



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

RAPPORT SUR LES PROCÉDURES COLLECTIVES ET LA RÉOLUTION BANCAIRE

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris*

15 mai 2025*

** Le présent rapport a été approuvé
par le HCJP en juillet 2024*



TABLE DES MATIÈRES

Synthèse	5
I. Introduction	10
Partie 1 – L’encadrement juridique des outils de résolution bancaire existants	16
I. Le droit de propriété garanti par la Charte, le Protocole n° 1 à la CEDH et la Constitution : encadrement de l’atteinte au droit de propriété par une balance entre intérêt privé et public et un caractère proportionné de l’atteinte	16
A. Protection par la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne	16
B. Protection par la Convention européenne des droits de l’homme	18
C. Protection par la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et reconnaissance en France de sa valeur constitutionnelle	19
II. Éléments généraux de protection dans le cadre de la résolution	20
A. Les objectifs de la résolution	20
B. Le test de l’intérêt public	21
C. Le principe du <i>no creditor worse off</i>	22
D. Le principe de proportionnalité	22
III. Éléments de protection spécifiques à certains outils de résolution	23
A. Encadrement strict de la durée des mesures de suspension (« stay »)	23
B. Évaluations indépendantes relatives au placement en résolution et à la mise en œuvre des outils de résolution	24
C. Protection de certains types de créanciers, notamment en cas de transfert ou de mise en œuvre de l’outil de renflouement interne	25
Partie 2 – La coexistence de la procédure de résolution avec les procédures collectives en droit français	28
I. Le redressement judiciaire et la procédure de résolution	29
A. Les conditions de déclenchement des deux procédures	29
B. Les outils disponibles dans la procédure de résolution et dans la procédure de redressement judiciaire	30
C. L’utilisation du redressement judiciaire <i>post</i> procédure de résolution	32



II. La sauvegarde et la procédure de résolution	36
A. Les conditions de déclenchement des deux procédures	36
B. Les outils utilisables dans la procédure de sauvegarde	37
C. Procédure de sauvegarde accélérée	38
III. La conciliation et la procédure de résolution	39
A. L'ouverture sur la base d'une difficulté économique ou financière	40
B. L'ouverture sur la base d'une difficulté juridique ou organisationnelle	42
IV. Les pouvoirs de supervision à la main de l'ACPR et de la BCE en amont d'une procédure collective ou d'une procédure de résolution pour éviter une dégradation de la situation d'un établissement de crédit	42
A. Les pouvoirs de police administrative	43
B. Les injonctions prudentielles (dont mesures de Pilier 2)	46
C. Les mesures d'intervention précoce	47
V. La liquidation judiciaire et la procédure de résolution	48
VI. Recommandation pratique	49
 Partie 3 – Opportunité d'étendre les outils existants dont disposent les autorités de résolution bancaire compétentes pour contraindre les actionnaires et autres tiers	 50
I. Obstacles juridiques à l'extension des outils existants et absence de nécessité d'y procéder au regard des différentes structures bancaires existantes en France	51
A. Le cas des banques tête de groupe avec actionnariat dispersé	51
B. Le cas des filiales de groupe bancaires et le soutien intragroupe	54
C. Le cas des groupes bancaires mutualistes	55
D. Le cas des banques détenues par un actionnaire public	59
II. Potentiels effets négatifs de l'extension des outils existants	65
A. Investisseurs	65
B. Déposants / tiers (autres que les actionnaires, i.e. par exemple les co-contractants)	66
C. Aspects aides d'État	66



Conclusion	69
-------------------------	----

Composition du groupe de travail	72
---	----

Annexes : téléchargez et consultez le document joint

Annexe 1 - Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français

I. Préventions des difficultés

A. Les mesures disponibles en amont de la résolution

B. Mesures de prévention des crises bancaires issues de la Directive BRRD

C. Mesures de prévention issues du droit commun des procédures collectives

II. Restrictions aux droits des tiers pouvant être adoptées aux différents stades de gradation des difficultés financières

A. Suspension et restrictions portées aux droits et obligations contractuels (« stay ») et clauses de reconnaissance contractuelle des pouvoirs de « bail-in » et des pouvoirs de « stay »

B. Interdiction de résiliation *ipso facto*

III. Défaillance avérée ou prévisible

A. Procédure de résolution

B. Procédures collectives de droit commun

Annexe 2 - Article 52 de la Loi Bancaire : extraits des travaux parlementaires et d'articles de doctrine

Annexe 3 - Jurisprudence européenne sur le droit de propriété

Annexe 4 - État des lieux synthétisant le cadre légal actuel du redressement judiciaire, de la sauvegarde, de la conciliation et de la procédure de résolution applicable aux établissements de crédit

Annexe 5 - Liste non exhaustive des pouvoirs de l'ACPR en sa qualité d'autorité de supervision à l'égard des établissements de crédit

Annexe 6 - Présentation des cas récents de faillites bancaires

Annexe 7 - Intangibilité des engagements de l'actionnaire

Annexe 8 - Accords de soutien financier de groupe prévus par la Directive BRRD



SYNTHÈSE

1. Le présent rapport étudie les différentes procédures applicables aux établissements de crédit en difficulté en se concentrant tout particulièrement sur l'articulation entre la résolution et les procédures judiciaires et en insistant sur la sauvegarde, le redressement et la conciliation. Il met aussi en évidence les liens importants qui existent entre la résolution et la liquidation judiciaire.
2. Le rapport s'interroge aussi sur l'opportunité de l'extension des outils existants dont disposent les autorités de résolution bancaire pour contraindre les associés et autres tiers (notamment les cocontractants et les déposants) à soutenir l'établissement de crédit en difficulté en amont de la procédure de résolution.
3. Dans une première partie le rapport rappelle que la résolution bancaire consiste en la gestion des difficultés d'une banque par une autorité de résolution, au moyen d'instruments de résolution afin de sauvegarder l'intérêt public, y compris la continuité des fonctions financières et économiques critiques de l'établissement défaillant et la stabilité financière, à un coût minimal pour les contribuables.
4. Les objectifs de la résolution sont nettement plus larges que les objectifs d'une procédure normale d'insolvabilité laquelle est généralement axée sur les intérêts des créanciers et sur l'optimisation de la valeur de la masse. En résolution ce sont les actionnaires et les créanciers de la banque qui supportent les pertes, la résolution devant entraîner un redressement rapide de la banque et présenter un risque minimal pour la stabilité financière et n'avoir aucun impact sur les contribuables.
5. Les mesures de résolution affectent en effet en premier lieu les actionnaires à hauteur des instruments de fonds propres qu'ils détiennent et ensuite les créanciers selon la hiérarchie de leurs créances. Toutefois, aucun créancier ou détenteurs de titres ne peut subir de pertes plus importantes qu'il n'en subirait en cas de liquidation dans le contexte d'une procédure normale d'insolvabilité (« *no creditor worse off* »). Les créanciers de même rang doivent être traités sur un principe d'égalité (« *pari passu* »).
6. Les dirigeants effectifs, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sont remplacés sauf si leur maintien est jugé nécessaire.
7. Les dépôts garantis sont pleinement protégés dans les limites fixées par les mécanismes de garantie des dépôts gérés par le fonds de garantie des dépôts et de résolution.
8. Les instruments de résolution à la main de l'autorité de résolution (l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ou le Conseil de résolution unique (CRU) selon le cas) sont multiples.



9. Parmi les instruments de résolution figurent la cession des activités à un tiers, la constitution d'un établissement relais, la séparation des actifs ou encore le renflouement interne connu sous le nom de *bail in*, instrument permettant d'imputer les pertes de l'établissement de crédit à ses actionnaires et créanciers. Les engagements éligibles peuvent faire l'objet d'une réduction de leur valeur ou d'une conversion afin de rétablir le *ratio* de fonds propres de base de catégorie 1 de l'établissement soumis à une procédure de résolution.

10. L'intervention du dispositif de financement pour la résolution est possible en soutien de l'établissement soumis à une procédure de résolution seulement si une contribution visant l'absorption des pertes et la recapitalisation, égale ou supérieure à 8% du total de ses passifs, a été apportée par les actionnaires et détenteurs d'instruments de fonds propres de l'établissement concerné et si la contribution du dispositif de financement pour la résolution ne dépasse pas 5 % du total des passifs (fonds propres compris) de l'établissement soumis à une procédure de résolution.

11. Le rapport examine aussi les particularités de la procédure de résolution applicable aux groupes bancaires mutualistes et coopératifs qui est organisée en fonction de la solidarité qui existe entre les membres du réseau. Ainsi les conditions d'une procédure de résolution sont examinées au niveau de l'ensemble formé de l'organe central et de ses affiliés et les actions de résolution qui en découlent sont prises de manière coordonnée à l'égard de l'organe central et de l'ensemble de ses affiliés.

12. Tous les créanciers concernés sont traités de manière égale, proportionnellement à leurs créances admises, quelles que soient l'entité concernée et l'origine des pertes. L'état de cessation des paiements ne peut être déclarée qu'à l'égard de l'organe central et de l'ensemble de ses affiliés.

13. La question de la coexistence de la procédure de résolution avec les procédures collectives en droit français et celle de l'intérêt du maintien de ces procédures sont étudiées dans le présent rapport.

14. S'agissant tout d'abord du redressement judiciaire, le rapport constate que le redressement judiciaire ne pourrait pas être utilisé en première intention car un établissement de crédit qui serait en état de cessation des paiements serait aussi en état de défaillance avérée ou prévisible et ferait l'objet du test dit d'intérêt public qui mènerait à appliquer soit la liquidation judiciaire soit la procédure de résolution.

15. Si certaines spécificités du redressement judiciaire ne se retrouvent pas dans la procédure de résolution (la nécessaire répartition des parties affectées par le plan en différentes classes aux fins de vote par exemple) la comparaison des outils existants dans les deux procédures a permis de conclure que le redressement judiciaire n'apporte pas d'outils supplémentaires qui rendraient la procédure de redressement judiciaire plus attractive que la résolution.



16. En théorie, le redressement judiciaire pourrait être utilisé à la suite d'une procédure de résolution pour céder des activités restantes dans l'entité résiduelle dans les cas limités où l'autorité de résolution aurait utilisé une combinaison des outils de la résolution et où la liquidation judiciaire se serait pas obligatoire. Mais d'une part, les outils de l'établissement relais ou de la structure de gestion d'actifs pourraient remplir les mêmes fonctions que le redressement judiciaire. Ainsi les activités de l'entité résiduelle qui pourraient être cédées dans le cadre d'un redressement judiciaire après l'application d'une procédure de résolution, auraient pu, *a priori*, être transférées pendant la procédure de résolution.

17. D'autre part le Code monétaire et financier donne une certaine flexibilité à la liquidation. En effet l'entité résiduelle peut être maintenue pendant la durée nécessaire pour atteindre les objectifs de la résolution et la liquidation judiciaire n'exclut pas une poursuite de l'activité.

18. Ainsi l'utilisation du redressement judiciaire pour un établissement de crédit apparaît théorique. En effet aucun cas n'a été identifié par le groupe de travail où le redressement judiciaire serait plus approprié que la procédure de résolution.

19. Une conclusion similaire est formulée s'agissant de la procédure de sauvegarde dont certaines caractéristiques rendent son application aux établissements de crédit très théorique.

20. En effet l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne peut être demandée que par le débiteur et d'aucun de s'interroger alors sur la raison qui pousserait un débiteur à saisir le tribunal alors que l'ACPR (ou le cas échéant la Banque centrale européenne (BCE) et/ou le CRU) se serait vraisemblablement saisie du sujet en amont. Par ailleurs le tribunal de commerce ne pourrait ouvrir la sauvegarde que sur avis conforme de l'ACPR. Enfin, et surtout, la sauvegarde est une procédure publique susceptible d'entraîner une perte de confiance des déposants. Ainsi la publicité de la procédure apparaît-elle incompatible avec la sauvegarde qui est d'assurer la poursuite de l'activité de l'établissement de crédit.

21. De plus la procédure de sauvegarde n'apporte pas d'outils supplémentaires qui la rendraient plus attractive que la procédure de résolution.

22. S'agissant de la procédure de sauvegarde accélérée, le rapport rappelle que cette procédure s'adresse à une entité qui fait l'objet d'une procédure de conciliation et qui justifie d'un plan permettant d'assurer la continuité de l'activité et susceptible de recueillir l'accord des créanciers. La condition d'ouverture d'une conciliation implique que l'entité ne soit pas en cessation des paiements ou si elle l'est, depuis moins de quarante-cinq jours.

23. Ainsi, compte tenu du critère d'ouverture de la procédure de résolution (défaillance avérée ou prévisible) et de la difficulté pratique de conduire une conciliation pour un établissement de crédit aux fins de renégocier des engagements économiques, l'ouverture d'une sauvegarde accélérée apparaît au mieux théorique pour un établissement de crédit.



24. Compte tenu des conclusions du groupe de travail sur les procédures de redressement judiciaire, de sauvegarde et de sauvegarde accélérée, le groupe de travail aurait pu préconiser la suppression de ces procédures pour ce qui concerne les établissements de crédit dans un objectif de simplification et de clarification juridique. Ce n'est pas le choix qui a été fait, le groupe de travail préférant, à ce stade, laisser aux différents acteurs plusieurs outils à leur disposition pour traiter des difficultés d'un établissement, sans pouvoir totalement exclure que l'une des procédures étudiées ou certaines de ses dispositions, pourraient trouver à s'appliquer à une situation particulière qui viendrait à se présenter. Cette solution pourrait être revue ultérieurement par un autre groupe de travail.

25. Poursuivant son analyse, le groupe de travail a considéré que la procédure de conciliation était inadaptée au traitement des difficultés économiques et financières d'un établissement de crédit. D'une part, les déposants ne peuvent être invités à la négociation compte tenu de leur nombre et de l'absence de structure de représentation. D'autre part l'ACPR dispose de nombreux pouvoirs qui devraient lui permettre de prendre les mesures nécessaires à la restauration de la solidité financière d'un établissement de crédit.

26. Cependant le groupe de travail a considéré que la procédure de conciliation pourrait le cas échéant permettre à un établissement de crédit de résoudre une difficulté ponctuelle très en amont de la situation qui permettrait l'ouverture d'une procédure de résolution. Elle pourrait par exemple être mise en œuvre pour résoudre une difficulté juridique ou organisationnelle en raison d'un conflit avec un créancier ou pour des questions liées à la gouvernance. La confidentialité de la procédure peut aider à résoudre ce conflit. La procédure de conciliation pourrait donc avoir dans des circonstances très précises un intérêt pour les établissements de crédit.

27. La situation est apparue toute différente pour la procédure de liquidation judiciaire car c'est tout d'abord le contrefactuel indispensable de la procédure de résolution (article L. 613-49 II 3° du Code monétaire et financier). Cette procédure est de plus nécessaire pour liquider les entités ou les actifs résiduels résultant de la résolution. Le groupe de travail a évoqué la possibilité de formuler des recommandations pour adapter la procédure de liquidation aux spécificités des établissements de crédit mais a considéré qu'il était préférable d'étudier ultérieurement cette question compte tenu des travaux de révision en cours de la 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, telle que modifiée (directive BRRD).

28. Le groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il serait opportun et possible d'un point de vue juridique d'étendre les outils existants, que ce soit pour contraindre les droits des actionnaires (recapitalisation forcée) ou ceux d'autres tiers (en autorisant une suspension de leurs droits en amont de la résolution) afin d'éviter une intervention publique.



29. Le groupe de travail a souligné que l'introduction de telles mesures qui permettraient au régulateur de contraindre les actionnaires d'un établissement de crédit à lui apporter un soutien en amont du placement en résolution se heurterait à de nombreux obstacles juridiques compte tenu notamment du principe de responsabilité des actionnaires limitée aux apports dans les sociétés de capitaux et de potentiels obstacles liés aux droits fondamentaux tels que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre.

30. Le soutien contraint intragroupe se heurterait également à des difficultés d'ordre juridique tenant au respect de l'intérêt social de l'entité qui serait soumise à une telle contrainte particulièrement si un tel soutien est exigé « *à perte* ». Il sera en effet difficile pour cette entité de démontrer qu'elle a obtenu une contrepartie en échange de sa contribution aux pertes et que l'entité du groupe en difficulté paiera cette contrepartie ou si le soutien est octroyé sous la forme d'un prêt qu'elle le remboursera.

31. Le cas des groupes bancaires mutualistes est toutefois différent compte tenu des principes de solidarité existant entre les membres du réseau affilié, l'organe central du groupe pouvant prendre des mesures contraignantes à condition que ces mesures contribuent à garantir la stabilité financière du groupe et soient proportionnées à l'objectif poursuivi.

32. Le rapport examine également la situation particulière des établissements détenus par un actionnaire public qui présente des contraintes supplémentaires spécifiques se posant dans un contexte d'actionnariat public. Compte tenu de la complexité de l'application d'une mesure visant à contraindre la recapitalisation, complexité induite par la multiplicité des coopérations et autorisations nécessaires entre autorités françaises et européennes et par les analyses juridico-économiques poussées qui devraient être produites par l'établissement et examinées dans un laps de temps limité par les autorités, le groupe de travail a souligné l'absence de nécessité d'une telle réforme, faute de praticabilité.

33. Le groupe de travail conclut que s'il n'est ni opportun ni envisageable, compte tenu des multiples obstacles juridiques identifiés, d'introduire de nouvelles mesures visant à contraindre les actionnaires à intervenir en amont au soutien d'un établissement de crédit, il ne serait pas *a fortiori* opportun de le faire pour d'autres catégories de tiers.



INTRODUCTION

« En 2023, notre secteur financier a de nouveau été « testé » par un épisode de faillites bancaires aux États-Unis et les difficultés de Crédit Suisse dans un contexte de tensions géopolitiques très fortes. Malgré ces turbulences, le secteur financier français et européen s’est montré remarquablement solide, ce qui souligne les forces du modèle de supervision européen dont nous fêterons cette année les dix ans »¹.

C’est en ces termes que le gouverneur Villeroy de Galhau a introduit le rapport annuel 2023 de l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (l’« **ACPR** »). C’est à la même période que l’ACPR a proposé au Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (« **HCJP** ») la constitution d’un groupe de travail afin de lui livrer ses réflexions et recommandations sur le sujet de l’adaptation aux banques du droit des procédures collectives. Présidé par Pierre Minor, le groupe de travail a réuni des représentants des institutions (ACPR, AMF, Banque de France et Trésor), des universitaires, des avocats et des représentants de banques. Le présent rapport est le fruit de ses travaux qui se sont déroulés tout au long de l’année 2024.

La réflexion est partie du constat qu’en tant qu’entreprises soumises à une supervision, les établissements de crédit sont soumis à des règles spéciales lorsqu’ils sont confrontés à des difficultés financières. La spécificité de ces règles s’explique en particulier par la nécessité tant de protéger la clientèle de ces établissements que de préserver de la stabilité du système financier. Il en résulte que, pour les établissements de crédit, la mise en œuvre d’une procédure collective est dédoublée tant sur le plan normatif qu’institutionnel. Il convient en effet d’appliquer non seulement les dispositions du Code de commerce, mais également celles du Code monétaire et financier (« **CMF** »). De plus, à l’intervention du juge judiciaire s’ajoute la supervision de l’ACPR. C’est pourquoi il s’avère nécessaire d’articuler, le cas échéant, la conduite des procédures collectives avec la surveillance et, en cas de nécessité, la résolution des établissements de crédit. On constate dès lors un décalage.

D’un côté, les procédures collectives sont principalement régies par le droit français. Elles se déclinent en trois procédures : sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire de l’établissement de crédit. Les conditions d’ouverture et les finalités de chacune de ces procédures sont propres à chaque cas de figure et sont définies par le Code de commerce. Elles se caractérisent par l’intervention des autorités judiciaires. Cependant, lorsque l’engagement de l’une de ces procédures est envisagé, l’ACPR donne son avis sur l’opportunité de la mise en œuvre de la procédure envisagée. Elle dispose ensuite de prérogatives spécifiques permettant d’assurer le bon

¹ ACPR, Rapport annuel 2023, 2024, p. 5.



déroulement de la procédure collective engagée à l'encontre de l'établissement de crédit. Au droit commun prévu par le Code de commerce, s'ajoutent ainsi des dispositions dérogatoires qui sont propres aux établissements de crédit. Celles-ci sont consacrées par le CMF. Ainsi, par dérogation à l'article L. 631-1 du Code de commerce, la cessation des paiements est définie à l'article L.613-26 du CMF comme la situation dans laquelle l'établissement de crédit n'est « *pas en mesure d'assurer [ses] paiements, immédiatement ou à terme rapproché* ». En matière de procédures collectives des établissements de crédit, le droit de l'Union n'intervient qu'à la marge. La directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (DALEC) s'avère d'une portée doublement limitée². D'une part, elle ne concerne que les procédures collectives ouvertes à l'encontre des seuls établissements de crédit ayant leur siège au niveau de l'Union européenne. D'autre part, elle n'harmonise pas le droit des procédures collectives, mais se cantonne à consacrer la règle de l'État membre d'origine pour désigner l'autorité compétente (celle de l'État membre d'origine, *i.e.*, dans lequel est agréé l'établissement) et la loi applicable à l'établissement comme à ses filiales (celle de l'État membre d'origine), quelques exceptions étant prévues à l'application de la loi de l'État où se trouve la maison-mère. Les droits des créanciers protégés par la directive relèvent au plus de la publicité et de l'information. Quant au règlement (UE) 2015/848, s'il concerne les procédures d'insolvabilité visant en droit français la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire, il exclut de son champ d'application les procédures d'insolvabilité qui concernent les établissements de crédit³.

De l'autre côté, dans le cadre de l'Union bancaire mise en place à partir de 2013, la surveillance et la résolution des établissements de crédit ont été largement européanisées par le droit de l'Union européenne. Ont ainsi été mis en place dans la zone euro⁴ le Mécanisme de surveillance unique (« **MSU** ») et le Mécanisme de résolution unique (« **MRU** »)⁵. La Banque centrale européenne (la « **BCE** ») est ainsi compétente pour assurer la surveillance bancaire dans le cadre du MSU. Si elle est en charge des établissements de crédit les plus importants, considérés comme systémiques, les

² Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, JOUE L 25 du 5 mai 2001 p. 14.

³ Considérant n° 19 et article 1^{er}, paragraphe 2, b) du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), JOUE L 141 du 5 juin 2015, p. 19.

⁴ Il faut ajouter la Bulgarie qui fait partie des MSU et MRU en vertu d'une coopération rapprochée établie en application du règlement (UE) 1024/2013.

⁵ Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, JOUE L 287 du 29 octobre 2013, p. 63 ; règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010, JOUE L 225 du 30 juillet 2014, p. 1.



autorités nationales compétentes assurent la surveillance des autres établissements sur le territoire de leur État membre. Parallèlement, organisme de l'Union européenne, le Conseil de résolution unique (le « **CRU** ») est quant à lui compétent pour la résolution des établissements de crédit les plus importants, les autorités nationales compétentes demeurant en charge des autres établissements sur le territoire de leur État membre, sauf intervention du Fonds de Résolution Unique (« **FRU** »). Il convient d'ores et déjà de souligner que la BCE s'avère étroitement associée à la résolution, tout particulièrement dans la phase de préparation. Si le MSU et le MRU constituent les cadres institutionnels dans lesquels la surveillance et la résolution sont conduites dans la zone euro, l'Union bancaire est complétée par des règles harmonisées adoptées au titre du *Single Rule Book*. Ainsi, en matière de résolution, la directive a établi un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (Directive BRRD)⁶ en déclinant en droit de l'Union européenne le régime de résolution bancaire posé par les *Key Attributes for Effective Resolution du Financial Stability Board*⁷. La directive a été transposée par les dispositions du CMF. Elle consacre un ensemble de règles sur lesquelles le rapport reviendra dans ses développements.

Le droit de l'Union a donc fixé le cadre normatif et institutionnel de la résolution bancaire visant « *l'objectif consistant à garantir la stabilité du système financier tout en évitant des dépenses publiques excessives et en minimisant les distorsions de la concurrence* »⁸. Il en résulte un mécanisme institutionnel unique et un ensemble de règles harmonisées. En revanche, les procédures collectives applicables aux établissements de crédit demeurent très largement nationales. Ce décalage s'explique notamment par une question de répartition de compétences entre l'Union et les États membres. La résolution des établissements de crédit relève de la compétence dans le domaine du marché intérieur consacrée par l'article 114 Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (« **TFUE** ») en vertu de laquelle le législateur de l'Union peut adopter des mesures visant à harmoniser les droits nationaux car « *l'absence de conditions, pouvoirs et processus de résolution des établissements qui soient communs à tous les États membres est susceptible d'entraver le bon fonctionnement du marché intérieur* »⁹. De surcroît, le rapprochement des systèmes de résolution nationaux est motivé par la volonté de limiter les variations de coûts de financement des établissements d'un État membre à l'autre, pouvant fausser la concurrence entre les établissements, tout en assurant une résolution

⁶ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, JOUE L.

⁷ Publication du 20 octobre 2011, disponibles à l'adresse *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions – Financial Stability Board (fsb.org)*.

⁸ CJUE, Gde ch., 19 juillet 2016, *Kotnik e.a.*, C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570, point 70.

⁹ Considérant 9 de la directive BRRD, précitée.



efficace aux fins de la stabilité financière. En revanche, dans la mesure où elles sont confiées aux autorités judiciaires, les procédures d'insolvabilité relèvent quant à elles de la compétence de l'Union dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, dont l'article 81 TFUE limite le champ à l'adoption d'une série de mesures¹⁰.

Dans ce contexte, la question s'est donc posée de la coexistence de ces procédures collectives (en particulier, pour la sauvegarde et le redressement judiciaire) avec le dispositif de résolution. Originellement, le groupe de travail avait principalement pour tâche d'apprécier l'opportunité de réformer le droit des procédures collectives applicable aux établissements de crédit tant au niveau national qu'au niveau européen. Par la suite, les discussions au sein du groupe de travail ont conduit à intégrer pleinement la question de la résolution des établissements de crédit. De plus, à la demande de la Direction générale du Trésor, le champ de réflexion du groupe de travail a intégré la question plus spécifique des difficultés soulevées par la mise en place d'un pouvoir, pour le superviseur, permettant de forcer le soutien de l'actionnaire, par recapitalisation, à une filiale en difficulté, ainsi que la possibilité de forcer d'autres tiers, en amont de la résolution.

Deux précisions s'imposent quant au champ d'étude retenu par le groupe de travail. D'un point de vue territorial, le rapport circonscrit son étude aux seuls cas des établissements de crédit qui sont situés dans l'Union européenne – plus particulièrement, en France. En revanche, ne relèvent pas du champ du rapport les établissements de crédit des pays tiers, dans un contexte marqué par l'adoption de la directive CRD VI¹¹. D'un point de vue temporel, le groupe de travail a certes eu à l'esprit les propositions de réforme en cours à l'échelle de l'Union européenne. Le 18 avril 2024, la Commission a en effet présenté l'ensemble de propositions législatives visant à réviser le cadre pour la gestion des crises bancaires et la garantie des dépôts (CMDI)¹². Par ailleurs, la Commission a lancé en 2022

¹⁰ Il s'agit selon l'article 81 TFUE notamment de « a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution ; b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires ; c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ; d) la coopération en matière d'obtention des preuves ; e) un accès effectif à la justice ; f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres ; g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ».

¹¹ Directive (UE) 2024/1619 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2024 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, JOUE L, 2024/1619, 19.6.2024.

¹² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 806/2014 en ce qui concerne les mesures d'intervention précoce, les conditions de résolution et le financement des mesures de résolution, COM/2023/226. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne les mesures d'intervention précoce, les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution et le financement des mesures de résolution, 18 avril 2023, COM/2023/227. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2014/49/UE en ce qui concerne le champ de protection des dépôts, l'utilisation des fonds des systèmes de garantie des dépôts, la coopération transfrontière et la transparence, COM(2023) 228. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2014/59/UE et le règlement (UE) n° 806/2014 en ce qui concerne certains aspects de l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles, COM(2023) 229.



une consultation sur la révision des règles des aides d'État relatives aux établissements de crédit en difficultés. Dans la mesure où ces projets de réformes n'ont toujours pas abouti, le présent rapport n'a pas pu prendre en compte ces évolutions sur lesquelles les négociations sont encore en cours.

Afin de répondre aux sollicitations conjointes formulées par l'ACPR et la Direction générale du Trésor, le HCJP a traité dans le présent rapport trois sujets. De façon liminaire, il convient de préciser une partie importante des discussions du groupe de travail a consisté à dresser un panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français. Aussi le fruit de ce travail se retrouve-t-il annexe n° 1 du présent rapport : ce panorama permet de préciser les mesures permettant de prévenir les difficultés, les restrictions aux droits des tiers selon le degré de difficultés financières et l'articulation de la procédure de résolution avec les procédures collectives de droit commun.

Que ce soit en droit de l'Union ou en droit français, les outils de résolution bancaire font l'objet d'un encadrement juridique rigoureux dont la vocation est de respecter le droit de propriété. Aussi toute restriction appelle une protection fondée visant à concilier droit et intérêt public dans le respect d'une proportionnalité. C'est pourquoi la résolution se déroule selon des règles générales de protection, certains outils appelant une protection spécifique. Telles seront les questions traitées en première partie.

En l'état actuel du droit, la procédure de résolution telle qu'encadrée par le droit de l'Union coexiste avec les procédures collectives régies par le droit français. Le rapport revient dès lors sur l'articulation entre la résolution et les procédures judiciaires en insistant sur la sauvegarde, le redressement et la conciliation, la liquidation posant moins de difficultés. Il s'est agi notamment d'apprécier la pertinence de maintenir en l'état la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire pour les établissements de crédit, compte tenu de l'existence d'un régime de résolution des établissements de crédit. Le rapport revient dès lors sur les difficultés d'articulation de ces procédures. Cette seconde partie focalise l'attention sur les pouvoirs de supervision dont disposent la BCE et l'ACPR en amont d'une procédure collective ou d'une procédure de résolution pour éviter une dégradation de la situation d'un établissement de crédit. Ce sont les questions traitées en seconde partie.

Enfin, le rapport s'interroge sur l'opportunité de l'extension des outils existants dont disposent les autorités de résolution bancaire pour contraindre les actionnaires et autres tiers (notamment, les cocontractants, les déposants) en cas de difficultés rencontrées par un établissement de crédit, en amont de son placement en résolution (notamment des mesures qui permettraient à l'ACPR de contraindre les actionnaires à soutenir leur filiale en amont du placement en résolution, en procédant à sa recapitalisation ; notamment, des pouvoirs de suspension en vue de maintenir la continuité des fonctions et financements critiques ou d'éviter les *bank runs*). Ainsi, a été analysée la valeur ajoutée d'une telle réforme, à la lueur des principaux récents cas de défaillances bancaires mais



aussi en prenant en compte les différentes structures bancaires existant dans le secteur français, y compris ceux qui auraient mis en place des accords de soutien financier intragroupe. Ont à cet égard également été pris en compte les potentiels effets négatifs de l'extension des outils existants, tant pour les investisseurs que pour les déposants ou tiers, qu'au regard des finances publiques par le prisme des aides d'État. La troisième partie permet ainsi d'ouvrir davantage des perspectives de réflexion que de réforme.



PARTIE 1

L'encadrement juridique des outils de résolution bancaire existants

I. Le droit de propriété garanti par la Charte, le Protocole n° 1 à la CEDH et la Constitution : encadrement de l'atteinte au droit de propriété par une balance entre intérêt privé et public et un caractère proportionné de l'atteinte¹³

Le droit de propriété est protégé aussi bien au niveau européen qu'au niveau français. Comme présenté ci-après, bien que le droit de propriété ne soit pas pour autant une prérogative absolue, toute restriction qui y serait portée devra répondre à des objectifs d'intérêt général dans le respect du principe de proportionnalité.

A - Protection par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la « **Charte** ») a la même valeur juridique que les traités¹⁴, c'est-à-dire supra-législative¹⁵ et s'adresse aux institutions, organes et organismes de l'Union européenne ainsi qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit européen¹⁶.

Selon l'article 17, paragraphe 1, de la Charte :

« 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. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général ».

¹³ Voir annexe n° 3 – Jurisprudence européenne sur le droit de propriété.

¹⁴ Article 6, paragraphe 1, du Traité sur l'Union européenne : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions. »

¹⁵ Article 55 de la Constitution du 4 novembre 1958.

¹⁶ Article 55 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.



Au visa de cet article, la Cour de Justice de l'Union européenne (la « **CJUE** ») a ainsi considéré à l'occasion de la faillite d'une banque bulgare que :

« si l'autorité nationale peut adopter des mesures susceptibles d'affecter les droits préexistants de tiers, par exemple en suspendant les paiements, ces mesures portent atteinte au droit de propriété des déposants protégé par l'article 17, § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. La suspension des paiements constitue une ingérence injustifiée et disproportionnée de la part de la banque centrale si elle ne respecte pas le contenu essentiel du droit de propriété des déposants, dès lors que d'autres mesures moins contraignantes auraient permis d'atteindre les mêmes résultats, compte tenu du risque de pertes financières pour les déposants en cas de faillite de la banque »¹⁷.

L'article 52, paragraphe 1, de la Charte, intitulé « *Portée et interprétation des droits et des principes* », précise également que :

« [t]oute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus 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 ».

Ainsi, le droit de propriété garanti par l'article 17, paragraphe 1, de la Charte n'est pas une prérogative absolue. L'exercice du droit de propriété peut faire l'objet de restrictions à la condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti¹⁸.

Dès 2016, confirmant le rejet des recours en annulation et rejetant sur le fond les recours en indemnité concernant la restructuration du secteur bancaire chypriote, la CJUE a admis que :

« [c]ompte tenu de l'objectif consistant à assurer la stabilité du système bancaire dans la zone euro et eu égard au risque imminent de pertes financières auquel les déposants auprès des deux banques concernées auraient été exposés en cas de faillite de ces dernières, [les mesures adoptées, prévoyant notamment la conversion d'une partie des dépôts et le gel d'une autre partie] ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété des requérants. Elles ne sauraient, par conséquent, être considérées comme des restrictions injustifiées de ce droit »¹⁹.

¹⁷ CJUE, 25 mars 2021, C-501/18, BT c/ Balgarska Narodna Banka.

¹⁸ Voir notamment CJUE, C-548/09 P, Bank Melli Iran/Conseil, 16 novembre 2011, points 113 et 114 ou CJUE, C-358/15 P, Bank of Industry and Mine/Conseil, 12 mai 2016, points 55 et 56.

¹⁹ CJUE, C-8/15 P à C-10/15, P, Ledra Advertising, 20 septembre 2016, point 74.



B - Protection par la Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (la « **CEDH** ») est un traité international et a ainsi une valeur supra-législative. La CEDH a pour but de protéger des droits « *concrets et effectifs* ».

L'article 1 du Protocole n° 1 à la CEDH prévoit :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. 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. »

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

Aux termes de cette disposition, l'exercice du droit de propriété n'est donc pas absolu et peut faire l'objet de restrictions. En revanche, pour être réputée compatible avec l'article 1 du Protocole n° 1, une restriction à l'exercice du droit de propriété doit (i) se conformer au principe de légalité, (ii) poursuivre un but légitime, (iii) par des moyens présentant un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but visé²⁰.

La Cour européenne des droits de l'homme (la « **Cour EDH** ») a ainsi pu juger ce qui suit :

« 116. La Cour relève en outre que l'une des conditions posées par les investisseurs institutionnels internationaux pour réduire leurs créances consistait en l'existence et l'activation de clauses de ce type. Le défaut de ces clauses aurait entraîné l'application d'un pourcentage de réduction plus grand à l'égard des créances de ceux qui auraient été prêts à accepter une décote et aurait contribué à dissuader un grand nombre des porteurs des titres de faire partie du processus. Il apparaît ainsi que les clauses d'action collective et la restructuration de la dette publique obtenue grâce à elles constituaient une mesure appropriée et nécessaire à la réduction de la dette publique grecque et à la prévention de la cessation des paiements de l'État défendeur. [...] »

119. La Cour estime donc que la Grèce, en prenant les mesures litigieuses, n'a pas rompu le juste équilibre entre l'intérêt général et la protection des droits de propriété des requérants et qu'elle n'a pas fait subir aux intéressés une charge spéciale excessive.

²⁰ Voir notamment Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, point 69 ; *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, point 38 ; *Chassagnou et autres c. France* [GC], point 75.



120. Eu égard à ces considérations, la Cour conclut que, compte tenu de la large marge d'appréciation dont les États contractants jouissent en ce domaine, les mesures en cause ne sauraient être considérées comme disproportionnées à leur but légitime. Partant, elle estime qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 1 du Protocole n° 1 »²¹.

« Dans le cadre d'injonctions temporaires sur les avoirs du requérant déposés auprès du Fonds de garantie des dépôts d'épargne, la [Cour EDH] a jugé que les injonctions temporaires s'analysent en une ingérence dans le droit au respect des biens du requérant. Toutefois, cette ingérence n'entraîne pas une privation permanente de ses biens mais a empêché provisoirement le requérant de les utiliser et d'en disposer dans le but de garantir l'octroi éventuel de dommages et intérêts en faveur du créancier. En l'occurrence, les mesures étaient légales et fondées sur une règle de droit accessible et prévisible. En outre, elles sont conformes à l'intérêt général en ce que les motifs de stabilité des banques et de protection des intérêts des épargnants et créanciers sont soumis à une protection renforcée et relèvent d'une large marge d'appréciation des autorités nationales »²².

C - Protection par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et reconnaissance en France de sa valeur constitutionnelle

En France, s'appuyant sur les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (la « **DDHC** »),²³ le Conseil constitutionnel a reconnu et consacré solennellement en 1982 la « *pleine valeur constitutionnelle* » du droit de propriété. En effet, le Conseil constitutionnel a déclaré que :

« les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique »²⁴.

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs jugé que :

²¹ Cour EDH, *Mamatas et Autres c. Grèce*, 21 juillet 2016.

²² Cour EDH, *Karahasanoglu c. Turquie*, 16 mars 2021, points 142 à 154.

²³ Selon l'article 2 de la DDHC, « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » En vertu de son article 17 : « 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. ».

²⁴ Conseil constitutionnel, n° 81-132 DC, *Loi relative aux nationalisations*.



« la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : « 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 » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi. »²⁵

Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel une distinction entre les mesures considérées comme une privation de la propriété privée relevant de l'article 17 de la DDHC, qui doivent être justifiées par une nécessité publique légalement constatée et comporter une juste et préalable indemnité et les mesures limitant les conditions d'exercice du droit de propriété qui sont seulement soumises aux exigences de l'article 2 de la DDHC, lequel exige la démonstration d'un motif d'intérêt général et du caractère proportionné de l'atteinte à l'objectif poursuivi.

Concernant les atteintes à l'exercice du droit de propriété, le Conseil constitutionnel a reconnu²⁶, dans le secteur assurantiel, que la stabilité du système financier puisse constituer un motif d'intérêt général justifiant une atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété. En effet, il a jugé que :

« en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu permettre la prévention de risques représentant une menace grave et caractérisée soit pour la stabilité du système financier, soit pour la situation financière de l'ensemble ou d'un sous-ensemble significatif des organismes du secteur de l'assurance. Les prérogatives attribuées au Haut conseil de stabilité financière visent en particulier à parer aux risques, pour les épargnants et pour le système financier dans son ensemble, qui résulteraient d'une décollecte massive des fonds placés dans le cadre de contrats d'assurance-vie. Ce faisant, le législateur a poursuivi un but d'intérêt général » (considérant 56).

II. Eléments généraux de protection dans le cadre de la résolution

A - Les objectifs de la résolution

Les articles 31 de la 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

²⁵ Voir notamment Conseil constitutionnel, n° 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, considérant 4 ; n° 2013-369 QPC, 28 février 2014, considérant 8 ; n° 2014-394 QPC, 7 mai 2014, considérant 10 ; n° 2015-718 DC, 13 août 2015, considérant 16 ; n° 2022-995 QPC, 25 mai 2022, considérant 6 ; et n° 2015-727 DC, 21 janvier 2016, considérant 18.

²⁶ Conseil constitutionnel, n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.



entreprises d'investissement (telle que modifiée, la « **Directive BRRD** »)²⁷ et 14 du 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 (tel que modifié, le « **Règlement MRU** ») définissent les objectifs de la résolution qui encadrent les conditions dans lesquelles une mesure de résolution peut être mise en œuvre :

1. assurer la continuité des fonctions critiques ;
2. éviter les effets négatifs sérieux/significatifs sur la stabilité financière, notamment en prévenant la contagion, y compris aux infrastructures de marché, et en maintenant la discipline de marché ;
3. protéger les ressources de l'État par une réduction maximale du recours aux aides financières publiques exceptionnelles/à un soutien financier public exceptionnel ; et
4. protéger les fonds et les actifs des clients, y compris ceux des déposants couverts et des investisseurs couverts.

Il n'y a pas de hiérarchie dans les objectifs de la résolution et lorsqu'un établissement fait partie d'un groupe, l'autorité de résolution met en œuvre les mesures de résolution de manière à en réduire au minimum l'incidence sur les autres entités du groupe et sur le groupe dans son ensemble.

B - Le test de l'intérêt public

Conformément à l'article 32 de la Directive BRRD, si l'autorité de supervision, en premier lieu - ou l'autorité de résolution, si cette dernière considère que l'autorité de supervision aurait dû procéder à une telle évaluation - estime que l'entité est défaillante ou susceptible de le devenir et qu'il n'existe pas de solution alternative à celle d'un financement par le secteur privé (comme une recapitalisation), cette dernière prononce une détermination de *failing or likely to fail* (« **FOLTF** ») et l'autorité de résolution prend alors le contrôle de l'entité défaillante²⁸.

L'autorité de résolution décidera alors si une ou plusieurs mesures de résolution sont nécessaires au regard de l'intérêt général²⁹. Elle conduit pour cela un test d'intérêt public, aux termes duquel

²⁷ Transposé à l'article L. 613-50 du CMF.

²⁸ Selon l'article L. 613-48 du CMF, si la défaillance d'une institution est avérée ou prévisible, l'autorité de supervision (BCE ou collège de supervision de l'ACPR en fonction de l'établissement) déclarera cet état de fait, après consultation de l'autorité de résolution (CRU ou collège de résolution de l'ACPR en fonction de l'établissement). L'autorité de résolution peut également déclencher le FOLTF si elle considère que cela est nécessaire, après consultation de l'autorité de supervision (article L. 613-48 II. du CMF).

²⁹ Voir paragraphe D. « Principe de proportionnalité » ci-après.



L'autorité de résolution évalue si les objectifs de la résolution peuvent être mieux atteints en résolution qu'en liquidation judiciaire. L'autorité de résolution ne peut ainsi envisager une mesure de résolution que si cette dernière est à la fois nécessaire et proportionnée pour atteindre un ou plusieurs objectifs de la résolution.

C - Le principe du *no creditor worse off*

L'article 34 de la Directive BRRD dresse les principes généraux régissant la résolution que doivent respecter les autorités de résolution lorsqu'elles ont recours aux instruments et pouvoirs de résolution.

Parmi ces principes généraux figure le principe du *no creditor worse off (than in liquidation)* (le « **principe du NCWO** ») selon lequel, dans le cadre d'une procédure de résolution, aucun des détenteurs de titres de capital ou des autres créanciers ne doit encourir de pertes plus importantes que celles qu'il aurait subies dans le cadre d'une liquidation opérée à l'occasion d'une procédure normale d'insolvabilité³⁰.

La Directive BRRD prévoit à cette fin plusieurs mesures de sauvegarde visant à protéger les actionnaires et autres créanciers dans le cadre d'une procédure de résolution³¹, aux termes desquelles il est également fait écho à ce principe, notamment lors de la mise en œuvre de l'outil de renflouement interne³².

D - Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité est un principe directeur dans la mise en œuvre des mesures de résolution.

Ainsi, l'article 32 de la Directive BRRD (qui prévoit les conditions préalables au placement en résolution d'un établissement en difficultés)³³ précise notamment qu'une mesure de résolution est

³⁰ Article 34, paragraphe 1, g) de la Directive BRRD. À noter que l'article 2 de la Directive BRRD définit une « procédure normale d'insolvabilité » comme une procédure collective d'insolvabilité, fondée sur le dessaisissement partiel ou total d'un débiteur et la nomination d'un liquidateur ou d'un administrateur, qui est normalement applicable aux établissements en vertu du droit national, qu'elle vise spécifiquement ces établissements ou s'applique de manière générale à toute personne physique ou morale.

³¹ Voir Section III. « Eléments de protection spécifiques à certains outils de résolution » ci-après.

³² Article 73 de la Directive BRRD. Voir Section III. « Eléments de protection spécifiques à certains outils de résolution » ci-après.

³³ Transposé à l'article L. 613-49 du CMF.



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 de la Directive BRRD et rappelés ci-dessus, alors qu'une liquidation de l'établissement selon une procédure normale d'insolvabilité ne le permettrait pas dans la même mesure.

III - Éléments de protection spécifiques à certains outils de résolution³⁴

Le renflouement interne (*bail-in*) constitue l'un des quatre instruments que l'autorité de résolution peut décider de mettre en œuvre à l'endroit d'un établissement remplissant les conditions d'ouverture d'une procédure de résolution³⁵.

Les autres instruments sont la cession d'activité, l'établissement-relais et la séparation des actifs qui ne peut être appliquée qu'en complément de l'utilisation d'un autre outil de résolution. Les différents instruments peuvent être combinés à travers des stratégies de résolution « *hybrides* », associant renflouement interne et instruments de transfert.

Ces outils de résolution sont encadrés par la réglementation car, si la Directive BRRD institue un régime d'insolvabilité dérogatoire au droit commun des procédures d'insolvabilité, sa mise en œuvre n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles et doit être justifiée par un intérêt général supérieur.

A - Encadrement strict de la durée des mesures de suspension (« *stay* »)

Aux différents stades de gradation des difficultés financières que peuvent rencontrer un établissement, les autorités de résolution sont dotées, en vertu de la Directive BRRD, de pouvoirs leur permettant de restreindre les droits de tiers, sous réserve du respect de certaines conditions, et notamment pour une durée contrainte³⁶ :

³⁴ Voir annexe n° 1 – Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français, C. sur le détail des instruments de résolution.

³⁵ Sur ce point, la CJUE a pu juger que « les dispositions de la directive Résolution s'opposent à ce que, postérieurement à la dépréciation totale des actions du capital social d'une entité en résolution (établissement de crédit ou entreprise d'investissement), les personnes ayant acquis des actions, dans le cadre d'une offre publique de souscription émise par cette entité, avant l'ouverture de la procédure de résolution, introduisent, contre ledit établissement ou ladite entreprise ou contre l'entité lui ayant succédé, une action en responsabilité du fait des informations fournies dans le prospectus ou une action en nullité du contrat de souscription » (CJUE, 5 mai 2022, C-410/20, Banco Santander).

³⁶ Voir Annexe n° 1 – Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français, B. « Restrictions aux droits des tiers pouvant être adoptées aux différents stades de gradation des difficultés financières ».



- concernant une mesure prise aux termes de l'article 33 bis de la Directive BRRD³⁷, l'autorité de résolution fixe la durée de la suspension, qui doit être aussi courte que possible et qu'elle estime nécessaire, notamment pour éviter une détérioration supplémentaire des conditions financières de l'établissement concerné et choisir les mesures de résolution appropriées ou garantir l'application effective d'une ou de plusieurs de ces mesures. La suspension doit en tout état de cause s'achever au plus tard le jour ouvré suivant celui de la publication de l'avis annonçant sa mise en œuvre, à minuit (soit quarante-huit heures maximum) ;
- concernant une mesure prise aux termes de l'article 69 de la Directive BRRD³⁸, la suspension que peut décider l'autorité de résolution doit également s'achever au plus tard le jour ouvré suivant celui de la publication de l'avis annonçant sa mise en œuvre, à minuit (soit quarante-huit heures maximum). L'autorité de résolution tient compte de l'incidence éventuelle de cette décision sur le fonctionnement ordonné des marchés financiers ; en outre, lorsqu'une obligation de paiement ou de livraison d'instruments financiers devient exigible au cours de la période de suspension, ce paiement ou cette livraison est dû immédiatement à l'expiration de la période de suspension ;
- concernant une mesure prise aux termes de l'article 70 de la Directive BRRD³⁹, l'autorité de résolution, lorsqu'elle restreint les droits dont bénéficient les créanciers au titre de sûretés grevant les actifs de l'établissement ou de l'entité placée en résolution, tient compte de l'incidence éventuelle de cette décision sur le fonctionnement ordonné des marchés financiers. La restriction prend effet à compter de la publication des informations réglementairement requises et s'achève le jour ouvré suivant celui de cette publication, à minuit (soit quarante-huit heures maximum) ;
- concernant une mesure prise aux termes de l'article 71 de la Directive BRRD⁴⁰, la suspension que peut décider l'autorité de résolution doit également s'achever au plus tard le jour ouvré suivant celui de la publication de l'avis annonçant sa mise en œuvre, à minuit (soit quarante-huit heures maximum). Lorsqu'elle concerne les parties à un contrat conclu par une filiale établie dans un autre État membre de l'Union européenne, le terme de la suspension est déterminé en fonction des jours ouvrés dans cet État et de l'heure locale. Lorsqu'elle décide de suspendre les droits de résiliation, l'autorité de résolution tient compte de l'incidence éventuelle de cette décision sur le fonctionnement ordonné des marchés financiers.

B - Évaluations indépendantes relatives au placement en résolution et à la mise en œuvre des outils de résolution

La Directive BRRD requiert qu'il soit procédé à des évaluations indépendantes s'imposant à l'autorité de résolution au moment du placement en résolution et lors du choix des outils de résolution effectué par cette dernière :

³⁷ Transposé à l'article L. 613-56-8 II. du CMF.

³⁸ Transposé à l'article L. 613-56-4 1° et 2° du CMF.

³⁹ Transposé à l'article L. 613-56-2 II. du CMF.

⁴⁰ Transposé à l'article L. 613-56-5 I. du CMF.



- l'article 36 de la Directive BRRD⁴¹ encadre la décision de mise en résolution d'un établissement par l'autorité de résolution et la mise en œuvre du pouvoir de dépréciation ou de conversion des instruments de fonds propres pertinents et engagements éligibles conformément à l'article 59 de la Directive BRRD, par l'obligation des autorités de résolution de veiller à ce qu'une personne indépendante de toute autorité publique (y compris l'autorité de résolution elle-même), réalise une valorisation juste, prudente et réaliste de l'actif et du passif de l'établissement, ainsi que de l'établissement lui-même. La valorisation a pour objectif de fournir de manière indépendante les éléments permettant de décider des mesures de résolution à mettre en œuvre et ce, pour chaque outil de résolution ;

- après la mise en œuvre d'une mesure de résolution, l'article 74 de la Directive BRRD⁴² prévoit une (autre) valorisation, afin de déterminer si les actionnaires et autres créanciers auraient bénéficié d'un meilleur traitement si l'établissement soumis à la procédure de résolution avait été soumis à une procédure normale d'insolvabilité, notamment (mais pas exclusivement) aux fins de l'article 73 de la Directive BRRD⁴³. Les États membres veillent à ce que cette valorisation soit réalisée dans les meilleurs délais par une personne indépendante après l'exécution de la mesure ou des mesures de résolution.

À ce sujet, la CJUE a pu juger que :

« l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE protégeant le droit de propriété ne s'oppose pas à une réglementation nationale applicable dans le contexte d'une mesure de résolution qui peut conduire à la création d'un établissement-relais ou d'un instrument de séparation d'actifs, sans prévoir de valorisation juste, prudente et réaliste, ni d'éventuelle contrepartie [...] »⁴⁴.

C - Protection de certains types de créanciers, notamment en cas de transfert ou de mise en œuvre de l'outil de renflouement interne

Des mesures de sauvegarde pour les actionnaires et autres créanciers sont prévues par la Directive BRRD aux articles 73 et suivants :

⁴¹ Transposé à l'article L. 613-47 du CMF.

⁴² Transposé à l'article L. 613-57 du CMF.

⁴³ Voir Section II. C. « Le principe du no creditor worse off » ci-avant.

⁴⁴ CJUE, 5 mai 2022, C-83/20, BPC Lux 2 et a.



- l'article 73 de la Directive BRRD encadre le traitement des actionnaires et autres créanciers en cas de transfert partiel et d'application de l'outil de renflouement interne⁴⁵ et prévoit :

a. hors cas d'application de l'outil de renflouement interne, lorsque les autorités de résolution ne transfèrent qu'en partie les droits, actifs et engagements de l'établissement soumis à une procédure de résolution, les actionnaires et autres créanciers dont les créances n'ont pas été transférées reçoivent en règlement de leurs créances un montant au moins égal à celui qu'ils auraient reçu si l'établissement soumis à une procédure de résolution avait été liquidé dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité et ce au moment où la décision de mise en résolution a été prise conformément à l'article 82 de la Directive BRRD ;

b. lorsque les autorités de résolution appliquent l'outil de renflouement interne, les actionnaires et autres créanciers dont les titres ou créances ont été dépréciés ou convertis en fonds propres ne subissent pas de pertes plus importantes que celles qu'ils auraient subies si l'établissement soumis à une procédure de résolution avait été liquidé dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité, et ce au moment où la décision de mise en résolution a été prise conformément à l'article 82 de la Directive BRRD (principe de NCWO présenté ci-avant)⁴⁶ ;

- l'article 75 de la Directive BRRD⁴⁷ prévoit que les États membres veillent à ce que, lorsqu'il ressort de la valorisation effectuée en vertu de l'article 74 de la Directive BRRD, qu'un quelconque actionnaire ou autre créancier visé à l'article 73 de la Directive BRRD ou que le système de garantie des dépôts visé à l'article 109, paragraphe 1, de la Directive BRRD, a subi des pertes plus importantes que celles qu'il aurait subies dans une liquidation opérée dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité⁴⁸, il a droit au paiement de la différence de la part du dispositif de financement pour la résolution.

⁴⁵ Transposé à l'article L. 613-57 du CMF qui prévoit que le collège de résolution veille à ce qu'aucun détenteur de titres de capital mentionnés au chapitre II du titre premier du livre II ou d'autres titres de propriété ou créancier d'une personne mentionnée au I de l'article L. 613-34 du CMF, ainsi que le fonds de garantie des dépôts et de résolution au titre de l'article L. 613-55-5 du CMF, n'encoure ou ne subisse, du fait d'une mesure de transfert d'une partie des biens, droits et obligations ou de renflouement interne de pertes plus importantes que celles qu'il aurait subies si la personne avait été liquidée selon la procédure de liquidation judiciaire en application des dispositions du livre VI du Code de commerce.

⁴⁶ Voir Section II. C. « Le principe du no creditor worse off » ci-avant.

⁴⁷ Transposé à l'article L. 613-57 du CMF.

⁴⁸ À noter que l'article 2 de la Directive BRRD définit « procédure normale d'insolvabilité », comme une procédure collective d'insolvabilité, fondée sur le dessaisissement partiel ou total d'un débiteur et la nomination d'un liquidateur ou d'un administrateur, qui est normalement applicable aux établissements en vertu du droit national, qu'elle vise spécifiquement ces établissements ou s'applique de manière générale à toute personne physique ou morale.



La Directive BRRD⁴⁹ dédie également des mesures de sauvegarde à certains types de contrats, obligations et engagements, tels que contrats de garantie financière, accords de compensation réciproques et accords de compensation, notamment en cas de transferts partiels.

Au stade du point de non viabilité (« **PONV** »), du FOLTF puis de la résolution, les autorités compétentes disposent de pouvoirs leur permettant de contraindre les droits de certaines catégories de tiers. L'exercice de ces pouvoirs par les autorités compétentes est néanmoins encadré juridiquement pour assurer la préservation d'un équilibre délicat entre intérêt public et intérêt privé, aux fins notamment de préserver les principes cardinaux que sont le droit de propriété et l'exigence de proportionnalité de toute atteinte qui pourrait y être portée et l'exigence de fonctionnement normal de l'établissement concerné. De l'avis du groupe de travail, et tel que cela sera développé plus en détail dans la Partie 3 ci-après, l'extension de certains outils dont disposent les autorités compétentes ou la création de nouvelles prérogatives qui leur permettraient de contraindre les actionnaires ou autres tiers à un stade où le risque que les difficultés rencontrées par l'établissement concerné portent atteinte à l'intérêt public n'est pas avéré voire certain, risquerait de mettre à mal cet équilibre fragile.

⁴⁹ Articles 77 et suivants de la Directive BRRD.



PARTIE 2

La coexistence de la procédure de résolution avec les procédures collectives en droit français

L'introduction de la procédure de résolution en droit français par la transposition⁵⁰ de la Directive BRRD⁵¹ a créé un régime juridique particulier applicable notamment aux établissements de crédit qui feraient face à des difficultés financières.

Cette nouvelle procédure de résolution soulève une interrogation majeure.

L'introduction d'un tel régime rend-il nécessaire le maintien, pour les établissements de crédit, des procédures de redressement judiciaire, de sauvegarde et de conciliation (étant rappelé que les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires applicables aux établissements de crédit bénéficient d'un régime aménagé dans le CMF) ? En effet, la procédure de résolution poursuit en partie les mêmes objectifs que la sauvegarde, le redressement judiciaire et la conciliation, à savoir la poursuite de l'activité de l'établissement de crédit en difficulté⁵².

Le groupe de travail a réalisé un état des lieux synthétisant le cadre légal actuel du redressement judiciaire, de la sauvegarde, de la conciliation et de la procédure de résolution applicables aux établissements de crédit. Cette analyse a couvert les principaux aspects : les objectifs, les bases légales, la publicité de la procédure, les conditions de déclenchement, l'ouverture, la durée, les effets sur le débiteur et sur les créanciers, les outils pouvant être utilisés pendant la procédure, les caractéristiques de la cession si elle est possible, le rôle et les pouvoirs de l'ACPR, et la fin de la procédure et les difficultés pratiques⁵³.

Au terme de cette revue, le groupe de travail a formulé des constats pour chaque procédure et propose plusieurs recommandations.

⁵⁰ Voir les articles L. 613-34 et suivants du CMF.

⁵¹ La Commission européenne a proposé le 18 avril 2023 une révision de la directive. À l'heure de la rédaction de ce rapport, les négociations sont toujours en cours.

⁵² Là où la procédure de résolution prévoit la continuité des fonctions critiques et des services essentiels, le redressement judiciaire, la sauvegarde et la conciliation prévoient la poursuite de l'activité, y compris dans la pratique par changement d'actionnaire.

⁵³ Voir en annexe n° 4 – État des lieux synthétisant le cadre légal actuel du redressement judiciaire, de la sauvegarde, de la conciliation et de la procédure de résolution applicable aux établissements de crédit.



I - Le redressement judiciaire et la procédure de résolution

A - Les conditions de déclenchement des deux procédures

L'état des lieux a montré que, compte tenu des conditions de déclenchement de la procédure de résolution, **la procédure de redressement judiciaire ne pouvait être utilisée en première intention pour un établissement de crédit.**

Selon le II. de l'article L. 613-49 du CMF, un établissement de crédit est soumis à une procédure de résolution si trois conditions sont réunies :

- l'établissement de crédit est déclaré en état de défaillance avéré ou prévisible conformément au II de l'article L. 613-48 du CMF ;
- il n'existe aucune perspective raisonnable que cette défaillance puisse être évitée dans un délai raisonnable autrement que par la mise en œuvre d'une mesure de résolution ;
- une mesure de résolution est nécessaire au regard des objectifs de la résolution et une procédure de liquidation judiciaire ne permettrait pas d'atteindre ces objectifs dans la même mesure.

Ainsi, conformément à la troisième condition (plus communément appelée test d'intérêt public), un établissement de crédit qui est déclaré en état de défaillance avérée ou prévisible pour lequel il n'existe aucune perspective raisonnable que cette défaillance puisse être évitée dans un délai raisonnable devra faire l'objet soit d'une procédure de résolution – si le test d'intérêt public est positif – soit d'une procédure de liquidation judiciaire.

Conformément au II de l'article L. 613-48 du CMF, il existe quatre conditions alternatives pour déclarer un établissement de crédit en état de défaillance avérée ou prévisible⁵⁴. Parmi celles-ci figure la condition selon laquelle l'établissement de crédit est susceptible « à terme rapproché » de ne pas être en mesure de s'acquitter de ses dettes ou de ses autres engagements à l'échéance.

Par ailleurs, un établissement de crédit peut faire l'objet d'un redressement judiciaire lorsqu'il est en cessation des paiements, c'est-à-dire dès lorsqu'il n'est pas en mesure d'assurer ses paiements immédiatement ou à terme rapproché⁵⁵.

⁵⁴ L'état de défaillance avérée ou prévisible étant l'une des conditions à respecter pour appliquer une procédure de résolution à un établissement de crédit – voir annexe n° 1 – Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français, C. « Défaillance avérée ou prévisible », 1.

⁵⁵ Article L. 613-26 du CMF.



Par conséquent, un établissement de crédit qui serait en état de cessation des paiements serait aussi en état de défaillance avérée ou prévisible et ferait l'objet du test d'intérêt public qui mènerait ensuite à appliquer soit la liquidation judiciaire soit la procédure de résolution.

Les deux notions de cessation des paiements et de défaillance prévisible intègrent une dimension d'anticipation, avec l'utilisation de l'expression « *à terme rapproché* ».

B - Les outils disponibles dans la procédure de résolution et dans la procédure de redressement judiciaire

D'une part, la procédure de résolution intègre quatre outils adaptés aux établissements de crédit :

i) l'instrument de renflouement interne (*bail-in*), ii) l'instrument de cession d'activités, iii) l'établissement-relais, iv) l'instrument de séparation des actifs.⁵⁶

En premier lieu, l'outil de renflouement interne permet de réduire ou de convertir en instruments de fonds propres de base de catégorie 1 les passifs de l'établissement de crédit soumis à une procédure de résolution. Aux termes de l'article L. 613-55 du CMF, cet outil a l'un ou l'autre des objectifs suivants :

- recapitaliser l'établissement de crédit soumis à une procédure de résolution afin de rétablir sa capacité à respecter les conditions de son agrément, à poursuivre les activités pour lesquelles il est agréé et à maintenir à l'égard de cet établissement de crédit un niveau de confiance suffisant de la part des marchés ;

- réduire la valeur des créances ou des instruments de dette, ou les convertir en titres de capital ou en autres titres de propriété, lorsqu'ils sont transférés : soit à un établissement-relais afin de lui apporter des capitaux, soit dans le cadre d'une cession d'activité ou du recours à une structure de gestion des actifs.

En deuxième lieu, l'outil de cession d'activités permet à l'autorité de résolution de transférer en une ou plusieurs fois à un ou plusieurs acquéreurs (avec leurs accords) autres qu'un établissement-relais tout ou partie des titres de capital ou d'autres titres de propriété ainsi que des biens, droits ou obligations de la personne soumise à une procédure de résolution.

⁵⁶ Voir annexe n° 1 – Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français, C. sur le détail des outils de résolution.



En troisième lieu, l'établissement-relais est chargé d'acquiescer en une ou plusieurs fois, à titre provisoire et en vue d'une cession dans les conditions qu'il fixe, dans le respect des règles de la concurrence, tout ou partie des biens, droits ou obligations d'un établissement de crédit soumis à une procédure de résolution, des titres de capital ou d'autres titres de propriété qu'il a émis. L'établissement-relais est entièrement ou partiellement détenu par une ou plusieurs personnes publiques et l'autorité de résolution y exerce l'intégralité des droits liés à la détention de titres de capital ou d'autres titres de propriété.

Enfin, l'outil de séparation des actifs permet à l'autorité de résolution de transférer à une ou plusieurs structures de gestion des actifs, en une ou plusieurs fois, tout ou partie des biens, droits ou obligations d'un établissement de crédit soumis à une procédure de résolution ou d'un établissement-relais. Ces structures sont chargées de gérer ces actifs en vue de leur réalisation au meilleur prix. Elles sont entièrement ou partiellement détenues par une ou plusieurs personnes publiques et l'autorité de résolution y exerce l'intégralité des droits liés à la détention de titres de capital ou d'autres titres de propriété⁵⁷. Le transfert des biens, droits ou obligations à une structure de gestion des actifs ne peut être réalisé par l'autorité de résolution que si l'une des deux conditions suivantes est remplie :

- la liquidation des actifs concernés selon les modalités prévues au livre VI du Code de commerce risquerait d'avoir des effets négatifs sur un ou plusieurs marchés financiers ;
- ce transfert est nécessaire pour assurer le bon fonctionnement de la personne soumise à une procédure de résolution ou de l'établissement-relais.

D'autre part, dans le cadre du redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire peut avec le concours du débiteur proposer un plan de redressement qui détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles⁵⁸. Le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'établissement si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans de redressement⁵⁹.

⁵⁷ Le contrôle exercé par l'autorité de résolution sur les structures de gestion des actifs est prévu par la Directive BRRD à l'article 42 mais n'a pas été repris dans le droit français. Cela devrait être corrigé lors de la transposition de la Directive BRRD3.

⁵⁸ Articles L. 631-19 et L. 626-2 du Code de commerce.

⁵⁹ Article L. 631-22 du Code de commerce.



En comparant les outils du redressement judiciaire et ceux de la résolution, on peut constater que les outils du redressement judiciaire se rapprochent de l'outil de cession d'activité présent dans la procédure de résolution. **Si certaines spécificités du redressement judiciaire ne se retrouvent pas dans la procédure de résolution (la nécessaire répartition des parties affectées par le plan en classes aux fins de vote par exemple), la comparaison des outils existant dans les deux procédures nous permet de conclure que le redressement judiciaire n'apporte pas d'outils supplémentaires qui rendraient la procédure de redressement judiciaire plus attractive par rapport à la procédure de résolution.** De plus, les pouvoirs accordés à l'autorité de résolution sont plus étendus que ceux donnés au juge judiciaire.

C - L'utilisation du redressement judiciaire *post* procédure de résolution

Les conditions de déclenchement de la procédure de résolution ne permettant pas d'envisager le redressement judiciaire en première intention, la question se pose de savoir s'il pourrait être envisagé que **le redressement judiciaire soit utilisé en seconde intention après la procédure de résolution**. Par exemple, on pourrait céder « à la barre » une partie des activités de l'établissement de crédit qui n'auraient pas été transférées par ailleurs pendant la procédure de résolution.

Cette situation concernerait l'entité résiduelle – c'est-à-dire ce qu'il reste de l'établissement de crédit soumis à une procédure de résolution – après utilisation d'un outil de transfert partiel⁶⁰. Il est nécessaire de vérifier, d'une part, la possibilité juridique d'appliquer une telle procédure à l'entité résiduelle au regard de la Directive BRRD et de sa transposition en droit français (notamment au regard de l'articulation entre les outils de transfert et la liquidation judiciaire) et, d'autre part, de déterminer si dans une telle situation le redressement judiciaire serait l'outil le plus adapté pour céder ces activités.

1. Analyse juridique portant sur la possibilité d'utiliser le redressement judiciaire à la suite de la procédure de résolution.

Afin d'éviter d'éventuelles confusions, il est nécessaire de détailler l'analyse pour chacun des outils de transfert.

En cas de cession de l'intégralité des parts de l'entité en résolution (*share deal*)

Les parts de l'entité en résolution sont cédées à un repreneur (comme par exemple dans le cas de Banco Popular). Dans ce cas de figure, il n'y aura pas d'entité résiduelle à laquelle appliquer le

⁶⁰ En cas d'utilisation exclusif de l'outil de renflouement interne (*bail-in*), l'entité en résolution à vocation à se maintenir sur le marché et ne se verrait donc pas appliquer le redressement judiciaire.



redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire. En effet, l'entité en résolution serait absorbée par l'entité cessionnaire ou deviendrait une filiale de l'entité cessionnaire.

En cas de cession d'actifs de l'entité en résolution (*asset deal*)

Dans le cas de l'utilisation de cet outil de transfert, deux situations peuvent naître.

Dans la première situation, tous les actifs et engagements de l'établissement de crédit en résolution ont été transférés. L'entité résiduelle n'a alors pas vocation à poursuivre les activités soumises à l'agrément d'établissement de crédit préalable. Se pose alors la question de savoir comment liquider l'entité résiduelle (qui serait alors une coquille vide). En effet, dans ce cas, la Directive BRRD semble muette sur le sujet de la liquidation de l'entité résiduelle. Le droit commun français⁶¹ permet, quant à lui, de retirer administrativement l'agrément d'une entité mais cela n'emporte pas la liquidation de la personne morale.

Dans la seconde situation, l'entité résiduelle comporte encore des actifs et des engagements car tous les actifs et engagements n'ont pas été transférés. Conformément au droit français⁶², transposant l'article 37 de la Directive BRRD, l'entité résiduelle sera alors liquidée en application des dispositions du livre VI du Code de commerce si l'outil de cession des activités a été utilisé seul⁶³. Par conséquent, dans ce cas, le redressement judiciaire ne pourrait pas être utilisé pour céder « à la barre » les activités restantes de l'entité résiduelle.

En cas de cession à un établissement-relais

Conformément à l'article L. 613-53 du CMF, sont transférés à l'établissement-relais par l'autorité de résolution tout ou partie des actions ou autres titres de propriété émis par l'établissement de crédit soumis à une procédure de résolution ou des actifs, droits ou engagements de l'établissement de crédit soumis à une procédure de résolution. En cas de cession partielle, conformément au droit français⁶⁴, transposant l'article 37 de la Directive BRRD, l'entité résiduelle sera alors liquidée en application des dispositions du livre VI du Code de commerce en cas d'utilisation seule de cet instrument. Comme pour l'outil de cession d'actifs, le redressement judiciaire ne serait pas applicable dans ce cas.

⁶¹ Article L. 511-15 du CMF.

⁶² Article L. 613-52-4 du CMF.

⁶³ L'article L. 613-52-4 du CMF dispose : « lorsque **seules** sont mises en œuvre (...) ».

⁶⁴ Article L. 613-52-4 du CMF par renvoi de l'article L. 613-53-5 du CMF.



En cas de cession à une structure de gestion d'actifs

Conformément à l'article L. 613-54 du CMF, sont transférés à une structure de gestion d'actifs par l'autorité de résolution tout ou partie des actifs, droits ou engagements de l'établissement de crédit soumis à une procédure de résolution ou d'un établissement-relais. L'outil de cession à une structure de gestion d'actifs ne peut pas être utilisé seul, c'est pourquoi le cas d'une cession partielle à une structure de gestion d'actifs où il resterait des actifs et passifs à liquider dans l'entité résiduelle n'existe pas : soit la cession à une structure de gestion d'actifs est combinée avec l'utilisation d'un autre outil de transfert et alors le cas de l'entité résiduelle est traité ci-dessus ; soit elle est combinée avec le renflouement interne et alors l'entité résiduelle n'a pas vocation à être sortie du marché.

Compte tenu de l'analyse qui précède, une lecture *a contrario* des textes nous permet de penser que les seuls cas où la procédure de redressement judiciaire pourrait être utilisée seraient ceux où les outils de transfert à un établissement-relais ou à un autre acteur du marché ne seraient pas utilisés seuls.

2. Analyse pratique sur l'utilisation du redressement judiciaire plutôt que l'un des outils de la résolution

Le redressement judiciaire pourrait être utilisé à la suite d'une procédure de résolution pour céder des activités restantes dans l'entité résiduelle dans les cas limités où l'autorité de résolution aurait utilisé une combinaison des outils. Toutefois, il est possible de s'interroger sur l'intérêt d'utiliser le redressement judiciaire à la place des instruments de résolution.

Ainsi, le redressement judiciaire ne paraît pas susceptible de se substituer à l'outil de cession d'activités compte tenu du fait qu'il nécessite un acquéreur des activités potentiellement cessibles pendant le week-end de résolution, les outils de l'établissement-relais ou de la structure de gestion d'actifs pourraient remplir les mêmes fonctions que le redressement judiciaire. **Ainsi, les activités de l'entité résiduelle qui pourraient être cédées dans le cadre d'un redressement judiciaire après l'application d'une procédure de résolution, auraient pu *a priori* être transférées pendant la procédure de résolution.** Pour rappel, l'établissement-relais n'est pas limité au transfert des fonctions critiques et des services essentiels. Il peut être utilisé pour recevoir tout ou partie des actifs, droits ou engagements de l'établissement de crédit soumis à une procédure de résolution en vue d'une cession future (sous un délai de deux ans). L'article L. 613-53-3 du CMF indique que sur décision du collège de résolution, l'établissement-relais est réputé constituer une continuation de l'entité soumise à une procédure de résolution et continue d'exercer tout droit détenu précédemment par cette personne sur les biens, droits ou obligations transférés (y compris les contrats de travail). L'établissement-relais pourrait ainsi permettre de céder les activités à un repreneur potentiel dans un délai plus long que le week-end de résolution. De même, la structure de gestion d'actifs peut être utilisée pour recevoir tout ou partie des biens, droits ou obligations de l'établissement de crédit



soumis à une procédure de résolution en vue de leur réalisation au meilleur prix conformément à l'article L. 613-54 du CMF.

Enfin, même s'il restait dans l'entité résiduelle ayant vocation à être liquidée des activités qui pourraient avoir une valeur, le paragraphe 6 de l'article 37 de la Directive BRRD, transposé à l'article L. 613-52-4 du CMF, donne une certaine flexibilité à la liquidation. En effet, il est prévu que l'entité résiduelle peut être maintenue pendant la durée nécessaire pour atteindre les objectifs de la résolution. Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire n'exclut pas une poursuite de l'activité (pendant une période maximum de six mois).

L'analyse menée ci-dessus nous amène à conclure que l'utilisation du redressement judiciaire pour les établissements de crédit reste théorique. Le groupe de travail n'a pas réussi à identifier de cas où le redressement judiciaire serait plus approprié que la procédure de résolution. De même, le groupe de travail n'a pas réussi à identifier de situation où le redressement judiciaire pourrait être appliqué compte tenu de l'inapplicabilité de la procédure de résolution.

La question de la pertinence du maintien de la procédure de redressement judiciaire pour les établissements de crédit en droit français peut donc être posée. Deux options s'offrent, chacune avec ses avantages et ses inconvénients.

Première option : maintien du redressement judiciaire pour les établissements de crédit. Les partisans de cette option arguent qu'il serait préférable de disposer d'une « boîte à outils » complète, même si certains outils ne sont que théoriquement utilisables. Ils soulignent également que le risque d'avoir deux procédures activables est limité car il n'est pas possible d'ouvrir à la fois une procédure de résolution et une procédure de redressement judiciaire pour un même établissement de crédit en difficulté. En effet, les deux procédures sont incompatibles l'une avec l'autre. De surcroît, pour eux, la suppression du redressement judiciaire n'entraînerait pas un bénéfice patent.

Seconde option : suppression du redressement judiciaire pour les établissements de crédit. Cette option viserait à améliorer la lisibilité et l'intelligibilité du droit. Elle est fondée sur l'idée que si le redressement judiciaire n'est pas applicable en droit français aux établissements de crédit en raison de l'existence de la procédure de résolution, il devrait être supprimé du droit applicable à ces établissements.

Après discussions, le groupe de travail s'est exprimé en faveur du maintien de la procédure de droit commun de redressement judiciaire pour les établissements de crédit tout en laissant le soin au pouvoir politique de trancher la question de l'opportunité de la suppression de cette procédure. De plus, compte tenu des négociations en cours au niveau européen sur la révision de la Directive BRRD, le groupe a jugé préférable de ne pas tirer de conclusion hâtive sur le sujet avant la fin de ces travaux.



II. La sauvegarde et la procédure de résolution

A - Les conditions de déclenchement des deux procédures

La procédure de sauvegarde peut être ouverte si les deux conditions cumulatives suivantes sont réunies⁶⁵ : il existe des difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter et le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements.

Pour rappel, conformément au II de l'article L. 613-48 du CMF, un établissement de crédit est en état de défaillance avérée ou prévisible s'il est susceptible de remplir à terme rapproché l'une des conditions suivantes : (i) l'établissement de crédit ne respecte plus les conditions de son agrément ; (ii) l'établissement de crédit n'est pas en mesure de s'acquitter de ses dettes ou de ses autres engagements à l'échéance ; (iii) un soutien financier exceptionnel est requis des pouvoirs publics ; (iv) la valeur de ses actifs est inférieure à celle de ses passifs.

En théorie, les conditions d'ouverture d'une sauvegarde ne peuvent être remplies qu'avant l'état de défaillance avérée ou prévisible. L'existence de « *difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter* » ne contient en effet aucune précision temporelle sur la survenance d'une défaillance, ce qui lui confère une certaine souplesse par rapport aux conditions d'entrée en résolution, qui supposent la survenance d'un certain événement (par exemple un défaut de paiement) « *à terme rapproché* ».

Toutefois, certaines caractéristiques de la sauvegarde rendent son application aux établissements de crédit très théorique. Ainsi, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être demandée que par le débiteur. Compte tenu de la supervision réalisée par l'ACPR des établissements de crédit, il semble difficile d'imaginer une situation où un établissement de crédit demanderait en premier lieu l'ouverture d'une procédure de sauvegarde auprès du tribunal de commerce plutôt que de s'entretenir avec l'ACPR qui est chargée de la prévention et de la résolution des crises bancaires. À supposer que ce soit le cas, le tribunal de commerce ne pourrait ouvrir la procédure que sur avis conforme de l'ACPR⁶⁶. Enfin, la sauvegarde est une procédure publique et le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde est d'ailleurs publié au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (« **BODACC** ») dans les quinze jours suivants son prononcé⁶⁷. La publicité de la procédure de sauvegarde entraînerait probablement en pratique la perte de confiance des déposants qui cesseraient de confier leurs fonds à l'établissement et accentuerait ou accélérerait ses difficultés.

⁶⁵ Article L. 621-1 du Code de commerce.

⁶⁶ Articles L. 613-27 et R. 613-14 du CMF.

⁶⁷ Article R. 621-8 du Code de commerce.



La publicité de la procédure de sauvegarde semble donc incompatible avec son objectif d'assurer la poursuite de l'activité de l'établissement de crédit.

Par conséquent, compte tenu des conditions d'ouverture d'une telle procédure et en particulier la publication de son ouverture, l'application d'une procédure de sauvegarde aux établissements de crédit est extrêmement théorique. Le groupe de travail n'a par ailleurs pas réussi à imaginer un cas, même théorique, où la procédure de sauvegarde judiciaire serait utilisée pour un établissement de crédit.

B - Les outils utilisables dans la procédure de sauvegarde

Les outils de la procédure de sauvegarde sont identiques à ceux du redressement judiciaire, à deux exceptions près. Premièrement, en sauvegarde, la cession totale des actifs du débiteur n'est pas possible (une cession limitée, par exemple à une ou plusieurs activités, est possible mais jamais la cession intégrale). Deuxièmement, la procédure de sauvegarde (y compris accélérée) présuppose une absence de cessation des paiements ; par conséquent, il n'y a pas de nullités de la période suspecte.

Ainsi, pour rappel, la procédure de sauvegarde donne lieu à un plan de sauvegarde, arrêté par jugement à l'issue de la période d'observation⁶⁸ lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée. Le plan arrêté par le tribunal met fin à la période d'observation et peut prévoir des délais de paiement, des remises de dette, des conversions de créances en capital, de nouveaux investissements en dette ou en capital ainsi que, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités (dans les conditions relatives aux plans de cession).

La procédure peut donner lieu, le cas échéant, à la constitution de classes de parties affectées⁶⁹. À défaut de classes de parties affectées, les créanciers sont consultés individuellement sur le projet de plan. Soit ils l'acceptent, et le plan s'applique ; soit ils le refusent et le tribunal peut leur imposer des délais de paiement (mais pas des abandons de créance) d'une durée maximale de dix ans.

Une procédure de sauvegarde sera convertie en redressement judiciaire si le débiteur est déjà en cessation des paiements⁷⁰ ; ou si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements.

⁶⁸ Articles L. 620-1 et L. 626-1 et suivants du Code de commerce.

⁶⁹ Articles L. 626-29 et L. 626-30 du Code de commerce.

⁷⁰ Article L. 631-8 du Code de commerce.



Il est à noter que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde emporte de plein droit interdiction pour le débiteur de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, ainsi que l'interruption ou l'interdiction de toute action en justice de la part des créanciers envers le débiteur. Un ou plusieurs administrateurs peuvent être désignés par le tribunal⁷¹ chargés de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux. Un administrateur provisoire peut également être désigné par l'ACPR (*cf. infra* Partie 2, Section IV. A. 3).

De même que pour la procédure de redressement judiciaire, la comparaison des outils existants dans la procédure de sauvegarde et dans celle de la résolution nous permet de conclure que la sauvegarde n'apporte pas d'outils supplémentaires qui rendraient la procédure de sauvegarde plus attractive que la procédure de résolution. De plus, les pouvoirs accordés à l'autorité de résolution sont plus étendus que ceux donnés au juge judiciaire.

C - Procédure de sauvegarde accélérée

La procédure de sauvegarde accélérée est une procédure qui s'adresse aux entités dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes (ou établis par un expert-comptable), faisant l'objet d'une procédure de conciliation et justifiant d'un projet de plan permettant d'assurer la continuité de l'activité et susceptible de recueillir l'accord des créanciers. La condition préalable d'ouverture d'une conciliation implique que l'entité ne soit pas en cessation des paiements ou si elle l'est, depuis moins de quarante-cinq jours.

Par conséquent et compte tenu à la fois (i) du critère d'ouverture de la procédure de résolution (la défaillance avérée ou prévisible) et (ii) de la difficulté pratique de conduire une conciliation pour un établissement de crédit aux fins de renégocier des engagements économiques (*cf. infra*, III. A), l'ouverture d'une sauvegarde accélérée aux fins de traiter les difficultés d'un établissement de crédit apparaît au mieux comme théorique.

Enfin, l'éventail des mesures ouvertes à l'autorité de résolution par une procédure de résolution permet une action à la fois plus rapide et plus décisive, sans la nécessité de passer par le mécanisme d'application forcée interclasse qui prévaudrait dans le cadre d'une procédure de sauvegarde accélérée (ou de sauvegarde ordinaire, ou de redressement judiciaire). **Dans ces circonstances, et pour les raisons évoquées à l'occasion de l'analyse de la procédure de sauvegarde, il ne semble pas envisageable qu'une sauvegarde accélérée puisse, en pratique, être ouverte à l'égard d'un établissement de crédit.**

L'analyse menée ci-dessus nous amène à conclure que l'utilisation de la sauvegarde pour les établissements de crédit reste théorique. Le groupe de travail n'a pas réussi à identifier de cas où un établissement de crédit préférerait demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde

⁷¹ Article L. 621-4 du Code de commerce.



auprès d'un tribunal de commerce plutôt que de s'entretenir avec l'ACPR. Jusqu'à ce jour, l'ACPR n'a eu connaissance d'aucune ouverture de sauvegarde ou de sauvegarde accélérée concernant un établissement de crédit. Comme pour la procédure de redressement judiciaire, la question se pose alors de la pertinence du maintien des procédures de sauvegarde et de sauvegarde accélérée pour les établissements de crédit en droit français. En effet, la coexistence des procédures de sauvegarde et de sauvegarde accélérée et de la procédure de résolution pour les établissements de crédit entraîne des difficultés de lisibilité du droit notamment pour les créanciers des établissements de crédit.

À l'instar du redressement judiciaire, deux options s'offrent concernant les procédures de sauvegarde et de sauvegarde accélérée pour les établissements de crédit :

- la première option prône le maintien des procédures de sauvegarde et de sauvegarde accélérée pour les établissements de crédit, arguant qu'une « *boîte à outils* » complète est préférable, même si certains outils sont théoriques. Elle souligne également la cohérence avec le droit commun⁷² et l'absence d'inconvénient pratique car lesdites procédures sont incompatibles avec la procédure de résolution ;
- la seconde option vise la suppression de ces procédures afin d'améliorer la lisibilité du droit. Toutefois, cela reviendrait à se priver d'outils potentiellement utiles.

Comme pour le redressement judiciaire, le groupe de travail n'a pas conclu dans le sens de la suppression des procédures et laisse le soin aux pouvoirs publics d'apprécier l'opportunité d'une telle suppression. Cependant, il souligne que par souci de cohérence juridique, la solution choisie pour le redressement judiciaire devrait également s'appliquer aux procédures de sauvegarde et de sauvegarde accélérée.

III. La conciliation et la procédure de résolution

Une procédure de conciliation peut être ouverte si trois conditions sont réunies⁷³ : il existe une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible du débiteur, qui ne doit pas être en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours et il ne doit pas avoir fait l'objet d'une procédure de conciliation antérieure dans les trois mois précédents. Comme la procédure de sauvegarde, la procédure de conciliation ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur. Toutefois, contrairement à la procédure de sauvegarde et à celle de redressement judiciaire, la conciliation est confidentielle (sauf en cas d'homologation de l'accord de conciliation où l'existence de cet accord ainsi que l'identité des parties deviennent publiques)⁷⁴.

⁷² Argument qui doit lui-même être relativisé du fait de l'absence de procédure de résolution en droit commun.

⁷³ Articles L. 611-4 et L. 611-6 du Code de commerce.

⁷⁴ Article R. 611-40 du Code de commerce.



A - L'ouverture sur la base d'une difficulté économique ou financière

La conciliation est une procédure prévue pour être ouverte en amont de la procédure de sauvegarde ou de la procédure de redressement judiciaire, lorsque le débiteur fait face à des difficultés. Le conciliateur a généralement pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Cet accord est soit homologué par un jugement du tribunal, décision faisant alors l'objet d'une publication, soit simplement constaté par une ordonnance du seul président du tribunal, sans publication.

Les établissements de crédit ont des spécificités par rapport à une entreprise de droit commun. Ainsi une partie du passif du bilan d'un établissement de crédit est constitué par les déposants qui, par définition, ne peuvent être invités à la négociation⁷⁵ compte tenu de leur nombre et des risques de retraits massifs de leurs dépôts en apprenant des difficultés de l'établissement de crédit.

De plus, certains établissements de crédit sont cotés et se financent sur les marchés financiers de manière journalière. Par conséquent, ces établissements cotés demeurent redevables de leurs obligations d'information au marché au titre du Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (le « **Règlement MAR** »), tant au stade de l'ouverture d'une procédure de prévention, qu'en cours de procédure. L'établissement doit tenir régulièrement informé le marché de toute information privilégiée relative à l'évolution de sa situation financière. Par dérogation à l'obligation de communication, dès que possible, d'une information privilégiée prévue à l'article 17.1 du Règlement MAR, tout émetteur (y compris les émetteurs ayant la qualité d'établissement de crédit ou d'établissement financier) peut prendre la responsabilité de différer la publication d'une information privilégiée qui le concerne. Ce différé d'information n'est possible que si certaines conditions sont respectées⁷⁶ :

1. en application du droit commun (article 17, paragraphe 4, du Règlement MAR) si une publication immédiate comporte le risque de porter atteinte à ses intérêts légitimes (ceci sous réserve de satisfaire certaines conditions) ;

⁷⁵ En effet, la conciliation est prévue pour s'adresser aux principaux créanciers, soit un nombre restreint de créanciers majeurs.

⁷⁶ À noter que les conditions de différé de publication seront amenées à évoluer compte tenu de l'entrée en vigueur de la législation sur l'admission à la cote (Listing Act) adopté par le Conseil le 8 octobre 2024.



2. ou en application d'une disposition spécifique aux établissements systémiques (article 17, paragraphe 5, du Règlement MAR)⁷⁷ si une publication immédiate comporterait le risque de porter atteinte à la stabilité financière de l'émetteur et du système financier et si un tel différé est dans l'intérêt public.

Enfin, l'ACPR en tant qu'autorité de supervision a plusieurs pouvoirs qu'elle pourrait mettre en œuvre pour restaurer la solidité financière d'un établissement de crédit faisant face à des difficultés économiques ou financières.

Compte tenu des spécificités des établissements de crédit, il est alors possible de s'interroger sur la nécessité de maintenir la procédure de conciliation, applicable aux établissements de crédit lorsqu'elle est ouverte en raison de difficultés économiques ou financières.

Contrairement au redressement judiciaire ou à la sauvegarde, la conciliation est une procédure confidentielle qui peut permettre à un établissement de crédit de résoudre une difficulté ponctuelle. Certaines mesures d'intervention précoces que pourrait utiliser l'ACPR (*cf. infra* Partie 2, Section IV. C) pourraient être inadaptées à un cas spécifique. De plus, pour se voir appliquer la procédure

⁷⁷ Article 17.4 du Règlement MAR : « 4. Tout émetteur ou participant au marché des quotas d'émission peut, sous sa propre responsabilité, différer la publication d'une information privilégiée à condition que toutes les conditions suivantes soient réunies :

- a) la publication immédiate est susceptible de porter atteinte aux intérêts légitimes de l'émetteur ou du participant au marché des quotas d'émission ;
- b) le retard de publication n'est pas susceptible d'induire le public en erreur ;
- c) l'émetteur ou le participant au marché des quotas d'émission est en mesure d'assurer la confidentialité de ladite information.

Dans le cas d'un processus qui se déroule en plusieurs étapes et qui vise à donner lieu à, ou qui résulte en, une certaine circonstance ou un certain événement, un émetteur ou un participant au marché des quotas d'émission peut, sous sa propre responsabilité, différer la publication d'une information privilégiée liée à ce processus, sous réserve des points a), b) et c) du premier alinéa.

Lorsqu'un émetteur ou un participant au marché des quotas d'émission a différé la publication d'une information privilégiée au titre du présent paragraphe, il informe l'autorité compétente précisée au paragraphe 3, immédiatement après la publication de l'information, que la publication a été différée et fait état, par écrit, de la manière dont les conditions énoncées au présent paragraphe ont été satisfaites. À titre de solution de substitution, les États membres peuvent prévoir que l'enregistrement de ces explications ne doit être présenté que sur demande de l'autorité compétente précisée au paragraphe 3. »

Article 17.5 du Règlement MAR : « 5. Afin de préserver la stabilité du système financier, un émetteur qui est un établissement de crédit ou un établissement financier peut, sous sa propre responsabilité, différer la publication d'une information privilégiée, y compris les informations liées à un problème temporaire de liquidité et notamment à la nécessité d'une aide d'urgence en matière de liquidité de la part d'une banque centrale ou d'un prêteur en dernier ressort, à condition que toutes les conditions suivantes soient satisfaites :

- a) la publication de l'information privilégiée risque de nuire à la stabilité financière de l'émetteur et du système financier ;
- b) il est dans l'intérêt public de différer sa publication ;
- c) la confidentialité de cette information peut être assurée ; et
- d) l'autorité compétente précisée au paragraphe 3 a consenti à ce que la publication soit différée au motif que les conditions énoncées aux points a), b) et c) sont satisfaites. »



de conciliation, l'établissement de crédit ne doit pas être en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours, il s'agit donc de difficultés économiques ou financières qui seraient très en amont et pour lesquelles *a priori* une procédure de résolution ne pourrait être ouverte. Enfin, l'ouverture d'une conciliation est également soumise à l'avis conforme de l'ACPR, ce qui permet d'assurer une bonne information du superviseur et une cohérence entre les pouvoirs de l'ACPR et la possibilité d'ouvrir une procédure de conciliation.

B - L'ouverture sur la base d'une difficulté juridique ou organisationnelle

La conciliation peut également être ouverte dans le cas où l'établissement de crédit ferait face à des difficultés juridiques ou organisationnelles. Par exemple, en raison d'un conflit avec un créancier isolé ou pour des problématiques de gouvernance. La confidentialité de la procédure de conciliation peut aider à résoudre rapidement ce conflit.

La conciliation ouverte sur la base d'une difficulté juridique est une procédure qui présente un intérêt pour les établissements de crédit notamment du fait de sa confidentialité et du délai contraint dans lequel elle s'inscrit.

En conclusion, la procédure de conciliation, en tant que procédure confidentielle peut présenter un intérêt pour des difficultés ponctuelles, y compris pour les établissements de crédit. De plus, la procédure de conciliation est une procédure amiable et non une procédure collective, par conséquent il est possible d'adopter une position différente pour la procédure de conciliation par rapport à celle choisie pour la procédure de redressement judiciaire ou pour les procédures de sauvegarde et de sauvegarde accélérée.

IV. Les pouvoirs de supervision à la main de l'ACPR et de la BCE en amont d'une procédure collective ou d'une procédure de résolution pour éviter une dégradation de la situation d'un établissement de crédit

Un établissement de crédit qui ferait face à des difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter pourrait faire l'objet de plusieurs mesures décidées par l'autorité de supervision en amont de l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de résolution⁷⁸. En particulier

⁷⁸ Voir annexe n° 1 – Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français, A. « Préventions des difficultés » et annexe n° 4 - Etat des lieux synthétisant le cadre légal actuel du redressement judiciaire, de la sauvegarde, de la conciliation et de la procédure de résolution applicable aux établissements de crédit.



l'établissement de crédit pourrait faire l'objet de mesures de police administratives prévues aux articles L. 612-30 et suivants du CMF ou de mesures d'intervention précoce⁷⁹ destinées à remédier à ses difficultés.

Ces mesures interviennent à des stades différents et ont des objectifs différents.

A - Les pouvoirs de police administrative

Pour l'accomplissement de ses missions (prévues à l'article L. 612-1 du CMF), l'ACPR dispose du pouvoir de prendre des mesures de police administrative à l'égard des établissements placés sous sa supervision.

1. La mise en demeure

L'ACPR peut, à ce titre, mettre en demeure un établissement de crédit de prendre, dans un délai déterminé, toutes mesures destinées à sa mise en conformité avec les obligations législatives et réglementaires qui lui sont applicables^{80 81}.

2. Les mesures conservatoires

Aux termes du I de l'article L. 612-33, du CMF, l'ACPR peut prendre des mesures conservatoires dans un certain nombre d'hypothèses notamment lorsque :

24. la solvabilité ou la liquidité d'un établissement soumis à son contrôle est compromise ou susceptible de l'être ;

25. les intérêts des clients de l'établissement sont compromis ou susceptibles de l'être ; et

26. les informations reçues ou demandées par l'autorité dans l'exercice du contrôle sont de nature à établir que l'établissement est susceptible de manquer dans un délai de douze mois aux obligations prévues par le 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 (tel que modifié, le « **Règlement CRR** ») ou, le cas échéant, par le Règlement (UE) 2019/2033 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 concernant les exigences prudentielles applicables aux entreprises d'investissement (le « **Règlement IFR** ») ou toute autre disposition législative ou réglementaire dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées.

⁷⁹ Article L. 511-41-5 du CMF.

⁸⁰ Article L. 612-31 du CMF.

⁸¹ Dans le cas d'un établissement sous supervision directe de la BCE, la BCE exerce indirectement ce pouvoir en adressant une instruction à l'ACPR pour qu'elle impose cette mesure à l'établissement concerné (article 18 du Règlement MRU).



Ces mesures conservatoires sont destinées, d'une part, à protéger les intérêts de la clientèle, et d'autre part, à surveiller, ou rétablir la situation prudentielle de l'établissement de crédit.

Dans ce contexte, l'ACPR peut notamment :

- placer l'établissement sous surveillance spéciale (afin de mettre en place un suivi rapproché) ;
- charger un ou plusieurs de ses agents d'exercer une mission de contrôle permanent au sein de l'établissement concerné afin d'y assurer un suivi rapproché de sa situation ;
- limiter ou interdire temporairement l'exercice de certaines opérations ou activités ;
- suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition de tout ou partie des actifs de l'établissement contrôlé ;
- exiger de l'établissement la cession d'activités ;
- limiter le nombre des agences ou des succursales de l'établissement ;
- prononcer le transfert d'office de tout ou partie d'un portefeuille de crédits ou de dépôts d'un établissement de crédit ;
- décider d'interdire ou de limiter la distribution d'un dividende aux actionnaires, d'une rémunération des certificats mutualistes ou paritaires ou d'une rémunération des parts sociales aux sociétaires de ces personnes ;
- décider d'interdire ou de limiter le paiement d'intérêts aux détenteurs d'instruments de fonds propres additionnels de catégorie 1 définis à l'article 52 du Règlement CRR, sauf si cette limitation ou interdiction devait être considérée comme un événement de défaut des personnes soumises au contrôle de l'ACPR ;
- exiger la réduction du risque inhérent aux activités, aux produits et aux systèmes des établissements de crédit ;
- suspendre un ou plusieurs dirigeants de l'établissement de crédit⁸².

Les mesures de police prononcées par l'ACPR en relation avec des manquements aux règles destinées à assurer la protection de la clientèle en matière de commercialisation des dépôts structurés sont publiées au registre officiel de l'autorité, sauf exception⁸³.

⁸² Dans le cas d'un établissement important sous supervision directe de la BCE, la BCE exerce indirectement ce pouvoir en adressant une instruction à l'ACPR pour qu'elle impose cette mesure à l'établissement concerné (Article 18, paragraphe 5 du Règlement MRU).

⁸³ Article L. 612-35-1 du CMF.



Il est à noter que lorsque l'ACPR estime que les mesures d'intervention précoce prises en application de l'article L. 511-41-5 du CMF (cf. développements ci-dessous) ne sont pas suffisantes soit pour mettre fin à de graves violations par un établissement de crédit des dispositions qui lui sont applicables, soit pour rétablir sa situation financière, elle peut révoquer, tout ou partie des membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes au sein d'un établissement de crédit⁸⁴.

Par ailleurs, l'ACPR peut limiter ou suspendre l'exercice de certaines opérations lorsque l'activité d'une personne soumise à son contrôle est susceptible de porter atteinte à la stabilité financière ainsi que dans des situations d'urgence⁸⁵.

3. L'administrateur provisoire

Dans certaines conditions prévues à l'article L. 612-34 du CMF, l'ACPR peut transférer à un administrateur provisoire tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de l'établissement de crédit afin de remédier aux « *conditions anormales* » de gestion de l'établissement de crédit et de remplacer les dirigeants pour assurer la gestion de la société lorsqu'ils sont suspendus⁸⁶.

4. L'administrateur temporaire

L'ACPR peut désigner un administrateur temporaire (auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale), dès lors qu'elle estime que les mesures conservatoires pouvant être prises en application du II de l'article L. 612-33 du CMF ne sont pas suffisantes pour remédier à la situation d'un établissement⁸⁷. Cette nomination est rendue publique.

L'administrateur temporaire assiste ou remplace les dirigeants mentionnés à l'article L. 511-13 ou au 4 de l'article L. 532-2 du CMF ainsi que les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes de ces entreprises. L'ACPR peut exiger que l'administrateur temporaire élabore et lui communique selon une fréquence qu'elle détermine des rapports sur la situation financière des établissements.

⁸⁴ Article L. 612-33-II du CMF.

⁸⁵ Article L. 612-33-1 du CMF.

⁸⁶ L'article L. 612-34 du CMF transpose l'article 28 de la Directive BRRD. S'agissant des établissements directement supervisés par elle, la BCE exerce directement ce pouvoir, conformément à ce que prévoit l'article 2, paragraphe 1, point 21 de la Directive BRRD.

⁸⁷ Conformément à l'article L. 612-34-1 du CMF, lequel transpose l'article 29 de la Directive BRRD. S'agissant des établissements directement supervisés par elle, la BCE exerce directement ce pouvoir, conformément à ce que prévoit l'article 2, paragraphe 1, point 21 de la Directive BRRD.



B - Les injonctions prudentielles (dont mesures de Pilier 2)

Lorsque l'ACPR considère que les fonds propres détenus par un établissement de crédit ne suffisent pas à couvrir ses risques, elle peut avoir recours aux injonctions prudentielles prévues à l'article L. 511 41 3 du CMF⁸⁸.

Ainsi, l'ACPR peut imposer à l'entreprise une exigence de fonds propres supplémentaires d'un montant supérieur au montant minimal prévu par la réglementation applicable⁸⁹ et exiger l'application aux actifs d'une politique spécifique de provisionnement ou un traitement spécifique au regard des exigences de fonds propres⁹⁰, lorsque le profil de risque de l'établissement de crédit le justifie et plus particulièrement lorsque :

- l'établissement de crédit ne dispose pas de processus adapté pour conserver en permanence le capital interne approprié ni de processus de suivi de ses risques ;
- des risques ou éléments de risques ne sont pas couverts par les exigences de fonds propres ;
- d'autres mesures ne seraient pas susceptibles d'améliorer les dispositifs, mécanismes et stratégie de l'entreprise dans un délai approprié ;
- le non-respect des exigences relatives à l'utilisation des approches internes d'évaluation des risques est susceptible d'entraîner des exigences de fonds propres inadéquates ;
- les risques sont susceptibles d'être sous-estimés, au regard des résultats des tests de résistance ;
- d'autres situations spécifiques à l'établissement sont susceptibles de susciter d'importantes préoccupations en matière de surveillance.

L'ACPR peut également enjoindre à un établissement de crédit de prendre des mesures destinées à restaurer ou renforcer sa situation financière ou de liquidité, améliorer ses méthodes de gestion, assurer l'adéquation de son organisation à ses activités ou à ses objectifs de développement en cas de situation dégradée de l'établissement, c'est-à-dire lorsque l'établissement de crédit est « *susceptible de manquer dans un délai de douze mois aux obligations* » découlant du Règlement CRR ou des titres I et III du livre V du CMF ou de toute autre disposition législative ou réglementaire susceptible d'entraîner la méconnaissance des dispositions précitées⁹¹.

⁸⁸ S'agissant des établissements directement sous sa supervision, la BCE dispose des pouvoirs d'injonctions prudentielles énumérés à l'article 16, paragraphe 2, a) – I) du Règlement MRU.

⁸⁹ Articles 26 et suivants du Règlement CRR.

⁹⁰ Conformément au II de l'article L. 511-41-3 du CMF.

⁹¹ Article L. 511-41-3 I du CMF.



D'autres injonctions prudentielles sont prévues au III de l'article L. 511-41-3 du CMF lorsque la solidité de la situation financière d'un établissement de crédit est compromise ou est susceptible de l'être. L'ACPR peut également demander à un établissement de se soumettre à des exigences spécifiques de liquidité eu égard aux risques de liquidité auxquels l'établissement de crédit est confronté⁹².

C - Les mesures d'intervention précoce

L'article L. 511-41-5 du CMF (issu de la transposition de la Directive BRRD⁹³) permet à l'ACPR d'enjoindre à un établissement de crédit de prendre une ou plusieurs des mesures d'intervention précoce lorsque, du fait notamment d'une dégradation rapide de sa situation financière ou de liquidité, cet établissement enfreint ou est susceptible dans un proche avenir d'enfreindre les dispositions prudentielles qui lui sont applicables (en application notamment du Règlement CRR, du Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers, du titre III du livre V du CMF ou de toute autre disposition législative ou réglementaire applicable).

Dans de telles circonstances, l'ACPR peut décider de prendre l'une des mesures suivantes :

- l'application d'une ou plusieurs des mesures figurant dans le plan préventif de rétablissement mentionné à l'article L. 613-35 du CMF ;
- l'approbation par l'ACPR d'un programme de rétablissement spécifique dans les conditions de forme et de procédure prévues à l'article L. 612-32 du CMF ;
- la mise à terme des fonctions de personnes dépositaires d'un mandat social au sein d'un établissement de crédit ;
- l'établissement d'un plan d'action en vue d'aboutir à la restructuration de la dette avec tout ou partie des créanciers conformément, le cas échéant, au plan préventif de rétablissement prévu à l'article L. 613 35 du CMF ;
- la modification de la stratégie commerciale ;
- la modification de la structure juridique ou opérationnelle.

Dès lors, l'ACPR dispose d'une panoplie d'outils de supervision lui permettant d'intervenir le plus en amont possible afin d'éviter que la situation d'un établissement de crédit ne se dégrade.

⁹² Article L. 511-41-3 IV du CMF.

⁹³ Article 27, paragraphe 1, de la Directive BRRD. Pour les établissements directement supervisés par la BCE, la BCE exerce directement ces pouvoirs, conformément à l'article 2, paragraphe 1, point 21) de la Directive BRRD.



V. La liquidation judiciaire et la procédure de résolution

Le groupe de travail a également réalisé un état des lieux synthétisant le cadre légal actuel de la liquidation judiciaire et de la procédure de résolution applicable aux établissements de crédit sur des principaux thèmes (objectifs, bases légales, publicité, conditions de déclenchement, ouverture, durée, effets sur le débiteur et sur les créanciers, outils pouvant être utilisés, caractéristiques de la cession si elle est possible, rôle et pouvoirs de l'ACPR, fin de la procédure et difficultés pratiques)⁹⁴.

La procédure de liquidation judiciaire applicable aux établissements de crédit est la procédure applicable en droit commun aménagée de quelques dispositions (par exemple la définition de la cessation des paiements ou l'ordre de la hiérarchie des créanciers)⁹⁵.

Les travaux de réflexion sur les procédures collectives ont porté sur la question de savoir si la procédure de liquidation judiciaire pouvait être améliorée pour tenir compte des spécificités des établissements de crédit. Pour rappel, certains pays de l'Union européenne ont une procédure de liquidation spécifique pour les établissements de crédit (certaines procédures sont administratives, d'autres sont judiciaires).

Toutefois, la procédure de liquidation judiciaire est le contrefactuel de la procédure de résolution conformément au 3° du II de l'article L. 613-49 du CMF. Par conséquent, toute amélioration de la procédure de liquidation réduirait l'intérêt public à mettre l'établissement en résolution. Or, à l'heure actuelle, seule la procédure de résolution est harmonisée au niveau européen et jusqu'à présent, seuls les plus gros établissements de crédit étaient destinés à la procédure de résolution. Toutefois, la question du test d'intérêt public et de l'utilisation de la procédure de résolution pour des établissements de crédit de petite et moyenne taille qui feraient face à des difficultés financières est ouverte notamment au regard des récents cas de faillite. Des discussions européennes⁹⁶ sont actuellement en cours concernant notamment la revue de la Directive BRRD et en particulier cette question du test d'intérêt public et des établissements dont la stratégie privilégiée de résolution en cas de défaillance prévisible ou avérée serait une mise en résolution.

Afin de ne pas perturber les négociations actuelles et notamment de la position de la France, il est préférable que la question de l'amélioration de la liquidation judiciaire soit ouverte dans un second temps, lorsque les négociations européennes seront terminées.

⁹⁴ Voir en annexe n° 4 – État des lieux synthétisant le cadre légal actuel du redressement judiciaire, de la sauvegarde, de la conciliation et de la procédure de résolution applicable aux établissements de crédit.

⁹⁵ Articles L. 613-26 et L. 613-30-3 du CMF.

⁹⁶ Voir la proposition de la Commission européenne du 18 avril 2023, visant à adapter et à renforcer le cadre communautaire existant en matière de gestion des crises bancaires et de garantie des dépôts (CMDI).



VI. Recommandation pratique

L'article L. 613-27 du CMF prévoit que l'avis conforme de l'ACPR est requis pour l'ouverture envers un établissement de crédit aussi bien des procédures collectives que de la conciliation. Pour s'assurer que le tribunal de commerce ne prononce pas l'ouverture d'une de ces procédures sans suivre cet avis, **le groupe de travail recommande que cet avis (quelle que soit la procédure ouverte) soit également adressé au Procureur de la République**.⁹⁷ En effet, l'appel du Procureur de la République étant suspensif, l'ouverture de la procédure serait suspendue. C'est pourquoi l'information préalable du Procureur de la République permettrait de parer à toute éventualité.

Ainsi, le redressement judiciaire, contrairement aux procédures de sauvegarde et de conciliation, peut être ouvert sur assignation d'un créancier si l'établissement de crédit est en état de cessation des paiements. Il semble difficilement concevable qu'un établissement de crédit puisse se trouver dans une telle situation. En effet, cela impliquerait que, d'une part, l'ACPR, en tant qu'autorité de supervision, n'aurait pas anticipé la dégradation de la situation financière de l'établissement en question malgré les différents seuils présents dans la réglementation. De plus, cela signifierait également que l'établissement de crédit n'aurait pas fait part de ses difficultés en amont de la cessation des paiements alors même que conformément au I de l'article L. 613-49 du CMF, les personnes exerçant la direction effective d'un établissement de crédit doivent en informer le collège de supervision si elles considèrent que l'établissement est en état de défaillance avérée ou prévisible. En admettant toutefois qu'un tribunal de commerce ouvre, sans l'avis conforme de l'ACPR, une procédure de redressement judiciaire à l'encontre d'un établissement de crédit sur assignation d'un créancier, la publicité de la procédure⁹⁸ entraînerait probablement un retrait massif des dépôts par les déposants et donc accélérerait les difficultés de l'établissement de crédit. Pour éviter une telle situation, le CMF a prévu que, avant que le tribunal de commerce ne prononce l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, l'avis conforme du collège de résolution de l'ACPR soit requis.

Cette situation se retrouve moins pour les procédures de sauvegarde, de sauvegarde accélérée et de conciliation où un créancier ne peut pas demander l'ouverture de telles procédures. Toutefois, compte tenu des pouvoirs de supervision de l'ACPR envers les établissements de crédit, les mêmes articles du CMF prévoient également que, avant que le tribunal de commerce ne prononce l'ouverture d'une conciliation, d'une sauvegarde ou d'une sauvegarde accélérée, l'avis conforme du collège de supervision de l'ACPR soit requis (et non du collège de résolution de l'ACPR) afin d'assurer une bonne cohérence entre les mesures potentiellement prises par le collège de supervision et l'établissement de crédit qui ferait face à des difficultés.

⁹⁷ Cette recommandation s'applique aux trois procédures : au redressement judiciaire, à la sauvegarde judiciaire et à la conciliation.

⁹⁸ Article R. 621-8 du Code de commerce, applicable par renvoi de l'article R. 631-7 du Code de commerce.



PARTIE 3

Opportunité d'étendre les outils existants dont disposent les autorités de résolution bancaire compétentes pour contraindre les actionnaires et autres tiers

À la suite de la présentation des outils existants en matière de résolution bancaire et de l'étude des fondements et modalités juridiques de leur encadrement ayant fait l'objet des précédentes sections de ce rapport, la question se pose de savoir s'il serait opportun et possible d'un point de vue juridique, d'étendre ces outils existants, que ce soit pour contraindre les droits des actionnaires ou ceux d'autres tiers afin d'éviter une intervention publique, et dans l'affirmative quelles formes pourrait prendre cette extension.

À ce titre :

1. Serait-il possible de requérir des actionnaires existants qu'ils procèdent eux-mêmes à la recapitalisation d'un établissement en difficulté ?

L'instauration d'une telle prérogative pourrait notamment inciter les dirigeants et les actionnaires à détecter les difficultés plus en amont et ainsi éviter un soutien public.

2. La suspension des droits des tiers pourrait-elle être autorisée en amont du PONV, du FOLTF ou du placement en résolution notamment pour éviter les *banks runs* ?

La Directive BRRD prévoit déjà des mesures permettant de porter atteinte aux droits des tiers au stade du PONV, du FOLTF ou du placement en résolution⁹⁹. Le droit français ne le permet néanmoins pas en amont, c'est-à-dire au stade de l'intervention précoce, voire de la supervision (possibilité laissée aux États membres sous l'article 33 bis, paragraphe 9 de la Directive BRRD)¹⁰⁰.

⁹⁹ Voir Annexe n° 1 – Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français, B. « Restrictions aux droits des tiers pouvant être adoptées aux différents stades de gradation des difficultés financières » ci-dessous.

¹⁰⁰ Article 33 bis de la Directive BRRD : « 9. Le présent article est sans préjudice des dispositions du droit national des États membres accordant des pouvoirs permettant de suspendre des obligations de paiement ou de livraison des établissements et des entités visées au paragraphe 1 du présent article avant qu'il ait été constaté que la défaillance de ces établissements ou de ces entités est avérée ou prévisible conformément à l'article 32, paragraphe 1, point a), ou de suspendre les obligations de paiement ou de livraison des établissements ou entités qui doivent être liquidés dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité, et qui excèdent le champ d'application et la durée prévus au présent article. Ces pouvoirs sont exercés en conformité avec le champ, la durée et les conditions prévues dans la législation nationale applicable. Les conditions prévues au présent article s'entendent sans préjudice des conditions relatives à un tel pouvoir de suspension des obligations de paiement ou de livraison. »



La question se pose donc de savoir s'il peut être envisagé de prévoir des mesures temporaires qui restreindraient plus en amont du processus les droits des tiers.

Avant de s'interroger sur les formes que pourrait prendre l'extension des outils existants, que ce soit pour contraindre les droits des actionnaires ou ceux d'autres tiers, la première question à laquelle il convient de répondre est celle de la possibilité de procéder à cette extension, d'un point de vue juridique et en termes d'opportunité. Sur ce point, le groupe de travail tend à répondre par la négative, sur la base des développements présentés ci-dessous.

I. Obstacles juridiques à l'extension des outils existants et absence de nécessité d'y procéder au regard des différentes structures bancaires existantes en France

A - Le cas des banques tête de groupe avec actionnariat dispersé

L'introduction de mesures permettant au régulateur de contraindre les actionnaires d'un établissement de crédit à lui apporter un soutien en amont du placement en résolution engendrerait des difficultés juridiques au regard du principe de responsabilité limitée aux apports, du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre et du principe de sécurité juridique.

1. Les obstacles à l'extension issus du principe de responsabilité des actionnaires limitée aux apports dans les sociétés de capitaux

En vertu de l'article L. 225-1 du Code de commerce, les associés de sociétés anonymes, communément avec les autres sociétés par actions, ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Ainsi, l'associé ou actionnaire n'est pas tenu au-delà de ses engagements, même en cas d'insuffisance d'actifs de la société pour faire face à son passif. On notera également que l'article 1836 du Code civil pose un principe d'intangibilité des engagements de l'actionnaire, qui ne peuvent être augmentés sans son consentement¹⁰¹.

Plusieurs situations sont parfois présentées comme des exceptions au principe de responsabilité limitée aux apports. C'est le cas, par exemple, de la responsabilité des associés quant à la valeur des apports en nature (article L. 223-9 du Code de commerce), la responsabilité des dirigeants dans le cadre d'une procédure collective en cas de faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif (article L. 651-2 du Code de commerce), les cas de non-respect d'obligations fiscales (article L. 267 du Livre des procédures fiscales), ou encore les situations où l'associé ou actionnaire se porte caution d'engagements de la société.

¹⁰¹ Voir annexe n° 7 – Principe d'intangibilité des engagements de l'actionnaire.



Une analyse de ces cas permet de conclure qu'il ne s'agit toutefois pas d'exceptions au principe de la responsabilité limitée aux apports mais, soit de son application équitable, soit de situations proches mais différentes où c'est au titre d'un autre rôle, bien distinct de celui d'actionnaire, que se fonde l'obligation au-delà de l'apport.

Dans le cas de la responsabilité liée à la valeur des apports en nature, cette responsabilité est fondée sur l'erreur quant à la valeur effectivement apportée par rapport à la valeur prétendument apportée. La valeur des apports en nature devient incontestable en cas de certification par un tiers, le commissaire aux apports. L'unanimité des futurs associés peut décider de se passer de ce tiers de confiance. Il est normal que cette collectivité assume donc la responsabilité de ce choix et soit engagée à hauteur de la valeur déclarée de cet apport et non pas à la hauteur de la valeur réelle de cet apport en cas d'écart. C'est donc plus une déclinaison de la responsabilité pour faute volontaire ou négligence qu'une exception au principe de limitation de la responsabilité aux apports.

Dans le cas de la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, la responsabilité fiscale de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales et la responsabilité de la caution, la responsabilité qui en découle ne s'applique pas à la personne en sa qualité d'actionnaire mais, dans les deux premiers cas, à son statut de dirigeant et, dans le troisième, à son statut de caution.

Nous pouvons donc en conclure que le principe de responsabilité limitée aux apports est un principe absolu en droit français.

Par ailleurs, il faut souligner que le caractère absolu du principe de responsabilité limitée aux apports assure la sécurité des investisseurs et donc favorise les investissements. L'introduction d'un pouvoir au bénéfice de l'autorité compétente de contraindre les actionnaires à participer aux pertes, au-delà de leurs apports et en amont du placement en résolution, doit s'inscrire dans cet impératif d'assurer la sécurité juridique et la prévisibilité du règlement des litiges en cas de conflit¹⁰² et ne semble donc pouvoir être justifiable que sur la base d'une responsabilité pour faute imputable aux actionnaires. Dans l'hypothèse d'une société cotée en bourse, serait-il légitime de réclamer la contribution d'actionnaires personnes physiques ou de salariés actionnaires via leur fonds d'épargne salariale ? Ce type d'hypothèse ne nous semble envisageable que dans la mesure où l'actionnaire détiendrait un contrôle suffisant sur la société dont l'exercice défaillant pourrait s'apparenter à une faute dont les préjudices en résultant (lien de causalité) pourraient faire l'objet d'une réparation.

¹⁰² « La règle de droit, pour quelle finalité ? », Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, à l'occasion du colloque Claude Erignac sur le thème « L'État de la République : quelle démocratie pour demain ? », 28 septembre 2017.



2. Les obstacles à l'extension issus du droit de propriété (*a minima*, des actionnaires existants)

Selon l'article 544 du Code civil, le droit de propriété¹⁰³ comprend le droit de jouir mais aussi de disposer des choses de la manière la plus absolue, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un usage prohibé. Pour l'actionnaire, cela suppose habituellement une liberté dans la manière de disposer de ses biens et dans la décision d'en transférer la propriété ou de les affecter au paiement d'une dette.

L'introduction d'un pouvoir du régulateur de contraindre les actionnaires à participer aux pertes au-delà de leurs apports et en amont du placement en résolution aurait pour effet d'exiger d'un actionnaire qu'il affecte une partie de son patrimoine à un objectif qu'il n'a pas librement choisi. Cela porterait ainsi atteinte au droit de propriété¹⁰⁴, *a minima* pour les actionnaires existants puisque cette obligation, certes aléatoire, n'existait pas au moment où ils ont acquis leurs actions et ils n'y auront donc pas librement consenti.

3. Les obstacles à l'extension issus de la liberté d'entreprendre

La liberté d'entreprendre est un principe qui résulte de l'article 4 de la DDHC tandis que l'article 16 de la Charte consacre la liberté d'entreprise. Au titre de la liberté d'entreprendre, le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion de confirmer¹⁰⁵ que la loi ne peut limiter la possibilité pour l'entreprise de cesser son activité aux situations où sa pérennité est en cause. Si les principes de valeur constitutionnelle reconnus affirment le droit de cesser une activité pérenne, il est difficile d'envisager que puisse être admis, sans contradiction avec ce principe, l'obligation de continuer une activité dont la pérennité est en péril. Ainsi, un pouvoir conféré aux autorités compétentes contraignant les actionnaires à contribuer aux pertes au-delà de leurs apports pour faciliter la continuité d'activité de l'établissement semble être directement contraire au principe de valeur constitutionnelle et européen de la liberté d'entreprendre¹⁰⁶.

¹⁰³ Voir Partie 1, Section I. « Le droit de propriété garanti par la Charte, le Protocole n° 1 de la CEDH et la Constitution : encadrement de l'atteinte au droit de propriété par une balance entre intérêt privé et public et un caractère proportionné de l'atteinte » ci-dessus.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Dans sa décision du 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, le Conseil constitutionnel s'oppose à ce que le régulateur « substitu[e] son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles » (pt. 49). Le fait de limiter la possibilité pour l'entreprise de cesser son activité aux situations où sa pérennité est en cause porte une atteinte manifestement excessive à la liberté d'entreprendre.

¹⁰⁶ Quant à l'article 16 de la Charte, la CJUE a rappelé dans un arrêt du 16 juillet 2020 (CJUE, 16 juillet 2020, OC e.a., C-686/18) que pour être valides les limitations à la liberté d'entreprendre doivent être prévues par la loi, respecter le contenu essentiel de ces droits et libertés et, dans le respect du principe de proportionnalité, être nécessaires et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.



B - Le cas des filiales de groupe bancaires et le soutien intragroupe

L'introduction de mesures permettant aux autorités compétentes de contraindre une entité d'un groupe bancaire à apporter un soutien à une autre entité du groupe soulèverait des difficultés juridiques au regard de l'intérêt social.

L'exigence que la société soit « *gérée dans son intérêt social* » est affirmée par l'article 1833 alinéa 2 du Code civil. Concernant l'apport d'un concours financier d'une société à une autre société du même groupe, la Cour de cassation a décidé que (i) celui-ci devait être dicté par un intérêt (économique, social, financier) commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe, (ii) qu'il ne pouvait être dépourvu de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées et (iii) qu'il n'excède pas les possibilités financières de la société qui en porte la charge¹⁰⁷. À défaut, la responsabilité des dirigeants de la société mère peut être recherchée pour abus de biens sociaux¹⁰⁸. L'introduction d'un pouvoir du régulateur de contraindre une entité du groupe à en aider une autre devrait être articulée avec cette conception de l'abus de biens sociaux.

De manière générale, afin d'identifier un intérêt pour une société à apporter un soutien financier à une autre société du groupe, devraient être retenus des critères d'appréciation similaires à ceux retenus par la Directive BRRD comme condition préalable à la mise en œuvre d'accords intragroupes de soutien financier préexistants tels que : le fait qu'il y ait une perspective raisonnable que cela préserve ou rétablisse la stabilité financière de l'ensemble du groupe ; le fait que l'entité fournissant le soutien agisse aux mieux de ses intérêts et ait la perspective raisonnable d'obtenir

¹⁰⁶ (suite) (point 86). Elle a considéré que « les objectifs consistant à assurer la stabilité du système bancaire et financier ainsi que d'éviter un risque systémique constituent des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union » (point 92) permettant de justifier une restriction de la liberté d'entreprise. Plus précisément, elle a estimé que la réglementation nationale prévoyant une faculté de limiter le remboursement des actions en cas de retrait d'un associé, qui vise à satisfaire à une condition consacrée par le Règlement CRR, à supposer qu'elle soit considérée comme limitant la liberté d'entreprise, pouvait être ainsi justifiée dans la mesure où elle n'empêchait pas l'exercice de l'activité bancaire. Mais elle n'a dès lors pas eu l'opportunité de préciser le contenu essentiel de la liberté d'entreprendre. Cette jurisprudence de la CJUE n'est donc pas conclusive sur ce point et nous ne pouvons donc en la matière que se reporter la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. La CJUE a par ailleurs ajouté que les règles européennes « sont de nature à assurer la bonne gouvernance dans le secteur bancaire coopératif, la stabilité de ce dernier ainsi qu'un exercice prudent de l'activité bancaire, contribuent à éviter une défaillance des établissements concernés, voire un risque systémique, et, par conséquent, à garantir la stabilité du système bancaire et financier » (point 91).

¹⁰⁷ Cass. Crim. 4 février 1985, n° 84-91.581 ; Cass. Crim. 27 nov. 2013, n° 12-84.804.

¹⁰⁸ Articles L. 241-3 et L.242-6 du Code de commerce. L'abus de biens sociaux est défini comme « le fait pour un gérant de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement » (Cass. Crim. 27 novembre 2013, n° 12-84.804).



une contrepartie (rapport entre avantages directs ou indirects, risques et coûts) ; le fait que l'apport du concours financier ne compromette pas la résolvabilité de l'entité fournissant le soutien ou son respect des exigences de fonds propres, de liquidité ou concernant les grands risques¹⁰⁹. La conformité à ces critères devrait être vérifiée au moyen d'une analyse approfondie de l'entité bénéficiaire et de l'entité fournissant le soutien, au cas par cas.

Il semble difficile qu'une société démontre qu'elle a obtenu une contrepartie en échange de sa contribution aux pertes et notamment que l'entité du groupe bénéficiaire paiera la contrepartie du soutien reçu et, si le soutien est octroyé sous la forme d'un prêt, qu'elle le remboursera, si, par exemple, l'objectif de ce concours financier est de favoriser le transfert de la société hors du groupe. Dans ce cas, un prêt avec obligation de remboursement n'améliorera que de façon marginale la situation de l'entité cédée et par ailleurs la cession de l'entité laisse échapper toute chance de retour sur investissement voire au paiement de la contrepartie du soutien reçu, sauf à bénéficier d'un droit de priorité sur le profit issu de la cession, profit très hypothétique si l'on considère que la plupart du temps ces cessions interviennent pour une somme symbolique.

C - Le cas des groupes bancaires mutualistes

Un groupe bancaire mutualiste est structuré sous la forme d'un groupe de sociétés au sein duquel un organe central exerce sur ses « *affiliés* », en vertu de la loi, des missions et prérogatives exorbitantes du droit commun en contrepartie du contrôle de cet organe central par les affiliés. Pour les besoins de la présente section, « **groupe bancaire mutualiste** » ou « **groupe** » désigne l'organe central et les établissements y étant liés par un lien d'affiliation.

L'article L. 511-30 du CMF désigne nommément les organes centraux des trois groupes mutualistes français¹¹⁰. L'article L. 511-31 du même Code, après leur avoir donné pour mission de représenter le réseau (devant s'entendre comme le groupe bancaire mutualiste) auprès des autorités de supervision, définit la finalité de leurs prérogatives comme étant de veiller à la cohérence du réseau et de s'assurer du fonctionnement des établissements affiliés, et précise les prérogatives découlant de ces missions :

¹⁰⁹ Des critères similaires sont retenus pour le soutien financier intragroupe par les articles 19 et 23 de la Directive BRRD, ainsi que par les articles 33 à 36 du Règlement délégué (UE) 2016/1075 – voir annexe n° 8 – Accords de soutien financier de groupe.

¹¹⁰ Article L. 511-30 du CMF : « Pour l'application des dispositions du présent Code relatives aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, sont considérées comme organes centraux : Crédit agricole S.A., l'organe central de caisses d'épargne et des banques populaires, la Confédération nationale du Crédit Mutuel. ».



« [...] Ils sont chargés de veiller à la cohésion de leur réseau et de s'assurer du bon fonctionnement des établissements et sociétés qui leur sont affiliés. À cette fin, ils prennent toutes mesures nécessaires, notamment pour garantir la liquidité et la solvabilité de chacun de ces établissements et sociétés comme de l'ensemble du réseau. Ils peuvent également décider d'interdire ou de limiter la distribution d'un dividende aux actionnaires ou d'une rémunération des parts sociales aux sociétaires des établissements de crédit, des sociétés de financement ou des entreprises d'investissement qui leur sont affiliés. [...] »

L'article L. 511-31 du CMF instaure un mécanisme légal de solidarité financière entre les membres du groupe bancaire mutualiste, qui oblige les organes centraux à prendre « toutes mesures nécessaires », sans définir de manière limitative les mesures dont il s'agit.

L'existence de ce mécanisme légal de solidarité financière, applicable tant en amont du placement en résolution que dans le cadre de cette dernière, rend sans objet pour les groupes bancaires mutualistes, la question de l'extension des outils existants aux fins de permettre aux actionnaires d'un établissement de crédit de venir au soutien d'un membre du groupe en difficulté.

1. Champ du mécanisme légal de solidarité financière

Les organes centraux des groupes bancaires mutualistes peuvent notamment mobiliser les disponibilités et les fonds propres des membres du groupe pour restaurer la liquidité et la solvabilité d'un membre en difficulté et/ou de l'ensemble du groupe.

Ainsi, les organes centraux de groupes bancaires mutualistes ont, en application des dispositions de l'article L. 511-31 du CMF, l'obligation de mettre en œuvre la solidarité financière au profit d'entités du groupe qui se trouveraient en difficulté, pour leur permettre de recevoir le soutien de l'organe central et des autres entités contributrices du groupe. La garantie de liquidité et de solvabilité prévue à l'article L. 511-31 du CMF ne résulte ainsi pas d'une obligation contractuelle mais d'une obligation légale qui s'impose à l'organe central ainsi qu'aux membres du groupe. Cette différence de nature entraîne de nombreuses conséquences :

- l'organe central n'agit pas comme garant, mais comme « régulateur » utilisant des pouvoirs de nature administrative. En effet, cette obligation légale s'inscrit dans le cadre de la mission de service public dont sont investis les organes centraux, qui consiste à assurer le « maintien de la stabilité financière et à l'exercice du contrôle prudentiel » des établissements de leur groupe¹¹¹.

¹¹¹ Avis n° 351.706 du Conseil d'État - Assemblée générale (section des finances) - en date du 4 juin 1992, réponse à la question 4.



Dans le cadre de cette mission, la mise en œuvre par l'organe central du mécanisme de solidarité financière oblige les membres du groupe à fournir un soutien proportionné aux besoins pour restaurer la situation financière des membres en difficulté, en vue d'assurer la sauvegarde de l'intérêt des déposants et des épargnants¹¹². La nécessité d'appeler les membres du groupe au soutien d'un ou plusieurs autres membres en difficulté, en vue d'assurer la protection des déposants et des épargnants des membres concernés, constitue un motif d'intérêt général ou un intérêt légitime. Ce motif est à prendre en compte pour interpréter l'obligation de garantie de la liquidité et de la solvabilité dont est chargé l'organe central et justifier dans des circonstances exceptionnelles la mise en commun de la totalité des fonds propres et des liquidités des membres du groupe ;

- pour mettre en œuvre la solidarité financière, les organes centraux prennent des décisions contraignantes vis-à-vis des membres du groupe, lesquels sont tenus d'y déférer ;

- aucune modalité de mise en œuvre de la garantie n'est à prévoir, notamment via l'établissement d'une convention de garantie. Bien au contraire, l'organe central conserve toute liberté pour organiser les mesures nécessaires pour atteindre l'objectif qui lui est imposé. Ainsi, il peut anticiper sur les incidents, prendre des mesures (notamment, financements spécifiques, rachat ou vente d'actifs) permettant de dégager des moyens au profit de l'établissement affilié dans des conditions plus favorables que le désintéressement de créanciers qui résulterait d'une garantie contractuelle après survenance d'un incident. L'organe central a notamment comme prérogative particulière le pouvoir de procéder à la fusion de plusieurs membres de son groupe en application de l'article L. 511-31 du CMF, une telle fusion réalisant de fait une mutualisation des actifs et des passifs des membres du groupe ainsi fusionnés ;

- à noter que les pouvoirs de l'organe central s'exercent, aux termes de l'article L. 511-31 du CMF « *nonobstant toutes dispositions ou stipulations contraires* », donnant ainsi une marge de manœuvre étendue à l'organe central ;

- en outre, le Conseil d'État, dans son avis n° 351.706 du 4 juin 1992, indique que les organes centraux peuvent ainsi décider, « *si cette mesure est appropriée, de constituer un fonds de garantie*

¹¹² Voir notamment les travaux parlementaires relatifs à la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui présentent les prérogatives de puissance publique confiées aux organes centraux comme étant la conséquence « du principe fondateur de solidarité entre les établissements de crédit qui constituent le groupe afin de garantir la sécurité de tous les épargnants » (Assemblée nationale, avis n° 3778 présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en date du 25 mai 2016). Voir également les travaux parlementaires relatifs à la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière qui présentent les dispositifs des organes centraux comme assurant « une protection indirecte des déposants en tant qu'ils visent à éviter 1a « défaillance d'un établissement de crédit affilié », concluant que « la protection des déposants est donc de nature préventive : elle est quasi-automatique et n'est pas plafonnée » (Assemblée nationale, rapport n° 1420 (1999), tome II fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan du 3 mars 1999). Voir enfin les travaux parlementaires relatifs au décret-loi du 28 septembre 1935 concernant l'organe central du Crédit Agricole et à la loi n° 2009-715 du 18 juin 2009 sur l'organe central des caisses d'épargne et des banques populaires.



et de fixer les modalités de son financement à la charge des établissements ». La constitution de tels fonds a d'ailleurs été consacrée par la loi dans les dispositions législatives particulières à certains groupes bancaires mutualistes ;

- la question du « coût » de cette garantie ne se pose en outre pas. Il ne s'agit pas en effet de rémunérer un engagement conventionnel de garantie par l'organe central au profit d'un établissement affilié, mais d'organiser les modalités de garanties intra-groupe.

La résolution des groupes bancaires mutualistes se fonde sur la reconnaissance de la solidarité en résolution, reconnaissance qui implique de considérer que la solidarité légale ne prend pas fin avec le déclenchement de la résolution et que ses effets doivent être pris en compte dans les actions de résolution opérées au sein du groupe d'affiliation. L'ensemble formé par l'organe central et ses affiliés, bien que composé d'entités ayant une personnalité juridique distincte, est considéré comme un tout du point de vue de la résolution, comme si cet ensemble ne formait qu'une seule personne morale disposant d'un patrimoine unique. Ce régime de résolution des groupes mutualistes est basé sur trois grands principes :

- les conditions d'une procédure de résolution sont examinées au niveau de l'ensemble formé par l'organe central et de ses affiliés et les actions en résolution qui en découlent sont prises de manière coordonnée à l'égard de l'organe central et de l'ensemble des affiliés ; le déclenchement de la résolution ne peut pas être opéré au niveau d'une entité membre du périmètre d'affiliation, supposant que la solidarité légale ait déjà joué et qu'elle n'ait pas été suffisante pour prévenir l'atteinte du PONV, c'est-à-dire que chacun des membres du groupe bancaire mutualiste n'ait plus assez d'excédents de fonds propres pour remédier à la situation¹¹³ ;

- l'outil de renflouement interne (*bail-in*) est appliqué de manière coordonnée : les détenteurs de titres de capital et les créanciers de même rang ou jouissant de droits identiques en liquidation sont traités de manière égale, proportionnellement à leurs créances admises, quelle que soit l'entité concernée, affiliés et organe central confondus¹¹⁴ ;

- le respect du principe du *NCWO* est assuré par la prévision de dispositions correspondantes en liquidation judiciaire ; l'état de cessation des paiements ne peut être déclaré qu'à l'égard de l'organe central et de l'ensemble des affiliés, cette déclaration supposant qu'aient été préalablement mises en œuvre les mesures découlant de l'article L. 511-31 du CMF¹¹⁵ ; un liquidateur unique

¹¹³ Article L. 613-49-1 V du CMF.

¹¹⁴ Article L. 613-55-5 II du CMF.

¹¹⁵ Article L. 613-26 du CMF.



est ensuite désigné pour l'ensemble constitué de cet ensemble, respectivement par l'ACPR et le tribunal ; ces liquidateurs mettent en œuvre de façon coordonnée la procédure de liquidation et les dispositions du Code de commerce relatives à la liquidation des établissements de crédit ne font pas obstacle à la mise en œuvre par ces liquidateurs des pouvoirs de l'organe central prévus à l'article L. 511-31 du CMF¹¹⁶.

2. Limites à l'exercice de ses missions par l'organe central dans le cadre du mécanisme légal de solidarité financière

À la lettre de l'article L. 511-31 du CMF, l'exercice de ces prérogatives n'est encadré par aucune limite, restriction ou dérogation.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que le dispositif interne de solidarité du Groupe Crédit Mutuel, mettant en œuvre au sein du groupe les dispositions de l'article L. 511-31 du CMF, ne portait pas atteinte au droit de propriété du Crédit Mutuel Arkéa car les transferts de fonds prévus dans ce dispositif interne de solidarité « *ne [pouvaient] excéder les capacités contributives des entités appelées en soutien et [étaient], en principe, remboursés et rémunérés* ». ¹¹⁷

Toutefois, le Conseil d'État a récemment précisé que les pouvoirs dévolus à l'organe central ne le sont qu'à la seule fin de « *garantir la stabilité financière [du groupe] et la protection des déposants et sociétaires* », et doivent être conciliés avec l'autonomie de ses affiliés¹¹⁸. L'organe central peut donc prendre des mesures contraignantes dans une large gamme de domaines (finances, risques, conformité, juridique) à condition que celles-ci :

- poursuivent un but rattachable à cette finalité ;
- respectent l'autonomie des établissements composant le réseau ; et
- soient proportionnées à l'objectif poursuivi.

D - Le cas des banques détenues par un actionnaire public

Considérer la mise en place, par le législateur, d'un pouvoir de l'autorité compétente nationale permettant d'exiger la recapitalisation par les actionnaires d'un établissement de crédit en difficulté (avant que celui-ci n'ait atteint le point de défaillance avérée ou probable, le FOLTF) – par exemple,

¹¹⁶ Article L. 613-29 du CMF.

¹¹⁷ CE, 9 mars 2018, n° 405047, Crédit Mutuel Arkéa et autres, confirmé par CJUE, 2 octobre 2019, Crédit Mutuel Arkéa contre BCE.

¹¹⁸ CE, 27 janvier 2023, Crédit Mutuel Arkéa et autres.



en rendant contraignante « *l'invitation du gouverneur de la Banque de France* » prévue à l'article L. 511-42 du CMF¹¹⁹, devrait se faire en prenant en considération les contraintes supplémentaires spécifiques se posant dans un contexte d'actionnariat public.

En effet, dans ce cas de figure, la complexité d'application d'une telle mesure, induite par la multiplicité des coopérations (et autorisations) nécessaires entre autorités françaises et européennes et par les analyses juridico-économiques poussées qui devraient être produites par l'établissement et examinées dans un laps de temps limité par les autorités, tend à pointer, aux yeux du groupe du travail, vers une absence de nécessité d'une telle réforme, faute de praticabilité.

Si la Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit (la « **Loi Bancaire** ») prévoyait que les actionnaires publics puissent également faire l'objet d'une invitation du gouverneur de la Banque de France à soutenir leurs filiales bancaires, au même titre que les actionnaires privés, deux pans importants du droit européen, qui se sont étoffés depuis, interfèrent avec la possibilité de soutien public à un établissement de crédit : le droit des aides d'État, sous le contrôle de la Commission européenne, d'une part¹²⁰ et l'Union bancaire, d'autre part (avec la création des mécanismes de surveillance unique et de résolution unique et d'un corpus de règles substantielles (*Single rulebook*))¹²¹.

Ainsi, la Directive BRRD¹²² prévoit qu'en principe, l'apport d'un soutien financier public à un établissement de crédit en difficulté doit aboutir à la reconnaissance par le superviseur de son statut de FOLTF et, partant, de sa mise en liquidation (ou résolution, le cas échéant)¹²³.

¹¹⁹ Voir annexe n° 1 – Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français, B. « Restrictions aux droits des tiers pouvant être adoptées aux différents stades de gradation des difficultés financières ».

¹²⁰ Jusqu'en 2008, la Commission évaluait la compatibilité des aides d'État en faveur des banques en difficulté de la même manière que les aides aux entreprises en difficulté financière dans d'autres secteurs économiques. Avec la survenue de la crise financière, de nouvelles règles en matière d'aides d'État, spécifiques au secteur financier, ont été adoptées entre 2008 et 2013 dans le cadre d'une série de communications de la Commission, utilisant l'article 107, paragraphe 3, b), du TFUE comme base juridique (dérogation pour les aides compatibles avec le marché intérieur, destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre).

¹²¹ La mise en place de l'Union bancaire a créé des interdépendances entre, d'une part, l'exercice des aides d'État contrôlé exercé par la Commission et, d'autre part, les décisions et actions des superviseurs bancaires et autorités de résolution. En particulier, le cadre de résolution bancaire de l'Union européenne a introduit de nouveaux outils pour faire face aux banques défaillantes, tout en préservant la stabilité financière et en reconnaissant le rôle du contrôle des aides d'État.

¹²² Article 32, paragraphe 4, d), de la Directive BRRD.

¹²³ Ainsi, depuis l'introduction de la Directive BRRD, les aides d'État aux banques défaillantes ne peuvent, en principe, être accordées que si la banque était soumise à une procédure de liquidation/résolution.



Le soutien d'actionnaires publics par recapitalisation d'une filiale bancaire, dans une visée prudentielle¹²⁴ ne peut, dès lors, intervenir que dans certains cas limités, qui sont à distinguer en fonction du caractère plus ou moins imminent du besoin de fonds propres, de la viabilité structurelle de la banque, de la possibilité d'une recapitalisation préventive autorisée par la Directive BRRD (c'est-à-dire, sans emporter la mise en liquidation ou résolution de l'établissement en difficulté, en présence de besoin de fonds propres révélés à l'occasion d'un test de résilience ou d'une revue de la qualité des actifs par les autorités nationales ou européennes et afin d'empêcher ou de remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre et de préserver la stabilité financière)¹²⁵.

60. En cas d'absence d'insuffisance immédiate de fonds propres et de problème structurel de viabilité de l'établissement, le test dit « *d'investisseur avisé* »¹²⁶, permet d'établir que l'actionnaire public s'est conduit comme un opérateur de marché classique l'aurait fait, et ainsi, d'écarter la qualification en aide d'État (par exemple, intervention en cas de franchissement du P2G¹²⁷ ou face à un changement réglementaire induisant des fonds propres supplémentaires – l'apport en capital vise à conforter la situation prudentielle de la banque et ne constitue pas une aide, dès lors qu'elle apporte à l'actionnaire public une rentabilité conforme aux exigences du marché). La Commission doit être informée ou consultée au préalable¹²⁸, l'absence de statut FOLTF étant, par ailleurs, appréciée par la BCE et le CRU¹²⁹.

¹²⁴ Par opposition à une visée de développement stratégique de l'établissement de crédit.

¹²⁵ La recapitalisation préventive est ainsi la seule exception autorisée par la Directive BRRD à apporter un soutien public à une banque hors liquidation / résolution. À noter que, pour le CRU, la possibilité que les difficultés d'une ou plusieurs banques mènent à une perturbation de l'économie d'un État membre a considérablement diminué en raison de l'introduction du Single Rulebook (et en particulier grâce aux exigences de fonds propres, de liquidité et de MREL) et des deux piliers de l'union bancaire (MSU et MRU) (cf. Avis du CRU sur la revue de la Communication sur les aides d'État dans le secteur bancaire : Single Resolution Board response - Evaluation of State Aid Rules for Banks in Difficulty - Targeted consultation, 6 juillet 2022, p. 51

Cela est sans préjudice, dans le cas des aides aux banques publiques de développement au sens du CRR, d'une éventuelle invocation auprès de la Commission de l'article 107, paragraphe 3, b), du TFUE prévoyant que sont compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

¹²⁶ Le test d'investisseur avisé exige la production d'analyses internes justifiant d'hypothèses robustes et prudentes et du taux de rendement interne attendu, au regard de la situation de la banque et des conditions de marché à date.

¹²⁷ Voir annexe n° 1 – Panorama législatif et réglementaire du traitement des difficultés financières des établissements de crédit en droit français, A. « Préventions des difficultés », 1. « Les mesures disponibles en amont de la résolution » - Les mesures de Pilier 2.

¹²⁸ Article 108, paragraphe 3, du TFUE.

¹²⁹ La BCE, après consultation du CRU, détermine si une banque est en faillite ou est susceptible de le devenir (FOLTF). Toutefois, le CRU peut procéder, seul, à une telle évaluation, après avoir informé la BCE de son intention et uniquement si la BCE ne procède pas, en retour, à une pareille évaluation dans un délai de trois jours calendaires à compter de la réception de cette information.



61. En cas de stress prévisible et avéré en lien avec une insuffisance imminente de fonds propres, il convient de distinguer deux cas de figure où la banque n'aurait pas vocation à être déclarée en FOLTF en cas d'apport d'un soutien public :

- soit parce que, à nouveau, l'actionnaire public pourrait la recapitaliser dans une logique « *d'investisseur avisé* » (un scénario possible serait d'éviter des difficultés éventuelles comme une insuffisance de fonds propres caractérisée par un franchissement des exigences au titre du pilier 2 (*Pillar 2 requirements* ou « **P2R** »), sans toutefois problème de viabilité structurelle de la banque). La recapitalisation doit alors faire l'objet d'une notification et autorisation préalable de la Commission¹³⁰, l'absence de statut FOLTF devant, par ailleurs, être confirmée par la BCE et le CRU);
- soit parce que la recapitalisation préventive pourrait intervenir dans les conditions de l'exception à la prohibition du soutien public avant liquidation / résolution, permise par l'article 32, paragraphe 4, de la Directive BRRD (besoin de fonds propres révélé à l'occasion d'un test de résilience par les autorités ou d'une revue de la qualité des actifs, l'intervention étant nécessaire afin d'empêcher ou de remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre et de préserver la stabilité financière). L'autorisation par la Commission (et non le CRU) est nécessaire¹³¹ avant de procéder à la recapitalisation, sous réserve de l'absence de détermination FOLTF par le CRU et la BCE (la banque doit ainsi être viable et solvable).

En revanche, si l'établissement est dans une situation laissant apparaître un problème de viabilité structurelle et n'est plus solvable, celui-ci a vocation à être reconnu en FOLTF et un soutien en amont de la résolution par l'actionnaire ne serait plus faisable.

¹³⁰ L'opération étant plus susceptible de constituer une aide d'État que dans les cas de figure précédents et de tomber sous le coup pour toute recapitalisation d'une notification et une autorisation préalable par la Commission (Communication de la Commission concernant l'application, à partir du 1^{er} août 2013, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière (« Communication concernant le secteur bancaire »), 216/01, JOUE du 30 juillet 2013, paragraphe 50).

¹³¹ La Commission examine si (i) l'aide est nécessaire pour remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre et préserver la stabilité financière (cf. §19); (ii) accordée à des prix et conditions qui ne confèrent pas un avantage indu à l'établissement (cf. §9); (iii) limitée aux établissements solvables (non FOLTF : respectant les conditions de l'article 32, paragraphe 4, a), b) ou c) de la Directive BRRD – conforme aux conditions de l'agrément, viable et solvable) (paragraphe 65); (iv) approbation finale en vertu du cadre des aides d'État (paragraphe 50) y compris l'exigence d'un plan de restructuration (voir infra annexe n° 1, C. 1) « Instruments de résolution relevant de la compétence de l'État : les instruments de stabilisation financière de l'État »); (v) un caractère préventif et temporaire (l'aide ne sert pas à couvrir des pertes passées mais à anticiper des pertes futures) (paragraphe 50); (vi) proportionnée à la réparation d'une perturbation grave de l'économie de l'État membre (paragraphe 3); (vii) l'aide ne doit pas être utilisée pour compenser des pertes que l'institution a subies ou est susceptible de subir dans un avenir proche (les pertes résultant du scénario de base d'un test de résistance doivent être couvertes par des fonds privés) (paragraphe 29) ; (viii) l'aide est limitée aux injections nécessaires pour combler les insuffisances de fonds propres constatées dans les tests de résistance des autorités nationales ou européennes, des examens de qualité des actifs, sans aller au-delà (paragraphe 29); (ix) les circonstances de l'article 32, paragraphe 4, a), b), ou c) de la Directive BRRD et celles de l'article 59, paragraphe 3, de la Directive BRRD, ne sont pas réunies.



En somme, dans un contexte d'actionnariat public, l'exercice d'une « *invitation du gouverneur* » renforcée ne pourrait se faire que sous des contraintes procédurales et temporelles significatives, afin d'assurer la coopération nécessaire avec les autorités nationales et européennes, qui doivent intervenir pour vérifier l'absence de statut FOLTF (rôle des superviseurs pruden tiels / de résolution), ainsi que, le cas échéant, soit la présence d'hypothèses suffisamment robustes et prudentes et d'un taux de rendement attendu dignes d'un investisseur avisé ; soit les conditions d'une recapitalisation préventive sous les règles de la Directive BRRD et de la Communication de 2013 de la Commission européenne sur les aides dans le secteur bancaire¹³² (contrôle, dans les deux cas, ex ante et/ou ex post par la Commission européenne)¹³³.

À cet égard, la mise en œuvre d'une injonction aux actionnaires publics à soutenir leur filiale donnerait donc lieu à plusieurs éléments d'insécurité juridique, qui tiendraient au fait, alternativement, que le test de l'investisseur avisé ne soit finalement pas rempli et retoqué, *ex ante* ou *ex post*, par la Commission ; que la banque soit déclarée FOLTF avant que la Commission n'ait délivré son autorisation¹³⁴ ; ou bien que les conditions pour la recapitalisation préventive prévues par la Directive BRRD ne soient pas validées par la Commission européenne.

Dans les faits, il est, en outre, difficile d'apprécier dans quelle circonstance l'actionnaire public attendrait, pour apporter son soutien, que le gouverneur de la Banque de France lui enjoigne la mesure appropriée d'un opérateur agissant comme un investisseur avisé, au vu des enjeux réputationnels sous-tendant une telle logique.

Enfin, s'agissant de banques publiques de développement, en présence d'un engagement donné par les actionnaires publics à « *préserver la base économique* » et à « *garantir la viabilité financière* » de l'établissement¹³⁵, l'ajout d'un pouvoir de contrainte du superviseur sous l'article L. 511-42 du

¹³² Voir note 119, *supra*.

¹³³ Comme le note la Cour des comptes européenne, « le rôle de la Commission en tant que contrôleur des aides d'État ne peut être considéré isolément en ce qui concerne le secteur financier. La Commission n'est qu'un maillon important d'une chaîne. Une chaîne qui comprend également les États membres qui décident de soutenir une banque, la direction de la banque, les auditeurs externes, les superviseurs bancaires et les autorités de résolution, qui ont tous un rôle à jouer. », European Court of Auditors, Special Report 21/2020, « Control of State aid to financial institutions in the EU: in need of a fitness check », p. 14.

¹³⁴ Voir les exemples de Banca Popolare di Vicenza et Veneto Banca (Communiqué de presse de la Commission européenne du 25 juin 2017, « Aides d'État: la Commission autorise l'aide à la sortie du marché de Banca Popolare di Vicenza et de Veneto Banca dans le cadre du droit italien en matière d'insolvabilité, y compris la vente de certaines activités à Intesa Sanpaolo »). Voir également à ce sujet : « Precautionary recapitalisations under the Bank Recovery and Resolution Directive : conditionality and case practice », European Parliament Briefing (IPOL-EGOV), 2017, p. 6.

¹³⁵ Conformément à l'article 3, paragraphe 27, du Règlement Délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 octobre 2014 complétant la Directive BRRD en ce qui concerne les contributions ex ante aux dispositifs de financement pour la résolution et de l'article 429 bis, paragraphe 2, du Règlement CRR.



CMF semblerait d'autant moins utile, au vu des risques et enjeux réputationnels manifestes, pour l'actionnaire public, à ne pas apporter son soutien.

Il ressort de ce qui précède que l'introduction de mesures permettant au régulateur de contraindre les actionnaires d'un établissement de crédit à lui apporter un soutien en amont du placement en résolution se heurterait à un certain nombre d'obstacles juridiques et s'avérerait inadaptée voir inopportune pour l'ensemble des modèles bancaires français :

- l'extension des outils existants se heurterait à un certain nombre de principes juridiques, dont certains de valeur constitutionnelle : la responsabilité limitée aux apports, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre qui sont des principes cardinaux du fonctionnement des banques tête de groupe dotées d'un actionnariat dispersé, ou au principe directeur que constitue, au sein d'un groupe bancaire, l'intérêt social propre de chacune des sociétés qui le compose ;
- l'extension des outils existants semblerait duplicative dans le cadre des groupes bancaires mutualistes au sein desquels le mécanisme de solidarité légale poursuit déjà la même fin et fait l'objet d'un régime dédié, notamment en résolution ;
- les accords intragroupes peuvent être mobilisés volontairement mais seront limités par le besoin de contrepartie pour l'entité mère ou sœur qui serait sollicitée en apportant son soutien à une autre entité du groupe en difficulté (sans laquelle ce soutien apportée à l'une de ses filiales ou société sœur pourrait être contraire à son intérêt social) ;
- enfin, en considération des contraintes supplémentaires spécifiques se posant dans un contexte d'actionnariat public, la complexité d'application d'une telle mesure, induite par la multiplicité des coopérations (et autorisations) nécessaires entre autorités françaises et européennes et par les analyses juridico-économiques poussées qui devraient être produites par l'établissement et examinées dans un laps de temps limité par les autorités, tend à pointer vers une absence de nécessité d'une telle réforme, faute de praticabilité.



II. Potentiels effets négatifs de l'extension des outils existants

A - Investisseurs

En écho aux obstacles juridiques présentés ci-dessus¹³⁶, l'extension des outils existants et, à ce titre l'introduction d'une exigence de soutien par les actionnaires pouvant aller jusqu'à une recapitalisation obligatoire en amont du FOLTF ou du PONV, présenterait les effets négatifs suivants pour les investisseurs en capital dans les établissements de crédit :

- l'existence de mesures permettant au régulateur de contraindre les actionnaires d'un établissement de crédit à lui apporter un soutien en amont du placement en résolution créerait une incertitude quant à l'étendue de l'engagement des actionnaires ; en ce sens, de telles mesures s'opposeraient au principe de responsabilité limitée aux apports, au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, et ainsi au principe de sécurité juridique (principe déjà entamé par le *bail-in*, dans une moindre mesure néanmoins car le *bail-in* ne s'applique qu'au stade du FOLTF, ou, dans le cadre de l'article 59 de la Directive BRRD, au PONV) ;

- l'extension des outils existants aurait également des répercussions économiques, par la création d'un risque accru justifiant/nécessitant une augmentation de la rémunération des investisseurs corrélée à celle du risque et déclenchant une diminution de l'intérêt à investir et susceptible d'une part de précipiter une fuite des capitaux aux premiers signes de faiblesse d'un établissement et d'autre part de dissuader tout nouvel investissement privé.

Aussi, une recapitalisation obligatoire par les actionnaires d'un établissement de crédit risquerait de créer une distorsion entre les actionnaires d'une banque et ceux d'autres entités, créant ainsi pour les premiers un risque supplémentaire en engendrant une incertitude sur l'étendue de leur engagement lorsqu'ils souscrivent à des actions émises par un établissement de crédit. Se poserait alors la question de la valorisation de ce soutien obligatoire par les actionnaires au moment où ils acquièrent la qualité d'actionnaire en souscrivant au capital de l'établissement de crédit concerné.

B - Déposants/tiers (autres que les actionnaires, *i.e.* par exemple les co-contractants)

Il existe déjà dans la Directive BRRD des outils permettant de contraindre les tiers autres que les actionnaires mais au stade du FOLTF (*bail-in*, *stay*, *moratorium* et autres pouvoirs de suspensions qui affectent les cocontractants ou les déposants) et non en amont¹³⁷.

¹³⁶ Voir partie 3, section I. « Obstacles juridiques à l'extension des outils existants, et absence de nécessité de d'y procéder au regard des différentes structures bancaires existantes en France » ci-dessus.

¹³⁷ Voir partie 3, section I. « Obstacles juridiques à l'extension des outils existants, et absence de nécessité de d'y procéder au regard des différentes structures bancaires existantes en France », D. « Le cas des banques détenues par un actionnaire public » ci-dessus.



Si le groupe de travail avait conclu à la possibilité et l'opportunité d'étendre les outils existants pour contraindre les actionnaires à intervenir au soutien d'un établissement de crédit en amont du FOTLF, la question aurait pu être envisagée pour d'autres catégories de tiers comme les co-contractants ou les déposants. En revanche, s'il n'est pas possible ni opportun de le faire pour les actionnaires, conclusion à laquelle arrive notre groupe de travail, il ne serait *a fortiori* pas possible de le faire pour d'autres catégories de tiers.

C - Aspects aides d'État

Comme mentionné ci-dessus¹³⁸, le point de savoir si le soutien apporté par l'actionnaire constitue une aide d'État (le cas échéant, légale ou compatible) aura une répercussion directe sur l'acquisition du statut FOLTF de l'établissement de crédit en difficulté et, partant, de sa mise en liquidation (ou résolution).

S'agissant de la mise en œuvre d'une injonction du superviseur auprès des actionnaires d'un établissement bancaire en difficulté afin qu'ils recapitalisent ce dernier, il importe donc, pour que cette mesure soit faisable, qu'elle ne constitue pas une aide d'État. Or, la validité d'une telle injonction doit être confirmée, non seulement en présence d'un actionnariat public mais également dans certains cas, dans le contexte d'un actionnariat privé, au vu de l'état actuel de la jurisprudence et du délicat équilibre législatif trouvé au sein du régime européen de la résolution bancaire.

En effet, l'arrêt Tercas¹³⁹ rappelle la possibilité qu'une mesure d'aide accordée aussi bien par des entités de droit privé - qui ne sont ni des organisations de l'État, ni une entreprise publique - soit imputable à l'État, lorsque le superviseur a été impliqué de façon décisive dans son processus d'adoption.

Ainsi, la Commission européenne avait estimé que la recapitalisation de la banque Tercas par le système de garantie des dépôts *Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi* (« **FITD** ») (*consortium* de droit privé, qui avait agi dans son volet préventif volontaire) - une mesure approuvée par la Banque d'Italie - constituait une aide imputable à l'État italien, qui aurait dû lui être notifiée. Si la Cour a finalement annulé la décision de la Commission européenne, les motifs ayant conduit à cette annulation avaient trait à des considérations liées à la preuve de l'influence effectivement exercée par la Banque d'Italie dans la décision du FITD de recapitaliser la banque (les seules

¹³⁸ CJUE, 29 avril 2021, C-504/19, *Banco de Portugal et al.*

¹³⁹ Tribunal de l'Union européenne, 19 mars 2019, *République italienne e.a. contre Commission européenne*, affaires jointes T-98/16, T-196/16 et T-198/16, ECLI:EU:T:2019:167.



opportunités d'influence dont la Banque d'Italie aurait bénéficié au cours de la procédure d'adoption de la décision, telles que mises en avant par la Commission, étaient insuffisantes), preuve jugée insuffisamment apportée par la Commission¹⁴⁰. La Cour a ainsi estimé que la Commission aurait dû prouver que les pouvoirs de surveillance exercés par la Banque d'Italie lui avaient permis d'assurer un contrôle effectif sur les interventions du FITD, afin de pouvoir établir l'imputabilité de l'aide à l'État italien.

En vue de vérifier l'imputabilité de l'aide à l'État, la jurisprudence semble donc inviter à déterminer notamment si les superviseurs peuvent être considérés comme ayant été impliqués ou ayant exercé une influence, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de la mesure, au-delà du seul contrôle de conformité constitutive de l'activité de superviseur et au-delà du cadre « *d'un dialogue légitime et ordinaire avec les autorités de surveillance compétentes* »¹⁴¹.

Par ailleurs, la Cour avait noté que la Commission n'avait pas clairement distingué l'examen de la condition de l'imputabilité de l'aide à l'État de celui de la condition de l'utilisation de ressources de l'État¹⁴². Dans l'approche retenue, la Cour examine notamment par qui a été soulevée la proposition de recapitalisation (si l'initiative était privée)¹⁴³ ; si celle-ci est conforme aux statuts de l'entité

¹⁴⁰ Ibid. note 131, voir les points 67 (« Lorsque cette entité est dotée d'un statut privé ou d'une autonomie, y compris s'agissant de la gestion de ses fonds, par rapport aux interventions des pouvoirs publics et aux finances publiques, au sens strict, la Commission est soumise, sous le contrôle entier du juge de l'Union, à une obligation d'autant plus significative de préciser et d'étayer les raisons qui lui permettent de conclure à un contrôle public sur les ressources utilisées et à l'imputabilité des mesures à l'État et, par conséquent, à l'existence d'une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. ») et 69 (« Cette obligation de la Commission est d'autant plus nécessaire dans une situation où, comme en l'espèce, la mesure en cause est dispensée par une entité privée. En effet, dans une telle situation, il n'est pas possible de présumer que l'État est en mesure de contrôler cette entreprise et d'exercer une influence dominante sur ses opérations du fait du lien capitalistique et des prérogatives qui s'y attachent. Il revient donc à la Commission de prouver, à suffisance de droit, un degré suffisant d'implication de l'État dans l'octroi de la mesure en cause en démontrant non seulement que l'État a la possibilité d'exercer une influence dominante sur l'entité dispensatrice, mais également qu'il a été en mesure d'exercer ce contrôle dans le cas concret. »).

¹⁴¹ Ibid., point 126. À noter que la Cour ne retient toutefois pas comme facteur d'imputabilité à l'État, en soi, une simple « invitation » du superviseur à apporter son soutien : voir le point 127 : « Il en est de même s'agissant du fait que la Banque d'Italie aurait « invité » le FITD à parvenir à un « accord équilibré » avec Banca Popolare di Bari en ce qui concerne la couverture des fonds propres négatifs de Tercas, en tenant compte de l'incidence négative possible de la liquidation de Tercas et de sa filiale Banca Carige. En effet, il convient de relever, à l'instar des requérants, qu'il s'agit de l'expression d'un simple souhait ayant un contenu général et dépourvu de toute valeur contraignante pour le FITD. Un tel souhait de la part des autorités publiques n'est pas surprenant dans des circonstances telles que celles de l'espèce. Un tel souhait n'était toutefois aucunement destiné à donner des injonctions aux parties concernées et n'a d'ailleurs pas été interprété en ce sens par ces dernières. En tout état de cause, il ne ressort pas du dossier que ladite invitation ait eu la moindre incidence sur la décision du FITD d'intervenir en faveur de Tercas, celle-ci s'expliquant essentiellement par des considérations économiques propres au FITD et à ses membres attestées par le rapport de la société d'audit et de conseil mandatée à cet effet (voir point 19 ci-dessus) ».

¹⁴² Ibid., point 70, conformément à l'article 107, paragraphe 1, TUE.

¹⁴³ Ibid., point 145.



privée fournissant le soutien¹⁴⁴ ; l'origine des fonds fournis¹⁴⁵ ; l'intérêt à agir de l'entité privée¹⁴⁶ (en l'occurrence, apporter un soutien à la banque défaillante Tercas était moins coûteux pour les membres du FITD que d'exécuter la garantie légale de rembourser les déposants de Tercas, au cas où la banque aurait été placée sous liquidation).

Tant qu'elle persistera, l'incertitude juridique entourant ce point dans le contexte du sauvetage d'établissements bancaires tendrait à inviter le législateur à la prudence avant de conférer le pouvoir au superviseur d'ordonner une recapitalisation par les actionnaires, que ces actionnaires soient privés ou publics.

Au-delà de son caractère inadapté, il ressort de ce qui précède que l'introduction de mesures permettant au régulateur de contraindre les actionnaires d'un établissement de crédit à lui apporter un soutien en amont du placement en résolution pourrait en outre générer des effets négatifs susceptibles d'impacter les investisseurs en capital dans les établissements de crédit (création d'un risque économique accru, incertitude sur l'étendue de l'engagement, inégalité de traitement par rapport aux investisseurs en capital dans les groupes non bancaires) ainsi que les déposants et autres tiers.

Par ailleurs, tant que persistera une incertitude juridique sur son articulation avec le régime des aides d'État dans le contexte du sauvetage d'établissements bancaires, cette dernière tendra à inviter le législateur à la prudence avant de conférer le pouvoir au superviseur d'ordonner une recapitalisation par les actionnaires, que ces actionnaires soient privés ou publics.

¹⁴⁴ *Ibid.*, point 149.

¹⁴⁵ *Ibid.*, points 153, 159 et 160.

¹⁴⁶ *Ibid.*, points 155 et 156.



CONCLUSION

Face aux difficultés financières rencontrées par un établissement, le groupe de travail observe qu'une distinction fondamentale est opérée concernant les pouvoirs dont sont dotées les autorités compétentes (i) au stade de la supervision et de l'intervention précoce d'une part, puis (ii) au stade du PONV, du FOLTF et de la résolution d'autre part, aux termes desquels des atteintes aux droits des tiers interagissant avec un établissement sont admises pour autant que les difficultés rencontrées par cet établissement soient suffisamment graves et avancées. En conséquence, alors qu'au stade de la supervision et de l'intervention précoce, les autorités compétentes détiennent des prérogatives leur permettant de contraindre les établissements et leurs dirigeants en cas de difficultés rencontrées par ledit établissement, au stade du PONV, du FOLTF puis de la résolution, les autorités compétentes sont en outre dotées de pouvoirs leur permettant de contraindre les droits des tiers (cocontractants principalement)¹⁴⁷.

Le groupe de travail note par ailleurs, comme détaillé dans le cadre du présent rapport, que l'exercice de ces pouvoirs par les autorités compétentes est encadré juridiquement pour assurer la préservation d'un équilibre délicat entre intérêt général et intérêts individuels, aux fins notamment de préserver les principes cardinaux que sont le droit de propriété et la liberté d'entreprendre par le biais de l'exigence de proportionnalité de toute atteinte qui pourrait y être portée au regard de l'exigence de maintien du fonctionnement de l'établissement concerné dans le but de minimiser l'impact sur l'économie et de se prémunir contre le risque de contagion systémique. De l'avis du groupe de travail, l'extension de certains outils dont disposent les autorités compétentes, ou la création de nouvelles prérogatives qui leur permettraient de contraindre les actionnaires ou autres tiers à un stade où le risque que les difficultés rencontrées par l'établissement concerné portent atteinte à l'intérêt public n'est pas avéré voire certain, risquerait de mettre à mal cet équilibre fragile. C'est également dans cet esprit, et en tenant compte des négociations européennes en cours pour la révision de la Directive BRRD, que le groupe a jugé préférable de ne pas tirer de conclusion hâtive sur le sujet avant la fin de ces travaux.

Le groupe de travail s'est aussi exprimé en faveur du maintien de l'ensemble des procédures collectives (de droit commun et de droit spécial) pour les établissements de crédit et cela même si la mise en œuvre de certaines procédures, telles que les procédures de sauvegarde et de redressement, reste théorique. Le groupe de travail a considéré, par précaution, qu'il est préférable de disposer de l'ensemble des outils, même si l'utilité de certains apparaît théorique. Le groupe de travail, n'a pas identifié de risque ni d'incompatibilité à maintenir l'ensemble des procédures collectives pour les établissements de crédit et laisse le soin au législateur de trancher la question de l'opportunité du maintien de l'ensemble de ces procédures.

¹⁴⁷ En pratique, l'existence d'accords de reconnaissance mutuelle avec les pays tiers devrait être un vecteur de facilitation de la mise en œuvre de ce type de mesures de manière transfrontalière.



Par ailleurs, comme détaillé ci-avant, le groupe de travail tend à considérer que tout changement des procédures actuelles, voire la création de nouvelles prérogatives qui permettraient aux autorités compétentes de contraindre les actionnaires ou autres tiers interagissant avec un établissement en difficulté en amont de son placement en résolution, se heurterait à un certain nombre d'obstacles juridiques (principe de responsabilité limitée aux apports, droit de propriété, liberté d'entreprendre, intérêt social) et s'avérerait inadaptée voire inopportune pour l'ensemble des modèles bancaires français. En outre, les leçons pouvant être tirées des cas récents de difficultés rencontrées par des groupes bancaires en Europe ne démontrent pas clairement la nécessité d'introduire des mesures permanentes ou provisoires permettant au régulateur de contraindre les actionnaires d'un établissement de crédit ou les tiers en amont du placement en résolution, mais semblent davantage témoigner de la nécessité d'améliorer la détection et le traitement de potentiels sujets en amont dudit placement avec les outils existants.

De plus les éléments suivants conduisent également le groupe de travail à constater qu'imposer la conclusion d'accords de soutien financier intragroupe régis par les articles 19 à 26 de la Directive BRRD, dont la mise en place est aujourd'hui laissée à la discrétion des groupes¹⁴⁸ ne pouvait être rendu obligatoire :

- la décision de mettre en place un accord de soutien financier de groupe ne peut résulter que d'une appréciation au cas par cas de l'intérêt social de toute entité du groupe (société mère ou société sœur) apportant un soutien à la société en difficulté et, en l'absence de contrepartie associée à un tel soutien, celui-ci pourrait aller à l'encontre de son intérêt social ;
- les autorités compétentes ont d'ores et déjà la main sur d'autres outils auxquels elles ont la possibilité de recourir, tels que l'analyse de la résolvabilité du groupe ou l'exercice du pouvoir de réduction de la valeur nominale ou de conversion des instruments de fonds propres pour les établissements atteignant le PONV¹⁴⁹ ;
- la question du respect du principe de proportionnalité se poserait également, notamment au regard de l'ensemble des coûts et charges afférents à de tels accords, lesquels seraient d'autant plus importants dans le contexte de groupes transfrontaliers.

Au-delà de son caractère inadapté, le groupe de travail observe que l'introduction de mesures permettant au régulateur de contraindre les actionnaires d'un établissement à lui apporter un soutien en amont de son placement en résolution pourrait générer des effets négatifs susceptibles d'impacter

¹⁴⁸ Transposés aux articles L. 613-46 et suivants du CMF – voir annexe n° 8 – Accords de soutien financier de groupe, pour une présentation du régime juridique de ces accords.

¹⁴⁹ Article 59 de la Directive BRRD.



les investisseurs en capital dans ce type d'établissements (création d'un risque économique accru, incertitude sur l'étendue de l'engagement et inégalité de traitement par rapport aux investisseurs en capital dans les groupes non bancaires, risque de fuite des capitaux aux premiers signes de faiblesse d'un établissement) ainsi que les déposants et autres tiers. Enfin, tant que persistera une incertitude juridique sur son articulation avec le régime des aides d'État dans le contexte du sauvetage d'établissements bancaires, cette dernière tendra à inviter le législateur à la prudence avant de conférer le pouvoir au superviseur d'ordonner une recapitalisation par les actionnaires, que ces actionnaires soient privés ou publics.

Au vu de l'ensemble des éléments rappelés ci-dessus et présentés plus en détails dans le corps de ce rapport, le groupe de travail répond par la négative aux deux questions qui lui étaient soumises.



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL sur les procédures collectives et la résolution bancaire

PRÉSIDENT

- **Pierre Minor**, Avocat à la Cour, Ancien Directeur Juridique Groupe Crédit Agricole SA, Membre du HCJP

MEMBRES

- **Christophe Arnaud**, Directeur juridique Banque de France, Membre du HCJP
- **Cyril Baron**, Direction des Émetteurs, Autorité des Marchés Financiers
- **Bastien Le Bars**, Direction générale du Trésor
- **Elodie Bataille**, Direction de la Résolution, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
- **Andrew Bernstein**, Senior Counsel, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, Membre du HCJP
- **Laura Birène**, Counsel, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
- **Maxence Boucher**, Collaborateur - Restructuring and Special Situations, DLA PIPER
- **Amélie Champsaur**, Associée, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, Membre du HCJP
- **Diane de Charette**, Juriste, Groupe Caisse des dépôts
- **Asmaa Cheikh**, Direction des affaires juridiques, Groupe Société Générale
- **Anne Louise Chevalier**, Ministère de la Justice
- **Mathieu Degois**, Legal Regulatory, BNP Paribas
- **Maxence Delorme**, Autorité des Marchés Financiers
- **Anne Duffaud Marin**, Legal Regulatory, BNP Paribas
- **Aude Dupuis**, Senior Attorney, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
- **Sandra Esquiva Hesse**, Associée, Restructuring and Special Situations, DLA PIPER
- **Eric Fontmarty-Larivière**, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
- **Florence Gainot**, Ministère de la Justice
- **Julien Goldszlagier**, Ministère de la Justice
- **Amélie Gorphe**, Collaboratrice - Restructuring and Special Situations, DLA PIPER
- **Marion Goyenette**, Direction des affaires juridiques, ACPR
- **Alexandre Gratio**, Restructuring and Special Situations, DLA PIPER



- **Caroline Henry**, Avocate générale en service extraordinaire à la chambre commerciale, financière et économique, Cour de Cassation
- **Anne Valérie Kehr**, Fédération bancaire française
- **Camille Kernevès**, Collaboratrice, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
- **Camille Leboeuf**, Direction générale du Trésor
- **Anissa Lounici**, Direction des affaires juridiques, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
- **Chiara Lunetti**, Direction de la Résolution, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
- **Francesco Martucci**, Professeur, Université Paris II
- **Victor Maujean**, Direction générale du Trésor
- **François Morard**, Direction juridique, Crédit Agricole SA
- **Laurence Thébault**, Direction juridique, BNP Paribas
- **Christophe Thévenot**, Administrateur judiciaire Thévenot Partners
- **Katalin Zakhar**, Direction de la Résolution, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution