

Mécanisme de surveillance unique

UNE PREMIÈRE ÉTAPE VERS LA RÉALISATION DE L'UNION BANCAIRE EUROPÉENNE



BOUBOU KEITA
Docteur en droit
ATER
Université
Paris 13

L'Union bancaire européenne semble désormais en marche. Elle repose sur un mécanisme de surveillance unique et un mécanisme unique de résolution. Les textes qui en constituent le fondement juridique ont pour l'essentiel été adoptés. Le Mécanisme de surveillance unique qui regroupe la BCE et les autorités nationales compétentes et qui constitue le principal pilier de cette Union est entré en vigueur le mois de novembre dernier. Le 6 novembre 2014, le législateur français a publié une ordonnance afin de préciser la place de l'ACPR au sein de ce mécanisme. Aussi, une réflexion s'imposait-elle sur ce nouveau dispositif qui vient profondément modifier le paysage juridique français sur un nombre important de points.

La crise bancaire et financière a révélé les failles du système de régulation bancaire et la nécessité d'une refonte de ce système. L'objectif étant de renforcer la solidité financière des banques et d'éviter que le contribuable ne soit appelé au secours des établissements bancaires en difficulté.

C'est dans ce contexte qu'émergea l'idée de la création d'une Union bancaire au sein du marché intérieur¹. Cette

Union repose sur deux principaux piliers : un Mécanisme de surveillance unique (MSU) et un Mécanisme unique de résolution (MUR). L'idée étant de soumettre les grands groupes bancaires aux mêmes règles prudentielles afin de prévenir les défaillances et les traiter, le cas échéant, dans l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes².

D'importants instruments juridiques ont été mobilisés à cette fin au niveau européen. Le 15 octobre 2013, le Conseil de l'Union européenne a adopté un règlement³ confiant à la Banque Centrale Européenne (BCE) des missions spécifiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit (ci-après le règlement MSU). Le 15 mai 2014, le Parlement européen et le Conseil ont adopté une directive établissant un cadre juridique pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement⁴. Le 30 juillet 2014, le Parlement européen et le Conseil ont publié un règlement prévoyant des règles spécifiques pour la résolution des établissements de crédit de la zone euro⁵. La directive relative à la garantie des dépôts a pour sa part été réformée le 16 avril 2014⁶.

Le MSU qui nous intéresse dans la présente étude regroupe la BCE et les autorités nationales compétentes des États membres de l'Union dont la monnaie est l'euro et poursuit trois principaux objectifs :

– garantir la sauvegarde et la solidité du système bancaire européen ;

1. Sur cette question, voir T. Bonneau, « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP E*, 25 octobre 2012, 1645 ; J. Stoufflet et S. Durox, « Vers une union bancaire européenne », *Mélanges AEDBF-France VI*, RB Édition, 2013, p. 667 ; Actes du colloque du Master 2 de droit bancaire et financier de l'université Paris II sur l'Union bancaire européenne, RDBF, juillet 2014, dossier 24 et s. ; M. Roussille, « 3 Questions : l'union bancaire », *JCP E* 13 novembre 848 ; A. Gourio et L. Thébaud, « Union bancaire : volet supervision », RDBF, mars 2014, comm. 67 ; J. Lasserre Capdeville, « Adaptation du Code monétaire et financier au nouveau mécanisme de surveillance unique par l'ordonnance n° 2014-1332 du 4 novembre 2014 », RDBF, janvier 2015, alerte 1 ; Th. Bonneau, « Les règles encadrant le pouvoir de sanction de la BCE », *Revue Banque* n° 781, février 2015, p. 50.

2. H. Synvet, « L'Union bancaire européenne. Présentation », RDBF, juillet 2014, dossier 24.

3. Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *JOUE L 287/63*, 29 octobre 2013.

4. Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre juridique pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, *JOUE n° L 173/190*, 12 juin 2014 ; T. Bonneau, « Des règles harmonisées pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement en difficulté applicables dans tous les États membres », *Rev. proc. collect.*, sept. 2014, comm. 141.

5. 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 certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme unique de résolution et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010, *JOUE n° L 225/11*, 30 juillet 2014 ; T. Bonneau, « Des règles uniformes applicables dans la zone euro », *Rev. proc. collect.*, sept. 2014, comm. 142.

6. Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie de dépôt, *JOUE n° L173/149*, 12 juin 2014.

- accroître l'intégration et la stabilité financière ;
- assurer une surveillance cohérente⁷.

Entré officiellement en fonction le 4 novembre 2014⁸, le MSU constitue l'élément central de l'Union bancaire européenne⁹ et repose essentiellement sur le règlement MSU.

D'application directe, le règlement MSU est entré en vigueur le 3 novembre 2013¹⁰. Toutefois, son application en France devait impacter de nombreuses dispositions du Code monétaire et financier et notamment celles concernant les pouvoirs de l'ACPR, dans la mesure où certains de ses pouvoirs se trouvent désormais transférés à la BCE. Aussi, une réécriture des dispositions nationales contraires au texte européen s'imposait-elle, pour des raisons de cohérence.

Par ailleurs, la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 avait habilité le Gouvernement à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises. Profitant de cette habilitation législative, le Gouvernement vient de publier une Ordonnance¹¹ portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au MSU des établissements de crédit. L'Ordonnance¹², tout en abrogeant les dispositions du Code monétaire et financier contraires au Règlement MSU, réécrit d'autres dispositions du même code afin de les adapter au droit européen. La place de l'ACPR au sein du MSU se trouve ainsi clairement définie.

Ce MSU constitue selon le Conseil de l'Union européenne, une première étape vers la réalisation de l'Union bancaire et « devrait garantir que la politique de l'Union en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit est mise en œuvre de manière cohérente et efficace, que le corpus réglementaire unique pour les services financiers s'applique de la même manière aux établissements de crédit de tous les États membres concernés et que ces établissements de crédit sont soumis à une surveillance de la plus haute qualité, sans qu'interviennent des considérations autres que prudentielles¹³ ».

La création du MSU supposait la désignation ou la création d'une autorité européenne dotée de pouvoirs spécifiques et chargée de coordonner l'exercice par les autorités nationales de régulation de leurs attributions en matière de contrôle prudentiel. La création d'une nouvelle autorité n'a pas eu les faveurs du législateur européen sans doute en raison de l'existence dans l'Union d'institutions pouvant assurer la surveillance prudentielle des établissements de crédit¹⁴. On pense immédiatement à l'Autorité bancaire européenne et à la BCE. En outre, l'article 127 du TFUE constitue un argument en faveur du choix de la BCE dans la mesure où il autorise le Conseil à « confier à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit¹⁵ ». C'est ainsi que le choix a été porté

sur la BCE en tant que « banque centrale de la zone euro, jouissant d'une vaste expertise en matière macroéconomique et de stabilité financière¹⁶ ». Il s'agit d'une nouvelle mission qui vient s'ajouter aux attributions traditionnelles de la BCE en matière de politique monétaire. Les avantages sont indéniables dans la mesure où la politique monétaire bénéficiera « d'une information plus détaillée sur le secteur financier et la situation macroéconomique, permettant une connaissance plus fine des canaux de transmission de la politique monétaire ainsi qu'une meilleure gestion des contreparties de la politique monétaire » tandis que la supervision bénéficiera « d'une connaissance globale de l'ensemble de l'économie¹⁷ ».

Ce cumul de fonctions n'est toutefois pas sans susciter des réserves quant au risque de conflits d'intérêts qui pourrait en résulter. La même instance se trouve à la fois en charge de la gestion de la politique monétaire et de la supervision bancaire¹⁸. La question a été identifiée par le législateur européen lors de l'adoption du règlement MSU. L'article 25 de ce texte prévoit une séparation entre les missions de politique monétaire et les missions de surveillance. Ces dernières missions sont confiées à un nouvel organe créé au sein de la BCE : le conseil de surveillance, composé de représentants de la BCE et un représentant de chaque autorité nationale compétente¹⁹.

La BCE a rapidement pris les choses en main en adoptant le 16 avril 2014 un règlement établissant le cadre de la coopération au sein du MSU entre elle et les autorités nationales compétentes (désigné ci-après le règlement-cadre relatif au MSU)²⁰ et en novembre 2014, un Guide relatif à la surveillance bancaire précisant les principes de surveillance du MSU, le fonctionnement du MSU et l'exercice de la surveillance au sein du MSU²¹.

Après le choix de la BCE en tant qu'autorité chargée du MSU, restait pour le législateur à définir les missions devant être confiées à cette autorité. La définition de ces missions doit tout naturellement s'inscrire dans le respect du principe de subsidiarité. Dès lors seules « les missions spécifiques de surveillance qui sont cruciales pour garantir une mise en œuvre cohérente et efficace de la politique de l'Union en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit²² » doivent être confiées à la BCE, tandis que les autres missions de surveillance doivent rester du ressort des autorités nationales. Quelles sont ces missions ?

Elles concernent la surveillance prudentielle des établissements de crédit (I.) ainsi que la répression des manquements à la législation européenne (II.).

7. BCE, Guide relatif à surveillance bancaire, novembre 2014, p. 5.

8. *Ibid.*, p. 4.

9. T. Bonneau, « L'union bancaire européenne. Propos introductifs », RDBF, juillet 2014, dossier 25.

10. Règlement (UE) n° 1024/2013, préc., art. 34.

11. 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, JO du 7 novembre 2014.

12. Pour les modalités d'application de cette ordonnance, voir le Décret n°2015-564 du 20 mai 2015 portant adaptation des dispositions du code monétaire et financier au mécanisme de surveillance unique des établissements de crédit, JO du 23 mai 2015.

13. Règlement (UE) n° 1024/2013, considérant 12.

14. T. Bonneau, « L'union bancaire européenne. Propos introductifs », *op. cit.*

15. B. Sousi, « Le champ d'application du Mécanisme de surveillance unique (MSU) – “Dessine-moi le MSU” », RDBF, juillet 2014, dossier 27.

16. Règlement (UE) n° 1024/2013, considérant 13.

17. J.-C. Cabotte, « La nouvelle organisation de la supervision bancaire au sein de la BCE », RDBF juillet 2014, dossier 26.

18. J. Stoufflet et S. Durox, « Vers une union bancaire européenne », *op. cit.*, spéc. p. 674, n° 22 ; T. Bonneau, « L'union bancaire européenne. Propos introductifs », *op. cit.* ; J.-C. Cabotte, « La nouvelle organisation de la supervision bancaire au sein de la BCE », *op. cit.*

19. Règlement (UE) n° 1024/2013, art. 26.

20. Règlement de la BCE du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la BCE, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales (BCE/2014/17).

21. BCE, Guide relatif à surveillance bancaire, novembre 2014.

22. Règlement (UE) n° 1024/2013, considérant 15.

I. LA SURVEILLANCE PRUDENTIELLE

Le MSU concerne l'ensemble des établissements bancaires de l'Union et regroupe la BCE et les autorités nationales compétentes. Les nouvelles missions confiées à la BCE (2.) ne concernent pas l'ensemble de ces établissements. Seuls les établissements considérés comme importants suivant des critères définis par le règlement MSU relèveront de la supervision directe de la BCE (1.).

1. Les critères d'intervention de la BCE

Les pouvoirs dévolus à la BCE dans le cadre de la nouvelle Union bancaire ne concernent pas tous les établissements de crédit de l'Union. Ils concernent essentiellement les établissements de crédit, les compagnies financières holdings et les compagnies financières présentant un risque systémique, autrement dit, les grands groupes bancaires²³. Le MSU est responsable de la surveillance d'environ 4 700 entités établies dans les États membres participants²⁴. Les entités considérées comme importantes seront supervisées par la BCE (environ 120 groupes bancaires représentant 1 200 entités surveillées²⁵); les autorités nationales compétentes auront la charge de superviser les autres établissements²⁶ (environ 3 500 entités). Toutefois, en pratique la supervision directe de la BCE pourrait s'étendre à tout établissement sur le fondement de l'article 6 du règlement MSU qui permet à la BCE de soumettre à sa supervision directe un établissement considéré comme moins important²⁷. En matière d'agrément, de retrait d'agrément et d'évaluation des projets d'acquisitions de cessions et de participations qualifiées, la BCE intervient quelle qu'en soit la taille de l'établissement²⁸. Ces matières sont qualifiées par les textes de « procédures communes²⁹ » en ce qu'elles concernent l'ensemble des établissements. Nous y reviendrons.

Une entité soumise à la surveillance prudentielle est désignée comme telle sur la base de l'un des critères suivants : sa taille, son importance pour l'économie de l'Union ou d'un État membre participant, son importance au regard de ses activités transfrontalières, une demande ou l'octroi d'une aide financière publique directe du mécanisme européen de stabilité (MES), le fait que l'entité soumise à la surveillance prudentielle soit l'un des trois établissements de crédit les plus importants d'un État membre participant³⁰.

La BCE doit publier à cet effet la liste des entités soumises à la surveillance prudentielle directe et celle des entités soumises à la surveillance des autorités nationales compétentes³¹. Si l'établissement ne remplit plus le critère ayant conditionné son placement sous la supervision directe de la BCE ou inversement remplit le critère d'établissement

important, la responsabilité de sa supervision passe à l'autorité nationale compétente ou à la BCE selon le cas³².

Une équipe de surveillance prudentielle conjointe, composée des membres du personnel de la BCE et des autorités nationales compétentes, est mise en place pour la surveillance prudentielle de chaque entité importante soumise à la surveillance prudentielle directe de la BCE³³. Ces entités représentent ensemble près de 85 % du total des actifs bancaires de la zone euro³⁴. On pourrait s'interroger sur l'aptitude de la BCE à exercer ces nouvelles missions au regard des moyens dont elle dispose. On pourrait rétorquer qu'elle se fera aider par les autorités nationales compétentes mais cela ne doit pas la conduire à se décharger de ses nouvelles missions sur ces autorités faute de moyens à sa disposition. Le règlement MSU confie un certain nombre de missions à la BCE relativement à la surveillance de ces entités.

2. Les missions de la BCE

Les textes définissent les nouvelles missions de la BCE. Certaines mesures sont communes à l'ensemble des établissements de crédit de la zone euro (2.1.). D'autres ne concernent que les établissements considérés comme importants (2.2.). Enfin, il convient de s'interroger sur les garanties dont doivent bénéficier les établissements soumis à la supervision directe de la BCE (2.3.).

2.1. Les procédures communes

Les missions de la BCE dans le cadre du MSU sont définies à l'article 4 du règlement MSU. Elles concernent notamment les délivrances et les retraits d'agrément, la réalisation de test de résistance, l'évaluation des prises de participation dans les établissements de crédit. Ces questions relèvent des « procédures dites communes » en ce qu'elles requièrent l'intervention directe de la BCE quelle qu'en soit la taille de l'établissement concerné.

L'agrément. En France, et avant l'adoption du règlement MSU, l'agrément des établissements de crédit relevait de la compétence de l'ACPR. Le règlement MSU a transféré cette compétence à la BCE³⁵. L'importance de l'agrément en matière bancaire justifie selon le législateur européen ce transfert de compétence : « L'agrément préalable pour l'accès à l'activité d'établissement de crédit est un dispositif prudentiel clé, visant à garantir que cette activité ne peut être exercée que par les opérateurs dotés d'une solide base économique, d'une organisation leur permettant d'assumer les risques spécifiques inhérents à la prise de dépôts et à l'octroi de crédits, ainsi que d'un personnel de direction qualifié. La BCE devrait, par conséquent, être chargée d'agréer les établissements de crédit souhaitant s'établir dans un État membre participant et avoir également la responsabilité des retraits d'agrément, selon des modalités spécifiques tenant compte du rôle des autorités nationales³⁶ ».

23. *Ibid.*, article 6.

24. BCE, Guide relatif à surveillance bancaire, préc., p. 10.

25. *Ibid.*, p. 12.

26. Règlement de la BCE du 16 avril 2014, préc., art. 89.

27. B. Sousi, « Le champ d'application du Mécanisme... », *op. cit.*

28. Règlement (UE) n° 1024/2013, art. 6, 4°. *Addé*, J.-C. Cabotte, « La nouvelle organisation de la supervision bancaire au sein de la BCE », RDBF, juillet 2014, dossier 26.

29. BCE, Guide relatif à surveillance bancaire, préc., p. 29.

30. Règlement de la BCE du 16 avril 2014, préc., art. 39.

31. *Ibid.*, art. 49.

32. BCE, Guide relatif à surveillance bancaire, préc., p. 11.

33. Règlement de la BCE du 16 avril 2014, préc., art. 3.

34. BCE, Guide relatif à surveillance bancaire, préc., p. 14.

35. Règlement (UE) n° 1024/2013, préc., art. 4, 1°, a.

36. *Ibid.*, considérant 20.

Ainsi, l'entreprise qui demande son agrément en qualité d'établissement de crédit doit adresser sa demande à l'autorité nationale compétente qui examinera celle-ci avant de transmettre à la BCE un projet de décision demandant l'agrément, si l'entreprise remplit les conditions prévues par les textes³⁷. Dans le cas contraire, elle rejette la demande. Le projet de décision est réputé adopté par la BCE si celle-ci ne s'y oppose pas dans un délai maximal de dix jours ouvrables, qui peut, dans des cas dûment justifiés, être prorogé une fois de la même durée. La BCE qui ne peut s'opposer au projet de décision que lorsque les conditions d'agrément prévues par les dispositions pertinentes du droit de l'Union ne sont pas remplies, doit communiquer par écrit les motifs de son rejet³⁸. Ces nouvelles règles figurent depuis l'adoption de l'Ordonnance du 6 novembre 2014, à l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier. Par ailleurs, toute modification des conditions auxquelles était subordonné l'agrément délivré à un établissement de crédit doit faire l'objet d'une autorisation préalable de la BCE³⁹.

Les retraits d'agrément relèvent également s'agissant des établissements de crédit, de la compétence de la BCE⁴⁰. L'Ordonnance du 6 novembre 2014 a modifié l'article L. 511-15 du Code monétaire et financier en ce sens. Il en résulte désormais l'impossibilité pour la Commission des sanctions de l'ACPR de prononcer le retrait d'agrément à titre de sanction s'agissant d'établissements agréés par la BCE. L'Ordonnance du 6 novembre 2014 a modifié l'article L. 612-39 du Code monétaire et financier relatif aux sanctions que peut prononcer l'ACPR pour tenir compte de cette nouvelle compétence de la BCE.

L'agrément des entités autres que les établissements de crédit. Ces nouveaux pouvoirs de la BCE ne concernent que les seuls établissements crédits. Par conséquent, l'ACPR continuera à agréer les sociétés de financement⁴¹ et les prestataires de services d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille⁴². De même, l'établissement de crédit qui entend fournir un service d'investissement devra être agréé à ce titre par l'ACPR⁴³.

L'autorisation des prises ou extensions de participations. En plus de l'agrément, les prises ou extensions de participations, directes ou indirectes, dans un établissement de crédit doivent, sur proposition de l'ACPR, être autorisées par la BCE⁴⁴. À côté de ces procédures communes, les textes prévoient des règles spécifiques aux entités importantes.

2.2. La surveillance des entités importantes

Les établissements considérés comme importants relèveront de la supervision directe de la BCE. Pour chacun de ces établissements sera mise en place une équipe de surveillance prudentielle conjointe, composée des membres

du personnel de la BCE et des autorités nationales compétentes. Différents plannings de surveillance seront établis à cet effet par les services de la BCE pour chaque établissement⁴⁵.

En plus des procédures communes étudiées ci-dessus, la BCE pourra réaliser s'agissant de ces établissements des tests de résistance ou contrôler leur dispositif de gouvernance.

La réalisation de stress-test. La BCE pourra réaliser des stress-tests afin de s'assurer que les mécanismes mis en place par les établissements de crédit et les fonds propres qu'ils détiennent garantissent la bonne gestion et la couverture de leurs risques, et, sur la base de ce contrôle prudentiel, imposer aux établissements de crédit des exigences spécifiques de fonds propres supplémentaires, de publicité, de liquidité et d'autres mesures lorsque les dispositions pertinentes du droit de l'Union permettent expressément aux autorités compétentes d'agir⁴⁶.

Le contrôle des dispositifs de gouvernance, de contrôle interne et des risques sera également assuré par la BCE. Il en va de même de la surveillance sur base consolidée des sociétés mères des établissements de crédit établies dans l'un des États membres participants⁴⁷ ou encore de la possibilité d'exiger la constitution de fonds propres supplémentaires⁴⁸.

Les établissements intervenant en France en LPS ou en libre établissement. Ces établissements relèvent de la compétence de l'ACPR en ce qui concerne le respect du droit national et de la BCE en ce qui concerne le respect du règlement MSU⁴⁹.

Dans l'accomplissement de ces missions, l'article 16 du règlement MSU confère à la BCE un certain nombre de pouvoirs dits de surveillance lui permettant de demander aux établissements importants qu'ils prennent à un stade précoce, les mesures nécessaires pour remédier aux problèmes constatés. Elle pourra à ce titre exiger de ces établissements la détention de fonds propres supplémentaires ; l'affectation des bénéfices au renforcement des fonds propres ; l'interdiction des distributions de bénéfices ; la démission des membres de l'organe de direction etc.

Ces nouvelles prérogatives de la BCE sont sans doute exorbitantes et ne doivent s'exercer que dans le respect des droits des établissements concernés.

2.3. Les garanties accordées aux établissements concernés

Les garanties offertes aux établissements de crédit. Les droits des établissements soumis à la surveillance de la BCE sont assurés par de nombreuses dispositions des textes étudiés. Le paragraphe 1 de l'article 22 du règlement MSU consacre le droit pour tout établissement d'être entendu avant l'adoption d'une décision de la BCE le concernant en matière de surveillance prudentielle. Le paragraphe 2 du même texte dispose que les droits de la défense des personnes concernées sont pleinement assurés dans le

37. *Ibid.*, art. 14, 1°.

38. *Ibid.*, art. 14, 3°.

39. C. mon. et fin., art. L. 511-12-1, II.

40. Règlement (UE) n° 1024/2013, préc., art. 14, 5°.

41. C. mon. et fin., art. L. 511-10, al. 1.

42. C. mon. et fin., art. L. 532-1, al. 1.

43. C. mon. et fin., art. L. 532-1, al. 1 : « Pour fournir des services d'investissement, les entreprises d'investissement et les établissements de crédit doivent obtenir un agrément. [...] cet agrément est délivré par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ».

44. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, art. 15 ; C. mon. et fin., art. L. 511-12-1, I.

45. BCE, Guide relatif à surveillance bancaire, préc., p. 32.

46. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, art. 4, 1°, f.

47. *Ibid.*, art. 4, 1°, e et g.

48. *Ibid.*, art 5, 2°.

49. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, art. 4, 1°, c ; C. mon. et fin., art. L. 511-26.

déroulement de la procédure. Elles ont le droit d'avoir accès au dossier de la BCE sous réserve de l'intérêt légitime d'autres personnes dans la protection de leurs secrets d'affaires. Des mesures similaires figurent à l'article 32 du règlement-cadre relatif au MSU.

La Commission administrative de réexamen. Les décisions prises par la BCE peuvent faire l'objet d'un réexamen à la demande de l'établissement concerné, par une Commission administrative de réexamen⁵⁰. Il s'agit d'une commission interne à la BCE, composée de cinq personnes indépendantes et compétentes en matière de surveillance prudentielle. Après avoir statué sur la recevabilité de la demande de réexamen, la Commission émet un avis dans un délai raisonnable par rapport à l'urgence de l'affaire et au plus tard dans les deux mois à compter de la réception de la demande, et renvoie le dossier au conseil de surveillance en vue de l'élaboration d'un nouveau projet de décision, lequel remplacera la précédente décision. Il s'agit là d'une garantie des droits des établissements soumis à la surveillance prudentielle et qui mérite sans doute d'être approuvée.

Le recours devant la CJUE. Enfin, les décisions de la BCE peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE).

Afin d'assurer l'effectivité du dispositif de surveillance, le MSU a doté la BCE d'un pouvoir de sanction qu'elle pourra exercer à l'encontre des entités soumises à sa supervision directe, ce qui a entraîné un réaménagement du pouvoir de sanction de l'ACPR.

II. L'ARSENAL RÉPRESSIF

La dévolution d'un pouvoir de sanction à la BCE dans le cadre du MSU (I.) a conduit à un aménagement du pouvoir de sanction de l'ACPR par l'Ordonnance du 6 novembre 2014 (2.).

1. Le pouvoir de sanction de la BCE

Les sanctions seront prononcées par le conseil des gouverneurs (I.2.) à l'issue d'une phase préparatoire conduite par les enquêteurs de la BCE et son conseil de surveillance (I.1.).

1.1. La phase préparatoire

Dans l'exercice de son pouvoir de sanction, la BCE doit être considérée comme un tribunal décidant du bien fondé d'accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et tenue en tant que telle de respecter les garanties du procès équitable⁵¹. Les textes relatifs au MSU prévoient d'autres garanties au profit des établissements relevant de la compétence de la BCE.

Les enquêtes. Le règlement MSU a doté la BCE des pouvoirs d'enquête et de surveillance qui seront exercés en coopération avec les autorités nationales de régulation⁵². En matière répressive, les enquêtes seront menées par une

unité d'enquête indépendante interne composée d'enquêteurs désignés par la BCE⁵³. L'article 123 du règlement-cadre relatif au MSU prévoit des règles visant à assurer l'indépendance et l'impartialité des enquêteurs. Ainsi, ils ne doivent pas avoir exercé dans les deux années précédant leur désignation en qualité d'enquêteurs, de fonctions au sein de l'entité faisant l'objet de l'enquête. Ils doivent par ailleurs exercer leurs fonctions indépendamment du conseil des gouverneurs et du conseil de surveillance prudentielle.

La décision d'ouverture de l'enquête. Lorsque la BCE constate un manquement à la législation européenne ou à l'une de ses décisions, elle saisit l'unité d'enquête⁵⁴. L'unité d'enquête dispose à cet effet d'importants pouvoirs et notamment ceux dévolus à la BCE par le règlement MSU⁵⁵. Elle aura par ailleurs accès à l'ensemble des documents et informations recueillis par la BCE et, le cas échéant, par les autorités compétentes nationales concernées dans l'exercice de leur activité de surveillance prudentielle.

Les droits de la défense au cours de l'enquête. Les « droits de la défense » sont garantis par l'article 22 du règlement MSU et l'article 126 du règlement-cadre relatif au MSU par renvoi à l'article 32 du même texte. L'article 32 prévoit un accès au dossier dès le début des opérations d'enquêtes sous réserve de la protection du secret des affaires. Cette disposition vise à introduire un début de contradictoire dans la procédure et mérite d'être pleinement approuvée. Il y a de la légitimité des décisions de sanctions pouvant être prises par la BCE.

La lettre circonstanciée. À l'issue de l'enquête, une proposition de décision est élaborée par l'unité d'enquête à destination du conseil de surveillance prudentielle. Un certain nombre de mesures visent ici à assurer le respect des droits des établissements visés par l'enquête. Avant la rédaction de la proposition de décision, l'unité d'enquête doit notifier par écrit à l'établissement concerné les résultats de l'enquête effectuée et tout grief soulevé à son encontre⁵⁶. Dans cette notification, l'unité d'enquête précise à l'établissement concerné son droit de lui présenter des observations écrites concernant ses conclusions sur les résultats factuels et les griefs soulevés à son encontre, y compris chaque disposition prétendument violée, et fixe un délai raisonnable pour la réception de ces observations. Elle peut également inviter l'établissement à prendre part à une audition. Les parties soumises à l'enquête peuvent être représentées et/ou assistées par des avocats ou d'autres personnes qualifiées lors de l'audition. Les observations de l'établissement pourraient conduire l'unité d'enquête à revoir sa proposition voire à l'abandonner purement et simplement. Ces différentes mesures en ce qu'elles visent à assurer une meilleure protection des droits des établissements visés par l'enquête méritent d'être pleinement approuvées.

La proposition de décision de sanction. Après que l'entité visée par l'enquête ait présenté ses observations sur les griefs établis par l'unité d'enquête, cette dernière soumet

50. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, art. 24.

51. Th. Bonneau, « Les règles encadrant le pouvoir de sanction de la BCE », *Revue Banque* n° 781, février 2015, p. 50, spéc. p. 51.

52. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, art. 10 et s.

53. Règlement de la BCE du 16 avril 2014, art. 123.

54. *Ibid.*, art. 124.

55. Règlement de la BCE du 16 avril 2014, art. 125.

56. *Ibid.*, art. 126.

au conseil de surveillance prudentielle une proposition de décision si elle estime qu'une sanction administrative doit être infligée à l'entité en question⁵⁷. Cette proposition de décision ne peut se fonder que sur les seuls faits et griefs à l'égard desquels l'entité visée a eu la possibilité de présenter des observations. La procédure suit par la suite son cours devant le conseil de surveillance prudentielle. Différentes hypothèses sont dans ce cas envisageables.

Si le conseil de surveillance partage les analyses de l'unité d'enquête, il adopte le projet complet de décision adoptée par cette dernière. Si au contraire il estime que les faits ne sont pas constitutifs d'une infraction, il prépare un projet de décision qui clôt le dossier. Il peut également arriver qu'il approuve les analyses de l'unité d'enquête quant à la matérialité des faits mais pas les propositions de sanctions, dans ce cas il adopte un projet de décision précisant la sanction appropriée. S'il n'est pas d'accord avec la proposition de l'unité d'enquête, mais conclut qu'une infraction différente a été commise par une entité soumise à la surveillance prudentielle ou que la proposition de l'unité d'enquête se fonde sur des faits différents, il informe par écrit l'entité concernée de ses conclusions et des griefs formulés à son encontre. Cette dernière émet ses observations sur ces griefs conformément aux paragraphes 2 à 4 de l'article 126 du règlement MSU.

Le projet de décision élaboré par le conseil de surveillance prudentielle est par la suite soumis au conseil des gouverneurs qui devra prendre la décision finale.

1.2. La phase décisive

L'organe compétent pour prononcer la sanction. L'article 18 du règlement MSU a doté la BCE d'un pouvoir de sanction qu'elle peut directement exercer à l'encontre des établissements de crédit en cas de manquement par ces derniers à la législation européenne ou à ses décisions. Cette sanction sera prononcée par le conseil des gouverneurs.

Les personnes visées. Le règlement MSU et le règlement-cadre relatif au MSU précisent les conditions d'imputabilité des manquements aux règles de la surveillance prudentielle. La BCE pourra infliger une sanction aux établissements de crédit, aux compagnies financières holdings et aux compagnies financières holdings mixtes relevant de sa supervision directe⁵⁸. Les autres établissements de crédit pourraient être sanctionnés dans les cas où les règlements ou décisions pertinents de la BCE leur imposent des obligations à l'égard de cette dernière⁵⁹.

Les manquements. La BCE ne pourra aux termes de l'article 18 du règlement MSU, exercer son pouvoir de sanction que dans les cas où les personnes précitées auraient enfreint intentionnellement ou par négligence « une exigence découlant d'actes pertinents directement applicables du droit de l'Union pour laquelle les autorités compétentes sont habilitées à imposer des sanctions pécuniaires administratives en vertu des dispositions pertinentes du droit de l'Union⁶⁰ ». Le texte n'est pas d'une très grande intelligibilité, il convient de le lire comme visant les hypothèses dans lesquelles les autorités

nationales de régulation sont habilitées à prononcer des sanctions conformément au droit européen en vue d'assurer l'effectivité de ce droit.

La prescription. Les sanctions que la BCE pourra prononcer sont soumises à un délai de prescription quinquennal qui court à compter du jour où l'infraction a été commise ou du jour où celle-ci prend fin s'agissant d'infractions dites continues ou répétées⁶¹. Ce délai peut être suspendu ou interrompu dans les conditions prévues à l'article 130 du règlement-cadre relatif au MSU.

Les sanctions encourues. Les sanctions pouvant être prononcées par la BCE sont prévues au § 1er de l'article 18 du règlement MSU. Ce texte dispose que « la BCE peut imposer des sanctions pécuniaires administratives d'un montant maximal correspondant au double des gains retirés de l'infraction ou des pertes qu'elle a permis d'éviter, si ceux-ci peuvent être déterminés, ou d'un montant maximal correspondant à 10 % du chiffre d'affaires annuel total, tel que défini dans les dispositions pertinentes du droit de l'Union, que la personne morale concernée a réalisé au cours de l'exercice précédent, ou toute autre sanction pécuniaire prévue par les dispositions pertinentes du droit de l'Union ». L'extrême généralité de ce texte rend douteuse sa conformité au principe de la légalité criminelle. L'expression « toute autre sanction pécuniaire prévue par les dispositions pertinentes du droit de l'Union » est tout à fait regrettable dans la mesure où elle ne permet pas à l'entreprise de connaître a priori les sanctions qu'elle encourt en cas de manquement à la législation européenne. Le règlement-cadre relatif au MSU prévoit par ailleurs la possibilité pour la BCE d'infliger en plus des sanctions ci-dessus énumérées, les amendes et astreintes prévues à l'article 2 du règlement (CE) n° 2532/98⁶².

La motivation des décisions. Les décisions de la BCE sont soumises à l'exigence de motivation. Cette mesure est prévue à l'article 22 du règlement MSU. Il pourrait difficilement en aller autrement s'agissant de décisions de sanction.

La publication des décisions de sanction. Le paragraphe 6 de l'article 18 du règlement MSU prévoit la publication des décisions de sanction prises par la BCE. L'article 132 du règlement-cadre relatif au MSU précise les modalités de cette publication. Celle-ci sera faite sur le site internet de la BCE dans les meilleurs délais, et après notification de la décision à l'entité concernée et devra préciser le type et la nature de l'infraction et l'identité de l'entité sanctionnée. Si la publication de ces dernières informations aurait pour effet de compromettre la stabilité des marchés financiers ou une enquête pénale en cours ou de causer un préjudice disproportionné à l'entité sanctionnée, la décision sera publiée de façon anonyme. Lorsque ces circonstances sont susceptibles de disparaître dans un délai raisonnable, la publication de la décision peut être retardée pendant ce délai.

Les recours formés contre les décisions de la BCE devant la CJUE doivent également, et ce dans les meilleurs délais, faire l'objet d'une information de part de la BCE. Il s'agit d'une publication sur son site Internet précisant le statut du recours et son issue.

57. *Ibid.*, art. 127.

58. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, art. 18; Règlement de la BCE du 16 avril 2014, art. 122.

59. Règlement de la BCE du 16 avril 2014, art. 122.

60. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013, art. 18.

61. Règlement de la BCE du 16 avril 2014, art. 130.

62. Règlement (CE) n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions, JOUE n° L 318/14 du 27 novembre 1998.

Les décisions de sanction et les informations relatives aux recours seront disponibles pendant cinq ans sur le site internet de la BCE.

Ce nouveau dispositif a eu de nombreuses répercussions sur le pouvoir de sanction de l'ACPR et a nécessité un aménagement de ce pouvoir.

2. Les aménagements apportés au pouvoir de sanction de l'ACPR

Dans le cadre du MSU, l'ACPR pourra être amenée à exercer son pouvoir de sanction à la demande de la BCE (2.1.). Cette prérogative accordée à la BCE risquerait de réduire considérablement le champ d'application du pouvoir de sanction de l'ACPR (2.2.).

2.1. Le pouvoir de sanction exercé à la demande de la BCE

Nous venons d'étudier le pouvoir de sanction de la BCE à l'égard des établissements de crédit. Or, l'on sait que l'ACPR dispose également d'un pouvoir de sanction à l'encontre de ces mêmes établissements. D'où la nécessité d'assurer une meilleure coordination des dispositions du droit national avec celles du droit européen afin d'éviter le cumul des sanctions en raison d'un même fait. C'est ainsi que l'Ordonnance du 6 novembre 2014 modifie l'article L. 612-38 du Code monétaire et financier pour définir les conditions dans lesquelles l'ACPR peut prononcer une sanction à l'encontre d'un établissement de crédit à la demande de la BCE. S'agissant des entités importantes soumises à la supervision directe de la BCE, l'article 134 du règlement-cadre relatif au MSU dispose que l'autorité compétente nationale n'engage une procédure qu'à la demande de la BCE si celle-ci s'avère nécessaire à la réalisation des missions qui ont été confiées à la BCE par le règlement MSU à la demande de celle-ci. Les dispositions de ce texte sont sans préjudice de la possibilité pour l'autorité compétente nationale d'engager une procédure de sa propre initiative en ce qui concerne l'application du droit national pour les missions non confiées à la BCE. Nous y reviendrons.

En cas de saisine de l'ACPR par la BCE ainsi que le prévoit le 5° de l'article 18 du règlement MSU, le collège de supervision ouvre une procédure de sanction à l'égard d'un établissement ou d'une personne qui dirige son activité au sens de l'article L. 51113, d'un membre de son conseil d'administration, de son conseil de surveillance, de son directoire ou de tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes. Dans ce cas, la commission des sanctions ne peut prononcer que les sanctions prévues à l'article L. 612-40 du Code monétaire et financier. Ces sanctions sont : l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, le retrait total ou partiel d'agrément, une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 10 % du chiffre d'affaires annuel net. Lorsque l'avantage retiré du manquement peut être déterminé, la commission des sanctions prononce une sanction d'un montant maximal de deux fois ce dernier. En cas d'infraction de l'une de ces sanctions à un établissement de crédit, l'ACPR informe la BCE⁶³.

63. C. mon. et fin., art. L. 612-38, dernier alinéa.

Lorsque la commission des sanctions prononce l'interdiction totale d'activité d'un établissement de crédit, l'ACPR propose à la BCE de prononcer le retrait d'agrément. Dans le cas où la BCE ne prononce pas le retrait d'agrément, la commission des sanctions peut délibérer à nouveau et infliger une autre sanction parmi celles prévues à l'article L. 612-40 du Code monétaire et financier⁶⁴. Le législateur français tient ici compte de la compétence de la BCE en matière de délivrance et de retrait d'agréments⁶⁵. La commission des sanctions de l'ACPR ne pourra plus prononcer le retrait d'agrément à titre de sanction. Lorsqu'elle estime que les faits reprochés à un établissement de crédit justifient le retrait de son agrément, elle doit prononcer l'interdiction totale d'activité et laisser l'ACPR proposer ce retrait d'agrément à la BCE.

2.2. Le pouvoir de sanction propre de l'ACPR

À part les aménagements précités, le pouvoir de sanction de l'ACPR n'est nullement remis en cause avec l'entrée en vigueur du MSU. Les articles 612-38 et suivants du Code monétaire et financier ont été modifiés uniquement pour tenir compte des nouvelles attributions de la BCE. Par conséquent, l'ACPR demeure compétente pour sanctionner les manquements à la réglementation nationale, les sanctions à la législation européenne relevant pour l'essentiel de la compétence de la BCE. Il en résulte une limitation du champ d'application du pouvoir de sanction de l'ACPR au profit de la BCE.

Cette nouvelle articulation des pouvoirs de la BCE et de l'ACPR présente l'avantage d'éviter tout cumul de sanctions en raison d'un même fait à un moment où ce cumul a été fermement condamné par la CEDH⁶⁶ et où la France est plus que jamais condamnée à réorganiser ses procédures répressives afin d'éviter toute atteinte à la règle ne bis in idem.

L'Union bancaire dispose désormais d'un cadre juridique. Le MSU, qui constitue la mesure phare de ce dispositif, est entré en vigueur au mois de novembre dernier. Il en résulte un renforcement considérable des pouvoirs de la BCE en tant qu'autorité chargée de la coordination du dispositif de surveillance. Le succès de ce dispositif dépendra d'une part, de la capacité de la BCE à assurer une meilleure convergence des pratiques des régulateurs nationaux en matière de surveillance prudentielle, ce qui passe par un renforcement des moyens de cette institution et d'autre part, de l'existence d'une véritable coopération entre ces régulateurs. Gageons qu'elle réussira à relever ces nombreux défis. ■

64. C. mon. et fin., art. L. 612-40.

65. Rapport au président de la République relatif à l'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, JO du 7 novembre 2014.

66. CEDH 4 mars 2014, n° 18640/18, *Grande Stevens et a. c/ Italie*, Bull. Joly Bourse, avril 2014, p. 209, n° 11111, note J. Chacornac ; S. Torck, « Cumul des sanctions administratives et pénales. Chronique d'une mort annoncée ou la résistance de la chambre criminelle », *Dr. des sociétés*, mai 2014, comm. 87 ; F. Stasiak, « Une conception du juge pénal français difficilement conciliable avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 2014, p. 110 ; RTDF n° 2-2014, p. 149, obs. de N. Rontchevsky.