

Le traitement des risques de défaillances bancaires

Les leçons tirées de la crise bancaire des années 2007-2009 et de la crise de la dette souveraine, ont conduit à une transformation profonde de la régulation du système bancaire européen. La protection de ce système bancaire a été conçue suivant la logique qui prévaut en droit commun des entreprises en difficulté c'est-à-dire la prévention et le traitement des difficultés avérées.

L'attribution à la Banque centrale européenne (ci-après BCE) de la fonction de superviseur bancaire dans le cadre du Mécanisme de supervision unique soulève de nombreuses questions juridiques allant de l'attribution de cette compétence à la mise en œuvre des pouvoirs conférés. Il s'agit notamment de l'insuffisance du fondement juridique des pouvoirs attribués et de l'application par la BCE des droits nationaux transposant les directives européennes ou mettant en œuvre des options prévues par le droit européen.

La transformation de la supervision bancaire n'a pas seulement concerné le niveau européen, mais également l'organisation interne de la supervision par les États membres posant la question du choix du modèle de supervision le plus efficace. Les autorités nationales de supervision, comme l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, conservent, en effet, pleinement leurs pouvoirs de supervision à l'égard des établissements de crédit considérés comme moins importants.

La dérégulation du secteur bancaire et financier avait largement contribué à fragiliser le système bancaire européen comme celui américain. L'accord Bâle III et l'accord Bâle IV transposés en droit européen a permis de relever le niveau des exigences prudentielles pour un système bancaire européen plus résilient. Toutefois, des réponses sont à apporter par le législateur aux problèmes soulevés. Il peut en être ainsi de la prise en compte du principe de proportionnalité dans l'imposition de contraintes réglementaires aux établissements de crédit, du respect du principe du traitement équitable des établissements dans le recours aux modèles internes ou encore de l'harmonisation des règles relatives à la séparation de la banque de détail de celle d'investissement.

Outre le renforcement de la solidité intrinsèque des établissements bancaires, la protection de la banque dans ses rapports avec les tiers apparaît comme un aspect non négligeable pour la sécurisation du système bancaire. À ce propos, les législateurs européen et français ont su accorder aux banques une position privilégiée à travers des mécanismes juridiques qui leur permettent de minimiser l'impact de la défaillance d'un cocontractant sur leur solidité. Cette protection est renforcée sur les marchés financiers avec l'intervention de contreparties centrales qui supportent les risques de contrepartie en lieu et place des établissements bancaires.

Cependant, les risques ne sont pas totalement écartés. Il en est ainsi, par exemple, des transactions portant sur des produits dérivés non standardisés ou le recours à certaines garanties telles que la sous-participation en risque qui laisse subsister le risque de contrepartie sur les établissements de crédit sous-participants. La réalisation de ces risques peut conduire à la faillite de l'établissement bancaire.

Comme pour toutes les entreprises ordinaires, le traitement préventif efficace des difficultés bancaires révélées implique la préservation de la confidentialité sur la situation de la banque. Eu égard à la volatilité de la confiance et à son importance pour la continuité de l'activité bancaire, l'information sur les difficultés bancaires devrait être considérée comme un secret d'affaires. La conciliation impossible de ce secret avec l'ouverture d'une procédure ordinaire de sauvegarde et l'incompatibilité des règles de cette procédure avec la nature particulière de l'activité bancaire devraient donner lieu à une intervention législative excluant expressément les établissements de crédit de son champ d'application.

Les risques de ruées bancaires, d'assèchement de liquidité sur le marché interbancaire qu'implique la divulgation de l'information sur les difficultés bancaires dans les procédures préventives de droit commun devraient conduire l'autorité de supervision à subordonner son avis conforme à la présentation de garanties réelles à la réussite de la procédure. Il apparaît préférable, notamment lorsqu'il s'agit d'un établissement systémique, d'appliquer un traitement administratif précoce sous le contrôle unique de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ou de la BCE en fonction de la taille de l'établissement concerné.

Le sauvetage de l'établissement pouvant nécessiter un soutien financier de la part de l'État ou de la BCE, celui-ci devrait être accordé dans le respect des règles de l'Union en matière d'aides d'État. À ce propos, il serait judicieux d'établir une procédure spéciale de crise garantissant l'effectivité du contrôle de compatibilité des aides d'État avec le droit de l'Union en période de crise bancaire généralisée. Le besoin d'un soutien public exceptionnel constitue, désormais, l'une des conditions cumulatives pouvant entraîner l'ouverture de la nouvelle procédure de résolution bancaire.

La procédure de résolution bancaire, lorsqu'elle est mise en œuvre, évince l'ouverture d'une procédure collective de droit commun. La résolution de l'établissement de crédit espagnol Banco Popular le 7 juin 2017 a été le premier cas d'application du dispositif européen de résolution. La mise en œuvre du *bail-in*, instrument de résolution, et la cession de Banco Popular à la banque Santander n'ont pas permis d'apporter des réponses à toutes les questions qui peuvent naître de la mise en œuvre de cette procédure spéciale.

Pour les établissements transfrontaliers ou les groupes bancaires, le succès de la résolution dépendra du niveau de coopération entre États membres ou avec les États tiers. La question du financement de la résolution demeure également une préoccupation essentielle. Si au niveau du Mécanisme de résolution unique, l'institution du Fonds de résolution unique permet de répondre à cette préoccupation malgré l'insuffisance apparente de l'intervention financière prévue, le financement de la résolution risque d'être un obstacle majeur dans la coopération

avec les États tiers. La constitution de collèges de résolution avec la participation éventuelle des autorités nationales tierces devrait permettre de résoudre les questions liées au financement. Le recours aux fonds publics demeure une possibilité au sein de l'Union même si les possibilités d'y recourir sont réduites.

Par conséquent, le contentieux de la responsabilité des dirigeants bancaires et de celle des organes de contrôle externe devrait connaître un certain développement dans la mesure où les créanciers bancaires ne bénéficieront plus, en principe, de la manne étatique. Les risques de pertes devraient conduire les déposants et les investisseurs à exercer une discipline de marché renforcée, contraignant les établissements bancaires à limiter les risques pris dans leurs activités.