

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur des
universités associé
Avocat à la Cour



**JULIETTE
MOREL-MAROGER**
Professeur
Université de Bourgogne,
CREDIMI



ALINE TENENBAUM
Maître de conférences
Faculté de droit
Université Paris-Est
Créteil

Supervision financière – ESMA – Brexit.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil présentée par la Commission le 20 septembre 2017, COM (2017) 536 final.
Opinion to support supervisory convergence in the area of investment firms in the context of the UK withdrawing from the European Union (ESMA 35-43-762).
Opinion to support supervisory convergence in the area of investment management in the context of the UK withdrawing from the European Union (ESMA 35-45-344).
Opinion to support supervisory convergence in the area of secondary markets in the context of the UK withdrawing from the European Union (ESMA 70-154-270).

L'ESMA, entre changement et continuation : proposition de réforme des autorités de supervision financière européennes – Avis de l'ESMA sur la convergence réglementaire pour l'agrément et le contrôle des acteurs des marchés financiers dans le contexte du Brexit.

Commentaire d'Aline Tenenbaum

1. Dans le sillage de la préparation de l'entrée en vigueur du dispositif MIF II, la Commission a présenté le 20 septembre 2017 une proposition de règlement visant à réformer certains aspects des autorités européennes de supervision et également certains règlements sectoriels (ci-après, la « Proposition »). Dans le déroulé de ce texte particulièrement dense, nous nous concentrerons, dans le cadre de la présente chronique, sur les dispositions relatives à l'ESMA. Comme exposé dans l'étude d'impact qui accompagne la Proposition¹, la Commission justifie ce texte par les

1. Commission staff working document impact assessment Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), Regulation (EU) No 1094/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), Regulation (EU)

modifications de l'environnement financier post-crise : les autorités européennes de supervision doivent relever les deux défis majeurs que sont, d'une part, la mise en place et l'approfondissement de l'Union bancaire et de l'Union des marchés de capitaux et, d'autre part, la nécessité de faire face à un développement important des activités transfrontières, en particulier avec les pays tiers ou en passe de le devenir, comme le Royaume-Uni dans le cadre du Brexit. Si le système d'autorités sectorielles est conservé, la Commission souligne que la Proposition s'inscrit dans l'objectif d'établir une autorité de supervision unique en 2019. Cet objectif avait déjà été évoqué dans le rapport des cinq présidents du 22 juin 2015 pour compléter l'Union économique et monétaire européenne² et repris dans le document de réflexion de la Commission du 31 mai 2017 sur l'approfondissement de l'Union économique et monétaire³.

2. Le rôle essentiel des autorités de supervision, lors de leur création, s'est focalisé sur la promotion auprès des autorités nationales de la convergence réglementaire et de supervision pour instaurer une culture commune⁴. La

No 1095/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), Regulation (EU) No 345/2013 on European venture capital funds, Regulation (EU) No 346/2013 on European social entrepreneurship funds, Regulation (EU) No 600/2014 on markets in financial instruments, Regulation (EU) 2015/760 on European long-term investment funds, Regulation (EU) 2016/2011 on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds, Regulation (EU) 2017/1129 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market _ 2017/0230 (COD).

2. https://ec.europa.eu/commission/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_fr.

3. https://ec.europa.eu/commission/publications/reflection-paper-deepening-economic-and-monetary-union_fr.

4. Sur cette préoccupation de la convergence, v. dans le cadre international le rapport de l'OICV, « Implementation report : G20/FSB recommendations related to securities

Commission estime, après plusieurs consultations lancées sur le sujet, que ce rôle traditionnel doit être complété par de nouvelles compétences, une meilleure gouvernance et un financement adéquat. Au vu des réponses fournies lors des consultations, la Commission considère tout d'abord que les pouvoirs de l'ESMA doivent être étendus quant à leur domaine et renforcés, en particulier en ce qui concerne la supervision directe de certains acteurs dont l'activité transfrontière nécessite une surveillance au niveau européen ; ensuite, la Commission propose de revoir la gouvernance de l'ESMA pour éviter des potentiels conflits d'intérêts avec les autorités nationales, préjudiciables à la poursuite des objectifs d'intérêt général au niveau européen ; enfin, le financement de l'ESMA doit être réformé pour soutenir ces nouvelles compétences et l'exercice efficace des pouvoirs attribués à cette autorité.

3. En ce qui concerne les missions, de façon générale, il s'agit de préciser les contours des missions existantes et d'instiller certains principes généraux qui doivent présider à l'action de l'ESMA. Ainsi, l'action de l'ESMA devrait prendre en compte l'innovation technologique, les modèles de développement durable et les facteurs liés à la responsabilité sociale et environnementale. L'ESMA serait en charge de développer et de maintenir à jour un guide de supervision européenne sur la supervision des acteurs des marchés financiers dans l'Union et d'organiser directement des examens des autorités compétentes – et non plus par les pairs comme dans la réglementation actuelle – pour formuler des orientations et recommandations et identifier les meilleures pratiques pour renforcer la cohérence en matière de surveillance. L'action en matière de protection des consommateurs et des activités financières actuellement prévue à l'article 9 du Règlement 1095/2010⁵ (le « Règlement 2010 »), est précisée : par exemple, l'ESMA pourra conduire des analyses approfondies des conduites de marché pour identifier en amont les difficultés potentielles en matière de protection des consommateurs et des investisseurs. De la même manière, le comité de l'innovation financière déjà prévu au sein de l'ESMA associerait également plus largement les autorités nationales de surveillance et les autorités en charge de la protection des consommateurs.

Concernant les pouvoirs, la Proposition maintient le rôle de l'ESMA dans l'élaboration des normes techniques de réglementation et d'exécution sans changement.

En premier lieu, la Proposition, dans l'ensemble, renforce les pouvoirs existants tout en les délimitant de façon plus précise. En ce qui concerne ainsi les orientations et les recommandations, l'ESMA verrait ses pouvoirs contrôlés : l'article 16 du Règlement 2010 serait complété en permettant à une majorité qualifiée du groupe des parties intéressées de saisir la Commission qui devrait évaluer, après avoir entendu l'ESMA, si l'orientation ou la recommandation concernée excède ou non les compétences de

l'autorité européenne et qui, dans le premier cas, pourrait enjoindre à l'ESMA de retirer le texte en question. Les pouvoirs de l'ESMA en cas de violation du droit européen sont renforcés : l'ESMA pourra notamment obtenir des informations auprès de toute autorité compétente ou de tout acteur des marchés financiers qui devra répondre le plus rapidement possible à une telle demande. Les pouvoirs de l'ESMA dans le Règlement 2010 relatifs à la résolution des différends entre autorités compétentes dans des situations transfrontalières sont précisés.

En deuxième lieu, certains pouvoirs sont largement complétés. C'est par exemple le cas en matière de culture commune en matière de surveillance qui fait l'objet de l'article 29 dans le Règlement 2010. La Proposition prévoit à cet égard en particulier que l'ESMA serait chargée de rédiger et de maintenir à jour un guide européen de surveillance et d'élaborer tous les 3 ans un plan stratégique de surveillance sous la forme d'une recommandation adressée aux autorités nationales, et communiquée au Parlement, au Conseil et à la Commission. L'objet de ce plan serait d'identifier des priorités spécifiques pour promouvoir l'application uniforme et cohérente des règles européennes et identifier les tendances et risques potentiels. Dans ce cadre, les autorités nationales devraient soumettre des programmes de travail annuels prospectifs, en conformité avec les objectifs et priorités du plan. Prolongeant ce souci de convergence renforcée, l'examen des autorités compétentes serait conduit, selon la Proposition, directement par l'ESMA, modifiant ainsi l'article 30 du Règlement 2010 relatif à l'examen par les pairs. De la même manière que les fonctions de promotion de la convergence en matière de culture financière et de surveillance, les fonctions de coordination sont musclées : par exemple, les échanges d'informations sont facilités entre l'ESMA et les autorités nationales pour toutes les activités susceptibles d'avoir un effet transfrontière significatif risquant de déstabiliser le fonctionnement des marchés et la stabilité financière. L'ESMA est chargée ainsi de la coordination des enquêtes des autorités nationales en matière d'abus de marché, en cas d'éléments transfrontières significatifs.

En troisième lieu, des pouvoirs nouveaux sont proposés. Ainsi, dans les relations internationales couvertes actuellement par l'article 33 du Règlement 2010, l'ESMA exercerait de nouvelles fonctions dans les relations avec les pays tiers, assistant la Commission dans la préparation des décisions d'équivalence et suivant l'application de ces dernières dans le temps, en soumettant un rapport annuel. Cette nouvelle compétence conduit à permettre à l'ESMA de conclure des accords administratifs avec les pays tiers. De la même manière, les pouvoirs de collecte d'informations, assortis de la possibilité d'imposer des amendes sont définis.

En quatrième et dernier lieu, l'ESMA exercerait de nouveaux pouvoirs de supervision directe : agrément et surveillance des fournisseurs de données de transaction, autorisation et supervision des administrateurs d'indices d'importance critique de l'Union et l'autorisation des administrateurs d'indices de référence de pays tiers, autorisation de certains prospectus de dettes, de titres adossés à des actifs (*asset backed securities*) ou de certains

markets », FR21/2017, novembre 2017 : <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD585.pdf>.

5. Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), JO L 331 du 15 décembre 2010.

émetteurs spécialisés établis dans l'Union, autorisation et surveillance de certains fonds d'investissement labellisés au niveau européen (les fonds ELTIF d'investissement de long terme, les fonds Euveca de capital-risque ou les fonds EuSEF d'entrepreneuriat social). Ces pouvoirs de supervision directe exercés dans un périmètre plus large s'inscrivent dans la démarche entreprise depuis le mois de juin par la Commission. Cette dernière a en effet présenté le 13 juin 2017 une proposition de règlement pour renforcer la surveillance des contreparties centrales dans le cadre du Règlement EMIR⁶. Pour les contreparties centrales établies dans l'Union européenne, la Commission propose un nouveau dispositif de surveillance pour améliorer la convergence : ce mécanisme repose que la création d'un « CCP executive session » au sein de l'ESMA qui mettra en œuvre une coopération plus étroite entre les autorités nationales, l'ESMA et les banques centrales. Pour les contreparties centrales établies dans des pays tiers, deux catégories sont établies, en fonction de leur importance systémique : celles qui n'en présentent pas resteront soumises au régime actuel d'équivalence défini par le Règlement EMIR tandis que les contreparties centrales qui auraient une importance systémique seraient soumises à des exigences plus strictes, avec une surveillance accrue de l'ESMA, cette dernière pouvant aller jusqu'à demander à la Commission, en accord avec la banque centrale concernée, d'exiger que la contrepartie centrale s'établisse dans l'Union européenne pour pouvoir y fournir des services.

4. Pour ce qui est de la gouvernance, la Proposition innove en instaurant notamment un Comité exécutif comprenant des membres permanents (la même structure est d'ailleurs prévue pour les autres autorités européennes). Le statut et le fonctionnement de ce Comité exécutif devraient permettre non seulement d'améliorer le processus décisionnel mais également de mieux prendre en compte les objectifs européens. La fonction essentielle du Comité exécutif en effet consiste à préparer les décisions du Conseil des autorités de surveillance, ce qui devrait contribuer d'une part à des décisions plus rapidement adoptées et d'autre part à une plus grande cohérence fondée sur l'attention portée aux objectifs européens. Le Conseil des autorités de surveillance voit ses règles de composition et de vote modifiées pour éviter des blocages dans la prise de décisions. Les pouvoirs du président de l'ESMA sont renforcés.

5. Concernant enfin le financement, la Proposition, tout en maintenant la subvention de l'Union d'un montant maximum de 40 % du budget annuel, instituerait une nouvelle source de financement : celle issue du secteur privé sous la forme de contributions annuelles versées par les institutions financières (cette nouvelle source remplacerait la contribution obligatoire actuelle versée par les autorités nationales compétentes). La dernière

source de financement résiderait dans les redevances payées par les entités directement surveillées.

6. Bien évidemment, ce texte est susceptible d'évoluer au cours du processus législatif. Il est intéressant de citer les propos de l'AMF sur la teneur de la Proposition : « Pour l'AMF, qui avait contribué à la consultation de la Commission européenne sur le sujet, ce projet est une réelle avancée. Il constitue une étape majeure pour favoriser l'émergence d'une véritable supervision européenne des marchés financiers. C'est aussi une étape nécessaire pour répondre aux enjeux posés par le Brexit, au besoin des Européens d'assurer une plus grande cohésion et lutter contre les arbitrages réglementaires⁷. »

7. Ce besoin de cohésion souligné par l'AMF face notamment aux conséquences du Brexit est au cœur des trois avis délivrés le 13 juillet dernier par l'ESMA, ici dans son rôle de promotion de la convergence, au titre de l'article 29 (1) du Règlement 2010 aux termes duquel l'ESMA « contribue activement à créer une culture commune de l'Union et des pratiques cohérentes en matière de surveillance et à garantir l'uniformité des procédures et la cohérence des approches dans l'ensemble de l'Union européenne ». Les trois avis portent respectivement sur les marchés secondaires, les prestataires de services d'investissement et les activités de gestion d'actifs⁸. Les trois avis ont en commun de considérer que, une fois le Brexit achevé, en l'état actuel des annonces faites par le Royaume-Uni, ce dernier sera considéré comme un pays tiers au regard des règles européennes (sous réserve bien entendu de l'issue des négociations en cours) : jusqu'à la date effective de sortie, le régime européen, et notamment le mécanisme du passeport pour les activités financières, s'applique pleinement. Les trois avis portent sur la convergence attendue des autorités nationales dans le contrôle des relocalisations dans l'un des États membres de certaines activités actuellement exercées au Royaume-Uni : l'objectif est d'éviter l'arbitrage réglementaire entre les États membres, arbitrage dont l'intérêt est considérablement réduit s'il y a une convergence effective de l'application des réglementations⁹. Les trois avis s'adressent aussi bien en ce sens aux autorités anglaises, attirant leur attention sur les conséquences du Brexit qu'aux autorités des États membres qui devront résister à la tentation de se désolidariser pour être plus attractifs.

En ce qui concerne les marchés secondaires, la préoccupation essentielle de l'ESMA est relative à l'externalisation (outsourcing) de certaines activités des marchés hors de l'Union européenne. L'ESMA indique que tout accord d'outsourcing – à l'intérieur d'un même groupe ou qui est conclu avec un tiers - doit faire l'objet d'une évaluation

6. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 1095/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers) et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 en ce qui concerne les procédures d'agrément des contreparties centrales et les autorités qui y participent, ainsi que les conditions de reconnaissance des contreparties centrales des pays tiers, COM (2017) 331 final.

7. <http://www.amf-france.org/Reglementation/Dossiers-thematiques/Marches/Union-des-marches-de-capitaux/Bruxelles-engage-la-r-forme-des-autorit-s-de-supervision-europ-ennes>, publié le 25 octobre 2017.

8. Opinion to support supervisory convergence in the area of secondary markets in the context of the UK withdrawing from the European Union (ESMA 70-154-270); Opinion to support supervisory convergence in the area of investment firms in the context of the UK withdrawing from the European Union (ESMA 5-43-762); Opinion to support supervisory convergence in the area of investment management in the context of the UK withdrawing from the European Union (ESMA 35-45-344).

9. Sur cette question plus généralement, v. J. Armour, M. Bengtzen et L. Enriques, « Investor choice in global securities markets », oct. 2017 : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3047734; M. Lehmann et D. Zetzsche, « Brexit and the consequences for commercial and financial relations between the EU and the UK », sept. 2016 : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2841333.

tion précise quant à la nature et au volume des activités concernées et quant aux modalités de ces accords. Quels que soient ces accords, les plates-formes de négociation restent notamment soumises aux obligations issues de la directive MIF 1 ou des règles issues du dispositif MIF 2 ; les organes de gestion et direction de plates-formes établies dans l'Union européenne doivent disposer d'un pouvoir de décision pour assurer cette conformité et doivent rester en mesure de contrôler l'application de l'accord dans le respect de la réglementation européenne. L'ESMA indique que les autorités nationales doivent s'assurer que la plate-forme de négociation met en place un processus de *due diligence* et de prévention des risques dont le contenu est détaillé. Les autorités nationales doivent également refuser que certaines activités clés pour le fonctionnement des plates-formes de négociation soient assumées par des entités hors de l'Union européenne et que la plate-forme concernée ne soit qu'une boîte aux lettres, établie dans l'Union européenne pour profiter de certaines libertés : l'ESMA précise ainsi que toutes les activités liées à la gestion opérationnelle de la plateforme (notamment gestion des programmes d'appariement des ordres, moyens technologiques et informatiques mis en œuvre pour acheminer et exécuter les ordres) doivent être localisées dans l'Union européenne de façon à permettre une surveillance effective et une mise en œuvre rapide des sanctions (telles que, par exemple, la suspension des transactions pour un instrument financier donné).

Pour les entreprises d'investissement (EI), l'agrément est le point le plus crucial pour les enjeux de convergence. L'ESMA considère clairement que l'application uniforme du régime d'autorisation exclut la mise en place, dans le contexte des relocalisations, de systèmes plus rapides ou dérogatoires d'autorisation et d'agrément qui pourraient varier d'un État à un autre¹⁰. L'ESMA invite les autorités

nationales d'une part à analyser en termes d'effectivité de surveillance la structure du groupe auquel le requérant appartient et d'autre part à évaluer le choix de l'État membre où la relocalisation est demandée : l'ESMA estime que l'agrément doit être refusé dès lors que le choix s'est porté sur un État membre dans l'objectif de se soustraire aux contraintes réglementaires plus strictes d'un autre État sur le territoire duquel le requérant entend exercer ou exerce déjà la plus grande partie de ses activités. Pour imposer cette condition, l'ESMA s'appuie sur le considérant 46 de la Directive MIF 2 qui prévoit déjà cette exigence en indiquant en outre qu'une EI qui est une personne morale devrait être agréée dans l'État où se trouve son siège statutaire et que l'État d'origine devrait exiger que l'administration centrale soit toujours située sur son territoire et que l'EI y opère effectivement. L'ESMA insiste en outre sur la surveillance de la gouvernance et des contrôles internes mis en place par l'EI avec certaines recommandations très concrètes : par exemple, les autorités nationales doivent évaluer les compétences des personnes clés dans la gestion de l'EI et de ses activités et déterminer si ces personnes consacrent un temps suffisant à leurs fonctions. Les activités faisant l'objet d'accords d'*outsourcing* devront être scrutées avec précision et exigence ; et, de même, toute activité confiée à une succursale établie hors de l'Union européenne devra être surveillée pour analyser la justification d'une telle délégation et les conditions d'organisation.

Enfin, les activités liées à la gestion d'actifs sont traitées dans un avis distinct. Le Brexit conduit dans ce domaine l'ESMA à recommander la convergence des pratiques nationales pour l'agrément des acteurs de la gestion d'actifs (OPCVM ou gérants de fonds alternatifs), la surveillance des conditions organisationnelles et des procédures de contrôles internes, les modalités de délégation et la surveillance effective. On retrouve là des points communs avec l'avis relatif aux EI, tout en prenant en compte la spécificité de ces activités, en particulier sur l'évaluation des risques. ■

10. On pense notamment aux procédures accélérées d'agrément mises en place en septembre 2016 par l'AMF et l'ACPR qui sont donc clairement condamnées par l'ESMA.

Mécanisme de surveillance unique – Règlement UE n° 1024/2013 – Répartition des compétences – Évaluation de l'importance d'un établissement de crédit – Pouvoirs de la BCE.

TUE 16 mai 2017, aff. T-122/15, Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank c/ Banque Centrale Européenne.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. La décision rendue par le Tribunal de l'Union européenne le 16 mai 2017¹ permet de préciser la répartition des compétences entre les autorités nationales et la Banque centrale européenne dans le cadre du Mécanisme

de surveillance unique (MSU), premier pilier de l'Union bancaire. Depuis sa mise en place, la BCE, transformée en autorité de supervision du secteur bancaire depuis le 4 novembre 2014², est dotée d'importants pouvoirs de surveillance à l'égard des établissements de crédit. Si ce pouvoir est partagé avec les autorités nationales, elle exerce en principe directement la supervision des établissements et groupes bancaires les plus importants.

2. Les entités importantes dont elle assure la surveillance sont définies par trois critères alternatifs figurant dans l'article 6 § 4 du Règlement du 15 octobre 2013³. Sont

1. Europe 2017, comm. 281, note D. Simon, *Rev. Banque*, juillet-août 2017, p. 86, obs. J. Lasserre Capdeville et J.-P. Kovar, RDBF, septembre-octobre 2017, comm. 198, note T. Samin et S. Torck.

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

3. Règlement (UE) n° 1024/2013 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.

pris en compte la valeur totale des actifs (supérieure à 30 milliards d'euros), le ratio entre les actifs et le PIB de l'État de l'établissement (supérieur à 20 % à moins que la valeur des actifs soit inférieure à 5 milliards d'euros) et enfin le fait qu'il s'agit de l'un des trois plus importants établissements d'un des pays concernés. Mais comment précisément déterminer quels établissements relèvent de son autorité? C'est en réalité la BCE elle-même qui a fixé la liste des établissements soumis directement à son contrôle, ce qui, comme l'illustre la décision ici commentée, a pu donner lieu à certaines contestations.

3. Dans la présente affaire, une banque allemande, la banque d'investissement et de développement du Land de Bade-Wurtemberg (« L Bank »), avait été informée par la BCE le 25 juin 2014 que son importance justifiait qu'elle relève de sa seule surveillance. Malgré les protestations de cet établissement, la BCE avait adopté le 1^{er} septembre 2014 une décision la désignant comme entité importante, qualification maintenue par une nouvelle décision du 5 janvier 2015 rendue à la suite d'un avis de la commission administrative de réexamen. La « L Bank » a alors saisi le Tribunal de l'Union européenne afin d'obtenir l'annulation de la décision, fondée d'après elle sur une violation de l'article 6 § 4 du Règlement et de l'article 70 du règlement-cadre MSU n° 468/2014 du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du MSU entre la BCE et les autorités nationales. L'établissement avançait également quatre autres arguments : l'existence d'erreurs manifestes d'appréciation, une violation de l'obligation de motivation, un détournement de pouvoir commis par la BCE et une violation de son obligation de prendre en considération l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce. Cette affaire donne ainsi l'occasion au Tribunal de l'Union européenne de procéder à une analyse approfondie des dispositions organisant le MSU, et de la répartition de compétence qu'il opère entre les autorités nationales et la Banque centrale européenne.

4. La banque requérante pouvait-elle échapper à la qualification d'entité importante au sens des textes organisant le MSU? En l'espèce, la valeur des actifs dépassait très largement le seuil des 30 milliards d'euros fixé par l'article 6 § 4 du Règlement du 15 octobre 2013. Comment, dans ces conditions, l'établissement pouvait-il contester sa soumission à la supervision directe de la BCE? Il se fondait sur les articles 6 § 4 du Règlement et 70 du règlement-cadre MSU qui prévoient qu'en cas de « circonstances particulières », un établissement relevant normalement de la supervision de la BCE puisse demeurer sous la surveillance de ses autorités nationales. Mais que signifie précisément ce terme? Il s'agit, selon le texte, de « circonstances de faits spécifiques qui rendent inapproprié le classement comme important d'une entité soumise à la surveillance prudentielle au regard des objectifs et des principes du règlement et notamment de la nécessité de garantir l'application cohérente de normes de surveillance prudentielle à un niveau élevé ». L'article 70 § 2 du Règlement-cadre MSU précise en outre que cette notion de « circonstances particulières » doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Le moins que l'on puisse dire est que ce texte est particulièrement flou et laisse une marge d'appréciation importante à la BCE pour décider si un établissement relève de sa surveillance ou peut demeurer

sous la seule supervision des autorités nationales.

5. Quelles étaient les spécificités de la banque en l'espèce? Il est vrai que « L Bank » présente un profil assez particulier car il s'agit d'une personne morale de droit public dont le Land de Bade-Wurtemberg est l'unique détenteur des parts. La banque contestait ainsi sa soumission à la BCE au motif que la surveillance exercée par les autorités nationales était suffisante au regard de son profil de risque particulièrement faible. Mais la BCE, suivie par le Tribunal de l'Union européenne, refuse de lier la qualification d'entité importante au risque que présente l'établissement pour la stabilité du système financier ou ses créanciers. En outre, le Tribunal estime que la BCE n'est pas tenue de se livrer à un examen de la répartition des compétences opérée par le MSU à l'aune du principe de subsidiarité.

6. Le Tribunal considère ainsi que l'appréciation du caractère « approprié » ou non du classement d'un établissement en tant qu'entité importante et sa soumission à la supervision de la BCE ne peut se poser que dans une seule hypothèse, celle où une surveillance directe par la BCE serait moins à même d'atteindre les objectifs poursuivis par les règlements qu'une surveillance par les autorités nationales. Autrement dit, le simple fait que la supervision nationale suffise à atteindre les objectifs définis par les règlements ne saurait remettre en cause le choix effectué par la BCE. Ainsi, le seul moyen de contester la décision de la BCE consisterait à démontrer qu'une surveillance par les autorités nationales était ici mieux à même de garantir les objectifs du règlement qu'une surveillance directe par la BCE. Mais même dans ce cas, on peut douter de la possibilité pour un établissement de remettre en cause la décision. En effet, le Tribunal juge la BCE « seule compétente » pour « déterminer les circonstances particulières dans lesquelles la surveillance d'une entité qui devrait relever de sa seule surveillance pourrait être confiée à une autorité nationale »⁴. Il semble ainsi fermer la voie à toute contestation lorsqu'un établissement répond à l'un des trois critères fixés par l'article 6 § 4 du Règlement du 15 octobre 2013.

7. Cette affaire donne encore l'occasion au Tribunal de préciser l'étendue des compétences transférées à la BCE dans le cadre du MSU. Il rappelle que s'agissant des entités moins importantes, leur supervision est certes confiée aux autorités nationales mais « sous le contrôle de la BCE ». Se fondant sur les considérants 38 à 40 du Règlement, il estime que « la surveillance directe exercée par les autorités nationales dans le cadre du MSU a été envisagée par le Conseil de l'Union européenne comme une modalité d'assistance à la BCE, plutôt que comme l'exercice d'une compétence autonome ». La surveillance prudentielle nationale est ainsi qualifiée par le tribunal de « modalités d'exercice décentralisé d'une compétence exclusive de la BCE »⁵. Cette décision conforte ainsi le rôle central de la BCE et confirme qu'elle est bien l'acteur principal de la supervision prudentielle des établissements des États parties au MSU⁶. Elle est aussi révélatrice des

4. Voir le § 54 de la décision.

5. Voir le § 65 de la décision.

6. Cette concentration des pouvoirs entre les mains de la BCE et plus généralement

spécificités de l'Union bancaire au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité au prisme desquels sont normalement appréciées les compétences des institutions de l'Union européenne.

8. La question de la répartition opérée dans le cadre du MSU entre autorités nationales et BCE n'est toutefois pas close car la « L Bank » a engagé un recours à l'encontre de la décision du Tribunal de l'Union européenne devant la Cour de justice. Plus généralement, on relèvera que les très importants pouvoirs octroyés à la BCE depuis les crises financières qui se sont succédé depuis 2008

d'autorités administratives dans le secteur bancaire et financier suscite d'ailleurs certaines critiques, Th. Bonneau, « Démocratie et secteur financier », *Bull. Joly Bourse*, juillet-août 2012, éditorial; *Régulation bancaire et financière internationale*, 3^e édition Bruylant n° 10. Voir aussi notre article, « La nouvelle architecture française et européenne en matière bancaire », in J. Morel-Maroger, T. Kirat et C. Boiteau (dir.), *Droit et crise financière – Régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, Bruylant, 2015, p. 75 et s.

soulèvent de plus en plus de contestations. Au contentieux qui s'est déjà développé à propos des compétences monétaires de la BCE⁷ s'en ajoute désormais un visant à contester les décisions individuelles qu'elle adopte dans le cadre de la supervision bancaire⁸. ■

7. TUE 4 mars 2015, aff. T-496/11, RU c/ BCE, Europe 2015. Étude 5, note D. Simon; *RD banc. fin.* 2015, comm. 109, obs. Th. Bonneau; *Banque & Droit*, mai-juin 2015, 65, obs. J. Morel-Maroger; *Banque* 2015 p. 91, obs. J.-P. Kovar et J. Lasserre Capdeville, D. 2015, p. 2145, obs. H. Synvet; CJUE 16 juin 2015, aff. C-62/14, JCP 2015, 814, obs. Th. Bonneau; D. 2015 p. 2145 obs. H. Synvet, *Banque & Droit*, juillet-août 2015, p. 55, note J. Morel-Maroger.

8. Voir note T. Samin et S. Torck. Ces auteurs rappellent que plusieurs établissements français sous supervision directe de la BCE ont d'ores et déjà engagé un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union européenne à l'encontre d'une décision individuelle les concernant et portant sur les conditions d'application de l'article 429 § 14 du Règlement dit CRR (Règlement n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement) à propos des ratios de levier.

Mécanisme de surveillance unique – BCE – Surveillance prudentielle – Sanctions.

BCE, 13 juillet 2017, Permanent TSB Group Holdings PLC et BCE, 15 septembre 2017, Banco Popolare di Vicenza S.p.A.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. Transformée en autorité de supervision bancaire dotée de vastes attributions et notamment d'un important pouvoir disciplinaire depuis la mise en place du Mécanisme de surveillance unique (MSU) le 4 novembre 2014, la Banque centrale européenne vient de prononcer les premières sanctions visant des établissements soumis à son autorité. On rappellera que tous les établissements du secteur bancaire des pays participants au MSU ne sont pas soumis au contrôle de la BCE car seuls sont concernés les établissements dits importants selon les critères posés par l'article 6 § 4 du Règlement du 15 octobre 2013¹.

2. Chargée de la surveillance prudentielle des établissements importants, la BCE peut, en vertu de l'article 18 § 1 du Règlement du 15 octobre 2013, 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 ». Contrairement aux autorités nationales, la BCE est dotée du seul pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires à l'égard des « entités importantes » directement soumises à sa supervision. Ces sanctions ne peuvent viser que les personnes morales lorsque

ces dernières ont méconnu une obligation provenant d'un règlement².

3. Les deux premiers établissements sanctionnés – la banque irlandaise Permanent TSB Group Holdings plc et la banque italienne Banca Popolare di Vicenza S.p.A. – avaient pour point commun de faire partie des établissements ayant échoué à la première série de stress-tests réalisés par l'Autorité bancaire européenne et la BCE, rendus publics le 26 octobre 2014, juste avant la mise en place du MSU. On peut dans ces conditions penser qu'ils faisaient l'objet d'une attention particulière à la suite de ces mauvais résultats. S'ils présentaient ainsi le point commun d'être considérés comme fragiles au regard des ratios de solvabilité exigés par les textes européens, les manquements qui leur sont reprochés diffèrent.

4. S'agissant tout d'abord de la Banque Permanent TSB Group Holdings, celle-ci était selon la BCE en infraction entre le 27 octobre 2015 et le 26 avril 2016 au regard de deux demandes de l'Autorité lui ayant imposé des exigences spécifiques en matière de liquidité. L'amende de 2,5 millions d'euros infligée par la BCE à l'établissement se décompose de la manière suivante : une première amende de 750 000 euros vient sanctionner le non-respect d'une première décision de la BCE de février 2015, une seconde de 1 750 000 euros à la suite d'une seconde décision de novembre 2015. Sans surprise, la réitération de l'infraction donne lieu à une amende plus sévère. Le communiqué de presse de la BCE relatant la sanction en date du 28 août 2017 note toutefois que la banque a depuis remédié « au problème » ayant conduit au prononcé de

1. Règlement (UE) n° 1024/2013 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. La répartition des compétences entre autorités nationales et banque centrale européenne a d'ailleurs déjà suscité des contestations, voir TUE, 16 mai 2017, commenté dans la présente chronique.

2. Th. Bonneau, « Le pouvoir de sanction de la BCE en matière de surveillance prudentielle », *Banque & Droit* n° 160, mars-avril 2015 p. 6; J.-P. Kovar et J. Lasserre Capdeville, « Le pouvoir de sanction de la BCE en matière de surveillance prudentielle », *Revue Banque*, novembre 2014, p. 91.

ces sanctions. On regrettera toutefois que seul un communiqué bien succinct soit disponible sur le site de la BCE et non la décision complète et la procédure suivie, qui aurait permis de mieux apprécier le bien-fondé de la décision et des sanctions prononcées. Il faudra sans doute attendre un éventuel recours à l'encontre d'une décision de sanction devant la Cour de justice sur le fondement de l'article 263 TFUE pour mieux cerner les contours de cette nouvelle procédure de sanction.

5. S'agissant ensuite du second établissement, Banca Popolare di Vicenza, la sanction pécuniaire prononcée à son égard par la BCE est beaucoup plus importante. On relèvera que la décision de sanction adoptée par la BCE le 10 mai 2017 – soit en réalité antérieurement à celle visant Permanent TSB Group Holdings – n'a été rendue publique que le 15 septembre 2017. D'un montant global de 11,2 millions d'euros, elle se décompose ici aussi en deux amendes et vient sanctionner des manquements distincts. Il est tout d'abord reproché à l'établissement de ne pas avoir respecté ses obligations de déclaration trimestrielles au 4^e trimestre 2014 et au 1^{er} trimestre 2015 ainsi que ses obligations de publication annuelle en 2014, manquements sanctionnés par une amende particulièrement sévère d'un montant de 8,7 millions d'euros. En sanctionnant des manquements aux obligations d'information d'un établissement par une amende aussi lourde, la BCE adresse sans nul doute un message très clair quant à son intransigeance à l'égard de tous les établissements soumis à sa supervision directe dans le cadre du MSU. Une seconde amende de 2,5 millions d'euros est également infligée à la banque pour ne pas avoir respecté la limite applicable aux grands risques entre le 4 décembre 2015 et le 31 mars 2016. Cette dernière amende concerne ainsi des manquements assez similaires à ceux constatés à l'égard de la banque Permanent TSB Group Holdings, à savoir la méconnaissance des seuils d'exposition aux risques conduisant à mettre en péril la solidité financière de l'établissement.

6. Depuis cette sanction prononcée à l'égard de la banque italienne, l'agrément bancaire lui a été retiré, elle a été placée en liquidation et déclarée insolvable dans le cadre du

Mécanisme de résolution unique (MRU). En effet, la BCE a, par une déclaration publiée le 23 juin 2017, décidé que Banca Popolare di Vicenza était défaillante ou susceptible de l'être, le Conseil de résolution unique (CRU) ayant le même jour décidé qu'une mesure de résolution à l'égard de cet établissement n'était pas justifiée dans l'intérêt général. En conséquence, ce sont les autorités italiennes qui doivent liquider l'établissement dans le cadre d'une procédure nationale d'insolvabilité. Si la condamnation prononcée par la BCE à 11,2 millions d'euros d'amende ne représente bien entendu qu'une somme assez faible au regard des dettes colossales de l'établissement et des sommes engagées dans le cadre de la restructuration et du rachat par la banque Intesa Sanpaolo de l'établissement pour un euro symbolique, on peut toutefois s'interroger sur l'opportunité, au regard des très graves difficultés rencontrées par l'établissement déjà avérées au jour du prononcé de la sanction, du montant élevé de l'amende prononcée, sans compter qu'une incertitude plane sans doute sur son paiement effectif.

7. Les premières applications du pouvoir de sanction de la BCE ne laissent aucun doute quant à la détermination de la BCE à exercer pleinement les prérogatives qui lui ont été confiées dans le cadre du MSU. On regrettera toutefois qu'elles ne donnent pas lieu à une publication plus détaillée, et plus rapide – à l'image des décisions de l'ACPR dont les vertus pédagogiques sont indéniables – permettant à l'ensemble des acteurs soumis à la supervision de la BCE dans le cadre du MSU de mieux appréhender son fonctionnement. Enfin, le prononcé d'une lourde sanction pécuniaire – certes justifiée par le non-respect des ratios de solvabilité – à l'égard d'une entité en situation d'insolvabilité peut-elle être considérée comme « efficace, appropriée et dissuasive » ? Ces premières décisions révèlent en tout cas que la sanction pécuniaire n'est peut-être pas toujours l'outil le plus opportun et efficace pour s'assurer du respect des règles prudentielles, notamment lorsqu'elle intervient comme en l'espèce trop tardivement au regard de la situation financière déjà très dégradée d'un établissement. ■