



L'UNION BANCAIRE EUROPEENNE

Francesco Martucci,

Professeur à l'université Paris II (Panthéon-Assas)

Rapport français n° 1

Congrès 2016 de la Fédération internationale de droit européen

En hommage des victimes des attentats de Paris du
13 novembre 2015.

À la mémoire de Sébastien Proisy, ancien étudiant
de l'Université Panthéon-Assas, diplômé de
Sciences po Paris, tué au Carillon.

Sommaire

Questionnaire.....	3
I. Questions générales.....	8
II. Le mécanisme de supervision unique.....	28
III. Le mécanisme de résolution unique	31
IV. L'Union bancaire dans son contexte.....	35

FIDE 2016 Hongrie

UNION BANCAIRE EUROPEENNE

QUESTIONNAIRE

La création d'une Union Bancaire constitue un tournant dans l'évolution du droit européen. Elle est née des conséquences de la crise financière mondiale de 2008, et à un moment où la crise de la zone euro, après avoir dépassé sa phase la plus aigüe, n'est pas encore terminée. L'Union Bancaire introduit un cadre de gouvernance centralisé, basé sur le renforcement du pouvoir réglementaire de l'UE, qui vise à maximaliser l'harmonisation et prévoit l'implication directe des autorités européennes dans la régulation et la supervision des banques, tout en accentuant la distinction entre les Etats membres de la zone euro et les autres Etats membres. Elle entraîne le transfert de pouvoirs importants des Etats membres à l'UE, et a des conséquences significatives sur le marché intérieur et les principes constitutionnels de l'UE.

L'Union Bancaire est constituée de trois piliers : le Mécanisme de Supervision Unique (MSU) le Mécanisme de Résolution Unique (MRU) et le Règlement uniforme. Elle est reliée aux mesures de l'UEM adoptées pour améliorer la discipline budgétaire des Etats, et aux initiatives prises pour gérer la crise de la zone euro, telles que le Traité établissant le Mécanisme européen de stabilité (MES).

Le présent questionnaire a pour objectif de connaître les réponses juridiques nationales aux questions clés de l'Union Bancaire. Il se compose d'une partie générale, de trois parties spécifiques traitant respectivement de chacun des piliers de l'Union Bancaire, et d'une partie finale traitant des interactions entre l'Union Bancaire et les domaines qui y sont liés. Son objectif est de générer un discours comparatif sur les questions de droit constitutionnel et de droit bancaire européens qui, sans être excessivement technique, est renseigné par les connaissances de spécialistes. L'accent est mis sur les deux premiers piliers de l'Union Bancaire, soit le MSU et le MRU.

A. QUESTIONS GENERALES

1. A votre avis, quels sont les principaux problèmes et difficultés soulevés par l'Union Bancaire ?
2. Pensez-vous que les bases légales sur lesquelles sont fondées les mesures de l'Union Bancaire sont appropriées ?
3. Dans quelle mesure les mesures adoptées pour créer l'Union Bancaire sont-elles propres à atteindre les objectifs qu'elles se sont fixées ?

4. Dans quelle mesure et, si c'est le cas, comment les dispositions régissant l'Union Bancaire affectent ou sont susceptibles d'affecter les principes constitutionnel de l'UE, la répartition des pouvoirs entre l'UE et les Etats membres, et l'équilibre institutionnel au niveau européen ?
5. Les règles instituant l'Union Bancaire tentent de protéger le principe d'égalité des Etats membres et des institutions financières. Y sont-elles parvenues ?
6. Dans quelle mesure l'architecture institutionnelle de l'Union Bancaire diffère des modèles de la structure institutionnelle employés dans d'autres domaines du droit européen ?
7. Dans quelle mesure et de quelle manière l'Union Bancaire affecte-t-elle ou est-elle susceptible d'affecter le marché intérieur, notamment la réglementation de la concurrence et des aides d'Etat ?
8. Dans quelle mesure et de quelle manière l'Union Bancaire s'applique-t-elle aux Etats membres dont la monnaie n'est pas l'euro, ou affecte-t-elle ces Etats membres ? Quels sont les problèmes juridiques spécifiques que vous pronostiquez à cet égard ?
9. Le cadre juridique de l'Union Bancaire protège-t-il les intérêts et les droits des Etats membres n'y participant pas ?
10. L'Union Bancaire affecte-t-elle les Etats non membres de l'UE ? Si oui, de quelle manière ? Comment évaluez-vous les aspects de l'Union Bancaire relatifs aux relations extérieures ?
11. Quelles sont les interactions des règles relatives à l'Union Bancaire avec les institutions suivantes, et quel est leur impact sur ces institutions :
 - a. UEM et mesures adoptées pour améliorer la discipline budgétaire ?
 - b. Mécanisme Européen de Stabilité et Pacte Budgétaire Européen ?
12. L'Union Bancaire menace-t-elle de quelque manière que ce soit l'indépendance de la BCE ?
13. Merci de donner une brève description des mesures internes adoptées dans votre pays pour la mise en œuvre de l'Union Bancaire.
 - a. Indiquez si ces mesures ont été adoptées sous forme de loi, de règlement (et dans ce cas, émis par quelle autorité) et/ou de droit souple.
 - b. Quels sont les problèmes les plus importants posés par l'union bancaire du point de vue de votre droit national ?

B. MECANISME DE SUPERVISION UNIQUE

14. Quelles sont les principales forces et faiblesses du MSU ?
15. Quels sont les principaux problèmes légaux soulevés par le Règlement N° 1024/2013 ?
16. Le Règlement N° 1024/2013 prévoit-il des règles claires et appropriées déterminant la répartition des pouvoirs et les tâches de supervision entre la BCE et les autorités nationales compétentes ?
Notamment,
 - a. Les règles de répartition des compétences sont-elles claires ?
 - b. Les domaines de compétence respectifs sont-ils faciles à distinguer ?
 - c. Les mécanismes sont-ils suffisants pour préserver le pouvoir des autorités nationales compétentes et leur permettre de jouer un rôle significatif ?
 - d. L'Article 6.4 fixe les critères permettant de déterminer quelles banques sont directement soumises au pouvoir de surveillance de la BCE. A votre avis, ces critères et leur application sont-ils appropriés ? Soulèvent-ils des problèmes ou des risques majeurs ?

17. Évaluez les pouvoirs et les missions de la BCE et indiquez les problèmes spécifiques que ceux-ci peuvent soulever. Dans votre réponse, merci de commenter les pouvoirs d'investigation et de sanction de la BCE et les instruments que celle-ci peut adopter en vertu de l'article 4.3 ou d'autres dispositions du Règlement n° 1024/2013.
18. Le Règlement n° 1024/2013 prévoit-il des règles appropriées pour garantir l'indépendance et la responsabilité ?
19. Dans quelle mesure le cadre législatif de l'UE réussit-il à garantir la séparation entre les pouvoirs de surveillance de la BCE et ses fonctions de politique monétaire ?
20. Évaluez les règles applicables à la coopération entre la BCE et les autorités compétentes des États membres participants dont la monnaie n'est pas l'euro en vertu de l'article 7 du Règlement No 1024/2013.
21. Évaluez les effets du MSU sur les États membres non participants. Sans préjudice du caractère général de cette question, commentez, si nécessaire :
 - a. les pouvoirs de la BCE sur les institutions de crédit dont le siège est situé dans un État membre non participant ;
 - b. les pouvoirs de la BCE sur les activités dans les États membres non participants des institutions de crédit dont le siège est situé dans un État membre participant

C. LE MECANISME DE RESOLUTION UNIQUE

22. Le MRU prévoit la participation de différents acteurs, notamment le Conseil de Résolution Unique (CRU), le Conseil, la Commission, l'Autorité Bancaire Européenne (ABE) et les autorités nationales de résolution. Dans quelle mesure le Règlement N° 806/2014 prévoit-il une répartition claire des compétences entre eux ? Quels problèmes juridiques soulève-t-il, s'il en existe ? Commentez également, si nécessaire, les relations entre le CRU et (a) les institutions de l'UE et (b) les organes et agences de l'UE.
23. D'après-vous, quelles sont les principales forces et faiblesses des règles relatives à la résolution des institutions financières en vertu du Règlement N° 806/2014 ?
24. Nonobstant la généralité de la question ci-dessus, commentez, si nécessaire, les règles relatives :
 - a. Aux conditions devant être remplies pour qu'un dispositif de résolution soit adopté (Article 18) ;
 - b. Les objectifs qui doivent orienter la résolution (Article 14) ;
 - c. Les principes généraux qui gouvernent la résolution (Article 15) ;
 - d. Le processus de décision de soumission d'une entité à un dispositif de résolution (Article 18) ;
 - e. Outils de résolution.
25. Pensez-vous que le Règlement N° 806/2014 parvienne à gérer la résolution de groupes d'entreprise et d'entreprises au sein de groupes ?
26. A votre avis, les pouvoirs du CRU sont-ils compatibles avec la limitation des pouvoirs des agences prévue dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne ?
27. Dans quelle mesure le Règlement N° 806/2014 protège-t-il de manière adéquate les droits des actionnaires, des créanciers et des autres personnes concernées ?
28. Évaluez les règles régissant l'organisation, la composition, la nomination, le fonctionnement et les processus de prise de décision du CRU (Article 42 à 56 du Règlement N° 806/2014) et identifiez les problèmes que celles-ci peuvent soulever.

29. D'après vous, le mécanisme prévu par le Règlement N° 806/2014 (Articles 45 et suivants) est-il une garantie appropriée de la responsabilité du CRU ? Si non, suggéreriez-vous des mécanismes complémentaires de responsabilité ? Lesquels ?
30. Évaluez les règles applicables au Fonds de résolution bancaire unique et l'Accord intergouvernemental sur le transfert et la mutualisation des contributions, et identifiez les problèmes qu'ils soulèvent à votre avis.
31. Commentez, si nécessaire, la position des États membres n'appartenant pas à la zone euro, notamment les règles régissant les conséquences d'une suspension ou d'une résiliation de la coopération rapprochée avec la BCE en vertu de l'Article 4 du Règlement N° 806/2014.
32. Pensez-vous que le Règlement N° 806/2014 prévoit un système adéquat pour la protection judiciaire des parties concernées ? Commentez, notamment, les problèmes que peuvent soulever selon vous, les règles relatives au Comité d'Appel (Articles 85 à 86) et la responsabilité du CRU (Article 87).

D. LE REGLEMENT UNIFORME

33. Quels sont les principaux problèmes juridiques soulevés par l'adoption du règlement uniforme ? A votre avis, certains domaines sont-ils particulièrement problématiques ?
34. Décrivez brièvement les principaux problèmes juridiques soulevés par :
 - a. La Directive 94/19 sur les Systèmes de Garantie des Dépôts ;
 - b. La Directive 2014/59 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ;
 - c. La Directive 2013/36 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, et le Règlement N° 575/2013.
35. Dans quelle mesure l'absence de cadre centralisé pour l'administration des systèmes de garantie de dépôt fragilise-t-il l'Union Bancaire ?
36. Quelles sont les relations entre la Directive 2014/59 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et le MRU ? Existe-t-il des problèmes de ce point de vue ? Lesquels ?

E. L'UNION BANCAIRE DANS SON CONTEXTE

37. Les mesures prises par l'UE ou par les États membres agissant collectivement à travers le MES ou d'autres structures pour gérer la crise de la zone euro ont-elles donné lieu à jurisprudence devant les juridictions internes ? Si oui, merci de résumer les jugements nationaux les plus importants, en indiquant la catégorie de contentieux, les mesures concernées, les questions soulevées et le résultat du contentieux.
38. Quelle est la portée de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE au regard des mesures de l'Union Bancaire ?
39. Quel est le rôle de la CJUE en matière d'Union Bancaire ? Existe-t-il des questions ou difficultés spéciales à cet égard ?

40. Dans quelle mesure l'Union Bancaire est-elle susceptible d'éviter à l'avenir le risque d'une crise de la zone euro semblable à la crise actuelle ?
41. Existe-t-il dans votre Etat membre des aspects particuliers de la crise ou des faillites bancaires qui auraient pu être atténués ou évités si l'Union Bancaire avait été mise en place ?
42. Merci de souligner tous les autres sujets d'inquiétude qui ne sont pas couverts par les questions ci-dessus.

A. QUESTIONS GÉNÉRALES

QUESTION 1

Si la première question se focalise sur les « principaux problèmes et difficultés » soulevés par l'Union bancaire, la réponse que l'on entend donner nous conduit à opérer un détour laudatif de l'entreprise accomplie par l'Union européenne et les États membres. Depuis l'établissement de la monnaie unique, l'Union bancaire constitue indéniablement l'avancée la plus remarquable de l'intégration européenne. Elle met ainsi en évidence les vertus créatrices des crises destructives, tant vantées par les économistes.

La crise financière mondialisée a provoqué une crise bancaire dans les États qui a catalysé une crise des dettes souveraines dans la zone euro. La réponse des institutions de l'Union européenne et des États membres de l'Union a consisté à « briser le cercle vicieux » entre les banques et les États¹, entre la dette souveraine et la dette des banques². Ce slogan institutionnel reflète l'envergure doublement constitutionnelle de l'Union bancaire.

En premier lieu, l'Union bancaire pose la question fondamentale du rapport entre le pouvoir politique et les marchés financiers. Sa finalité est de rompre le lien financier entre l'État et les banques afin d'éviter que les contribuables ne financent le secteur bancaire. Ce faisant, elle contribue à neutraliser l'aléa moral en responsabilisant les banques dans la prévention des risques et dans la gestion des crises. Loin de signifier un retrait de l'action publique, la réforme permet un renforcement considérable de la régulation bancaire entendue *lato sensu* comme englobant la réglementation (règlement uniforme), la surveillance (MSU) et la résolution (MRU). Ces mutations seront mises en exergue tout au long de ce rapport.

En second lieu, l'Union bancaire induit une évolution du système constitutionnel de l'Union européenne. Afin de rompre le lien financier entre banques et États et de renforcer la régulation bancaire, le législateur de l'Union a affecté la répartition des compétences et des pouvoirs dans l'Union européenne, a troublé les frontières de la différenciation, a dérangé l'équilibre institutionnel.

L'Union bancaire est une réforme d'une telle ampleur qu'il implique nécessairement un bouleversement du cadre institutionnel et juridique de l'Union. Le résultat est d'autant moins parfait que les institutions de l'Union ont légiféré avec

¹ Déclaration du sommet de la zone euro, 29 juin 2012.

² Communication de la Commission, *Feuille de route pour une union bancaire*, COM/2012/0510 final, point 1.

une célérité remarquable. Alors que la feuille de route de la Commission est présentée en septembre 2012, le règlement établissant le MSU a été adopté à peine un an plus tard³, tandis que le MRU a été mis en place au 1^{er} janvier 2015⁴ ; en 2013 et 2014, ont été adoptés les textes portant « règlement uniforme » que ce soit les règles prudentielles⁵, le système de garantie des dépôts⁶ ou le cadre de redressement et de résolution⁷.

L'ampleur de l'œuvre législative ainsi édictée appelle une première critique d'ordre légistique. Le droit de l'Union bancaire est incroyablement foisonnant, des centaines d'articles sont égrenés par chacun des textes adoptés lesquels sont à leur tour complétés par des actes d'exécution qui se succèdent à un rythme soutenu. La matière s'avère d'une technicité redoutable qui requiert une expertise non seulement juridique, mais aussi financière. L'Union bancaire n'est donc pas une réussite de l'objectif « Mieux légiférer ». Toutefois, la production normative est nécessairement altérée par la technique lorsque le droit se saisit de domaines aussi arides. Cette technicité juridique a deux implications. D'un point de vue politique, cela alimente le sentiment d'un fossé entre les citoyens et l'Union européenne tout en posant la question de l'accessibilité du droit. Paradoxalement, alors que l'Union bancaire a été conçue pour que les contribuables des États membres ne financent plus le sauvetage de banques, la réforme alimente un discours eurosceptique mêlant les lieux communs de la « technocratie européenne » et les idées reçues de la « finance internationale ». D'un point de vue juridique, les dispositions des textes de l'Union bancaire, tant par leur volume que par leur formulation, aiguïssent le risque contentieux d'autant que les établissements de crédit concernés se voient imposer des mesures de surveillance et de résolution et doivent verser des redevances et des contributions aux mécanismes.

³ 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, 29 octobre 2013, p. 63.

⁴ 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, 30 juillet 2014, p. 1.

⁵ Règlement (UE) n° 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (CRR), *JOUE* L 176, 27 juin 2013, p. 1. Directive 2013/36/UE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CRD IV), *JOUE* L 176, 27 juin 2013, p. 338.

⁶ Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, *JOUE* L 173, 12 juin 2014, p. 149.

⁷ 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 173, 12 juin 2014, p. 190.

L'Union bancaire constitue la dernière réponse de l'Union européenne à la crise. Elle complète ainsi les dispositifs mis en place après la crise financière (système européen de surveillance financière) et la crise des dettes souveraines (*six Pack*, TSCG, Mécanisme européen de stabilité, *two Pack*). Chacun de ces dispositifs se singularise par une forte complexité. L'impression donnée par l'ensemble est celle d'une « usine à gaz » (*labyrinthine system*). Malgré les efforts pédagogiques indéniables fournis par la Commission⁸, l'ensemble forme un « cadre financier intégré »⁹ dont la réalisation est censée, selon le Président du Conseil européen, conduire à une « véritable Union économique et monétaire »¹⁰. On constate ainsi un décalage entre, d'un côté, un projet éminemment politique (réaliser l'UEM) et, de l'autre côté, des dispositifs résolument techniques (SESF, cadre budgétaire intégré et Union bancaire).

La complexité des mécanismes s'explique notamment parce qu'il a fallu composer avec les intérêts des États membres. Il est intéressant à cet égard de constater que la notion de « souveraineté budgétaire » est employée par le règlement MRU¹¹. L'eupéanisation de la régulation bancaire et financière et de la discipline budgétaire n'a pas signifié un recul des États ; elle a au contraire entraîné un renforcement des règles nationales et un redéploiement des autorités nationales¹². L'Union bancaire constitue, dans l'ensemble de ses composantes, une illustration de cette dialectique européen / national dans laquelle l'eupéanisation de la réglementation, de la surveillance et de la résolution n'implique pas une dénationalisation corrélative. La dialectique est bien plus subtile et montre de nouvelles facettes des méthodes d'intégration de l'Union. Ainsi, les règles prudentielles sont consacrées par le droit national d'exécution des règlements et de transposition des directives. Les autorités nationales de surveillance et de résolution ne sont pas supplantées par la BCE (MSU) et le CRU (MRU), mais étroitement associées à des mécanismes dont elles font partie intégrante. Les intérêts étatiques expliquent également une des singularités les plus redoutables de l'Union bancaire puisque celle-ci implique une différenciation entre la zone euro et les États membres n'ayant pas adopté l'euro et, parmi ces derniers, le Royaume-Uni joue un rôle particulier dans un contexte marqué par le débat sur le *Brexit*.

⁸ La Commission européenne publie ainsi des mémos sur son site internet.

⁹ Conseil européen, 12 octobre 2012, Vers une véritable Union économique et monétaire, Rapport intermédiaire.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Considérants 19 et 24, article 6 § 6 du règlement (UE) n° 806/2014, précité.

¹² Par exemple, le TSCG et le *two Pack* imposent aux États membres de consacrer en droit national une règle budgétaire chiffrée et d'instituer un organisme indépendant chargé d'en assurer le suivi. Article 3 § 2 du traité SCG ; article 5 du règlement (UE) n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro, JOUE L 140 du 27 mai 2013, p. 11.

À ces difficultés d'ordre très général, s'ajoutent des problèmes plus concrets qui seront exposés dans les réponses aux questions.

QUESTION 2

Les bases juridiques sur lesquelles sont fondés les actes juridiques qui forment l'Union bancaire posent des difficultés particulièrement redoutables. Le choix de la base juridique a une signification constitutionnelle à deux titres. En premier lieu, établir l'Union bancaire implique d'identifier la compétence attribuée à l'Union européenne en délimitant ainsi la répartition des compétences avec les États membres. En second lieu, la base juridique détermine la répartition des pouvoirs entre les institutions que ce soit pour exercer le pouvoir normatif en vue d'adopter les actes de droit dérivé établissant l'Union bancaire ou pour mettre en œuvre les pouvoirs de surveillance et de résolution au sein du MSU et du MRU.

2.1 MSU

En ce qui concerne le MSU, le règlement (UE) n°1024/2013 a été adopté sur la base de l'article 127, paragraphe 6, TFUE. Le choix de cette base juridique peut être contesté pour deux raisons. En termes de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, l'article 127, paragraphe 5, TFUE dispose que « le SEBC contribue à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier ». On en déduit que la compétence en matière de contrôle prudentiel et de surveillance des marchés financiers revient aux États membres (« autorités compétentes »)¹³. L'Union européenne ne dispose que d'une compétence d'appui au sens de l'article 2, paragraphe 5, TFUE. Toutefois, l'article 127, paragraphe 6, TFUE habilite le Conseil à confier à la BCE des « missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers, à l'exception des entreprises d'assurances ». La teneur des « missions spécifiques » n'est guère explicitée. On peut se demander si l'article 127, paragraphe 6, TFUE constitue la base juridique adaptée pour confier à la BCE des pouvoirs de surveillance bancaire, auparavant exercés par les autorités nationales compétentes. Les doutes sont d'autant plus permis que la notion de « missions spécifiques » est ambiguë. Le Professeur Louis avait ainsi considéré que l'article 127, paragraphe 6, TFUE ne permettait de confier que des pouvoirs de crise à la BCE¹⁴. L'éminent auteur ajoutait cependant que la disposition était le fruit d'un compromis trouvant son origine dans la difficulté de mettre au point des règles plus précises qui « s'explique par la complexité du sujet et l'évolution rapide qu'il connaît

¹³ Voir F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Préface D. Carreau, Avant-propos J.-V. Louis, Bruxelles, Bruylant, Collection : « Droit de l'Union. Thèses », 2015, points 62 et s.

¹⁴ J.-V. LOUIS, in J.-V. Louis et al., *Le droit de la CEE, Union économique et monétaire, Cohésion économique et sociale, Politique industrielle et technologie européenne, Commentaire Mégret*, Bruxelles, Ed. de l'ULB, 1995, 2^e éd., p. 94.

au rythme des crises qui agitent le secteur financier »¹⁵. Ainsi l'exclusion des entreprises d'assurance constitue-t-elle selon le Professeur Smits, une « anomalie » due à une proposition des Pays-Bas de 1991, État membre distinguant alors banque centrale et bureau d'inspection des assurances¹⁶.

À notre sens, il ne convient pas d'exagérer la portée de la formulation retenue lors de la négociation du traité de Maastricht d'autant qu'en droit de l'Union, l'interprétation exégétique n'est pas la règle. L'article 127, paragraphe 6, TFUE doit davantage être interprété de façon téléologique ; à cet égard, l'arrêt *Pringle* constitue un point d'ancrage incontournable dès lors que la Cour de justice a consacré la stabilité financière en tant qu' « objectif supérieur »¹⁷. La crise financière et la crise des dettes souveraines ont profondément bouleversé le contexte dans lequel les dispositions du titre VIII de la troisième partie du TFUE doivent être interprétées. À la lettre restrictive de l'article 127, paragraphes 5, et 6, TFUE, doit en conséquence être préféré l'esprit évolutif qui imprègne ledit titre VIII.

D'un côté, les crises ont montré que la régulation du système financier dans son ensemble (assurances, banques, marchés financiers) doit à la fois être micro-prudentielle et macro-prudentielle¹⁸. À cet égard, les banques centrales disposent d'une vocation naturelle si ce n'est d'assurer, du moins de participer à la surveillance macro-prudentielle, voire micro-prudentielle. Dans l'UEM dotée d'une monnaie unique et d'une politique monétaire unique, il est dès lors logique de confier à la BCE la surveillance bancaire.

De l'autre côté, tous les États membres n'ont pas adopté la monnaie unique de sorte que la question s'est naturellement posée de limiter le MSU à la seule zone euro. La Commission avait au demeurant prévu dans sa feuille de route de septembre 2012 de concevoir l'Union bancaire uniquement pour la zone euro. La difficulté réside dans la circonstance que la zone monétaire de l'euro ne correspond pas au marché intérieur de l'Union.

On peut donc se demander si les articles 53, paragraphe 1 et 114 TFUE n'auraient pas constitué les bases juridiques adaptées pour mettre en place le MSU. Il n'est pas exclu en effet que la surveillance prudentielle relève des règles régissant l'exercice de l'activité bancaire. Renforcer cette surveillance permet de favoriser le fonctionnement du marché intérieur des services bancaires. Au demeurant, le MRU a été établi sur le fondement de l'article 114 TFUE.

¹⁵ *Ibidem*, p. 92.

¹⁶ R. SMITS, « The role of the ESCB in banking supervision », in *Legal Aspects of The European Central System of Central Banks, Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, Francfort, BCE, 2005, note 69.

¹⁷ CJ, Ass. Plén., 27 novembre 2012, *Thomas Pringle*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, point 135.

¹⁸ G 20 de Londres, conclusions, avril 2009. Rapport de Larosière, *The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, 2009.

Le choix de l'article 127, paragraphe 6, TFUE se justifie à notre sens parce que cette disposition constitue la *lex specialis* du contrôle prudentiel alors que les articles 53 et 114 TFUE sont les *lex generalis* en matière de services bancaires. Un cumul de bases juridiques aurait été complexe à mettre en œuvre. On aurait cependant pu envisager une procédure législative spéciale combinant l'unanimité au Conseil et la codécision avec le Parlement européen¹⁹.

Il convient également de relever une aporie de l'article 127 TFUE. En effet, l'article 139 TFUE prévoit que l'article 127, paragraphe 5, TFUE ne s'applique pas aux États membres n'ayant pas adopté l'euro. En revanche, il ne mentionne pas l'article 127, paragraphe 6, TFUE de sorte que celui-ci s'applique à tous les États membres.

Retenir l'article 127, paragraphe 6, TFUE a une conséquence de taille en ce que l'unanimité requise au Conseil a permis aux États n'ayant pas adopté l'euro de peser tout au long du processus et d'obtenir la faculté de participer au MSU en établissant une coopération rapprochée. Le compromis ainsi trouvé peut s'avérer satisfaisant politiquement ; juridiquement néanmoins, la coopération rapprochée constitue un mécanisme inédit de différenciation au sein de l'Union européenne qui risque de poser des difficultés de mise en œuvre.

2.2 MRU

2.2.1 Marché intérieur et stabilité financière

Le règlement (UE) n°806/2014 est fondé sur l'article 114 TFUE. Dans les considérants, le législateur motive ce choix par la nécessité de mieux intégrer le marché intérieur des services bancaires dans un contexte marqué par un « risque croissant de fragmentation financière ». Il est indéniable que des règles et une procédure pour la résolution des établissements bancaires contribuent à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur. Il est plus discutable que l'article 114 TFUE permette l'uniformisation de ces règles et de cette procédure.

Il ressort du règlement (UE) n°806/2014 que le MRU vise également la stabilité financière dans l'Union. Les défaillances bancaires compromettent la stabilité financière que le MRU contribue à renforcer. La stabilité financière est ainsi invoquée à de multiples reprises dans la motivation du règlement²⁰. Elle fait partie des éléments pris en compte dans les objectifs²¹ et les principes généraux²² de la résolution, dans l'établissement des plans de résolution²³, dans l'évaluation de la

¹⁹ En favorisant l'interprétation maximaliste du principe démocratique retenue par la Cour de justice, CJCE, 6 mai 2008, *Parlement c/ Conseil*, C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257.

²⁰ Considérants 2, 10, 12, 19, 24, 39, 46, 47, 49, 55, 57, 58, 59, 61, 73, 77, du règlement (UE) n°806/2014, précité.

²¹ Articles 6 § 3 a et 14 § 2 b) du règlement (UE) n°806/2014, précité.

²² Articles 15 § 2 du règlement (UE) n°806/2014, précité.

²³ Article 8 § 6 et 11, du règlement (UE) n°806/2014, précité.

résolvabilité²⁴ et de l'exigence minimale de fonds propres²⁵, dans la procédure de résolution²⁶, dans les instruments de cession des activités²⁷, dans la reconnaissance et l'exécution des procédures de résolution d'un pays tiers²⁸, dans la publication des sanctions du CRU²⁹. L'objectif supérieur de stabilité financière, tel que dégagé par l'arrêt *Pringle*, justifie, à notre sens, une interprétation maximaliste de l'article 114 TFUE. Le marché intérieur des services financiers implique une stabilité financière.

2.2.2 Délégation au CRU

Le règlement (UE) n°806/2014 institue le Conseil de résolution unique en tant qu'agence de l'Union européenne. Si l'article 114 TFUE permet au Parlement européen et au Conseil, sur proposition de la Commission, de créer des organes de l'Union, il ne permet de déléguer à ces derniers des pouvoirs que dans les limites fixées par la jurisprudence *Meroni*³⁰. La Cour de justice a ainsi précisé les conditions dans lesquelles le législateur peut, sur le fondement de l'article 114 TFUE, déléguer des pouvoirs à l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF)³¹. On interprète l'arrêt dit « AEMF » comme signifiant que l'article 114 TFUE permet certes de déléguer à un organe établi par le législateur des pouvoirs ; néanmoins, ces pouvoirs doivent être strictement circonscrits, en particulier s'ils sont de nature normative. En effet, des doutes demeurent quant au fait de savoir si le législateur de l'Union peut déléguer des pouvoirs normatifs à une agence européenne. À notre sens, l'arrêt dit « AEMF » conduit à la conclusion suivante : l'article 114 TFUE permet de déléguer un pouvoir normatif à une agence à la condition de limiter ce pouvoir à des questions purement techniques ou à des circonstances exceptionnelles et, en tout état de cause, à l'encadrer par les institutions délégantes.

Dans l'arrêt dit « AEMF », même si la Cour de justice ne le dit pas expressément, l'objectif supérieur de stabilité financière justifie une appréciation de la délégation de pouvoirs aux organes participant à la régulation du système financier à l'aune de l'objectif supérieur de stabilité financière. En vertu d'une interprétation téléologique, on admet que les pouvoirs délégués aux organes par le législateur puissent être adaptés à la nécessité de garantir la stabilité financière.

C'est dans ce cadre général qu'il convient d'apprécier la délégation opérée par le règlement (UE) n°806/2014 au CRU de pouvoirs de résolution, d'enquêtes et de sanction. S'il appelle une expertise professionnelle et technique, le pouvoir de

²⁴ Article 10 § 3, 4, 5 et 10 du règlement (UE) n°806/2014, précité.

²⁵ Article 12 § 7 c) du règlement (UE) n°806/2014, précité.

²⁶ Article 18 § 4 d) du règlement (UE) n°806/2014, précité.

²⁷ Article 24 § 3 a) du règlement (UE) n°806/2014, précité.

²⁸ Article 33 § 2 et 3 a) du règlement (UE) n°806/2014, précité.

²⁹ Article 44 § 1 b) du règlement (UE) n°806/2014, précité.

³⁰ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni et compagnie c/ Haute autorité*, 9/56, *Rec.* p. 11, ECLI:EU:C:1958:7.

³¹ CJ, GC, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, dit « AEMF », C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18.

résolution a des implications très fortes non seulement pour la ou les banques concernées, mais également pour le système financier et, corrélativement, pour le système économique. On comprend dès lors que le législateur de l'Union a impliqué la Commission et le Conseil dans le dispositif de résolution. Ces deux institutions peuvent formuler des objections dont le CRU doit tirer les conséquences³². Outre cet encadrement, on considère que l'objectif de stabilité financière permet encore une fois d'interpréter de façon maximaliste l'article 114 TFUE et donc de confier au CRU des pouvoirs importants.

2.2.3 Transferts au fonds de résolution unique (FRU)

Le MRU a posé une ultime difficulté quant à la base juridique puisque le fonds de résolution unique, établi par le règlement (UE) n°806/2014, est alimenté conformément aux règles relatives au transfert des fonds perçus au niveau national vers le Fonds selon les modalités prévues dans l'accord intergouvernemental conclu le 21 mai 2014³³. Le recours au droit international public surprend quelque peu ; du moins est-il la manifestation d'une interprétation très restrictive de l'article 114 TFUE.

L'Union bancaire a pour objet de rompre le lien entre les finances publiques et les crises bancaires. Les contribuables ne doivent plus financer les défaillances bancaires. Il revient ainsi aux établissements bancaires de financer la résolution. Le CRU est doté d'un budget autonome composé de deux parties. La partie I porte « Administration du CRU » est alimentée par les « contributions aux dépenses administratives du CRU » perçues en application de l'article 65 du règlement MRU. La partie II est composée des ressources affectées au FRU. Celui-ci est abondé par des contributions *ex ante* et *ex post* des établissements de crédit concernés.

La nature juridique de ces contributions *ex ante* et *ex post* demeure indéterminée. Parce que ces contributions constitueraient un impôt, un accord intergouvernemental a été conclu ; en effet, l'Union européenne est dépourvue de la compétence fiscale³⁴. Il en découle une articulation complexe entre le règlement MRU et l'accord. Le règlement MRU fonde l'obligation des banques de verser au FRU des contributions. Le défaut de compétence fiscale de l'Union implique que ces contributions sont perçues par les États membres auprès des banques. Il a ensuite fallu conclure un traité international public pour que chaque État membre s'engage conventionnellement à transférer au FRU les contributions perçues³⁵. Il en résulte un processus de mutualisation progressive, d'une durée de huit ans, organisé par l'accord de mai 2014.

³² Article 18 du règlement (UE) n°806/2014, précité.

³³ Accord concernant le transfert et la mutualisation des contributions au fonds de résolution unique (ensemble deux déclarations), 21 mai 2014.

³⁴ *Ibidem*, p. 31.

³⁵ Considérant n°7 de l'Accord.

On peut se demander, et c'était la position française, si l'article 114 TFUE ne constituait pas une base juridique suffisante pour financer le FRU dans la mesure où on peut raisonnablement douter de la nature fiscale des contributions bancaires. L'argument politique a pesé dans la négociation puisque la ratification de l'Accord international a permis d'impliquer les parlements nationaux alors que le règlement MRU est d'application directe.

Un autre argument a été avancé à propos de l'utilisation de l'article 114 TFUE. Celui-ci ne peut être mis en œuvre pour imposer aux États membres d'augmenter leur contribution financière à l'Union. En effet, l'article 311 TFUE impose le recours à une procédure législative spéciale, à l'unanimité, pour établir une nouvelle catégorie de ressources propres de l'Union. Dans la mesure où le FRU est alimenté par des contributions des banques, cette réserve ne sera plus opérante lorsque le dispositif sera complètement déployé, à l'horizon 2023. En attendant, si un recours au FRU est nécessaire alors que les contributions n'ont pas atteint le niveau cible, les budgets des États membres peuvent être affectés ; c'est pourquoi l'article 114 TFUE présentait des limites, selon le service juridique du Conseil³⁶. La réserve explique le mécanisme d'abondement progressif du FRU d'une redoutable complexité³⁷.

QUESTION 4 (questions 6 et 11)

4.1 Le respect des droits fondamentaux (questions 38)

En tant que principe constitutionnel, le respect des droits fondamentaux s'impose dans l'Union bancaire ce que le législateur a pris soin de rappeler explicitement dans les règlements MSU et MRU. Outre l'évocation du respect des droits fondamentaux³⁸, quelques dispositions explicitent certains des droits protégés. Par exemple, l'article 89 du règlement MRU est consacré à la protection des données, alors que l'article 90 précise que le cadre législatif du droit d'accès aux documents s'applique au CRU³⁹. En tout état de cause, les droits fondamentaux consacrés par la charte ou en tant que principes généraux du droit de l'Union, sont invocables à l'encontre des institutions et organes de l'Union (BCE, Conseil, Commission, CRU).

³⁶ Conseil de l'Union, Opinion of the Legal service n° 13524/13, § 56 : « the proposal does not contain a robust system to guarantee the budgetary sovereignty of Member States, notably throughout the transitional period during which the target funding level has to be achieved. Purportedly, during this period, the Fund will not have the necessary means to face conveniently resolution decisions and recourse to extraordinary means of funding might be needed ».

³⁷ Règlement d'exécution (UE) n° 2015/81 du Conseil du 19 décembre 2014 définissant des conditions uniformes d'application du règlement (UE) n° 806/2014 en ce qui concerne les contributions ex ante au Fonds de résolution unique, *JOUE* L 15, 22 janvier 2015, p. 1 ; règlement délégué (UE) n° 2015/63 de la Commission du 21 octobre 2014 complétant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne les contributions ex ante aux dispositifs de financement pour la résolution, *JOUE* L 11, 17 janvier 2015, p. 44.

³⁸ Considérant n°86 du règlement MSU ; considérant n°121 du règlement MRU.

³⁹ Le règlement (CE) n°1041/2001 s'applique aux documents détenus par le CRU.

La Charte des droits fondamentaux et les principes généraux s'imposent également aux autorités nationales qui interviennent dans le cadre du MSU et du MRU. Le droit dérivé de l'Union bancaire – en particulier le règlement uniforme – ne laisse guère de doutes quant au fait que les mesures nationales afférentes à la surveillance et à la résolution sont adoptées dans la mise en œuvre du droit de l'Union, au sens de l'article 51 de la Charte et de la jurisprudence⁴⁰.

Les établissements de crédit relevant du MSU ou du MRU peuvent en conséquence invoquer les droits fondamentaux à l'encontre d'une mesure de surveillance ou de résolution. Une stratégie contentieuse sera certainement déployée à cet effet par les requérants qui pourront invoquer des droits fondamentaux tant spécifiquement économiques (droit de propriété, liberté d'entreprise, etc.) qu'à vocation plus générale (protection de la vie privée, protection juridictionnelle effective, etc.). L'Union bancaire ne présente pas à notre avis de spécificités particulières. C'est pourquoi on devrait retrouver en la matière un contrôle classique. Tout au plus peut-on relever que la stabilité financière devrait constituer une raison d'intérêt général pouvant justifier une restriction à un droit, dans le respect du principe de proportionnalité. La question de l'étendue de la conciliation des droits entre eux et avec l'intérêt général – en particulier droit d'accès aux documents, protection du secret d'affaires et efficacité des procédures – risque néanmoins de poser des difficultés de mise en œuvre.

4.2 La répartition des compétences entre l'Union et les États membres

La répartition des compétences entre l'Union et les États membres n'est pas affectée par l'Union bancaire. Il est certain que l'Union bancaire ne relève pas du domaine de la politique monétaire. Le MRU et le règlement uniforme s'inscrivent dans le domaine de compétence partagée du marché intérieur au sens de l'article 4, paragraphe 2, a), TFUE.

La seule difficulté est posée par le MSU. Fondé sur l'article 127, paragraphe 6, TFUE, le règlement (UE) n°1024/2013 relève du domaine de compétence en matière de contrôle prudentiel. Or, l'article 127, paragraphe 5, TFUE réserve, du moins pour la zone euro⁴¹, le contrôle prudentiel aux autorités compétentes. L'Union ne dispose en la matière que d'une compétence d'appui. On peut néanmoins considérer que l'article 127, paragraphe 6, TFUE permet de reconnaître à la BCE des pouvoirs (« missions spécifiques ») dans le domaine du contrôle prudentiel.

4.3. Différenciation (questions 8, 9)

L'Union bancaire constitue une forme inédite d'intégration différenciée. Le MSU et le MRU ne concernent que les États membres participants au sens de l'article

⁴⁰ CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95, *Rec.* p. I-2629, ECLI:EU:C:1997:254.

⁴¹ La disposition ne s'applique pas aux États membres qui n'ont pas adopté l'euro : article 139 TFUE.

2 du règlement (UE) n°1024/2013⁴². Les États n'ayant pas adopté l'euro peuvent ainsi établir une « coopération rapprochée » avec la BCE dans les conditions prévues par l'article 7 du règlement (UE) n° 1024/2013.

Le choix du législateur a été d'éviter le recours au mécanisme des coopérations renforcées pour mettre en place le MSU, puis le MRU. On peut se demander s'il ne s'agit pas d'une forme de détournement de procédure en méconnaissance des dispositions de l'article 20 TUE et du titre III de la sixième partie du TFUE. À notre sens néanmoins, le mécanisme de coopération rapprochée n'est pas incompatible avec les traités. Il n'en présente pas moins des spécificités qui intriguent juridiquement⁴³.

La coopération rapprochée s'apparente davantage à une forme de flexibilité du droit de l'Union dont le champ d'application est tributaire de l'expression d'une intention étatique et d'une décision de la BCE. Après que l'État membre a notifié sa demande, la BCE adopte une décision qui met en place la coopération rapprochée avec l'autorité nationale compétente. Il convient d'insister sur le fait que la coopération rapprochée est établie entre la BCE et l'autorité compétente nationale. Ce mécanisme permet ainsi de répartir des pouvoirs entre une institution de l'Union et des autorités nationales dans une forme d'intégration verticale originale qui transcende la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres.

Alors que les États de la zone euro ont l'obligation de participer au MSU et au MRU, les autres États membres ne rejoignent les deux mécanismes qu'ils en expriment la volonté. Cette faculté laissée n'est pas sans conditions. La BCE ne dispose pas d'une compétence liée : elle peut donc ne pas adopter la décision établissant la coopération rapprochée. De surcroît, la mise en place d'une coopération rapprochée permet à la BCE d'exercer des pouvoirs d'instruction et d'avertissement à l'égard de l'autorité nationale compétente. La coopération rapprochée peut également être suspendue, voire résiliée, par la BCE. La résiliation peut également être demandée par l'État membre.

Le fait que la coopération rapprochée ne soit pas irréversible est contestable. Sur le plan des principes, la résiliation marque un recul de la philosophie du *spill over* qui imprègne l'Union. Sur le plan pratique, elle risque de poser des difficultés considérables pour renationaliser la surveillance et la résolution des banques.

⁴² Article 4 du règlement MRU.

⁴³ Voir J.-V. LOUIS, « Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée? », in *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, Collection : « Droit de l'Union européenne », 2015, pp. 203-221.

4.3 L'équilibre institutionnel

L'Union bancaire ne remet pas en cause fondamentalement l'équilibre institutionnel. Tout au plus suscite-t-elle quelques remarques sur la délégation de pouvoirs. Il convient à cet égard de distinguer le MSU du MRU.

Dans le MSU, la BCE se voit conférer des pouvoirs qu'elle exerce à l'encontre des établissements de crédit. Ces pouvoirs se distinguent de ceux que cette institution exerce au titre de ses missions fondamentales prévues par l'article 127, paragraphe 2, TFUE. En vertu de l'article 127, paragraphe 6, TFUE, la BCE peut se voir confier par le Conseil des « missions spécifiques » de surveillance prudentielle. Afin d'accomplir ces missions, le Conseil a confié des pouvoirs à la BCE explicités par le règlement (UE) n°1024/2013. Ces pouvoirs s'apparentent en ce sens à ceux qu'exerce la Commission en sa qualité d'autorité de concurrence dans l'accomplissement de sa mission prévue par l'article 105 TFUE dans les conditions prévues par le règlement (CE) n°1/2003. Les solutions dégagées par la Cour de justice de l'Union européenne à propos du règlement (CE) n°1/2003 peuvent ainsi être reprises *mutatis mutandis* pour le MSU.

Dans le MRU, la délégation de pouvoirs de résolution au CRU pose davantage de difficultés. Nous éprouvons des doutes quant au respect des conditions posées par la jurisprudence *Meroni*⁴⁴. Dans l'arrêt dit « AEMF », la délégation est valide uniquement parce que les pouvoirs d'intervention conférés par le législateur à l'Union européenne sont exceptionnels⁴⁵. Tel n'est pas le cas des pouvoirs de résolution délégués au CRU. Le législateur a certes pris le soin d'impliquer le Conseil et la Commission dans le dispositif de résolution. On peut néanmoins se demander si cette précaution suffit à éviter une violation de l'équilibre institutionnel.

4.4 L'autonomie du droit de l'Union

L'autonomie du droit vis-à-vis du système international est une caractéristique fondamentale de l'ordre juridique de l'Union. À cet égard, l'Union bancaire suscite deux réflexions.

D'une part, on retrouve dans l'Union bancaire le recours par les États membres. Les États membres ont conclu l'Accord intergouvernemental sur le transfert et la mutualisation des contributions. Le recours au droit international public est ambivalent. D'un côté, comme pour le TSCG ou le MES, le traité de droit international public peut constituer un instrument pour approfondir l'intégration dans l'Union en contournant les limites inhérentes à la répartition des compétences

⁴⁴ CJCE, *Meroni et compagnie c/ Haute autorité*, précité.

⁴⁵ CJ, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, dit « AEMF », C-270/12, précité.

prévue par le traité FUE⁴⁶. De l'autre côté, le recours à un traité international favorise une différenciation pernicieuse puisque, comme dans le cas du TSCG, deux États membres (République tchèque et Royaume-Uni) n'ont pas conclu l'Accord relatif au FRU. Le MRU prévoit trois degrés de différenciation : zone euro / États membres hors zone euro / Royaume-Uni – République tchèque.

D'autre part, les textes du « règlement uniforme » réceptionnent dans l'ordre juridique de l'Union les standards dégagés par le Comité de Bâle en matière de contrôle prudentiel. Les « Accords » de Bâle III ne constituent pas des normes juridiques : ce sont des standards financiers internationaux produits par un organe informel⁴⁷. Néanmoins, le législateur de l'Union s'estime lié par ces standards et, en les insérant dans le droit dérivé, leur confère une valeur normative⁴⁸. L'Union bancaire pose dès lors la question de l'interaction normative entre les standards financiers internationaux et le droit de l'Union.

4.5 Le respect du principe démocratique

L'article 10 TUE consacre le principe démocratique. L'Union bancaire relève à quel point le respect de ce principe n'est plus uniquement politique, mais a également des implications juridiques. En effet, le MSU et le MRU organisent une forme de responsabilité démocratique de la BCE et du CRDU, au prix cependant d'une complexification institutionnelle.

L'article 20 du règlement MSU est consacré à l'obligation de rendre des comptes et rapports, tandis que l'article 45 du règlement MRU organise la « responsabilité » du CRU. L'Union bancaire s'inscrit ainsi dans le mouvement de légitimation démocratique engagé par l'Union économique et monétaire. Aux mécanismes traditionnels de responsabilité politique tels qu'on peut les connaître au niveau national, succèdent de nouvelles formes d'*accountability* que nous avons qualifiée de délibérative⁴⁹. Ces mécanismes traditionnels sont en effet inadaptés aux exigences de l'indépendance de la BCE et du CRU. Cette reddition des comptes se fonde sur l'obligation de présenter publiquement un rapport annuel, sur la faculté de

⁴⁶ On rappelle que l'absence de compétence de l'Union pour régler la question du transfert et de la mutualisation des contributions n'est pas évidente, voir question 2.

⁴⁷ Sur ce point, voir R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Préface J.-M. Sorel, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Mondialisation et droit international », 2011, XXII-795 p. ; M. GIOVANOLI, « The International Financial Architecture and its Reform after the Global Crisis », in M. Giovanoli, D. Devos, (dir.), *International Monetary and Financial Law. The Global Crisis*, Oxford, OUP, 2010, pp. 3-39.

⁴⁸ Considérant n°80 du règlement MSU : « Compte tenu de la mondialisation des services bancaires et de l'importance accrue des normes internationales, la BCE devrait s'acquitter de ses missions dans le respect des normes internationales ainsi qu'en dialoguant et en coopérant étroitement avec les autorités de surveillance extérieures à l'Union ».

⁴⁹ F. MARTUCCI, « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la BCE, Dialogue monétaire et "accountability délibérative" », *CDE*, 2003, n° 5-6, pp. 549-595.

procéder à des auditions et de poser des questions orales ou écrites⁵⁰. Dans l'Union bancaire, l'originalité tient aux institutions, organes et enceintes devant lesquelles la BCE (MSU) et le CRU (MRU) rendent des comptes. Le CRU est responsable devant le Parlement européen, le Conseil et la Commission. La BCE rend des comptes devant le Parlement européen et le Conseil. L'article 20 du règlement MSU prévoit également que le président du Conseil de surveillance du MSU présente son rapport à l'Eurogroupe qui peut de surcroît demander à l'entendre. Il est pour le moins surprenant que la reddition des comptes d'une institution de l'Union se fasse également devant une enceinte informelle (l'Eurogroupe)...

Dans la continuité du *six Pack* et du *two Pack*, l'Union bancaire tire les conséquences du rôle reconnu par le traité de Lisbonne aux parlements nationaux. Ces derniers sont également destinataires des rapports annuels et peuvent poser des questions ou procéder à des auditions dans les conditions prévues par l'article 21 du règlement MSU et de l'article 46 du règlement MRU.

QUESTION 5 (en lien avec questions 8, 9)

5.1 Égalité entre les États membres / situation des États membres n'ayant pas adopté l'euro

Dans la version initiale du projet telle que prévue par la feuille de route de septembre 2012, la Commission européenne avait réservé l'Union bancaire à la seule zone euro. L'exclusion des États membres n'ayant pas adopté l'euro aurait-elle constitué une rupture d'égalité entre les États membres en violation de l'article 4, paragraphe 2, TUE ?

En droit positif, les règlements MSU et MRU sont applicables dans les seuls « États participants ». Par « États participants », il faut entendre les États de la zone euro et les États membres n'ayant pas adopté la monnaie unique avec lesquels une coopération renforcée a été établie.

Selon une jurisprudence constante, la discrimination consiste non seulement dans l'application de règles différentes à des situations comparables mais également dans l'application d'une même règle à des situations différentes. Toute la question avec l'Union bancaire consiste à déterminer s'il existe une différence de situation entre les États de la zone euro et les États membres n'ayant pas adopté la monnaie unique.

Hypothèse 1 : il existe une différence de situation entre les États de la zone euro et ceux qui n'ont pas adopté la monnaie unique : une différence de traitement peut être admise. Cette différence de situation peut être reconnue si on considère que l'Union bancaire est le complément de l'Union monétaire (monnaie unique) ; elle ne peut être

⁵⁰ Voir par exemple ECB, D. Nouy, 20 November 2015, Letters QZ146-148.

admise si on considère que l'Union bancaire est le prolongement du marché intérieur (services bancaires).

Hypothèse 2 : il n'existe pas de différence de situation entre les États de la zone euro et ceux qui n'ont pas adopté la monnaie unique : une différence de traitement ne peut être admise que si elle est justifiée par l'intérêt général. Les règlements MSU et MRU n'exposent pas de manière explicite les raisons d'intérêt général qui fondent le fait de réserver initialement les deux mécanismes à la zone euro. Il demeure que les États n'ayant pas adopté l'euro ont accepté cette exclusion initiale.

Le recours à l'article 127, paragraphe 6, TFUE, et donc l'unanimité au Conseil, ont néanmoins permis aux États membres n'ayant pas adopté l'euro de faire valoir leurs intérêts au cours du processus décisionnel. Ainsi, des dispositifs sont prévus afin d'éviter que les États non participants soient lésés par le MSU ou le MRU. Par exemple, des règles de vote au sein de l'ABE permettent d'éviter que les États de l'Union bancaire ne votent en bloc⁵¹.

À notre sens, l'Union bancaire n'affecte pas les intérêts des États membres n'ayant pas adopté l'euro. Au contraire, le mécanisme des coopérations rapprochées leur permet de rejoindre le MSU et le MRU à tout moment de sorte que ces États peuvent, à l'instar de la République tchèque, retenir une « wait and see approach »⁵². Autrement dit, ils jouissent de la faculté, avant de participer aux mécanismes, d'apprécier si l'Union bancaire fonctionne correctement. En revanche, les conditions dans lesquelles la BCE peut résilier la coopération rapprochée s'avère quelque peu attentatoire aux droits des États n'ayant pas adopté l'euro. En effet, la BCE est dotée de pouvoirs considérables à l'encontre de l'État (avertissement, suspension, résiliation).

5.2 Égalité entre les institutions financières (question 21)

Il est difficile d'évaluer les effets concrets du MSU et du MRU sur les institutions financières établies dans les États membres non participants.

On peut néanmoins considérer que le fait pour une banque d'être soumise à la surveillance de la BCE ou de l'autorité nationale en coopération avec la BCE lui confère un avantage compétitif ; de même, le fait de pouvoir bénéficier du MRU en cas de défaillances contribue à renforcer la réputation de la banque sur le marché. En conséquence, l'effet concret de l'Union bancaire est de faciliter l'accès au marché des établissements bancaires de la zone euro.

⁵¹ HM Government, *Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union – Economic and Monetary Policy*, 2014, p. 47.

⁵² Ministry of Finance of the Czech Republic, *Impact Study of Participation or Non-Participation of the Czech Republic in the Banking Union*, 2015, p. 14.

De jure néanmoins, les différences quant aux règles et aux procédures applicables aux banques selon que celles-ci sont ou non établies dans la zone euro, demeurent limitées. En effet, le règlement uniforme conduit à harmoniser, si ce n'est uniformiser, les règles applicables et les procédures mises en œuvre dans l'ensemble des États membres. Les règlements favorisent une convergence matérielle dans la mise en œuvre de la surveillance et de la résolution.

De facto, le caractère transfrontalier de l'activité des établissements bancaires pose des difficultés concrètes pour la mise en œuvre de la surveillance et de la résolution. C'est pourquoi des mécanismes sont prévus. Par exemple, pour le MSU, il est prévu que la BCE et les autorités compétentes des États membres non participants concluent un protocole d'accord relatif à la coopération dans l'exécution de leurs missions de surveillance dans le cadre du droit de l'Union⁵³. Selon le règlement MSU, « pour les établissements de crédit établis dans un État membre non participant qui établissent une succursale ou fournissent des services transfrontaliers dans un État membre participant, la BCE s'acquitte (...) des missions pour lesquelles les autorités compétentes nationales sont compétentes en vertu des dispositions pertinentes du droit de l'Union »⁵⁴. La disposition revient à prévoir une substitution d'action de la BCE à l'autorité compétente de l'État non participant. Dans ses considérants, le règlement MSU rappelle cependant que « les actes adoptés par la BCE en vertu du présent règlement ne devraient conférer aucun droit ni imposer aucune obligation aux États membres non participants (...), sauf lorsque ces actes sont conformes aux dispositions pertinentes du droit de l'Union »⁵⁵. Encore faut-il identifier les « dispositions pertinentes du droit de l'Union ».

En tout état de cause, les règlements MSU et MRU prévoient que les institutions de l'Union et les autorités nationales compétentes doivent « pleinement tenir compte de l'unité et de l'intégrité du marché intérieur et en remplissant à cet égard un devoir de diligence, un traitement égal étant réservé aux établissements de crédit pour éviter les arbitrages réglementaires »⁵⁶.

QUESTION 7

L'Union bancaire est étroitement liée au droit du marché intérieur, entendu comme un espace sans frontières intérieures où circulent librement notamment services et capitaux et qui comporte un régime de concurrence non faussée.

⁵³ Article 3, paragraphe 6, du règlement (UE) n° 1024/2013, précité.

⁵⁴ Article 4, paragraphe 2, du règlement (UE) n° 1024/2013, précité.

⁵⁵ Considérant n°50 du règlement (UE) n° 1024/2013, précité.

⁵⁶ Article 1, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 1024/2013, précité.

7.1 Marché intérieur des services bancaires

L'Union bancaire s'inscrit dans le marché intérieur des services bancaires. Le règlement uniforme (règlement (UE) n° 575/2013 ; directive 2014/49/UE ; directive 2014/59/UE) s'applique à tous les États membres. On ne relève pas de difficulté particulière pour le droit du marché intérieur. Tel n'est pas le cas en revanche pour le MSU et le MRU qui posent un problème inextricable.

D'un côté, le législateur affirme que « la surveillance et la résolution sont deux aspects complémentaires de l'établissement du marché intérieur des services financiers dont l'application au même niveau est considérée comme interdépendante »⁵⁷.

De l'autre côté, le MSU et le MRU ont des effets potentiellement perturbateurs pour le marché intérieur. Le Royaume-Uni a ainsi insisté sur le risque que l'Union bancaire ait pour effet de créer « a single market within the Single Market »⁵⁸. Selon les règlements MSU et MRU, les missions de surveillance prudentielle de la BCE et de résolution du CRU sont menées « en tenant pleinement compte de l'unité et de l'intégrité du marché intérieur ». Cette exigence s'avère d'autant plus impérieuse que le Royaume-Uni est enclin à engager des recours afin de préserver ses intérêts au sein du marché intérieur. On pense ainsi au recours intenté à l'encontre du cadre de surveillance des systèmes de paiement, de compensation et de règlement adopté par la BCE⁵⁹.

Si le respect de l'unité et de l'intégrité du marché intérieur constitue une obligation juridique, le contrôle opéré par le juge sera restreint. On peut appliquer *mutatis mutandis* la solution dégagée par la Cour de justice dans les affaires relatives aux coopérations renforcées⁶⁰.

Des précautions sont prises par le règlement (UE) n°1024/2013 puisque la Commission doit publier un rapport « en mettant l'accent en particulier sur le suivi de l'impact qu'il est susceptible d'avoir sur le bon fonctionnement du marché intérieur » (article 32).

Il convient enfin de relever qu'au Canada, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une législation sur les valeurs mobilières applicable uniquement dans les provinces qui y auraient adhéré ; elle a relevé une contradiction entre

⁵⁷ Considérant n°11 du règlement (UE) n° 806/2014, précité.

⁵⁸ HM Government, *Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union – The Single Market: Financial Services and the Free Movement of Capital*, 2014, p. 109.

⁵⁹ Trib., 4 mars 2015, *Royaume-Uni c/ BCE*, T-496/11, ECLI:EU:T:2015:133.

⁶⁰ En vertu de l'article 326 TFUE, les coopérations renforcées « ne peuvent porter atteinte » au marché intérieur. Encore faut-il que celui-ci soit suffisamment affecté, appréciation sur laquelle la Cour de justice n'opère qu'un contrôle de l'erreur manifeste : CJ, GC, 16 avril 2013, *Espagne et Italie c/ Conseil*, C-274/11 et C-295/11, ECLI:EU:C:2013:240, conclusions ECLI:EU:C:2012:782 point 142.

l'adhésion facultative au mécanisme et les objectifs fédéraux de stabilité du système financier canadien⁶¹.

7.2 Concurrence et aides d'État

En vertu de l'article 19 du règlement MRU, un contrôle au titre des aides d'État doit être opéré par la Commission dans deux cas.

D'une part, la mesure de résolution peut impliquer l'octroi d'une aide d'État. La Commission n'a eu de cesse d'adapter les règles relatives aux aides d'État aux établissements bancaires⁶². Les crises bancaires à Chypre et en Espagne ont montré à quel point le rôle joué par la Commission pour assurer la compatibilité avec le marché intérieur, au sens de l'article 108 TFUE, des recapitalisations bancaires.

D'autre part, et de manière beaucoup plus surprenante, l'article 19 du règlement MRU consacre l'équivalent d'un contrôle d'aides d'État pour les aides du Fonds de résolution unique. Accordée par une agence de l'Union (le CRU), l'aide à la résolution ne remplit pas la condition d'imputabilité à un État membre pour être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. En revanche, le fait que le FRU soit financé par des contributions des banques ne conduit à nier la condition relative aux ressources d'origine publique dès lors que l'on applique la jurisprudence *Pearle* relative aux cotisations obligatoires⁶³. Ainsi, le législateur de l'Union admet qu'une mesure de résolution décidée par un organe de l'Union peut fausser la concurrence et doit donc être déclarée compatible avec le marché par la Commission. Il faut insister : une aide du FRU n'est pas une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Néanmoins, elle peut fausser la concurrence sur le marché intérieur ce qui explique l'établissement par le législateur de l'Union d'un contrôle analogue à celui des aides d'État.

La principale difficulté s'avère d'ordre opérationnel. Il sera nécessaire d'articuler le contrôle de l'aide du FRU par la Commission en qualité d'autorité de la concurrence avec la procédure de résolution. La question des délais s'avère essentielle. La Commission doit opérer le contrôle de la compatibilité de l'aide en à peine quelques heures pour permettre le respect des recours dans la mise en œuvre du dispositif de résolution.

QUESTION 10

Tant pour la surveillance que pour la résolution, la dimension internationale de l'Union bancaire est fondamentale, eu égard au caractère transnational des activités

⁶¹ Cour Suprême du Canada, *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011, 3 RCS 837.

⁶² Les établissements bancaires ne sont pas soumis aux lignes directrices générales. Voir Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, *JOUE* C 249, 31 juillet 2014, p. 1.

⁶³ CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, C-345/02, *Rec. p.* I-7139, ECLI:EU:C:2004:448.

et groupements bancaires. Le volet « relations extérieures » de l'Union bancaire est donc essentiel ; la question est résolue de façon satisfaisante par le droit dérivé.

Pour le MSU, les « relations internationales » sont régies par l'article 8 du règlement (UE) n°1024/2013 en vertu duquel la BCE peut « établir des contacts et conclure des accords administratifs avec des autorités de surveillance, des organisations internationales et des administrations de pays tiers ». La disposition ajoute que « ces accords ne créent pas d'obligations juridiques à l'égard de l'Union ou de ses États membres ». Cependant, la BCE dispose d'une personnalité juridique internationale⁶⁴. En conséquence, elle peut conclure des accords internationaux relatifs à la surveillance bancaire.

Pour le MRU, la question est réglée par le titre VI de la directive 2014/59/UE consacré aux « relations avec des pays tiers ». L'article 93 prévoit la conclusion, conformément à l'article 218 TFUE, d'accords avec les pays tiers UE visant à organiser les modalités de la coopération entre les autorités de résolution et les autorités des pays tiers concernées, entre autres aux fins de l'échange d'informations liées à la planification des mesures de redressement et de résolution. L'article 94 organise la reconnaissance et l'exécution des procédures de résolution d'un pays tiers. L'article 95 prévoit le droit des autorités de résolution nationale de refuser la reconnaissance ou l'exécution de procédures de résolution d'un pays tiers. Ces dispositions sont rendues applicables au CRU par l'article 33 du règlement MRU.

QUESTION 13

En France, les autorités compétentes ont adopté la plupart des mesures nécessaires à la mise en œuvre des règlements et à la transposition des directives de l'Union bancaire.

L'Accord concernant le transfert et la mutualisation des contributions au fonds de résolution unique a été ratifié par une loi⁶⁵.

La France a anticipé la mise en compatibilité de son droit avec une partie des exigences du règlement uniforme de l'Union bancaire. Ainsi, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juillet 2013 comporte un titre IV relatif à la mise en place du régime de résolution bancaire qui a permis de transposer par anticipation une partie des dispositions de la directive BRR⁶⁶.

Pour les mesures relevant du domaine de la loi au sens de l'article 34 de la Constitution, le Parlement français a autorisé le Gouvernement à prendre par voie

⁶⁴ Article 6 des statuts du SEBC. Voir F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, point 172.

⁶⁵ Loi n° 2015-533 du 15 mai 2015 autorisant la ratification de l'accord concernant le transfert et la mutualisation des contributions au fonds de résolution unique, *JORF* n°112 du 16 mai 2015 p. 8280.

⁶⁶ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n°0173 du 27 juillet 2013 p. 12530.

d'ordonnance les mesures impliquées par l'Union bancaire. En vertu de l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement peut en effet demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Ont ainsi été adoptées deux lois : la première, en date du 2 janvier 2014, habilite le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises⁶⁷, la seconde, en date du 30 décembre 2014, portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière⁶⁸. Des ordonnances ont d'ores et déjà été adoptées⁶⁹.

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) est l'autorité nationale compétente dans le cadre du MSU et du MRU. Elle a édicté des actes⁷⁰ ainsi que de la *soft law*⁷¹. Des décisions ont été adoptées en application du droit de l'Union⁷².

La position française a été favorable à l'Union bancaire. Le règlement uniforme a induit quelques évolutions. Avant le CRD IV, le droit français réservait la qualification d'établissement de crédit aux sociétés qui accordent des crédits, mais ne reçoivent pas de fonds remboursables du public. Afin de mettre le droit français en conformité avec le CRR, un nouveau statut national des sociétés financières a été créé. Le principe a été celui de la continuité juridique puisque le statut d'établissement de crédit a été maintenu. Toutefois, à partir d'octobre 2013, et pendant un an, les sociétés financières avaient la faculté d'opter pour le statut de société de financement en notifiant ce choix à l'ACPR. Dans le cadre du MRU, la loi de 2013 a confié les fonctions de résolution à l'ACPR qui dispose d'instruments

⁶⁷ Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, *JORF* n°2 du 3 janvier 2014 p. 50.

⁶⁸ Loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, *JORF* n°302 du 31 décembre 2014 p. 23238.

⁶⁹ Ordonnance n° 2015-558 du 21 mai 2015 relative aux succursales établies sur le territoire français d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un Etat qui n'est pas membre de l'Union européenne ni partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

Ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JORF* n°192 du 21 août 2015 p. 14652.

Ordonnance n° 2014-1332 du 6 novembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au mécanisme de surveillance unique des établissements de crédit

⁷⁰ Pour le règlement uniforme, voir ACPR, Instruction n° 2015-I-23 portant modification de l'instruction n° 2014-I-10 du 22 août 2014 relative aux exigences prudentielles applicables aux sociétés de financement. ACPR, Instruction n° 2015-I-21 relative à la transmission des reportings réglementaires du sous-groupe « loi de séparation bancaire » pour les établissements ayant créé une filiale dédiée au sens du titre Ier de la loi n° 2013-672 de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juillet 2013.

⁷¹ Pour articuler les contrôles avec ceux de la BCE, voir Charte de conduite d'une mission de contrôle sur place, juin 2014.

⁷² Décisions de retrait d'agrément d'établissements de crédit prises par l'ACPR ou par la BCE sur proposition de l'ACPR au cours du mois de septembre 2015.

analogues à ceux du CRU (plans préventifs de redressement et de résolution, etc.). Elle a également prévu que le Fonds de garantie des dépôts, renommé Fonds de garantie des dépôts et de résolution (FGDR), soit en charge de financer la résolution, sur la base de contributions versées par le secteur bancaire. À terme, le FGDR doit être doté d'un montant de 11 milliards d'euros correspondant à 1 % du montant total des dépôts des banques françaises. Sur la question du financement de la résolution, les banques françaises ne se trouvent pas dans une situation favorable dans la mesure où elles disposent d'un montant de passif important, assorti d'un montant total de dépôts relativement faible, en raison de la captation de l'épargne par l'épargne réglementée et l'assurance-vie⁷³. En conséquence, la contribution des banques françaises au FRU est quasiment équivalente à celle des banques allemandes, alors même qu'elles présentent des risques limités. C'est pourquoi « la vigilance du Parlement français s'impose afin de s'assurer que cette stabilité et cette solidité ne se fassent pas au détriment du financement de l'économie française par les banques françaises »⁷⁴.

B. MÉCANISME DE SUPERVISION UNIQUE

QUESTION 16

16.1 Méthode d'intégration (question 6)

Du point de vue de l'architecture institutionnelle, le MSU et le MRU constituent des mécanismes fondés sur une intégration entre institutions et organes de l'Union, d'une part, et autorités nationales, d'autre part. La méthode d'intégration présente quelques spécificités qui distinguent l'Union bancaire des autres modèles de structure institutionnelle de l'Union européenne. L'Union bancaire se fonde sur une articulation inédite du droit de l'Union et des droits des États membres, à la fois normative et institutionnelle. Elle transcende la dialectique traditionnelle supranational / intergouvernemental en constituant une nouvelle forme d'intégration dans laquelle l'Union et les États membres, les institutions et organes européens et les autorités nationales compétentes ainsi que le droit de l'Union et les droits nationaux interagissent pour la réaliser d'objectifs communs.

L'Union bancaire – et en particulier le MSU – ne peut être comparée à l'Eurosystème de l'Union monétaire. L'Eurosystème constitue un système totalement

⁷³ Sénat, Rapport fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi autorisant la ratification de l'accord concernant le transfert et la mutualisation des contributions au Fonds de résolution unique, Rapport n°307, 4 mars 2015, p. 6.

⁷⁴ Sénat, Rapport fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi autorisant la ratification de l'accord concernant le transfert et la mutualisation des contributions au Fonds de résolution unique, Rapport n°307, 4 mars 2015, p. 6.

intégré conformément à l'article 14 des statuts du SEBC dans lequel la BCE et les banques centrales nationales de la zone euro exercent des pouvoirs au titre de la compétence exclusive de politique monétaire. Dans l'Union bancaire, les autorités nationales exercent des pouvoirs au titre des compétences nationales aux fins de mettre en œuvre le droit de l'Union ou le droit national adopté dans le cadre du règlement uniforme, dans le cadre de mécanismes européens (le MSU et le MRU). À ce titre, elles coopèrent entre les institutions et organes de l'Union en vertu du devoir de coopération loyale inscrit dans l'article 4, paragraphe 3, TUE.

L'Union bancaire se rapproche davantage du système européen de surveillance financière (SESF). Dans le SESF, chaque autorité européenne de surveillance (ABE, AEMF, AEAPP) forme avec les autorités nationales compétentes dans chaque secteur un réseau régi par le principe de coopération loyale. L'Union bancaire ne constitue cependant pas un réseau d'autorités ; au demeurant, l'expression même de réseau n'est pas employée par le droit dérivé. Deux éléments conduisent à distinguer le SESF de l'Union bancaire. En premier lieu, dans l'Union bancaire, la BCE et le CRU sont compétents pour la surveillance et la résolution des établissements d'importance significative. Dans le SESF, la régulation assurantielle et financière demeure de la compétence des autorités nationales ; les AES ne disposent que de pouvoirs d'intervention résiduels, le plus souvent consacrés au cas par cas par des actes successifs aux règlements de 2010⁷⁵. De plus, les AES chapeautent un réseau d'autorités nationales aux fins de diffuser une « culture » commune de la régulation, sans qu'aucune hiérarchisation ne soit prévue. En second lieu, si le législateur de l'Union promeut une harmonisation en matière d'assurances et de marchés financiers, des divergences demeurent entre les droits nationaux ; c'est pourquoi les AES ont vocation à promouvoir une convergence matérielle de la régulation. En revanche, dans l'Union bancaire, le « règlement uniforme » procède à une harmonisation quasiment exhaustive, voire à une uniformisation des droits nationaux.

L'Union bancaire peut davantage être rapprochée du Réseau européen de concurrence (REC). Si le MSU ne constitue pas un réseau, il est composé d'une institution de l'Union (BCE) et des autorités compétentes nationales. La BCE est chargée de veiller au fonctionnement efficace et cohérent du MSU. Elle est tenue avec les autorités compétentes nationales au respect du devoir de coopération loyale. À la différence de la Commission, la BCE est dotée de pouvoirs plus importants à l'égard des autorités nationales dans un système décentralisé. Alors que, dans le REC, une affaire est traitée soit par la Commission, soit par une autorité nationale de concurrence, dans le MSU, les agents de la BCE et des autorités nationales compétentes agissent en étroite coopération, notamment au sein des « Joint

⁷⁵ Voir pour l'AEMF et les pouvoirs d'intervention exceptionnelle en matière de ventes à découvert. CJ, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, dit « AEMF », C-270/12, précité.

Supervisory Teams » (JST). Cette structure purement opérationnelle relève la façon dont, en pratique, les niveaux européen et nationaux fusionnent.

16.2 Règles de répartition des compétences, préservation des pouvoirs et du rôle des autorités nationales compétentes et établissements de crédit soumis à la BCE (article 6.4)

Dans le MSU, la répartition des compétences est régie par l'article 6, paragraphe 4, du règlement dont la formulation n'est pas d'une grande limpidité. Le choix du critère de l'« importance » suscite quelques réflexions.

On peut se demander s'il s'agit de concentrer la surveillance de la BCE sur les seuls établissements à risque systémique ou sur ceux dont l'activité affecte le marché intérieur des services bancaires. La détermination du caractère important de chaque établissement appelle une appréciation éminemment économique. On comprend dès lors que tant la détermination des critères de l'importance que l'identification des établissements soient revenues à la BCE qui, à cet égard, a pleinement coopéré avec les autorités nationales. L'article 6 permet également à la BCE d'étendre à tout moment son domaine des compétences puisqu'elle peut considérer comme important des établissements qui ne l'étaient pas initialement. Autrement dit, la question n'est finalement pas tant celle des critères permettant de déterminer l'« importance » de l'établissement que celles des pouvoirs et la marge d'appréciation de la BCE pour identifier les établissements les plus importants.

Le critère de l'importance s'est avéré suffisamment restreint pour concentrer l'action de la BCE sur quelques établissements ; les autorités nationales compétentes continuent de surveiller un nombre important d'établissements de crédit. En France, présentent une importance significative au sens du règlement (UE) n°1024/2013 dix groupes qui représentent 30 % du MSU ; 144 entités continuent de relever de la compétence de l'ACPR.

Les critères de répartition des compétences ne posent pas en soi des difficultés. Tout dépend de l'intensité de la coopération au sein du MSU entre la BCE et les autorités nationales compétentes. Dans l'esprit du règlement MSU, la surveillance n'est jamais ni purement européenne, ni purement nationale (et c'est là une différence majeure avec le REC en matière de concurrence). La surveillance de chaque groupe bancaire d'importance significative est confié à des « Joint Supervisory Teams » (JST), qui sont responsables non seulement de la supervision au quotidien et de la mise en œuvre du programme annuel d'examen, mais aussi de la mise en œuvre des décisions du Conseil de surveillance. La taille et la composition des JST varient selon les établissements.

Si la répartition des compétences au sein du MSU est tributaire de critères qui, juridiquement, présentent quelques défauts, aucun risque majeur n'est à craindre. En pratique, la coopération entre la BCE et les autorités nationales compétentes permet de prévenir tout risque de dérive centralisatrice.

QUESTION 19

L'article 19 du règlement MSU consacre l'indépendance de la BCE et des autorités nationales compétentes au sein du MSU. L'article 25 du règlement MSU prévoit la séparation des missions de surveillance prudentielle de celles de politique monétaire. Il s'est agi en particulier de répondre aux demandes du gouvernement allemand pour lequel confier à la BCE la mission de surveillance prudentielle présenterait un risque pour la stabilité des prix, en raison de conflits d'intérêt aussi souvent évoqués que rarement démontrés. En droit, toutes les précautions sont cependant prises pour garantir la séparation entre les pouvoirs de surveillance de la BCE et ses fonctions de politique monétaire. C'est d'un point de vue organique que la séparation s'avère la plus aboutie puisque l'article 26 du règlement MSU établit un conseil de surveillance au sein de la BCE distinct du conseil des gouverneurs.

Cette séparation rigoureusement organisée appelle deux réflexions. En pratique, on peut douter de la réalité de cette « séparation sous un même toit ». On voit mal comment concrètement, au sein de la BCE, les membres du conseil des gouverneurs et ceux du conseil de surveillance n'échangeraient pas sur des questions nécessairement d'intérêt commun. En droit, la séparation entre politique monétaire et contrôle prudentiel respecte la lettre de l'article 127 TFUE. Depuis le lancement de la 3^e phase de l'UEM, la BCE n'a eu de cesse de vanter les mérites de confier le contrôle prudentiel aux banques centrales, ou du moins de les y associer. La crise financière a renforcé l'implication des banques centrales dans la surveillance du système financier. La banque centrale s'avère l'acteur le plus à même de produire une surveillance macro-prudentielle du système financier afin de maîtriser le risque systémique. Le temps est peut-être venu de mettre le droit en conformité avec la pratique pour reconnaître pleinement le rôle de la BCE en matière de stabilité financière.

QUESTION 21

Voir réponse à la question 5.2

C. LE MECANISME DE RESOLUTION UNIQUE

QUESTION 22

Le MRU se caractérise par une forte complexité institutionnelle. Il implique en effet une agence (le CRU) et des institutions (BCE, Commission et Conseil) de l'Union ainsi que des autorités nationales.

22.a CRU et autorités nationales

Au cœur du MRU dont il est chargé d'assurer le fonctionnement efficace et cohérent, le CRU est chargé de la résolution des établissements de crédit soumis à la surveillance de la BCE au titre du MSU. Les autorités nationales demeurent compétentes pour la résolution des établissements les moins significatifs (voir question 16). Le CRU accomplit ses tâches en étroite coopération avec les autorités de résolution nationales dans un cadre qui en organise les modalités pratiques.

La coopération des autorités nationales est nécessaire pour permettre au CRU d'exercer ses pouvoirs de résolution, d'enquête et de sanction. À l'instar de la Commission dans les procédures de concurrence, le CRU ne jouit pas sur le territoire des États membres des prérogatives de puissance publique nécessaires pour accomplir au mieux ses tâches. L'assistance des autorités nationales est donc nécessaire.

La coopération du CRU permet aux autorités nationales d'exercer leurs missions de résolution à l'encontre des établissements les moins significatifs. Le CRU exerce à cet effet des pouvoirs considérables à l'encontre des autorités nationales : d'orientation et d'instruction, de demandes d'information, de consultation (avis), voire de substitution d'action.

Le MRU se singularise ainsi par une intégration très forte dans lequel un organe de l'Union exerce un pouvoir à l'encontre des autorités nationales qui présente certaines des caractéristiques d'un pouvoir hiérarchique.

22.b CRU et institutions de l'Union

Sans faire partie du MRU, la BCE est associée à son fonctionnement et est représentée au sein du CRU. En tant qu'autorité de surveillance au sein du MSU, elle coopère étroitement avec le CRU en identifiant les risques de défaillances des établissements surveillés et en anticipant la résolution. Il est donc logique que les plans de résolution soient établis par le CRU après consultation de la BCE ou des autorités compétentes nationales concernées. Il revient aux autorités en charge de la surveillance de transmettre un plan de redressement au CRU.

La Commission et le Conseil font partie du MRU. Ils participent pleinement à la mise en œuvre du dispositif de résolution. Si cette implication alourdit la dynamique institutionnelle, elle se justifie pleinement : « seules les institutions de l'Union peuvent définir la politique de l'Union et [...] il existe une marge d'appréciation dans l'adoption de chaque dispositif de résolution spécifique »⁷⁶. Le MRU est une manifestation du soin pris par le législateur de l'Union pour encadrer l'exercice par une agence de l'Union des pouvoirs qui lui sont délégués par un acte

⁷⁶ Considérant n°25 du règlement (UE) n° 806/2014, précité.

législatif. On relève toutefois une contradiction puisque c'est en tant qu'institutions habilitées à exercer des pouvoirs d'exécution conformément à l'article 291 TFUE que le Conseil et la Commission participent à la résolution. Selon la jurisprudence *Meroni*, un pouvoir d'exécution exclut cependant une appréciation politique. On peut cependant penser que le Conseil et la Commission peuvent justement cumuler les deux fonctions : définir et exécuter la politique de résolution.

22. CRU et organes de l'Union

Instituée en 2010 dans le cadre du SESF, l'Autorité bancaire européenne (ABE) a évolué dans un contexte rendu « mouvant » par l'Union bancaire⁷⁷. D'aucuns doutaient de l'avenir de l'ABE avec la mise en place du MSU et du MRU. Il est encore prématuré pour se prononcer sur l'impact concret de l'Union bancaire sur cette autorité.

En tout état de cause, le règlement MRU a prévu une articulation du CRU avec l'ABE. La résolution ne doit pas entraver le fonctionnement du marché intérieur des services financiers : c'est pourquoi il importe « de maintenir l'ABE dans son rôle et de lui conserver ses pouvoirs et tâches existants : elle devrait élaborer la législation de l'Union applicable à tous les États membres, contribuer à son application cohérente et favoriser la convergence des pratiques en matière de résolution dans l'ensemble de l'Union »⁷⁸.

Le règlement MRU prévoit expressément que la résolution doit être conduite dans le respect des missions de l'ABE. Lorsque le CRU, le Conseil et la Commission exercent les pouvoirs de résolution, ils « sont soumis aux actes délégués, aux normes techniques de réglementation et d'exécution, aux orientations et aux recommandations adoptées par l'ABE en vertu, respectivement, des articles 10 à 15 et de l'article 16 du règlement (UE) n° 1093/2010 dans le cadre de la directive 2014/59/UE » (considérant n°18 du règlement MRU). Il est surprenant que les institutions de l'Union soient « soumises » aux actes d'un organe auxquelles le législateur a délégué l'exercice d'un pouvoir normatif. On admet en revanche qu'elles doivent coopérer avec l'ABE, conformément aux articles 25 et 30 du règlement (UE) n°1093/2010 et répondre aux demandes d'information que leur adresse l'ABE conformément à l'article 35 dudit règlement.

QUESTION 23

À défaut pour ce mécanisme d'être encore totalement opérationnel, il est à ce stade difficile d'apprécier les effets concrets du MRU. Deux réflexions peuvent être avancées.

⁷⁷ Cour des comptes européenne, *La surveillance bancaire européenne prend forme. L'ABE évolue dans un contexte mouvant*, Rapport spécial, 2014.

⁷⁸ Considérant n°25 du règlement (UE) n° 806/2014, précité.

La principale force du règlement MRU réside dans les instruments de résolution prévus. À titre préventif, la résolution peut être anticipée par l'élaboration de plans de redressement sous le contrôle du superviseur (BCE ou autorité nationale compétente) qui peut demander, le cas échéant, des modifications. Des mesures d'intervention précoce peuvent être adoptées. Des plans de résolution sont ensuite établis : fondés sur une évaluation de la « résolvabilité », ils constituent des outils d'anticipation. À titre curatif, le volet curatif se fonde sur une palette de quatre mesures particulièrement redoutables (cession, établissements relais, séparation des actifs, renflouement interne). La palette d'instruments prévus est satisfaisante.

Les faiblesses, peut-être théoriques, du MRU sont liées à la complexité de l'architecture institutionnelle. Par exemple, au stade de l'intervention précoce, la répartition des tâches entre la BCE et le CRU ne sont pas claires. De même, l'implication des institutions (Conseil et Commission) dans le dispositif de résolution alourdit le processus décisionnel.

De manière plus générale, l'articulation des objectifs (article 14 du règlement MRU) et des principes (article 15 du règlement MRU) de la résolution peuvent poser des difficultés. Que faut-il garantir en priorité au titre des objectifs : « assurer la continuité des fonctions critiques », « éviter les effets négatifs significatifs sur la stabilité financière » ou « protéger les ressources de l'État », « protéger les déposants », « protéger les fonds et les actifs des clients », etc. ? De la même manière, peut-on établir une hiérarchisation dans les principes ?

De façon plus ponctuelle, quelques difficultés apparaissent du fait d'une rédaction incertaine. Que faut-il entendre par « soutien financier public exceptionnel » ? N'est-ce pas introduire le risque que l'objectif du MRU, d'éviter le financement par le contribuable de la défaillance bancaire ne soit contourné ?

QUESTION 30

L'établissement du FRU soulève deux problèmes principaux.

En premier lieu, « le CRU recourt au Fonds uniquement aux fins de l'application efficiente des instruments et l'exercice efficient des pouvoirs de résolution » (article 67 du règlement MRU) et « uniquement dans la mesure nécessaire à l'application effective des instruments de résolution », et ce à des fins précisément énumérées (article 76 du règlement MRU). Il existe donc une imprécision quant aux conditions dans lesquelles le FRU peut être mobilisé. Le problème n'est pas tant le pouvoir d'appréciation ainsi laissé au CRU que l'incertitude de mobilisation du fonds national de garantie. De plus, l'exigence

(article 27 du règlement MRU) qu'un renflouement interne (*bail-in*) peut avoir un effet dissuasif pour les établissements les plus importants⁷⁹.

En deuxième lieu, le FRU sera doté d'un montant de 55 milliards d'euros. On peut se demander si la somme sera suffisante pour faire face à une crise bancaire. Le risque existe dès lors qu'il ne soit fait un usage régulier du « soutien financier public exceptionnel » prévu par le règlement MRU.

E. L'UNION BANCAIRE DANS SON CONTEXTE

QUESTION 39

La Cour de justice de l'Union européenne assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union conformément à l'article 19 TUE. L'Union de droit postule un contrôle juridictionnel des actes juridiques adoptés dans le cadre de l'Union bancaire. L'indépendance de la BCE consacrée par l'article 130 TFUE ne constitue pas un obstacle au contrôle juridictionnel des mesures de surveillance bancaire : la solution de l'arrêt *OLAF* est applicable au MSU⁸⁰.

La principale difficulté résulte du recours à la commission administrative de recours et un comité d'appel prévu respectivement par les règlements MSU et MRU. Par analogie avec le système européen de surveillance financière, on perçoit les problèmes en particulier liés à la compétence de ces organes de recours comme on le voit avec la commission de recours de l'ABE⁸¹.

QUESTION 40

L'Union bancaire constitue un pare-feu afin de prévenir une éventuelle crise. Il convient à cet égard de revenir sur la crise grecque de l'été 2015. Alors qu'en 2010 (Irlande, Portugal) et en 2012 (Chypre, Espagne, Italie), la zone euro a traversé une crise d'une rare gravité, au point de la pérennité même de la monnaie unique était remise en cause, le défaut de la Grèce à l'encontre du FMI n'a provoqué que des perturbations limitées dans les États membres. Même ceux des États les plus exposés à la spéculation financière, à l'instar de l'Espagne et de l'Italie, n'ont pas vu leur *spread* se détériorer lorsque la crise a été son paroxysme. On peut donc penser que le Mécanisme européen de stabilité combiné avec les mesures non conventionnelles de la BCE a réussi à rassurer le marché.

⁷⁹ Sénat, Rapport n°307, précité, p. 17 : « Par exemple, avec un passif d'environ 1 800 milliards d'euros, un établissement comme la BNP Paribas devrait éponger ses pertes à hauteur de 144 milliards d'euros avant de pouvoir bénéficier du fonds de résolution (dont la taille-cible est presque trois fois inférieure) ».

⁸⁰ CJCE, 10 juillet 2003, *Commission c/ BCE*, C-11/00, ECLI:EU:C:2003:395.

⁸¹ Trib., 9 septembre 2015, *SV Capital OÜ*, T-660/14, ECLI:EU:T:2015:608.

Par analogie, l'Union bancaire pourrait donc constituer une réponse institutionnelle et juridique suffisante pour rassurer le marché et éviter donc que les opérateurs ne soient à l'origine d'une défaillance bancaire. En tout état de cause, le fait d'être soumis à une surveillance renforcée dans le cadre du MSU a contribué à améliorer la perception du marché à l'égard des établissements de crédit concernés. L'Union bancaire contribue assurément à prévenir la survenance de crise.