

Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2019

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°2

**DROIT DE LA REGULATION
BANCAIRE ET FINANCIERE
ET COMPLIANCE**

Mercredi 6 février 2019

Trois observations

- **Les « deux Europes » : Union Européenne et Conseil de l'Europe**
 - Economie, finance /défense des libertés et droits humains
 - « réunification » en cours
- **Le Droit commun de l'Union européenne : le Droit de la concurrence**
 - Perdure dans ses principes
 - Sanction Ex Post des comportements anticoncurrentiels
 - Contrôle Ex Ante des concentrations
 - Prohibition des aides d'Etat
- **La « nouvelle » Union européenne née de la crise financière**
 - L'Union Bancaire
 - L'Europe d'articulation des marchés financiers
 - Le projet de l'Union des marchés de capitaux

Est-ce que cela est possible sans décision politique des États-membres ?

OUI

L'Europe est une construction juridique dans laquelle droit souple et droit dur progressent en même temps :

MoU entre l'ESMA et la Financial Conduct Authority,
1^{er} février 2018 : normes déjà arrêtées pour un no-deal dans le Brexit

L'Europe est une construction juridique

Dès le départ, sa base est constituée par une **liberté** : la liberté de circulation : 3 libertés

- Liberté de circulation des personnes
 - Liberté de circulation des biens
 - Liberté de circulation des capitaux

Il peut en résulter un simple marché concurrentiel désincarné. Il faut en résulter une rencontre des personnes, des biens et des capitaux : l'entreprise

Enjeu de la loi dite « PACTE » et de la fiscalisation des entreprises dites « numériques »

I. LA CONSTRUCTION JURIDIQUE ACHEVÉE DE L'UNION BANCAIRE

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

I. LA CONSTRUCTION JURIDIQUE ACHEVÉE DE L'UNION BANCAIRE

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

I. LA CONSTRUCTION JURIDIQUE ACHEVÉE DE L'UNION BANCAIRE

A. LE BUT DE L'UNION BANCAIRE

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

I. LA CONSTRUCTION JURIDIQUE ACHEVÉE DE L'UNION BANCAIRE

A. LE BUT DE L'UNION BANCAIRE

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

A. LE BUT DE L'UNION BANCAIRE

1. L'unicité du but : prévention et gestion du risque systémique

- Nature téléologique du Droit de la régulation
- Qualité : un seul but, clairement posé
- But : éviter le renouvellement de la crise financière, d'origine bancaire.
- Prévention de la crise ; gestion de la crise ; sortie de la crise.
- Trois piliers :
 - Supervision
 - Résolution
 - Garantie des dépôts
- Continuum entre les trois piliers
- Conception et mise en place d'un système européen conçu « d'un bloc »

A. LE BUT DE L'UNION BANCAIRE

2. La prévalence du but : limitation des droits pour satisfaire la prévention et gestion des risques systémiques

- « la fin justifie les moyens »
- Ordre public de direction
- Ordre public de protection

- Atteinte ainsi justifiée aux intérêts privés, voire publics
 - Expropriation
 - Destitution des mandataires sociaux
 - Obligation de cotisation aux fonds communs de garanties

- Limite : les droits propres et fondamentaux des personnes, gardés par les **juges**
- Cons. Const., QPC, 6 février 2015, *Société des transports Assurance*
- CJUE, 16 juin 2015

I. LA CONSTRUCTION JURIDIQUE ACHEVÉE DE L'UNION BANCAIRE

A. LE BUT DE L'UNION BANCAIRE

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

L'idée systémique de « trois piliers » en *continuum* : supervision ; résolution ; garantie des dépôts.
Mécanisme de l'Union, maillage avec d'autres (U.K. ; Norvège), ancrage dans les Etats-membres (ACPR)

1. Le Mécanisme de Supervision Unique (MSU) – *Single Supervisory Mechanism*

- Qui sur quoi ?
- Assuré par un organe de la BCE : *ECB Supervisory Board*, à Francfort.
- Porte sur la supervision des 125 « premières » banques européennes (systémiques et hyper systémiques) ; déclarées par l'Etat-membre ou correspondant aux critères
- Le superviseur national (ACPR) est un capteur d'information, un relais d'action ; conserve une autonomie pour les banques nationales plus petites

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

1. Le Mécanisme de Supervision Unique (MSU) – *Single Supervisory Mechanism*

- Qui sur quoi ?
- **Comment ?**
- Pouvoir d'inspecter et de contrôler
- Exerce le pouvoir d'agrée
- Evaluer les prises de participations dans les banques
- Augmenter les exigences prudentielles pour éviter les risques financiers
- Pouvoir de **sanctions** pour assurer l'effectivité de la supervision
- Continuum en Ex Ante de la résolution
- La BCE siège dans le Conseil de Résolution Unique

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

2. Le Mécanisme de Résolution Unique (MRU – ou *SRM – Single Resolution Mechanism*)

- **Le but** : se substituer au système précédent (l'État comme débiteur de dernier ressort), supprimer l'aléa moral chez les opérateurs
 - Résolution **ordonnée**
 - **En faisant payer le moins possible le contribuable**
 - **En affectant le moins possible l'économie réelle**

Résolution ordonnée = procédure collective ?

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

2. Le Mécanisme de Résolution Unique (MRU – ou *SRM* – *Single Resolution Mechanism*)

- Les moyens : Deuxième « pilier » : Conseil de Résolution Unique (CRU ou *SRB* - *Single Resolution Board*)
 - Agence européenne autonome, « autorité de résolution »
 - A Bruxelles
 - Les autorités européennes et les États-membres y sont représentés

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

2. Le Mécanisme de Résolution Unique (MRU – ou *SRM – Single Resolution Mechanism*)

Comment ?

- **Session restreinte** si l'enjeu est inférieur à 5 milliards d'euros
- **Session plénière** si l'enjeu est supérieur à 5 milliards d'euros
- « Résout » la défaillance par des cessions, des regroupements d'actifs, etc., par des plans
- Suit l'exécution des plans si la banque est transfrontière
- Décide du recours au **Fonds de Résolution Unique (3^{ième} pilier)**
- Suit l'exécution s'il y a recours au Fonds quelle que soit la taille de la banque (méfiance à l'égard des États-membres)

B. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'UNION BANCAIRE

3. Le Mécanisme de Fond de Résolution Unique (FRU)
– ou SRF – Single Resolution Fund)

Comment ?

- Constitution progressive d'un fonds provenant des banques (retour à l'Ancien Système...): en juillet 2018, 25 milliards d'Euros de réserve
- Activé par le SRB ou par une autorité nationale de résolution

De multiples contentieux.

Exemples

- Un créancier peut-il se soustraire à ce mode spécifique de « résolution des difficultés d'une banque » pour aller vers le Droit commun des procédures collectives ?
 - Intérêt pratique : faire valoir son « rang » : High Court of London, *Goldman Sachs v/Novo Banco*, 7 août 2015 / *British Supreme Court*, *Goldman Sachs v/Novo Banco* 4 juillet 2018
- Un Etat-membre peut-il choisir « souverainement » de renflouer un établissement en difficulté, même s'il relève des critères du pilier II de l'Union Bancaire ?
 - Accord Italie – Commission européenne, 1 juin 2017, *Banco Monte Paschi*

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

A. L'ARTICULATION PAR LES « RÉGULATEURS EUROPÉENS SPECIALISÉS »

A. L'HARMONISATION PAR L'INJECTION DE RÈGLES COMMUNES AUX MARCHÉS FINANCIERS DES ÉTATS-MEMBRES

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

A. L'ARTICULATION PAR LES « RÉGULATEURS EUROPÉENS SPECIALISÉS »

1. Les trois Autorités créées par les Règlements du 23 novembre 2013 :

- **ESMA** : *European Securities and Markets Authority*
- **EBA** : *European Banking Authority*
- **EIOPA** : *European Insurance Occupational Pensions Authority*

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

A. L'ARTICULATION PAR LES « RÉGULATEURS EUROPÉENS SPECIALISÉS »

2. Les missions communes à l'ESMA, EBA et IEOPA

Préparent pour la Commission Européenne les « normes techniques »

Évaluent dans chaque secteur les risques

Travaillent dans chaque secteur à l'élaboration de textes uniformes : Ex.

Single European Rulebook en matière bancaire

Encouragent la convergence des « bonnes pratiques »

Émettent des positions communes aux Trois

Sont en contact avec les autorités nationales

= technique du « maillage »

Eloigné de la conception classique du Droit

- *Why do we need a Single Rulebook?*
- *European banking legislation was previously based on Directives which left room for significant divergences in national rules. This has led to different interpretations of those rules and to legal uncertainty, enabling institutions to exploit regulatory loopholes, distorting competition, and making it burdensome for firms to operate across the Single Market.*
-
- *Moreover, the financial crisis has shown that in integrated financial markets, these divergences can have very disruptive effects. Once risks generated under the curtain of minimum harmonisation materialise, the impact is can often not be contained within national boundaries but spread across the EU single market.*
-
- *It is, therefore, crucial to use exactly the same definition of regulatory aggregates and the same methodologies for the calculation of key requirements, such as capital ratios and liquidity standards.*

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

A. L'ARTICULATION PAR LES « RÉGULATEURS EUROPÉENS SPECIALISÉS »

3. La mission disciplinaire donnée directement à l'ESMA sur les agences de notation

- Pouvoir de sanction pour conflits d'intérêt : ESMA, 12 juillet 2016, *Fitch*
- Sanction d'une banque pratique du *shadow banking* : ESMA, 11 juillet 2018, *Danske Bank*

La supervision et le monopole vont ensemble

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

B. L'ARTICULATION PAR L'ADOPTION DE RÈGLES HARMONISANT DES RÈGLES FINANCIÈRES NATIONALES

- 1. L'harmonisation de l'interdiction européenne des « abus de marché »
(*market abuse*) par le Règlement dite *MAR* du 16 avril 2014**

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

B. L'ARTICULATION PAR L'ADOPTION DE RÈGLES HARMONISANT DES RÈGLES FINANCIÈRES NATIONALES

2. Règlement *Prospectus III* du 14 juin 2017

Complète la directive et allège les obligations pour ouvrir les marchés de capitaux aux PME.

Mais le Régulateur continue de mettre un visa « non-optionnel »

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

B. L'ARTICULATION PAR L'ADOPTION DE RÈGLES HARMONISANT DES RÈGLES FINANCIÈRES NATIONALES

3. Règlement *Emir III* du 4 juillet 2012

Texte propre aux produits dérivés

Limite les risques dès que la transaction n'est pas sur un marché réglementé en exigeant une contrepartie, une déclaration de la transaction à un « référentiel central », l'existence d'une chambre de compensation

II. L'ARTICULATION EUROPÉENNE DES MARCHÉS FINANCIERS

B. L'ARTICULATION PAR L'ADOPTION DE RÈGLES HARMONISANT DES RÈGLES FINANCIÈRES NATIONALES

4. « Paquet MIF 2 » ("MIF 2" (sous la forme d'une directive « MiFID » et d'un règlement « MiFIR »))

Texte plus général

Visé à limiter le gré-à-gré pour favoriser les marchés organisés, les chambres de compensation, la transparence sur toutes les classes d'instruments financiers, notamment les dérivés

But : protéger l'investisseur et limiter le risque systémique

Ce qui reste à faire et ce qui demeure

- Ce qui reste à faire : **LE PLAN D'ACTION PROJETÉ DE L'UNION EUROPÉENNE POUR L'UNION DES MARCHÉS DE CAPITAUX**
- Ce qui demeure: **LE DROIT DE LA CONCURRENCE**