

# Lois sur les faillites bancaires et architecture prudentielle européenne

**Laurence Scialom**

Le dispositif prudentiel européen de prévention et de gestion des crises bancaires souffre de graves carences (Aglietta M, Scialom L 2003, Scialom L, 2006). Ce point fait largement consensus parmi les économistes travaillant sur la question même si les autorités européennes peinent à reconnaître cet état de fait (cf : rapports Brouwer, 2000, 2001). Pour autant, étrangement, la question des lois sur les faillites bancaires et la critique de la Directive sur la réorganisation et la liquidation des institutions de crédit adoptée en avril 2001 et transposée en Droit national en 2004 sont très largement absentes de ce débat sur l'adéquation des dispositifs prudentiels européens. Le silence académique sur cette question est étonnant dans la mesure où, dans le même temps, parmi les propositions récurrentes visant à remédier aux carences des dispositifs prudentiels européens, l'adoption d'une politique d'actions correctives précoces (A.C.P) a les faveurs de nombre d'académiques. Or, ce type de politique n'est envisageable opérationnellement que si le cadre légal est compatible avec ses préconisations. En particulier, comme nous le verrons, l'A.C.P. implique que la loi sur les faillites bancaires soit explicitement intégrée dans l'architecture prudentielle et soit conçue dans un continuum avec la politique prudentielle. Le régulateur ou l'assurance-dépôts doivent être dotés des pouvoirs légaux tant sur les mesures de pré-faillite que sur la procédure de liquidation elle-même. Ce qui n'est pas le cas actuellement dans les pays de l'Union Européenne.

La politique d'actions correctives précoces trouve son origine dans la réforme proposée par Benston et Kaufman dès 1988 qui inspira – bien que dans une version édulcorée - le FDICIA aux Etats Unis en 1991. Ce type de politique prudentielle fait l'objet d'un net regain d'intérêt, en particulier dans l'Union Européenne. Ainsi, le European Shadow Financial Regulatory Committee (ESFRC) <sup>1</sup>, dès son premier rapport en juin 1998 préconisait une approche du traitement des banques à problèmes apparentée à la politique d'action corrective précoce à l'oeuvre aux Etats-Unis (Benink H. and Schmidt R.H. 2004). Cette

---

<sup>1</sup> Le ESFRC a été créé en Mars 1998 lors d'une réunion à Bruxelles. Sa fonction essentielle est de produire une analyse critique de la politique et des pratiques en matière de régulation financière dans l'Union Européenne. Il produit régulièrement des rapports et des recommandations sur la réglementation et la politique prudentielle en Europe.

option était présentée comme un moyen de contrecarrer l'attentisme (forbearance) des régulateurs et donc comme un dispositif minimisant les pertes finales associées à la résolution des crises bancaires. Dans la même veine, le second pilier du nouvel accord de Bâle 2 consacré au « processus de surveillance prudentielle » énonce 4 principes essentiels de la surveillance prudentielle or, le 4<sup>ème</sup> semble également « inspiré » d'une logique d'actions correctives précoces<sup>2</sup>. Le Comité de Bâle avait d'ailleurs dès 1997 pris position en faveur d'une telle politique<sup>3</sup> et réitéré et approfondi ses arguments en 2002<sup>4</sup>. Ces préconisations en faveur des actions correctives précoces s'appuient sur une argumentation économique centrée sur les avantages d'un tel dispositif en termes de convergence des incitations des banques et des superviseurs et de complémentarité avec la discipline de marché.

## **La politique d'actions correctives précoces**

### *Son origine*

L'adoption du FDICIA aux Etats-Unis fut la réponse institutionnelle et légale à la crise des banques et caisses d'épargne qui se développa entre 1980 et 1991. Sur cette période, près de 1500 banques commerciales et caisses d'épargne – soit environ 10 % de cette industrie- et plus de 1000 organismes de prêts au logement (savings and loan associations) –soit 25% de cette industrie - firent faillite. Cette crise fut largement interprétée comme résultant d'une architecture de la politique prudentielle permissive et même incitative à l'attentisme des régulateurs, cette attitude bienveillante du régulateur étant elle-même confortée par les décideurs politiques.

L'interprétation qui a été faite des ressorts de cette crise bancaire majeure par Benston et Kaufman (1998) qui sont les inspirateurs du dispositif « d'intervention et de résolution structurées précoces »<sup>5</sup> est intéressante en ce qu'elle éclaire les options choisies par le FDICIA.

---

<sup>2</sup> Il est indiqué « Les autorités de contrôle devraient s'efforcer d'intervenir tôt pour éviter que les fonds propres ne deviennent inférieurs aux niveaux minimaux requis compte tenu des caractéristiques de risque d'une banque donnée. Elles devraient requérir la mise en œuvre à bref délai de mesures correctives si le niveau des fonds propres n'est pas maintenu ou rétabli ».

<sup>3</sup> Basel Committee on Banking Supervision (1997), "The core principles for effective banking supervision", September.

<sup>4</sup> Basel Committee on banking supervision (2002), "Supervisory Guidance on Dealing With Weak Banks », march

<sup>5</sup> « Structured Early Intervention and Resolution » (SEIR)

Le premier facteur déclenchant de cette crise bancaire a été l'accroissement de l'exposition au risque de taux des caisses d'épargne à la suite de la forte augmentation non anticipée des taux après l'arrivée de Paul Volker à la tête du Système Fédéral de Réserve en 1979. En raison du déséquilibre de maturité entre l'actif et le passif, les caisses d'épargne se sont trouvées fortement fragilisées. Au lieu de réagir promptement à cette dégradation de leur situation financière, le régulateur a différé les sanctions. Il s'est engagé dans une politique d'attentisme qui a notamment pris la forme d'une réduction des exigences en capital pour les Savings and Loans alors même que ces exigences ne tenaient déjà pas compte des pertes en capital liées à l'augmentation des taux d'intérêt. Cette politique de « bienveillance » traduit la volonté de gagner du temps. Un faisceau de raisons motivait ce choix :

- les réserves insuffisantes du fonds d'assurance dépôts pour faire face à l'épidémie d'insolvabilités ;
- la volonté de ne pas peser sur le déficit budgétaire –d'où une convergence d'intérêt entre les positions prises par le régulateur et les décideurs politiques.
- la crainte de susciter des ruées de déposants ;
- et, l'idée qu'une part substantielle de ces pertes n'était que potentielle c'est à dire non réalisée, le régulateur comptait donc implicitement sur un retournement des taux d'intérêt. Une telle baisse devant permettre d'assainir la situation de nombreux établissements.

Cette politique d'attentisme peut être interprétée comme une sorte de pari pour la résurrection du régulateur. Le pari de la baisse des taux d'intérêt a été effectivement gagné à partir de 1982 quand P. Volker a du revenir sur la rigueur de sa politique monétariste en raison de la récession provoquée par le niveau des taux d'intérêt réels et par l'incertitude générée par la volatilité des taux d'intérêts nominaux. Mais, ce pari gagné de la baisse des taux a été une victoire de dupe pour le régulateur car la situation conjoncturelle a entraîné de nombreux défauts sur les crédits fragilisant un peu plus les bilans bancaires. Par ailleurs, dès 1986, certains états américains eurent à subir de plein fouet le « contre choc pétrolier » notamment le Texas. Les lois bancaires américaines restreignant fortement les activités bancaires inter-étatiques, les banques des états touchés par des récessions régionales ne purent réduire l'impact de ce choc par une diversification géographique de leurs opérations. Ainsi, 7 des 10 plus grandes banques du Texas firent faillite à la fin des années 80 et 2 furent fusionnées.

L'éclatement de la bulle sur l'immobilier couplée aux défauts de paiements de certains pays en développement sur des crédits que des banques américaines leur avaient octroyé à la fin des années 70 complète le tableau des facteurs ayant contribué à la crise massive qui a conduit

à la réforme de l'assurance dépôts. Ainsi cette crise des banques et savings and loans combine des facteurs – choc de taux d'intérêt, rôle déstabilisant des prix d'actifs, choc d'offre sur des structures bancaires déjà fragilisées – de fragilisation des bilans bancaires souvent présents dans les crises bancaires majeures. Les options retenues aux Etats-Unis en réponse au diagnostic sur les ressorts de cette crise présentent donc un intérêt qui va bien au-delà du cas américain.

En 1991, les pertes du FDIC liées aux défauts bancaires avaient épuisées ses réserves : le FDIC était insolvable. La réforme de l'assurance dépôts aux Etats Unis a pu être adoptée en dépit des réticences des régulateurs eux-mêmes qui y voyaient une réduction de leur pouvoir discrétionnaire. Ils en ont d'ailleurs édulcoré la portée mais ils n'ont pu véritablement contrecarrer la réforme en raison du consensus sur le diagnostic des raisons de cette crise. Celle-ci était quasi unanimement attribuée aux déficiences de la structure de l'assurance dépôts, aux carences en matière de fixation des primes d'assurance et, plus généralement du système d'incitations véhiculé par l'assurance dépôts et par l'attitude du régulateur. Celui-ci par une politique affichée d'attentisme a favorisé l'aléa moral et les comportements de pari pour la résurrection dans la communauté bancaire.

### *Sa structure*

Le FDICIA qui a été adopté en 1991 est structuré autour de deux piliers essentiels : l'action corrective précoce sur laquelle nous allons nous attarder et la résolution à moindre coût (least cost resolution). Ce second principe signifie que toute option de résolution d'une banque à problème orchestrée par le FDIC doit passer le « test du moindre coût ». Le coût de la méthode de résolution retenue doit être comparé au coût de liquidation de la banque. Parmi les méthodes de résolution on peut citer : la réorganisation, la restructuration financière, la fusion acquisition, la création temporaire d'une « bridge bank » etc. L'option retenue doit être celle qui minimise les coûts pour l'assurance dépôts. Ce principe rend plus probable que les créiteurs non assurés assument des pertes en cas de faillite bancaire.

La politique d'actions correctives précoces crée un cadre à l'action du superviseur qui limite sa discrétion et donc sa propension à l'attentisme. Elle modifie l'arbitrage règle – discrétion. Elle fournit des procédures structurées pour traiter des banques à problèmes et donne un objectif très clair à ce processus : « résoudre les problèmes des institutions de dépôts assurées au moindre coût à long terme pour le fonds d'assurance dépôts »<sup>6</sup>. Il s'agit donc -

---

<sup>6</sup> Section 131 du FDICIA intitulée « Prompt Regulatory Action ».

entre autre- d'une réponse institutionnelle au problème de capture du régulateur par les régulés. Or, ce problème s'accroît avec le degré de concentration du secteur régulé. La concentration croissante de l'industrie bancaire constitue donc un facteur attractif additionnel à ce type de dispositif prudentiel.

En effet, L'A.C.P. repose sur l'adoption d'un ensemble de mesures qui font système :

- La définition d'une règle de clôture à un niveau pré-défini faible mais positif de capitalisation de la banque, c'est-à-dire qu'en deçà d'un ratio critique de capital la fermeture de la banque devient impérative.
- la définition de tranches en matière d'adéquation de la capitalisation des banques et la classification de ces dernières selon leur ratio de capitalisation dans les tranches ainsi pré-définies,
- l'énumération d'actions correctives qui peuvent ou doivent être appliquées aux banques connaissant une dégradation de leur capitalisation c'est à dire une rétrogradation de leur position dans la classification établie précédemment,
- et, la spécification des raisons conduisant à la nomination d'un administrateur ou d'un liquidateur.

Cette politique de stabilisation financière repose sur un accroissement pré-annoncé de la pression de la supervision et des contraintes pesant sur les activités de la banque à mesure que sa situation de capitalisation se dégrade, jusqu'à aller - si nécessaire - jusqu'à une résolution (vente, fusion ou liquidation de l'institution) avant que le capital ne tombe à zéro. La codification des sanctions rend les choix du régulateur dans ce domaine plus prévisibles et exclut les compromis et/ou arrangements ad hoc entre la banque et son régulateur. Parmi les sanctions graduellement imposées, on trouve des restrictions sur la croissance de certaines activités de la banque, l'interdiction de distribution de dividende, la suspension des paiements d'intérêt sur la dette subordonnée, des restrictions sur les taux créditeurs que la banque peut offrir, l'interdiction de transferts de fonds vers des entités liées et l'exigence de plan de recapitalisation. L'ensemble de ces actions doit être juridiquement fondé. Les sanctions prévues pour chaque tranche de dégradation de la capitalisation ne deviennent obligatoires que lorsque les sanctions discrétionnaires se sont révélées insuffisantes au rétablissement des performances de la banque et à la restauration d'un niveau de capital adéquat. Ce dispositif ne peut donc s'interpréter comme la substitution d'une règle automatique à la discrétion du régulateur. C'est une modification beaucoup plus subtile du cadre de contrôle des banques dans lequel les sanctions obligatoires agissent comme un soutien crédible qui doit renforcer

plutôt qu'affaiblir les pouvoirs discrétionnaires du régulateur. De plus, l'influence ex-ante du régulateur sur le comportement futur des banques est confortée par la connaissance ex-ante des actions correctives précoces. Ce dispositif vise donc à atteindre deux objectifs essentiels : réduire le comportement d'aléa moral des banques et décourager l'attentisme du régulateur.

Le pouvoir légal de l'assurance dépôts américaine de fermer une banque dans les 90 jours après qu'elle eut franchi le seuil de « sous capitalisation critique » crédibilise l'ensemble du dispositif. Cette sanction ultime est indispensable à la cohérence globale du dispositif. Or, dans la plupart des pays la responsabilité administrative des autorités de supervision bancaire est limitée à la phase de réorganisation de la banque insolvable tandis que la liquidation répond aux règles de la loi générale sur les faillites qui dépend du pouvoir judiciaire. Dans le cas américain, au contraire, l'assurance dépôt a la responsabilité de tout le processus pouvant conduire à la liquidation de la banque.

Cet ensemble de mesures est associé à d'autres dispositions susceptibles d'atténuer le problème du « too big to fail ». Tout d'abord, le FDICIA met en œuvre des dispositions qui réduisent le risque qu'une faillite bancaire génère un risque systémique. A titre illustratif, pour éviter qu'un problème de liquidité systémique ne se développe si des institutions financières ne peuvent pas avoir accès à leurs créances sur une banque en insolvabilité, le FDICIA autorise le FDIC à assumer le règlement final quand il assure la fonction de syndicat de faillite.

Par ailleurs, le régulateur organise la complémentarité entre discipline de marché et régulation publique (Scialom, 2006a). Ainsi, aux Etats-Unis le dispositif d'A C P a été complété à partir de 1995 par l'interdiction faite au FDIC de protéger les déposants non assurés et autres créanciers de toute banque faisant faillite dès lors qu'il résulte de cette protection étendue des pertes additionnelles pour le FDIC. Une exception est néanmoins prévue pour les banques jugées « too big to fail ». Cette exception motivée par le risque systémique exige pour être activée une concordance de vue des deux tiers du Federal Reserve Board, des deux tiers du FDIC Board et du secrétaire au Trésor. Si un tel accord se dessine, le FDIC peut alors transgresser la technique de résolution à moindre coût ; mais, dans ce cas, après une évaluation d'urgence (« emergency assessment ») les pertes additionnelles pour le FDIC sont assumées collectivement par les autres banques assurées. Les actifs totaux plutôt que les seuls dépôts constituent alors la base du calcul de partage des pertes. La motivation de cette mesure est évidemment de favoriser une forme de discipline de marché : l'auto-surveillance dans la communauté bancaire. Cette procédure d'évaluation d'urgence crée également les incitations pour que l'industrie bancaire surveille les régulateurs de sorte qu'ils

n'évoquent pas trop fréquemment l'exception liée au risque systémique. Le FDICIA rend plus transparent le processus de décision quand des renflouements inhérents au problème du «too big to fail » se produisent. Il y a donc institutionnalisation de la transparence. Le FDICIA impose un compte rendu obligatoire pour toute faillite bancaire et ce rapport est accessible au public. En clair, le FDICIA fixe des standards explicites qui bornent le comportement des décideurs de politique économique et institutionnalise la transparence.

### **Les pré-requis institutionnels et légaux à la mise en place d'une politique d'action corrective précoce.**

Les partisans d'une politique d'actions correctives précoces – y compris le comité de Bâle - mettent en exergue la cohérence de ce dispositif et des incitations qu'il crée mais s'intéressent très peu à la question l'adaptation du cadre institutionnel indispensable à sa mise en œuvre effective. Or, ce dispositif prudentiel n'est pas transposable à tous les environnements institutionnels. L'A. C. P. s'inscrit dans une conception selon laquelle il existe une sorte de continuum entre la politique prudentielle routinière, les mesures de pré-insolvabilité et les procédures de résolution des faillites bancaires. Ce dispositif nécessite donc que le superviseur conserve son rôle pivot à tous les stades de la dégradation de la capitalisation des banques y compris sur la procédure de résolution des faillites bancaires. Plusieurs arguments peuvent être mobilisés pour justifier ce rôle clef du superviseur dans la procédure de résolution de l'insolvabilité bancaire. Les principaux sont les suivants :

- Dès lors qu'existent des systèmes d'assurance dépôts qui suppriment de fait les incitations des déposants aux ruées bancaires, une banque en situation d'insolvabilité potentielle peut continuer à honorer le paiement de ses dettes, pour l'essentiel des dépôts. Le rôle des comités de créditeurs est donc très limité dans le cas de l'insolvabilité bancaire comparé aux procédures d'insolvabilité d'entreprises commerciales ou industrielles.
- Par ailleurs, en raison des asymétries d'information que gèrent les banques, leurs bilans sont plus opaques que ceux des autres firmes et le superviseur bancaire est dans une position privilégiée pour évaluer l'adéquation du capital et la qualité des actifs, en conséquence il est le mieux placé pour définir le seuil d'insolvabilité.

Aux Etats-Unis, c'est l'assurance dépôts dotées de responsabilités élargies qui assure ce continuum entre politique prudentielle et procédure de résolution des faillites bancaires. En effet, les pouvoirs légaux du FDIC sont beaucoup plus étendus que ceux d'un fonds

d'assurance dépôts « traditionnel ». Un fonds d'assurance dépôts à responsabilités étroites se doit d'assurer les petits déposants, de fixer et collecter les primes d'assurance, d'indemniser rapidement les déposants en minimisant les perturbations économiques inhérentes aux faillites bancaires, d'informer le public sur son rôle et d'analyser l'information qui lui est communiquée par le superviseur. Un élargissement des responsabilités du fonds d'assurance dépôts peut être justifié par sa prise en charge d'une partie des coûts des défaillances bancaires et par la reconnaissance de son implication dans la résolution des problèmes bancaires via une politique d'actions correctives précoces. Ce renforcement des pouvoirs du Fonds d'assurance dépôts est une option possible pour organiser ce continuum entre politique prudentielle et résolution des faillites bancaires mais ce n'est pas la seule. Un autre dispositif institutionnel peut mettre le régulateur au cœur du dispositif. Les deux options sont envisageables, mais celle qui investit l'assurance dépôts de pouvoirs juridiques élargis requiert une condition préalable : le Fonds d'Assurance Dépôts doit être une agence publique<sup>7</sup>. Cela signifie donc que l'option d'une politique d'A.C.P. mise en œuvre sous les auspices de l'Assurance Dépôts a des implications institutionnelles sur la structuration de celle-ci. En particulier, dans l'Union Européenne, la Directive sur l'Assurance Dépôts ne revêt aucune exigence quant au caractère privé ou public du Fonds et la diversité des choix nationaux témoignent de cette absence de contrainte (cf : Garcia G. and Nieto M, 2005).

### ***Indépendance et responsabilité du superviseur et/ou du fonds d'assurance dépôts***

Au Etats-Unis, ce continuum allant de la supervision et du contrôle routinier des banques à la résolution des faillites bancaires crée un système structuré de réponses de l'autorité de régulation des banques au déclin du capital bancaire. Le point extrême de ce continuum est la mise en liquidation de la banque dans les 90 jours après qu'elle soit passée dans la dernière tranche de « sous capitalisation critique » (tier 1 sur actifs inférieur à 2%). Ce dispositif réduit donc les possibilités pour le régulateur de s'engager dans une attitude bienveillante vis-à-vis des banques à problèmes (forbearance)<sup>8</sup>. Attentisme dont l'expérience montre qu'il accroît les coûts finaux des crises bancaires pour les contribuables. Mais dans le même temps, il confère au superviseur un pouvoir considérable puisque celui-ci bénéficie d'une délégation d'autorité pour réorganiser ou liquider les banques avant que leur valeur nette ne devienne négative. En effet, la cohérence du système suppose que le superviseur

---

<sup>7</sup> Nous développerons cette question en fin d'article dans la partie centrée sur l'Union Européenne.

<sup>8</sup> Aux Etats-Unis, la plus forte opposition à l'A.C.P. est venue des régulateurs eux-mêmes qui voyaient dans ce dispositif une réduction de leur pouvoir et de leur liberté en matière de contrôle des banques.



puisse intervenir sans approbation préalable du pouvoir politique ou judiciaire. En d'autres termes, le superviseur doit être indépendant car tout impératif d'approbation préalable (politique ou judiciaire) de ses décisions crée un délai préjudiciable à l'efficacité de la procédure de résolution adoptée et crée donc la possibilité d'actions de lobbying entamant la crédibilité du dispositif global. En dépit des arguments présentés ci-dessus auxquels adhèrent nombre d'économistes spécialisés sur ces questions <sup>9</sup> et des prises de position du Comité de Bâle en faveur de l'indépendance des régulateurs bancaires<sup>10</sup>, les gouvernements sont en général très réticents à accorder l'indépendance opérationnelle aux régulateurs.

Pourtant, l'indépendance ne signifie pas l'irresponsabilité du superviseur ou la création d'une bureaucratie à finalité prudentielle qui n'aurait de compte à rendre à personne. L'indépendance opérationnelle ou l'autonomie des agences de réglementation et de supervision doit être couplée à leur responsabilité <sup>11</sup> (accountability). Comme l'ont montré Hüpkes, Quintyn et Taylor (2005), il n'y a pas d'arbitrage entre indépendance et responsabilité. Dans les démocraties modernes, la responsabilité n'est pas réductible à une relation verticale de type principal – agent, relation de contrôle du respect des termes du contrat, en l'occurrence du « mandat délégué » à l'agence par l'autorité politique. En effet, l'émergence de forums de démocratie participative, de groupes représentant les parties prenantes (stakeholders) à la stabilité des banques et l'influence croissante des médias complexifient le concept de responsabilité. La relation d'agence traditionnelle « verticale » est associée à d'autres relations d'agence avec de multiples « principaux ». La responsabilité se présente donc plutôt comme un enchevêtrement, une combinaison de relations principal - agent qui permettent que « personne ne contrôle l'agence indépendante mais que « l'agence soit sous contrôle » » (Moe T., 1987). La responsabilité des autorités de supervision doit être organisée vis-à-vis des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires et vis-à-vis des principales parties prenantes notamment l'industrie supervisée et les clients des banques. Ce faisant, si les dispositions organisant la responsabilité de l'agence sont correctement structurées, elles n'entrent pas en contradiction avec l'indépendance de l'agence. Au contraire, elles peuvent la conforter en renforçant sa légitimité. Dès lors que la responsabilité est pensée dans sa complexité comme un réseau de relations de contrôle imbriquées <sup>12</sup>, il n'y a plus de dilemme

---

<sup>9</sup> Cf : Goodhart (ed ) 1998, Hüpkes, Quintyn et Taylor 2005

<sup>10</sup> Dès 1997, le Comité de Bâle a pris officiellement position en faveur d'une indépendance opérationnelle des autorités de supervision bancaire.

<sup>11</sup> Dans la suite de l'article le terme responsabilité sera utilisé dans le sens anglo-saxon d'accountability.

<sup>12</sup> Sur les dispositions opérationnelles organisant les différents mécanismes de responsabilité de l'autorité de supervision on se référera utilement à Hüpkes, Quintyn et Taylor, 2005 .

entre indépendance et responsabilité des autorités de réglementation et de supervision mais plutôt complémentarité.

### ***Des procédures administratives de résolution des faillites bancaires***

Mise à part cette question de l'indépendance et de la responsabilité des autorités de supervision de banques, un autre pré-requis légal à l'adoption d'une politique d'actions correctives précoces fait défaut dans la plupart des pays de l'Union Européenne : les superviseurs ou le fonds d'assurance dépôts ne disposent pas de la pleine maîtrise des procédures de résolution des faillites bancaires. La logique du système d'A. C. P. et sa crédibilité impliquent que le régulateur ou l'assurance - dépôts ait à sa disposition un large éventail de mesures graduées de coercition allant des mesures prudentielles routinières, à des dispositions de pré-insolvabilité jusqu'à la résolution de la banque (vente, fusion ou liquidation). Or, dans la majorité des pays de l'Union Européenne, les faillites bancaires sont soumises au régime général qui gouverne les faillites d'entreprise, à savoir, des procédures judiciaires éventuellement associées à des clauses spécifiques dédiées aux banques. La politique d'actions correctives précoces nécessite au contraire un régime légal spécial de traitement de l'insolvabilité des banques et donc une approche administrative plutôt que judiciaire donnant un rôle pivot au régulateur (Scialom, 2006b). C'est d'ailleurs le cas aux Etats-Unis où les banques sont exclues du code général des faillites d'entreprises ( Bliss 2003, Bliss et Kaufman, 2005).

L'Union Européenne est marquée par la diversité des dispositifs légaux gouvernant les faillites bancaires. Dans certains systèmes juridiques, comme au Royaume Uni, les banques sont soumises au code général de faillite d'entreprises et donc à une procédure judiciaire. D'autres systèmes européens sont mixtes, en ce sens qu'ils permettent la coexistence d'une procédure administrative sous les auspices du superviseur bancaire et d'une procédure judiciaire. C'est le cas du système français qui autorise la coexistence d'une administration provisoire relevant de la loi bancaire et de mesures de redressement judiciaire relevant du Droit des faillites d'entreprise. Cette conjonction de procédures complexifie le cadre juridique, peut accroître les incertitudes légales, les délais et les coûts. La loi relative à l'épargne et à la sécurité financière du 25 juin 1999 a cherché à clarifier la division des tâches entre l'administrateur judiciaire nommé par le tribunal et l'administrateur provisoire nommé par la Commission Bancaire. Dès lors que la Commission bancaire a nommé un administrateur, le tribunal peut simplement charger l'administrateur judiciaire de surveiller les opérations de gestion. Par ailleurs, la Commission Bancaire dispose du pouvoir explicite de

nommer le liquidateur qui sera en charge de la liquidation des activités et de dresser un état des lieux. Le tribunal quant à lui nomme le liquidateur en charge de la vérification des créances et de la mise en œuvre de l'action judiciaire. Cette implication conjointe des autorités judiciaires et du superviseur bancaire crée un terrain permissif à des évaluations divergentes de la situation et des actions à engager et génère donc un risque de ralentissement de la procédure qui s'oppose radicalement au principe de rapidité d'action préconisé par le Comité de Bâle <sup>13</sup>. Ce type de système hybride se retrouve également en Autriche, au Luxembourg et aux Pays bas. Le système Suisse avant la réforme de 2004 qui a instauré une procédure administrative pour traiter de l'insolvabilité des banques s'apparentait également à un tel système hybride. Cet exemple suisse semble indiquer que ces systèmes mixtes peuvent évoluer vers une spécificité du régime légal de faillite des banques sur le modèle du Canada ou des Etats-Unis.

### ***Une Directive sur la réorganisation et la liquidation des établissements de crédit à renforcer***

Ainsi, les pré-requis institutionnels et légaux à une politique de coercition graduée font défaut au niveau domestique dans les pays membres de l'Union Européenne. Ces carences sont décuplées au niveau proprement Européen qui est pourtant le bon niveau d'application d'une politique d'action correctives précoces pour les banques pan-européennes. Or, ce type de groupe financier qui potentiellement pose des problèmes significatifs d'externalités transfrontières en cas de détresse financière tend à se développer dans la période la plus récente (Osterloo et Schoenmaker 2004). La Directive sur la réorganisation et la liquidation des institutions de crédit adoptée en avril 2001 et transposée en Droit national en 2004 qui vise à traiter de la dimension trans-frontière des réorganisations et des faillites bancaires dans l'Union Européenne ne constitue pas un cadre permissif à la mise en place d'une politique d'A.C. P. Cette Directive ne vise pas à harmoniser les lois nationales traitant de l'insolvabilité des banques, son objectif est simplement d'allouer les pouvoirs en matière de résolution des faillites bancaires dans le cas de banques pan-européennes en se conformant au principe du passeport unique. Ainsi, si une banque est en situation d'insolvabilité, la procédure de résolution et de faillite relève de la compétence du pays d'origine, en vertu du principe de reconnaissance mutuelle celle-ci doit être reconnue et appliquée dans tous les états membres où la banque a des succursales ou des actifs. Les pays d'accueil n'ont aucun choix : ils

---

<sup>13</sup> Basel Committee on Banking Supervision, 2002, « Supervisory Guidance on Dealing with Weak Banks », point 2.2.

doivent reconnaître et mettre en œuvre la procédure conformément à la loi du pays d'origine même si celle-ci diffère de leur loi nationale. Aucune procédure secondaire n'est autorisée.

Cette Directive ne constitue pas un cadre permettant l'application d'une politique d'actions correctives précoces à l'encontre des groupes bancaires pan-européens. Tout d'abord, cette Directive ne se prononce pas sur la forme légale de résolution des faillites bancaires (administrative ou judiciaire) à privilégier au niveau national dans l'Union. Or, ce type de dispositif prudentiel nécessite que le régulateur ait la maîtrise des mesures coercitives à tous les stades de dégradation de la capitalisation des banques y compris sur leur fermeture. Par ailleurs, cette Directive implique une différence de traitement des filiales et des succursales. Alors que les succursales ne sont pas traitées comme des entités légales indépendantes mais sont au contraire considérées comme faisant partie intégrante de la maison mère et, à ce titre, soumises aux procédures de résolution et de faillite du pays d'origine. Les filiales sont assujetties à la supervision et à la législation sur les faillites bancaires du pays où elles sont installées. Ces différences de traitement entre filiales et succursales créent un cadre prudentiel propice aux arbitrages de régulation prudentielle et à l'aléa moral d'équipe entre superviseurs nationaux.

Ces incitations perverses sont confortées par le fait que les dispositifs d'assurance dépôts sont structurés selon les mêmes principes, ce qui ne fait qu'accentuer les conflits d'intérêt potentiels entre régulateurs du pays d'origine et du pays d'accueil. En cas de faillite d'une filiale d'une banque d'un pays membre installée dans un autre pays membre, c'est l'assurance dépôt –et de manière ultime le contribuable - du pays d'accueil qui assume les pertes. L'architecture prudentielle actuelle crée donc de fortes incitations aux transferts massifs de risques vers des filiales localisées dans des pays dont elles représentent une part de marché suffisamment importante pour induire un comportement de bienveillance de la part du régulateur local. Il faut de plus noter une incohérence dans la répartition des responsabilités entre les régulateurs puisque le régulateur du pays d'accueil est considéré comme le superviseur en charge des filiales de banques de l'Union Européenne installées sur son territoire mais qu'il n'a pas la responsabilité de la supervision consolidée du groupe bancaire dans son ensemble, celle-ci incombant au pays d'origine. Or, le superviseur du pays d'origine qui assume la supervision consolidée n'a aucun compte à rendre aux contribuables du pays d'accueil qui peuvent pourtant être amenés à couvrir les pertes liées à la faillite d'une filiale d'un groupe financier dont il a la charge. On est donc loin d'un cadre favorable à l'application d'une politique de coercition graduée sur les groupes bancaires pan-européens.

Non seulement le traitement des filiales par la Directive sur l'assurance dépôts crée les incitations perverses que l'on vient de souligner, mais ce n'est pas son seul défaut. En effet, cette Directive ne peut constituer la base à une délégation d'autorité aux fonds nationaux d'assurance dépôts conformément à l'option choisie aux Etats-Unis en accord avec la philosophie d'une politique d'actions correctives précoces. En effet, l'implication de l'assurance dépôts dans une telle politique n'est envisageable que si l'agence est administrée par l'Etat dans la mesure où une telle structure prudentielle exige un partage très extensif de l'information sur les banques individuelles entre le superviseur et l'assureur. Or, si le Fonds d'assurance dépôts est géré et contrôlé par un club de banques de la place un tel partage de l'information prudentielle est impossible car les banques membres du Board des directeurs du Fonds d'assurance disposeraient alors d'un avantage concurrentiel indu vis-à-vis des autres banques de la place non membres du Board. Des questions d'équité et de confidentialité entraveraient les flux d'information requis pour que les actions correctives précoces soient efficaces. Seul une assurance dépôts publique est donc éligible à une extension de ses pouvoirs lui conférant un rôle central dans la politique de coercition graduée. Or, la Directive sur l'Assurance dépôts de 1994 propose une harmonisation à minima des dispositifs d'assurance dépôts nationaux en rendant la participation des banques obligatoire, en fixant une garantie minimale des dépôts par individu et non par compte à 20 000 euros mais sans imposer d'exigence particulière quand au financement ex-ante ou ex-post du Fonds d'assurance, quant à son administration privée ou publique ou quant à la pondération des primes par les risques. Ce faisant, les choix nationaux sont très divers (G. Garcia et M Nieto, 2005). L'assurance dépôts peut être gérée de manière privée ou publique. Dans ce dernier cas, l'administration publique peut relever de la banque centrale, d'un superviseur séparé ou d'une agence d'assurance dépôts indépendante. Cette diversité de configuration existe effectivement dans l'Union Européenne. En particulier, dans quatre pays c'est un club de banquiers qui administre le fonds d'assurance dépôts, ce qui est rédhibitoire à l'implication de celui-ci dans une politique de coercition graduée. Par ailleurs, compte tenu du traitement particulier des filiales, la diversité des montants de dépôts couverts constitue une autre entrave à la mise en place d'une politique d'actions correctives précoces, dans le cas de groupes bancaires pan-européens. En effet, le seuil minimal de couverture défini par la Directive est de 20 000 euros mais aucun plafond de couverture n'est spécifié. Ce faisant, de nombreux pays membres ont adopté un seuil de couverture beaucoup plus généreux que le minimum imposé, ce qui évidemment constitue un facteur attractif à l'implantation de filiales de banques ayant leur

siège dans d'autres pays de l'Union mais également une source de conflit potentiel entre les pays d'origine et pays d'accueil en cas de faillite de telle filiale.

## **Conclusion**

Le cadre institutionnel et légal dans lequel se mettent en œuvre les politiques économiques n'est pas neutre. Il est au contraire essentiel à leur efficacité et doit être évolutif. Les politiques économiques doivent s'adapter aux évolutions de l'environnement économique dans lequel elles s'insèrent et sur lequel elles agissent. Mais cette adaptation n'est pas limitée aux modalités opérationnelles de leur mise en œuvre, elle concerne également les structures institutionnelles leur servant de cadre. Cette question de la cohérence et de la complémentarité entre un cadre institutionnel et légal et les politiques économiques qui s'y mettent en œuvre est un sujet souvent négligé des économistes car se situant à la lisière entre disciplines (Economie, Droit, Sciences Politiques et Histoire). Ainsi, le débat académique sur l'intérêt de promouvoir une politique d'actions correctives précoces se focalise sur sa cohérence économique interne, sur la convergence des incitations entre régulateurs et communauté bancaire ainsi permise ; mais, la question des pré-requis institutionnels et légaux à son adoption est le plus souvent occultée. Nous montrons dans ce papier qu'au-delà des déclarations d'intention favorables à l'adoption d'une telle politique prudentielle dans l'Union Européenne, ni les dispositifs prudentiels nationaux des pays membres, ni les Directives existantes susceptibles de constituer le cadre juridique européen de sa mise en œuvre ne sont adaptées aux exigences institutionnelles et légales d'une politique de coercition graduée.

## **Bibliographie**

Aglietta M. et Scialom L., 2003, The challenge of European integration for prudential policy, *London School of Economics, Financial Market Group, Special Paper*, N°152, September <http://fmg.lse.ac.uk>

Basel Committee on Banking Supervision (1997), *The core principles for effective banking supervision*, September.

Basel Committee on banking supervision (2002), *Supervisory Guidance on Dealing With Weak Banks*, march

Benink H and Schmidt R.H., 2004, Europe's single market for financial services : views by the European Shadow Financial Regulatory Committee, *Journal of Financial Stability*, 1, 2004.

Benston G. and Kaufman G. (1998), Deposit Insurance Reform in the FDIC Improvement Act : the experience to date, *Federal Reserve Bank of Chicago, Economic Perspective*,

Bliss R., 2003, Bankruptcy law and large complex financial organizations : a primer, *Federal Reserve Bank of Chicago Economic Perspectives*, 1Q.

Bliss R and Kaufman G (2005), U.S. corporate and bank insolvency regimes : an economic comparison and evaluation, Forthcoming.

Borchgrevink H. Grung Moe T. (2004), Management of financial crises in cross-border banks, *Economic Bulletin*, 4, Norges Bank

Campbell A. (2003), Issues in cross-border bank insolvency : the European Community Directive on Reorganization and Winding Up of Credit Institutions, *Current Developments in Monetary and Financial Law*, Vol 3, IMF

De Luna Martinez J. and Rose T. (2003), International Survey of Integrated Financial Sector Supervision, *World Bank Policy Research, Working Paper*. 3096, july

Eisenberg R. A. and Wall L. D. (2002), The major supervisory initiatives Post – FDICIA : are they based on the goals of PCA ? Should they be ?, *Federal Reserve of Atlanta, Working Paper* 2002 – 31, December.

European Central Bank, 2004, *Financial Stability Review*, december

Freixas X. (2003), Crisis management in Europe, in Kremers J, Schoemaker D. And Wiertz P (eds), *Financial Supervision in Europe*. Edward Elgar.

Garcia G. H. and Nieto M. J., (2005), Banking crisis management in the European Union : multiple regulators and resolution authorities, *Journal of Banking Regulation*, vol 6, n°3.

Goodhart C. ed (1998), *The emerging framework of financial regulation*, a collection of papers compiled by the Financial Market Group of the London School of Economics, London, Central Banking Publications Ltd.

Herring R. J. (2003a), International Financial Conglomerates : Implications for Bank Insolvency Regimes, *Wharton School*, University of Pennsylvania, july.

Herring R. J. (2003b), How can the invisible hand strengthen prudential supervision ?, *Wharton School*, University of Pennsylvania, october 21,

Hüpkes E, 2003, Insolvency –why a special regime for banks”, *Current Development in Monetary and Financial Law*, vol 3, Washington D.C., International Monetary Fund.

Hüpkes E, 2004, Learning lessons and implementing a new approach to bank resolution in Switzerland, in Mayes D. and Liuksila A, *Who pays for bank insolvency ?*, Palgrave Macmillan

Hüpkes E., Quintyn M. and Taylor M. (2005), The accountability of financial sector supervisors : principles and practice, *IMF Working paper*, WP/05/51, March

Kaufman G. (ed), Prompt corrective action in banking : 10 years later., Elsevier Science, 2002

Llewellyn D. (2003), The optimal regulatory environment, in Kuppens T, Prast H and Wesseling S. *Banking supervision at the crossroads*, Edward Elgar.

Mayes D. and Liuksila A. (2004), *Who pays for bank insolvency ?*, Palgrave Macmillan

Mishkin F. (2005), How big a problem is too big to fail, *NBER working paper*, 11814, december

Moe T., (1987), Interests, Institutions and Positive Theory : the politics of the NLBR”, *Studies in American Political Development*, Vol 2.

Osterloo S. and Schoenmaker D, 2004a, Financial supervision in an integrating Europe : measuring cross-border externalities, London School of Economics, *Financial Markets Group, Special Paper Series*, April, <http://fmg.lse.ac.uk>

Osterloo S. and Schoenmaker D, 2004b, A lead supervisor model for Europe, *The Financial regulator*, Central banking publications LTD, vol 9, n°3, december

Schoenmaker D. 2003, Financial Supervision from national to European ? The *Netherland Institute for banking Insurance and Investment, Financial and monetary studies*, vol 22, n°1, december.

Scialom L. 2006a, Pour une approche holiste du filet de sécurité financière dans l’Union Européenne : quelques arguments, *Revue d’Economie Politique*, n° 4, juillet- août.

Scialom L. 2006b, On the need of special rules dealing with bank insolvencies, présenté aux journées de l’AFSE les 11 et 12 mai.

Van Lelyveld I and Schilder A. (2003), Risk in financial conglomerates : Management and Supervision, *Brookings-Wharton Papers on Financial Services*

White W. (1998), The coming transformation of continental banking ?, *BIS Working Papers*, n° 54, June