.000 euros, et peut donc couvrir des montants allant jusqu'à 600.000 euros.

566. – Des évolutions toujours insuffisantes. Cette augmentation du montant de la garantie doit être saluée. Néanmoins, la durée de celle-ci reste trop limitée et cet aspect continue de poser des difficultés. En effet, le législateur n'a consenti cette garantie spéciale que pour une durée de trois mois suivants la réception des fonds, et ce alors même que le législateur européen proposait d'étendre cette garantie jusqu'à 12 mois¹¹⁶⁷. Cette durée de garantie semble insuffisante. En effet, dans le cas d'une vente immobilière ou d'une succession par exemple, les délais pour réinvestir cet argent sont souvent conséquents et peuvent largement dépasser les trois mois octroyés. Ainsi, il paraît impératif d'augmenter ce délai de garantie, d'autant que le droit européen, dont le droit français n'est ici qu'une simple déclinaison, le permet.

B) Des exclusions ayant un impact négatif sur le risque systémique

567. – Un autre élément qui conduit à remettre en question l'efficacité de la garantie des dépôts et des titres est la présence d'un certain nombre d'exclusions. Ainsi, certains déposants et investisseurs sont exclus de la garantie accordée par le FGDR (1). Il en va de même pour certains biens financiers (2).

1) L'exclusion de certains déposants et investisseurs disposants de titres financiers

568. – L'exclusion paradoxale d'établissements porteurs de risques systémiques. Certains déposants et propriétaires de titres financiers ne peuvent, du fait de leur statut, bénéficier de la

¹¹⁶⁶ Voy. notamment : MADER R.-C., « La réglementation ne protège pas assez les dépôts exceptionnels », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 28.

¹¹⁶⁷ L'article 6 de la directive 2014/49/UE du 16 avril 2014, relative aux systèmes de garantie des dépôts dispose en effet que : Les états membres doivent veiller à ce que les dépôts exceptionnels « soient protégés au-dessus de 100.000 euros pendant au moins trois mois et jusqu'à douze mois après que le montant a été crédité ou à partir du moment où ces dépôts peuvent être légalement transférés ».

protection accordée par le Fonds de garantie des dépôts et de résolution¹¹⁶⁸. Il s'agit principalement d'entreprises appartenant au secteur de la banque et de l'assurance, ou encore d'établissements relevant du domaine public. Sont ainsi exclus de la garantie des dépôts les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, les sociétés de financement, les compagnies holding et les entreprises mères de sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique ainsi que les établissements de paiement, les entreprises d'assurance et de réassurance, les organismes de placement collectif ainsi que les organismes de retraite. L'État, les collectivités territoriales et leurs établissements ou groupement de coopération, ainsi que quelques autres institutions et services¹¹⁶⁹, ne peuvent pas non plus bénéficier de la garantie de leurs dépôts.

569. – Conséquences pour les acteurs du secteur bancaire et financier. Il semble que l'objectif principal de ces exclusions soit la limitation de l'aléa moral. En effet, sans garantie, ces établissements seront tentés d'adopter un comportement à risque limité. Néanmoins, c'est du côté du risque systémique que la mesure semble poser des difficultés. En effet, sans aucune garantie de leurs fonds déposés auprès d'un établissement défaillant, les acteurs du systèmes bancaires et financiers pourront eux aussi se trouver en difficulté¹¹⁷⁰, et l'interconnexion de leurs activités pourrait provoquer des réactions en chaîne dommageables pour l'ensemble de l'économie.

2) L'exclusion de certains dépôts

570. – Outre certains acteurs, se sont également certains dépôts qui se voient exclus de la protection du Fonds¹¹⁷¹. Il s'agit des dépôts dont l'existence ne peut être prouvée que par un instrument financier, des dépôts dont le principal n'est pas remboursable au pair, ou n'est remboursable au pair qu'en vertu d'une garantie spécifique ou d'un accord spécifique donné par l'établissement de crédit qui reçoit les dépôts ou par un tiers, de ceux ayant le caractère de fonds propres, mais également des dépôts liés à des opérations de blanchiment sanctionnées pénalement, des dépôts anonymes ou dont le titulaire n'est pas identifié, et enfin des titres de créances négociables ou autres titres de créances émis par l'établissement de crédit.

¹¹⁶⁸ Art. L.312-4-1, II, CMF.

¹¹⁶⁹ Il s'agit des institutions et services mentionnés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier, soit le Trésor public, la Banque de France, La Poste, l'institut d'émission des départements d'outre-mer, l'institut d'émission d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations.

¹¹⁷⁰ Voy. en ce sens : CHASSIN DE KERGOMMEAUX X., BERNARDI O., « Résolution bancaire : la nouvelle réglementation dispensera-t-elle les États d'intervenir dans les faillites bancaires ? », *Rev. Jurist. Sciences. Po.*, n° 19, oct. 2020, p. 24.

¹¹⁷¹ Art. L.312-4-1, II CMF.

§2 : LE MANQUE D'ADÉQUATION DE L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE AVEC LES OBJECTIFS POURSUIVIS

571. – La critique de l'instrument de renfloement interne peut également porter sur ses effets. En effet, son fonctionnement peut à certains égards sembler inadapté face aux objectifs qu'il est censé poursuivre. Cet instrument a principalement été mis en place pour éviter le phénomène de ruées bancaires, limiter l'aléa moral et écarter le recours à des fonds publics¹¹⁷². Or, l'application de l'instrument interne ne semble pas permettre de remplir ces objectifs, au contraire, elle pourrait produire des effets pervers (A). Ainsi, il semble nécessaire de s'intéresser aux conséquences de ce manque d'adéquation (B), en constatant l'éviction déjà présente dans la pratique récente du droit de la résolution des défaillances bancaires de cet instrument.

I) La production d'effet pervers

572. – Parmi les effets pervers engendrés par la mise en place de l'instrument de renfloement interne figurent le passage du « *bank run* »¹¹⁷³ à ce que Professeur Ruet a pu qualifier de « *stock run* »¹¹⁷⁴ (1), un phénomène similaire et tout autant dévastateur.

A) Le passage du « *bank run* » au « *stock run* »¹¹⁷⁵

573. – Éviter le phénomène de ruées bancaires¹¹⁷⁶ si néfaste pour le secteur bancaire est un des objectifs principaux du droit de la résolution des défaillances bancaires. Le système de garantie des dépôts, ainsi que les mécanismes spécifiquement conçus pour assurer la résilience des établissements de crédit, dont l'instrument de renfloement interne fait partie, participe à cette éviction. En effet, les déposants répondant aux conditions de la garantie, ne seront en principe pas tentés de retirer leurs fonds dans le cas où leurs établissements bancaires rencontreraient des

¹¹⁷² RUET L., « Le stock run », in *Mél. AEDBF-France*, VII, DAIGRE J.-J., BREHIER B., (dir.), Rev. Banq. Ed., 2018, p. 145.

¹¹⁷³ Appellation anglo-saxonne qualifiant le phénomène de ruées bancaires.

¹¹⁷⁴ Appellation anglo-saxonne qualifiant le phénomène de vente massive de titres financiers.

¹¹⁷⁵ RUET L., « Le stock run », in *Mél. AEDBF-France*, VII, DAIGRE J.-J., BREHIER B., (dir.), *op. cit.*, 2018, p. 145.

¹¹⁷⁶ Pour une approche juridique des ruées bancaires v. : CATILLON V., *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, LGDJ, 2011, p. et s. ; Pour une approche économique des ruées bancaires voy. : MONNET E., RIVA A., UNGARO S., « The real effect of the bank run, Evidence from the French Great Depression (1930-1931) », *Débats économiques et financiers*, *Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution*, n°37, mai 2021 ; MARINI F., « Les fondements micro-économiques du concept de panique bancaire, une introduction », *Rev. Éco.*, vol. 43, n°2, 1992, p. 301-326 ; LACOUÉ-LABARTHE D., « La France a-t-elle connu des paniques bancaires efficientes ? », *Rev. Eco. Po.*, vol. 115, 2005/5, p. 633-656.

difficultés. Néanmoins, ce phénomène redouté semble, avec la mise en place du renflouement interne, s'être déporté sur d'autres acteurs et conserver son caractère risqué. En effet, le risque de pertes lié à l'application dudit instrument, principalement chez les investisseurs, et le caractère semble-t-il peu opérant de la garantie des titres financiers, ont conduit au passage d'un phénomène de « *bank run* », à un phénomène de « *stock run* ». Ce constat a pu être développé par le Professeur Ruet, qui définit le « *stock run* » comme « *un mouvement massif de panique des actionnaires de la banque, qui se précipitent sur leurs terminaux d'ordinateurs pour tout vendre, tout liquider, dans la seconde, à tout prix* »¹¹⁷⁷. Or, ces mouvements sont, au même titre que les ruées bancaires, dévastateurs. De la simple rumeur d'ouverture d'une procédure de résolution, les propriétaires disposants de titres financiers, notamment les actionnaires, pourraient décider de vendre leurs actifs et ce le plus rapidement possible, pour ne pas être impactés par le renflouement interne. Or, ce sont ces ventes massives qui ont l'impact le plus négatif sur la situation financière de l'établissement bancaire concerné. Pour le Professeur Ruet, les conséquences du « *stock run* » seront plus dévastatrices encore que celles du « *bank run* », dans la mesure où elles seront accentuées par les pratiques d'investissements financiers telles que la spéculation à la baisse, la vente à découvert, le trading à haute fréquence et autres¹¹⁷⁸. En ce sens, d'aucuns pourraient considérer que l'instrument de renflouement interne a peut-être répondu à une problématique, mais il en a également créé une nouvelle, peut-être plus dangereuse encore.

B) Les incidences sur l'aléa moral et le risque systémique

574. – Un simple changement de prêteur en dernier ressort. Le passage du renflouement externe au renflouement interne marque un changement considérable qui doit conduire à responsabiliser les établissements de crédit. Désormais, l'État n'est plus tenu de payer pour leurs prises de risques inconsidérées. Or, ici également, l'instrument de renflouement interne peut faire l'objet de critiques. Pour certains, « *ce renflouement n'a évidemment rien d'interne : il est payé par les épargnants et les investisseurs* »¹¹⁷⁹. Il est vrai que ce ne sont pas uniquement les actionnaires qui sont mis à contribution, tous les clients d'un établissement défaillant peuvent être amenés à subir les conséquences des erreurs de gestion commises. Ainsi, on peut difficilement considérer que le passage du renflouement par l'État, au renflouement par les déposants et les investisseurs, puisse

¹¹⁷⁷ RUET L., « Le stock run », *op. cit.*, 2018, p. 145.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 150.

¹¹⁷⁹ LEGRAS J., « Résolution et bail-in : le point de vue de la victime », *Rev. Banq.*, n° 807, avr. 2017, p. 29.

constituer une avancée suffisante pour venir à bout de l'aléa moral¹¹⁸⁰. Le seul changement est en réalité celui du prêteur en dernier ressort. La lutte contre les comportements à risque et les mauvaises pratiques de gestion, devra semble-t-il davantage s'effectuer par le biais du renforcement des obligations pesant sur les établissements de crédit, ainsi que par la réalisation de contrôles et le cas échéant, le prononcé de sanctions.

575. – Effet limité sur le risque systémique. Le droit de la résolution des défaillances bancaires a également pour objectif de limiter le risque systémique. Or, sur ce plan également, l'instrument de renflouement interne peut faire l'objet de critiques. En effet, nous avons pu énoncer précédemment qu'un certain nombre de propriétaires de biens financiers étaient exclus du bénéfice de la garantie des dépôts. Or, figurent parmi eux des entreprises et organismes ayant une nature systémique. C'est le cas, rappelons-le, des entreprises du secteur bancaire et financier qui sont exclues de l'application de ce mécanisme protecteur. On constate ainsi que parmi les dépôts non protégés, nombre appartiennent à des acteurs systémiques. Les difficultés d'un établissement de crédit défaillant peuvent donc, malgré l'instauration du droit de la résolution des défaillances bancaires, se transmettre à d'autres entités systémiques, du secteur bancaire ou non, avec le risque d'une défaillance généralisée. Ainsi, si certains aspects du droit de la résolution des défaillances bancaires peuvent sembler manquer d'efficacité, ce droit peut laisser transparaître d'autres visées. En effet, les dispositions qui régissent la résolution des défaillances bancaires semblent avoir été établies par le législateur en grande partie pour responsabiliser les acteurs du secteur bancaire et financier, et particulièrement les actionnaires des établissements de crédit, qui seront les premiers touchés en cas de défaillance. En ce sens, il est doté d'une vocation pédagogique, voire coercitive, qui devrait produire en amont de toute mise en œuvre des instruments de résolution, des effets importants. Néanmoins, et en tout état de cause, le manque d'adéquation de l'instrument de renflouement interne avec les objectifs du droit de la résolution des défaillances bancaires engendre certaines conséquences dommageables qu'il convient de relever.

¹¹⁸⁰ Voy. en ce sens : VENUS M., « Les plans de résolution bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2013, p. 47 : « C'est très important parce que si la résolution devient, comme c'est le cas dans certains esprits bruxellois, le fait d'empêcher les banques de faillir, tout ce que l'on fait c'est de recréer l'aléa moral en faisant payer des entreprises privées plutôt que le contribuable ».

II) Les conséquences du manque d'adéquation de l'instrument de renflouement interne avec les objectifs poursuivis

576. – Le caractère inadapté de l'instrument de renflouement interne a diverses conséquences. D'une part, il conduit les établissements bancaires et financier, ainsi que les décideurs publics, à user de stratagèmes afin de contourner l'application de cet instrument redouté (1). D'autre part, il incite à s'interroger sur les améliorations qui pourraient être apportées (2).

A) Le phénomène d'éviction de l'instrument de renflouement interne

577. – **L'éviction de la part des propriétaires de biens financiers.** Tous les propriétaires de titres financiers ont pris conscience des risques encourus du fait de la mise en place de l'instrument de renflouement interne. La garantie des titres semblant peu ou prou inopérante pour les entités porteuses de risques systémiques, cela a conduit ceux-ci à modifier leurs comportements. Ainsi, les entreprises, notamment celles du secteur bancaire et financier, adaptent leur passif et tendent à placer leurs fonds auprès d'entreprises non bancaires, pour les faire échapper au risque créé par l'instrument de renflouement interne¹¹⁸¹.

578. – **L'éviction de la part des décideurs publics.** Mais ce ne sont pas seulement les propriétaires de titres financiers qui craignent les conséquences d'une application du renflouement interne, les États tendent eux aussi à éviter son activation¹¹⁸². En effet, depuis la mise en place de cet instrument, ces activations ont eu des conséquences désastreuses pour bon nombre de personnes et ont créée de véritables scandales, avec notamment le suicide¹¹⁸³ d'un retraité qui avait perdu toutes ses économies placées sur des titres risqués.

Cette possibilité d'éviction a été légitimée récemment dans l'affaire dite Tercas¹¹⁸⁴. Dans un arrêt en date du 2 mars 2021, la Cour de Justice de l'Union européenne a décidé que les aides accordées par le Fonds de garantie des dépôts italien à un établissement de crédit défaillant ne constituaient pas des aides d'état. Dès lors, la situation de défaillance n'entraînait pas l'ouverture

¹¹⁸¹ Voy. à propos : SALES E., « Nos dépôts sont bail-inables dès le premier euro », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 34 ; GAUVENT S., « Les entreprises protègent leurs dépôts », *Rev. Banq.*, n° 802, nov. 2016, p. 46.

¹¹⁸² GAUVENT S., « Monte dei Paschi di Siena : la peur du bail-in », *Rev. banq.*, n° 803, déc. 2016, p. 32.

¹¹⁸³ CANONNE C., « Le bail-in s'accompagne d'un certain nombre de flexibilités », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 29 ; VERON N., « La période de transition est nécessairement douloureuse », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 36.

¹¹⁸⁴ CJUE, 2 mars 2021, Aff. C-425/19 P, *Commission européenne c/ République italienne, Banca Popolare di Bari SCpA, Fondo Interbancario di tutela dei depositi* ; Voy. à propos : GAUVENT S., « L'affaire Tercas bouscule la Résolution », *Rev. Banq.*, n° 855, mars 2021, p. 52 ; GAUVENT S., « L'EBA recommande de prendre en compte la jurisprudence Tercas », *Rev. Banq.*, n° 843, mars 2020, p. 48.

d'une procédure de résolution. La décision a d'abord été contestée par la Commission européenne qui a vu sa position confortée par le Tribunal de l'Union, avant que la CJUE ne casse l'arrêt lors d'un pourvoi formé contre la décision du Tribunal. La CJUE précise néanmoins que la qualification d'aide d'État reste possible et que cela dépend du système de garantie, de sa constitution, de son fonctionnement et autre. Il en ressort néanmoins une distorsion entre les règles étatiques, qui peuvent conduire à des différences de traitement d'un établissement de crédit à un autre. On retient de cette décision, comme du comportement des propriétaires de titres, la possibilité de contourner l'application du droit de la résolution des défaillances bancaires et tout particulièrement de l'instrument de renflouement interne. Cette éviction démontre une fois de plus, le caractère inadapté de cet instrument, qui doit impérativement faire l'objet de modifications.

B) La nécessité de modifier le fonctionnement de l'instrument de renflouement interne

579. – Des indications ayant vocation à limiter le risque systémique, l'aléa moral et l'utilisation de deniers publics. Le passage du renflouement externe au renflouement interne, ne semble en définitive pas fournir les résultats escomptés. Ce nouveau mécanisme fait l'objet de critiques¹¹⁸⁵, considéré par certains comme inefficace, voire contreproductif¹¹⁸⁶. Il ressort de nos développements que l'instrument de renflouement interne, tel qu'il est calibré aujourd'hui, ne semble pas pouvoir limiter efficacement le risque systémique, ni l'aléa moral, ni l'utilisation de fonds publics¹¹⁸⁷. Par ailleurs, la protection accordée aux déposants et investisseurs, pouvant faire l'objet d'un renflouement interne, semble à certains égards, trop limitée. Les réformes du cadre CMDI¹¹⁸⁸ (Crises management and Deposit insurance) qui devraient être établies pourront peut-être apporter les solutions nécessaires. Celles-ci pourraient notamment résider dans la mise en place d'un renflouement davantage mixte qu'interne, mettant à contribution les actionnaires, le Fonds de résolution unique auxquels cotisent les établissements bancaires et financiers et dans une certaine proportion les États. Celui-ci a par ailleurs, à l'heure actuelle toujours la possibilité d'intervenir financièrement, mais cette faculté reste limitée et encadrée par le droit de la résolution des

¹¹⁸⁵ NIJDAM C., « Bail-in : un faux espoir ? », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 40 ; ARTUS P., « Renflouement interne : une évolution favorable ? », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 2.

¹¹⁸⁶ GAUVENT S., « Terra Nova juge le bail-in dangereux », *Rev. Banq.*, n° 825, p. 27 ; SCIALOM L., « Une activation du bail-in pourrait propager la crise », *Rev. Banq.*, n° 790, nov. 2015, p. 58.

¹¹⁸⁷ LAURIN A., « L'éventualité d'un soutien public ne peut être totalement éliminé », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 32.

¹¹⁸⁸ Voy. à propos : DONNAY M., « La commission s'est attelée à la révision du cadre CMDI », *Rev. Banq.*, n° 856, mai 2021, p. 18 ; RASPILLER S., « Un moment charnière pour l'Union bancaire », *Rev. Banq.*, n° 856, mai 2021, p. 22 ; LUSSIGNY B., « La vision des banques françaises pour l'Union bancaire », *Rev. Banq.*, n° 856, mai 2021, p. 26.

défaillances bancaires. Pourtant, quelques exemples pratiques illustrent déjà un phénomène d'entorse à cette limitation¹¹⁸⁹. Dès lors, les déposants et propriétaires de titres financiers, peuvent être amenés à intervenir doublement, en qualité d'épargnant¹¹⁹⁰ et en qualité de contribuable.

¹¹⁸⁹ Dans le sauvetage de certains établissements, l'état a été contraint d'intervenir soit en fournissant une garantie, comme ce fut le cas pour la résolution de l'établissement Crédit immobilier de France, soit en injectant des fonds comme pour les banques italiennes Veneto Banca, Banca Popolare di Vicenza, Banca Popolare di Bari ou Monte dei Paschi di Siena. Voy. à propos : CHASSIN DE KERGOMMEAUX X., BERNARDI O., « Résolution bancaire : la nouvelle réglementation dispensera-t-elle les États d'intervenir dans les faillites bancaires ? », *op.cit.*, p. 24.

¹¹⁹⁰ En ce sens : NIJDAM C., « Bail-in : un faux espoir », *op. cit.*, p. 40 : les « particuliers encaisseront encore les pertes des institutions bancaires, mais cette fois-ci en leur qualité d'épargnants ».

CONCLUSION DU CHAPITRE II

580. – En conclusion, il convient d'abord de rappeler que les dispositions qui gouvernent le droit de la résolution des défaillances bancaires, bien qu'exorbitantes et attentatoires au droit de propriété, ne peuvent pas être contestées sur le fondement de l'inconstitutionnalité. Elles ne peuvent pas non plus l'être, semble-t-il, sur le fondement leur non-respect des textes européens. Néanmoins, au vu des conditions édictées par le droit européen d'altération du droit de propriété, de telles questions rencontrées en pratique devraient être appréciées au cas par cas et *in concreto* par les juridictions compétentes. Cependant, ces atteintes au droit de propriété qui pourraient être engendrées par la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, laissent présager certains risques qu'il convient d'ores et déjà d'appréhender, à l'aune du risque de « stock run ». Par ailleurs, notons que les risques liés à cet instrument effraient déjà tant les praticiens du secteur bancaire et financier, que les décideurs publics. En ce sens, il a déjà pu être observé que différents moyens étaient mis en œuvre pour éviter l'usage de cet instrument, où le cas échéant, les effets négatifs de celui-ci. Quoiqu'il en soit, il semble que la visée première de cet instrument soit en définitive davantage pédagogique et induise la responsabilisation des établissements de crédit mais également de leurs actionnaires. La crainte de l'instrument de renflouement interne, devrait espérons-le, suffire à maîtriser les comportements à risque et les gestions inopportunes.

CONCLUSION DU TITRE II

581. – Une des principales innovations du droit de la résolution des défaillances bancaires fut la mise en place d'un instrument de renflouement interne, destiné à contourner les lacunes de la logique antérieure de renflouement externe. Ainsi, cet instrument fait peser le poids des défaillances bancaires sur les actionnaires et créanciers des établissements de crédit, au lieu de recourir à des fonds publics. Or, en procédant à la dépréciation, la conversion, ou l'annulation de titres, le droit de la résolution des défaillances bancaires semblait établir un système d'expropriation. Pour confirmer ce postulat, il était alors nécessaire de s'intéresser à la qualité de déposants et d'investisseurs, ainsi qu'à la notion peu courante en droit bancaire et financier de bien financier. Cela a ainsi permis de déterminer que les déposants et les investisseurs pouvaient être définis comme des propriétaires et devaient de ce fait disposer de la protection accordée par le droit français et européen à la propriété.

Face à ce constat, il était nécessaire de s'interroger d'abord sur la légalité des dispositions qui gouvernent cet instrument. Si d'un point de vue constitutionnel celui-ci ne semble pas pouvoir être remis en cause, on aurait pu s'interroger sur sa conventionnalité. Or, en droit européen, le droit de propriété apparaît comme un droit fondamental mais non absolu. Des tempéraments sont donc prévus, dès lors que certaines conditions sont remplies. En observant l'instrument de renflouement interne à l'aune de ces conditions, il semble que la mise en œuvre de ce dernier et ses atteintes au droit de propriété ne soient pas illégales. Cependant, il conviendra le cas échéant de laisser les juridictions se prononcer sur cette question, *in concreto* et au cas par cas, car certaines notions peuvent faire l'objet d'appréciations divergentes.

Néanmoins, si la légalité de cet instrument semble difficilement pouvoir être remise en cause, c'est sur le terrain de la légitimité que celui-ci est parfois contesté. En effet, il peut à certains égards produire des effets pervers, qui contribuent à faire peser un risque sur la stabilité financière. Par ailleurs, ces effets sur les déposants et les investisseurs sont également craints, si bien que l'effectivité en pratique de cet instrument est faible. En définitive, il semble que la principale vocation de celui-ci soit de responsabiliser les acteurs du secteur bancaire et financier, qui pourraient adopter des comportements plus responsables par crainte d'une application de cet instrument de résolution tant redouté.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

582. – La consécration d'un droit de la résolution des défaillances bancaires a inéluctablement induit de définir ses effets. Si ce droit peut être défini comme un droit *sui generis*, autonome et exorbitant, il a inéluctablement des incidences nouvelles, originales voire parfois extraordinaires. En ce sens, il produit des effets sur les établissements de crédit et leurs déposants et investisseurs, que ce soit lorsqu'un établissement de crédit est peu solide ou défaillant, mais également en amont de toute difficulté. D'abord, il a pu être constaté que le droit de la résolution des défaillances bancaires produit des effets contraignants pour les établissements de crédit. En effet, il leur impose des obligations, tantôt nouvelles, tantôt renouvelées, nécessaires pour prévenir et traiter leurs éventuelles difficultés avec pragmatisme, célérité et efficacité. Néanmoins, ces obligations peuvent être complexes à mettre œuvre. Les établissements de crédit ont dû mobiliser de nombreuses ressources à cette fin. Ces obligations de planification, de contribution et d'information sont cependant nécessaires pour assurer la stabilité financière et la pérennité des établissements de crédit tenus de les mettre en œuvre. Ainsi, elles ne doivent pas être appréhendées comme de nouvelles tâches administratives contraignantes, mais davantage comme des outils stratégiques intégrés dans un système global de gestion des risques.

583. – Le droit de la résolution des défaillances bancaires produit également des effets contraignants à l'égard des déposants et des investisseurs. Cela s'illustre principalement par l'existence d'un instrument de renflouement interne, destiné à traiter la défaillance d'un établissement en dépréciant, convertissant ou annulant les titres de ses actionnaires et créanciers afin de le renflouer. Cet instrument apparaît ainsi comme exorbitant, et tend à porter atteinte au droit de propriété, pourtant défini comme un droit fondamental et sacré, des déposants et des investisseurs. Cependant, ces atteintes ne semblent pas illégales dès lors qu'elles sont réalisées pour préserver la stabilité financière, considérée par les juges européens comme une cause d'utilité publique. Néanmoins, la légitimité de cet instrument a pu être critiquée, d'autant que les garanties accordées aux déposants et aux investisseurs peuvent à certains égards sembler insuffisantes. Ainsi, la pratique naissante du droit de la résolution des défaillances bancaires a déjà montré une volonté partagée tant par les créanciers que par les décideurs publics, d'éviter le recours à cet instrument. En définitive, sa visée semble davantage pédagogique, puisque la crainte de son activation pourrait amener les établissements de crédit et leurs actionnaires à adopter des comportements plus responsables.

CONCLUSION GÉNÉRALE

584. – Une hypothèse confirmée. Si d'aucuns définissent les crises comme des événements purificateurs et unificateurs¹¹⁹¹, il ne fait nul doute que celles qui ont marqué ce début du XXI^{ème} siècle corroborent ce point de vue. Ensemble, elles ont induit une prise de conscience majeure et des changements considérables dans le corpus juridique gouvernant les acteurs de la sphère bancaire et financière. Ces changements inéluctables ont notamment pris la forme d'une Union bancaire, destinée à pallier les lacunes réglementaires et organisationnelles mises en exergue par les crises. Ils ont également pris la forme d'un Mécanisme de résolution unique, destiné à régir la prévention et le traitement des défaillances bancaires. La mise en place de ce dernier était impérative. En effet, il avait été constaté que le droit des entreprises en difficulté qui régissait traditionnellement les défaillances bancaires, était profondément inadapté à ces entreprises singulières¹¹⁹², malgré les tentatives d'adaptation du législateur. Ainsi, ce dernier, désireux d'assurer la stabilité financière, est venu mettre en place par le biais de la directive 2014/59/UE dite « BRRD » et du règlement (UE) n° 806/2014 dit « SRMR », un corpus de règles propres aux établissements de crédit peu solides ou défaillants, devant être mis en œuvre sous l'égide d'autorités administratives spécialisées. Ce corpus juridique, établi à l'échelle de l'Union bancaire, offre désormais un cadre unifié de gestion des défaillances bancaires. Par conséquent, la prévention et le traitement de ces dernières ne sont plus régis comme des exceptions prévues par des droits nationaux de l'insolvabilité, mais comme un ensemble de règles et de procédures relevant d'un droit *sui generis*.

Ainsi, notre hypothèse initiale selon laquelle le législateur aurait élaboré de manière informelle un véritable droit de la résolution des défaillances bancaires, semble en définitive pouvoir être confirmée. À l'aune des pressentiments de Mr Lèguevaques, que nous avons mentionné en introduction et qui avait initié ces travaux il y a vingt-ans déjà¹¹⁹³, le droit gouvernant les défaillances bancaires n'a cessé d'évoluer et peut désormais être considéré comme un droit autonome. Les dispositions qui régissent ces situations ont fini par quitter le droit spécial des entreprises en difficulté pour composer un droit nouveau.

¹¹⁹¹ GUITTON J., *Regards sur la pensée française 1870-1940. Leçons de captivité*, Beauchesne, 1968, p. 179, cité p. 1.

¹¹⁹² Cf. Partie I, Titre I.

¹¹⁹³ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires*, préf. SAINT-HALARY HOUIN C., Economica, Coll. Pratique du droit, 2002.

588. – Des éléments corroborant. Au cours de notre étude, différents éléments ont corroboré cette thèse. D’abord, les dispositions qui gouvernent la résolution des défaillances bancaires n’ont pas été intégrées dans le livre VI du Code de commerce relatif aux difficultés des entreprises, mais dans le Code monétaire et financier, ce qui marqua la scission entre ces deux droits. En outre, des autorités spécialisées ont été constituées afin de superviser la mise en œuvre de ce droit : une autorité unique au sein de l’Union bancaire, le Conseil de Résolution Unique (CRU), accompagné par des autorités de résolution nationales, telles que l’Autorité de Contrôle Prudential et de Résolution (ACPR). Enfin, des procédures, des principes, des mécanismes et des objectifs propres à la résolution des défaillances bancaires ont pu être identifiés. Or, nous avons constaté qu’un sens commun réunit ces éléments, qu’une cohérence les articule et que des institutions spécifiques sont apparues, ce qui pour certains démontre qu’une branche du droit est constituée¹¹⁹⁴. Ce constat emporte divers effets théoriques et pratiques qui semblent fort opportuns.

589. – Des effets théoriques et pratiques opportuns. Reconnaître l’autonomie du droit de la résolution des défaillances bancaires paraît ainsi produire différents effets à la fois théoriques et pratiques nécessaires. Des effets théoriques, car comme la Professeure Frison-Roche a pu l’énoncer, affirmer l’existence d’un droit nouveau permet de redonner « *au système juridique de l’ordre, voire pourrait conduire à une meilleure adéquation entre le droit et l’économie* »¹¹⁹⁵. En outre, affirmer l’existence d’un droit de la résolution des défaillances bancaires permet d’une part d’identifier la véritable nature du Mécanisme de résolution unique, puisque c’est ainsi que l’ensemble des dispositifs de résolution est formellement qualifié. Cela permet d’autre part, de réorganiser l’ordonnement du droit, en dissociant trois disciplines : le droit commun des entreprises en difficulté – applicable aux entreprises commerciales traditionnelles –, le droit spécial des entreprises en difficulté – applicable aux établissements de crédit qui ne remplissent pas les conditions nécessaires à l’ouverture d’une procédure de résolution –, et le droit de la résolution des défaillances bancaires – applicable aux établissements de crédit, et autres entités du système bancaire et financier concernées¹¹⁹⁶ –.

¹¹⁹⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, n° 7, p. 610 : « *si un sens commun peut réunir les manifestations juridiques éparses, si une cohérence les articule entre elles, si des institutions spécifiques apparaissent, alors il faut aller plus loin et soutenir qu’une branche du droit est constituée. L’exprimer redonnerait au système juridique de l’ordre, voire pourrait conduire à une meilleure adéquation entre le droit et l’économie [...]* ».

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ Le droit de la résolution des défaillances bancaires s’applique également aux entreprises d’investissements, aux chambres de compensation et aux entreprises du secteur assurantiel. Cependant, cette application n’est pas réalisée dans les mêmes conditions, ni nécessairement régie par les mêmes dispositions. En allant plus loin, on pourrait s’interroger sur l’opportunité de considérer qu’il existe un droit commun de la résolution des défaillances bancaires applicable aux établissements de crédit, et un droit spécial qui serait applicable aux entreprises d’investissements, aux chambres de compensation et aux entreprises du secteur assurantiel.

Des effets théoriques et pratiques, car notre étude a notamment permis d'explicitier différentes notions propres au droit de la résolution des défaillances bancaires, qui pouvaient à certains égards manquer de clarté. Citons par exemple les notions de « plan de rétablissement », de « résolubilité » ou encore d'« évaluateur indépendant ». Le droit de la résolution des défaillances bancaires est un droit *sui generis*, composé de notions qui le sont également. Celles-ci devaient donc être définies à l'aune de l'esprit donné aux textes par le législateur, ainsi qu'à l'aune des objectifs poursuivis dans ce contexte. Définir les notions clés du droit de la résolution des défaillances bancaires renforce ainsi l'intelligibilité de ce droit déjà complexe, et contribue à son efficacité en permettant la bonne utilisation desdites notions en pratique.

Définir le droit de la résolution des défaillances bancaires comme un droit autonome produit également des effets pratiques. En effet, cela devrait notamment permettre de limiter les difficultés liées à l'application inopportune du droit des entreprises en difficulté, en dissociant strictement ces deux droits, et en excluant l'application de principes ou de logiques propres aux procédures collectives, par les établissements concernés, les autorités compétentes et les juridictions. Cela permet également de délimiter les obligations qui pèsent sur les établissements de crédit, qu'ils soient peu solides ou défaillants, voire même *ex ante*, en amont de toute difficulté.

590. – Un édifice toujours en construction. S'interroger sur l'élaboration informelle d'un droit de la résolution des défaillances bancaires conduisait *in fine* à s'interroger sur la définition de cette dernière, qui semblait formellement mal identifiée. Nous avons en effet identifié l'absence d'adéquation entre le droit et les faits, et tenté de rétablir celle-ci en définissant substantiellement la résolution des défaillances bancaires. Ainsi, il a pu être établi qu'elle constitue non seulement un droit autonome, mais également un droit exorbitant. En effet, les dispositions qui gouvernent la matière confèrent des pouvoirs extraordinaires aux autorités de résolution et peuvent porter atteintes à différents principes juridiques, ainsi qu'à différents droits, dont l'exemple principal est le droit de propriété. Par ailleurs, il est composé de procédures et de mécanismes exorbitants du droit commun et fait peser sur les établissements de crédit des obligations nouvelles. Or, si le droit de la résolution des défaillances bancaires peut être défini comme exorbitant, il reste néanmoins essentiel que des contrôles soient exercés, que les possibilités de recours soient effectives et que les personnes lésées disposent de garanties suffisantes. Or, dans certaines hypothèses, cela ne semble pas effectif. Il semble ainsi crucial que chaque acteur intégré de manière préventive ou curative à la résolution des défaillances bancaires, accorde une attention majeure à ces aspects. Bien que l'on comprenne aisément la nécessité d'un droit exorbitant, dès lors que la stabilité financière, définie comme une cause d'utilité publique, est en jeu, il faut s'assurer que les atteintes aux droits

fondamentaux restent proportionnées et légitimes. En ce sens, il conviendra de porter une attention particulière aux jurisprudences et évolutions réglementaires à venir. Cette observation nous tournant résolument vers l'avenir, nous conduit à conclure ces travaux comme Mr Lèguevasques l'avait fait en son temps, en précisant que cet écrit n'est qu'une pierre parmi tant d'autres à l'édifice et qu'il convient face aux évolutions pressenties ou déjà annoncées de conclure ses lignes en « *confiant à d'autres le soin d'avancer, de porter la lumière du droit au pays des règlements obscurs, [en] laissant le soin à d'autres de le contredire ou de répondre aux questions en attente. Ou mieux, tout simplement de tout réécrire* »¹¹⁹⁷. A l'aube de la future directive CRD III et règlement CRD VI¹¹⁹⁸, finalisant les accords de Bâle III, et constatant déjà la jurisprudence croissante en matière de résolution des défaillances bancaires, il ne fait nul doute que ce droit en phase de construction, mobilisera longtemps encore, le pouvoir créateur de la doctrine.

¹¹⁹⁷ LÈGUEVAQUES C., *Droit des défaillances bancaires, op. cit.*, p. 623.

¹¹⁹⁸ Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les pouvoirs de surveillance, les sanctions, les succursales de pays tiers et les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance, et modifiant la directive 2014/59/UE.

Bibliographie indicative

I) OUVRAGES, TRAITÉS ET MANUELS

A) Ouvrages, traités et manuels juridiques

1) En matière de droit bancaire, de droit financier et de droit de la régulation

BLACHE D.,

- *La régulation des banques de l'Union européenne face à la crise*, Rev. Banq. Ed., coll. Droit – Fiscalité, 2009 ;
- *Le droit bancaire des États-Unis. Le modèle pour l'Europe bancaire ?*, Rev. Banq. éd., coll. Droit – Fiscalité, 2006.

BONHOMME R., ROUSSILLE M.,

- *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, coll. Manuel, 14^{ème} éd., 2021.

BONNEAU T.,

- *Droit bancaire*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2021 ;
- *Régulation bancaire et financière européenne et internationales*, Bruylant, 6^{ème} éd., 2022.

BONNEAU T., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R.,

- *Droit financier*, 3^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2021.

CAUSSE H.,

- *Droit bancaire et financier*, Mare & Martin, 2015.

COURET A., LE NABASQUE H., COQUELET M.-L., GRANIER T., PORACCHIA D., RAYNOUARD A., REYGROBELLET A., ROBINE D.,

- *Droit financier*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1p., 2019.

DE VAUPLANE H., BORNET J.-P.,

- *Droit des marchés financiers*, Litec, 3^{ème} éd., 2001.

DRUMMOND F.,

- *Droit financier. Les institutions, les activités, les abus de marché*, Economica, 2020.

FRISON-ROCHE M.-A.,

- *Les 100 mots de la régulation*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011.

GALVADA C., STOUFFLET J.,

- *Droit bancaire*, LexisNexis, coll. Manuels, 9^{ème} éd., 2015.

GAUVIN A.,

- *Droit des dérivés de crédit*, Rev. Banq éd., 2002.

GRUA F.,

- *Contrats bancaires*, t. 1., Contrats de services, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1990.

KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J.,

- *Droit de la régulation bancaire*, Rev. Banq. Éd., 2012.

LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., MIGNOT M., KOVAR J.-P., ÉRÉSÉO N.,
Droit bancaire, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2021.

MERVILLE A.-D.,

- *Droit financier. Organisation des marchés financiers, instruments financiers, opérations de marché, abus de marchés*, Gualino, hors collection, 4^{ème} éd., 2018.

PARTSCH P.-E.,

- *Droit bancaire et financier européen. Cadre général, établissements de crédit*, t. 1, Larcier, coll. Europe(s), 2^{ème} éd., 2016.

PIEDELIEVRE S., PUTMAN E.,

- *Droit bancaire*, Economica, coll. Corpus, droit privé, 2011.

STOUFFLET J., GALVADA C.,

- *Droit bancaire*, LexisNexis, Coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2015, p. 31.

VALETTE J.-P.,

- *Régulation financière internationale, européenne et française*, Ellipses, 2020.

2) En matière de droit des entreprises en difficulté

COQUELET M.-L.,

- *Entreprises en difficulté – Instruments de paiement et de crédit*, Hypercours Dalloz, 6^{ème} éd., 2017.

CUNIBERTI G., NABET P., RAIMON M.,

- *Droit européen de l'insolvabilité : règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1^{re} éd., 2017.

JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO Th.,

- *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., Lexisnexis, coll. Manuel, 2019.

LAGARDE B.,

- *Entreprises en difficulté – Traité économique et fiscal*, éd. Bernard Lagarde, 2019.

LE CANNU P., ROBINE D.,

- *Droit des entreprises en difficulté*, 8^{ème} éd., Précis Dalloz, 2020.

LE CORRE P.-M.,

- *Droit et pratique des procédures collectives*, 10 éd., Dalloz Action, 2019-2020.

LE CORRE P.-M., LE CORRE BROLY E.,

- *Droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., Sirey Université, 2006.

LIENHARD A.,

- *Procédures collectives*, 8^e éd., Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour le droit des affaires, 2019-2020.

LUCAS F.-X.,

- *Manuel de droit de la faillite*, 3^{ème} éd., PUF, 2021.

PÉROCHON F.,

- *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, coll. Manuel – Droit privé, 2014.

PÉROCHON F., BONHOMME R.,

- *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, coll. Manuel – Droit privé, 2009.

PETEL Ph.,

- *Procédures collectives*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2017.

RIPERT G., ROBLOT R., par DELEBECQUE Ph., BICTIN N., ANDREU L.,

- *Effets de commerce et entreprises en difficulté*, t. 4, 18^e éd., LGDJ, 2018.

SAINT-ALARY-HOUIN C.

- *Droit des entreprises en difficulté*, MONSÉRIÉ-BON M.-H., HOUIN-BRESSAND C., (conc.), 12^{ème} éd., LGDJ, 2020.

VALLANSAN J.

- Avec la coll. De FIN-LANGER L. *Guide des procédures collectives*, Lexinexis, coll. Les guides, 2018.

VIDAL D., GIORGINI G.-C.

- *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., Gualino, coll. Amphi LMD, 2016-2017.

VOINOT D.

- *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. droit et économie, 2007.

3) Autres matières juridiques

BLAISE J.-B., DESGORCES R.,

- *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, 11^{ème} éd., LGDJ, coll. Manuel, 2021.

CARBONNIER J.,

- *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1979.

DRAGO G., LOMBARD M. (dir.),

- *Les libertés économiques*, Éditions Panthéon-Assas, 2003.

DROSS W.

- *Droit des biens*, LGDJ, Précis Domat, 5^{ème} éd., 2021.

FARJAT G.

- *Pour un droit économique*, coll. Les voies du droit, PUF, 1^{ère} éd., 2004.

FAVOREU L., GAIA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G.

- *Droit constitutionnel*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2021.

FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S.,

- *Les grandes questions du droit économiques*, Coll. « Quadrige », PUF, 2005 ;
- *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2022.

GUYON Y.,

- *Droit des affaires*, t. 1, Economica, coll. Dr. Des affaires et de l'entreprise., 9^{ème} éd., 2003.

LAUZAINGHEIN C., NAVARRO J.-L., NECHELIS D.,

- *Droit comptable*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2004.

MALAURIE P., AYNES L.,

- *Droit des biens*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019.

RENUCCI J.-F.,

- *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, Manuel, 9^{ème} éd., 2021.
- *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2012.

TERRE F., SIMLER P.,

- *Les biens*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2018.

VERNIÈRES-GERRY S.,

- *Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012.

B) Ouvrages, traités et manuels extra-juridiques

ALEXANDRE H.,

- *Banque et intermédiation financière*, 2^{ème} éd., Economica, 2013.

BOUAISS K., LOBEZ F., STATNIK J.-C.,

- *Économie et gestion de la banque*, éd. EMS, 2019.

BRENDER A., PISANI F., GAGNA E.,

- *La crise des dettes souveraines*, La découverte, Coll. Repères, 2013.

CAUDAL J.-P.,

- *Traité de comptabilité bancaire*, Rev. Banq. Éd., 2^{ème} éd., 2016.

COUPPEY-SOUBEYRAN J., RENAULT T.,

- *Monnaie, banques, finance*, PUF 4^{ème} éd., 2021.

DE BANDT O., DRUMETZ F., PFISTER C.,

- *Stabilité financière*, De Boeck, Coll. Ouvertures économiques, 1^{ère} éd., 2013.

DE COUSSERGUES S., BOURDEAUX G., HEGER G.,

- *Gestion de la banque*, DUNOD, 9^{ème} éd., 2020.

DEES S.,

- *Macroeconomie financière*, Dunod, 2019.

DEBLY P.,

- *Réglementations bancaires et financières depuis la crise de 2008. Nouveaux acteurs, nouvelles règles, nouveaux régulateurs*, Maxima, Laurent du Mesnil Éd., 2019.

FORMAGNE M.,

- *Introduction à la comptabilité bancaire*, Rev. Banq. Éd., 3^{ème} éd., 2018.

JACQUILLAT B., LEVY-GARBOUA V.,

- *Les 100 mots de la crise financière*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2013.

JEGOUREL Y.,

- *Les produits financiers dérivés*, La découverte, Coll. Repères, 2005.

MORVAN J.,

- *Marché et instruments financiers*, DUNOD, 3^{ème} éd., 2017.

MOSCHETTO B., MOSCHETTO B.-L.,

- *Crises financières et régulations bancaire*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2017.

OGIEN D.,

- *Comptabilité et audit bancaire, Normes françaises et IFRS*, Dunod, 5^{ème} éd., 2016.

PAUGETG., BETBEZE J.-P.,

- *Les 100 mots de la banque*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2014.

SILIADIN J.,

- *Comprendre la banque et son environnement en zone euro*, Rev. Banq. Éd., 2^{ème} éd., 2019.

II – THÈSES ET MONOGRAPHIES

A) Thèses et monographies juridiques

AMER-YAHIA A.,

- *Le régime juridique des dividendes*, préf. COURET A., L'Harmattan, 2010.

AYMERIC N.-H.,

- *Essai sur une théorie générale du compte bancaire*, préf. GHOZI A., éd. Panthéon Assas, coll. Thèses, 2008.

BILLIAU M.,

- *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002, p. 27.

BONNIGAL A.,

- *Compliance et soft law en matière bancaire et financière*, Thèse, Université de Nantes, 2021.

BOUSTIANI D.,

- *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Coll. Bibl. droit des entreprises en difficulté, n°4, 2015.

BOUTHINON-DUMAS V.,

- *Le banquier face à l'entreprise en difficulté*, préf. GHOZI A., Rev. Banq. Éd., coll. Droit - Fiscalité, 2008.

CABRILLAC S.,

- *Les garanties financières professionnelles*, préf. PÉTEL P., Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2000.

CATILLION V.,

- *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, LGDJ, coll. Droit & économie, 2011.

COSTE-FLORET P.,

- *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, Thèse Montpellier, Recueil Sirey, 1935.

EMERICH Y.,

- *La propriété des créances : approche comparative*, préf. ZENATI-CASTING F., LGDJ, coll. Bibl. droit privé, t. 469, 2007.

ENCINAS DE MUNAGORI R.,

- *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. LYON-CAEN A., LGDJ, 1996.

FRANCO O.,

- *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, préf. CLAUDEL E., LGDJ, coll. Bibliothèque du droit des entreprises en difficulté, t. 5, 2016.

GAHDOUN P.-Y.,

- «La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», préf. ROUSSEAU D., Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2008

GINOSSAR S.,

- *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960.

HARDY G.,

- *L'européanisation de la surveillance bancaire. Étude du mécanisme de surveillance unique (MSU) de l'Union bancaire*, préf. MARTUCCI F., Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Coll. Thèses, 2021.

HOUSSIN M.,

- *La subordination de créance, Analyse de la subordination de créance à l'épreuve de la procédure collective*, préf. LUCAS F.-X., LGDJ, 2018.

LARGUIER J.,

- *Essai sur la notion de titres en droit privé*, Thèse Montpellier, 1948.

LAKSSIMI T.,

- *La summa divisio des droits réels et des droits personnels, Étude critique*, préf. JACQUES P., Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 155, 2016.

LÈGUEVAQUES C.,

- *Droit des défaillances bancaires*, préf. SAINT-HALARY HOUIN C., Economica, Coll. Pratique du droit, 2002.

LABAT J.,

- *Le compte courant bancaire des entreprises. Comment concilier pratique et théorie*, Lamy, coll. Axe droit, 2007.

LASSALAS C.,

- *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, LGDJ, 1997.

LUCAS F.-X.,

- *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ, 1997.

MALASSIGNE V.,

- *Les titres représentatifs. Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, préf. GHOZI A., Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 158, 2016.

MARTIN DE LA MOUTTE J.,

- *L'acte juridique unilatéral*, Thèse Toulouse, 1951.

MAURIN A.,

- *Vers une maîtrise du risque bancaire systémique*, Thèse, Université Paris-Dauphine, 2019.

MAYMONT A.,

- *La liberté contractuelle du banquier, réflexions sur la sécurité du système financier*, préf. LEGEAIS D., avant-propos STOUFFLET J., LGDJ, Coll. Centre Michel de l'Hôpital, 2014.

MOJUYÉ J.-B.,

- *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures...) en France et aux États-Unis*, préf. JAUFFRET-SPINOSI C., LGDJ, coll. Bibl. droit privé, t. 440, 2005.

NEUVILLE S.,

- *Le plan en droit privé*, préf. SAINT-ALARY-HOUIN C., LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 296, 1998.

NIZARD F.,

- *Les titres négociables*, Economica, Coll. Pratique du droit, 2003.

PIIH D.,

- *Le traitement des établissements de crédit en difficulté en zone CEMAC*, Thèse, Université Paris Descartes, 2018.

ROBINE D.,

- *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, préf. LE CANNU P., LGDJ, Coll. Bibl. droit privé, t. 400, 2003.

SCAPEL J.,

- *La notion d'obligation réelle*, préf. JOURDAIN P., PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2002.

SCHILLER S.,

- *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, préf. TERRÉ F., LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 378, 2002.

SEVE M.,

- *La régulation financière après la crise*, Thèse dact, Paris I, 2012.

TREBULLE A.,

- *La notion de subordination des créances*, Thèse, Dact., Paris II, 2002.

TREYVAUT X.,

- *Le contrat de dépôt bancaire*, Thèse Lausanne, imp. Ruckstutil, Lausanne, 1972.

ZATTAZA A.-F.,

- *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, Coll. Bibl. Dr. Privé, 2001.

ZHOU Y.,

- *L'harmonisation des législations de l'insolvabilité bancaire : utopie ou nécessité ?*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2016.

B) Thèses et monographies extra-juridiques

JULIAA C.,

- *Le prêteur en dernier ressort, de la naissance d'un concept à son utilisation contemporaine*, Thèse, Saint-Étienne, 2003.

III – ARTICLES, CHRONIQUES ET ÉTUDES,

A) Articles, chroniques et études juridiques

1) En matière de droit bancaire, de droit financier et de droit de la régulation

ADALID S.,

- « La banque centrale européenne : une zone de non droit ? », in *La banque centrale européenne. Regards croisés, droit et économie*, préf. LOQUIN É., avant-propos RAVILLON L., VABRES R. (dir.), Brylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 51-70 ;
- « Les transformations de la gouvernance de la BCE », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 20XX, p. 161-188.

ALLEGAERT V.,

- « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly. Soc.*, mars 2005, p. 339.

ALLEMAND F.,

- « Sens et essence de l'euro dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *L'Europe bancaire et financière, Liber amicorum SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 221.

ANSALONI G.,

- « Retour sur la subordination des créances », *Banq & dr.*, janv.-févr. 2012, p. 19.

ARRIGHI J.-P.,

- « Le traitement de la défaillance bancaire », in *Contrôle des activités bancaires et financières*, Economica, 1998, p. 357.

ARTUS P.,

- « Renflouement interne : une évolution favorable ? », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 43.

AUFAUVRE N.,

- « Les stress-tests, et après ? », *Rev. Banq.*, n° 850, nov. 2020, p. X.

AYADI R., LANNOO K.,

- « Les enjeux de la transposition de l'accord de Bâle II », *Banq.*, n°661, sept. 2004, p. 54.

AYMERIC N.-H.,

- « La résolution bancaire – Aspects transfrontières », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, Actualité du droit de l'entreprise, LexisNexis, 2017, p. 189-224.

BAITASSOVA A., CHEN S.,

- « La réaction des marchés à l'émission d'obligations contingentes convertibles », *Banq & Strat.*, n°357, avr. 2017, p. 25.

BARRIÈRE F.,

- « L'Union bancaire, une œuvre inachevée », in *Liber amicorum, Mél. STORCK J.-P. et M.*, Dalloz, 2021, p. 133-142 ;
- « Le droit de propriété à l'épreuve du renflouement interne des banques », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 179-188.

BAVAGNOLI C.,

- « L'information des épargnants constitue un impératif », *Rev. Banq.*, n°794, mars 2016, p. 24.

BELOT J.,

- « Compte courant et compte de dépôt en matière bancaire, de la dualité à l'unicité », *RJ com.*, 1985, p. 41.

BERGÉ J.-S.,

- « Évocation du système bancaire européen à travers les trois générations de droit européen », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mél. SOUSI B.*, *Rev. Banq. Éd.*, 2016, p. 49-56.

BILGER M.,

- « Finalisation de Bâle III-Bâle IV : les termes de l'accord à la loupe », *Rev. Banq.*, n°815, déc., 2017, p. 100.

BLACHE D.,

- « La nouvelle dette senior non préférée émise par les banques françaises et son articulation avec la résolution bancaire du point de vue de la protection des déposants », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2018, dossier 2 ;
- « Le rôle des banques centrales nationales dans le cadre de l'Union bancaire », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2016 p. 135-160.

BLACHE D., DE TOCQUEVILLE J.-G., FEUNTEUN C.,

- « Régulation bancaire américaine vs. Régulation bancaire européenne », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai 2021, étude 7.

BLIMBAUM J., GIRARD O.,

- « Les obligations contingentes convertibles : un nouvel instrument à l'épreuve de la réglementation financière », *RD Banc. Fin.*, n°1, janv. 2012, étude 1.

BONNEAU T.,

- « La notion de compte bancaire », *banq. & droit*, hors-série, déc. 2016, p. 8 ;
- « Redressement, résolution et infrastructures de marché », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2016, repère 1 ;
- « L'adaptation de la France aux directives Résolution bancaire et Garantie des dépôts par l'ordonnance du 20 août 2015 », *JCP E.*, n° 38, 17 sept. 2015, 1434 ;
- « Les objectifs de la régulation bancaire et financière à l'épreuve de la crise. Le point de vue du juriste » in *Droit et crise financière. Régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, MOREL-MAROGER J., KIRAT Th., BOITEAU C. (dir.), Bruylant 2015, p. 23 ;
- « Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières », *RD banc. Fin.*, n°6, nov. 2014, dossier 48 ;
- « Des règles uniformes applicables dans les États de la zone euro », *Rev. Proc. Coll.*, n° 5, sept. 2014, comm. 142 ;
- « Des règles harmonisées pour les établissements de crédit et entreprises d'investissement en difficulté applicables dans tous les États membres », *Rev. Proc. Coll.*, n° 5, sept. 2014, comm. 141.
- « Les "Questions and Answers" », *Bull. Joly bourse*, n° X, sept. 2014, p. 389.
- « L'Union bancaire européenne. Propos introductifs », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 25 ;
- « Le régime de résolution bancaire (titre 4 de la loi du 26 juillet 2013) », *Rev. Proc. Coll.*, n°5, sept. 2013, étude 26 ;
- « Remède ou cancer ? », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai-juin 2013, repère 3.
- « Aléa moral et régulation financière », *Bull. Joly bourse*, n° 12, déc. 2012, p. 526.
- « De la crise bancaire à la crise de la dette souveraine », *RD banc. Fin.*, n°1, janv. 2012, repère 1 ;
- « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP E.* 2012, 1645 ;
- « La réforme de la supervision financière européenne », *RLDA*, n° 56, janv. 2011, p. 31 ;
- « Efficacité et avenir de la régulation financière », *RD banc. Fin.*, nov.-déc. 2010, étude 35 ;
- « Établissements de paiement, règles spéciales », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, mai 2010, comm. 137 ;
- « Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », *JCP E.*, n° 6, févr. 2010, 1140 ;
- « Le projet de réforme de la supervision européenne », *RTDF*, 2009/4, p. 4 ;
- « De quelques apports de la Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier », *JCP E.*, n°36, sept. 1999, 1378 ;
- « Le droit des faillites bancaires et financières : état des lieux », *RD banc. Bourse*, janv.-févr. 1997, p. 2.

BONNEAU T., CAPELLE BLANCARD G.,

- « Origines et solution à la crise financière », *Bull. Joly bourse*, n° 7, nov.-déc. 2008, p. 446.

BOUCARD F.,

- « Le renouvellement des sources du droit bancaire », *RD banc. Fin.*, n°5, sept. 2013, dossier 43.

BOUCHETA H.,

- « Conflits d'intérêts et produits dérivés », *Bull. Joly Bourse*, déc. 2008, n° spé., p. 562.

BOUDET J.-F.,

- « Essai sur le défaut souverain », *RIDE*, 2015/3, t. XXIX, p. 373.

BOUGNOUX A.,

- « Certificat de valeur garantie », *J.Cl. Banq., crédit, bourse*, Fasc. 2045, déc. 2003.

BOUJEKA A.,

- « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l'Union européenne », *D.*, 2012, p. 1355.

-

BOUTEILLER P.,

- « La transposition en droit français des dispositions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement », *JCP E.*, n° 39, sept. 2009, 1897.

BOY L.,

- « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.*, 2001, chr., p. 3031.

BRAOUÉZEC Y. WAGALATH L.,

- « Pour des stress-test bancaires réglementaires plus transparents », *Rev. Banq.*, n° 818, mars 2018, p. 50.

BRÉHIER B., MÉKOUÏ F.,

- « Réflexions sur la loi de séparation et de régulation des activités », *Bull. Joly. Bourse*, n°9, sept. 2013, p. 422.

CABOTTE J.-C.,

- « Aspects de compétences des différentes autorités en matière de gestion de crises bancaires », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 151-162.
- « La nouvelle organisation de la supervision au sein de la Banque centrale européenne », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 26.

CABRILLAC H.,

- « Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires », in *Mél. SECRETAN R.*, Université de Lausanne, Montreux, 1964.

CAEN J.-B.,

- « Sur la liquidité, Bâle III est une réforme en trompe l'œil », *Rev. Banq.*, n° 737, juin 2011, p. 30.

CANONNE C.,

- « Le bail-in s'accompagne d'un certain nombre de flexibilités », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 31.

CARDONA M.,

- « Stabilité financière et Union bancaire », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, LexisNexis, Coll. Actualités du droit de l'entreprise, 2017.

CASSOU P.-H.,

- « Objectifs et principes de la réglementation financière européenne », in *Rapport moral sur l'argent dans le Monde*, 2014, Association d'économie financière, p. 75.

CAUSSE H.,

- « Principe, nature et logique de la dématérialisation », *JCP E*, 1992, p. 194

CAUSSE H., MAYMONT A.,

- « L'autorité de contrôle prudentiel. Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle des banques et de l'assurance », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai 2010, étude 11.

-

CENTI P.-J.,

- « Le contrat de dépôt bancaire », in *Mél. MOULY C.*, t. 2., Litec, 1998, p. 305.

CHARBONNEAU S.,

- « Norme juridique et norme technique », *Arch. phil. Droit*, t. 28, 1983, p. 283.

CHASSIN DE KERGOMMEAUX X., BERNARDI O.,

- « Résolution bancaire : la nouvelle réglementation dispensera-t-elle les États d'intervenir dans les faillites bancaires ? », *Rev. Jurist. Sciences. Po.*, n° 19, oct. 2020, p. 24.

CHVIKA E.,

- « L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire », *RD banc. Fin.*, sept. 2013, étude 23.

COHEN E.,

- « Aides d'État, résolution bancaire et assouplissement quantitatif », *Concurrences*, n° 4-2016, p. 1.

COLOMB E.,

- « Banques européennes : Bâle IV effraie, l'Union bancaire suscite l'espoir », *Rev. Banq.*, n° 836, oct. 2019, p. 16

CONAC P.-H.,

- « Le self-placement : un obstacle au bail-in qui doit être levé », *Rev. Banq.*, n° 859, sept. 2021, p. 69.

CORNUT C.,

- « La résolution bancaire en Andorre : on a toujours besoin d'un plus petit que soi », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mélanges SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 173- 182.

COURET A.,

- « L'élargissement de la catégorie des titres de créance négociables : les bons à moyen termes négociables », *Bull. Joly. Soc.*, 1992, p. 256 ;

DABIN L.,

- « La dématérialisation et la circulation scripturale des valeurs mobilières dans le cadre des marchés financiers », *R.I.D.E.*, 1997, p. 300

DAIGRE J.-J.,

- « Le renforcement des pouvoirs généraux de l'ACPR », *Bull. Joly bourse*, n°12, déc. 2013, p. 630.

D'AMBRA D., FRISON-ROCHE M.-A.,

- « La résolution bancaire entre droit commun des procédures collectives et droit commun de la régulation », in *Liber amicorum, Mélanges VALLENS J.-L.*, Joly éd., Lextenso, 2017, p. 293-304.

DE GANAY H.,

- « Les pouvoirs de la future ACPR », *RD banc. Fin.*, n° 4, oct. 2013, dossier 35.

DE LA ROSA S.,

- « L'adossement de l'Union bancaire au système juridique de l'Union », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 77-98.

DE LAROSIÈRE J.,

- « On parle d'union bancaire européenne, mais elle n'existe pas », *Rev. Banq.*, n°860, oct. 2021, p. 6.

DE LAUZUN P.,

- « Union bancaire, union des marchés de capitaux : réflexion sur le processus de construction de l'Europe », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mél. SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 71-76.

DEMARIGNY F., THORIVAL P.-Y.,

- « Les testaments bancaires ou living wills », *Rev. Banq.*, n° 719, déc. 2009, p. 45

DE MATTOS O.,

- « De nouvelles règles européennes en matière de redressement et de résolution des crises bancaires », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juill. 2012, act. 17.

DENOIX DE SAINT MARC V., NOREIKA K. A.,

- « Les implications de la Volcker Rule pour les institutions financières non américaines », *JCP E*, 2012, 4.

DE RAVEL D'ESCAPON T.,

- « Le Haut Conseil de stabilité financière : un nouvel acteur de la surveillance macroprudentielle », *LPA*, 27 sept. 2013, n° 194, p. 44.

DE SAUSSURE J.,

- « Obligations seniors non préférées : un premier contact réussi », *Rev. Banq.*, n° 823, août 2017, p. X ;
- « Le financement des banques dans un environnement de bail-in : une optimisation sous contraintes inconnues », *Banq. & strat.*, n° 357, avril 2017, p. 26.

DE SAUSSURE J., RAMINHOS M.,

- « Investisseurs particuliers et déposants sont-ils compatibles avec la résolution ? », *Rev. Banq.*, n°859, sept. 2021, p. 32.

DESGEORGES R.,

- « Relecture de la théorie du compte courant », *RTD com.*, 1997, p. 383.

DE TOCQUEVILLE J.-G.,

- « Les nouveaux pouvoirs de l'ACPR », *Rev. Banq.*, n° 765, nov. 2013, p. 36 ;
- « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire : le point de vue du praticien », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2012, dossier 4.

DE TOCQUEVILLE J.-G., GOUTAY P.,

- « Le nouveau paquet bancaire, des fonds propres aux risques ESG à une surveillance renforcée, où va-t-on ? », *RD. Banc. Fin.*, n° 6, nov. 2021, alerte 157.

DE VAUPLANE H.,

- « Des titres papiers aux titres digitaux », *Rev. Eco. Fin.*, n°129, 2018/1, p. 89 ;

- « Le monopole bancaire sert-il (encore) à quelque chose ? », *Rev. banq.*, n°782, mars 2015, p. 18 ;
- « Le juge et la crise financière », *Rev. Banq.*, n° 764, oct. 2013, p. 70.
- « Rapport Vickers, Volcker Rule : vers un nouveau modèle de banque ? », *Rev. Banq.*, n°745, janv. 2012, p. 78 ;
- « La spéculation boursière dans le droit et la littérature française du XIXème siècle », *LPA*, 23 nov. 2006, p. 5 ;
- « Titres de créances négociables : décret n°98-1316 du 31 décembre 1998 et Règlement CRBF du 7 décembre 1998 », *Banq. & droit*, n°63, janv.-févr., 1999, p. 37.

DISSAUX T.,

- « Les dépôts en dessous de 100.000 euros restent couverts quoiqu'il arrive », *Rev. Banq.*, n°859, sept. 2021, p. 52.

DONNAY M.,

- « La commission s'est attelée à la révision du cadre CMDI », *Rev. Banq.*, n°856, mai 2021, p. 18.

DOR É.,

- « La Belgique et ses banques : des rêves de gloire contrariés », *Outre-Terre*, 2014/3, n° 40, p. 344.

DOUAOUI-CHAMSEDDINE M.,

- « Droit commun des entreprises en difficulté et droit des défaillances bancaires et financières : convergences et influences réciproques ? », *RD banc. Fin.*, n°6, nov. 2014, dossier 50.
- « Aperçu rapide de la gestion spécifique et administrative du risque des défaillances bancaires : justifications et cadre légal », Actes de colloque, *Gaz. Pal.*, éd. Spécialisée, décembre 2014, n°s 353-354, p. 7.

DRUMMOND F.,

- « Code de commerce et Code monétaire et financier, ou l'enchevêtrement des codes », *in Le Code de commerce, 1807-2007, livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 95.

DUFLOUX C., KARLIN M.,

- « La réglementation prudentielle des banques : les travaux récents du comité Cooke », *Banq.*, n°489, déc. 1988, p. 1246.

DUMAS G., LE MOULLAC D.,

- « Développement et ratio Cooke, une problématique pour les banques », *Banq.*, n°535, févr. 1993, p. 39.

EECKHOUDT M.,

- « Les coûts indirects de la défaillance bancaire », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, janv. 2018, dossier 7 ;

- « Le cadre européen de redressement et de résolution des défaillances bancaires », *LPA*, n° 138, 11 juill. 2013, p. 6.

FAUGEROLAS M.,

- « La subordination de créances », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mél. DERRUPPE J., Joly éd., 1991, p. 227.

FEYDEL R.,

- « Titrisation et crise financière systémique », *LPA*, avr. 2021, n° 65, p. 14.

FERNANDEZ-BOLLO E.,

- « Achever Bâle III », *Rev. Banq.*, n° 795, mars 2016, p. 28.

FERRERE R., TISSIER C.,

- « Le marché des titres de créances négociables fait peau neuve », *Bull. Joly Bourse*, nov. 2016, p. 489.

FORTÉSA M.-H., MOLINARI C., VENUS M.,

- « 2016 : année de mise en œuvre de la réglementation sur la résolution... mais laquelle ? », *Rev. Banq.*, n° 796, mai 2016, p. 84.

FOYER J.,

- « La dématérialisation des valeurs mobilières en France », in Mél. FLATTER G., Lausanne, Payot, 1985, p. 21

FRANÇON M.,

- « Les contentieux relatifs au Mécanisme de surveillance unique », *RD banc. Fin.*, n°1, janv. 2018, alerte 2.

FRANÇON M., BRUYELLE C., COMBEAUD S.,

- « Mécanisme de surveillance unique. Principes et champ d'application », *J.-Cl. Banq. Crédit. Bourse*, Fasc. 40, 14 janv. 2022, n° 82.

FRISON-ROCHE M.-A.,

- « Le droit de la compliance », *D.*, n°32, sept. 2016, p. 1871 ;
- « Réguler les entreprises cruciales », *D.*, 2014, chron. p. 1556 ;
- « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, chron. p. 126.
- « Le droit de la régulation », *D.* 2001, n°7, p. 610 ;

FORTÉSA M.-H., KUBRUSHKO A.,

- « Plans de redressement et de résolution : une nouvelle donne dans la gestion des crises bancaires », *Banq. & stratégie*, n° 308, nov. 2012, p. 6.

GALAKHO C.,

- « La liberté d'entreprise face aux plans préventifs de redressement et de résolution bancaires », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2017, étude 27.

GRANIER T.,

- « Le traitement des difficultés des établissements de crédit d'importance systémique », in *Les procédures collectives complexes*, CERATI-GAUTHIER A., PERRUCHOT-TRIBOULET V. (dir.), *Lextenso*, Joly éd., 2017, p. 9.

GIACCOBI P., PINEAU F.,

- « Deux bons plans pour une bonne résolution », *Rev. Banq.*, n° 832, mai 2019, p. 85

GILLOUARD M., GOURIO A.,

- « Les orientations de l'ABE sur l'octroi et le suivi des prêts : un pas de plus vers un déplacement du pouvoir législatif vers les autorités de supervision européennes », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2020, comm. 145.

GICQUEL J.-É.,

- « Droit bancaire et financier : le Parlement français a-t-il encore son mot à dire ? », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, *Mél. DAIGRE J.-J.*, Joly éd., 2017, p. 681-692.

GOSSET-GRAINVILLE A., DALON M.,

- « La constitution du Fonds de résolution unique sous le contrôle des juges européens », in *Mél. AEDBF-France VIII*, BRÉHIER B. (dir.), *Rev. Banq. Éd.*, 2022, p. 117-124.

GOURIO A.,

- « Le traitement international de la résolution », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 53.
- « Le mécanisme de résolution unique : les nouveaux instruments et pouvoirs des autorités de résolution bancaires », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 30 ;
- « La séparation de certaines activités (Titre I de la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013), *RD banc. Fin.*, n°6, nov. 2013, dossier 53.

GOURIO A., GILLOUARD M.,

- « Le contrôle juridictionnel des actes de l'Union non contraignants : le cas des orientations de l'ABE sur la gouvernance des produits bancaires de détail », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai 2021, comm. 80 ;
- « Pression contentieuse sur les contributions bancaires aux fonds de l'Union bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2020, comm. 144 ;
- « Les options ou discrétions nationales en matière prudentielle », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mél. SOUSI B.*, *Rev. Banq. Éd.*, 2016, p. 77-86.

GOURIO A., THÉBAULT L.,

- « Séparation des activités : le projet européen », *RD banc. Fin.*, n°2, avr. 2014, comm. 69 ;
- « Union bancaire : volet supervision », *RD banc. Fin.*, n° 2, mars 2014, comm. 67 ;

- « Une nouvelle étape vers l'Union bancaire européenne : après le MSU, le MRU », *RD banc. Fin.*, n° 5, sept. 2013, comm. 170.

GOUTAY P.,

- « De la dématérialisation à la *blockchain* : un nouveau saut conceptuel pour le droit des titres », in *Mél. AEDBF, France, VII*, DAIGRE J.-J., BREHIER B., (dir.), *Rev. Banq.* éd., 2018, p. 225.
- « La dématérialisation des valeurs mobilières », *Bull. Joly. Bourse.*, avril 1999, p. 415

GOYET C.,

- « Les titres de créance : une catégorie nouvelle, à mi-chemin entre valeurs mobilières et instruments financiers », *LPA*, n°63, 28 mars 2002, p. 4.

GRÉGOIRE G.,

- « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *RIDE*, 2017/3, t. XXXI, p. 33.

GRELON B.,

- « Les banques en difficulté », *D.* 1997, chron., p. 197.

GRUA F.,

- « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *D.* 1999, p. 255
- « Le dépôt de monnaie en banque », *D.*, 1998, chron. 259, p. 260.

GUILLOT J.-L., BÉRARD P.-Y., « La nouvelle architecture européenne », *Rev. Banq.*, n° 730-731, déc. 2010, p. 127.

GUYON Y.,

- « Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières », *Rev. Soc.*, 1984, p. 451

JULIENNE M.,

- « L'inscription des titres financiers en blockchain », *Bull. Joly Bourse*, n° 2, mars 2019, p. 58

KOCH L.,

- « La prévention des risques inhérents aux paiements interbancaires », *Rev. banq.*, n°563, oct. 1995, p. 60.

KOVAR J.-P.,

- « La Banque centrale européenne et les autorités nationales de surveillance », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 231-246 ;
- « Le nouveau régime de résolution des crises bancaires », *LPA*, n° 194, 27 sept. 2013, p. 39 ;

- « Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ? », *RD. Banc. Fin.*, n° 4, juill. 2011, p. 71.

KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J.,

- « MSU et agrément bancaire : précisions utiles sur l'évaluation des demandes d'agrément », *Rev. Banq.*, n° 830, févr. 2019, p. 88.
- « Reconnaissance d'un contrôle de légalité d'une recommandation et d'une position de l'ACPR », *Rev. Banq.*, n° 799, sept. 2016, p. 92.
- « L'ACPR doit-elle rester une autorité administrative indépendante ? », *Rev. Banq.*, n° 791-792, janv. 2016, p. 138 ;
- « La réforme de la procédure de prévention et de résolution des crises bancaires : présentation succincte », *Rev. Banq.*, n° 780, oct. 2015, p. 91 ;
- « Résolution des crises bancaires : le fonctionnement du collège de résolution précisé », *Rev. Banq.*, n° 774, juill. 2014, 77 ;
- « Réforme structurelle des banques dans l'Union européenne », *Rev. Banq.*, n°770, mars 2014, p. 84 ;
- « Union bancaire. Vers un bouleversement de la supervision bancaire », *Rev. Banq.*, n°752, oct. 2012, p. 50 ;

LABOUREIX D.,

- « Réflexions sur la résolution d'un groupe bancaire transfrontalier », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 54.

LACOURSIÈRE M.,

- « La perspective bancaire nord-américaine de la crise financière de 2007-2009 », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mél. SOUSI B.*, *Rev. Banq. Éd.*, 2016, p. 391-398.

LACROIX F.,

- « La séparation des activités en France et dans le cadre communautaire », préc. ; BONNEAU T., « Séparation et régulation des activités bancaires », *JCP E*, 2013, 1483

LACROIX M.-A., SARFATI P.,

- « Plan de redressement et de résolution : de la conformité à la stratégie », *Banq. & Stratégie*, n° 308, nov. 2012, p. 10.

LAMSON D. N.,

- « The Volcker Rule : an overview and lessons learned for non-U.S. reform efforts », *RD banc. Fin.*, n°4, oct. 2013, dossier 39

LAVIALLE C.,

- « La condition juridique de la monnaie fiduciaire », *RFDA*, 2009, p. 669.

LASSERRE CAPDEVILLE J.,

- « Retour sur un acteur de la surveillance bancaire et financière méconnu : Le Haut Conseil de stabilité financière », *Rev. Dr. Aff.*, n° 17, nov. 2020, p. 206 ;
- « Le paiement par l'intermédiaire du compte-courant », in *Le paiement*, L'Harmattan, 2014, p. 217 ;
- « Séparation et régulation des activités bancaires. Une avancée du droit », *JCP G*, n°36, sept. 2013, doctr. 925.

LAURENT B., SARAC-LESVRE B., VIOLLE A.,

- « Formuler l'action publique en termes de tests. Les stress test européens comme réponse aux crises financières et nucléaires », *Critique internationale*, 2019/4, n° 85, p. 63.

-

LAURIN A.,

- « L'éventualité d'un soutien public ne peut être totalement éliminé », *Rev. Banq.*, n°794, mars 2016, p. 32.

LEBOUCHER S.,

- « Bâle IV : de quoi parle-t-on ? », *Rev. Banq.*, n°795, mars 2016, p. 24 ;
- « Ce qui pose problème dans les ratios de liquidité », *Rev. Banq.*, n°737, juin 2011, p. 24 ;
- « Une prise en compte du risque de liquidité en cours de refonte », *Rev. Banq.*, n°737, juin 2011, p. 37.

LE FUR A.-V.,

- « La protection de l'investisseur par le droit des biens : La notion de bien financier », *RD banq. Fin.*, n°6, nov. 2010, étude 32.

LEGEAIS D.,

- « La fin annoncée du monopole bancaire », *RD banc. Fin.*, n°2, mars 2015, repère 2 ;
- « Vers la fin de la distinction du compte de dépôt et du compte courant ? », *Contrat Concu. Consom.*, n°5, 2005, étude 5.

LEGRAS J.,

- « Résolution et bail-in : le point de vue de la victime », *Rev. Banq.*, n° 807, avr. 2017, p. 29.

LEGRAND R.,

- « Application du rapport Vickers en France : quelles implications ? », *Rev. Banq.*, n°754, janv. 2012, p. 70.

LÈGUEVAQUES C.,

- « La création d'un fonds de garantie des dépôts : la fin d'une exception française », *Banq. & droit*, 1999/11, p. 9.

LEHMANN M.,

- « La résolution et le droit international privé », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 31.

LE NABASQUE H.,

- « Les actions sont des droits de créance négociables », *in Mél. GUYON Y.*, Dalloz, 2003, p. 671.

LE NABASQUE H., PIETRANCOSTA A.,

- « La réforme des “titres financiers complexes” par l’ordonnance du 31 juillet 2014 », *Bull. Joly. Soc.*, nov. 2014, p. 486-496 ;
- « Propositions de modification des dispositions du code de commerce relatives aux titres financiers complexes », *Rev. Trim. Fin.*, oct. 2013, p. 95.

LANNOO K.,

- « La (re)régulation financière suite au G 20 », *Rev. Banq.*, n° 742-743, déc. 2011, p. 22.

LEQUESNES-ROTH C.,

- « Retour sur la crise des "Subprimes" – Autopsie d’une déraison d’état », *RIDE*, 2009/2, t. XXIII, 2, p. 219.

LOUIS J.-V.,

- « L’Union bancaire : un processus incomplet ? », *in L’Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum SOUSI B.*, *Rev. Banq. Éd.*, 2016, p. 153-162 ;
- « Conclusions », *in L’Union bancaire*, p. 247-255,

LOUISFERT C.,

- « Les conséquences de la loi de séparation et de régulation des activités bancaire sur le mécanisme de résiliation compensation (close-out-netting) », *Bull. Joly bourse*, n°11, nov. 2013, p. 546.

LUCAS F.-X.,

- « La distinction des titres de capital et des titres de créance », *in Quel avenir pour le capital social ?*, COURET A., LE NABASQUE H. (dir.), Dalloz, 2004, p. 21.

LUSSIGNY B.,

- « La vision des banques françaises pour l’Union bancaire », *Rev. Banq.*, n°856, mai 2021, p. 26.

MADER R.-C.,

- « La réglementation ne protège pas assez les dépôts exceptionnels », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 28.

MAÉDEL J.,

- « L’ordre public financier de 2000 à 2007 : quelle évolution ? », *in Autour du droit bancaire et financier et au-delà, Mél. DAIGRE J.-J.*, Joly éd., 2017, p. 703-714.

MANCEAU G.,

- « Le sort de l'agrément », *RD banc. Bourse.*, n°55, mai 1996, p. 93.

MARLY P.-G.,

- « L'arsenal normatif de l'Autorité de contrôle prudentiel », *Bull. Joly bourse*, n° 10, oct. 2011, p. 528.

MARTIN D. R.,

- « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.*, 2001, p. 1228 ;
- « De l'idée de compte », *in Mél. AEDBF-France II*, Rev. Banq. Ed., 1999, p. 285 ;
- « De la nature corporelle des valeurs mobilière et autres droits scripturaux », *D.*, 1998, chron. 16 ;
- « Du titre et de la négociabilité (à propos des pseudo-titres de créance négociables), *D.*, 1993, chron., p. 20.

MARTUCCI F.,

- « La BCE, une autorité monétaire suprême ? », *RD banc. Fin.*, n° X, juill.-août 2018, dossier 22 ;
- « Union bancaire, la méthode du "cadre" : du discours à la réalité », *in L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 11-48 ;
- « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », *RD. Banc. Fin.*, n° 4, juill. 2011, p. 66.

MATHEY N.,

- « Statut de l'ACPR », *RD. Banc. Fin.*, n° 2, mars 2017, comm. 46.

MEDJAOUI K.,

- « Des comptes de dépôt et (autres) comptes de paiement et quelques conséquences juridiques », *in Autour du droit bancaire et financier et au-delà, mél. DAIGRE J.-J.*, Joly éd., Lextenso, p. 447.

MIET S., MIGUIRDITCHIAN M., MOULIN K.,

- « Les actions du régulateur bancaire pour limiter l'impact d'IFRS 9 », *Rev. Banq.*, nov. 2020, p. 24.

MOREL-MAROGER J.,

- « Les contours de l'obligation de motivation imposées au Conseil de résolution unique », *Banq. & droit*, n° 200, déc. 2021, p. 56 ;
- « Série d'annulation de décisions du Conseil de résolution unique visant les banques allemandes », *Banq. & droit*, n° 195, févr. 2021, p. 56 ;
- « Réflexions autour des évolutions récentes de l'environnement normatif international des activités bancaires et financières », *in Autour du droit bancaire et financier et au-delà, Mél. DAIGRE J.-J.*, Joly éd., 2017, p. 725-734.

MOROY J.,

- « Clause de bail-in : la révision de la directive BRRD va-t-elle régler les difficultés, aggravées par le Brexit ? », *Bull. Joly Bourse*, n°3, mai 2019, p. 52.

MOUSSY J.-P.,

- « Crise et régulation – Points de repères et perspectives », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mélanges SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 381-390.

MULLER A.-C.,

- « Projet de révision de la supervision européenne », *RD banc. Fin.*, mai-juin 2018, comm. 88.
- « Regards sur la directive *Résolution* n° 2014/59/UE », *Bull. joly bourse*, n° 12, déc. 2015, p. 578.
- « La sécurisation du système bancaire et financier », *RD Banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 46 ;
- « La nouvelle procédure de résolution, articles 26 et 27 de la loi du 26 juillet 2013 », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2013, dossier 54 ;
- « Présentation des principales dispositions du Dodd Frank Acte », *RD banc. Fin.*, n° X, mai-juin 2011, comm. 119 ;
- « La réforme du système européen de surveillance financière : organisation et fonctionnement des autorités européennes de surveillance », *RD. Banc. Fin.*, n° 2, mars 2011, p. 17 ;
- « Rapport Larosière », *RD banc. Fin.*, juill.-août 2009, comm. 145.

NIJDAM C.,

- « Bail-in : un faux espoir ? », *Rev. Banq.*, n°794, mars 2016, p. 40.

NOUY D.,

- « Relations interbancaires et risques systémiques », *Rev. banq.*, n°535, févr. 1993, p. 27.

NOYER C.,

- « Les banques se gouvernent-elles comme d'autres entreprises ? », in *Les banques entre droit et économie*, FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), LGDJ, 2006, p. 314.

PACLOT Y.,

- « La réglementation du risque systémique dans l'Union européenne », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Mélanges DAIGRE J.-J., Joly éd., 2018, p. 735-752.

PAILLER P.,

- « Les relations entre la Banque centrale européenne et les autres autorités dans le traitement des banques en difficulté », in *La banque centrale européenne. Regards croisés, droit et économie*, préf. LOQUIN É., avant-propos RAVILLON L., VABRES R. (dir.), Brylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 99-108 ;
- « Quelques questions sur le domaine d'application des mesures de « bail-in » en cas de résolution », *RD banc. Fin.*, n° 4, oct. 2013, alerte 14.

PALLE GUILLABERT F.,

- « Définition européenne des établissements de crédit et réforme des statuts en France », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber Amicorum SOUSI B.*, Rev. Banq. Éd., 2016, p. 243-250.

PAOLI-GAGIN V.,

- « La récente réforme des titres de créance négociables en deux mots : simplification et internationalisation », *Bull. Joly. Bourse*, juillet 2016, p. 303.

PARTSCH P.-E.,

- « Mécanisme de surveillance unique : analyse juridique », *DBF-BFR*, 2015/1-2, p. 12.

PELLEGARS L.,

- « Le compte de paiement », *Banq. & droit*, déc. 2010, p. 14.

PERNEY P., MORARD F.,

- « Les impacts du "paquet bancaire" sur le régime du bail-in. Analyse des nouvelles réglementations européennes (CRR2, BRRD2) », *Rev. Dr. Aff.*, n° 17, nov. 2020, 21.

POLLIN J.-P.,

- « La banque centrale européenne dans la crise : facteur d'union ou ferment de division entre les pays partenaires ? », in *La banque centrale européenne. Regards croisés, droit et économie*, préf. LOQUIN É., avant-propos RAVILLON L., VABRES R. (dir.), Brylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 33-50.

PONTON GRILLET D.,

- « La spéculation en droit privé », *D.*, 1990, chron. 157.

PORRECA R.,

- « La concurrence entre les établissements bancaires et les établissements de paiement : un leurre ? », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai 2011, dossier 14.

PRAICHEUX S.,

- « Le sort des contrats financiers dans la procédure de résolution », in *Mél. AEDBF, France*, DAIGRE J.-J., BREHIER B., (dir.), Rev. Banq. éd., 2018, p. 189-202.

PRÜM A.,

- « Le nouveau cadre européen du traitement des faillites bancaires à vol d'oiseau », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 52 ;
- « L'Union bancaire européenne et les autorités de surveillance nationales », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, dossier 28 ;
- « En voie vers une supervision des marchés et des acteurs financiers à l'échelle européenne », *RD banc. Fin.*, sept.-oct. 2009, repère 5 ;
- « De la distinction entre compte de dépôt et compte courant », *RD banc. Fin.*, n° 3, mai-juin 2003, p. 143.

RASPILLIER S.,

- « Un moment charnière pour l'Union bancaire », *Rev. Banq.*, n° 856, mai 2021, p. 22.

RÉGENT H., DIOP I.,

- « De la théorie à la pratique », *Rev. Banq.*, n° 770, mars 2014, p. 95.

RIASSETTO I., STORCK M.,

- « La règle des quatre yeux en matière bancaire et financière », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Mél. DAIGRE J.-J., Joly éd., 2017, p. 783-702.

RIFFARD J.-F.,

- « Synthèse – Services bancaires », *J.-Cl. Banq., Crédit, Bourse*, Fasc. 900

RIPERT G.,

- « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936, n°28, chron. p. 57.

ROBINE D.,

- « La création des mécanismes de résolution sous l'influence de la crise financière », *Bull. joly bourse*, n° 10, oct. 2015, p. 481.

ROBLOT R.,

- « La dématérialisation des valeurs mobilières », *doc. ANSA*, n°185, 1984

ROUAUD A.-C.,

- « Réforme structurelle du secteur bancaire. Interdiction, séparation : la Commission prend position », *RISF*, 2014/2, p. 71 ;
- « Union bancaire. Première étape dans la mise en place de l'union bancaire européenne : adoption du mécanisme de surveillance unique », *RISF*, 2014/1, p. 118 ;

ROUGER M.,

- « Les critères de la défaillance d'une banque », Colloque de Deauville, *RJ. Com.*, nov. 1996, n° spécial, p. 15.

ROUSSEL GALLE P., DOUAOUI-CHAMSEDDINE M.,

- « Les défaillances bancaires et financières : un droit spécial ? », *RD banc. Fin.*, n°6, nov. 2014, dossier 44 ;

ROUSSILLE M.,

- « La notion de compte de paiement », *Banq. & droit*, h-s., déc., 2016, p. 11 ;
- « 3 questions. L'Union bancaire », *JCP E.*, n° 46, 13 nov. 2014, 848 ;
- « Que reste-t-il du monopole bancaire ? », in *Mél. AEDBF-France*, VI, *Rev. Banq. Éd.*, 2013, p. 607-620 ;
- « Les établissements de paiement, premiers regards sur les derniers-nés dans la famille bancaire », *RD banc. Fin.*, n°1, janv. 2011, dossier 5.

ROUTIER R.,

- « La distinction entre compte-courant et compte de dépôt », *Banq. & droit*, h-s., mars 2014, p. 72.

ROUX M.,

- « Le nouveau rôle du Mécanisme de surveillance unique au sein de la BCE », *RD banc. Fin.*, n°6, nov. 2014, dossier 56.

RUET L.,

- « Le Stock run », in *Mél. AEDBF-France*, VII, DAIGRE J.-J., BRÉHIER B. (dir.), *Rev. Banq.* Éd., 2018, p. 141-153.

SALES E.,

- « Nos dépôts sont bail-inables dès le premier euro », *Rev. Banq.*, n°794, mars 2016, p. 34.

SALORD A., DE VAUPLANE H.,

- « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », *Rev. Banq.*, n°765, nov. 2013, p. 44.

SANBAR W.,

- « Le monopole bancaire et financier à l'épreuve de la réforme du droit des contrats et du nouveau dispositif MIFID 2 et MIFIR », *Banq. & droit*, nov. 2016, n°170, p. 11.

SCHWERER F.,

- « Cinquante ans de droit bancaire, ou la Révolution par le droit », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mél. SOUSI B.*, *Rev. Banq.* Éd., 2016, p. 105-112.

SCIALOM L.,

- « Bail in – Bail out : un point de vue économique », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, Actualité du droit de l'entreprise, LexisNexis, 2017, p. 225-240.

SEKFALI Z.,

- « Impacts et enjeux de la règle américaine Volcker sur les organisations bancaires étrangères », in *Mél. AEDBF-France*, VI, Paris, *Rev. Banq.* Éd., 2013, p. 641-652 ;

SIBONE H. J.,

- « L'émission de contingente convertible bonds peut-elle réellement contribuer à sauver les banques européennes ? », *LPA*, X mai 2017, p. 6.

SIGUOIRT L.,

- « La garantie des dépôts », *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2009, comm. 105 ;

SOTIROPOULOU A.,

- « Le contrôle juridictionnel des décisions du Conseil de résolution unique », *Bull. joly bourse*, n° 12, déc. 2020, p. 57 ;
- « Shareholder's and creditor's protection in bail-in », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, LexisNexis, 2017, p. 273.

SOUSI B.,

- « Être ou ne pas être un établissement relevant d'un pays tiers à l'Union européenne », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà, Mél. DAIGRE J.-J.*, Joly éd., 2017, p.779-782 ;
- « Le champ d'application du mécanisme de surveillance unique (MSU) », *RD banc. Fin.*, n°4, juill. 2014, dossier 27.

STEPHAN P.,

- « Pourquoi une nouvelle réforme de la loi du 28 mars 1885 ? », *bull. Joly. Bourse et produits financiers*, janv.-févr. 1994, p. 5 et s.

STOUFFLET J.,

- « Établissements de monnaie électronique », *RD banc. Fin.*, n°4, juill. 2000, p. 178 ;
- « Les systèmes de garantie des épargnants », *RD banc. Bourse*, n° 75, 1999, p. 144 ;
- « La garantie des dépôts en France après l'entrée en vigueur de la directive n°94/19/CE », in *Mel. PARDON*, 1996, p. 482.

STOUFFLET J., DUROX S.,

- « Vers une union bancaire européenne », in *Mel. AEDBF-France*, VI, Paris, Rev. Banq. Éd., 2013, p. 667-698.

SUSSET E.,

- « Le soutien financier intragroupe au service de la prévention des crises bancaires », in *Mél. AEDBF-France VII*, 2018, p. 203-214 ;
- « Le régime français de prévention et de gestion des crises bancaires après la transposition de la directive sur la résolution bancaire », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, 2017, p. 91-136 ;
- « De quelques particularités du régime de résolution des groupes transfrontaliers », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 55 ;
- « Enjeux de la résolution bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 3, juill. 2013, dossier 36.

SYNVET H.,

- « L'Union bancaire européenne. Présentation », *RD banc. Fin.*, n°4, juill. 2018, dossier 24 ;
- « L'application du principe de légalité en matière de résolution bancaire », in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà, Mél. DAIGRE J.-J.*, Lextenso, Joly éd., 2018, p. 803-815.

TELLER M.,

- « Les fonctions de la procédure en droit bancaire et financier », *RIDE*, 2015/4, t. XXIX, p. 507.

THÉBAULT L.,

- « Réformes des structures bancaires : la règle américaine Volcker est désormais pleinement applicable », *Rev. Banq.*, n° 788, oct. 2015, p. 84.

THOBIE A.,

- « La conversion des titres », *Rev. Trim. Dr. Fin.*, n°4, 2020, p. 10.

TRIANTAFYLLOU D. N.,

- « De la restructuration des entreprises à la « résolution » bancaire. Un bel exemple de la relation dialectique », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mélanges SOUSI B.*, *Rev. Banq.* Éd., 2016, p. 183-192.

TROUCHE-DOERFLINGER I.,

- « La distinction entre compte de dépôt et compte-courant », *LPA*, n°70, 1998, p. 4.

VABRES R.,

- « Les plans (préventifs) de résolution », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 163-176 ;
- « La portée des recommandations de l'Autorité européenne des marchés financiers », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber amicorum, mélanges SOUSI B.*, *Rev. Banq.* Éd., 2016, p. 95-104 ;
- « L'articulation des autorités européennes de surveillance et des régulateurs nationaux – Présentation générale », *Bull. joly bourse*, n° 12, déc. 2015, p. 584 ;
- « Autorité bancaire européenne. Statut, organisation et pouvoirs », *J.-Cl. Banq. Créd. Bourse*, Janv. 2015, actualisé le 28 févr. 2019, n° 36 et s. ;
- « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », *RD. Banc. Fin.*, n° 2, mars 2011, p. 19.

VALLENS J.-L.,

- « La défaillance des établissements de crédit et le recours au juge », *RD banc. Fin.*, n° 6, nov. 2014, dossier 51.

VAN RIJN T.,

- « Les relations entre la banque centrale européenne et le système européen de supervision financière », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, 2016, p. 205-222.

VARDI N.,

- « Banking Union and European Perspectives on Resolution », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*, LexisNexis, coll. Actualité du droit de l'entreprise, 2017, p. 21-44.

VENUS M.,

- « Les plans de résolution bancaire », *RD banc. Fin.*, n° 4, juill.-août. 2013, p. 47.

VERON N.,

- « La période de transition est nécessairement douloureuse », *Rev. Banq.*, n° 794, mars 2016, p. 36 ;
- « Ne pas faire du RRP un manuel d'OPA hostile », *Rev. Banq.*, n° 753, oct. 2012, p. 30.

VILLEMONTX M.,

- « Compte de dépôt et compte courant », *Journal des sociétés*, n° 134, oct., 2015.

2) En matière de droit des entreprises en difficulté

ARBELLOT F.,

- « La notion de "réserve de crédit" en droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, n°6, févr. 2012, 1102.

BACHASSON G., CHRIQUI H.,

- « Pour une révision de la notion de cessation de paiement », *Gaz. Pal.*, Janv. 1999, p. 13.

BOURDEAUX G.,

- « Le traitement judiciaire des institutions financières en difficulté », *RD banq. Fin.*, n°6, nov. 2014, dossier 49.

CAVIGLIOLI C.,

- « La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire », in *La loi du 25 juillet a 20 ans. Entre bilan et réforme*. Colloque Toulouse, 2005, RLDA, supp. Mars 2005, n° 80, p. 28.

COMBRET J.,

- « Période suspecte : Source de danger », *Deffrénois*, n°39, sept. 2020, p. 32.

DELATTRE C.,

- « Détermination de l'actif disponible », *LEDEN*, n°04, mars 2012, p. 2.

DUMONT M.-P.,

- « Le principe d'égalité des créanciers : fondements et remises en cause », *BJE.*, n°6, nov. 2019, p. 43.

EUZEN S.,

- « Doctrine et faillite pendant la première moitié du XIX^{ème} siècle : La leçon de Vincens le précurseur », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1996, p. 195.

FEYDEL R.,

- « La cessation des paiements, une complexité à combattre par la loi », *LPA*, n^{os} 259-260, 26 déc. 2019, p. 6.

GIBRILA D.,

- « La notion de cessation des paiements, critères de distinction entre la société in bonis et l'entreprise en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n^o135d4, p. 5.

LE CORRE P.-M.,

- « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *LPA*, 20 nov. 2008, p. 64.

LÈGUEVAQUES C.,

- « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », *Gaz. Pal.*, n^o 218, août 2002, p. 2.

LE NABASQUE H.,

- « L'adaptation du droit des procédures collectives à la situation des établissements financiers », *RD banc. Bourse*, n^o75, oct. 1999, p. 151.

LUCAS F.-X.,

- « L'égalité des créanciers face à la procédure collective du débiteur : rapport de synthèse », *BJE.*, n^o117, nov. 2019, p. 78 ;
- « La subordination des créances à l'épreuve des procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.*, 2013, dossier 19.

MARTINEAU-BOURGNINAUD V.,

- « Cessation des paiements encore et toujours ! La Cour de cassation précise ses exigences en matière d'actif disponible », *BJE*, mars 2019, n^o2, p. 15 ;
- « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.*, 2002, p. 245.

MATHEY N.,

- « La protection des créanciers de l'établissement de crédit en difficulté dans le cadre des procédures judiciaires » in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières, Approche croisée*, Coll. Actualité du droit de l'entreprise, LexisNexis, 2017, p. 281-302.

MONTÉРАН T.,

- « L'état de cessation des paiements clef de voûte des procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.*, n^o1, mars 2001, p. 1.

NUSSENBAUM M.,

- « Définir la date de cessation des paiements d'une banque », *Banque*, n^o574, oct. 1996, p. 60.

PÉROCHON F.,

- « La discipline collective », in *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, LE CORRE P.-M. (dir.), Dalloz, 2019, p. 1.
- « Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos », in *Procédures collectives et droit des affaires*, *Mél. HONORAT A.*, Frison-Roche éd., 2000, p. 161.

REILLE F.,

- « Appréciation de la cessation des paiements : notion de réserve des crédits », *Gaz. Pal.*, n°6, mars 2017, p. 57.

SAINT-ALARY-HOUIN C., HOUIN-BRESSAND C.,

- « Plan de redressement », *J.-Cl Proc. Coll.*, 2018, fasc n° 2630.

SAINTOURENS B.,

- « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, janv. 2016, dossier 6.

TEBOUL G.,

- « La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace », *Rev. Proc. Coll.*, n°2, mars 2015, étude 6.

TRICOT D.,

- « La cessation des paiements, une notion stable, souple et sûre », *LPA*, n°119, juin 2007, p. 44 ;
- « La cessation des paiements, une notion stable », *Gaz. Pal.*, 2005, 1, doct., p. 1009.

VABRES R.,

- « Autorité bancaire européenne et Union bancaire », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 189-204.

VALLANSAN J.,

- « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance) », *Rev. Proc. Coll.*, n°3, mai 2012, dossier 13.

VALLENS J.-L.,

- « La déclaration de créance n'est pas une demande en justice », *RTD com.*, 2009, p. 214.

VAN RIJN T.,

- « Les relations entre la Banque centrale européenne et le système européen de supervision financière », in *L'Union bancaire*, MARTUCCI F. (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 205-222.

ZINTY S.,

- « Retour sur la notion d'actif disponible », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, juill. 2012, étude 27.

3) En matière de droit économique, droit des sociétés, droit comptable

BARBOS E.,

- « Les enjeux des principales normes IFRS s'appliquant au secteur bancaire », *Rev. Banq.*, n° 772, avr. 2014, p. 52

BROUSSOLLE Y.,

- « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », *JCP G.*, 1995, n° 13, p. 121 ;

CHAMPAUD C.,

- « Propriété, pouvoir et entreprise », in *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, *Mél. BOY L.*, PUAM, 2016, p. 47-66

COURET A.,

- « La contrainte du dividende dans les sociétés par actions », in *Mél. GUYON Y.*, Dalloz, 2003, p. 238 ;
- « Dividendes : fruits de l'action ? », *Bull. Joly. Soc.*, n°11, nov. 1999, p. 1104 ;

DALMAU R.,

- « Les sociétés à mission : quelle nature et quelles sanctions ? », *JCP N.*, n° 30, juill. 2020, 1165.

DIDIER P.,

- « Une définition de l'entreprise », in *Le droit français à la fin du XX^{ème} siècle*, *Mél. CHAMPAUD C.*, Dalloz, 1997, p. 299-315.

DUFOUR O., FILIBERTI E.,

- « Introduire les IFRS dans les comptes sociaux, une révolution juridique et fiscale », *LPA*, avril 2005, n° 70, p. 3

DUONG L.-M.,

- « La notion de raisonnable en droit économique. Pour une approche systémique des relations juridiques complexes », *Rev. Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2005/1, vol. 54, p. 95.

FRIEDEL G.,

- « À propos de la notion d'entreprise... », in *Aspects actuels du droit commercial français*, *Études ROBLOT F.*, LGDJ, 1984, p. 97-114.

GAUDEL P.-J., DEFORGE J.,

- « IFRS : Les normes comptables sont-elles un accélérateur de crise ? », *JCP E*, juin 2009, n° 23, p. 1580.

JULLIAN N.,

- « Les dividendes, des fruits comme pas comme les autres », *D.*, 2021, p. 12

LE NABAQUES H.,

- « Les dividendes participent de la nature des fruits », *Rev. Soc.*, 2000, p. 286

LUCAS F.-X.,

- « L'ordonnance no2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *BMIS*, nov. 2014, p. 473.

MODERNE F.,

- « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle », *RDF A 2006*, n° 1, p. 2.

MORRIS-BECQUET G.,

- « De la nature juridique des dividendes », *D.*, 2000, p. 552

MORTIER R.,

- « Top départ pour les sociétés à mission ! », *Droit des sociétés*, n° 3, mars 2020, comm. 35

OBERT R.,

- « Vers un jeu unique de normes comptables mondiales ? », *Rev. Banq.*, n° 772, avr. 2014, p. 44.

PAILLUSSEAU J.,

- « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999, chron. p. 157-166.

REYGROBELLET A.,

- « La qualité de "société à mission" enfin opérationnelle », *JCP N.*, n° 3, janv. 2020, act. 128.
- « La réforme des valeurs mobilières complexes par l'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *Bull. Joly. Bourse.*, nov. 2014, n° 11, p. 564 ;

RIGOT S., DEMARIA S.,

- « IFRS 9 : Outil de maîtrise des risques ou accélérateur de crise », *Rev. Banq.*, nov. 2020, p. 20.

ROMANOVICH S.,

- « Les normes comptables IFRS : Quel rôle dans la crise financière ? », *Rev. Droit & aff.*, n° 7, déc. 2009, p. 7.

SALAUN Y., DELORME T., BELIN-ZERBIB S.,

- « IFRS et droit », *Bull. Joly Soc.*, avril 2005, n° 4, p. 449

SCIALOM L.,

- « Bail in-Bail out : un point de vue économique », in *Le traitement des difficultés des établissements bancaires et des institutions financières. Approches croisées*, LexisNexis, 2017, p. 225-240 ;

STOUFLET J.,

- « La trésorerie : existe-t-il une notion juridique ? », *RJC*, n° spé., nov. 1989, p. 26.

TELLER M.,

- « Les normes comptables internationales : la transparence en question », *RTD com.*, 2010, p. 671 ;
- « Les normes IFRS : Vers un schisme juridique », *Bull. Joly. Bourse*, nov. 2007, n° 6, p. 705.

TEYSSIÉ B.,

- « Les sociétés à mission », *JCP G.*, n° 17, avr. 2021, doct. 477.

VAMPARIX X.,

- « La blockchain : un outil au service des droits des actionnaires ? », *Bull. Joly Soc.*, n°6, juin 2018, p. 315.

VEDEL G.,

- « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mél. VIGNEUX P.*, 1981, t. II, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, p. 767-183

4) Autres matières juridiques

AUDUBERT V.,

- « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *Rev. Droits de l'Homme*, n° 18, juill. 2020.

BOUVERESSE A.,

- « La portée normative de la *soft law* », *Rev. UE*, 2015, p. 291.

CARBONNIER J.,

- « La propriété garantie des libertés », in *Liberté et droit économique*, FARJAT G., et REMICHE B. (dir.), De Boeck, Droit/économie, 1992, p. 63.

DE VAREILLES-SOMMIERES G.,

- « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.*, 1905, p. 455

DRAGO G.,

- « Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre », in *Les libertés économiques*, DRAGO G., LOMBARD M. (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 31.

DROSS W.,

- « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? » *RTD civ.*, 2015, p. 25.

- « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*, 2012, p. 427.

DUFFY A.,

- « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *Rev. Dr. Pub.*, n° 6, nov. 2006, p. 1569

FRENETTE F.,

- « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », *Les cahiers du droit*, Vol. 20, n°3, 1979, p. 439.

FRISON-ROCHE M.-A., TERRE-FORNACCIARI D.,

- « Quelques remarques sur le droit de propriété », in *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. De philo. Du dr., t. 3., 1990, p. 233.

GINOSSAR S.,

- « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.*, 1962, p. 573.

GRAU E. R.,

- « Notes sur les concepts juridiques », *RRJ – Droit prospectif*, n° 3, 1994, p. 769.

KOS'ISAKA N.,

- « Le risque à l'aune de la protection des libertés économiques », in *La constitution économique* MARTUCCI F., MONGOUACHON C. (coord.), La mémoire du droit éd., 2015, p. 165-190.

LACOUÉ-LABARTHE D.,

- « La France a-t-elle connu des paniques bancaires efficientes ? », *Rev. Eco. Po.*, vol. 115, 2005/5, p. 633.

LARDEUX G.,

- « Qu'est-ce que la propriété ? », *RTD civ.*, 2013, p. 741.

LEPAGE H.,

- « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *RJJ*, 1990, p. 17.

MARINI F.,

- « Les fondements micro-économiques du concept de panique bancaire, une introduction », *Rev. Éco.*, vol. 43, n°2, 1992, p. 301.

MAZEAUD V.,

- « Droit réel, propriété et jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2014, p. 29.

MIGNOT M.,

- « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RJJ*, n°8, 2006, p. 1807.

PIROVANO A.,

- « La fonction sociale des droits : réflexion sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, chron., p. 67.

REVET T.,

- « La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2010, p. 584.

SCABORO R.,

- « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et ville*, n°76, 2013/2, p. 237.

SIIRIAINEN F.,

- « La propriété », in *Le droit économique au XXIème siècle, Notions et enjeux*, RACINE J.-B. (dir.), LGDJ, Coll. Droit & économie, 2020, p. 593.

THIBIERGE C.,

- « Le droit souple », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

TERNEYRE P.,

- « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° 9, p. 667 ;

ZENATI-CASTAING F.,

- « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445
- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305

B) Extra-juridiques

AGLIETTA M.,

- « Le risque systémique dans l'UEM et le moyen de le prévenir », *Rev. Éco. Fin.*, HS sept. 1992, p. 180.

ASMUSSEN J.,

- « Union bancaire et surveillance prudentielle européenne », *Rev. Éco. Fin.*, avril 2013, n°112, p. 37

BALATON A., DEGUEN D.,

- « Cinq siècles de crises financières » in *Rapport moral de l'argent dans le monde*, 2009, p. 37.

BENTOGGIO G., GUIDONI G.,

- « Les banques centrales face à la crise », *Rev. OFCE*, n° 110, mars 2009, p. 291

BIACABE J.-L.,

- « Institutions et marchés financiers : quelles responsabilités ? », in *Crise mondiale et marchés financiers, Les Cahiers français*, La documentation française, Paris, avril 1999, n° 289.

CANDELON B., FERRERA L., JOËTS M.,

- « Global financial interconnectedness : A Non Linear Assessment of the Uncertainty Channel », *Working Paper*, Banque de France, janv. 2018.

CASSOU P.-H.,

- « De la première directive bancaire à l'Union bancaire : L'Europe bancaire en construction », *Rev. Éco. Fin.*, janv. 2017, n°125, p. 85

D'ARVISENET P.,

- « La crise du *subprime* et ses répercussions », *Rev. Éco. Fin.*, hors-série, n° 73-74, 2008, p. 85.

DIAMOND D., DYBVIG P.,

- « Bank Runs, Deposit Insurance and Liquidity », *Journal of Political Economy*, 1983, vol. 91., n°3.

DUMONTAUX N., POP A.,

- « L'impact différencié de la faillite de Lehman Brothers sur les valeurs bancaires et financières américaines : une étude d'événement », *Rev. Éco. Fin.*, janv. 2011, n°101, p. 261

ESPOSITO M.-C.,

- « La véritable histoire de la crise financière de 2008 », *Outre-Terre*, 2013/3, n°37, p. 127

FRYDMAN B.,

- « Comment penser le droit global », in *La science du droit dans la globalisation*, CHÉROT J.-Y., FRYDMAN B. (dir.), Bruylant, Coll. Penser le droit, 2012, p. 18 et s.

GAYRAUD J.-F.,

- « *Subprimes* ou *subcrimes* », in *La Grande Fraude*, Odile Jacob éd., 2011, p. 11-24.

GEHRIG T.-P.,

- « Capital, confiance et compétitivité dans le secteur bancaire », *Rev. Éco. Fin.*, 2013/4, n°112, p. 175.

GRANDE M.,

- « Le comité européen du risque systémique : l'approche européenne du risque systémique », *Rev. Éco. Fin.*, n° 101, janv. 2011, p. 175.

HAUTON G., HÉAM J.-C.,

- « Comment mesurer l'interconnexion entre banques, assureurs et conglomérats financiers ? », *Rue de la banque*, éd. Banque de France, n° 4, mars 2015.

JACOBSONNE J.,

- « "Crise" de la dette souveraine : la timide réponse de l'Union européenne », *Gestion & fin. pub.*, 2021/4, n°4, p. 66

JASSAUD N., PAZARBASIOGLU C.,

- « Organiser la résolution des crises bancaires transfrontières », *Rev. Éco. Fin.*, janv. 2011, n°101, p. 205

LACOUÉ-LABARTHE D.,

- « La banque a-t-elle connue des paniques bancaires inefficaces ? », *Revue d'économie politique*, 2005/5, vol. 115, p. 633.

LAURENT J.-P.,

- « Les dérivés de crédit », *Rev. Eco. Fin.*, n°59, 2000, p. 120.

LOBEZ F.,

- « Too big to fail : gouvernance et régulation des banques », *Rev. Éco. Fin.*, n°100, déc. 2010, p. 187

MERTON R.-K.,

- « The Self-Fulfilling Prophecy », *The Antioch Review*, 1948 p. 193.

MOENNINGHOFF S. C., WIEANDT A.,

- « Too big to fail?! Leçons de la crise financière », *Rev. Éco. Fin.*, n°101, janv. 2011, p. 231.

NICOLAÏ J.-P., TRANNOY A.,

- « De l'utilité de l'impôt pour freiner l'effet de levier du "hors-bilan" », *Rev. Éco. Fin.*, n° 131, mars 2018, p. 151.

NOYER C.,

- « Régulation et confiance », *Rev. Éco. Fin.*, déc. 2010, n° 100, p. 111.

PÉBEREAU M.,

- « Crises de dettes souveraines et coopération financière internationale », in *Les États en faillite*, GUILLAUME G. (dir.), Hermann, 2013, p. 27-42.

PLANE M., PUJALS G.,

- « Les banques dans la crise », *Rev. OFCE*, n° 110, 2009/3, p. 179.

RAHMOUNI-ROUSSEAU I., JASSAUD N.,

- « Innovation, produits structurés et stabilité financière », *Rev. Eco. Fin.*, juin 2008, p. 129.

SALLOY S.,

- « L'impact de la faillite de Lehman Brothers sur les credit default swaps des banques teneurs de marché », *Rev. Fr. Éco.*, 2013/4, vol. XXVIII, p. 145.

SPINASSOU K.,

- « Ratio de levier à la Bâle III : Quel impact sur l'offre de crédit et la stabilité bancaire ? », *Rev. Eco.*, 2016, n°6.

VIVIER-LIRIMONT S.,

- « Réseau interbancaire et crise de liquidité », *Rev. Éco. Pol.*, 2006/4, vol. 116, p. 487.

IV – NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE PAR AUTEURS

A) Jurisprudences rendues par des juridictions européennes

BASSANI-WINCKLER V.,

- note ss. CJUE, 21 déc. 2021, aff. C-874/19 P, Aeries Invest c/ CRU : JurisData n° 2021-021331 ;
- CJUE, 21 déc. 2021, aff. C-934/19 P, Algebris (UK) et Anchorage Capital Group c/ CRU : JurisData n° 2021-021332 ; *Europe*, n° 2, févr. 2022, comm. 59.

BERLIN D.,

- note ss. CJUE, 16 déc. 2020, Affaire C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P, C-604/18 P, Conseil/K. Chrysostomides & Co. e.a. ; *JCP G*, n°3, janv. 2021, p. 60.

BONNEAU T.,

- note ss. Trib. UE, 4 mars 2015, aff. T-496/11, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Banque centrale européenne* ; *RD. Banc. Fin.*, n° 3, mai 2015, comm. 109.

BOUCARD F.,

- note ss. CJUE, 8 nov. 2016, n°C-41/15 ; *RD. Banc. Fin.*, nov. 2016, comm. 233.

BOURDEAUX G., MATHEY N., SALGUEIRO A., SENANEDJ D.,

- note ss. CJUE, gde ch., 2 mars 2021, n° C-425/19 P, Commission européenne c/ République italienne et a. ; *JCP E*, n°27, 8 juill. 2021, 1352.

BOSCO D.,

- note ss. CJUE, gde ch., 2 mars 2021, n° C-425/19 P, Commission européenne c/ République italienne et a. ; *Contrat, conc. Consom.*, n° 4, avr. 2021, comm. 65.

DEBROUX M.,

- note ss. CJUE, gde ch., 2 mars 2021, n° C-425/19 P, Commission européenne c/ République italienne et a. ; *LDDC*, avril 2021, n° 4, p. 7.

GAUDEMET A.,

- note ss. CJUE, 8 nov. 2016, n°C-41/15 ; *Bull. Joby. Bourse*, 2017, p. 303.

GAUVENT S.,

- note ss. CJUE, 2 mars 2021, Aff. C-425/19 P, *Commission européenne c/ République italienne, Banca Popolare di Bari SCpA, Fondo Interbancario di tutela dei depositi* ; *Rev. Banq.*, n° 855, mars 2021, p. X.

GOURIO A., GILLOUARD M.,

- note ss. CJUE, gde ch., 15 juill. 2021, aff. C-911/19 ; *RD banc. Fin.*, n° 5, sept. 2021, comm. 141.

IDOT L.,

- note ss. Trib. UE, 19 mars 2019, aff. Jtes T-98/16 et T-198/16, *Italie c/ Commission ; Europe*, n° 5, mai 2019, comm. 211 ;
- note ss. CJUE, gde ch., 2 mars 2021, n° C-425/19 P, *Commission européenne c/ République italienne et a. ; Europe*, n° 5, mai 2021, comm. 169 ;

KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J.,

- note ss. CJUE, gde ch., 15 juill. 2021, aff. C-911/19 ; *Rev. Banq.*, n° 861, oct. 2021, p. 74.
- note ss. CJUE, 2 mars 2021, Aff. C-425/19 P, *Commission européenne c/ République italienne, Banca Popolare di Bari SCpA, Fondo Interbancario di tutela dei depositi* ; *Rev. Banq.*, n° 851, déc. 2020, p. X.
- note ss. Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-576/18, *Crédit agricole SA c/ BCE* ; : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J. ; *Rev. Banq.*, n° 848, sept. 2020, p. X
- note ss. Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-577-18, *Crédit agricole corporate and investment bank c/ BCE* ; : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., *Rev. Banq.*, n° 848, sept. 2020, p. X.
- note ss. Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-578/18, *CA consumer finance c/ BCE* ; : KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J., *Rev. Banq.*, n° 848, sept. 2020, p. X
- note ss. Trib. UE, 19 mars 2019, aff. Jtes T-98/16 et T-198/16, *Italie c/ Commission ; Rev. Banq.* n° 833, juin 2019, p. 89.
- Obs ss. Trib. UE, 4 mars 2015, aff. T-496/11, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Banque centrale européenne* ; *Rev. Banq.*, n° 785, juin 2015, p. 91,

LASSERRE CAPDEVILLE J.,

- note ss. CJUE, gde ch., 15 juill. 2021, aff. C-911/19 ; *LEDB*, n° 9, oct. 2021, p. 7.

MOREL-MAROGER J.,

- note ss. CJUE 6 mai 2021, aff. Jointes C-511/19 et C-552/19, *ABLV Bank As e. a. c/ Banque centrale européenne* ; *Banq. & droit*, n° 199, oct. 2021, p. X.
- note ss. Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-576/18, *Crédit agricole SA c/ BCE* ; MOREL-MAROGER J., *Banq. & droit*, n° 194, p. 59.
- note ss. Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-577-18, *Crédit agricole corporate and investment bank c/ BCE* ; MOREL-MAROGER J., *Banq. & droit*, n° 194, p. 59.

- note ss. Trib. UE, 8 juill. 2020, Aff. T-578/18, *CA consumer finance c/ BCE ; Banq. & droit*, n° 194, p. 59.
- Note ss. CJUE, aff. C-584/20P, *Commission c/ Landesbank Baden-Württemberg et CRU ; Banq. & droit*, n° 200, déc. 2021, p. 56.
- Note ss. CJUE, aff. C-621/20P, *CRU c/ Landesbank Baden-Württemberg ; Banq. & droit*, n° 200, déc. 2021, p. 56.
- Obs. ss. Trib. UE, 4 mars 2015, aff. T-496/11, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Banque centrale européenne ; Banq. & droit*, n° 161, p. 65, obs.

SAMIN Th., TORCK S.,

- note ss. Trib. UE, 19 mars 2019, aff. Jtes T-98/16 et T-198/16, *Italie c/ Commission ; RD banc. Fin.*, n°1, janv. 2020, comm. 1.

SEGOIN D.,

- note. ss. CJUE, gde ch., 2 mars 2021, n° C-425/19 P, *Commission européenne c/ République italienne et a.*, *RD banc. Fin.*, n° 4, juill. 2014, étude 11.

SIMON D.,

- obs. ss. CJUE, 4 mars 2021, aff. C-947/19 P, *Liano Reig c/ CRU ; Europe*, n° 5, mai 2021, comm. 194 ;
- note ss. CJUE, gr. Ch., 3 déc. 2019, aff. C-414/18, *Iccrea Banca : jurisData n° 2019-023964 ; Europe*, n° 2, févr. 2020, comm. 77 ;
- note ss. CJUE, 8 nov. 2016, n°C-41/15 ; *Europe*, janv. 2017, comm. 15.

SYNVET H.,

- obs. ss. Trib. UE, 4 mars 2015, aff. T-496/11, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Banque centrale européenne ; D.*, 2015, p. 2145.

VABRES R.,

- note ss. CJUE, gde ch., 15 juill. 2021, aff. C-911/19 ; *Bull. Joly bourse*, n° 2, mars 2022, p. 16.

B) Jurisprudences rendues par des juridictions françaises

BONHOMME R.,

- note ss. Com. 5 févr. 2013, n°11-28.194, NP ; *BJE*, mai 2013, n°68, p. 136.

BONNEAU T.,

- note ss. CE, 9 et 10^{ème} ch. Réunies, 4 déc. 2019, n° 415550 ; *Bull. Joly Bourse*, n° 1, janv. 2020, p. 19.

BORGA N.,

- note ss. Com. 23 avr. 2013, n° 12-18.453, *Bull. civ. IV*, n° 69, *BJE*, n°4, juill. 2013, p. 225.

CABRILLAC M., TEYSSIÉ B.,

- obs. ss. CA Paris, 13 déc. 1993 ; *RTD com.*, 1994, p. 79

COURET A.,

- note ss. Civ. 2^{ème}, *Bull. civ.* II, 2017, n°217 ; *Bull. Joly. Soc.*, 2018, n° 117 p. 37.

DAMMANN R., FRANCOIS S.,

- obs. ss. Com., 3 juill. 2012, n°11-18.026, *Sodimedical, Bull. civ.* 2014, IV, n°146 ; *D.* 2012., p. 2212.

DE MONTECLER M.-C.,

- obs. ss. CE, Sect., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International ; D.*, 2016, 715.

DERRIDA F.,

- obs. ss. Com., 26 avr. 1994, n° 92-15.884, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 158 ; *D.* 1994, 542.

DEUMIER P.,

- obs. ss. CE, Sect., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International ; RTD civ.*, 2016, 571.

DEXANT-DE BAILLIENCOURT O.,

- note ss. CE, Sect., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International ; Rev. Sociétés*, 2016, 608.

DO CARMO SILVA J.-M.,

- note ss. CE, 9^{ème} ch., 21 déc. 2021, n° 415550 ; *Bull. Joly ass.*, n° 79, janv. 2022, comm. 12.

DUTHEILLET DE LAMOTHE L., ODINET G.,

- note ss. CE, Sect., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International ; AJDA*, 2016. 717.

GALVADA C.,

- note ss. CA Paris, 13 déc. 1993 : *D.*, 1995, p. 1.

FAVARIO Th.,

- note ss. Com., 17 sept. 2013, n°12-17.657, NP ; *BJE*, janv. 2014, p. 16.

FRAIMOUT J.-J.,

- note ss. Com., 17 sept. 2013, n°12-17.657, NP ; *Rev. Proc. Coll.*, janv. 2014, comm. 23.

GIBIRILA D.,

- obs. ss. Com., 26 avr. 1994, n° 92-15.884, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 158 ; *JCP G*, n°4, 1994, 30.

GRAVELEAU P.,

- obs. ss. CE, 9 et 10^{ème} ch. Réunies, 4 déc. 2019, n° 415550 ; *Gaz. Pal.*, n° 44, déc. 2019, p. 44.

GOURIO A., GILLOUARD M.,

- note ss. CE, 9 et 10^{ème} ch. Réunies, 4 déc. 2019, n° 415550 ; *RD banc. Fin.*, n° 1, janv. 2020, comm. 13.

HONORAT A.,

- obs. ss. Com., 14 févr. 1978, n°76-13.718, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 66, *D.* 1978, p. 443.

KOVAR J.-P., LASSERRE CAPDEVILLE J.,

- note ss. CE, 9^{ème} ch., 21 déc. 2021, n° 415550 ; *Rev. Banq.*, n° 866, févr. 2022, p. 76.
- note ss. CE, 9 et 10^{ème} ch. Réunion, 4 déc. 2019, n° 415550 ; *Rev. Banq.*, n° 841, janv. 2020, p. 83.
- Obs. ss. CE, Sect., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* ; *Rev. Banq.*, n° 797, juin 2016, p. 87.
- Obs. ss. CE, Sect., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté Numéricable* ; *Rev. Banq.*, n° 797, juin 2016, p. 87.

LEBEL C.,

- note ss. Com., 7 févr. 2012, n°11-11.347, *Bull. civ.* 2012, IV, n° 27 ; *JCP E*, n°26, juin 2012, 1414.

LIENHARD A.,

- obs. ss. Com., 7 févr. 2012, n°11-11.347, *Bull. civ.* 2012, IV, n° 27 ; *D. AJ.*, févr. 2012.
- Obs. ss. Com., 3 juill. 2012, n°11-18.026, *Sodimedical*, *Bull. civ.* 2012, IV, n° 146 ; *D.* 2012, p. 1814.
- Obs. ss. Com., 15 févr. 2011, n°10-12.149, *Bull. civ.* 2011, IV, n° 26 ; *D.* 2011, p. 673.

LUCAS F.-X.,

- note ss. Com., 5 mai 2015, n°14-11.381, NP ; *LEDEN* juin 2015, n° 094.
- Obs. ss. Com., 15 févr. 2011, n°10-12.149, *Bull. civ.* 2011, IV, n° 26 ; *D.* 2011, p. 2073.

MATHEY N.,

- note ss. CE, 9^{ème} ch., 21 déc. 2021, n° 415550 ; *LEDB*, n° 3, mars 2022, p. 7.

MERLE P.,

- obs. ss. Com., 14 févr. 1978, n°76-13.718, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 66 ; *RTD com.*, 1981, p. 597.

MOUIAL-BASSILANA E.,

- note ss. Com. 23 avr. 2013, n° 12-18.453, *Bull. civ.* 2013, IV, n° 69 ; *BJS*, n°6, juin 2013, p. 414.

MOULIN J.-M.,

- note ss. Com., 10 févr. 2021, n°18-24.443, *Sté Nord Croissance*, NP ; *BJS*, n°5, mai 2021, p. 52.

RAYNAUD M.,

- note. ss. Com., 26 avr. 1994, n° 92-15.884, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 158 ; *RJDA*, n°6, 1994, p. 498.

REILLE F.,

- Cass. Com., 4 juill. 2018, n°17-13.405, NP ; *Gaz. Pal.*, n°34, oct. 2018, p. 65.

REMERY J.-P.,

- obs. ss. Com., 3 juill. 2012, n°11-18.026, *Sodimedical*, *Bull. civ.* 2012, IV, n° 146 ; *BJE*, 2016, p. 194.

REJET T.,

- note ss. 1^{ère} civ., 12 déc. 2006, n°04-2066, *SARL Électricité Y*, *Bull. civ.* 2006, I, n° 536 ; *Bull. Joly. Soc.*, n°3, X 2007, p. 363

RONTCHEVSKY N.,

- obs. ss. CE, Sect., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* ; *RTD com.*, 2016, 298.

SAINTOURENS B.,

- note ss. Com., 17 sept. 2013, n°12-17.657, NP ; *Rev. Proc. Coll.*, mars 2014, comm. 52.

STORCK M., DE RAVEL D'ESCLAPON T.,

- note ss. Civ. 2^{ème}, *Bull. civ.* II, 2017, n°217 ; *D.* 2018, p. 270.

STOUFFLET J.,

- note ss. CA Paris, 13 déc. 1993 ; *JCP E.*, 1994, II, 566.

VASSEUR M.,

- obs. ss. Com., 26 avr. 1994, n° 92-15.884, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 158 ; *D.* 1994, chron. p. 317 ;
- Note ss. Aix-en-Provence, 8^{ème} ch., 21 juill. 1993, *D.* 1994, 201 ;

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	6
TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	8
SOMMAIRE.....	12
PREMIÈRE PARTIE :.....	30
L'ÉDIFICATION INFORMELLE D'UN DROIT SUI GENERIS DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES.....	30
TITRE PREMIER : L'AUTONOMIE DU DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES.....	34
Chapitre I : LA SINGULARITÉ DES DÉFAILLANCES BANCAIRES.....	36
SECTION I : UNE SITUATION AFFECTANT NÉGATIVEMENT UN ACTEUR CRUCIAL.....	36
§1 : LES PARTICULARITÉS FONCTIONNELLES DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT.....	37
I) Des fonctions d'ordre micro-économique.....	37
A) Protection des fonds du public et garantie des liquidités.....	38
B) Financement des ménages et des entreprises.....	38
II) Des fonctions d'ordre macro-économique.....	39
A) Pouvoir monétaire des établissements de crédit.....	40
B) Impact des activités bancaires sur la croissance économique.....	40
§2 : LES PARTICULARITÉS STRUCTURELLES ET ORGANISATIONNELLES DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT.....	41
I) L'organisation juridique des établissements de crédit.....	41
A) Un statut juridique déterminé.....	41
B) La limitation des risques bancaires par l'organisation des activités.....	44
II) L'organisation financière des établissements de crédit.....	48
A) Les règles comptables encadrant les établissements de crédit.....	48
B) La constitution particulière du bilan d'un établissement de crédit.....	50
SECTION II :.....	51
UNE SITUATION SUSCEPTIBLE D'ALTÉRER LA STABILITÉ FINANCIÈRE....	51
§1 : LES RISQUES ENGENDRÉS PAR LES DÉFAILLANCES BANCAIRES.....	52
I) Les risques intrinsèquement liés à l'activité bancaire.....	52
A) Le risque de contagion.....	53
1) Le risque systémique au cœur des activités bancaires et financières.....	53
2) La détermination du caractère systémique d'un établissement de crédit.....	55
B) Le risque de perte de confiance.....	57
II) Les risques liés au mauvais traitement des défaillances bancaires.....	58
A) Le renforcement de l'aléa moral.....	58
B) La disparition désorganisée de l'établissement de crédit défaillant.....	59
§2 : L'ENCADREMENT PARTICULIER DES DÉFAILLANCES BANCAIRES.....	60
I) Des objectifs propres au traitement des défaillances bancaires.....	60

A) L'objectif prédominant de préservation de la stabilité financière	61
1) La notion de stabilité financière	61
2) Objectifs accessoires à la stabilité financière	62
B) L'objectif de limitation de l'aléa moral	63
II) La prise en compte de ces objectifs par le droit de résolution des défaillances bancaires.....	64
A) Les objectifs de la résolution des défaillances bancaires définis par le législateur	64
1) Des objectifs bornant les pouvoirs des autorités de résolution	65
2) Une utilité restreinte en matière de limitation de l'aléa moral.....	66
a) Le maintien du principe de prêteur en dernier ressort	67
b) L'éviction de la résolution par des soutiens financiers préventifs	69
B) La hiérarchisation nécessaire des objectifs.....	71
CONCLUSION DU CHAPITRE I	74
Chapitre II :	76
L'AUTONOMIE DU DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES AU REGARD DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ.....	76
SECTION I :	77
L'EXCLUSION NÉCESSAIRE DE LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS.....	77
§1 : LES INSUFFISANCES DE LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS.....	78
I) Une efficacité limitée dans le contexte des défaillances bancaires	79
A) Les composants inadaptés de la notion de cessation des paiements	79
B) Une incompatibilité manifeste avec le fonctionnement des établissements de crédit.....	81
1) Une source de risque pour la stabilité financière	82
2) Une notion réductrice en matière bancaire	83
II) Les adaptations insuffisantes de la notion de cessation des paiements	84
A) Des propositions doctrinales et jurisprudentielles limitées	84
1) L'apport de la doctrine.....	84
2) L'apport de la jurisprudence.....	85
B) La définition légale de la cessation des paiements des établissements de crédit	87
§2 : LA SUBSTITUTION OPPORTUNE DE L'ÉTAT DE DÉFAILLANCE À L'ÉTAT DE CESSATION DES PAIEMENTS	88
I) La détermination de critères adaptés aux établissements de crédit.....	89
A) L'observation instructive des ratios prudentiels	89
B) L'édiction d'une pluralité de critères.....	90
II) L'extension souhaitable du critère de la défaillance à toute procédure de traitement des difficultés	91
A) L'obsolescence du critère de la cessation des paiements en matière bancaire .	91
B) L'efficacité accrue du critère unique de la défaillance	92
SECTION II :	94
L'INADÉQUATION DES PRINCIPES RÉGISSANT LES PROCEDURES COLLECTIVES.....	94

§1 : DES PRINCIPES INADAPTÉS AU TRAITEMENT DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT DÉFAILLANTS	94
I) L'interdiction des paiements, un principe inapplicable en matière bancaire	95
A) Rappel du principe en droit des entreprises en difficulté.....	95
B) Une incompatibilité évidente avec les créances bancaires.....	96
1) La singularité des créanciers des établissements de crédit.....	97
2) L'éviction justifiée du principe d'interdiction des paiements dans le traitement d'établissements de crédit	99
II) L'incompatibilité de la sanction du non-respect du principe d'intangibilité du patrimoine au cas des établissements de crédit.....	102
A) La nullité et l'inopposabilité des modifications du patrimoine.....	102
B) Des procédés inopportuns dans le contexte des défaillances bancaires.....	103
§2 : DES PRINCIPES IMPROPRES À RÉGIR LA RELATION AVEC LES CRÉANCIERS.....	104
I) Des classements de créanciers substantiellement et fonctionnellement divergents	104
A) Des vocations distinctes	104
B) Des fonctionnements et des contenus distincts.....	105
II) L'obligation inappropriée de déclaration des créances	107
A) Un principe incontournable en droit des entreprises en difficulté	107
B) Des assouplissements nécessaires en matière bancaire.....	108
1) L'adaptation du droit des entreprises en difficulté.....	108
2) Un principe inexistant en droit de la résolution des défaillances bancaires	109
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	112
TITRE SECOND :	116
L'EXORBITANCE DU DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES	116
Chapitre I :	118
L'EXORBITANCE CONSTATÉE DANS LE DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION	118
SECTION I :	119
LES CONDITIONS PARTICULIÈRES DU DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION	119
§1 : LES CONDITIONS PRIMAIRES DE DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION.....	120
I) Les conditions primaires de déclenchement des dispositifs préventifs de résolution	120
A) Les conditions de déclenchement des mesures d'intervention précoce.....	120
B) Les conditions de déclenchement des mesures prévues par les plans de rétablissement	122
II) Les conditions de déclenchement des dispositifs curatifs de résolution.....	124
A) Des conditions légalement définies	124
B) Une nécessaire souplesse d'interprétation	125
§2 : LES CONDITIONS SECONDAIRES DE DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION.....	126

D) La valorisation de l'actif et du passif par un évaluateur indépendant.....	127
A) Un outil majeur au service du traitement des difficultés.....	127
1) Principes et objectifs de la valorisation.....	127
2) Détermination de la valeur de l'actif et du passif.....	129
B) Mise en œuvre de la valorisation.....	131
1) La notion d'évaluateur indépendant.....	131
2) Le caractère provisoire ou définitif de la valorisation.....	133
II) L'évaluation de la résolvabilité.....	136
A) Une évaluation périodique et ex ante.....	136
B) La détermination du caractère résoluble.....	138
SECTION II :	139
UN PROCESSUS COOPÉRATIF DE DÉCLANCHEMENT DES DISPOSITIFS DE RÉSOLUTION.....	139
§1 : L'ÉTAPE LIMINAIRE DE LA CONSTATATION DES DIFFICULTÉS.....	140
I) La constatation des difficultés dans le cadre de la surveillance prudentielle.....	140
A) La répartition des compétences en matière de surveillance prudentielle....	141
B) La coopération des autorités dans la détection des difficultés.....	143
II) La constatation des difficultés dans le cadre des tests de résistance.....	144
A) Un outil d'analyse prudentielle au service de la stabilité financière.....	145
B) Des résultats devant nécessairement être nuancés.....	147
§2 : UN PROCESSUS DE DÉCLANCHEMENT MOBILISANT UNE PLURALITÉ D'AUTORITÉS	150
I) Les autorités chargées de la résolution des défaillances bancaires.....	150
A) L'autorité centralisée, le Conseil de résolution unique.....	151
B) L'autorité décentralisée, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution	152
II) La coopération des autorités lors du déclenchement des dispositifs de résolution	153
A) La coopération dans le déclenchement de la phase préventive.....	154
B) La coopération dans le déclenchement de la phase curative.....	155
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	158
Chapitre II :	160
L'EXORBITANCE CONSTATÉE LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DES DISPOSITIFS DE RÉSOLUTION.....	160
SECTION I :	161
LES POUVOIRS PRÉPONDÉRANTS DES AUTORITÉS PARTICIPANT À LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES.....	161
§1 : DES ATTRIBUTS DISCUTABLES DANS LE CAS D'UN ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT IN BONIS.....	162
I) L'intervention majeure des autorités de supervision et de résolution dans le cadre de la planification du rétablissement et de la résolution.....	163
A) La limitation du rôle des établissements de crédit dans la planification du rétablissement et de la résolution.....	163
1) Définition des plans de rétablissement et de résolution.....	164
2) Répartition des compétences en matière de planification.....	166
B) La nature des plans de rétablissement et de résolution.....	167

II) L'édition d'injonctions préventives multiples par les autorités de supervision et de résolution.....	168
A) Des injonctions relatives à l'organisation juridique, financière et opérationnelle des établissements de crédit.....	168
B) L'altération des droits et libertés économiques des établissements de crédit.	171
1) La détermination des droits et des libertés altérés	171
2) La contestable affirmation par le législateur du respect des droits et libertés économiques.....	173
§2 : DES DISPOSITIFS DÉROGATOIRES JUSTIFIABLES FACE À LA DÉFAILLANCE D'UN ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT.....	175
I) La restriction des droits et libertés des établissements soumis à une procédure de résolution	175
A) La destitution de la direction au profit d'un administrateur spécial.....	175
B) Les pouvoirs accrus des autorités de résolution dans la mise en œuvre des instruments de résolution	177
II) La limitation des restrictions par l'encadrement des procédures de résolution .	182
A) Les principes bornant les pouvoirs des autorités de résolution.....	182
B) Des règles procédurales encadrant la mise en œuvre des instruments de résolution.....	184
SECTION II :	185
LE CONTRÔLE EX POST LIMITÉ DES DISPOSITIFS DE RÉOLUTION	185
§1 : LA CONTRÔLE EX POST DES DISPOSITIFS PRÉVENTIFS ET CURATIFS DE RÉOLUTION	186
I) La justiciabilité des dispositifs de résolution	186
A) Nature et justiciabilité des actes relatifs au traitement préventif et curatif des établissements de crédit.....	186
B) Nature et justiciabilité des actes relatifs à la resolvabilité et aux contributions au Fonds de résolution unique.....	188
II) Les voies de recours	189
A) Les motifs susceptibles d'être invoqués	189
B) Les juges susceptibles d'être saisis.....	190
§2 : LA LIMITATION DU RÔLE DU JUGE PAR LE DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES	192
I) Le champ d'intervention limité du comité d'appel du Conseil de résolution unique	192
A) La restriction légale de la compétence du comité d'appel du Conseil de résolution unique.....	192
B) Une particularité illustrée par la pratique	193
II) La limitation des pouvoirs du juge	195
A) Un pouvoir d'appréciation restreint.....	195
B) Un jugement aux effets limités	196
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	198
CONCLUSION DU TITRE II.....	200
SECONDE PARTIE	204

LA PRODUCTION D'EFFETS CONTRAIGNANTS PAR LE DROIT DE LA
RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES 204

TITRE PREMIER 206

L'ASSUJETTISSEMENT DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT À DES OBLIGATIONS
NOUVELLES 206

Chapitre I : 208

L'OBLIGATION NOUVELLE DE PLANIFICATION 208

SECTION I : 210

L'ÉLABORATION DES PLANS DE RÉTABLISSEMENT, UNE OBLIGATION
SINGULIÈRE À DÉFINIR 210

§1 : DÉFINITION SUBSTANTIELLE DES PLANS DE RÉTABLISSEMENT 210

I) L'absence de définition satisfaisante des plans de rétablissement dans le droit
positif 211

A) Le défaut de définition légale 211

1) L'absence de définition en droit national 211

2) La recherche d'une définition dans le droit européen 212

B) Des définitions doctrinales partielles 212

II) Proposition de définition des plans de rétablissement 213

A) La qualification inadaptée de testament bancaire 214

B) La qualification appropriée d'outil stratégique au service de la stabilité
financière 214

§2 : UN OUTIL GOUVERNÉ PAR DES PRINCIPES DIRECTEURS 215

I) Des principes gouvernant les informations inscrites dans le plan 215

A) Le principe d'exhaustivité des plans 216

B) Le principe de clarté des plans 216

C) Le principe de pertinence des informations exposées par le plan 216

II) Des principes assurant l'efficacité des plans de rétablissement 217

A) Le principe de cohérence des plans 217

B) Le principe d'opérationnalité des plans 218

SECTION II : 218

LA DÉTERMINATION DU CONTENU DU PLAN, UN DÉFI TECHNIQUE DE
PARAMÉTRAGE 218

§1 : L'ANALYSE STRATÉGIQUE DE L'ÉTABLISSEMENT 219

I) Le recensement des données relatives au fonctionnement des établissements de
crédit 219

A) La description des activités de l'établissement 219

1) Définition du modèle économique de l'établissement 220

2) Présentation des activités fondamentales et des fonctions critiques de
l'établissement 221

B) La description de la structure juridique et financière de l'établissement ... 223

1) Présentation des interconnexions internes et externes 223

2) Description des relations financières intragroupe 224

II) La caractérisation des risques encourus et la détermination des options de
rétablissement 225

A) La détermination des options de rétablissement.....	226
1) Le contenu attendu des options de rétablissement	226
2) La démonstration du caractère opérationnel des options de rétablissement.....	227
B) L'obligation d'élaborer des scénarios de crise	229
1) Le respect d'exigences relatives à la conception des scénarios.....	229
2) Le respect d'exigences relatives à la détermination des scénarios établis	230
§2 : LE CHOIX DES INDICATEURS POUR LES PLANS DE RÉTABLISSEMENT	231
I) L'identification de différentes catégories d'indicateurs.....	232
A) Une série d'indicateurs devant impérativement intégrer les plans de rétablissement	233
B) Une série d'indicateurs à usage discrétionnaire.....	235
II) Des outils participant à la gestion des risques	237
A) La configuration intuitu personae des indicateurs.....	237
B) L'intégration des indicateurs dans une stratégie globale de gestion des risques	240
CONCLUSION DU CHAPITRE I	242
Chapitre II :	244
LES OBLIGATIONS RENOUVELÉES DE CONTRIBUTION ET D'INFORMATION	244
SECTION I :	245
DES OBLIGATIONS SUI GENERIS DE CONTRIBUTION ET D'INFORMATION	245
§1 : L'OBLIGATION NOUVELLE DE CONTRIBUTION AU FINANCEMENT DE LA RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES.....	246
I) La mise en œuvre encadrée de l'obligation de contribution	246
A) Le paiement d'une contribution annuelle	248
B) Le paiement éventuel d'une contribution exceptionnelle.....	250
II) La contestation des modalités de détermination du montant des contributions.....	251
A) La remise en cause du pouvoir discrétionnaire du Conseil de résolution unique	252
B) Les modalités de contestation du montant des contributions déterminé par le Conseil de résolution unique.....	253
§2 : L'OBLIGATION ACCRUE D'INFORMATION EN MATIÈRE DE RÉSOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES	255
I) La diversité des informations transmises par les établissements de crédit aux autorités de résolution.....	256
A) Des informations transmises de manière régulière	256
B) Des informations transmises en présence de difficultés financières.....	258
II) La collecte d'informations supplémentaires par l'autorité de résolution.....	259
A) La collecte d'informations dans le cadre d'enquêtes.....	259
B) La collecte d'informations dans le cadre d'inspections.....	260
SECTION II :	261

LES ENJEUX SOULEVÉS PAR LES OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LE DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES.....	261
§1 : LES CONTROVERSES RELATIVES À L'ABSENCE DE CARACTÈRE IMPÉRATIF DES ACTES PRÉCISANT LA MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS	262
I) Le rôle prépondérant de l'ABE dans l'élaboration du droit de la résolution des défaillances bancaires	263
A) Le rôle prépondérant de l'ABE dans le développement du droit de la résolution des défaillances bancaires.....	263
B) Le pouvoir normatif de l'ABE.....	264
II) Le rôle secondaire des autorités de résolution dans l'élaboration du droit de la résolution des défaillances bancaires	271
A) L'élaboration de documents à visée explicative	271
B) La portée des documents publiés par les autorités de résolution.....	272
§2 : LES CONSÉQUENCES DU NON-RESPECT DES OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LE DROIT DE LA RÉOLUTION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES	276
I) Les aspects répressifs du droit de la résolution des défaillances bancaires.....	277
A) Les infractions au droit de la résolution des défaillances bancaires	277
B) L'arsenal répressif du Conseil de résolution unique	279
II – La mise en œuvre des sanctions par les autorités de résolution nationales	281
A) Le pouvoir de sanction de l'ACPR.....	281
B) Le respect des droits de la défense par l'ACPR	283
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	284
TITRE SECOND.....	288
L'ATTEINTE LÉGITIMÉE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS	288
Chapitre I :.....	292
LA PROPRIÉTÉ DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS À L'ÉPREUVE DU RENFLOUEMENT INTERNE.....	292
SECTION I :.....	292
L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS.....	292
§1 : LA NATURE CONTROVERSÉE DES DÉPÔTS ET DES TITRES FINANCIERS	293
I) L'assimilation des dépôts à des créances.....	293
A) Le fonctionnement particulier des comptes de dépôt	293
B) La nature juridique du dépôt de fonds auprès d'un établissement de crédit..	295
II) L'assimilation des titres financiers à des biens	296
A) La nature discutable des titres de capital.....	296
1) L'inappropriée qualification de bien corporel, de contrat ou de créance .	297
2) La qualification de bien meuble incorporel.....	299
B) La nature ambiguë des titres de créance.....	300
1) Des titres de créance simples et complexes.....	300
a) Les titres de financement	301
b) Les titres poursuivant une finalité de couverture ou de spéculation	303
2) L'analyse de la nature des titres de créance.....	305
C) La nature similaire des titres hybrides	306

§2 : L'ADMISSION DE LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS EN TITRES FINANCIERS	307
I) L'attribution justifiée d'un droit de propriété aux titulaires de titres financiers...	307
II) L'attribution complexe d'un droit de propriété aux déposants	308
SECTION II :	310
L'ALTÉRATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ PAR L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE	310
§1 : UN INSTRUMENT DESTINÉ À ASSURER LE RESPECT DES EXIGENCES DE FONDS PROPRES	310
I) La primauté accordée au respect des exigences de fonds propres.....	310
A) Le respect des exigences de fonds propres, finalité première de l'instrument de renflouement interne.....	311
B) Le fonctionnement de l'instrument de renflouement interne.....	313
II) L'application de l'instrument de renflouement interne.....	315
A) Des effets immédiats.....	315
B) Des effets étendus.....	316
§2 : LA DÉPRÉCIATION DES TITRES FINANCIERS ET DES CRÉANCES.....	316
I) Un ordre défini de dépréciation des créances	316
A) La dépréciation prioritaire des titres relevant de la catégorie des fonds propres	316
B) Les dépréciations supplémentaires.....	317
II) Les créances exclues du renflouement interne	318
A) Les exclusions d'office.....	318
B) Les exclusions exceptionnelles	319
CONCLUSION DU CHAPITRE I	322
Chapitre II :	324
LA PROTECTION INSUFFISANTE DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS	324
SECTION I :.....	324
LA LÉGALITÉ DIFFICILEMENT CONTESTABLE DE L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE	324
§1 : LA PROTECTION RELATIVE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.....	325
I) Réflexions sur la constitutionnalité de l'instrument de renflouement interne	325
A) L'assise constitutionnelle du droit de propriété	325
B) La constitutionnalité avérée des dispositions régissant le droit de la résolution des défaillances bancaires.....	326
II) Un droit communautairement protégé.....	327
A) Un droit fondamental mais non absolu.....	327
B) Les conditions de privation de propriété	328
§2 : L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE CONFRONTÉ AUX CONDITIONS DE PRIVATION DE PROPRIÉTÉ ÉTABLIES PAR LE DROIT EUROPÉEN	330
I – La stabilité financière, une cause d'utilité publique ?	331
A) Un impératif économique majeur.....	332
B) Une consécration jurisprudentielle.....	333

II) Les enjeux liés à la contrepartie et proportionnalité de la privation de propriété	334
A) La contrepartie de la mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne	334
B) Une proportionnalité à nuancer	336
1) La proportionnalité dans le cas d'établissements de crédit systémiques défaillants	336
2) La proportionnalité dans le cas d'établissements de crédit non-système défaillants	337
SECTION II :	338
LA LÉGITIMITÉ CONTESTABLE DE L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE	338
§1 : LA PROTECTION INSUFFISANTE DES DÉPOSANTS ET DES INVESTISSEURS	339
I) L'application complexe des principes protecteurs pendant la procédure	339
A) L'application complexe du principe de « no creditor worse off than in liquidation »	339
B) Les dérogations au principe de « pari passu »	341
II) L'indemnisation limitée des déposants et des propriétaires de titres financiers	342
A) Des plafonds d'indemnisation insusceptibles de garantir la stabilité financière	343
1) Des garanties principales non adaptées à l'ensemble des propriétaires de biens financiers	343
2) Des garanties exceptionnelles trop limitées dans le temps	344
B) Des exclusions ayant un impact négatif sur le risque systémique	345
1) L'exclusion de certains déposants et investisseurs disposants de titres financiers	345
2) L'exclusion de certains dépôts	346
§2 : LE MANQUE D'ADÉQUATION DE L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE AVEC LES OBJECTIFS POURSUIVIS	347
I) La production d'effet pervers	347
A) Le passage du « bank run » au « stock run »	347
B) Les incidences sur l'aléa moral et le risque systémique	348
II) Les conséquences du manque d'adéquation de l'instrument de renflouement interne avec les objectifs poursuivis	350
A) Le phénomène d'éviction de l'instrument de renflouement interne	350
B) La nécessité de modifier le fonctionnement de l'instrument de renflouement interne	351
CONCLUSION DU CHAPITRE II	354
CONCLUSION DU TITRE II	356
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	358
CONCLUSION GÉNÉRALE	360
Bibliographie indicative	364