

2m11. 2711. 8

Université de Montréal

La transformation du rôle de l'État à l'égard des crises bancaires
dans l'Union européenne et au Brésil

par

Ricardo Vieira Orsi

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (LL.M.)

décembre, 1998

© Ricardo Vieira Orsi, 1998



AZBD

U54t

1999

V.012

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé:

La transformation du rôle de l'État à l'égard des crises bancaires
dans l'Union européenne et au Brésil

présenté par
Ricardo Vieira Orsi

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes:

M. Ejan Mackaay	- Président du jury
M. Vilaysoun Loungnarath	- Directeur de recherche
M. Michel Poitevin	- Membre du jury

Mémoire accepté le : 06 avril 1999

SOMMAIRE

La menace d'une crise dans le domaine bancaire fait l'objet de la préoccupation constante des législateurs et des agents étatiques, étant donné le rôle central joué par les institutions bancaires dans les économies contemporaines. Par conséquent, tout processus de changement dans ce domaine se fait précéder ou accompagner de mesures juridiques conçues pour éviter une vulnérabilité excessive des institutions bancaires et pour préserver la santé des systèmes financiers nationaux. La déréglementation financière signifie un changement radical dans l'environnement opérationnel des banques. Une de ses conséquences est l'exposition croissante des firmes bancaires aux risques.

Cette étude vise à examiner et à comparer les différentes adaptations des politiques nationales (dans le cas du Brésil) et supranationales (dans le cas de l'Union européenne) de prévention et de redressement des crises bancaires au processus de déréglementation financière, et l'interaction de ces adaptations avec les initiatives internationales de coopération, au niveau public, et avec l'autoréglementation, laquelle se constitue sous l'impulsion des forces du marché.

Nous voulons également vérifier les limites de l'action gouvernementale lorsqu'il s'agit de répondre aux défis de cette adaptation. Une des caractéristiques des processus de déréglementation et de mondialisation est la modification du cadre d'exercice de la politique monétaire. La politique monétaire constitue une des variables domestiques qui affectent la santé bancaire et un des instruments utilisés par les autorités nationales pour éviter les faillites des banques. Il est d'intérêt d'examiner comment la perte d'une partie de l'autonomie nationale à l'égard de cette variable se répercute dans la structure juridique relative aux crises bancaires.

L'analyse des initiatives de coopération internationale et d'autoréglementation nous permet de vérifier si, dans cet effort d'adaptation, les instruments auparavant nationaux et étatiques de gestion de la santé bancaire sont remplacés par d'autres structures supranationales, publiques ou même privées, et, le cas échéant, de mesurer leur efficacité.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - La notion de crise bancaire	5
SECTION 1. Le concept économique	5
SECTION 2. L'intérêt juridique	8
CHAPITRE I – Crise bancaire: ses antécédents et le nouvel environnement dans lequel elle s'inscrit	13
SECTION 1. Les instruments traditionnels de prévention et de redressement des crises	13
1.1. La réglementation préventive et les contraintes de capital	13
1.2. Le prêteur de dernier ressort et le rôle des banques centrales	18
1.3. Les systèmes de protection de dépôts	23
1.4. Le modèle juridique relatif aux fusions et acquisitions bancaires	26
SECTION 2. Les mutations de l'environnement et le secteur bancaire	31
2.1. Le processus de mondialisation et le changement du cadre d'exercice de la politique monétaire	31
2.2. Le processus de déréglementation et l'augmentation des risques	35
2.3. La reréglementation	37
CHAPITRE II - La reréglementation dans le domaine de la crise bancaire au Brésil	39
SECTION 1. Le Système Financier National	39
SECTION 2. La stabilisation économique et le secteur bancaire	44
SECTION 3. Les changements juridiques à l'égard des instruments de prévention et de redressement de la crise bancaire	47
3.1. Le renforcement de la réglementation préventive	47
3.2. D'autres mesures de nature préventive: les nouveaux instruments d'intervention de la Banco Central do Brasil	51
3.3. Le modèle juridique relatif aux fusions et aux acquisitions bancaires: le Programme d'appui à la restructuration et au renforcement du Système Financier National (PROER)	55
3.4. Le système de protection des dépôts: la création du Fonds de Garantie des Crédits	61
SECTION 4. La réduction de la présence du secteur public dans le système financier	64
4.1. Le Programme d'appui à la réduction du secteur public des États dans l'activité bancaire (PROES)	65
4.2. Les mesures d'ajustement au niveau fédéral	69
SECTION 5. La participation étrangère dans le Système Financier National	70

CHAPITRE III - La reréglementation dans le domaine de la crise bancaire en Europe	72
SECTION 1. Les enjeux de l'intégration européenne pour le secteur bancaire	73
SECTION 2. La construction du marché bancaire commun et la crise bancaire	75
2.1. Les premières directives	75
2.2. Les directives de surveillance dans les années 80	77
2.3. Les directives au sujet des règles de capital	78
2.4. D'autres initiatives communautaires à l'égard de la crise bancaire	79
2.5. La deuxième directive de coordination bancaire	82
2.5.1. Les règles préventives dans l'Acte bancaire européen	83
2.5.2. Les règles de supervision dans l'Acte bancaire européen	84
SECTION 3. La prévention et le redressement de la crise bancaire depuis la formation du marché bancaire commun	85
3.1. La directive concernant les systèmes de protection de dépôts	86
3.2. La directive post-BCCI	88
3.3. Les règles relatives aux fusions et aux acquisitions	93
3.4. Le projet de directive sur l'assainissement et la liquidation des institutions financières	97
SECTION 4. L'Union monétaire et la crise bancaire	102
4.1. La monnaie unique	102
4.2. La banque centrale unique	104
CHAPITRE IV - Europe et Brésil: convergences et divergences à la lumière des dynamiques de mondialisation	107
CONCLUSION	125
BIBLIOGRAPHIE	127

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

A.D.C.T. - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

BACEN - Banco Central do Brasil

B.C.C.I. - Bank of Credit and Commerce International

B.C.E. - Banque Centrale Européenne

B.R.I. - Banque de Règlements Internationaux - Bank of International Settlements (B.I.S.)

C.E.E. - Communauté Économique Européenne

C.M.N. - Conselho Monetário Nacional

EC – European Community

EMU – European Monetary Union

F.D.I.C. - Federal Deposit Insurance Corporation

F.D.I.C.I.A. - Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act

F.E.D. - Federal Reserve System

F.G.C. - Fundo Garantidor de Créditos

FGDLI - Fundo de Garantia de Depósitos e Letras Imobiliárias

F.M.I. - Fonds Monétaire International

JIBL - Journal of International Banking Law

JO/CEE – Journal Officiel de la Communauté Économique Européenne

P.I.B. - Produit Interne Brut

PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional - Programme brésilien d'appui à la restructuration et au renforcement du système financier national

PROES - Programa de Apoio à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária -
Programme brésilien d'appui à la retraite du secteur public des états de l'activité bancaire

RDMIEF - Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro

RECHEQUE - Fundo de Reserva para a Promoção da Estabilidade da Moeda e do Uso do Cheque

R.M.C. - Revue du Marché Commun

R.E.F. - Revue d'Économie Financière

S.E.B.C. – Système Européen des Banques Centrales

S.F.N. - Sistema Financeiro Nacional - Système financier national brésilien

S.F.H. - Sistema Financeiro da Habitação – Système financier de l'habitation brésilien

UE - Union Européenne

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma vive reconnaissance à mon directeur de recherche, le professeur Vilaysoun Loungnarath, pour sa disponibilité sans failles, ses conseils pertinents et ses remarques toujours justes et concises.

Je remercie également mon directeur technique auprès de la Banco Central do Brasil, le professeur Francisco José de Siqueira, pour son ouverture d'esprit, ses conseils éclairés et ses encouragements.

Je voudrais témoigner ma gratitude à la Banco Central do Brasil, pour l'appui qu'elle m'a octroyé et sans lequel ce projet de recherche n'aurait pas été possible.

Finalement, sur un ton plus personnel, je tiens à exprimer ma reconnaissance à mes amis québécois Pierrette Rondeau, Serge Geoffrion, Louise Geoffrion et Martin Vauclair.

Ce mémoire est dédié à mes parents,
Sueli Zen Vieira et Álvaro Vieira Orsi, et à
Fabiana Marquez Anselmo, pour son amour.

INTRODUCTION

Pendant les deux dernières décennies, le processus de déréglementation financière s'est fortement accéléré à cause du phénomène antérieur et concomitant de mondialisation des marchés financiers et des capitaux. Les deux phénomènes ont produit un changement radical dans l'environnement opérationnel des banques. Selon le Fonds Monétaire International, depuis 1980, plus de 130 pays, y compris les trois quarts des membres du Fonds, ont expérimenté des problèmes significatifs dans leur secteur bancaire, et cette réalité a affecté tant les pays en développement que les nations industrialisées, ainsi que les économies en transition¹.

Cette mutation de l'environnement est accompagnée d'un mouvement d'adaptation des législations nationales dans le domaine de la crise bancaire. En même temps, les initiatives internationales, régionales, communautaires et non-étatiques se multiplient pour faire face aux nouveaux défis de la réalité. L'objectif de ces adaptations et de ces initiatives est d'éviter une vulnérabilité excessive des institutions bancaires et de préserver la stabilité des systèmes financiers nationaux.

Ces transformations posent également des nouveaux défis à l'action gouvernementale. Le processus de déréglementation et l'intégration croissante des marchés financiers - un des traits principaux et inédits de la mondialisation - modifient le cadre d'exercice de la politique monétaire. Celle-ci constitue une des variables domestiques qui touchent la santé bancaire et un des instruments utilisés par les autorités nationales pour éviter ou gérer les faillites des banques.

La modification du cadre d'exercice de la politique monétaire se répercute donc dans la structure juridique relative aux crises bancaires. L'affaiblissement d'un outil primordial de l'action étatique dans le domaine économique donne ouverture soit à des modifications des instruments qui traditionnellement étaient à la disposition de l'État, soit à l'émergence de nouveaux instruments juridiques.

¹ Carl-Johan LINDGREN, Gillian GARCIA et Matthew I. SAAL, Bank Soundness and Macroeconomic Policy, Washington, International Monetary Fund, 1996, p. 3.

Il est par ailleurs évident que la mondialisation n'élimine pas les restrictions institutionnelles et les encadrements juridiques internes; elle induit, plutôt, un redéploiement de ces facteurs pour tenir compte des pressions de l'environnement mondialisé. Gérer ce redéploiement est un enjeu fondamental pour les autorités chargées de la conduite des politiques nationales.

La gestion de la politique monétaire et son couplage avec les institutions de prévention de crises bancaires doivent tenir compte, entre autres facteurs: a) de la conjoncture macro-économique du pays, de l'interaction avec la conduite des politiques fiscale et de change, et d'un éventuel programme de stabilisation en cours; b) du cadre institutionnel concernant la monnaie et la banque centrale, y compris ses fonctions de supervision bancaire, du modèle qui régit ses interactions avec le pouvoir exécutif et de son degré d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif; c) des prérogatives de réglementation de l'exécutif et de l'autorité monétaire; d) du cadre institutionnel des engagements internationaux dans le domaine monétaire, de l'éventuel pouvoir d'engagement autonome de l'exécutif et de l'autorité monétaire; e) de la participation du secteur bancaire dans l'économie, du profil de cette participation et du degré d'intermédiation bancaire; f) du profil micro-économique du marché bancaire, soit le poids des banques commerciales, des associations de dépôt et d'épargne et des autres agents financiers, la participation des banques étatiques dans le système, ainsi que le degré d'ouverture du marché bancaire aux firmes étrangères.

Or il reste évident que, dans ce domaine particulier, l'État occupe encore une place centrale dans l'environnement social et politique. En effet, en dépit de la nature mouvante de cet environnement, l'État demeure l'unique opérateur capable d'une action globale de régulation sur la monnaie, institution primordiale des sociétés marchandes, et qui procède de la souveraineté².

² Michel AGLIETTA, *Régulation et Crises du Capitalisme*, Paris, Éditions Odile Jacob, Collection Opus, 1997.

À partir des précédents analysés par les spécialistes de l'histoire économique dans le domaine de la crise bancaire, il est possible d'identifier les **instruments classiques** adoptés pour répondre aux traumatismes et pour éviter la propagation des effets économiques dans les systèmes financiers. Le premier, qui appartient au cadre de la réglementation prudentielle, est connu sous le vocable de **contrainte de capital**, et emporte l'obligation à la charge des institutions bancaires de maintenir une proportion minimale de fonds propres; deux autres instruments, qui peuvent s'inscrire tant dans une stratégie de prévention d'une crise bancaire que dans une de redressement d'une crise bancaire, sont **le rôle de la banque centrale comme prêteur de dernier ressort** et **les systèmes de protection des dépôts**; enfin, la politique destinée à l'absorption des firmes insolubles, notamment **le modèle juridique** (plus ou moins souple, bénéficiant ou non du soutien financier officiel) **relatif aux fusions et aux acquisitions bancaires**. Ces instruments ont été, jusqu'à présent, attachés aux prérogatives de réglementation économique attribuées aux États nationaux, mais depuis quelques années, ils commencent à faire l'objet d'initiatives de consultation ou de concertation à l'échelon international.

En fait, l'émergence de nouvelles sources se vérifie, d'abord, par une participation plus active des institutions internationales - telles le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale et le Comité de Supervision Bancaire de Bâle (Suisse) - à la formulation de projets de réforme institutionnelle à l'égard de la prévention et du redressement des crises; par la multiplication des initiatives de concertation internationale, souvent avec la participation des institutions mentionnées ci-haut, dans une série de champs, en particulier celui de l'encadrement préventif des systèmes bancaires; également, par quelques tentatives des opérateurs du marché de se discipliner de façon autonome par la voie de l'autoréglementation.

De ce fait, les initiatives de coopération internationale, ainsi que les initiatives d'autoréglementation par les opérateurs du marché peuvent représenter des alternatives aux instruments nationaux et étatiques de gestion de la santé bancaire.

Or on ne constate pas, sur le terrain critique de la crise bancaire, un phénomène de déréglementation semblable à ce qui balaie l'ensemble des secteurs économiques, y compris le secteur bancaire. Sur ce chapitre, la dynamique et le discours dominants relèvent plutôt du concept de la reréglementation³, soit l'action normative issue d'une pluralité de sources de droit et de mécanismes d'autoréglementation en rapport avec certains points précis. Dans une certaine mesure, ces mouvements sont assimilables à un processus par lequel émergent, en rapport avec la crise bancaire, des ordres juridiques parallèles.

Aussi est-il légitime d'appréhender des transformations radicales dans le rôle de l'État à l'égard des instruments juridiques élaborés pour contrer les crises bancaires. Le maintien des instruments traditionnels de l'État exige un effort d'adaptation législative aux mutations des environnements. Le déplacement de ces instruments vers des ordres juridiques non étatiques, ou la mise en forme de nouveaux mécanismes juridiques commandent, pour leur part, une gestion des rapports de complémentarité entre l'ordre juridique étatique et les ordres non-étatiques émergents. C'est l'hypothèse centrale que notre étude cherche à vérifier.

³ Nous empruntons ce terme aux ouvrages de Amine TAZAZI, Risque Bancaire. Déréglementation Financière et Réglementation Prudentielle – Une analyse en termes d'esperance-variance, Limoges, Université de Limoges, Faculté de Droit et Sciences Économiques, Presses Universitaires de France, 1996, et de Franck BANCEL, L'Europe des Banques, Boulogne, SEFI, 1993.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - LA NOTION DE CRISE BANCAIRE

SECTION 1. LE CONCEPT ÉCONOMIQUE

La diversité des expériences internationales relatives aux crises bancaires est attribuée aux différences macro-économiques, ainsi qu'aux disparités existant sur les plans de l'encadrement, de la réglementation, de l'intensité des crises et de l'approche utilisée pour les gérer. Cette situation rend difficile une généralisation précise du concept de crise. Cependant, certaines de ces caractéristiques permettent de construire une définition utile à l'analyse juridique.

Il faut d'abord mentionner que les termes «crise bancaire» et «crise financière» sont interchangeables dans la littérature économique; au demeurant, cela est tout à fait acceptable dans les pays où le système bancaire domine l'intermédiation financière, soit la grande majorité d'entre eux.

Un récente publication du Fonds Monétaire International⁴ donne quelques définitions de la crise bancaire issues de la littérature scientifique:

- (a) une demande pour les réserves monétaires tellement intense qu'elle ne peut pas être satisfaite, simultanément, pour toutes les parties, dans un court délai (Schwarz, 1985; Miron, 1986; Wolfson, 1986);
- (b) une liquidation des crédits accumulés dans une période de «boom», ou, si l'on préfère, d'expansion économique (Veblen, 1904, Mitchell, 1941);
- (c) une condition dans laquelle des prêteurs qui, dans d'autres circonstances seraient capables de prêter sans difficulté, deviennent incapables de prêter, ce qui correspond à une rupture de crédit ou à un effondrement du marché du crédit (Gutentag and Hering, 1984; Manikow, 1986);

⁴ Vasudevan SUNDARARAJAN et Tomás J.T.BALIÑO (dir.), Banking Crises: Cases and Issues, Washington, International Monetary Fund, 1991, p. 2.

- (d) une vente forcée des actifs due au fait que la structure des passifs n'est pas en rapport avec la valeur de marché des actifs, et qui entraîne un déclin progressif de ces valeurs; c'est notamment le cas de l'explosion d'une «bulle de prix» (Fisher, 1933; Flood and Garber, 1981; Minsky, 1982);
- (e) une réduction radicale des prix des actifs bancaires, laquelle entraîne une apparente ou réelle insolvabilité de plusieurs banques, accompagnée de l'effondrement de certaines d'entre elles et de possibles ruées sur les banques (*Federal Reserve Bank de San Francisco*, 1985).

Cette même étude définit la crise financière comme «une situation où un groupe significatif d'institutions financières possèdent des passifs qui excèdent la valeur au marché de leurs actifs, ce qui produit des ruées et et d'autres problèmes de portefeuille, provoque l'effondrement de quelques institutions bancaires, puis l'intervention gouvernementale».

L'ouvrage «*Bank Soundness and Macroeconomic Policy*»⁵ adopte cette dernière définition du F.M.I., ajoutant cependant une distinction entre les concepts de «crise bancaire» et de «problèmes bancaires significatifs». Par cette dernière expression, on décrit une situation pouvant mener à une crise, dont les effets peuvent être semblables à ceux d'une crise bancaire, sans en avoir la même intensité, et les mêmes conséquences. L'élément permettant de faire la distinction entre les deux concepts est la présence de l'effet de contagion ou de ruées sur les banques.

La possibilité de contagion est un trait qui fait de la banque un univers distinct des autres secteurs de l'économie. La doctrine économique⁶ attribue cet effet à:

- (a) la difficulté de connaître la valeur au marché des prêts bancaires;

⁵ C.-J. LINDGREN, G. GARCIA et M.I. SAAL, *op.cit.*, note 1, p. 20.

⁶ V. SUNDARARAJAN et T.J.T. BALIÑO (dir.), *op.cit.*, note 4, p. 3.

- (b) le fait qu'une réduction de la valeur des actifs d'une banque n'implique pas une réduction simultanée de ses passifs;
- (c) le fait que les déposants sont payés selon la règle du «premier arrivé, premier servi»;
- (d) le coût relativement bas de faire de retraits bancaires, lorsque comparé au coût probable de perdre la valeur du capital des dépôts.

Certains auteurs préfèrent une méthodologie quantitative pour distinguer les problèmes bancaires significatifs des crises bancaires, tout en adoptant, pour celles-ci, la définition proposée par le F.M.I. Ainsi, selon eux, le montant des pertes du secteur bancaire, ou le coût de résolution par le secteur public, doit s'élever à 10% ou plus du PIB⁷ pour qu'on puisse parler de crise bancaire.

Ce critère ne réduit pas, pour autant, le nombre d'épisodes considérés par le Fonds comme des situations bancaires problématiques, susceptibles de mener à une crise: on compte 144 épisodes examinés par Lindgren, Garcia et Saal, dont 41 sont qualifiés de crise bancaire, selon le critère qualitatif retenu (alors que le nombre se ramène à une quinzaine selon la classification quantitative de Caprio et Klingebiel). Dans toutes les hypothèses, plus de 130 pays sont concernés. La liste regroupe des pays d'Amérique latine (Argentine, Brésil, Chili, Mexique et Venezuela), d'Amérique du nord (Canada et États-Unis), de l'Union européenne (Allemagne, Danemark, Espagne, Finlande, France, Italie, Irlande, Pays-Bas et Suède), et d'autres économies industrielles (comme la Norvège et le Japon).

⁷ Gerar CAPRIO et Daniela KLINGEBIEL, «Bank Insolvencies: cross-country experience», Unpublished, Washington, World Bank, cité dans Morris GOLDSTEIN, The Case for an International Bank Standard, Washington, Institute for International Economics, 1997, p. 3.

À l'unisson, ces études font ressortir les effets immédiats d'une crise bancaire sur l'économie, et constatent une accentuation de ces incidences au cours des deux dernières décennies. Sur le terrain juridique, cette convergence de vues donne lieu à un intérêt théorique grandissant à propos de la «crise bancaire» et à une multiplication des initiatives législatives résultant des impératifs d'adaptation et de renforcement des institutions et des instruments existants, et motivée par la recherche de nouveaux modèles de prévention et de gestion des problèmes bancaires.

SECTION 2. L'INTÉRÊT JURIDIQUE

Les politiques macro-économiques, y compris la gestion de la politique monétaire, la préservation de la stabilité des systèmes financiers et bancaires, de même que l'administration des crises que ces derniers subissent, constituent le noyau de l'interventionnisme de l'État dans l'économie. Si la centralisation étatique des politiques macro-économiques se justifie par le rôle joué par la monnaie dans toute économie moderne, la place spéciale que la régulation des systèmes bancaires occupe dans la structure juridique de celle-ci s'explique par le caractère particulier des banques, que reconnaît d'ailleurs la littérature économique.

Or la question de la «spécificité des banques» n'est pas à l'abri de contestations, surtout en raison du fait que des institutions financières non-bancaires fournissent aujourd'hui des services qui traditionnellement étaient du ressort exclusif des banques. Le Gouverneur de la *Bank of England*, Eddie George, tout en reconnaissant l'érosion relative du concept, aborde la question pour conclure que les banques demeurent spécifiques à certains égards: (a) elles sont les dépositaires des liquidités immédiates de l'économie; (b) elles sont au cœur de la structure du système de paiements; (c) les échéances de leurs actifs et de leurs passifs sont, par nature, désynchronisées. Ces caractéristiques, selon lui, les rendent particulièrement vulnérables au risque systémique⁸

⁸ Charles ENOCH et John H. GREEN (dir.), Banking Soundness and Monetary Policy - Issues and experiences in the global economy, Washington, International Monetary Fund, 1997, p. 3.

Dans le même ouvrage, un article intitulé «*Are Banks Still Special?*»⁹, ajoute un élément significatif aux traits particuliers des banques: les spécificités de leur fonctionnement les rendent dépendantes de la confiance du public. Or, les déposants n'ont généralement pas accès aux données précises relatives à la condition des banques.

Aussi, toute suggestion qu'une banque n'est pas en mesure de faire face à ses obligations est susceptible de mener à des retraits précipités. Cela peut entraîner la suspension des paiements en raison du manque de liquidité et cela, même si la banque est solvable; à son tour, la liquidation forcée et précipitée de ses actifs peut conduire à l'insolvabilité. Par ailleurs, le fait qu'une banque affronte des difficultés peut être interprété – souvent de façon injustifiée - comme un indice que d'autres banques affrontent des problèmes semblables, surtout si elles sont engagées dans des activités similaires. Pour cette raison, la ruée bancaire peut devenir contagieuse.

Ces traits distinctifs inhérents aux fonctions distinctes des banques, mais aussi à leur vulnérabilité, justifient une réponse particulière de la part de l'appareil étatique. À cet égard, le principal but de la réglementation bancaire est de préserver la confiance du public, soit en limitant l'exposition individuelle des banques, soit en isolant les faillites bancaires, de façon à éviter l'effet de contagion et l'effondrement de tout le système.

Comme le fait valoir le professeur Amine Tarazi dans son ouvrage «*Risque bancaire, déréglementation financière et réglementation prudentielle*», le débat sur la fragilité bancaire n'est pas nouveau et l'intérêt n'est pas uniquement d'ordre microéconomique. Vu le caractère néfaste des crises financières, reconnu depuis longtemps par l'histoire économique, Tarazi affirme que «dès le début du XIX^e siècle, quelle que soit l'optique retenue, une intervention publique est généralement jugée nécessaire» et «la nécessité d'un prêteur en dernier ressort est largement reconnue»¹⁰.

⁹ Id, p. 253.

¹⁰ A. TARAZI, *op. cit.* note 3.

Encore à ce sujet, le professeur Tarazi s'exprime ainsi:

«Quel qu'en soit le fondement, la faillite des banques est jugée socialement négative et ne peut être comparée à celle de n'importe quelle autre entreprise. Il convient donc de venir en aide aux banques lorsque cela s'avère nécessaire. Dans la pratique, les autorités monétaires adhèrent désormais ouvertement à ce précepte et elles l'appliquent plus amplement. Les banques centrales réussissent mieux à éviter les paniques bancaires et elles sont de plus en plus assistées par des organismes annexes (assurances-dépôts), des dispositifs de surveillance (instances de contrôle prudentiel) et une coordination à l'échelle internationale des diverses instances concernées».

En ce sens, la prééminence de l'intérêt public dans le maintien de la stabilité des systèmes bancaires se manifeste, au niveau des structures juridiques nationales, par la position institutionnelle privilégiée qu'occupent les organes chargés de la supervision bancaire. Cette position est constatée par l'octroi à ces institutions de prérogatives de réglementation importantes, d'une part, et de pouvoirs discrétionnaires étendus, d'autre part. À cela s'ajoute la place centrale que ces enjeux occupent dans le débat politico-législatif et dans les forum de coopération internationale.

Cette prééminence donne ouverture à de nombreuses questions de droit positif, situées au carrefour des domaines du droit constitutionnel, du droit administratif, du droit des faillites, du droit des sociétés et du droit international public. On s'interrogera ainsi sur la constitutionnalité de l'intervention étatique dans le secteur bancaire, sur la hiérarchie et la légalité des normes et des actes d'administration, sur l'adaptation des législations nationales à la dynamique de l'économie contemporaine, ou encore sur l'harmonisation de ces législations, par le jeu d'initiatives de coopération internationale.

Par ailleurs, ce n'est pas parce que l'État joue un rôle majeur et central dans le secteur bancaire que ses interventions dans ce domaine échappent à la remise en question générale de l'action étatique. Cette remise en question est alimentée par les nombreuses critiques issues des courants libéraux de la doctrine économique, qui ont vu leur influence s'accroître au cours des dernières années.

Il est certain que la forme et le degré de l'intervention de l'État a déjà subi l'effet de la revalorisation de l'efficacité. Certains auteurs identifient dans le phénomène de la mondialisation, «*la remise en question la plus profonde de l'État-nation, dans la mesure où elle remet en cause de façon radicale l'efficacité de l'intervention publique sur l'espace national*»¹¹. Si l'État est constamment soumis à une évaluation quant à l'efficacité de ses interventions, certains vont jusqu'à affirmer que la mesure de son efficacité serait une prérogative des agents économiques, récompensant ceux qui se mettent au service de l'économie¹². La maximisation des résultats est devenue un impératif, non seulement pour les instances du marché, mais aussi pour les institutions en général, y compris l'État.

En ce sens, l'emploi de certains éléments de l'analyse économique du droit, déjà justifiée par le simple fait que notre étude se trouve au confluent des champs juridique et économique, est utile pour mieux comprendre les fondements, explicites ou non, de l'attitude de l'État à l'égard des crises bancaires, de même que des instruments de prévention et de redressement traditionnellement à sa disposition.

¹¹ Jean-Pierre FAUGÈRE, «La Redéfinition de l'Intervention Publique: aspects historiques et théoriques», dans Panayotis SOLDATOS et Jean-Claude MASCLÉ (dir.), *L'État-Nation au Tournant du Siècle: les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, Montréal, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal, 1997, p. 101, à la page 102.

¹² L'affirmation est attribuée au président d'une grande banque européenne, lors du Forum de Davos, réalisé en février 1996, par Jean TARDIF, «Le Devenir de nos Cadres Sociétaux», dans P. SOLDATOS et J.-C. MASCLÉ, *op.cit.*, note 11, p. 91, à la page 93.

Dans une certaine mesure, l'apport des sciences auxiliaires du droit a provoqué une remise en cause des actions de l'État, et de son activité normative dans plusieurs champs de la vie humaine. On ne peut certes pas négliger la contribution de la théorie économique - considérée, par les pionniers de la «*Law and Economics*», la science instrumentale par excellence¹³ - à la compréhension des institutions juridiques œuvrant dans le domaine de l'économie.

À l'origine de l'intervention étatique dans le domaine de l'économie, on trouve des justifications liées au **paradigme de l'efficacité**. Construites par la théorie classique et adoptées par la «*Law and Economics*», des notions telles que «bien public», «défaillance du marché» et «externalités» se trouvent à la base de l'intervention publique; d'autres concepts, comme «défaillance de l'État», «effets pervers», «recherche de l'efficacité», «réduction des coûts de transaction» ou «*moral hazard*» (qui peut se traduire par «risque moral» ou «aléa de moralité»), sont habituellement rattachés à ces thèses ou idéologies prônant le retrait de l'État. Ces éléments de théorie sont applicables dans le domaine précis de la crise bancaire.

Finalement, les conceptions de la sociologie du droit sont utiles pour examiner la part respective de l'État et des autres instances de pouvoir dans la régulation juridique des crises bancaires. Cette perspective aide à saisir la nature des rapports entre les régulations étatiques et non-étatiques, et à les qualifier par des notions appropriées (indépendance, autonomie, délégation, intégration, coordination, complémentarité, compétition). Par ailleurs, le **paradigme du pluralisme juridique**, fruit de la sociologie du droit, devient un prisme intéressant pour apprécier la transformation du monopole étatique dans le domaine de la crise bancaire; il ouvre également des pistes susceptibles de mener à des manifestations, à l'intérieur du monde juridique, de régulation sociale qui échappent à ce monopole et à l'examen des rapports qui s'établissent entre ces divers champs de régulation.

¹³ Richard POSNER, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 15.

CHAPITRE I – CRISE BANCAIRE: SES ANTÉCEDENTS ET LE NOUVEL ENVIRONNEMENT DANS LEQUEL ELLE S'INSCRIT

SECTION 1. LES INSTRUMENTS TRADITIONNELS DE PRÉVENTION ET DE REDRESSEMENT DES CRISES

La fréquence des crises financières et les effets néfastes des ruées, paniques et défaillances bancaires ont mis en évidence, tout au long de l'histoire économique, la nécessité de mettre en place un ensemble d'instruments de prévention et de redressement des crises. Ce furent donc les leçons de l'expérience, combinées à la contribution scientifique, qui ont permis l'évolution de certaines institutions actuelles, d'application universelle, et qui ont fait preuve d'une relative efficacité dans la tâche de réduire, voire éliminer les événements traumatiques dans le domaine du crédit.

Grosso modo, ces instruments peuvent être divisés en deux types: ceux qui s'attachent à réduire la vulnérabilité des institutions bancaires et à gérer le risque de défaillance; ceux qui cherchent à isoler les défaillances inévitables, de façon à éviter l'effet de contagion et le risque systémique. Les premiers, de nature préventive, se rapportent habituellement à la réglementation de l'activité microéconomique; les seconds entrent en action lorsque des faillites isolées, voire des problèmes bancaires significatifs, sont susceptibles de mettre en péril la crédibilité d'autres agents économiques, du système bancaire considéré comme un tout, ou encore de la monnaie, avec les conséquences macroéconomiques néfastes qu'une telle perte de crédibilité peut entraîner.

1.1. La réglementation préventive et les contraintes de capital

La réglementation préventive comprend toute une série d'exigences qui visent à obliger les institutions bancaires à réduire le risque de leurs opérations ou à les amener à assumer la responsabilité d'un tel risque. Son but ultime est de réduire le nombre des faillites bancaires, de même que de limiter l'exposition des déposants ou des organismes d'assurance, dans les cas des systèmes reposant sur la protection des dépôts.

Entrent dans cette catégorie les exigences minimales de capital pour la constitution des banques, les critères d'approbation préliminaire selon l'expertise des dirigeants et les règles concernant leur responsabilité, les interdictions relatives à l'octroi de prêts aux compagnies liées ou aux dirigeants des banques, ainsi que les normes sur les placements de la banque. Ces dernières concernent la composition du portefeuille d'actifs risqués de la banque et prennent notamment la forme d'un seuil minimal de diversification du portefeuille d'actifs et d'une proportion minimale d'actifs liquides. Finalement, l'imposition aux banques d'un niveau maximal de levier, de façon à les associer au risque de défaillance, constitue la plus complexe des règles prudentielles destinées aux banques.

Cette dernière catégorie de normes, dénommée «les contraintes de capital», impose une proportion minimale de fonds propres par rapport à la taille du bilan. Une action coordonnée à l'échelle internationale s'est progressivement traduite au cours des dernières années par des normes imposant une proportion minimale dans chaque catégorie d'actifs qui doit être détenue sous la forme de fonds propres, chaque proportion étant positivement liée au degré de risque de la catégorie d'actifs en question (ratio Cooke, ratio de couverture des risques).¹⁴

Les tentatives unilatérales des autorités afin d'accroître les exigences de capital pour les banques nationales rencontrent une forte résistance, étant donné la perte de compétitivité qui découle de ces exigences par rapport aux banques étrangères qui n'y sont pas soumises, perte de compétitivité qui se fait particulièrement sentir sur les marchés internationaux. Cette problématique est à l'origine des initiatives qui ont mené, en 1988, à l'Accord d'adéquation de capital de Bâle, la plus importante entente internationale relative aux contraintes de capital. William White fait l'observation suivante à propos de cet Accord¹⁵:

¹⁴ A.TARAZI, *op.cit.*, note 3, p. 145.

¹⁵ William WHITE, «International Agreements in the Area of Banking and Finance: accomplishments and outstanding issues», BIS Working Paper n. 38, Basle, Bank for International Settlements, cité dans M. GOLDSTEIN, *op.cit.*, note 7, p.30.

«individual countries cannot regulate or supervise their domestic institutions and markets without recognizing the implications for international competitiveness. In the United States, for exemple, efforts to force banks to hold more capital in the early 1980s (in light of the Mexican crisis) led to stiff industry resistance on competitive grounds and led directly to strengthened efforts within the Basle Committee on Banking Supervision to come up with an international agreement».

Selon ce témoignage, la leçon d'une expérience traumatisante - la crise mexicaine de 1982 - a servi d'impulsion au renforcement d'une mesure préventive, mais la coordination internationale fut nécessaire pour atteindre un résultat qui n'aurait pas vu le jour aussi rapidement par le jeu de politiques nationales isolées.

C'est ainsi que le Comité de Bâle pour la supervision bancaire publia, en décembre 1987, les «Propositions pour la convergence internationale des mesures et des exigences de capital», et approuva, en juillet 1988, la «Convergence internationale des mesures et des exigences de capital»¹⁶, ou «l'Accord de Bâle». Ce dernier exige des banques fortement présentes sur le marché international la rétention d'un capital équivalent à un taux d'au moins 8% de ses actifs, mesurés selon leur risque.

Plusieurs pays autres que ceux qui participaient au Comité de Bâle ont ensuite adopté ses paramètres. En 1993, tous les pays industriels avaient adopté les exigences de l'Accord de Bâle, en les incorporant dans la législation nationale; au début de 1997, environ 90 autres pays (la plupart en développement) les appliquaient également. L'Accord de Bâle fut une réponse collective à un besoin de sécurité pour les banques internationales. Il s'est traduit par un climat de concurrence internationale plus sain.

¹⁶ Le Comité de Bâle pour les pratiques de supervision et de régulation bancaire, créé en 1975, se réunit sous les auspices de la Banque des Règlements Internationaux, à Bâle, Suisse, et représente les banques centrales des pays du Groupe des 10 (Allemagne, Belgique, Canada, États-Unis d'Amérique, France, Italie, Japon, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède), en plus de la Suisse et du Luxembourg.

Un point délicat dans la mise en œuvre de l'Accord de Bâle concerne l'établissement d'un système approprié d'évaluation et de classification des prêts bancaires. L'application effective des paramètres de capital exige une évaluation précise de la qualité des actifs bancaires, ce qui demande une mesure correcte du portefeuille des prêts, des engagements éventuels et d'autres éléments du bilan.

Une autre préoccupation du Comité est d'assurer une certaine souplesse de manière à permettre l'adaptation des paramètres de l'Accord à des contextes financiers différents de ceux dans lesquels évoluent les pays ayant participé à son élaboration initiale. C'est le cas, par exemple, des économies où la volatilité est plus élevée que celles des pays du Groupe des 10, ce qui commande un niveau de capital plus élevé que le ratio de 8%. À cet effet, le Comité de Bâle a décidé, en 1990, de renforcer sa coopération avec les groupes régionaux existants et d'encourager la création d'autres là où la coordination n'existait pas. C'est ainsi que plusieurs groupes ont été créés sous les auspices de Bâle: le Groupe bancaire de l'Europe centrale et de l'est, en 1990, le Comité arabe de supervision bancaire, en 1991, les Superviseurs bancaires de l'est et du sud de l'Afrique, en 1993, le Groupe de superviseurs bancaires de l'Afrique centrale et de l'ouest, en 1995, et le Groupe régional de l'Asie transcaucasienne et centrale, également en 1995. Ces groupes régionaux se sont ajoutés à ceux déjà existants, liés aux activités de supervision bancaire en Europe, en Amérique latine et dans les Caraïbes, de même que dans les régions du Golfe et du sud-est de l'Asie¹⁷.

De même, la croissance des instruments dérivés, qui ne font pas partie du bilan, a rendu insuffisant le système d'exigences de capital selon un ratio du total des actifs. Comme plusieurs de ses opérations n'exigent pas un apport initial de capital, et comme la méthode de calcul de la réserve de capital reste en quelque sorte flexible, les banques ne seront vraisemblablement pas portées, dans un contexte de forte compétition, à garder les réserves appropriées.

¹⁷ Frederick C. MUSCH, «Applying Basle Standards in Developing and Transition Economies», dans C. ENOCH et J.H. GREEN (dir.), *op.cit.*, note 8, p. 133.

En 1993, le Comité propose une révision de l'Accord de 1988, basé sur la reconnaissance de la séparation entre le registre des actifs (les opérations de crédit) et celui des autres transactions des institutions bancaires. Étant donné le plus haut niveau de levier de ces dernières opérations, il faut considérer le risque spécifique (lequel se rapporte au risque de crédit, des applications et de liquidité) comme distinct du risque général de marché, qui se rattache plutôt aux changements dans les niveaux des prix, dans les taux d'intérêt et dans les taux de change.

Avec cette préoccupation, le Comité de Bâle a introduit, en 1995, des modifications à l'Accord de 1988, de façon à exiger des banques le maintien de capital additionnel, selon leur exposition aux risques de marché. De même, fut renforcée l'exigence d'une plus grande transparence de la part des banques en ce qui concerne les opérations dérivées, et fut faite la suggestion de perfectionner la législation relative à la vérification externe des comptes. Il demeure encore nécessaire de combiner la politique de régulation préventive avec les contrôle internes et la discipline de marché; certains principes de contrôle interne - comme la nécessité d'une double gestion des opérations (le principe "*four-eyes*"), par exemple - doivent être incorporés dans la réglementation¹⁸.

Au fond, tous ces efforts sont centrés sur la reconnaissance que si l'innovation financière permet aux banques de changer radicalement, par le jeu de quelques transactions, le profil de leurs risques, il importe de développer des nouvelles techniques pour la superviser adéquatement leur exposition aux risques.

¹⁸C.-J.LINDGREN, G. GARCIA et M.I. SAAL, *op.cit.*, note 1, p. 127.

1.2. Le prêteur de dernier ressort et le rôle des banques centrales

À l'origine, les banques centrales ont été organisées pour fournir un système de paiement efficient; leur rôle premier était alors d'assurer la santé du secteur bancaire. La nécessité d'un prêteur de dernier ressort est largement reconnue par la littérature économique, depuis les travaux de Thornton (1802)¹⁹. Ce ne fut qu'au XX^e siècle qu'elles ont reçu le mandat de gardien de la stabilité des prix²⁰. Paul Volcker, ancien président du *Federal Reserve System*, a affirmé lors de la commémoration du centenaire de la *Banca d'Italia*, que certaines banques centrales, comme celles des États-Unis et de l'Italie «ont été créées avec une préoccupation d'assurer la stabilité bancaire plutôt que pour des raisons de politique monétaire, comme cela est compris aujourd'hui»²¹.

Le soutien au niveau de la liquidité apporté par les banques centrales au secteur bancaire prend des formes variées: prêts directs aux banques, réduction ou abandon des exigences de réserves, application étendue des possibilités d'escompte, application d'autres instruments monétaires.

Deux théories économiques s'opposent à propos du rôle du prêteur de dernier ressort comme moyen d'éliminer le risque systémique. Une perspective orthodoxe prétend que les banques centrales doivent intervenir uniquement pour appuyer des banques en difficulté de liquidité, mais solvables, et que ces opérations doivent se faire à un taux d'intérêt punitif, plus élevé que les taux du marché.

¹⁹ H. THORNTON, «An enquiry into the nature and effects of the paper credit of Great Britain», New York, Rinehart and Company Inc., 1939, cité dans A. TARAZI, *op.cit.*, note 3.

²⁰ Manuel GUITIAN, «Bank Soundness in a Global Setting», dans C. ENOCH et J.H. GREEN (dir.), *op.cit.*, note 8, p. 518.

²¹ Rapporté dans «The Importance of Central Banks in the Modern World», International Herald Tribune, January 4, 1994, cité dans C. ENOCH et J.H. GREEN (dir.), *op.cit.*, note 8, p. 391.

Une approche plus récente suggère que le rôle du prêteur de dernier ressort se justifie par les imperfections du marché de crédit. Cette perspective part de la reconnaissance que la survie d'une banque individuelle peut être menacée par une crise de liquidité et que, par ailleurs, la défaillance d'une banque peut provoquer des effets d'instabilité dans le système. Autrement formulé, c'est la reconnaissance du fait, déjà examiné plus haut, que les banques présentent potentiellement de la vulnérabilité quant à la structure de leurs bilans, à quoi s'ajoute l'instabilité provoquée par l'asymétrie d'information entre les institutions bancaires et leurs clients.

Les banques centrales sont appelées à intervenir tant lorsque des difficultés isolées se présentent que lorsqu'il y a de l'instabilité dans le système. D'abord, la distinction entre crise de liquidité et crise de solvabilité est difficile à faire, surtout dans un court délai. En général, les banques centrales doivent agir rapidement pour préserver la confiance des déposants et pour éviter la diffusion des problèmes dans le système. Or il se trouve que la détermination de la solvabilité, comme le veut la perspective orthodoxe mentionnée plus haut, exige la mesure des pertes réelles et potentielles des actifs, de même que sa comparaison avec d'autres éléments du patrimoine, ce qui exige du temps²².

La pratique a montré qu'en général un problème prolongé de liquidité annonce un état d'insolvabilité. Mais même quand l'insolvabilité est cernée sur une base individuelle, la liquidité du système reste un problème majeur, qui force les autorités à une action immédiate. Et dans ce cas, la banque centrale est mieux outillée que le gouvernement pour fournir un soutien immédiat au niveau de la liquidité, étant donné sa présence sur les marchés financiers²³.

²² Pierre DUQUESNE, «Supervisory Role of the Central Bank», dans C. ENOCH et J.H. GREEN (dir.), *op.cit.*, note 8, p. 397.

²³ James DANIEL et Matthew SAAL, «Macroeconomic Impact and Policy Response», dans William E. ALEXANDER, Jeffrey M. DAVIS, Liam P. EBRILL et Carl-Johan LINDGREN (dir.), *Systemic Bank Restructuring and Macroeconomic Policy*, Washington, International Monetary Fund, 1997, p. 40.

Or, le Fonds Monétaire International rapporte que, pour un ensemble de problèmes bancaires systémiques examinés, le soutien au chapitre de la liquidité a été fourni, dans la plupart des cas, par les banques centrales²⁴. Ce fut notamment le cas au Chili, en Côte d'Ivoire, en Égypte, en Hongrie, en Corée, au Kuwait, en Mauritanie, aux Philippines, en Pologne et en Tanzanie. En Suède, ce soutien n'a pas été fourni par la banque centrale, mais par le gouvernement; en Argentine, la Loi de la convertibilité, qui limite ce type d'opération, a obligé la constitution de deux fonds gouvernementaux spéciaux à cette fin.

Dans d'autres cas, les banques centrales ont été impliquées dans des opérations à moyen et à long terme avec les banques. En Finlande et en Espagne, la banque centrale n'a pas fourni un soutien de liquidité mais une assistance à long terme aux banques. Dans d'autres pays, les banques centrales furent obligées de transformer des opérations de liquidité à court terme en des prêts à long terme, et dans certains cas, elles durent intervenir dans le contrôle des banques, s'engageant ainsi dans la gestion bancaire. À cet égard, le F.M.I. considère que, afin de protéger l'intégrité financière des banques centrales, les prêts à long terme doivent faire l'objet de la garantie des gouvernements, ou être refinancés dans leurs budgets; il estime que la propriété ou la quasi-propriété des banques commerciales n'est pas compatible avec les rôles d'autorité monétaire et de supervision des systèmes bancaires.

Comme le démontre l'histoire économique, la vision orthodoxe à propos du rôle de prêteur de dernier ressort n'est pas retenue dans toutes les circonstances. Mais la fréquence de l'intervention de la banque centrale doit aussi tenir compte des considérations relatives à la création potentielle d'une aléa de moralité («*moral hazard*»), qui encourage des prises de risque importantes et irresponsables par les agents économiques.

²⁴Id., p. 41.

À cet égard, les banques centrales et les gouvernements cherchent à appliquer la doctrine de l'ambiguïté constructive («*constructive ambiguity*»), en créant un climat d'incertitude à propos de leurs interventions; ils ne devraient pas s'engager au départ à prendre des mesures spécifiques si survient une crise bancaire²⁵.

Si le débat autour du rôle des banques centrales comme prêteur de dernier ressort est fertile sur le terrain économique, il soulève également d'importantes questions juridiques.

D'abord, un certain degré de pouvoir discrétionnaire doit être nécessairement attribué aux autorités chargées de cette fonction. Les décisions quant aux actions de secours de liquidité se basent sur une évaluation, aussi technique que possible, sur leur opportunité, leur pertinence et leurs effets potentiels; la comparaison avec les autres alternatives légales mises à leur disposition rend la tâche toujours complexe. C'est le cas, par exemple, des systèmes bancaires qui retiennent le modèle de protection des dépôts, où il faut déterminer, étant donné la perspective de défaillance finale, à qui attribuer les pertes et le niveau acceptable d'aléa de moralité.

Un autre débat important concerne le choix du modèle institutionnel: faut-il confondre dans la même structure les fonctions de prêteur de dernier ressort et celles de supervision bancaire? La majorité des auteurs considèrent convenable que la banque centrale cumule les fonctions monétaires et les activités de supervision: ils justifient cette position par l'argument que cela permet à la banque centrale d'avoir un accès rapide à l'information relative aux emprunteurs et sur les conditions générales du système. Cela permettrait d'anticiper les événements, d'identifier le risque systémique et de réagir, le cas échéant.

²⁵ Pierre DUQUESNE, «Supervisory Role of the Central Bank», dans C. ENOCH et J.H. GREEN (dir.), *op.cit.*, note 8, p. 397.

À ce propos, un groupe de travail sur la réglementation des services financiers aux États-Unis concluait en 1984: «pour être efficace en regard de ses responsabilités (comme prêteur de dernier ressort), particulièrement en ce qui concerne les menaces dont pourrait faire l'objet le système bancaire, la *Federal Reserve* doit disposer de certains leviers institutionnels. Parmi ces leviers, il y a l'accès à une information précise et opportune concernant les conditions économiques et financières, de même qu'une capacité d'évaluer la nécessité d'une réponse du gouvernement à une situation particulière, à la lumière de l'objectif de sauvegarder la stabilité financière»²⁶. L'étude américaine fait, en quelque sorte, une liaison entre les deux questions juridiques mentionnées: une certaine discrétion du prêteur de dernier ressort - «la capacité d'évaluer la nécessité d'une réponse» - doit reposer sur l'accès direct aux informations du système, plus facilement accessible lorsqu'il y a cumul des fonctions monétaires avec celles de supervision.

Finalement, une certaine coordination internationale se révèle nécessaire. Les contacts internationaux des banques centrales peuvent être utiles pour l'identification des problèmes dans les systèmes internationaux de paiement, et, également, pour la reconnaissance des embûches auxquelles sont confrontées les banques qui exercent des activités hors-frontières. Quoique cette coopération se fasse en règle générale de façon informelle, la séparation des fonctions monétaires et de supervision pourrait compliquer la poursuite de ces objectifs, donc l'efficacité de la fonction de prêteur de dernier ressort.

Il est certain que la préférence théorique pour le cumul des fonctions en un seul organisme se reflète dans la réalité, car ce modèle est prépondérant. Ce choix renforce, à son tour, la nécessité d'une supervision régulière, rigoureuse et à distance de l'influence politique. Se pose ainsi ce qui nous paraît une autre question juridique d'importance en cette matière: les relations entre le gouvernement et la banque centrale, ou si l'on préfère, le thème de l'indépendance ou de l'autonomie de la banque centrale (nous n'en débattons cependant pas dans cette étude car il s'agit, au fond, d'un enjeu périphérique par rapport à la thématique de la crise bancaire).

²⁶Rapport du 2 juillet 1984, cité dans José TUYA et Lorena ZAMALLOA, «Issues on placing banking supervision in the Central Bank» dans Tomas J.T. BALIÑO et Carlo COTARELLI (dir.), *Frameworks for Monetary Stability - policy issues and country experiences*, Washington, International Monetary Fund, 1994.

1.3. Les systèmes de protection de dépôts

Les fondements de l'attribution aux banques centrales du rôle de prêteur en dernier ressort - la vulnérabilité particulière des banques, inhérente à leurs fonctions et découlant de la possibilité de contagion et de crise systémique - justifient généralement l'établissement des systèmes de protection de dépôts.

Par ailleurs, la constitution d'un système de couverture tellement étendu qu'il préviendrait les crises et gérerait celles existantes nécessite une protection si vaste, qu'elle entrerait en conflit avec des considérations liées au risque moral, ou à l'aléa de moralité.

La doctrine économique²⁷ reconnaît, cependant, que si l'objectif premier est la protection des petits dépôts et de l'épargne populaire, d'autres avantages peuvent découler de l'établissement d'un système de protection limité, à savoir: (a) la réduction de l'impact d'une récession sur le système; (b) l'accroissement de la concurrence, puisqu'on permettra ainsi aux petites banques de s'établir et de se mesurer aux institutions qui bénéficient de la garantie implicite du «*too big to fail*»²⁸; (c) l'atténuation de l'incidence des calculs et des considérations politiques, lesquels peuvent amener les gouvernements à protéger, aux frais des contribuables, les clients des banques défaillantes; (d) la promotion légitime de la croissance économique, par l'encouragement de l'épargne et par la promotion d'une intermédiation efficiente; et (e) la réduction du coût total de la couverture des dépôts, puisque les banques sont incitées à engager des actions dans ce sens.

²⁷ Gillian GARCIA, «Depositor Protection and Banking Soundness», dans C. ENOCH et J.H. GREEN (dir.), *op.cit.*, note 8, p. 465.

²⁸ Nicholas ECONOMIDES, R. Glenn HUBBARD et Darius PALIA, «The Political Economy of Branching Restriction and Deposit Insurance: a model of monopolistic competition among small and large banks», (1996) 39 (2) *The Journal of Law and Economics*, Chicago. À propos de la création du *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)* aux États-Unis, en 1933 - à la suite des faillites qui suivirent la Grande Dépression -, cet article affirme que la pression des petites banques aurait été fondamentale pour l'établissement du système, ce qui va à l'encontre de l'opinion générale que le seul objectif des autorités était la protection des petits déposants.

De plus, un système mal bâti peut entraîner des problèmes d'aléa de moralité et de sélection adverse. Il arrive que, contrairement à d'autres types d'assurance, les systèmes de protection de dépôts impliquent trois parties: celle qui accorde la garantie, les déposants et les banques. Les deux derniers bénéficient de la protection du système, car elle permet aux banques de recevoir des ressources à un coût moins élevé et de les utiliser sans avoir à craindre l'hypothèse de retraite massive. Mais, pendant que les assurances visent, en règle générale, la protection contre les événements indépendants de la volonté humaine - «les actes de Dieu» - les faillites bancaires résultent souvent des erreurs commises par des opérateurs appartenant à une catégorie bénéficiaire du système de protection - les banquiers.

Gillian Garcia²⁹ fait ressortir les effets pervers d'un système de protection de dépôts qui ne tient pas compte des dangers de l'aléa de moralité et de la sélection adverse. Un tel système rend les déposants moins vigilants et exigeants quant au choix de leur banque et de leurs placements; il incite les banquiers et les administrateurs à prendre plus de risques dans leurs opérations, et à réduire le montant de capital ou des réserves liquides pour faire face aux turbulences, étant donné la perception que les ruées sont moins probables; il peut provoquer du laxisme chez les autorités de supervision, car la perception d'une probabilité faible que ne survienne une ruée amènerait ces dernières à moins insister pour l'adoption de procédures correctives par les banques susceptibles d'expérimenter des problèmes; un tel système peut entraîner des problèmes de solvabilité dans le système de protection, si la prime n'est pas ajustée au risque - ce qui entraînerait la sortie du système des banques plus solides; il peut aussi être un terrain propice à une immixtion politique - étant donné les relations étroites entre le système de protection de dépôts, le prêteur de dernier ressort, les autorités de supervision et les banques - qui aurait pour conséquence de paralyser ou de limiter l'action des superviseurs, et de permettre ainsi aux banques insolubles de continuer à fonctionner.

²⁹ G. GARCIA, *loc.cit.*, note 27, p. 467.

À partir de l'expérience du Fonds Monétaire International plusieurs règles sont suggérées par Garcia pour rendre le système de protection de dépôts efficient et compatible avec un secteur bancaire assaini: a) un système de protection transparent et explicité clairement dans la législation, où les actions pour remédier aux problèmes bancaires sont opportunes et la fermeture des banques est prompte; b) une couverture des dépôts limitée (une couverture qui se limite à une ou deux fois le PIB per capita est considérée souhaitable); c) une participation obligatoire au système; d) des dépôts remboursés rapidement; e) un financement du système au moyen de primes ajustées au risque. Le système doit également reposer sur une agence indépendante, à l'abri de l'ingérence politique et du contrôle des banquiers, mais il est souhaitable de tisser des relations étroites avec le prêteur de dernier ressort et les superviseurs bancaires.

La construction d'un tel système demande une structure institutionnelle complexe, ce qui soulève d'importantes questions juridiques. Un cadre légal assez précis est d'abord nécessaire pour déterminer les hypothèses d'action de chacun des agents mis en cause et un certain degré de pouvoir discrétionnaire s'avère crucial.

De même, l'action administrative doit trouver un équilibre entre les exigences d'autonomie technique et de respect de la légalité, d'une part, et la nécessité d'établir un climat de coopération entre les parties concernées et d'être sensible aux particularités de chaque événement, d'autre part.

Des questions relatives aux limites entre les domaines public et privé se posent également. Dans des situations de crise, le financement public du système est parfois incontournable. De même, le moment précis de l'action des superviseurs et du prêteur de dernier ressort détermine quel élément du système supporte le coût final d'une faillite bancaire. L'enjeu principal est la conciliation des intérêts des actionnaires et des déposants d'une banque en particulier, d'une part, et de ceux de l'ensemble des déposants dans le système bancaire et des contribuables, d'autre part.

Un épisode américain illustre bien cette tension³⁰. Le système de protection de dépôts américain - le *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)*, créé au lendemain de la catastrophe financière qui a suivi la Grande Dépression de 1929 - fut modifié, en 1991, par le *FDIC Improvement Act (FDICIA)*, dont la finalité était de préciser et de limiter les actions et les pertes pour chacun des acteurs impliqués. Jusqu'à ce moment, la *Federal Reserve (FED)* jouissait d'une discrétion entière à titre de prêteur de dernier ressort. Une étude³¹ de la *House Banking Committee* a montré qu'elle avait accordé de façon constante des liquidités aux banques les plus faibles, même insolvables, parfois pendant des périodes assez longues. Ces prêts ajoutaient des coûts, qui étaient finalement supportés par le *FDIC*, lorsque les banques tombaient en faillite. Par conséquent, le *FDICIA* est venu limiter la discrétion de la *FED* pour octroyer des prêts (même s'ils étaient couverts par des garanties) aux banques problématiques, pour des périodes supérieures à 60 jours. La loi renforce l'exigence d'une action préventive de la part des autorités de supervision contre les banques décapitalisées et oblige ces autorités à fermer les institutions financières dont le ratio de capital décline à 2% du total des actifs.

1.4. Le modèle juridique relatif aux fusions et aux acquisitions bancaires

Quand la détérioration de la situation financière d'une institution bancaires devient évidente, les mécanismes permettant son absorption, ou l'absorption de ses opérations, jouent un rôle essentiel. Si l'aspect microéconomique de cette problématique domine, sa dimension macro-économique n'est pas négligeable. L'existence d'une structure juridique adéquate, compatible avec une solution appropriée pour les processus d'intervention et de liquidation et avec une gestion efficace des restructurations bancaires, ainsi qu'une stratégie optimisant le recouvrement des créances douteuses, permettent d'atteindre deux objectifs:

³⁰ George G. KAUFMAN, «Banking and Financial Intermediary Markets in United States: where from, where to?», dans Franklin R. EDWARDS et Hugh T. PATRICK (dir.), *Regulating International Financial Markets: issues and politics*, Norwell, Massachussets, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 96.

³¹ Claudia DZIOBEK et Ceyla PAZARBASIOGLU, «Lessons and Elements of Best Practice», dans W. E. ALEXANDER, J. M. DAVIS, L.P. EBRILL et C.-J. LINDGREN (dir.), *op.cit.*, note 23, p. 87.

- a) préserver la santé du système;
- b) réduire le coût fiscal des crises bancaires et les dommages qu'elles pourraient causer à la politique monétaire.

En outre, la conception moderne du droit de la faillite donne priorité à la réorganisation de l'entreprise, étant donné l'intérêt social dans la préservation d'activités génératrices d'emplois et de richesse. L'individualisme présent dans le droit de la faillite classique est dépassé par cette approche, qui reconnaît l'organicité de l'entreprise - son importance pour la vie économique et sociale -, et s'appuie sur deux principes juridiques: a) la préservation de l'entreprise viable; b) la dissociation du sort de l'entreprise et de celui de l'entrepreneur³².

Dans le domaine bancaire, cette conception apparaît fort pertinente vu l'organicité marquée des banques. Cette organicité tient notamment à leur rôle dans le tissu économique et dans la transmission des politiques monétaires, aux effets tentaculaires et significatifs sur la vie économique de toute réduction du volume de leurs affaires, ainsi qu'à l'importance de préserver la confiance à l'égard de la monnaie et du système financier.

La nécessité de mettre en place des politiques de restructuration des sociétés, combinée à la spécificité du secteur, soulèvent donc des enjeux économiques non négligeables et des questions juridiques de premier plan. Elles se rapportent principalement au régime de la concurrence de même qu'aux modèles d'absorption des firmes insolubles et à leur administration.

³² Frederico A.M. SIMIONATO, «A Reforma da Lei de Falência frente à Reorganização Econômica da Empresa», (1997) 108 *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros Editores.

D'abord, l'ouverture du marché à de nouveaux acteurs dans le secteur bancaire emporte la détermination d'un niveau idéal de concurrence. La taille globale du marché de crédit ne permet pas l'admission sans limite de nouveaux concurrents. Une ouverture absolue et sans limite entraînerait une réduction des profits individuels, et inciterait les banques à accroître le niveau risque de leurs opérations. Une expansion exagérée des dépôts et des prêts entraînerait vraisemblablement une augmentation du nombre de mauvaises créances et se traduirait également par une sélection inefficace des emprunteurs. On le voit bien, l'ouverture à la concurrence exige un remaniement et un resserrement des mécanismes de régulation préventive³³.

L'absorption des firmes insolubles au moyen de fusions ou d'acquisitions trouvent des limites, également, dans la taille et le potentiel des économies. Des marchés nationaux relativement petits présentent des difficultés de financement privé pour ces opérations. En plus, il faut compter, parfois, avec des possibilités limitées de financement public pour les restructurations, étant donné les restrictions budgétaires et de politique monétaire auxquelles les gouvernements font face³⁴.

Les fusions et les acquisitions bancaires exigent, en règle générale, une capitalisation adéquate de l'institution qui absorbe la compagnie défailante. On veut ainsi réduire le risque ce constituer une nouvelle entreprise ne répondant pas aux exigences de capitalisation. Une telle avenue suppose également que l'acheteur possède une capacité de payer un certain prix - une plus valeur - pour le fonds de commerce et le système de distribution de la compagnie absorbée.

³³ Michael GAVIN et Ricardo HAUSMANN, «The Roots of Banking Crises: The Macroeconomic Contest», dans Ricardo HAUSMANN et Liliana ROJAS-SUÁRES (dir.), Banking Crises in Latin America, Washington, Inter-American Development Bank, p. 52.

³⁴ Liliana ROJAS-SUÁRES et Steven R. WEISBROD, «The Do's and Don'ts of Banking Crisis Management» dans R. HAUSMANN et L. ROJAS-SUÁRES (dir.), op.cit., note 33, p.122.

Une autre alternative utilisée avec une fréquence croissante pour permettre des solutions de marché³⁵ consiste à faire une scission «*good bank-bad bank*». Dans ce cas, le gouvernement, la banque centrale ou l'organisme de protection de dépôts accepte des pertes ou assume le risque des pertes futures, de façon à faciliter le transfert aux nouveaux gestionnaires des dépôts et d'autres passifs, et d'une quantité équivalente des actifs. Une version de cette alternative consiste à permettre à une institution en santé d'administrer une banque problématique pendant une période déterminée, à la fin de laquelle une option d'achat lui est donnée; ce modèle fut utilisé en Argentine dans les années 80, pour permettre une solution de marché pour les problèmes de la Banco Español del Rio de la Plata³⁶.

Au coût monétaire immédiat de ces opérations s'ajoute le coût fiscal potentiel, résultat des pertes en termes d'imposition sur les opérations bancaires. La vente d'un portefeuille de créances à une valeur inférieure à celle qui est inscrite dans les livres implique une reconnaissance de pertes, donc une déduction sur les taxes et impôts prélevés³⁷.

S'agissant de l'administration du portefeuille de créances douteuses - la gestion du "*bad bank*" dans les schémas de scission -, la littérature considère que le modèle idéal consiste à créer une agence spéciale à cette fin. Son objectif est de restructurer les mauvais actifs, en leur donnant une forme qui permette leur vente et maximise le recouvrement des valeurs. Cette opération demande du personnel spécialisé et ne doit pas être confondue avec les activités quotidiennes d'une banque³⁸.

³⁵ Ruth de KRIVOY, «Crisis Avoidance», dans R. HAUSMANN et L. ROJAS-SUÁRES (dir.), op.cit., note 33, p.190.

³⁶ Tomas J.T. BALINO, «The Argentine Banking Crises of 1980», dans V. SUNDARARAJAN et T.J.T. BALIÑO (dir.), op.cit., note 4, p.100.

³⁷ Julio ESCOLANO, «Tax Treatment of Loan Losses of Banks», dans C. ENOCH et J. H. GREEN (dir.), op.cit., note 8.

³⁸ Stefan INGVES et Goran LIND, «Loan Loss Recoveries and Debt Resolutions Agencies», dans C. ENOCH et J. H. GREEN (dir.), op.cit., note 8.

Ces agences, de nature privée et dénommées en règle générale «*Asset Management Company*», sont tantôt établies sous les auspices des institutions de protection des dépôts, comme ce fut le cas aux États-Unis et en Espagne dans les années 80, tantôt possèdent un statut d'agence autonome, comme en Suède dans les années 90. La crise américaine des associations de crédit et d'épargne - les «*Saving and Loans Associations*» - a également entraîné la création d'une agence autonome, la «*Resolution Trust Corporation*», en activité entre 1989 et 1995.

Une étude récente à propos de ces modèles de gestion démontre que, lorsque la banque centrale effectue la gestion des «*bad banks*», elle est souvent portée à financer les mesures de restructuration des actifs, ce qui accroît ses dépenses. Cette constatation, et le conflit avec ses autres responsabilités, renforcent l'argument de la constitution d'une agence autonome à cette fin³⁹.

La diversité des situations et des solutions possibles, à laquelle s'ajoute la complexité des intérêts en jeu, renforcent la nécessité de l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire au gouvernement ou à la banque centrale, particulièrement en ce qui a trait aux aspects suivants: (a) le choix et l'opportunité des actions administratives; (b) les mesures pour accélérer les processus d'intervention et de liquidation des banques; (c) la scission des opérations des institutions problématiques; (d) la vente accélérée du portefeuille des actifs; (e) l'imposition de pénalités ou de mesures pour remplacer les membres du conseil d'administration des banques, ou pour modifier la configuration du contrôle de l'institution; (f) l'adoption de mesures de recapitalisation et de restructuration.

Cette discrétion doit reposer sur un consensus social et politique sur la nécessité d'une réponse appropriée et ferme aux crises. Cela permet d'éviter, autant que faire se peut, la soumission des conflits à l'arbitrage de la branche judiciaire.

³⁹ Claudia DZIOBEK et Ceyla PAZARBASIOGLU, «Lessons and Elements of Best Practice», dans W. E. ALEXANDER, J. M. DAVIS, L.P. EBRILL et C.-J. LINDGREN (dir.), *op.cit.*, note 23, p. 141.

SECTION 2. LES MUTATIONS DE L'ENVIRONNEMENT ET LE SECTEUR BANCAIRE

Au cours des deux dernières décennies, la vigueur du processus de mondialisation, alliée à la croissance exponentielle des marchés financiers, a produit un impact considérable sur les politiques macro-économiques, en particulier sur la conduite de la politique monétaire. La mobilité des capitaux augmente la demande pour les services d'intermédiation des institutions bancaires et représente, grâce à la possibilité de transferts internationaux massifs, un défi permanent pour la gestion des politiques nationales. Parallèlement à cela, la déréglementation a rendu l'environnement dans lequel interviennent les entreprises bancaires plus compétitif tout en accroissant l'exposition aux risques de crédit et de marché.

L'incertitude créée par ce double phénomène conduit à une conclusion difficile à contester: la réglementation dans le domaine de la crise bancaire, si nécessaire qu'elle soit, ne peut plus se faire sur les mêmes bases qu'auparavant, et doit tenir compte des enjeux et des limitations posées par la mutation radicale de l'environnement économique.

2.1. Le processus de mondialisation et le changement du cadre d'exercice de la politique monétaire

La «mondialisation» est définie comme «l'interdépendance croissante des économies nationales, sous l'effet de l'expansion et de la diversification des échanges de biens et services et des mouvements internationaux de capitaux, ainsi que de la diffusion plus rapide et plus vaste des technologies»⁴⁰.

⁴⁰ Fonds Monétaire International, «Les économies avancées face aux défis de la mondialisation», Perspectives de l'économie mondiale, Washington, mai 1997, p. 50.

L'intégration économique n'est pas un phénomène nouveau; elle reprend celle qui avait commencé au milieu du XIX^e siècle et s'était prolongée jusqu'au début de la Première Guerre Mondiale. Mais le récent processus est marqué par des traits distinctifs⁴¹: le commerce international prend progressivement la forme d'échanges à l'intérieur d'une même branche d'activité ou d'une même entreprise; l'investissement direct étranger s'impose comme un moteur majeur et les transferts de technologie rendent les économies nationales interdépendantes. De même, la volonté politique joue un rôle primordial dans l'intégration des économies nationales alors que les décisions économiques s'inscrivent, de plus en plus, dans un contexte mondial.

L'intégration des marchés bancaires et de capitaux constitue un point saillant de la mondialisation. En effet, depuis 1970, l'intensification des flux de capitaux s'accompagne d'une intégration rapide des marchés financiers⁴². Le développement accru des services bancaires, stimulé par les innovations dans le domaine des technologies de l'information est un composant central de cette intégration.

La littérature reconnaît cependant une diminution des marges d'autonomie des autorités nationales à l'égard des instruments juridiques à leur disposition. Michel Camdessus, Directeur exécutif du Fonds Monétaire International, affirme⁴³ à propos de la réduction de l'autonomie gouvernementale en ce qui a trait à la gestion des politiques macro-économiques, en particulier quant à l'exercice de la politique monétaire:

⁴¹ Id., p.51.

⁴² Le F.M.I. rapporte que, dans les principaux pays avancés, le volume de transactions internationales sur obligations et titres participatifs a généralement été nettement supérieur à 100 du PIB en 1995, alors qu'il représentait moins de 10% du PIB en 1980. Les flux bruts d'investissements de portefeuille et d'investissement direct étranger ont plus que triplé dans les pays avancés entre la première moitié des années 80 et la seconde moitié des années 90. Un processus équivalent se produit dans les économies émergentes. F.M.I., *op. cit.*, note 40, p. 67.

⁴³ Michel CAMDESSUS, «Introductory Remarks», dans C. ENOCH et J. H. GREEN (dir.), *op.cit.*, note 8, p. 19.

«In recent years, it has become clear that the forces of globalization - specially financial market liberalization and exponential growth of the international financial markets - have a major impact on the conduct of monetary policy, and on macroeconomic policy more broadly. In particular, large private capital flows have become a major challenge for policymakers».

Le cadre de l'action gouvernementale dans la prévention et la gestion des crises bancaires est donc affecté, car un certain pouvoir discrétionnaire dans la politique monétaire constitue un élément fondamental des stratégies qu'on y rencontre. Comme cela a été posé dans les sections précédentes, tant le rôle de prêteur de dernier ressort que l'action de l'autorité monétaire lors des opérations de restructuration bancaire reposent sur un certain degré de discrétion.

De plus, l'intégration financière facilite la transmission des chocs d'un marché à l'autre, et elle peut ainsi être source de déséquilibres qui traversent les frontières. Les capitaux étrangers exigent des systèmes nationaux solides et récompensent les États qui se dotent de tels systèmes; mais en même temps, ils rendent les cadres nationaux plus vulnérables aux chocs extérieurs, tout en enlevant aux autorités nationales une partie de leur autonomie et de leur marge de manœuvre à l'égard des politiques macro-économiques.

La préservation d'un système bancaire sain n'a jamais été une tâche simple, mais dans un environnement de plus en plus ouvert aux mouvements internationaux, cela devient un défi majeur. La mondialisation des marchés bancaires exige, d'abord, une approche globale et multilatérale pour préserver la solidité et l'efficacité du système financier international. Si cela peut se réaliser, l'intégration plus poussée permettra d'envisager l'absorption des troubles par un ensemble plus étendu, ce qui atténuerait leurs effets sur un marché national donné⁴⁴.

⁴⁴ F.M.I., *op. cit.*, note 40, p. 67.

Il reste que les liens entre les exigences de la mondialisation et les politiques nationales demeurent opaques. La nature des institutions locales n'est pas dictée uniquement par des considérations d'efficacité économique, mais reflète les particularités d'un contexte, des valeurs sociales ou les préférences des principaux acteurs d'une société⁴⁵. La mondialisation n'élimine pas les restrictions institutionnelles et les encadrements juridiques internes; elle entraîne plutôt une combinaison de ces facteurs avec les pressions de l'environnement mondialisé, comme cela a été mis en relief dans notre introduction.

Certes, la gestion de la politique monétaire et son couplage avec les institutions de prévention de crises bancaires doivent prendre en considération, entre autres facteurs: la conjoncture macro-économique du pays; le cadre institutionnel concernant la monnaie, la banque centrale, son modèle d'interaction et son degré d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif; les prérogatives de réglementation de l'exécutif et de l'autorité monétaire; le cadre institutionnel de l'engagement international dans le domaine monétaire; la participation du secteur bancaire dans l'économie et le profil microéconomique de ce marché.

Il est sans doute légitime d'affirmer que la perte d'autonomie locale dans la conduite de la politique monétaire combinée au fait que ne se dément pas le caractère essentiellement national des institutions relatives à la monnaie (à l'exception du cas de figure européen dont nous discuterons plus avant) et au sous-système bancaire, conduiront à une adaptation des instruments traditionnels aux contraintes imposées par les mutations de l'environnement.

⁴⁵ Robert KEOHANE & Helen MILNER, *Internationalization and Domestic Politics*, Cambridge, Angleterre, Cambridge University Press, 1996.

2.2. Le processus de déréglementation et l'augmentation des risques

L'existence d'une relation directe entre la déréglementation et l'augmentation de la fréquence des crises bancaires fait l'objet d'une controverse. Il reste que dès la première moitié des années 70, les crises se sont accrues en nombre et en intensité, et que cette période coïncide avec les grands mouvements de réforme des secteurs financiers.

La déréglementation bancaire a pour point de mire trois aspects fondamentaux: la déréglementation des taux d'intérêts, le relâchement des restrictions à l'entrée dans le marché et à l'ouverture des branches et des filiales, et enfin, l'élimination des contraintes réglementaires sur les portefeuilles des banques, soit les coefficients d'investissements obligatoires.

Sundararajan et Balino⁴⁶ établissent un lien entre la réforme du secteur bancaire et les crises. Selon eux, les réformes ont eu des répercussions sur le degré de fragilité des entreprises financières et non financières. La pleine liberté d'entrer dans le marché et une dynamique qui conduit les opérateurs financiers à se disputer des fonds pourraient à leur avis conduire à une prise en charge excessive de risques, laquelle se manifesterait par une surenchère des taux d'intérêts et par le recours à de nouveaux instruments financiers. Ils ajoutent que les réformes peuvent entraîner une restructuration caractérisée par la concentration du pouvoir et par des liens entre propriété et opérations de crédit - un environnement susceptible d'être source de problèmes en raison du risque moral, de la sélection adverse et des oligopoles.

⁴⁶ V. SUNDARARAJAN et T.J.T.BALIÑO (dir.), *op.cit.*, note 4, p. 13.

En outre, si des attentes irréalistes de la part du public viennent coiffer une structure fragile des passifs des entreprises non bancaires, une augmentation de la demande du crédit peut provoquer une croissance excessive des taux d'intérêts. Les autorités peuvent ne pas disposer d'instruments adéquats de contrôle monétaire pour influencer les taux d'intérêts. Des perceptions que les risques augmentent, combinées à la montée des taux d'intérêts, peuvent produire une contraction du crédit de la part des banques.

Selon ces auteurs, ces liaisons dangereuses militent en faveur de politiques financières saines, d'une supervision vigilante et d'une réglementation prudentielle appropriée, de façon à réduire la vulnérabilité globale du système.

D'autres auteurs⁴⁷ font ressortir deux autres aspects importants de la déréglementation. Ainsi, selon eux, elle permet non seulement aux banques d'entrer dans des domaines d'affaires nouveaux, avec lesquels elles sont peu familières, où elles assument des risques liés au crédit, au taux de change et aux taux d'intérêt plus importants; elle ouvre les marchés internes à d'autres concurrents, dont des concurrents étrangers, ce qui place de la pression sur le partage du marché et sur la rentabilité des banques locales.

Il est indéniable que la déréglementation incite les banques - qui cherchent à défendre leur rentabilité à tout prix - à accroître le risque de leurs opérations. De même, l'apparition de nouveaux instruments financiers - prêts indexés, prêts à taux variables, instruments à terme, produits dérivés - a, de surcroît, doté les banques d'une marge de manœuvre plus élevée dans leurs choix stratégiques⁴⁸.

La déréglementation produit donc tous les ingrédients nécessaires à ce que les théoriciens de la finance appellent «l'augmentation des risques» - tant de crédit que de marché -, ce qui exige une réponse proportionnelle et adaptée de la part des autorités de réglementation.

⁴⁷C.-J.LINDGREN, G. GARCIA et M.I. SAAL, *op.cit.*, note 1, p. 100.

⁴⁸A. TARAZI, *op.cit.*, note 3, p. 20.

2.3. La reréglementation

La nouvelle réalité des marchés bancaires, libellée par la formule «augmentation des risques», à laquelle s'ajoute les contraintes imposées par l'environnement mondialisé, ouvrent aux autorités de supervision un champ d'intervention à la fois plus étendu et plus complexe. En réponse aux phénomènes de mondialisation et de déréglementation bancaire, les pouvoirs publics s'engagent, dans le domaine de la crise bancaire, sur la voie de la **reréglementation**.

La crainte d'une fragilité accrue des banques contribue au renforcement des dispositifs destinés à éviter les faillites bancaires, ou à les gérer, le cas échéant, de façon à éviter les crises systémiques. Mais cette adaptation doit prendre en considération la perte d'une partie d'autonomie à l'égard des instruments traditionnels de l'État. Elle doit faire face, de plus, au défi de promouvoir la sécurité et la santé des marchés, sans toutefois créer des obstacles à l'innovation et aux changements⁴⁹.

Le lien étroit entre les phénomènes de déréglementation, la montée des risques et la nécessité de changements institutionnels dans le domaine de la prévention des crises est démontré par la réitération des recommandations formulées par le F.M.I., la Banque Mondiale, le Comité de Supervision Bancaire de Bâle et d'autres organismes internationaux, et qui se manifestent tantôt sous la forme d'exhortation de leurs membres, tantôt d'offre d'appuis techniques ou financiers. Le premier des organismes mentionnés affirme qu'«il est de plus en plus manifeste que la libéralisation financière doit nécessairement s'accompagner d'un renforcement de la réglementation et de la supervision des institutions financières si l'on veut que l'économie en bénéficie au maximum»⁵⁰.

⁴⁹ Wendy I. GRAMM, «Automation of the Financial Markets: implications for clearance, settlement, and payment procedures», dans F.R. EDWARDS et H.T. PATRICK (dir.), *op.cit.*, note 30, p. 207.

⁵⁰ F.M.I., «La Mondialisation et ses Possibilités pour les Pays en Développement», dans *op.cit.*, note 40, p. 95.

Cette reréglementation s'appuie certes sur l'adaptation des instruments placés traditionnellement entre les mains de l'État, mais elle doit également compter sur les possibilités offertes par la coopération internationale et l'autoréglementation.

D'abord, la perte d'autonomie à l'égard de la politique monétaire entraîne une transformation de tous les instruments mentionnés dans les sections précédentes. Un renforcement des réglementations prudentielles cherche à compenser les limites imposées au rôle du prêteur de dernier ressort. De même, une amélioration des systèmes de protection des dépôts diminue la pression sur les instruments monétaires. Finalement, l'établissement d'un cadre juridique compatible avec la gestion efficace des fusions et des acquisitions bancaires réduit l'impact de ces opérations sur les politiques fiscale et monétaire, ce qui est nécessaire étant donné les limites imposées par le nouvel environnement à cette dernière.

Ensuite, la coopération internationale joue un rôle essentiel dans la reréglementation. Elle sert à renforcer le cadre international et à créer des mécanismes globaux de gestion des crises; à élaborer de nouveaux modèles de contrôle interne des banques et de discipline de marché; à établir des systèmes de supervision internationale; à favoriser les échanges d'informations et d'expériences en ce domaine; et finalement, à soutenir l'évolution des structures nationales de supervision⁵¹.

L'autoréglementation commence, depuis quelques années, à jouer un rôle complémentaire important dans la prévention des crises bancaires. C'est, par exemple, le cas des règles qui favorisent une plus grande transparence des opérations et des bilans bancaires. Ces règles privilégient la discipline de marché et, en raison du fait qu'elles mettent en cause diverses catégories d'opérateurs - clients des banques, institutions bancaires, institutions non bancaires, institutions publiques -, elles réduisent les asymétries d'information, ce qui devrait contribuer à freiner la propagation des comportements irrationnels ou découlant d'informations insuffisantes ou mauvaises et à favoriser la stabilité des systèmes financiers.

⁵¹C.-J.LINDGREN, G. GARCIA et M.I. SAAL, *op.cit.*, note 1, p. 148.

CHAPITRE II - LA RERÉGLEMENTATION DANS LE DOMAINE DE LA CRISE BANCAIRE AU BRÉSIL

Les processus de mondialisation et de déréglementation ont exercé un impact marqué sur l'économie brésilienne, surtout depuis le début de cette décennie. Aux défis de cette adaptation s'ajoute l'enjeu du déploiement, depuis 1994, d'un plan de stabilisation économique - le «*Plano Real*» - qui vise, à la fois le contrôle de l'inflation, la modernisation des structures productives du pays, et, par voie de conséquence, le développement de l'économie du Brésil ainsi que son insertion progressive sur les marchés internationaux⁵².

Le secteur bancaire du Brésil subit de façon assez marquée et particulière l'effet de ces innovations. La régulation publique de ce secteur de l'économie passe par des transformations qui sont les plus radicales depuis les années 60, alors que les bases du système financier national furent mises en place. Particulièrement à l'égard des institutions de prévention et de gestion des crises bancaires, les changements législatifs et les questions juridiques qui en découlent sont abondantes.

SECTION 1. LE SYSTÈME FINANCIER NATIONAL

Le Brésil possède le plus vaste et le plus complexe système financier de l'Amérique latine, avec 265 banques, dont 17000 succursales et 11000 guichets de services additionnels⁵³.

⁵² Gustavo Henrique Barroso FRANCO, «A Superação do Inflacionismo: os termos de troca entre estabilização e desenvolvimento» et «A Inserção Externa e o Desenvolvimento», dans *Banco Central do Brasil website*, 1997. Le «Plano Real» fut conçu pour juguler le processus inflationniste brésilien, devenu chronique dans les années 1980 (pendant certaines années le taux annuel d'inflation dépassa 2000%). Le «Plano Real» impliqua l'adoption d'une nouvelle monnaie - le real - en juillet 1994, ainsi que d'un ensemble de mesures pour mieux contrôler les comptes publics.

⁵³ Banco Central do Brasil, *O Banco Central e as Novas Técnicas de Saneamento do Sistema Financeiro Nacional após a Estabilização Monetária*, Nota DEPAD/COTEC, 1997.

Également significative est la dimension de quelques unes de ces institutions bancaires: des dix plus grandes banques de l'Amérique latine, sept sont brésiliennes (les quatre premières, la sixième, la septième et la huitième). Celles-ci comptent chacune sur des patrimoines liquides allant de 5,1 milliards (la plus grande, Bradesco) à 1,3 milliard de dollars US (la 8ème de la liste, Banespa).

Les contours du Système Financier National (S.F.N.) sont d'abord tracés par la Loi fédérale n. 4.595, du 31 décembre 1964, qui établit son cadre juridique général. C'est également cette loi qui, parmi d'autres dispositions légales, constitue certaines des principales institutions publiques, comme le Conseil Monétaire National (C.M.N., comité de nature et de composition gouvernementale exerçant des fonctions réglementaires) et la Banco Central do Brasil (BACEN), et précise leurs attributions.

Une des principales caractéristiques institutionnelles du système fut introduite par la résolution 1.524 du 21 septembre 1988, approuvée par le C.M.N. et par un texte afférent, la circulaire 1.364 de la Banco Central do Brasil. Il s'agit de la possibilité de constituer des banques multiples - banques universelles ou multifonctionnelles, selon la terminologie française -, qui possèdent quelques-uns des attributs des banques universelles allemandes. Les banques multiples peuvent mener toutes les activités des banques commerciales, des banques d'investissement, des institutions d'épargne et de prêt, des compagnies de crédit à la consommation, sous une même licence et en étant une entité juridique unique. Par contre, les activités de crédit-bail («*leasing*») et d'assurance doivent être poursuivies séparément⁵⁴.

⁵⁴ Paulo de Lorenzo MESSINA, «Capital Requirements and the Brazilian Banking System», (1994) 9 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. Cet article fut aussi publié dans (1993) 9 Journal of International Banking Law, Londres.

Il reste que le système financier national est toujours en attente d'une nouvelle réglementation. La Constitution fédérale, approuvée le 5 octobre 1988, dispose, à son article 192, qu'une loi complémentaire⁵⁵ sera promulguée à ce sujet, et qu'elle suivra notamment les principes généraux suivants:

- a) toute institution bancaire, publique ou privée, devra avoir accès, en principe, à tous les instruments du marché financier, exceptés ceux qui ne sont pas prévus dans l'autorisation d'exercice d'activités qui est accordée à l'institutions en cause;
- b) la loi devra prévoir les conditions de la participation du capital étranger dans le système financier, l'intérêt national et les accords internationaux auxquels le Brésil est lié étant à cet égard pris en considération;
- c) un fonds ou un régime d'assurance devra être créé pour la protection des crédits, investissements et dépôts, jusqu'à concurrence d'une valeur donnée; la participation de ressources fédérales es interdite;
- d) un critère restrictif devra être maintenu afin de limiter les transferts d'épargne des régions dont les revenus sont inférieurs à la moyenne nationale vers les plus développées;
- e) les coopératives de crédit devront fonctionner comme de véritables institutions financières.

L'article 52 de l'Acte des dispositions constitutionnelles transitoires - une annexe provisoire à la Constitution de 1988 - pose que, jusqu'à ce que les conditions de la participation étrangère soient fixées par la loi complémentaire à venir, l'établissement au Brésil des nouvelles succursales d'institutions financières étrangères et l'augmentation de la participation étrangère dans le capital des institutions existantes demeurent interdits. Cependant, le paragraphe unique de l'article affirme que la prohibition générale ne s'applique pas aux autorisations qui résultent d'accords internationaux prévoyant la réciprocité, ou qui seraient justifiées par l'intérêt national.

⁵⁵ 1) L'article 69 de la Constitution fédérale exige une majorité absolue - quorum plus élevé que celui des lois ordinaires - pour l'approbation d'une loi complémentaire, qui se destine à la régulation de certains domaines directement indiqués par la Constitution. 2) La plus haute cour du pays - le «Supremo Tribunal Federal» - a déjà réitéré son interprétation selon laquelle, jusqu'à ce qu'une nouvelle norme soit approuvée, la loi 4.595/64 se voit reconnaître le statut de loi complémentaire.

L'évolution du système financier brésilien fut conditionnée, pendant les trois dernières décennies, par l'environnement inflationniste. La longue coexistence avec l'inflation a permis aux institutions bancaires de faire des profits par la non-rémunération des passifs, tels les dépôts et les ressources en déplacement, appartenant soit aux opérateurs privés, soit au secteur public. Des estimations officielles⁵⁶ confirment que dès les années 40 et jusqu'au début des années 90, les transferts de rente du secteur non bancaire vers le secteur bancaire ont représenté, en termes annuels moyens, presque 2% du PIB.

Au début des années 90, ce qu'on a dénommé «la recette inflationniste» des banques a atteint un taux d'environ 4% du PIB (la moyenne de 1990 à 1993), pour retomber à 2% du PIB en 1994. Ce dernier chiffre représente, à lui seul, presque 9 milliards de dollars US. Les profits dus à l'inflation représentaient, entre 1990 et 1993, une moyenne de 38,5% du total des recettes des banques.

Bien que certains aient pu se réjouir de certains effets secondaires du phénomène inflationniste⁵⁷ dans le secteur bancaire, il est admis que ces recettes cachaient des déficiences de gestion et un manque de contrôle et de rigueur dans l'octroi de crédits, de sorte que les banques brésiliennes se sont retrouvées avec un volume significatif de créances dont le recouvrement était douteux⁵⁸. De même, le réseau d'institutions bancaires et de leurs succursales fut démesurément élargi en raison de ces recettes inflationnistes, étant donné qu'une stratégie agressive d'appropriation des fonds rendait possible une maximisation des bénéfices.

⁵⁶ José Roberto Mendonça de BARROS et Mansueto Facundo de ALMEIDA JR., *Análise do Ajuste do Sistema Financeiro no Brasil*, Ministério da Fazenda, Secretaria de Política Econômica, 1997. Ces stimatives sont attribuées à l'étude «Sistema Financeiro - Uma análise a partir das Contas Nacionais 1990-1995», ANDIMA/IBGE.

⁵⁷ Certains ont attribué au processus inflationniste brésilien une informatisation précoce des services bancaires et la mise en place de produits financiers innovateurs pour répondre aux exigences des clients concernant la protection de leurs avoirs.

⁵⁸ Banco Central do Brasil, *op. cit.*, note 53.

Le nombre d'institutions financières⁵⁹ et succursales autorisées à fonctionner par la Banco Central do Brasil a enregistré une croissance accélérée pendant la période 1970-1995. Au 31 décembre 1970, on comptait 1450 institutions en fonctionnement, avec 9436 succursales. Dix ans plus tard, au 31 décembre 1980, il fallait compter 1647 institutions et 14736 succursales. La croissance a continué dans la décennie suivante, et en date du 31 décembre 1991, 3256 institutions étaient en fonctionnement au Brésil, avec 19966 succursales.

Déjà en date du 31 décembre 1995, dans le nouvel environnement de stabilisation économique généré par le «*Plano Real*» (ses effets sur le secteur bancaire seront examinés plus avant), une décroissance du nombre d'institutions est observée: on comptait alors 2998 institutions financières, soit une réduction d'environ 10%. Aussi significative fut la diminution d'environ 50% du nombre de fonds d'investissement et d'instruments financiers à court terme, vraisemblablement provoquée par la chute radicale des taux d'inflation⁶⁰.

Comme on le vérifiera, ces variations numériques ne sont qu'un reflet secondaire de l'adaptation profonde que le contrôle du processus inflationniste a exigé du secteur bancaire brésilien, adaptation qui a également été accompagnée par des transformations radicales du cadre juridique relatif aux institutions de prévention et de redressement des crises bancaires. Ces institutions, remaniées, ont par ailleurs contribué à rendre viable les entreprises d'adaptation.

⁵⁹ Sont ici regroupées sous la dénomination «institutions financières», toutes les entreprises autorisées à exercer des activités par la Banco Central do Brasil: les chiffres comprennent, donc, les entreprises de courtage et de distribution du marché des capitaux, les associations de consommateurs - «consortium» -, similaires aux associations américaines, ainsi que les institutions bancaires proprement dites - celles auxquelles on a fait référence au début de la section -, qui ne représentent qu'environ 10% du total.

⁶⁰ Banco Central do Brasil, *op. cit.*, note 53.

SECTION 2. LA STABILISATION ÉCONOMIQUE ET LE SECTEUR BANCAIRE

L'ensemble des mesures de stabilisation économique adoptées au Brésil à partir de juillet 1994 - le «*Plano Real*», dont le principal fait d'armes est sans contredit d'avoir réussi à juguler l'inflation -, a eu un impact majeur sur le secteur bancaire brésilien. Un vaste processus de réforme s'est révélé nécessaire: les initiatives de plusieurs participants du marché afin de s'adapter à la nouvelle réalité donnèrent lieu à quelques problèmes bancaires significatifs; par conséquent, l'intervention publique dans plusieurs institutions de taille devint, à partir de 1995, inévitable, et des innovations législatives et réglementaires furent mises en forme.

Avec pour but l'établissement d'un cadre de gestion des problèmes bancaires compatible avec la prévention des crises dans ce domaine, l'introduction des nouveaux instruments juridiques a révélé une certaine efficacité jusqu'à présent, mais la réforme n'est pas terminée.

Le processus d'ouverture et de restructuration de l'économie brésilienne - qui précéda le plan de stabilisation - avait, dès le début des années 90, amorcé la transformation du scénario de réforme du cadre dans lequel évoluent les institutions financières. Ainsi, la plus grande ouverture au commerce international a révélé l'inefficacité de certains secteurs industriels domestiques, ce qui s'est reflété dans l'incapacité de recouvrer bon nombre de créances accordées au secteur privé. De même, l'élimination des subsides dans quelques secteurs de l'économie a contribué à la croissance du taux de non remboursement des prêts bancaires. Ce taux s'est écarté de sa moyenne historique de 8% pour atteindre 12%, après le «*Plano Real*»⁶¹.

De plus, la fin des «profits inflationnistes», qui représentaient, comme on l'a mentionné, une bonne partie des recettes des banques, a accru la nécessité d'une adaptation du marché aux défis du nouvel environnement de stabilisation monétaire.

⁶¹ Banco Central do Brasil, *op. cit.*, note 53.

Un des moyens retenus par le système bancaire pour compenser la perte de la recette inflationniste a été l'expansion des opérations de crédit. Cela devenait possible grâce à la croissance abrupte du volume des dépôts bancaires qui a suivi le «*Plano Real*». Les dépôts à vue, par exemple, ont augmenté de 165,4% et les dépôts à terme ont enregistré une croissance d'environ 40% pendant les six premiers mois du «*Plano Real*»⁶².

Malgré l'imposition par la Banco Central do Brasil d'un seuil de réserves obligatoires plus élevé - une réponse stratégique à la croissance du volume de dépôts⁶³ - les prêts du système financier pour les secteurs privés se sont accrus de 58,7%, pendant la première année du plan de stabilisation.

Cette expansion des crédits, pour faire face à la perte des recettes inflationnistes, fut à l'origine d'autres problèmes. Les périodes de croissance rapide des crédits sont des moments d'expansion macro-économique, ce qui rend difficile, en règle générale, une analyse des risques prudente et rigoureuse de la part des banques. De plus, les banques sont portées à augmenter leurs prêts pour se faire de nouveaux clients. À cela s'ajoute le fait que, dans les phases initiales d'un processus de stabilisation, les anciens bilans et les anciennes informations concernant les clients ont une fiabilité limitée.

Ces facteurs entraînent une croissance des prêts dont le recouvrement est douteux. Les institutions financières se retrouvent donc dans une position de vulnérabilité accrue, et une telle situation peut accentuer un éventuel choc adverse ou une simple fluctuation négative du cycle économique. Le Brésil a d'ailleurs connu une telle conjoncture économique, avec la diminution du rythme de croissance de l'économie et l'augmentation des taux d'intérêts, à partir de la fin du premier semestre de 1995.

⁶² J.R.M.de BARROS et M.F. de ALMEIDA JR., *op.cit.*, note 56.

⁶³ Banco Central do Brasil, *Sistema Financeiro pós-Real*, Nota DEPEC/COPEC, octobre 1995.

À ce moment, les taux des prêts en défaut et des créances douteuses ont amorcé une trajectoire ascendante qui arriva à son apogée vers la moitié de 1996, alors que ceux-ci représentaient 16% du total des prêts. Il s'agissait d'un niveau de 100% supérieur à celui de juillet 1994, date de l'entrée en vigueur du «*Plano Real*». Les analystes des problèmes bancaires brésiliens admettent que «l'augmentation des prêts en défaut et des créances douteuses ne fut pas le facteur déterminant des problèmes de quelques unes des institutions, à partir de la deuxième moitié de 1995, mais cette donnée aide à expliquer l'accentuation de la détérioration de la qualité des actifs des entreprises, déjà vulnérables avant le début du «*Plano Real*»⁶⁴.

Pour faire face à leurs besoins de liquidité, certaines banques ont été obligées de se diriger vers le marché interbancaire, ce qui a ajouté des coûts à leur gestion. L'étape suivante fut le recours aux prêts de liquidité de la Banco Central do Brasil⁶⁵.

Ces difficultés ont rendu nécessaire l'intervention de la Banco Central do Brasil dans quelques cas d'importance - comme celui de la Banco Econômico, en août 1995 -, ce qui a provoqué, chez la clientèle bancaire, des inquiétudes quant à la fragilité du secteur et une concentration de liquidité dans certaines institutions.

Tous ces facteurs, auxquels s'ajoutait l'inexistence d'un système de protection des dépôts qui aurait pu freiner la concentration de liquidité dans les grandes banques, ont accentué la nécessité d'établir un cadre institutionnel favorable à la restructuration profonde du système financier, tout en évitant les traumatismes autant que faire se peut. Une telle entreprise a été lancée au mois de novembre 1995.

⁶⁴ J.R.M.de BARROS et M.F. de ALMEIDA JR., *op.cit.*, note 56. Ces données de la Banco Central do Brasil ne comprennent pas les deux banques étatiques appartenant aux États de Rio de Janeiro et São Paulo (BANERJ et BANESPA), ni la caisse fédérale d'épargne (Caixa Econômica Federal, CEF).

⁶⁵ Banco Central do Brasil, *op.cit.*, note 63. Le montant moyen par jour de ces opérations, auxquelles se rattachent des taux d'intérêt punitif, passa, entre septembre et décembre 1994 de 155 millions à 3454 millions de *real*.

SECTION 3. LES CHANGEMENTS JURIDIQUES À L'ÉGARD DES INSTRUMENTS DE PRÉVENTION ET DE REDRESSEMENT DE LA CRISE BANCAIRE

3.1. Le renforcement de la réglementation préventive

Le cadre réglementaire brésilien relatif à la prévention des problèmes bancaires repose sur des mesures classiques, celles dont on a fait mention dans le Chapitre I. Elles comprennent l'approbation préalable par l'autorité publique - en l'occurrence, la Banco Central do Brasil - de toute constitution d'institutions bancaires, de ses dirigeants et de l'ouverture de succursales, l'exigence d'apport de fonds propres pour cette constitution, l'établissement de seuils de diversification de portefeuille ainsi que l'imposition d'un niveau maximal de levier pour les banques, par l'exigence d'une contrainte de capital selon la taille du bilan.

Ces exigences étaient fondées sur un ensemble de normes réglementaires: la Résolution 1.524/88 fixait les règles de capital minimal, établissait le concept de patrimoine liquide⁶⁶ et accordait un délai de 5 ans pour l'adaptation à ces paramètres; la Résolution 1.556/88 édictait que les engagements totaux ne devaient pas dépasser 15 fois la valeur du patrimoine liquide et que le risque total auprès d'un client individuel ne devait pas excéder 30% de cette valeur; la Résolution 1.775/90 empêchait les institutions bancaires d'acheter des débetures et d'autres valeurs mobilières des sociétés du même groupe; et la Résolution 1.942/92 édictait que les actifs permanents (investissements, actifs fixes et différés) ne devaient pas excéder 90% du patrimoine liquide.

⁶⁶ L'article 3 de l'Annexe à la Résolution 1524/88 définit «patrimoine liquide» comme la somme du capital, de la correction monétaire du capital (reflétant les ajustements dus à l'inflation de la valeur nominale du capital apporté), des réserves de capital, des réserves de profit, des réserves de réévaluation (reflétant le réévaluation des propriétés immobilières et des actifs des institutions du même groupe), des profits ou des pertes accumulées et des profits ou des pertes de la période courante. D'après José Alexandre Colli et Mario Fontana, *Contabilidade Bancária*, 1990, cité dans P. de L. MESSINA, *op.cit.* note 54.

La Résolution 1.524 du 21 septembre 1988 - qui a par ailleurs permis la création des banques multiples - constituait la base de ce cadre et fixait pour les banques étrangères des seuils minimaux de capital équivalant au double de ce qui était exigé aux banques nationales.

P. de L. Messina s'est livré à une analyse critique de ces règles⁶⁷, en particulier de ses effets sur les banques brésiliennes présentes sur le marché américain. Il est d'avis que la réglementation n'équivalait pas à un transport de l'Accord de Bâle dans la législation interne. Plutôt, le niveau de capitalisation du secteur aurait été nettement supérieur à celui des paramètres exigés dans l'Accord de Bâle.

Messina n'identifiait dans la Résolution 1.942/92 qu'une application relative et adaptée de ce qui est au fondement des règles de Bâle - un rapport direct entre les actifs des banques, mesurés selon leur risque, et leur capital. Application relative et adaptée à plusieurs titres: premièrement, il n'y avait pas de distinction entre les composantes du patrimoine liquide; deuxièmement, la valeur des actifs courants des banques n'est pas prise en compte; seulement est considéré le poids des investissements et des actifs immobilisés, ce qui indique que l'objectif consistait à limiter les engagements à long terme et les investissements dans la propriété foncière; troisièmement, la notion des actifs mesurés selon le risque n'était pas présente. Néanmoins, le ratio patrimoine liquide/total des actifs du groupe de banques brésiliennes examiné se maintenait au dessus de 10%, une moyenne nettement supérieure à celle de 100 principales banques nord-américaines.

Une harmonisation plus étroite avec les fondements et les méthodes de l'Accord de Bâle sera accomplie dans le contexte du «*Plano Real*», par la Résolution 2.099 du 17 août 1994 et par d'autres règles postérieures. La Résolution 2.099 redéfinit l'ensemble du cadre réglementaire dans lequel évoluent les institutions autorisées par la Banco Central do Brasil à exercer des activités.

⁶⁷ P.de L. MESSINA, *op.cit.*, note 54.

Cette norme maintient certains paramètres traditionnels, tels la nécessité d'obtenir une autorisation pour exercer des activités, des exigences minimales de fonds propres et de patrimoine liquide - la date limite est fixée au 30 avril 1995 pour l'adaptation des institutions bancaires à ces paramètres -, ainsi que des restrictions pour l'établissement de succursales de banques étrangères au pays. Sur ce dernier point, la Résolution 2.099 ne fait que reprendre les restrictions imposées par la Constitution fédérale.

Ses principales innovations se rapportent à l'exigence de compatibilité entre le patrimoine liquide et le degré de risque des opérations bancaires. Le niveau de capital doit être en rapport avec les actifs, et non pas avec les passifs, comme c'était le cas dans la procédure exigée jusqu'alors⁶⁸. Selon cette règle - qui importe les conceptions de Bâle - les institutions financières doivent garder, en plus des limites minimales de capital fixées pour leur constitution, un patrimoine liquide qui correspond à la structure de risques de leurs actifs. Ainsi, chaque opération de crédit sera pondérée selon le risque qu'elle comporte, et les actifs bancaires seront classifiés en quatre catégories: a) risque zéro, pour l'argent comptant, les bons et crédits sur le gouvernement fédéral, la Banco Central do Brasil et les banques d'épargne fédérales; b) une pondération de 20% pour le risque associé aux bons et aux crédits sur les institutions autorisées par la Banco Central do Brasil à exercer des activités et sur les gouvernements des États fédéraux; c) une pondération de 50% pour le risque associé aux crédits garantis par hypothèque et aux crédits sur les municipalités; d) une pondération de 100% pour le risque associé aux prêts, investissements et autres actifs⁶⁹.

À la suite des problèmes rencontrés dans le monde bancaire au deuxième semestre 1995, la Résolution 2.212 du 16 novembre 1995 a modifié les exigences de capital minimal pour la constitution des institutions financières, selon un échéancier qui s'étend sur 6 ans. Les nouvelles exigences sont plus élevées que celles imposées aux institutions existantes ou qui résultent d'une fusion avec une institution déjà présente sur le marché.

⁶⁸ Alexandre BERTOLDI, «Financial Institutions in Brazil», (1996) 7 *Journal of International Banking Law*, p. 282.

⁶⁹ Annexe 4 de la Résolution 2.099/94.

En outre, la Résolution 2.302 du 25 juillet 1996 modifie les règles relatives à l'ouverture des banques brésiliennes à l'étranger et rend obligatoire la consolidation des états financiers des banques et de leurs filiales ou de leurs participations à l'étranger. Elle prévoit également:

- a) l'augmentation du capital exigé pour la constitution de banques avec succursales à l'étranger;
- b) une augmentation du même ordre pour l'ouverture de succursales à l'étranger;
- c) la supervision par la Banco Central do Brasil des succursales à l'étranger des banques nationales et des institutions à l'étranger dans lesquelles les banques nationales possèdent des participations - c'est le concept de «supervision globale consolidée». Si cette supervision se révèle impossible, à cause de la législation étrangère, la Résolution 2.032 prévoit la déduction de la valeur des participations et des succursales du patrimoine liquide des banques, à toutes fins réglementaires; et
- d) la consolidation des états financiers relatifs aux activités au Brésil et aux participations financières et non financières à l'étranger, aux fins de vérifier les limites opérationnelles de l'Accord de Bâle.

Finalement, la Résolution 2.390 du 22 mai 1997 approuve la création de la «Central de Risco de Crédito», une base de données sur le risque de crédit. Dans le cadre de ce système, les institutions financières identifient les créances supérieures à 50 mille *real* (approximativement 42 mille dollars US) et en informent la Banco Central do Brasil. L'objectif du système est de permettre une supervision plus efficace des opérations bancaires, mais également, une fois que les institutions financières auront accès au solde débiteur des particuliers (sous réserve d'une autorisation spécifique des ceux-ci, étant donné les règles entourant le secret bancaire) de permettre aux opérateurs du marché de faire des analyses plus précises du risque rattaché aux opérations de crédit.

3.2. D'autres mesures de nature préventive: les nouveaux instruments d'intervention de la Banco Central do Brasil

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Mesure Provisoire 1.182 du 17 novembre 1995 (convertie le 14 mars 1997 en Loi 9.447)⁷⁰, la Banco Central do Brasil ne disposait pas de mécanismes d'action préventive à l'égard du système financier. Elle ne possédait pas de pouvoirs lui permettant d'établir les modalités de capitalisation, de réorganisation, d'aliénation du contrôle des institutions bancaires problématiques, ou de remplacement de leurs dirigeants. La possibilité de récupérer ces institutions, dans les cas de vérification de pertes patrimoniales et d'exposition à risque des clients, était, par conséquent, réduite⁷¹.

La seule initiative qui pouvait impliquer l'assainissement des institutions se présentait sous la forme d'un plan de redressement ou d'une déclaration d'engagement. L'efficacité d'une telle mesure restait néanmoins dépendante de la volonté unilatérale de l'institution concernée. Dans l'hypothèse contraire, il restait à la Banco Central do Brasil l'alternative d'appliquer un des régimes classiques d'intervention dans le marché établis dans la Loi 6.024 du 13 Mars 1974 - l'intervention et la liquidation non judiciaire - et dans le Décret-loi 2.321 du 25 Février 1987 - l'administration spéciale temporaire.

Par la procédure de l'intervention, la Banco Central do Brasil provoque la suspension des activités de l'institution problématique, destitue ses dirigeants et assume, par la nomination d'un «*interventor*», sa gestion directe. Il s'agit d'une mesure administrative préliminaire, destinée à interrompre des irrégularités ou la détérioration de la situation patrimoniale. Sa durée étant limitée, ce régime peut être suivi par la reprise des activités de l'institution ou par sa liquidation extrajudiciaire ou sa faillite.

⁷⁰ Les Mesures Provisoires constituent, selon l'article 62 de la Constitution fédérale de 1988, une prérogative de la Présidence de la République pour les cas d'urgence et d'intérêt prioritaire. Elles équivalent, dans la hiérarchie législative établie par la Constitution, aux lois ordinaires et leur vigueur est limitée à 30 jours. Leur réédition, parfois répétée lorsqu'elles ne sont pas converties en loi par le Congrès National à l'intérieur de ce délai, est devenue une pratique dans certains domaines, comme celui de la gestion économique.

⁷¹ Banco Central do Brasil, *op.cit.*, note 53.

La liquidation extrajudiciaire constitue une mesure extrême et définitive, applicable quand les indices d'une insolvabilité irréversible ou d'infractions graves sont présents. Son objectif est de promouvoir la disparition de l'institution. Elle a pour but de permettre la vente des actifs existants afin de payer les créanciers, et de déterminer la responsabilité des actionnaires de contrôle vis-à-vis le passif non réglé.

L'administration spéciale temporaire a des effets distincts. Elle ne provoque pas l'interruption des activités de l'institution. Il s'agit d'une intervention dont le principal effet est le remplacement des dirigeants par un conseil directeur, dont les membres sont nommés par la Banco Central do Brasil, et qui dispose de pouvoirs étendus de gestion.

La Mesure Provisoire 1.182/95 et la Loi 9.447/97 ont introduit des modifications qui permettent à la Banco Central do Brasil d'agir dans le sens du renforcement et de l'assainissement du marché, de façon à prévenir et gérer des crises de liquidité ou de solvabilité des institutions bancaires. La nouvelle loi permet à la Banco Central do Brasil d'adopter des mesures ayant pour objet la capitalisation et d'induire des changements au sein de l'actionnariat de contrôle ou des restructurations de l'actionnariat, par l'entremise de fusions, de scissions ou d'incorporations. Ce dispositif place sur les actionnaires de contrôle la responsabilité de trouver une solution reposant sur les mécanismes de marché à la crise dont ils assument la responsabilité⁷².

Si les actions demandées ne sont pas adoptées par les propriétaires, la nouvelle loi autorise⁷³ le liquidateur, *l'interventor* ou le conseil directeur, selon le régime d'intervention en cause, à adopter des mesures d'assainissement telles:

- (a) le transfert à une autre institution des biens, installations, droits et obligations de la firme faisant l'objet de l'intervention;

⁷² Article 5 de la Loi 9.447/97.

⁷³ Article 6 de la Loi 9.447/97.

- (b) l'aliénation ou la cession des biens et des droits, en contrepartie de la prise en charge des obligations à l'égard des créanciers;
- (c) la constitution ou la réorganisation d'une institution à qui sont transférés des biens, des droits et des obligations, l'objectif alors poursuivi étant la continuité entière ou partielle de l'activité bancaire.

La prise de ces mesures n'interrompt pas l'enquête destinée à établir les responsabilités des actionnaires et des dirigeants⁷⁴.

La nouvelle loi introduit également des modifications dans le régime des responsabilités des actionnaires de contrôle. Auparavant, la législation déterminait l'indisponibilité des biens personnels des ex-dirigeants ayant agi dans les douze mois précédant la mesure légale d'intervention, pendant qu'une commission d'enquête s'affairait à établir la responsabilité et les causes de la défaillance. Par conséquent, seuls les ex-dirigeants répondaient civilement des pertes causées à l'institution défaillante, même si les actes découlaient d'ordres des actionnaires de contrôle de l'institution; ces derniers échappaient à la responsabilité pour les pertes subies par les tierces parties. La Loi 9.447/97 crée un régime de responsabilité civile solidaire pour les actionnaires de contrôle; leurs biens personnels restent indisponibles, jusqu'à la détermination de la responsabilité de chacun⁷⁵.

Sur le terrain des pénalités administratives, la nouvelle législation⁷⁶ autorise la Banco Central do Brasil à:

⁷⁴ Article 7 de la Loi 9.447/97.

⁷⁵ Articles 1 et 2 de la Loi 9.447/97. Le concept d'indisponibilité des biens est introduit par l'article 36 de la Loi 6.024/74 et signifie une interdiction de toute aliénation ou engagement direct ou indirect des biens appartenant aux personnes impliquées, jusqu'à la conclusion de l'enquête visant à déterminer la responsabilité pour les pertes subies par l'institution défaillante.

⁷⁶ Article 9 de la Loi 9.447/97.

- a) ordonner, à titre de mesure préliminaire, la mise à l'écart des personnes soupçonnées de pratiques irrégulières dans le cadre de fonctions de direction, pendant l'enquête sur la responsabilité;
- b) empêcher que ces personnes exercent quelque fonction de direction dans le système financier ou agissent comme mandataires des dirigeants;
- c) imposer des restrictions aux activités des institutions mises sous enquête.

Ces pouvoirs visent à empêcher la répétition des actes qui font l'objet des procédures d'enquête administrative.

La nouvelle loi⁷⁷ soumet également les compagnies de vérification de comptes à la supervision de la Banco Central do Brasil, en étendant la responsabilité civile à ces entreprises et en permettant la mise en indisponibilité des biens personnels des professionnels. En vertu de cette loi⁷⁸, la Banco Central do Brasil a le pouvoir d'exiger le remplacement des compagnies de vérification de comptes, après que soit instituée une procédure d'enquête pour faute grave; la loi prévoit d'autres innovations, telles la nécessité de substitution périodique des prestataires de service de vérification de comptes et l'obligation de présenter des rapports additionnels. Elle cherche aussi à renforcer l'intégration entre l'autorité de supervision et les compagnies de vérification de comptes.

⁷⁷ Article 3, et par. unique de la Loi 9.447/97.

⁷⁸ Article 9 de la Loi 9.447/97.

3.3. Le modèle juridique relatif aux fusions et aux acquisitions bancaires: le Programme d'appui à la restructuration et au renforcement du système financier national (PROER)

Le deuxième instrument spécialement destiné à réordonner le secteur bancaire brésilien est le «Programme d'appui à la restructuration et au renforcement du système financier national - PROER», établi par le Conseil Monétaire National au moyen de la Résolution 2.208 du 03 novembre 1995. Le PROER accorde à la Banco Central do Brasil des pouvoirs plus étendus d'action face aux problèmes bancaires ou de liquidité, permettant des réorganisations administratives et corporatives, y compris le transfert du contrôle au sein de l'actionnariat et la modification de l'objet social des institutions.

Le programme comprend les prérogatives et les mécanismes suivants:

a) Une ligne spéciale de crédit⁷⁹ à laquelle doit se rattacher des garanties ayant pour objet des titres ou des engagements du Trésor National ou d'organes de l'administration fédérale indirecte, et qui est établie en fonction de certains paramètres comptables: 1) la valeur des pertes originaires du processus d'assainissement d'une institution problématique; 2) la valeur des dépenses pour redimensionner ou réorganiser les systèmes opérationnels; 3) la démobilité des actifs de l'institution financière participant au programme. Les ressources ainsi libérées servent à rééquilibrer la structure des actifs et passifs, de façon à rendre viable l'acquisition d'une institution bancaire par une autre. Les garanties pour ces opérations doivent excéder 20% de la valeur impliquée, sauf dans le cas où ces garanties sont des bons de la dette publique fédérale.

⁷⁹ Réglementé par la Circulaire de la Banco Central do Brasil 2636, du 17.11.95.

b) La libération des ressources des réserves monétaires obligatoires sur les dépôts à vue pour l'acquisition de certificats de dépôts bancaires (instruments du marché interbancaire brésilien) émis par une institution participant au programme. Dans ce cas, la Banco Central do Brasil libère des ressources des réserves d'une institution pour qu'elle achète les certificats d'une autre, qui se fait absorber. Cela permet d'accorder de la liquidité à une institution problématique tout en facilitant son acquisition; on cherche à maintenir, autant que possible, la neutralité de l'opération sur le plan monétaire.

c) L'assouplissement des limites opérationnelles des institutions financières.

d) La possibilité de différer, pour une période maximale de 5 ans, les dépenses relatives à la restructuration des institutions financières: les coûts des réorganisations et des modernisations de nature administrative et corporative, les pertes occasionnées par les processus d'assainissement et les pertes imputables à la démobilitation des actifs.

e) Des crédits de liquidité renouvelables, pour appuyer les restructurations de portefeuilles d'actifs et de passifs des institutions financières; ces sommes sont attribuées pour des périodes maximales de 5 ans, fixées par la Banco Central do Brasil selon les particularités de chaque cas.

En sus de ces mécanismes de financement établis par le Conseil Monétaire National, et dont l'administration repose sur la Banco Central do Brasil, la Mesure Provisoire 1.197 du 03 novembre 1995 fixe le traitement fiscal auquel sont soumises les opérations du PROER. Les institutions bancaires qui participent aux réorganisations dans le cadre du programme se voient offrir les avenues suivantes:

a) comptabiliser comme perte la valeur des crédits dont le recouvrement est douteux et déduire cette perte de la base de calcul de la contribution sociale sur les profits nets;

- b) enregistrer comme moins value la différence entre la valeur d'acquisition et la valeur patrimoniale de la participation sociale acquise, en ajoutant ce montant aux pertes des années précédentes, jusqu'à concurrence de 30% du profit net, et en déduisant ce total aux fins de déterminer le profit réel et la base de calcul de la contribution sociale⁸⁰.

Il s'agit, sur ce point, d'une évolution qui s'est bâtie sur d'autres dispositions légales en vigueur entre 1974 et 1987⁸¹ - Décrets-lois 1.303/73, 1.337/74, 2.075/83 - qui accordaient des avantages fiscaux pour les opérations de réorganisation du système financier. Ces dispositions, toutefois, ne limitaient pas les bénéfices potentiels à 30% des profits liquides, comme le fait le PROER.

L'accès au programme est limité à certains types d'institutions financières: banques multiples, banques commerciales, banques d'investissement, banques de développement, caisses d'épargne, sociétés de crédit, financement et investissement, sociétés de crédit immobilier. Une institutions d'un de ces types doit acquérir le contrôle sur le plan de l'actionnariat d'une autre institution d'un de ces types, doit assumer des droits ou des obligations d'une autre institution d'un de ces types, ou doit promouvoir la restructuration des portefeuilles d'actifs et de passifs d'une autre institution d'un de ces types.

L'admissibilité d'une institution au programme dépend également de sa participation au système de protection des dépôts (le «*Fundo Garantidor de Créditos*», qui fera l'objet de commentaires ultérieurs). De plus, elle n'affecte pas les régimes de responsabilité civile, pénale et administrative de ses dirigeants.

⁸⁰ Article 2 de la Mesure Provisoire 1.179/95.

⁸¹ Banco Central do Brasil, *op.cit.*, note 53.

De la législation qui encadre le programme, il ressort une préoccupation de réduire son impact budgétaire, que ce soit par la recherche de solutions faisant appel aux mécanismes du marché ou par le fait que les mécanismes du programme reposent avant tout sur la mobilisation de ressources issues des réserves monétaires. Il est certain qu'un coût fiscal se rattache à l'expansion monétaire et à la nécessaire neutralisation de cette dernière par l'émission de bons par la Banco Central do Brasil. Les défenseurs du programme⁸² font observer, cependant, que cette expansion monétaire ne correspond pas au montant total des opérations, car dans le cadre de ces dernières, on a remplacé, dans bien des cas, des prêts de liquidité qui se renouvelaient auprès de la Banco Central do Brasil.

Toujours dans cette optique, le coût immédiat se mesure par la différence entre les intérêts que la Banco Central do Brasil doit verser pour rémunérer les réserves qui servent à financer le programme (colonne des passifs du bilan de la Banco Central do Brasil), d'une part, et, d'autre part, les intérêts qu'elle reçoit sur les fonds avancés aux institutions dans le cadre des opérations du PROER (colonne des actifs du bilan de la BACEN). De l'avis de messieurs Mendonça de Barros et de Almeida, ce coût se montre toutefois peu significatif par rapport aux bénéfices apportés par le programme sur le plan de la préservation de la stabilité du système.

De plus, la majorité des opérations de restructuration supportées par le PROER se sont réalisées selon le modèle «*good bank-bad bank*»: la prise en charge d'une partie de la structure des actifs et passifs par des institutions du marché et une gestion publique, par les régimes d'intervention mentionnés, des portefeuilles de créances douteuses et des actifs de moindre liquidité. Or, c'est seulement après que ces processus aient été menés à terme, avec la réalisation des actifs, la liquidation des opérations de crédit et l'éventuel recours aux garanties qui y sont attachées, qu'il sera possible de déterminer le coût total du programme.

⁸² J.R.M.de BARROS et M.F. de ALMEIDA JR., *op.cit.*, note 56.

Il est vrai que si on compare le ratio prêts accordés/PIB du Brésil avec ceux d'autres pays qui ont été confrontés à des problèmes bancaires la comparaison est avantageuse pour le cas brésilien. En faisant une hypothèse extrême, soit que la somme des prêts (approximativement 18 milliards de dollars US) représente le coût du programme - c'est à dire qu'on ne considère pas la future liquidation de ces opérations -, la prévention d'une crise bancaire au Brésil aurait représenté environs 3,8% du PIB, tandis que ce ratio s'élève à plus de 10% dans d'autres pays de l'Amérique latine (Argentine, Chili, Venezuela), à 5,1% aux États-Unis, à 4,5% en Suède et en Norvège et à 8,2% en Finlande⁸³.

Les mécanismes du PROER furent utilisés dans moins d'une dizaine des cas, sur la base de la reconnaissance d'une éventualité de risque systémique. Cela explique le fait que la clientèle des institutions impliquées dans ce qui est, somme toute, un petit nombre d'opérations, a dépassé le nombre de 5 millions de personnes.

Ces données à l'avantage du programme ne réduisent pas pour autant les fortes contestations juridiques et politiques quant à sa conception et quant à son administration. Il reste qu'en la matière de la crise bancaire, ces contestations ne constituent pas une exclusivité brésilienne⁸⁴.

⁸³ Id., à partir des données et de la méthodologie appliquée par R. HAUSMANN et L. ROJAS-SUÁRES (dir.), *op.cit.*, note 33.

⁸⁴ Pour s'en convaincre, voir le rapport du procureur de la banque centrale argentine, Guillermo A. ZUCCOLO, *Crisis Financiera y Riesgo Legal para la Banca Central - la crisis financiera de 1995. Experiencia Argentina*, présenté lors du forum du Centro de Estudios Monetarios Latino Americanos-CEMLA, tenu à Quito, Equador, en juillet 1997.

L'encadrement légal du programme n'a pas tardé à faire l'objet de contestations auprès des tribunaux. Dans l'action directe d'inconstitutionnalité⁸⁵ 1.370-9/600-UF, la plus haute cour du pays - le Supremo Tribunal Federal - a considéré que l'institution du programme s'inscrivait dans l'orbite des pouvoirs attribués au Conseil Monétaire National à l'égard du système financier et cela, indépendamment de l'adoption de la loi complémentaire demandée par l'article 192 de la Constitution fédérale pour la réglementation du secteur.

Les critiques sur l'administration du programme ont indirectement renforcé la coopération entre les institutions impliquées (le Conseil Monétaire National et la Banco Central do Brasil). Cette coordination a dépassé le simple cadre formel exigé par la législation: chacune des opérations passe par l'approbation explicite, parfois *a posteriori*, du Conseil. Il s'agit là d'une procédure exceptionnelle, car elle n'est pas exigée par les règles du programme.

Le PROER s'est appuyé sur l'élargissement des prérogatives monétaires de la Banco Central do Brasil, qui détenait formellement un pouvoir d'appréciation quant aux hypothèses de sa mise en application. Au soutien de cette ligne de raisonnement, le courant majoritaire dans la doctrine⁸⁶ fait valoir que la Constitution de 1988 aurait renforcé le rôle autonome de la Banco Central do Brasil quant à la politique monétaire; l'interprétation systémique des articles 164 et 192 de la nouvelle Charte lui accorderait la responsabilité exclusive de préserver l'adéquation des moyens de paiement et de crédit disponibles dans le secteur financier avec les besoins de l'économie nationale.

⁸⁵ Il s'agit d'un des instruments de contrôle de constitutionnalité des lois et actes normatifs prévus par l'article 102 de la Constitution fédérale, à être jugée originellement par le Supremo Tribunal Federal. L'intérêt pour agir dans le cadre de l'A.D.I. est accordée par l'article 103 aux pouvoirs exécutif et législatif fédéraux et des états, au Procureur général de la République, au conseil fédéral du Barreau, aux partis politiques représentés au Parlement et aux confédérations de syndicats.

⁸⁶ Luis Fernando SCHUARTZ, «Banco Central: Questões Jurídico-Políticas na Constituição de 1988», (1994) 93 *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*.

Une interprétation contraire conduirait à la conclusion que, à l'instar de la soumission annuelle de la programmation monétaire au Conseil, l'homologation des opérations du PROER par ce collège s'inscrirait dans sa prérogative globale eu égard à la politique monétaire et cela, par le jeu de l'article 9, I de la Loi 4.595/64⁸⁷. Il nous paraît cependant plus facile de justifier cette homologation par la nécessité d'élargir la base d'appui politique pour des décisions et des actes d'administration de grande envergure sociale et économique mais sujet à de redoutables controverses.

3.4. Le système de protection des dépôts: la création du Fonds de Garantie des Crédits (F.G.C.)

La Constitution fédérale de 1988 prévoit⁸⁸ que la loi complémentaire qui encadrera le système financier disposera d'un fonds ou d'un système d'assurance destiné à protéger l'économie populaire et à garantir les crédits, investissements et dépôts jusqu'à une valeur déterminée. La participation des ressources fédérales est interdite.

Étant donné l'absence d'une nouvelle réglementation, et le fait que la Loi 4.595/64 jouait ce rôle jusqu'alors, le Conseil Monétaire National a fait usage des pouvoirs réglementaires qui lui sont accordés pour autoriser, par la Résolution 2.197 du 31 août 1995 la constitution d'une organisation privée destinée à protéger les créanciers des institutions financières.

⁸⁷ S'agissant de cette prérogative légale, Haroldo M. D. VERÇOSA, dans «A Regulamentação do art. 192 da Constituição Federal - A Independência do futuro Banco Central do Brasil», (1994) 94 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, considère que la Constitution de 1988 aurait dérogé à l'article 9, I de la loi bancaire, car son article 164 accorde à la banque centrale, au nom de la fédération, la compétence exclusive d'émettre la monnaie, sans nécessité d'autorisation externe.

⁸⁸ Article 192, VI de la Constitution Fédérale de 1988.

Le 16 novembre de la même année, le Conseil approuva, par la Résolution 2.211, les statuts et le règlement du «Fundo Garantidor de Créditos – F.G.C.». Il s'agit d'une association civile de droit privé, sans but lucratif, à durée illimitée. L'objectif du F.G.C. est d'offrir des garanties de crédits que détiennent les particuliers sur les institutions participantes, et cela dans les hypothèses d'intervention, de liquidation extrajudiciaire ou de faillite de l'institution, de même que dans le cas où la Banco Central do Brasil reconnaît l'état d'insolvabilité d'une institution qui n'est pas soumise à l'un des ces régimes.

L'objet de la garantie du F.G.C. est constitué par les dépôts à vue, les dépôts d'épargne, les lettres de crédit et les lettres hypothécaires, émises ou acceptées par une institution financière ou une association de prêts et épargne au Brésil. Le système est accessible à toutes les institutions financières et associations de prêts et épargne, sauf les coopératives de crédit et les sections de crédit des coopératives.

Les institutions participantes versent des cotisations de base s'élevant à 0,025% du montant mensuel enregistré dans les livres de comptes correspondant aux passifs faisant l'objet de la garantie. La valeur maximale de garantie contre une institution, ou contre toutes celles d'un même «*holding*», est de vingt mille (20000) *real* par client, soit approximativement dix-sept mille (17000) dollars US.

La création du Fonds de Garantie des Crédits, à l'instar du PROER, a fait l'objet de contestations judiciaires. L'action directe d'inconstitutionnalité 1.398-0/600 portait en effet sur deux points. D'une part, on contestait la légitimité des deux résolutions mentionnées précédemment, en arguant que le Conseil Monétaire National n'avait pas les pouvoirs pour édicter des normes à ce sujet; d'autre part, on mettait en question la légalité du transfert au F.G.C. de ressources appartenant à d'autres fonds, à savoir le Fonds de garantie des dépôts et lettres immobilières (FGDLI) et le Fonds de réserve pour la promotion de la stabilité de la monnaie et de l'usage du chèque (Recheque).

Dans la doctrine⁸⁹, on a eu tendance à considérer comme légitime la procédure utilisée pour la constitution du Fonds de Garantie des Crédits, et cela pour les mêmes raisons invoquées pour justifier la constitution du PROER: pouvoir réglementaire du Conseil Monétaire National étendu et englobant à l'égard du fonctionnement du Système Financier National et devoir de jouer un rôle actif dans la préservation de la liquidité et de la solvabilité des institutions financières⁹⁰.

En ce qui concerne la question des transferts des autres fonds vers le F.G.C., la Cour suprême du pays a rendu une mesure provisoire de suspension, jusqu'à ce que le jugement sur le fond soit prononcé. La cause est toujours pendante⁹¹. La doctrine semble toutefois pencher en faveur de la légalité de ces transferts⁹².

La dernière question juridique soulevée par la création du F.G.C. se rapporte à l'obligation pour les institutions financières d'y participer. Le chemin choisi par la Résolution 2.197/95 fut de concilier les prérogatives de réglementation économique avec les bienfaits de l'autoréglementation. La norme se limitait donc à autoriser la constitution du Fonds et à établir quelques paramètres généraux. L'initiative pour la mise en place de l'organisme de protection demeurerait une responsabilité des institutions privées, aucune date limite n'étant fixée pour la création du Fonds et aucune sanction n'étant prévue en cas de non conformité.

⁸⁹ Paulo Martins de CARVALHO Fo., «O Fundo Garantidor de Créditos contra Instituições Financeiras», (1997) 107 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Malheiros Editores, p.190.

⁹⁰ Articles 4, VIII et 3, VI de la Loi 4.595/64.

⁹¹ Geraldo Magela da Cruz QUINTÃO, «Da Constitucionalidade do Fundo de Garantia de Créditos», (1998) 1 Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Editora Revista dos Tribunais, p.152.

⁹² P.M. de CARVALHO Fo., op.cit., note 89. Carvalho considère que l'interdiction faite aux transferts de ressources fédérales établie dans l'article 192, VI de la Constitution fédérale n'est pas applicable jusqu'à l'approbation de la nouvelle loi complémentaire qui encadrera le système financier national et prévoira un fonds ou un système d'assurance-dépôt.

La Résolution n'est pas pour autant dénuée de caractère impératif. L'utilisation des expressions «seront associées» et «participeront» est sans ambiguïté. De plus la Résolution est accompagnée d'autres règles qui subordonnent les autorisations pour participer au système financier à l'adhésion au Fonds⁹³. La Loi 4.595/64 prévoit d'ailleurs l'application de sanctions administratives dans l'hypothèse générique de non-obéissance à la réglementation du Conseil Monétaire National. Par conséquent, la critique⁹⁴ selon laquelle cette obligation serait contraire aux droits et garanties fondamentales protégés par la Constitution fédérale - «personne ne sera obligée à s'associer ou à demeurer associée»⁹⁵ -, n'est vraisemblablement pas sans fondement.

⁹³ Article 13 de la Résolution 2212, du 16 novembre 1995.

⁹⁴ P.M. de CARVALHO, *op.cit.*, note 89, page 197. Carvalho suggère l'abolition de l'obligation de participer au Fonds de Garantie des Crédits mais considère légitime le maintien de l'obligation de verser au Fonds des cotisations de base, indépendamment de la participation au système.

⁹⁵ Article 5, XX de la Constitution fédérale.

SECTION 4. LA RÉDUCTION DE LA PRÉSENCE DU SECTEUR PUBLIC DANS LE SYSTÈME FINANCIER

4.1. Le Programme d'appui à la retraite du secteur public des États de l'activité bancaire (PROES)

Un des principaux volets de la restructuration du système bancaire brésilien est l'adaptation des banques publiques, contrôlées par les États de la fédération brésilienne, à une réalité de discipline fiscale et de stabilité monétaire. Plusieurs États fédérés ont des passifs importants auprès de leurs propres institutions financières, et, étant donné leur situation fiscale précaire, ces opérations constituent, du point de vue de la supervision bancaire, des actifs à recouvrement douteux⁹⁶.

Même si, à partir de juillet 1993, la Résolution 1.996 du Conseil Monétaire National empêche les banques appartenant aux États fédérés de concéder des prêts aux actionnaires de contrôle et aux sociétés d'État, l'encours de ces opérations était déjà très élevé.

D'autre part, ces institutions financières supportent en règle générale des coûts d'administration incompatibles avec leurs recettes. Cette situation retarde le déploiement d'efforts en vue de favoriser les changements technologiques, une tendance qui est pourtant bien implantée dans le secteur bancaire en général. À l'origine de cette situation, la doctrine⁹⁷ identifie des distorsions historiques dans la gestion des banques publiques, comme par exemple la nomination politique de dirigeants, l'octroi parfois irresponsable de prêts et des contrôles comptables lacunaires.

⁹⁶ Banco Central do Brasil, *op.cit.*, note. 53.

⁹⁷ Haroldo M. D. VERÇOSA, «A Regulamentação do art. 192 da Constituição Federal - A independência do futuro Banco Central do Brasil», (1994) 94 *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, p. 35.

La Banco Central do Brasil considère⁹⁸ que seul un programme d'ajustement fiscal et de réforme patrimoniale, avec la participation de l'Union fédérale, pourrait solutionner ces problèmes. Suivant cette logique, outre la renégociation par le Conseil Monétaire National des dettes des États avec la fédération, la Mesure Provisoire 1.514 a été adoptée le 7 juillet 1996. Cette Mesure Provisoire établit les bases du «Programme d'appui à la retraite du secteur public des États de l'activité bancaire - PROES», réglementé par la Résolution C.M.N. 2.365 du 28 février 1997.

La Mesure Provisoire déclare⁹⁹ que la réduction de la présence du secteur public des États dans l'activité bancaire sera appuyée par des mécanismes comme, par exemple, la privatisation, l'extinction, ou la transformation de ces banques en institutions non financières ou en agences de développement. L'extinction pourra se concrétiser par des processus d'incorporation, de fusion, de scission ou toutes autres formes de réorganisation autorisées par la législation sur les sociétés.

L'adoption de solutions adéquates pour chaque cas se fera exclusivement selon l'appréciation de l'Union fédérale, à partir de la demande de l'unité fédérée impliquée¹⁰⁰. Dès lors, la Mesure Provisoire autorise¹⁰¹ l'Union à:

- a) acquérir le contrôle des institutions financières, exclusivement dans le but de les privatiser ou de les liquider;
- b) financer des processus d'extinction, de capitalisation ou de transformation en institution non-financière ou en agence de développement, sous la conduite de l'actionnaire de contrôle;
- c) financer les ajustements nécessaires à la privatisation, ou donner des garanties pour les financements accordés par la Banco Central do Brasil dans ce but, selon les règles établies par le C.M.N.;

⁹⁸ Banco Central do Brasil, *op.cit.*, note. 53.

⁹⁹ Article 1 de la Mesure Provisoire 1514/96.

¹⁰⁰ Article 2 de la Mesure Provisoire 1514/96.

¹⁰¹ Article 3 de la Mesure Provisoire 1514/96.

- d) acquérir des crédits que détient l'institution sur son actionnaire de contrôle (un État fédéré) ou sur des institutions contrôlées par celui-ci, et refinancer les crédits ainsi acquis dans un rapport strictement public; ou
- e) à titre exceptionnel et en respectant les conditions établies à l'article 5, financer un programme d'assainissement de l'institution financière, visant notamment la capitalisation et des changements administratifs favorisant une gestion professionnelle.

Selon l'article 5, dans les hypothèses d'assainissement de l'institution ou de transformation en institution non-financière ou en agence de développement, et à supposer que l'État fédéré contrôle plusieurs institutions, la participation de l'Union fédérale ne dépassera pas 50% des ressources nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures.

L'article 5 prévoit également que l'adoption des scénarios prévus dans la Mesure Provisoire dépend d'une décision du Conseil Monétaire National, prise à partir d'expressions favorables de la Banco Central do Brasil à l'endroit du projet d'assainissement de l'institution en cause, la BACEN devant s'assurer que l'institution est chapeauté par une gestion professionnelle. Elle est aussi tributaire du Trésor National qui doit se prononcer sur l'adéquation de la situation fiscale de l'État impliqué avec l'effort d'assainissement exigé¹⁰².

Si l'avenue retenue est la privatisation, des mesures adéquates visant la viabilité de l'entreprise devront être adoptées, afin d'attirer les investisseurs. La Fédération peut, soit financer des ajustements dans ce but, soit acquérir des crédits que détient l'institution sur son actionnaire de contrôle.

¹⁰² Article 5 de la Mesure Provisoire 1514/96.

Ceci est possible si deux conditions sont remplies: 1) il existe une législation au niveau de l'État fédéré autorisant la privatisation et l'utilisation de son produit pour le paiement des crédits acquis par la Fédération; 2) l'unité fédérée impliquée dépose auprès de la Banco Central do Brasil les actions qu'elle détient.

Le Trésor National est autorisé à financer aussi bien la transformation des banques en institution non financière ou agence de développement, que leur liquidation par des processus d'incorporation, de fusion, de scission ou par toute autre forme de réorganisation sociale. Dans toutes les hypothèses, ces financements auront comme contrepartie des garanties, soit l'attachement de recettes des États ou de transferts fédéraux aux États, soit encore l'attachement d'actions dont le nombre représente le contrôle sur le plan de l'actionnariat de la banque. Toujours dans le but de préserver les finances publiques fédérales, le Trésor National est autorisé, dans le cas de non paiement des financements, à retenir les sommes relatives aux recettes propres et aux transferts fédéraux appartenant aux unités de la fédération. Le paiement du produit de l'aliénation se fera dans un délai de 5 jours à compter de la privatisation.

Les résultats les plus significatifs du PROES, au chapitre de la réduction de la présence des banques des États dans le système furent les privatisations de la Banque de l'État de Rio de Janeiro (BANERJ) en 1997, et de l'une des banques appartenant à l'État de Minas Gerais (Credireal) en août 1997. D'autre part, le maintien des banques sous le contrôle des États fédérés fut subordonnée par le PROES à la modification de pratiques bancaires jugées nuisibles qui se sont réitérées au cours des dernières décennies.

Le programme a permis, par exemple, la renégociation des dettes de l'État de São Paulo auprès de sa banque, la BANESPA, et le retour sur le marché de cette institution d'envergure et de calibre international¹⁰³.

¹⁰³ À ce propos, «Brazilian banking - pricey phoenix», *The Economist*, 14 février 1998. L'article fait le bilan des mesures de restructuration adoptées à l'égard de la BANESPA et met en relief les profit liquides de 1.4 milliard de real dans les neuf premiers mois de 1997, ainsi que le portefeuille de prêts de 21 milliards de real. L'envergure, la liquidité et l'importance du réseau de 550 succursales dans l'État de São Paulo annoncent, selon la publication anglaise, des bonnes perspectives pour la privatisation de l'institution.

Cette opération d'assainissement, qui a demandé la collaboration des gouvernements de la Fédération (loi fédérale 9.940/97 et résolution du Sénat Fédéral 33/96) et de l'État (loi de l'État de São Paulo 9.466/98), constitue un pas important dans la restructuration du secteur, rendue possible par le PROES.

4.2. Les mesures d'ajustement au niveau fédéral

Les banques publiques fédérales n'échappent pas à la nécessité d'ajustement à l'environnement de stabilité économique. Dans le cas de la Banco do Brasil - une des plus grandes institutions bancaires du pays¹⁰⁴ - ce processus s'amorça par la reconnaissance des pertes et des créances douteuses qui s'étaient accumulées depuis quelques années. Il s'ensuivit une augmentation temporaire de la participation du gouvernement fédéral au capital de la banque, et cela, par une capitalisation de 8 milliards de *real* (approximativement 6,7 milliards de dollars américains); cet apport de capital fut accompagné de réajustements administratifs, dont l'objectif fondamental était de réduire les coûts de gestion et de moderniser les services bancaires.

Également, la Caixa Econômica Federal - une caisse d'épargne qui administrait le Système Financier de l'Habitation (S.F.H.) au Brésil - a subi une réforme structurelle, dont le coup d'envoi fut la Mesure Provisoire 1.510/96. La mise en place d'un nouveau cadre juridique pour le système de financement immobilier signifiera un nouveau rôle pour cette institution.

Une troisième institution fédérale, la Banco Meridional - fruit du redressement et de la nationalisation d'une banque privée insolvable dans les années 80 - fut privatisée en décembre 1997.

¹⁰⁴ Source: American Banker - 1992 Ranking the Banks - Top Numbers 1992, cité dans P.L. Messina, *op. cit.*, note 54. La Banco do Brasil est la banque brésilienne la plus active sur les marchés internationaux. Elle compte des succursales dans les principaux centres financiers du monde et gère une partie majoritaire des exportations brésiliennes. Selon le classement mentionné, elle est classée au 75^e rang mondial selon la valeur totale des actifs.

SECTION 5. LA PARTICIPATION ÉTRANGÈRE DANS LE SYSTÈME FINANCIER NATIONAL

Dans le cadre d'une deuxième phase dans le processus de restructuration du secteur, une participation plus active des banques étrangères dans le Système Financier National est envisagée¹⁰⁵. Il est calculé qu'une ouverture du marché bancaire brésilien aux institutions étrangères devrait entraîner des effets positifs à l'égard de sa compétitivité et de la qualité globale des opérateurs. De plus, l'entrée des nouvelles banques peut permettre d'envisager la conclusion heureuse des processus d'intervention conduits par la Banco Central do Brasil; elle peut également faciliter l'absorption, par des solutions recourant aux mécanismes du marché, d'institutions qui sont en proie à des problèmes de liquidité ou de solvabilité.

Comme mentionné plus haut, l'Acte des dispositions constitutionnelles transitoires - une annexe provisoire à la Constitution de 1988 - dispose¹⁰⁶ que jusqu'à ce que les conditions de la participation étrangère soient fixées par la loi complémentaire à venir, l'établissement de nouvelles succursales d'institutions financières étrangères au Brésil et l'augmentation de la participation étrangère au capital des institutions existantes demeurent interdits. La prohibition générale ne s'applique cependant pas¹⁰⁷ aux autorisations qui résultent d'accords internationaux prévoyant la réciprocité ou qui sont justifiées par l'intérêt national.

L'Exposé des Motifs 311 du Ministère des finances, daté du 23 août 1995, établit les directives fondamentales relatives à l'application de l'exception admise dans le dispositif mentionné. Il reconnaît comme étant de l'intérêt national la participation des personnes physiques ou morales étrangères au capital des institutions financières brésiliennes.

¹⁰⁵ J.R.M.de BARROS et M.F. de ALMEIDA JR., *op.cit.*, note 56, page 13. Cette deuxième phase se complèterait par les mesures d'ajustement visant la réduction de la présence du secteur public dans le système financier. Une troisième phase aurait pour point de mire l'ajustement du modèle opérationnel des banques brésiliennes, par l'augmentation du levier des opérations d'intermédiation financière et des profits provenant des services bancaires.

¹⁰⁶ Article 52 de l'Acte des dispositions constitutionnelles transitoires (ci-après A.D.C.T.).

¹⁰⁷ Paragraphe unique de l'article 52 de l'Acte des dispositions constitutionnelles transitoires.

L'exposé recommande à la Présidence de la République de faire usage de la prérogative, qui lui est accordée par le paragraphe unique de l'article 52 de l'A.D.C.T., afin d'accepter l'investissement étranger dans le secteur, soit par l'ouverture de nouvelles banques, soit par l'acquisition de celles existantes.

Conséquemment, la Banco Central do Brasil et le Conseil Monétaire National examineront les aspects techniques de chaque proposition et les soumettront à l'examen du Ministère des finances et de la Présidence de la République pour que soit adopté un décret présidentiel d'autorisation.

Cette mécanique a déjà permis à plusieurs banques présentes sur la scène internationale d'accroître leurs participations dans les institutions locales, ou de faire leur entrée sur le marché financier brésilien. Ce fut le cas de la Banque Nationale de Paris, de l'Union Bancaire Privée, de la Deutsche Südamerikanische Bank, de la Deutsche Bank, du Crédit Suisse First Boston, de la HSBC, de la Société Générale, de Santander, de Flemings, de ABN-Amro, de la SBC Warburg, de la Lloyds Bank, de Bilbao Vizcaya, de la Caixa Geral de Depósitos et de la Banco Galicia.

Ces opérations ont permis, dans une dizaine de cas, de conclure des régimes d'intervention, avec satisfaction des créanciers, et dans d'autres, d'augmenter la concurrence sur certains segments particuliers du système financier. Il demeure qu'un nombre élevé de nouveaux concurrents dans un secteur où les marges de profits ont connu une courbe descendante¹⁰⁸ peut occasionner des problèmes bancaires. La Banco Central do Brasil et le Conseil Monétaire National doivent, par conséquent, s'assurer du respect des limitations globales qui s'appliquent à l'entrée dans le marché bancaire.

¹⁰⁸ C'est le cas, par exemple, du secteur des banques d'investissement. Selon le magazine anglais *The Economist*, l'intensification de la concurrence dans ce segment depuis une décennie a provoqué une réduction des marges de profits; les résultats décevants dans les opérations de privatisations sont significatifs. Cela mène à un redéploiement du secteur vers les services de de financement des sociétés ou dans la gestion des fonds d'investissement. À ce propos, voir «Brazil's Investment Banks - Short on profits», *The Economist*, 7 mars 1998.

CHAPITRE III – LA RERÉGLEMENTATION DANS LE DOMAINE DE LA CRISE BANCAIRE EN EUROPE

Le secteur bancaire est certainement un de ceux qui connaît les transformations les plus profondes dans l'économie des pays de l'Union européenne. L'impact des processus de mondialisation et de déréglementation se cumule aux défis imposés par la construction de l'union économique, qui altère en profondeur l'environnement dans lequel les banques exercent leurs activités - la monnaie étant un de ses composants centraux - et également le cadre juridique de la réglementation bancaire.

La reréglementation européenne à l'égard de la crise bancaire se déploie sur deux fronts: d'une part, les changements juridiques suivant la mise en place du marché bancaire européen et de l'union monétaire; d'autre part, les modifications des législations nationales. Le premier groupe de transformations présente évidemment la plus grande complexité. Les adaptations nationales sont en règle générale entraînées par le processus de construction européenne, en réponse aux nécessités d'harmonisation législative.

Cette étude se concentrera sur les changements juridiques relatifs à la crise bancaire au niveau paneuropéen, dans le cadre de la construction du marché bancaire commun et des enjeux posés par l'unification monétaire. Les transformations législatives des nations européennes ne seront mentionnées que lorsqu'elles entreront en interaction avec le processus communautaire. L'objectif de cette partie du travail n'est pas de comparer les réactions de chaque État dans le domaine de la crise bancaire, mais plutôt de comprendre les particularités du processus européen d'adaptation et de le comparer avec le parcours brésilien.

SECTION 1. LES ENJEUX DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE POUR LE SECTEUR BANCAIRE

Un des principaux spécialistes du marché bancaire européen, Franck Bancel, considère¹⁰⁹ que la logique économique qui sous-tend la construction communautaire est relativement simple: *«la constitution d'un grand marché supprimera les coûts des transactions pour passer d'un marché à un autre... En opérant sur un marché plus vaste, les entreprises vont pouvoir dégager des économies d'échelle et à terme, renforcer leur compétitivité vis-à-vis de leurs concurrents japonais et américains. Enfin, les gains réalisés par les consommateurs serviront à relancer la machine économique dans l'ensemble des pays de la Communauté».*

L'auteur remarque cependant que la mise en œuvre d'une stratégie globale en Europe peut avoir, en ce qui concerne particulièrement le secteur bancaire, des conséquences plus complexes que les simples avantages concurrentiels envisagés par les leaders européens. Au moment de la rédaction de son œuvre - 1993 -, il essaya d'identifier les principaux dangers et bénéfices découlant de la construction du marché bancaire européen, et d'avancer des hypothèses sur l'avenir du secteur à partir de l'unification monétaire, alors une perspective lointaine.

La première grande transformation pour le secteur financier fut la mise en place d'un marché unique. Dans la mesure où un nouveau cadre de compétition s'est fixé, les banques ont eu des opportunités pour reformuler leurs stratégies, tant au niveau local que sur la scène régionale. Bancel met en évidence que si les banques adoptent des stratégies communautaires, une diminution du nombre de concurrents sera inévitable, ce qui n'est pas pour autant une condition suffisante pour assurer les avantages concurrentiels d'un marché unique. Or, si l'élargissement de la concurrence représente un défi pour les entreprises bancaires, il en va de même pour les systèmes bancaires.

¹⁰⁹ Franck BANCEL, *L'Europe des Banques*, Boulogne, SÉFI, 1993. Paul KRUGMAN adresse dans «La Mondialisation n'est pas coupable - vertus et limites du libre échange», Édition la Découverte, Paris 1998 (titre de l'édition originale «Pop internationalism») une critique à l'égard de ce qu'il dénomme «la rhétorique de la compétitivité», à savoir, la croyance que les États sont en compétition sur les marchés mondiaux. Il reconnaît cependant que cette idée est devenue dominante parmi les leaders d'opinion du monde entier, y compris ceux qui conduisent le processus d'unification européenne.

Ensuite, la création de la monnaie unique et d'une banque centrale européenne, et leurs conséquences au niveau de la santé des banques, font, à quelques mois à peine de la date prévue pour ces événements, l'objet d'inquiétudes de la part de la presse spécialisée¹¹⁰. On craint la diminution, ou la simple disparition, d'importantes sources de profits - provenant des marchés de change, des bons gouvernementaux et de crédits aux sociétés - et rien n'assure que les firmes européennes parviendront à assumer le *leadership* devant leurs concurrents nord-américains, notamment dans les secteurs en croissance.

Conséquemment, si l'incertitude s'accroît, une adaptation des institutions juridiques relatives à la crise bancaire devient nécessaire, autant au niveau national que sur le plan communautaire, ainsi qu'une coordination entre ces deux niveaux. Cette adaptation doit tenir compte du nouveau cadre de concurrence propre au marché, ainsi que des contraintes imposées par les nouveaux environnements économique et institutionnel, notamment ceux qui découlent d'une monnaie, d'une banque centrale uniques et d'une politique monétaire commune.

¹¹⁰ «The Single Currency - Pressure on the plumbers», The Economist, 19 septembre 1998.

SECTION 2. LA CONSTRUCTION DU MARCHÉ BANCAIRE COMMUN ET LA CRISE BANCAIRE

En dépit de la reconnaissance¹¹¹ du rôle majeur des banques dans l'intégration économique européenne, l'affirmation du principe de liberté d'établissement n'a vu le jour que vingt ans après la signature du Traité de Rome. Depuis l'apparition des premières directives, dans les années 70, l'Union européenne est passée dans les années 80 de l'harmonisation de règlements relatifs au contrôle et à la gestion bancaire à l'achèvement du marché unique, en 1993. Ce long processus a toujours tenu compte de la nécessité de préserver la santé des institutions et des systèmes bancaires.

2.1. Les premières directives

La première directive bancaire de 1973¹¹² et la première directive de coordination bancaire de 1977¹¹³ avaient pour objectif de poser le principe de la liberté d'établissement, c'est-à-dire d'éliminer les restrictions à l'établissement des banques d'un État membre dans un autre État membre.

La première directive, adoptée le 28 juin 1973, demandait aux États membres de ne pas faire de discrimination à l'égard des banques des autres pays membres. De portée limitée, cette norme ne prétendait pas coordonner l'action des pays membres, mais exigeait qu'ils adoptent le principe de non-discrimination à l'égard de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services financiers.

¹¹¹ Étant donné leur capacité de favoriser le développement des entreprises, les banques sont des acteurs importants de l'économie, et seraient au centre des enjeux communautaires. Cette reconnaissance est attribuée à la Commission européenne par F. BANCEL, *op.cit.*, note 109.

¹¹² Directive 73/183/CEE.

¹¹³ Directive 77/780/CEE.

La doctrine¹¹⁴ soutient qu'elle portait davantage sur le concept d'intégration négative que sur celui de coordination. Une période de dix-huit mois était laissée aux États pour se conformer à ces principes.

La première directive de coordination bancaire apporte un certain nombre de définitions – celles d'«établissement de crédit», d'«agrément» et de «succursale» – dans le but de mettre en place des conditions concrètes à l'exercice de la liberté d'établissement. Son objectif est d'harmoniser les conditions d'agrément, sans empêcher certains États d'adopter une politique plus stricte, à la condition qu'il n'y ait pas de discrimination envers les banques des autres pays membres.

La directive de coordination permet¹¹⁵ aux États de procéder à un examen des demandes d'agrément en fonction des «besoins économiques». Cette notion est à son tour rattachée aux limites relatives «à la sécurité de l'épargne, à l'accroissement de la productivité du système bancaire, à une plus grande homogénéité de la concurrence entre les différents réseaux bancaires, à un plus large éventail des services bancaires en fonction de la population et des activités économiques» (nous soulignons).

Voilà donc une préoccupation précoce des autorités communautaires quant aux effets du marché unique ou de la compétition accrue sur la sécurité de l'épargne. De même, la mention de la productivité du «système bancaire» signifie l'admission qu'une concurrence désordonnée pourrait avoir des effets néfastes non seulement sur la santé des opérateurs, mais aussi sur celle des systèmes bancaires. Par conséquent, la stratégie des autorités communautaires est de laisser, par cette relativisation du principe de non-discrimination, une marge de manœuvre aux autorités nationales quant aux considérations relatives à la crise bancaire.

¹¹⁴ José Maria de A. CALHEIROS, *O Sector Bancário e a CEE*, Lisboa, Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 1993.

¹¹⁵ Article 3 de la Directive 77/780/CEE.

2.2. Les directives de surveillance dans les années 80

À partir des années 80, on assiste aux premières initiatives de la Communauté pour renforcer les règles prudentielles et pour assurer le fonctionnement sécuritaire des systèmes bancaires.

S'appuyant sur la contribution du Comité de Supervision Bancaire de Bâle¹¹⁶, la Communauté adopte une directive¹¹⁷ qui établit la surveillance des institutions de crédit sur une base consolidée, soit une surveillance qui porte à la fois sur les activités de la maison mère et sur celles des filiales. Cela permet à l'État d'origine d'exercer une surveillance sur tout le «groupe bancaire» ayant siège sur son territoire. La Directive 92/30/CEE achève l'établissement du cadre concernant la supervision sur une base consolidée.

En décembre 1986, la Communauté définit¹¹⁸ un ensemble de règles relatives à la tenue des comptes des institutions financières. Les dispositions tentent d'homogénéiser la présentation du bilan et des comptes de résultat des banques européennes; elles cherchent également à établir des critères d'évaluation des immobilisations, des procédures de consolidation, et posent l'obligation pour un établissement de crédit de publier ses états financiers dans tous les États membres où son réseau est établi.

Finalement, la directive 89/117/CEE du 13 février 1989, complète les précédentes en ce qui concerne le concept de «groupe bancaire» et les obligations relatives à la publicité des comptes. La préoccupation sous-jacente de ces directives est d'éliminer ce que la doctrine¹¹⁹ appelle les «trous noirs» de la supervision bancaire, c'est à dire ces situations où les institutions de crédit échappent au contrôle des autorités de la pluralité de pays impliqués.

¹¹⁶ Le Second Concordat de Bâle.

¹¹⁷ Directive 83/350/CEE, du 18 juillet 1983.

¹¹⁸ Directive 86/635/CEE, du 8 décembre 1986.

¹¹⁹ Alberto SOUTO DE MIRANDA, *Temas de Direito Comunitário*, Lisboa, Almedina, 1990. Souto de Miranda affirme que le principe du contrôle par le pays d'origine ne se confond pas avec celui de la supervision sur une base consolidée. Le premier se rapporte au contrôle d'une institution de crédit unique, avec des succursales dans des États autres que celui du siège; le deuxième principe s'applique aux groupes composés d'institutions dont les existences juridiques sont distinctes.

2.3. Les directives au sujet des règles de capital

En avril 1989, encore à partir de la contribution du Comité de Bâle, une directive communautaire relative aux fonds propres est approuvée¹²⁰.

La directive institue¹²¹ un mécanisme de calcul pour le montant des fonds propres. Une distinction entre les éléments internes et les éléments externes des fonds est fixée, et on détermine que ces derniers ne peuvent représenter plus de 50% du total des éléments internes. Ce mécanisme sera commun à tous les États membres. Une période d'ajustement est prévue: elle s'étend jusqu'au premier janvier 1995 et le dépassement des limites n'est admis que dans des circonstances exceptionnelles.

Les considérants¹²² de cette directive font état de la préoccupation de la communauté d'assurer la «protection de l'épargne» et la continuité de l'activité bancaire, ainsi que de trouver des moyens permettant l'absorption des pertes, ce qui rendrait possible un marché davantage concurrentiel. Une fois de plus, la recherche d'un équilibre entre une concurrence accrue et un système bancaire stable anime ces règles de base communes. La directive 91/633/CEE, du 3 décembre 1991 actualisera ces règles.

Un autre directive de 1989¹²³ vient compléter ce cadre réglementaire. Inspirée elle aussi des travaux du Comité de Bâle, cette directive porte sur les ratios de solvabilité des établissements de crédit; elle rapporte les fonds propres à la valeur pondérée selon le degré de risque des actifs et des engagements hors bilan. Avec ce dernier élément comptable se trouvent intégrés de nouveaux instruments financiers dans le calcul de l'exposition des banques aux risques de crédit et de marché.

¹²⁰ Directive 89/299/CEE, du 17 avril 1984.

¹²¹ Article 2 de la Directive 89/299/CEE. Les éléments internes sont «le capital versé, auquel est ajouté le compte des primes d'émission, les réserves et les résultats reportés par affectation du résultat final, les réserves de réévaluation, les fonds pour risques bancaires généraux». Les éléments externes sont «les engagements des membres des établissements de crédit constitués sous la forme de sociétés coopératives et les engagements solidaires des emprunteurs de certains établissements organisés sous la forme de fonds, et, les actions préférentielles cumulatives à échéance fixe».

¹²² Considérants 1, 3 et 4 de la Directive 89/299/CEE.

¹²³ Directive 89/647/CEE, du 18 décembre 1989.

La pondération du risque des actifs se base sur leur classification selon cinq catégories précisées par la directive. Un chiffre provisoire de 8% est fixé pour le ratio fonds propres/valeur pondérée des actifs¹²⁴. La date du 1^{er} janvier 1993 est établie pour l'entrée en vigueur du ratio. Et, dans les cas où il s'avère inférieur, les autorités compétentes doivent prendre les mesures pour l'établir à ce niveau.

Le thème du ratio de solvabilité sera repris par les directives 91/31/CEE et 94/7/CEE - lesquelles incluent la Banque Européenne de Reconstruction et Développement et le Fonds Européen d'Investissement dans la définition des banques multilatérales de développement -, ainsi que par les directives 92/30/CEE et 95/15/CEE. Ces dernières actualisent les exigences de ratio et se mettent au diapason des innovations financières des années 90.

2.4. D'autres initiatives communautaires à l'égard de la crise bancaire

La deuxième moitié des années 80 donne lieu à la multiplication des discussions et de propositions normatives à l'égard de la préservation de la santé des systèmes bancaires dans un marché intégré. La précocité du thème, étant donné le rythme de progression du calendrier de construction du marché bancaire commun, ne permettait pas la transformation de toutes ces initiatives en normes concrètes. Néanmoins, quelques-unes des préoccupations des autorités communautaires se traduiront par des recommandations qui aboutiront dans les années 90 à l'adoption de directives.

En 1985, la Communauté propose¹²⁵ une directive pour la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit. Cette proposition s'appuyait expressément sur la notion de «spécificité des banques», examinée lors du chapitre préliminaire de cette étude, et sur les effets systémiques que les faillites bancaires peuvent entraîner.

¹²⁴ Article 10, § 1^{er} de la Directive 89/647/CEE.

¹²⁵ COM(85) 788 final, du 23 décembre 1985, J.O.C.E. du 31 décembre 1985.

La proposition adopte un système dual¹²⁶ pour la mise en place de mesures d'assainissement: a) le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite, couplé à celui du contrôle par le pays d'origine¹²⁷ sont appliqués lors de la faillite d'une institution qui exerce ses activités dans plusieurs États membres de la Communauté; b) s'il s'agit d'une institution ayant son siège hors de la Communauté, la thèse de la territorialité prévaut: les autorités du pays d'accueil conservent la prérogative de gérer les mesures d'assainissement. La proposition de directive indique également, dans son article 16, que «les États membres veillent à ce que les systèmes de garantie des dépôts existant sur leur territoire couvrent les dépôts des succursales d'établissements ayant leur siège social dans un autre État membre».

Comme on le verra plus tard, l'attribution de pouvoirs législatifs, réglementaires et administratifs à l'égard des faillites bancaires demeure un des thèmes parmi les plus complexes du processus d'intégration européen. L'adoption d'une directive à ce sujet fait encore l'objet de débats au sein de l'Union européenne.

Le même projet de directive propose¹²⁸ l'établissement par les États membres de systèmes de garantie de dépôts couvrant aussi les dépôts dans les succursales des institutions ayant siège dans un autre État membre. En 1987, ce thème donne lieu à une recommandation¹²⁹ de la Commission européenne. On devra pourtant attendre 1994 pour qu'une directive¹³⁰ à ce sujet soit approuvée.

¹²⁶ F. BANCEL, *op.cit.*, note 109.

¹²⁷ J. M. de A. CALHEIROS, *op.cit.*, note 114. Selon Calheiros, le considérant 6 du projet de directive implique une permission aux autorités du pays d'origine d'appliquer sa législation hors du territoire national.

¹²⁸ Considérants 1, 3 et 4 de la Directive 89/299/CEE.

¹²⁹ Recommandation 87/63/CEE du 22 décembre 1986 relative à l'instauration d'un système de garantie des dépôts.

¹³⁰ Directive 94/19/CEE, du 30 mai 1994.

Ces tentatives d'harmonisation sont complétées par une recommandation¹³¹ concernant la surveillance et le contrôle des «risques importants». Le risque important est défini comme l'engagement d'une banque envers un seul client (ou groupe) qui dépasse les 15% de ses fonds propres. Le risque important doit faire l'objet d'une communication aux autorités de supervision. Une interdiction joue pour les engagements auprès d'un client unique qui sont supérieurs à 40% des fonds propres. Ces idées sont à la base de la directive 92/121/CEE du 21 décembre 1992.

Cet ensemble de mesures fut conçu pour entrer en vigueur simultanément avec les règles de capital fixées par les directives 89/299/CEE et 89/647/CEE, ce qui a coïncidé avec l'approbation de la deuxième directive de coordination bancaire. Elles ont établi¹³² les pré-conditions essentielles, dans le domaine de la réglementation préventive et de la préservation de la stabilité des systèmes bancaires, à l'unification du marché envisagée pour l'année 1992.

¹³¹ Recommandation 87/62/CEE du 22 décembre 1986 sur la surveillance et le contrôle des risques importants encourus par les établissements de crédit.

¹³² George S. ZAVVOS, «The Integration of Banking Markets in the ECC – The Second Banking Coordination Directive», (1988) 2 Journal of International Banking Law, p.53/62.

2.5. La deuxième directive de coordination bancaire¹³³

La deuxième directive de coordination bancaire signifie, du point de vue formel, l'achèvement du marché bancaire unifié en Europe qui avait été fixé pour le 1^{er} janvier 1993¹³⁴. Elle représente l'abandon par la Commission européenne de la recherche d'une harmonisation complète, et cela, selon la lecture de la doctrine spécialisée, en faveur d'une perspective d'harmonisation minimale¹³⁵ et d'une priorité accordée à la libéralisation¹³⁶ ou à la déréglementation¹³⁷ dans le secteur financier.

Parmi les nombreuses dispositions de cette directive - qualifiée par certains d'«Acte bancaire européen»¹³⁸ -, plusieurs appartiennent au champ spécifique de la prévention et du redressement de la crise bancaire, en particulier celles qui portent sur la réglementation préventive et la supervision bancaire.

¹³³ Directive 89/646/CEE du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et modifiant la directive.

¹³⁴ Article 24, § 1^{er} de la Directive 89/646/CEE.

¹³⁵ J. M. de A. CALHEIROS, *op.cit.*, note 114. Calheiros considère que le principe d'harmonisation minimale est compatible avec le processus de déréglementation partielle dans le domaine bancaire, même si le fait d'harmoniser des règles suppose, malgré tout, l'imposition d'un type de réglementation. Il souligne cependant le caractère instrumental du principe de l'harmonisation minimale, c'est à dire, que l'harmonisation est menée dans l'objectif de consolider un autre principe, plus essentiel, celui de la reconnaissance mutuelle. On pourrait alors parler d'une harmonisation suffisante.

¹³⁶ Paolo CLAROTTI, «Un pas décisif vers le marché commun des banques – La deuxième directive de coordination en matière d'établissement de crédit », (1989) 330 Revue du Marché Commun, p. 443.

¹³⁷ Christine LUNGHI, «Réflexions sur le décloisonnement entre la banque et l'assurance dans la Communauté Européenne», (1986) 294 Revue du Marché Commun, p. 91. Lunghi admet qu'il puisse exister une déréglementation par l'harmonisation. Calheiros considère plutôt que la déréglementation nationale a un lien de cause à effet avec la mise en place d'une réglementation communautaire.

¹³⁸ George S. ZAVVOS, «L'acte bancaire européen: objectifs et conséquences », (1988) 4 Revue d'Économie Financière, p. 52.

2.5.1. Les règles préventives dans l'Acte bancaire européen

Le principe de l'unicité de l'agrément bancaire - une évolution du principe de la liberté d'établissement introduit par la première directive de coordination - emporte qu'après avoir obtenu un agrément par son pays d'origine, un établissement de crédit peut offrir ses services directement aux résidents des autres États membres, sans qu'aucune restriction ne puisse lui être imposée.

L'adoption de ce principe par la directive 89/646¹³⁹ a exigé une harmonisation des conditions d'agrément; l'apport de capital initial fait ainsi l'objet de précisions dans la directive. Le montant des fonds initiaux nécessaires à la constitution d'une institution financière est fixé à un minimum de cinq millions d'écus. Une procédure spécifique peut être engagée pour justifier la constitution de catégories particulières d'établissements de crédit à partir d'un apport minimal de un million d'écus, à la discrétion des États membres¹⁴⁰.

Des règles relatives à la transparence des conditions d'agrément sont fixées. Ainsi, non seulement l'identification de l'actionnariat devient objet d'un principe communautaire¹⁴¹, mais des mécanismes de consultation¹⁴² entre les États membres sont construits pour le rendre effectif. Les États membres conservent la prérogative de refuser l'agrément s'ils éprouvent des réserves sur les actionnaires et des informations préalables et quantifiées quant aux participations dans le secteur bancaire sont exigées pour l'agrément¹⁴³.

¹³⁹ Article 6, alinéa 1 de la Directive 89/646/CEE.

¹⁴⁰ Article 4 de la Directive 89/646/CEE.

¹⁴¹ Article 5 de la Directive 89/646/CEE.

¹⁴² Article 7 de la Directive 89/646/CEE.

¹⁴³ Article 11, § 1^{er} de la Directive 89/646/CEE.

Finalement, un contrôle des participations des investisseurs dans les établissements de crédit et de ces derniers dans le secteur non-financier est prévu. Des limites maximales sont fixées pour les participations des établissements de crédit dans le secteur non-financier - 15% des fonds propres dans une entreprise qui n'appartient pas au secteur financier ou relève de services auxiliaires et 60% des fonds propres pour le total des participations. Un dépassement temporaire de ces limites est admis; les autorités compétentes sont alors obligées de corriger la situation.

2.5.2. Les règles de supervision dans l'Acte bancaire européen

La supervision bancaire doit s'adapter à la nouvelle réalité du marché unique. Le principe du contrôle par le pays d'origine, issu des directives de supervision des années 80, est préservé, mais il est ajouté une précision quant à la nécessaire collaboration entre les États membres; également, une nuance est apportée au principe général.

La deuxième directive de coordination prévoit un rapport particulier de coopération entre le pays d'accueil et celui d'origine dans les cas où il s'avère nécessaire d'exiger des banques des solutions quant aux risques résultant de expositions sur les marchés, et également pour la surveillance de leurs liquidités. De plus, elle permet également aux autorités du pays d'origine de faire des vérifications dans les succursales établies dans d'autres pays membres, sous réserve d'un avis préalable aux autorités du pays d'accueil. Une atténuation au principe du contrôle par le pays d'origine est prévu car le pays d'accueil garde une responsabilité entière pour la politique monétaire.

Ce sont précisément autour de ces thèmes que gravitent les problèmes bancaires: le contrôle de la liquidité demeure la préoccupation centrale de la supervision bancaire lors des fragilisations bancaires et la discrétion quant à la politique monétaire - la mise en place de prérogatives plus ou moins étendues pour le prêteur de dernier ressort - constitue un des recours traditionnels des autorités dans la gestion de crises. Sur ce point, le choix arrêté par l'Union européenne consiste à laisser aux États nationaux la responsabilité pour la gestion des problèmes et des crises bancaires dans les établissements exerçant des activités sur leur territoire.

SECTION 3. LA PRÉVENTION ET LE REDRESSEMENT DE LA CRISE BANCAIRE DEPUIS LA FORMATION DU MARCHÉ BANCAIRE COMMUN

La mise en place du marché bancaire commun en Europe n'a pas entraîné un ralentissement des initiatives de coordination ou d'harmonisation législative. Au contraire, depuis 1993 plusieurs thèmes relatifs au secteur financier ont continué à faire l'objet d'examens par la Commission européenne, et celle-ci a su produire des recommandations et des directives. Ce furent notamment le cas dans les domaines des services d'investissement¹⁴⁴, des réseaux contractuels de compensation¹⁴⁵, de la compensation aux investisseurs¹⁴⁶ et des transferts hors frontières¹⁴⁷.

En ce qui concerne le domaine particulier de la crise bancaire, des faillites significatives, comme celles de la *Bank of Commerce and Credit International* et de la *Barrings* en Angleterre, de même que la crise du Crédit Lyonnais en France, ont été des événements qui ont maintenu ce thème à l'avant-plan de la scène européenne. Plusieurs initiatives se sont poursuivies à propos des points suivants: l'instauration de systèmes de protection des dépôts, le renforcement de la supervision préventive, suite à l'affaire BCCI, l'approfondissement des règles relatives aux fusions et aux acquisitions bancaires, et finalement, l'implantation d'une législation européenne sur la liquidation des institutions financières.

¹⁴⁴ Directive 93/22/CEE, du 10 mai 1993.

¹⁴⁵ Proposition de directive COM (94) 585, du 10 mai 1995.

¹⁴⁶ Proposition de directive COM (94) 585, du 22 mai 1995.

¹⁴⁷ Proposition de directive COM (95) 264, du 18 septembre 1995.

3.1. La directive concernant les systèmes de protection de dépôts

Compte tenu des résultats relativement décevants de la recommandation de 1987 à propos de la mise en œuvre des schémas de garantie des dépôts, la Commission européenne poursuit la tentative de faire approuver une directive à ce propos. En 1994, cette proposition est finalement acceptée¹⁴⁸, après une longue période de débats où s'est fait sentir l'objection allemande.

La directive introduit une limite minimale de protection de 20000 écus par déposant, exceptions faites pour la Grèce et le Portugal - qui n'avaient pas, à cette date, de mécanismes de protection -, pour lesquels la limite est fixée à 15000 Ecus.

La directive emporte l'abandon du principe du contrôle par le pays d'accueil - auquel les systèmes de protection de dépôts étaient traditionnellement attachés. Elle exprime plutôt une préférence pour l'adoption du principe du contrôle par le pays d'origine, un principe, il est vrai, dominant dès les débuts de la construction du marché unique dans le domaine de la supervision bancaire. La proposition se justifiait¹⁴⁹ par l'argument que puisque chaque pays doit supporter le coût de sa supervision, une assurance ne devrait pas être accordée sans la supervision correspondante.

Cette orientation a donné ouverture au principal conflit à propos de la directive. La disparité entre les niveaux de protection accordés par chaque pays européen posait le problème des distorsions dans la concurrence, ce qui amena la Commission à envisager un mécanisme complémentaire administré par le pays d'accueil, dans les cas où celui-ci compte sur des mécanismes de protection plus généreux que ceux du pays d'origine.

¹⁴⁸ Directive 94/19/EC, du 30 mai 1994.

¹⁴⁹ Dirk SCHOENMAKER, «Internationalisation of Banking Supervision and Deposit Insurance», (1993) 3 Journal of International Banking Law, p. 106.

Pour les analystes¹⁵⁰, cette tentative de concilier les deux principes ne fournissait pas de réponse véritablement satisfaisante à l'hypothèse où la protection du pays d'origine est plus élevée que celle du pays d'accueil, sans compter qu'elle signifiait une dilution de la thèse du contrôle par le pays d'origine.

Finalement, la solution adoptée fut de limiter au niveau prévu par le pays d'accueil la couverture pour les déposants des succursales des banques étrangères - ce qui entraîna l'opposition allemande à la directive¹⁵¹ - et de prévoir que si la couverture de l'État d'accueil est plus généreuse, l'institution financière peut joindre volontairement ce système pour compléter la protection accordée par celui du pays d'origine.

D'autres interrogations sont apparues¹⁵² du fait que certains pays - comme la France - comptaient sur des systèmes de protection de nature contractuelle, et que ceux-ci étaient restreints à la couverture de certains types de dépôts. La directive européenne exige l'établissement par la loi d'un modèle de protection, et l'extension de la couverture à tous les clients, y compris ceux des filiales étrangères. En plus, dans le cas français, la valeur minimale établie par la directive est plus petite que la valeur précédemment offerte par le système de protection.

L'absence d'une limite maximale à la protection des dépôts fait aussi l'objet de reproches des spécialistes du sujet¹⁵³, que ce soit en raison des distorsions concurrentielles que cela introduit dans le marché, ou en raison de la possibilité qu'apparaisse un risque moral lié à une couverture trop élevée.

¹⁵⁰ Id, p. 112.

¹⁵¹ L'opposition allemande est imputable au fait que ce pays, qui s'était doté d'un schéma de protection à la fois rigoureux quant aux procédures de paiement, et généreux quant aux valeurs de couverture, considérait que le modèle de la Directive réduisait la protection des clients des banques allemandes à l'étranger. Voir (1994) 8 *JIBL*, News Section, European Union - Banking Regulation, Bank Deposit Guarantees, p. 183.

¹⁵² Rachid RAFA, «Bank Deposit Guarantee in France: Current Flaws and Future Prospects», (1993) 11 *JIBL*, p. 471.

¹⁵³ S. J. KEY, *Deposit-Protection Schemes: Issues for an EC Directive*, Bruxelles, Research Report n. 11, Centre for European Policy Studies Report, 1992.

Une dernière critique¹⁵⁴ cible le fait que la directive ne se préoccupe pas des moyens de financement des systèmes de protection, ce qui permet la préservation d'anomalies comme celles que l'on retrouve dans le modèle anglais. Celui-ci prévoit une couverture par déposant, alors que le taux de contribution des banques au fonds est calculé sur le total de dépôts, sans que ne soit pris en considération le nombre de clients.

L'adoption de la directive aura cependant le mérite de stimuler la mise en place d'un schéma de protection de dépôts en Grèce (ce qui devient possible avec la loi 2114/93) et au Portugal, ainsi qu'une adaptation d'autres systèmes préexistants, comme ceux de la France (par la loi 94/679, du 08 août 1994) et du Danemark.

3.2. La directive post-BCCI

La faillite de la *Bank of Credit and Commerce International*, dont le siège est au Luxembourg mais qui comptait une forte présence sur le marché anglais et sur les marchés internationaux, a provoqué une révision profonde de certaines pratiques de supervision en Europe. En Angleterre, la crise de la BCCI a fait l'objet d'une enquête sur les causes et les mesures à adopter, qui culmina avec la présentation du «*Bingham Report*», en 1992.

¹⁵⁴ Dolf DARNTON et Mark REED, «European Commission - Proposed Directive on deposit-guarantees schemes», News Section (1992) 7 *JIBL*, p. N-132.

Richard Dale¹⁵⁵ considère que, bien que l'objectif premier de l'enquête *Bingham* était d'analyser la supervision de la BCCI par les autorités du Royaume-Uni - pays d'accueil -, le rapport identifie quelques faiblesses des régimes internationaux de réglementation et de supervision: l'absence d'une supervision consolidée sous le contrôle d'une autorité réglementaire principale, l'exploitation frauduleuse des centres bancaires hors frontières qui se caractérisent à la fois par des règles strictes sur le secret bancaire et une supervision laxiste, de même qu'une coopération insuffisante dans l'échange d'informations entre les autorités de supervision.

L'auteur fait remarquer que la Directive 92/30/ECC avait déjà abordé un aspect important de ces problèmes: dans le régime du contrôle par le pays d'origine, introduit par la deuxième directive de coordination bancaire, le pays d'accueil était limité dans ses facultés de restreindre les activités des succursales, sauf dans les cas d'infractions répétées aux lois criminelles. La Directive 92/30/CEE pose que, si l'activité bancaire principale d'une institution est conduite hors du pays du siège, le pays d'accueil devrait devenir l'autorité réglementaire principale et répondre de la supervision consolidée.

Suite à la présentation du rapport *Bingham*, l'Angleterre a réformé sa législation¹⁵⁶ relative au régime de responsabilité des professionnels des compagnies de vérification de comptes. Ces compagnies sont depuis obligées de communiquer aux autorités de supervision bancaire tout «problème majeur» qu'elles détectent dans le cadre de leurs activités de vérification, sans que cela n'implique une contravention aux règles de confidentialité propres à leurs fonctions. Des règles semblables seront par la suite adoptées au niveau européen.

¹⁵⁵ Richard DALE, «Bank Regulation after BCCI», (1993) 1 *JIBL*, p. 8. Selon Dale, la leçon principale qui doit être tirée de l'affaire BCCI concerne l'échec des autorités de supervision du Luxembourg et du Royaume-Uni dans la tâche d'empêcher l'expansion démesurée de la banque, étant donné qu'aucune des deux supervisions était efficace. Il formule des suggestions concernant la mise en place d'un nouveau cadre réglementaire qui doit s'appuyer sur la qualité de la supervision du pays d'origine et sur la capacité du pays d'accueil de faire respecter les paramètres internationaux de supervision, ainsi que sur le rôle émergent de la Banque des Règlements Internationaux comme autorité internationale en ce domaine. À cet égard, il considère que le manque d'une structure formelle de la B.R.I. pour exercer une fonction de supervision à l'échelle internationale pourrait conduire le Fonds Monétaire International à inclure, dans le cadre de sa mission de surveillance, des procédures formelles de supervision bancaire.

¹⁵⁶ The Accountants Regulation 1994, SI 1994 N. 524, du 1^{er} mai 1994.

À partir des conclusions du rapport, la Commission européenne publie, en octobre 1992, des commentaires sur l'affaire de la BCCI. Elle reconnaît la nécessité du renforcement de certains éléments du régime de supervision de la Communauté et recommande l'adoption de la directive concernant l'instauration des systèmes de protection de dépôts, qui fait alors l'objet de délibérations.

On s'engage alors à examiner les moyens pour renforcer le régime d'agrément unique de manière à clarifier les pouvoirs de supervision et à décourager les banques de s'installer artificiellement dans un État pour bénéficier d'un régime de supervision moins strict. La Commission propose la révocation des agréments accordés aux banques qui ne sont pas transparentes dans leurs activités et l'insertion de cette sanction dans les disposition d'une norme à venir. Il faut savoir qu'une telle sanction n'était présente que dans les considérants de la deuxième directive bancaire et de la deuxième directive de supervision consolidée.

Parmi les objectifs envisagés pour l'année 1993, on retrouve ceux de clarifier le rôle des compagnies de vérification des comptes, d'augmenter les possibilités d'échange d'informations entre les autorités de supervision et de favoriser la coopération dans la supervision préventive.

Mais ce n'est qu'en 1995 que la directive sur le renforcement de la supervision prudentielle - qui deviendra connue sous le nom de «Directive post-BCCI» - est approuvée¹⁵⁷. Elle incorpore toutes les préoccupations exposées par la Commission lors de l'examen du rapport *Bingham*: les défaillances de la supervision consolidée, particulièrement en ce qui a trait aux conglomérats financiers et aux opérations hors frontières, la question de la transparence des activités et le rôle des vérificateurs de comptes.

¹⁵⁷ Directive 95/26/ECC, du 29 juin 1995.

Un des principaux enjeux soulevés par l'affaire BCCI et par la directive qui a suivi est celui de la transparence, tant des institutions financières et des compagnies de vérification comptable vis-à-vis les autorités de supervision¹⁵⁸ que de la part de ces dernières envers la clientèle des banques et le public¹⁵⁹.

Le changement de régime auquel sont soumises les compagnies de vérification de comptes est un point saillant de la nouvelle directive. Certains auteurs¹⁶⁰ voient dans la réforme un transfert des responsabilités de supervision de l'État vers ces compagnies, transfert qu'il critique d'ailleurs, car cela ne serait pas en accord avec la perspective strictement interne de leurs activités et la nature privée de leurs relations avec les actionnaires de contrôle, les actionnaires en général et les dirigeants des banques.

De plus, dans le cas anglais, cette innovation serait contraire aux conceptions enracinées dans le *common law* sur le rôle de ces compagnies et réaffirmées à quelques reprises par les tribunaux. On remarque, cependant, qu'une certaine discrétion est laissée aux compagnies de vérification quant à l'étendue de leurs responsabilités: elles ne sont pas obligées de veiller au respect de la réglementation, mais plutôt de communiquer les problèmes majeurs détectés pendant leurs activités de vérification. Cela relativiserait leur responsabilité de nature publique selon le nouveau régime juridique.

¹⁵⁸ Voir à ce propos Masao YANAGA, «Information exchange between banks' auditors and bank supervisors», (1997) 11 *JIBL*, p.446. Yanaga examine les nouvelles dispositions communautaires concernant l'obligation des compagnies de vérification de comptes d'informer les autorités de supervision de toute irrégularité détectée lors de leurs activités de vérification. Il identifie des dispositions similaires dans les législations nationales des pays de l'Union européenne et les compare avec l'évolution de la législation japonaise à cet égard.

¹⁵⁹ À ce propos Leo HERZEL et Richard W. SHEPRO, «Why financial scandals take so long to discover», (1991) 11 *JIBL* p. 433.

¹⁶⁰ Christos HADJIEMMANUIL, «Financial reporting and auditing in the regulated sector: the case of banking», (1996) 3 *JIBL*, p. 103. L'auteur identifie un danger dans la tendance de transférer les responsabilités des autorités de supervision vers les compagnies de vérification de comptes: une surestimation de la capacité de ces compagnies d'identifier des problèmes financiers pourrait résulter en la création d'expectatives irréelles de la part de la clientèle des banques et des opérateurs du marché en général.

Une autre préoccupation de la directive est la supervision des conglomérats qui réunissent les activités bancaires et d'assurance. La littérature rapporte¹⁶¹, depuis le début des années 1990, l'accélération du processus de concentration de ces deux secteurs en Europe. On souligne l'effort pour améliorer la supervision prudentielle de ce phénomène et pour le concilier avec les enjeux de la concurrence, tant au niveau communautaire qu'au niveau international.

D'autres auteurs¹⁶² font ressortir la nécessité d'une approche qualitative de la réglementation, qui, tout en ne portant pas préjudice à la supervision globale prévue par la directive, réussirait à distinguer les risques et les particularités de chaque secteur.

Un dernier aspect juridique important fut soulevé par un des nombreux conflits judiciaires que l'affaire BCCI provoqua. Devant la demande de la *Bank of England* d'adopter des mesures de liquidation de la BCCI, les Cours britanniques ont gardé leur faculté d'appréciation quant aux choix entre ces mesures et la poursuite de tentatives de redressement, en coopération avec les autorités étrangères. Selon le pouvoir judiciaire britannique, l'arbitrage était entre la protection des intérêts de quelques milliers de déposants anglais et la protection des intérêts d'un cercle plus étendu de clients dans d'autres pays européens et dans le monde entier. Son choix reflète une tentative de protéger la totalité des clients, sans égard à leur nationalité. Certains observateurs¹⁶³ font remarquer que cet événement pourrait convaincre les gouvernements du monde entier de la nécessité d'établir une convention internationale sur l'insolvabilité internationale, un projet qui, selon eux, est dans l'air depuis longtemps.

¹⁶¹ Philip WOOLFSON, «Bancassurance and Community Law: current status and expected developments», (1994) 12 *JIBL*, p. 519.

¹⁶² Nicholas O'NEILL, «Supervision of Financial Conglomerates», (1994) 9 *JIBL*, p. 335. O'Neill considère qu'une approche pragmatique doit être adoptée par les autorités des États membres et de l'Union européenne, car ces groupes continueront à se multiplier et à prendre un rôle prééminent dans les marchés financiers internationaux.

¹⁶³ Jason FOX et Gareth THOMAS, «Insolvency winding up - BCCI winding up petition adjourned», (1991) 11 *JIBL* p. N-211. Fox et Thomas affirment que les premières tentatives de faire approuver une convention internationale sur l'insolvabilité datent de 1825.

3.3. Les règles relatives aux fusions et aux acquisitions

La perspective d'une concentration dans le secteur bancaire attire l'attention de la Commission européenne depuis les années 1980. Même si la perspective de faire approuver une directive à ce propos était à l'époque considérée lointaine¹⁶⁴, on reconnaissait la nécessité d'accroître les contrôles formels sur les fusions et acquisitions, et ce, même sur le marché anglais qui a traditionnellement favorisé l'autoréglementation en ce domaine.

Robert Falkner revient sur le thème¹⁶⁵ alors qu'il compte 80 fusions et «*joint ventures*» dans le secteur bancaire pendant la seule année 1990. Il analyse la nouvelle réglementation à ce sujet¹⁶⁶, et préconise une approche souple de la part des autorités communautaires. Celles-ci considèrent comme nécessaire de concilier, d'une part la recherche d'un niveau de concurrence optimal, avec le bannissement des monopoles, et d'autre part, la recherche des économies d'échelle, au moyen de fusions et d'acquisitions au niveau communautaire.

Falkner fait cependant remarquer que la Commission n'hésitera pas à empêcher la création de monopoles dans le secteur financier, et «que ce domaine n'est pas à l'abri, comme on pensait, de l'application de la loi communautaire sur les pratiques concertées et les accords restrictifs, même s'il y a complaisance des régulations ou la bénédiction des autorités nationales»¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Robert FALKNER, «Judicial review of the take over panel and self regulation organisations», (1987) 2 *JIBL* p. 103.

¹⁶⁵ R. FALKNER, «European Community – competition policy and financial services: an overview», (1990) 11 *JIBL* p. 437.

¹⁶⁶ Régulation 4064/89 du Conseil EEC, adoptée le 21.09.90.

¹⁶⁷ R. FALKNER, *op.cit.*, note 165, p. 444 (nous avons traduit librement).

Pour cela, les institutions européennes comptaient sur le Règlement CEE 4064/89 sur le contrôle des concentrations par des offres d'acquisition, dénommé «Règlement sur le contrôle des fusions», en vigueur à compter du 21 septembre 1990. Ce Règlement s'applique tant aux transactions dans les secteurs non-financiers qu'à celles dans le domaine financier, et il comporte des dispositions particulières pour ces dernières. Le Règlement s'intéresse aux concentrations qui relèvent de plus d'un État membre, et qui présentent un intérêt pour la concurrence dans l'espace communautaire.

Le critère en fonction duquel il est déterminé si un processus de fusion ou d'acquisition est dans l'intérêt communautaire est articulé autour de paramètres quantitatifs - la valeur en écus des transactions et la dimension des sociétés impliquées. Des paramètres particuliers sont fixés par ailleurs pour le secteur bancaire¹⁶⁸.

Toute transaction au-dessous des chiffres ainsi établis est soumise, en principe, au seul contrôle des États nationaux impliqués. En revanche, toute concentration qui affecte le régime communautaire, selon ces mêmes critères - c'est à dire, au-dessus des chiffres établis - est soumise à la juridiction exclusive de la Commission.

Les analystes¹⁶⁹ reconnaissent le succès du Règlement dans la promotion d'une «européennisation» du secteur bancaire, ce qui s'est réalisé en préservant la concurrence et l'équité. On mentionne qu'environ 15% des transactions formellement notifiées à la Commission font l'objet de remarques sérieuses de celle-ci, conduisant soit à la modification du projet de fusion, soit à l'adoption de mesures pour rendre les transactions plus transparentes.

¹⁶⁸ Article 5 (3) du Règlement 4069/89.

¹⁶⁹ Franco Grilli CICILIONI, «Europeanisation of EC banks through cross-borders mergers», (1994) 10 *JIBL*, p. 419.

L'auteur Cicilioni met en évidence que le nombre croissant des transactions «d'européennisation» dans le secteur bancaire dessine une nouvelle configuration des marchés et modifie le profil des participants. Cette dynamique contribue à la construction d'un véritable marché unique et, par ricochet, favorise l'introduction de la monnaie et de la banque centrale uniques. Selon son interprétation¹⁷⁰, ce mouvement force les autorités nationales, confrontées à l'entrée massive d'entreprises transnationales dans leurs marchés et à l'obligation de reconnaissance mutuelle établie dans la deuxième directive bancaire, à effectuer une harmonisation des régimes de réglementation bancaire.

L'adoption d'une directive européenne à ce sujet fait cependant face à des obstacles considérables. En 1991, Klaus Berger relevait¹⁷¹ dans les législations nationales deux types de régimes de contrôle des fusions et des acquisitions. Pendant que l'Espagne, la France, le Portugal et la Belgique avaient mis en place des régimes statutaires, l'Allemagne, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Italie, le Danemark et la Suisse s'étaient dotés de systèmes non statutaires, soit un code de conduite pour les parties intéressées - les acheteurs et les entreprises faisant l'objet d'offres d'achat -, dont le respect relevait de la responsabilité des agents privés.

Il fait remarquer cependant que, malgré le caractère informel des régimes des ces derniers pays, au Royaume Uni, par exemple, les décisions du «*Takeover Panel*» - instance privée qui chapeaute l'autoréglementation dans le domaine des fusions et acquisitions - sont soumises à la révision par le pouvoir judiciaire. De plus, des études empiriques menées par Berger montrent que la majorité des demandes de révision sont accueillies par la Cour d'Appel britannique¹⁷². D'autres auteurs, comme Ogowewo¹⁷³ vont jusqu'à contester le caractère informel du système anglais.

¹⁷⁰ Id., p. 427.

¹⁷¹ Klaus P. BERGER, «The proposed EC directive: balancing investor protection with the need for regulation flexibility», (1991) 1 *JIBL* p.11.

¹⁷² Id., p. 16.

¹⁷³ Tunde I. OGOWEWO, «Is contract the juridical basis of the Takeover Panel», (1997) 1 *JIBL*, p. 15.

Il faut dire que depuis le début des années 1990, les propositions d'adoption d'une directive à ce sujet se concentraient sur l'établissement de quelques principes généraux, ayant pour dénominateur commun le recherche d'une harmonisation minimale. Cette dernière permet de réduire les objections nationales aux activités législatives communautaires, et pour cette raison constitue une alternative intéressante à l'harmonisation complète¹⁷⁴, davantage susceptible de produire des blocages.

Néanmoins, étant donné la diversité des régimes des États membre et l'opposition des organismes représentatifs du secteur bancaire¹⁷⁵ - qui craignent une rupture des procédures nationales avant qu'une harmonisation ne soit achevée -, le projet d'une directive est toujours débattu.

Persiste donc le régime dual établi par le Règlement de 1990: les règles nationales (qui ont progressivement tendance à privilégier le régime statutaire) s'appliquent pour les transactions qui n'affectent pas le panorama communautaire, alors que la Commission exerce un contrôle sur les concentrations qui revêtent un intérêt européen.

¹⁷⁴ J. M. de A. CALHEIROS, *op.cit.*, note 114.

¹⁷⁵ K. P. BERGER, *op.cit.*, note 171.

3.4. Le projet de directive sur l'assainissement et la liquidation des institutions financières

Les premiers mouvements pour faire approuver des règles concernant le recouvrement et la liquidation des banques dans le cadre communautaire sont amorcés en milieu des années 1980¹⁷⁶, mais encore en 1993 les discussions se poursuivent.

Un bulletin de la Commission inclut l'adoption de la directive parmi d'autres mesures jugées nécessaires à l'achèvement du marché commun, et invite la présidence de la Communauté économique à publier les résultats du débat à ce sujet. Selon les travaux préparatoires, la directive établit l'autorité du pays d'origine pour décider des «mesures de réorganisation» (des actions destinées à éviter la liquidation des banques et de ses filiales); par ailleurs, les liquidations s'effectuent selon les lois du pays d'origine¹⁷⁷.

L'affaire BCCI provoque des interrogations, en particulier au Royaume-Uni, quant aux effets de l'adoption d'une directive de ce type. La principale polémique concerne la compensation des crédits dans un processus de liquidation, traditionnellement admise dans les régimes de «*common law*», mais pas dans ceux de droit civil.

Selon les lectures anglaises¹⁷⁸, l'adoption de la directive européenne créerait une incertitude quant à la possibilité de compensation - un des éléments qui font de Londres un centre financier attractif -, et forcerait un changement dans les paramètres utilisés par la *Bank of England* pour le contrôle de l'adéquation du capital et des grandes expositions au risque.

¹⁷⁶ JO/CEE 1988 C36/1.

¹⁷⁷ Jo DISHINGTON, «Banking Regulation – Insolvency», (1993) 3 *JIBL*, p. N-55.

¹⁷⁸ *Journal of International Banking Law*, News Section, (1994) 9 *JIBL*, p. N-197.

En 1996, une analyse rétrospective¹⁷⁹ révèle que, malgré les nombreux échecs pour établir un cadre formel de coopération internationale dans le secteur de l'insolvabilité, les États membres sont sur le point de s'entendre sur une convention à ce sujet. La convention envisagée - qui adopte le principe de la juridiction du pays du siège et s'attaque au problème des compensations, en les admettant si la loi nationale qui régit le crédit les autorise - ne s'applique pas aux institutions financières, qui sont sensées faire l'objet de règles particulières.

Or, le fait que depuis trois ans cette convention ne soit pas encore adoptée révèle la complexité du sujet, de même que les oppositions qu'elle a pu susciter entre les États membres. De plus, le fait que soit exclu le secteur financier de son champ d'application met en évidence que dans ce cas particulier, la difficulté d'en arriver à un encadrement transnational de l'insolvabilité est plus accentuée.

En fait, le Comité des gouverneurs des banques centrales de l'Union européenne travaille sur la conception d'un instrument de coopération communautaire dans le domaine de la faillite bancaire. Ces travaux ont été stimulés, d'après un document de la banque centrale espagnole¹⁸⁰, par la survenance de crises bancaires importantes survenues en Europe dans les années 90 (Herstatt, BCCI, BANESTO, Barings). Ces crises, compte tenu du caractère international de ces institutions, ont eu des répercussions dans une multiplicité de pays, sans que les instruments pour les affronter soient en place. Et, selon ce même document, les travaux tournent au ralenti depuis 1996, à cause des divergences entre le Royaume-Uni et l'Espagne relativement à la forme de l'application de la directive à Gibraltar¹⁸¹.

¹⁷⁹ Peter FIDLER, «A small step forward? The draft EU Bankruptcy Convention», (1996) 1 *JIBL*, p. 3.

¹⁸⁰ Fernando Conlledo LANTERC, *Iniciativas en el seno de la Unión Europea para afrontar las crisis bancarias: la propuesta de directiva sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito*, Quito, Banco de España, 1997,

¹⁸¹ *Id.*, p. 2.

L'approbation d'une directive sur les crises bancaires est considérée¹⁸² comme l'achèvement de la construction du cadre juridique pour le marché bancaire unique en Europe. Si elle est approuvée, les normes communautaires comprendraient l'ensemble du cycle vital des institutions financières: leur création, le développement de leurs activités, et finalement, si le redressement n'est pas possible ou souhaitable, leur extinction.

Le projet de directive examiné par le Comité des gouverneurs reconnaît l'hétérogénéité et la complexité des matières affectées par la directive - droit civil, droit des faillites, droit des sociétés, droit international, conflit des lois. Il s'appuie, en conséquence, sur la technique de l'harmonisation minimale - par l'entremise du principe de la reconnaissance mutuelle - une alternative qui apparaît plus réaliste, voire plus efficace, qu'une harmonisation complète des matières affectées, certaines d'entre elles étant fortement enracinées dans les traditions juridiques locales¹⁸³.

Le projet de directive contient deux types de dispositions: celles sur les mesures d'assainissement et celles relatives aux procédures de liquidation. Ces règles sont complétées par des dispositions concernant la publicité des solutions légales prises dans ces deux domaines.

La directive ne s'applique cependant pas à toutes les institutions financières. Son champ d'application est limité aux établissements de crédit et aux succursales créés dans un État membre autre que celui du siège statutaire¹⁸⁴. On conclut de cela que la directive ne s'applique qu'aux institutions qui possèdent une ou des succursales dans un pays distinct de celui ayant accordé l'agrément original, le pays d'origine.

¹⁸² *Aspectos Jurídicos de las Crisis Bancárias (Respuesta del Ordenamiento Jurídico)*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales et Banco de España, 1988.

¹⁸³ F. LANCLERC, *op.cit.*, note 180.

¹⁸⁴ Article 1.1 du projet de directive.

La norme a donc un caractère subsidiaire: elle ne vise que les situations où il y a conflit entre deux normes nationales différentes; elle suppose qu'une institution est soumise à deux ordres juridiques différents et elle s'inscrit dans une perspective de droit international privé.

Le projet de directive se base sur quelques principes généraux: celui de la reconnaissance mutuelle et de l'harmonisation minimale qui lui est conséquent, lesquels débouchent sur le principe de la compétence de l'État membre d'origine; le principe de l'égalité de traitement et de la protection des créanciers des succursales¹⁸⁵; le principe de la protection du crédit territorial¹⁸⁶; et celui de la coopération entre les superviseurs bancaires¹⁸⁷.

S'agissant des mesures d'assainissement, le projet européen se contente d'énumérer les diverses techniques de redressement appliquées par les pays membres. Le principe général de la reconnaissance mutuelle apparaît ici dans le fait que les mécanismes nationaux relatifs, par exemple, aux règles de fermeture des institutions financières, au choix des organismes publics intervenants, à la nomination des personnes chargées de conduire les affaires de l'institutions affectée, doivent être acceptés par les autres États membres dans le cadre d'une réglementation européenne des problèmes bancaires.

¹⁸⁵ Articles 7, 16 et 18 du projet de directive. Ce principe vise à mettre en conditions d'égalité maximales les créanciers qui se trouvent éloignés et ceux qui se trouvent proches des centres des décision concernant les mesures d'assainissement et les procédures de liquidation.

¹⁸⁶ Articles 23 du projet de directive.

¹⁸⁷ Articles 5 et 9 du projet de directive. Le principe de la protection du crédit territorial constitue une exception à celui de la compétence de l'État d'origine. Il vise à éviter des conséquences indésirables, étant donné les impératifs du marché et l'intérêt des opérateurs économiques, dans certaines circonstances: des situations où sont impliquées, par exemple, des contrats de travail, des droits sur des biens immeubles ou sur des biens qui doivent faire l'objet d'enregistrement, des contrats sur des droits d'usage ou d'acquisition de biens immeubles, des ententes de compensation. On admet alors l'application de la loi du pays d'accueil ou d'une tierce loi, l'un ou l'autre ayant un rapport direct avec le bien, le registre, le marché en question. Les organes du pays d'origine doivent dans ces hypothèses appliquer le droit étranger.

Quant aux procédures de liquidation, le projet de directive adopte les principes de l'universalité et de l'unité de la procédure, couplés à celui de la compétence du pays d'origine. La question des privilèges de crédit, cruciale sur ce chapitre, a été résolue de façon assez simple et pragmatique. Devant l'impossibilité de déterminer un ordre de préférence entre les créanciers ou d'édicter des règles ayant préséance sur les ordres nationaux, la règle suivante fut établie¹⁸⁸:

- a) l'ordre des créanciers et des privilèges est déterminé par le pays d'origine;
- b) tous les créanciers résidant dans un État membre qui n'est pas celui d'origine auront un traitement identique et égal quant au rang des crédits à celui qui est accordé aux créanciers résidents, domiciliés ou ayant leur siège dans l'État d'origine. Par exemple, cela signifie que si, dans le pays d'origine, les crédits de l'État arrivent en premier, les crédits fiscaux du pays d'accueil seront également traités en premier.

Des règles de publicité complètent le projet de directive. Selon ces règles, tant les mesures de redressement que les procédures de liquidation susceptibles d'affecter les droits de tiers doivent faire l'objet d'une publication dans les organes de presse de la Communauté européenne ainsi que dans ceux du pays d'accueil¹⁸⁹. L'objectif est d'assurer l'égalité des conditions aux créanciers, indépendamment de leur domicile et de leur résidence.

¹⁸⁸ Article 18 du projet de directive.

¹⁸⁹ F. LANCLERC, *op.cit.*, note 180. L'article 7 du projet de directive vise à protéger la faculté des particuliers résidents dans le pays d'accueil d'intenter un recours contre les autorités compétentes dans le pays d'origine. Le projet de directive pose des règles concernant la notification personnelle, ainsi que la détermination des langues dans lesquelles les informations relatives aux mesures d'assainissement et aux procédures de liquidation doivent être publiées.

SECTION 4. L'UNION MONÉTAIRE ET LA CRISE BANCAIRE

4.1. La monnaie unique

À partir du 1^{er} janvier 1999, les onze pays membres de l'Union Européenne qui se sont qualifiés selon le Traité de Maastricht¹⁹⁰ joindront le système de la monnaie unique - l'euro - qui cohabitera, dans une première phase, avec les monnaies locales. Le Royaume-Uni, le Danemark et la Suède ont choisi de ne pas faire partie de l'Union monétaire pour cette première phase; la Grèce quant à elle n'est pas parvenue à répondre aux critères économiques de convergence exigés pour la qualification.

Néanmoins, ce dernier pays est en train d'adopter des mesures pour joindre le système de l'euro, et la structure de l'Union monétaire reste assez ouverte pour permettre l'adhésion dans l'avenir des britanniques, des danois et des suédois. L'Union monétaire a été conçue pour inclure la totalité des pays de l'Union européenne¹⁹¹.

L'apparition de la monnaie unique constitue la transformation la plus radicale de l'environnement économique européen depuis la formation du marché commun. Cet événement fait l'objet d'analyses plus¹⁹² ou moins marquées par le scepticisme, si ce ne sont des prévisions pessimistes¹⁹³ à propos de ses bénéfices et de ses dangers, mais tous sont d'accord pour reconnaître le grand impact que la monnaie unique aura sur le secteur financier.

¹⁹⁰ Article 109 (j) § 2 du Traité de Maastricht. Les pays qualifiés sont: Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas et Portugal.

¹⁹¹ Sideek MOHAMED, «The Impact of EU Law on Bank Mergers in Sweden», (1998) 9 *JIBL*, p. 305.

¹⁹² Tim CONGDON, «Why the Euro will fail» dans Paul TEMPERTON (dir.) *The Euro*, Wiley, 1997.

¹⁹³ Chris BATES, «EMU Break-up – Thinking the unthinkable» (1998) 6 *JIBL*, p.183.

L'introduction de l'euro sera le point de départ d'une phase de consolidation du marché bancaire communautaire. Les marchés seront exposés à une concurrence encore plus accrue que celle provoquée par l'instauration du marché unique de 1993. Une fois que les opérations bancaires seront dénommées en euro, on envisage une concurrence forte sur les taux d'intérêts, ce qui réduira les marges de profit et devrait induire une réduction des coûts dans le secteur bancaire¹⁹⁴.

De même, les profits liés au marché des changes, comme ceux rattachés à l'arbitrage entre les monnaies européennes et les commissions pour les services, disparaîtront¹⁹⁵. Une réduction des profits est aussi attendue dans les marchés des bons gouvernementaux et des monnaies nationales¹⁹⁶. À cela s'ajoutent les coûts de l'adaptation à la nouvelle monnaie, comme par exemple l'introduction de nouveaux systèmes informatiques et la formation du personnel.

Cependant, la stabilité de la nouvelle zone monétaire, l'élargissement du marché du capital et la possibilité très forte que l'euro s'impose comme monnaie de réserve mondiale sont considérés comme des sources d'opportunités à moyen et à long terme pour les banques. De même, une fois que l'euro sera utilisé, à partir de 2002, comme monnaie de compte, réserve de valeur et moyen de paiement, le risque d'échange deviendra pratiquement nul dans la zone de l'Union monétaire. Les marchés monétaires, des bons et du crédit, aujourd'hui nationaux, seront remplacés par un marché plus vaste, ancré sur la nouvelle monnaie¹⁹⁷.

¹⁹⁴ S. MOHAMED, *op.cit.*, note 191, p. 308.

¹⁹⁵ F. BANCEL, *op.cit.*, note 109.

¹⁹⁶ The Economist, *op. cit.* note 110.

¹⁹⁷ S. MOHAMED, *op.cit.*, note 191, p. 308.

Tous ces changements radicaux sont sensés être accompagnés d'une transformation des stratégies des banques. L'environnement est propice pour les fusions et les acquisitions internationales, ainsi que pour les «*joint ventures*». Selon des statistiques récentes, en 1997, le secteur bancaire européen a mobilisé 107 milliards de livres sterling pour des fusions et des acquisitions¹⁹⁸.

Il est certain, cependant, que ce processus d'adaptation ne se fera pas sans la disparition du marché de certaines entreprises. Or, l'inexistence d'une directive à propos des mesures de redressement et de liquidation des banques pourrait s'avérer une source de problèmes, à un stade où les incertitudes augmentent, selon la lecture de la doctrine spécialisée.

4.2. La banque centrale unique

L'introduction de la monnaie unique se fera parallèlement à la mise en fonctionnement de la Banque Centrale Européenne (B.C.E.). La conception de cette institution a fait l'objet des premières délibérations concrètes vers la fin des années 1980, lors de la rédaction d'un projet de statuts de la B.C.E., approuvés par résolution le 14 avril 1989.

En novembre 1990, les gouverneurs des banques centrales des États membres, réunis à Bâle, ont réaffirmé les principes fondamentaux de l'institution envisagée: une structure fédérale, articulée autour d'un comité exécutif nommé par les ministres des finances et d'un conseil formé par les gouverneurs des banques centrales nationales et le comité exécutif; l'indépendance vis-à-vis les institutions communautaires et les Parlements nationaux; le rôle précis d'assurer la stabilité des prix et de répondre à la politique monétaire unique.

¹⁹⁸ «Europe's lovesick bankers», Finance and Economics, *The Economist*, 10 janvier 1998, p. 61.

Le principe de l'indépendance à l'égard des institutions et des considérations politiques a des conséquences au niveau des marges de manœuvre pour la gestion des crises bancaires. Le Traité de Maastricht établit que les banques centrales nationales doivent être indépendantes des commandes politiques¹⁹⁹, ce qui est considéré comme un rare exemple de contrôle communautaire sur les institutions nationales²⁰⁰. Et en fait, depuis la formation du marché commun on assiste à une adaptation graduelle des législations nationales afin d'accorder plus d'autonomie aux banques centrales: ce fut le cas en Espagne avec l'Acte 13/1994, en Irlande, avec la loi bancaire de 1996, et plus récemment en Angleterre, suite à l'arrivée au pouvoir du «*Labour Party*».

Cette évolution dans le sens d'une autonomie des banques centrales à l'égard des gouvernements nationaux correspond davantage aux intentions qu'aux calculs initiaux des responsables de la formulation du Système européen des banques centrales (SEBC)²⁰¹. Cette autonomie progressivement acquise contribue certainement à rendre viable une institution européenne qui dispose de prérogatives du même ordre. On peut considérer que, sur ce point, la Banque Centrale Européenne sera destinataire et dépositaire des autonomies conquises par les banques centrales nationales.

On admet que ce mouvement correspond aussi à la consécration du modèle de la *Bundesbank* allemande. Celle-ci, par son succès avec la politique du mark fort depuis la Seconde Guerre mondiale, devient le modèle non seulement pour la Banque Centrale Européenne, mais pour une grande partie des réformes des banques centrales visant à assurer la stabilité monétaire²⁰².

¹⁹⁹ Article 107 du Traité de Maastricht.

²⁰⁰ S. MOHAMED, *op.cit.*, note 191, p. 307.

²⁰¹ C'est ce qui ressort du travail de Etienne de LHONEUX et Jean-Victor LOUIS, «Towards an European System of Central Banks», (1990) I *JIBL* p. 8. Le professeur Louis était à la fois chef du Département juridique de la banque centrale belge et membre du groupe de travail constitué par la Commission européenne pour étudier les principaux thèmes concernant la constitution du SEBC.

²⁰² «Bundesbank inspira futuro Banco Central Europeu», *Finanças, Gazeta Mercantil*, p. B-6.

Or, la thématique du rôle et des fonctions de la Banque Centrale Européenne est pertinente dans les discussions sur les instruments de gestion de la crise bancaire. L'abandon des prérogatives monétaires par les États nationaux en faveur de l'institution communautaire devrait être accompagnée de règles claires quant à l'extension des prérogatives dorénavant centralisées, lorsque des situations problématiques émergent dans le secteur bancaire.

Il est certain que parmi les fonctions de la future B.C.E. on compte, outre la mise en œuvre de la politique monétaire, la coordination des politiques de surveillance bancaire et le déploiement de mesures visant à assurer le bon fonctionnement des systèmes de paiements et des marchés de capitaux. Cependant, les marges de manœuvre à l'égard de la politique monétaire pour s'acquitter, concrètement, de ces fonctions complémentaires ne sont pas arrêtées. Et on a vu que l'approbation d'une directive sur les mesures de redressement et de liquidation des institutions financières n'est pas encore donnée.

D'aucuns sont préoccupés par cette question. Le professeur Jean-Victor Louis - depuis longtemps une autorité respectée en la matière²⁰³ - a ainsi formulé des recommandations à propos de deux aspects importants: la nécessité pour la Banque Centrale Européenne d'avoir accès aux informations des autorités de supervision bancaires nationales, de manière à ce qu'elle puisse exercer correctement ses fonctions de prêteur de dernier ressort; et l'urgence de fournir des précisions quant au partage des pouvoirs de réglementation entre les autorités nationales et les institutions communautaires, dans l'ensemble des domaines liés à la supervision bancaire²⁰⁴.

²⁰³ Voir note 197.

²⁰⁴ «Banking Supervision in the European Community: Institutional Aspects», Report of a working group of the ECU Institute under the chairmanship of Professor Jean-Victor LOUIS, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995.

CHAPITRE IV – EUROPE ET BRÉSIL: CONVERGENCES ET DIVERGENCES À LA LUMIÈRE DES DYNAMIQUES DE MONDIALISATION

Un ensemble de points communs ressortent de la comparaison entre les processus européen et brésilien d'adaptation des institutions relatives à la prévention et au redressement des crises bancaires. Les deux processus constituent une réponse d'adaptation juridique aux phénomènes de déréglementation et de mondialisation constatés au cours des deux dernières décennies. Dans les deux cas, le rôle de l'État se transforme de manière conséquente; de nouvelles contraintes s'imposent à l'égard de son action et freinent l'extension de ses pouvoirs de régulation. Finalement, les choix publics à l'égard de cette adaptation des instruments relatifs à la crise bancaire s'appuient clairement sur le paradigme de l'efficacité.

Des différences fondamentales entre les processus brésilien et européen peuvent être également identifiées. Chacun des processus répond à des circonstances historiques et économiques de natures diverses, ce qui se répercute sur la direction et sur la configuration des changements juridiques ainsi que sur le rôle de chacun des agents de régulation impliqués. Dans le cas européen, étant donné le renforcement des liens économiques et politiques consécutifs à la construction du marché commun, la source principale des transformations s'est déplacée vers le niveau supranational. Au Brésil, l'État national demeure la principale source des modifications juridiques à l'égard de la prévention et du redressement des crises bancaires.

Dans le cas brésilien, les transformations juridiques répondent, d'abord, aux exigences d'adaptation de l'économie nationale, et du secteur bancaire en particulier, au contexte de stabilité monétaire découlant du *Plano Real*, depuis 1994.

Au Brésil, il s'agit tantôt de réordonner et de perfectionner, tantôt de mettre en place des instruments classiques de prévention et de redressement de la crise bancaire. Cette adaptation, conduite par l'État national, ne renonce ni à la contribution des sources normatives parallèles, telles que les instances de coopération internationale et d'autoréglementation, ni à la recherche d'un consensus ou de la collaboration des agents économiques affectés par la régulation étatique²⁰⁵.

Malgré le maintien d'un rôle majeur pour l'État brésilien dans la conduite du processus d'adaptation de sa législation relative aux crises bancaires, l'on ne peut nier la transformation de ce rôle. Dans la majorité des cas, le maintien des instruments traditionnels de prévention et de gestion des crises bancaires s'est accompagné de l'adaptation de ces instruments aux nouvelles exigences de l'environnement économique. Dans le cas du système de protection des dépôts, auparavant inexistant, sa mise en place, pourtant à l'initiative de l'État, a exigé la coopération des opérateurs du système bancaire et a reposé en partie sur leur capacité de gérer le mécanisme créé. On peut donc prendre acte, dans le cas brésilien, de la transformation du rôle de l'État à l'égard des crises bancaires.

Encore au Brésil, les considérations liées au paradigme de l'efficacité économique sont présentes, et déterminent souvent la direction des transformations juridiques. C'est ainsi que l'introduction des paramètres internationaux établis à Bâle pour les niveaux du capital des institutions bancaires est une entreprise qui cherche à concilier le respect des particularités du marché interne - plus volatil que les marchés bancaires des pays industrialisés - avec l'intégration de ce marché à un cadre équitable de concurrence sur la scène mondiale. Le maintien ou la promotion de l'efficacité des institutions bancaires nationales constituent le paradigme qui oriente les agents régulateurs dans ce domaine.

²⁰⁵ *Os Bancos em Cenário de Estabilidade*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1994.

De même, la création du système de protection des dépôts et la mise en place d'un programme d'appui à la restructuration du système financier - le PROER, basé sur l'élargissement des pouvoirs discrétionnaires du prêteur de dernier ressort - furent limitées par des considérations relatives au risque moral. La limitation du montant de couverture du Fonds de Garantie des Crédits et l'utilisation ponctuelle des prérogatives du PROER visent à éviter la création d'un aléa de moralité dans le comportement des agents économiques, ce qui revient à dire que l'on cherche à minimiser les distorsions dans la concurrence. Encore une fois, la recherche de l'efficacité constitue le paradigme qui a inspiré le législateur.

Les innovations de la législation brésilienne quant au modèle juridique relatif aux fusions et aux acquisitions bancaires relèvent d'une conception innovatrice de la crise économique de l'entreprise. Il s'agit d'une vision juridique contemporaine qui dépasse l'individualisme du droit de la faillite classique. Cette conception atténue l'importance accordée à la protection des droits des créanciers et cela, par l'introduction d'une perspective centrée sur la recherche de la préservation de l'entreprise et sur la protection de l'intérêt collectif²⁰⁶.

Cela exige, certes, l'abandon des certains principes chers au droit traditionnel. Jorge Lobo considère que la réorganisation économique doit bénéficier d'une priorité sur la protection des droits, des privilèges et des préférences des créanciers, qui se basent sur le principe classique de la «*pars conditio creditorum*». Pour lui, les solutions aux problèmes des entreprises sont commandées par des impératifs d'ordre économique et social, et non pas par des considérations de nature uniquement juridique ou processuelle²⁰⁷.

²⁰⁶ Jorge LOBO, «Direito da Crise Econômica da Empresa», (1998) 109 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, p. 64.

²⁰⁷ Id, p. 70.

S'inscrivant au sein de cette nouvelle conception, le PROER et le PROES (le Programme d'appui à la retraite du secteur public des États de l'activité bancaire) constituent des exemples de soutien public à la réorganisation des entreprises en état de crise. L'adoption de cette perspective correspond dans ce cas à la reconnaissance de l'intérêt public dans la préservation des entreprises à grande expression économique et sociale. Cette reconnaissance vise les banques, leur caractère particulier, ainsi que le rôle névralgique qu'elles jouent pour la préservation de l'équilibre du marché financier, de la stabilité de la monnaie, et, en bout de piste, de la santé économique.

Finalement, l'ouverture du marché bancaire brésilien à une participation étrangère plus significative peut être considérée comme un élément complémentaire de la politique de réorganisation du secteur, toujours selon une perspective de priorité accordée à la recherche de l'efficacité. Le rythme accéléré des fusions et des acquisitions a signifié une adaptation spontanée, à partir du jeu du marché, au contexte de stabilité et à la réduction des sources de profit basées sur le processus inflationniste.

Dans ce contexte, l'apparition de la concurrence étrangère a permis, d'une part d'augmenter la capacité de financement privé pour les opérations de restructuration, et d'autre part, d'augmenter le nombre et d'améliorer la qualité des opérateurs en concurrence intéressés par ces opérations. L'enjeu fondamental, sur ce point, est de fixer une limite à l'accroissement de la concurrence en restreignant le nombre d'opérateurs sur le marché.

L'avenue privilégiée a consisté à: a) accorder à un organisme public - la Banco Central do Brasil - les prérogatives de contrôler les conditions micro-économiques et macro-économiques du marché bancaire et; b) déléguer à cet organisme - en collaboration avec d'autres agents étatiques, soit le Conseil Monétaire National et le pouvoir exécutif - un pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'octroi exceptionnel d'autorisations pour l'entrée de nouveaux opérateurs dans le secteur.

Le processus européen d'adaptation des institutions relatives à la crise bancaire révèle une plus grande complexité. L'initiative à l'égard des modifications juridiques s'est principalement déplacée au niveau communautaire; elle a migré d'un forum politique national vers un forum supranational et technocratique. Or, un des premiers défis est de s'assurer que les mesures approuvées à Bruxelles reflètent les disparités économiques à l'intérieur de cette vaste région géopolitique, et tiennent compte de la diversité et du fort enracinement des traditions juridiques nationales.

De cela, deux conséquences principales ressortent. D'abord, la consécration du principe de l'harmonisation minimale - en dépit de la disponibilité et de la tentation du scénario d'harmonisation complète ou d'homogénéisation des cadres juridiques nationaux -, permet au processus européen d'avancer à une cadence respectable sur les enjeux essentiels et cela, malgré l'existence de positions divergentes entre les États membres. Mais, devant la persistance des conflits, une solution fréquemment utilisée consiste à différer des solutions législatives ou à omettre tout simplement des questions polémiques ou étroitement liées aux traditions et aux prérogatives nationales, comme ce fut le cas pour la Directive concernant l'assainissement et la liquidation des institutions financières. Cette particularité du processus européen ajoute, certes, un élément d'incertitude au développement du droit relatif à la crise bancaire.

Le principal obstacle à la consolidation du processus d'unification européenne dans le secteur bancaire demeure l'existence de deux types opposés de politiques publiques de régulation du marché. L'opposition entre une approche réglementaire basée sur la loi - typique de la majorité des pays continentaux - et les systèmes qui s'appuient plus fortement sur l'autoréglementation - tels ceux du Royaume-Uni et des Pays-Bas - représente un frein puissant à la consolidation de l'œuvre européenne en ce domaine.

La littérature spécialisée qui s'est intéressée à l'analyse de la place du marché bancaire anglais²⁰⁸ - fortement déréglementé et basé sur l'autoréglementation -, dégage des distinctions fondamentales entre les deux formes de régulation: l'autoréglementation basée sur une approche pragmatique et la régulation publique qui s'appuie sur la loi.

Selon Andrew Evans, cette différence a une signification pratique: dans les cas des fusions et des acquisitions, par exemple, le modèle d'autoréglementation peut permettre l'éviction de concurrents selon certaines hypothèses là où un système légal l'interdirait. En outre, comme la frontière entre les deux systèmes ne peut pas toujours être facilement tracée et que le degré d'autoréglementation varie d'un pays à l'autre, le traitement plus paternaliste propre aux cadres de réglementation publique peut mener à des distorsions dans la concurrence à l'intérieur du marché européen, qui se prétend unifié.

Ainsi certains ont exprimé l'opinion²⁰⁹ que la compétition entre les grands centres financiers européens se joue sur l'offre ou l'absence d'offre faite aux opérateurs du marché et aux investisseurs de systèmes davantage centrés sur les méthodes privées et autonomes de régulation. Les pressions de ces milieux sur les cadres technocratiques de Bruxelles paralysent souvent l'adoption de normes communautaires. Dans cette optique, le sociologue et philosophe Jürgen Habermas affirme que «seule une coordination intra-européenne des politiques sociale et économique peut éviter une bataille de déréglementation entre les régimes socio-politiques des États membres»²¹⁰.

²⁰⁸ Andrew EVANS, «Self-regulation in the insurance market – Verband Sachversicherer EV v. Commission», (1987) 4 *Journal of International Banking Law*, p. 266.

²⁰⁹ Connie M. FRIESEN, *International Bank Supervision*, Londres, Euromoney Publications, 1986.

²¹⁰ «Habermas e a constelação pós-nacional», entrevue accordée à Gunther Hoffmann et Thomas Assheuer, du «Die Zeit», publiée par *Folha de São Paulo* du 18 octobre 1998, p. 5.7.

Il est pourtant légitime de croire, suivant une logique inverse, que dans certains cas, c'est justement l'existence d'une telle dynamique qui empêche une coordination plus efficace.

À ce propos, le scepticisme manifesté par les Britanniques²¹¹ à l'égard de plusieurs initiatives européennes qui privilégient des tendances uniformisatrices eu égard aux systèmes de régulation du secteur bancaire reflète les efforts du marché financier londonien pour garder sa position hégémonique comme centre bancaire en Europe. Outre la difficulté d'harmoniser les deux systèmes mentionnés ci-haut, la non-participation anglaise à la construction de l'union monétaire constitue un obstacle majeur pour la formation d'un cadre juridique commun à l'égard des instruments de prévention et de traitement de la crise bancaire.

En dépit de ces difficultés, l'expérience européenne représente le processus le plus avancé de construction juridique supranationale; il a ainsi enlevé à l'État national son champ d'action habituel en matières de politiques économiques. La réduction du champ d'action des États se manifeste par la perte du contrôle de la politique monétaire par les autorités nationales. Cette renonciation est une condition essentielle pour la création de la monnaie unique européenne.

Habermas admet²¹² que la perte du champ d'action des gouvernements nationaux est considérable, mais croit que l'État fut, est et sera encore pendant longtemps, le plus important acteur politique. Le philosophe se demande si cette perte d'efficacité des politiques nationales se dirige vers une renonciation au politique en général ou si le milieu politique peut se régénérer sur un autre plan et reprendre sa croissance sur la scène économique internationale.

²¹¹ À propos, voir notes 192 et 193.

²¹² *Loc. cit.*, note 210.

De l'avis de Habermas, ce thème soulève une deuxième question: celle de la légitimation démocratique de l'exercice d'un pouvoir qui échappe au cadre de l'État national. D'aucuns affirment que l'État est dorénavant obligé de partager son pouvoir avec d'autres acteurs dont la scène déborde l'espace national et qui, selon leur position dans la hiérarchie mondiale, déterminent la nouvelle position de l'État: «incapable d'imposer une régulation sociale, et emprisonné entre un niveau international plus coercitif et un niveau infra-national qui tente de se libérer de sa tutelle, l'État se trouve en crise de légitimité»²¹³.

Les institutions supranationales n'ont pas souvent recours aux méthodes de légitimation démocratique conçues pour l'exercice du pouvoir par les agents de l'État national. Les critiques à cet égard sont devenues fréquentes en Europe. La bureaucratie de Bruxelles est ainsi la cible préférée de ceux qui accusent le processus européen de «déficit démocratique».

Or, cet écroulement du monopole de l'État, ainsi que la discussion sur la nature des institutions avec lesquelles il partage le pouvoir, n'est pas une exclusivité européenne. Au contraire, le phénomène a une dimension mondiale. Les domaines des finances et des crises bancaires sont certainement parmi ceux où ces débats se manifestent fréquemment.

La question de la liberté des flux de capitaux et la vulnérabilité que cette mobilité représente tant pour les économies nationales que pour leurs marchés financiers commence à faire l'objet d'une préoccupation généralisée au sein de forums internationaux.

²¹³ André-Noël ROTH, «O Direito em Crise: fim do Estado moderno?», dans José Eduardo FARIA (dir.), Direito e Globalização Econômica – implicações e perspectivas, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

Cette préoccupation a pour origine la reconnaissance²¹⁴ que les bénéfices (d'ailleurs peu évidents) d'un libre mouvement de capitaux ont pour contrepartie un coût représenté par l'exacerbation de l'instabilité des économies nationales. Comme le suggèrent les événements récents en Asie et en Russie, les effets étendus de cette instabilité sur les marchés émergents peuvent provoquer une crise à l'échelle internationale.

Selon le point de vue du magazine *The Economist*, «la mobilité des capitaux internationaux est très dangereuse quand l'information est pauvre, les systèmes bancaires nationaux sont faibles et le gouvernement joue un rôle actif dans l'allocation du crédit en faveur de certains emprunteurs. D'autre part, des restrictions aux flux de capitaux peuvent permettre aux banques faibles ou mal administrées de survivre, en limitant l'entrée des compétiteurs étrangers et la capacité des investisseurs nationaux d'envoyer leurs capitaux ailleurs». Le défi, selon la publication anglaise, est de faire en sorte que la libéralisation se traduise par la maximisation des bénéfices, concurremment à la minimisation des risques.

Au-delà de cette approche, qui débouche sur les aspects nationaux de la problématique, les instances internationales commencent à se mobiliser pour endiguer la vulnérabilité inhérente à la libéralisation complète des flux de capitaux. C'est ainsi que, depuis la crise asiatique, la nécessité de moderniser l'architecture des marchés financiers internationaux domine les discussions tenues lors des réunions du F.M.I., de la B.R.I. et du Groupe des Sept (G-7)²¹⁵.

²¹⁴ «Capital controversies - is the case for free financial flows as strong that for free trade?» *The Economist*, 23 mai 1998, p. 72. Ce reportage s'appuie sur les articles de Jagdish BAGHWATI, de l'université Columbia - «The Capital Mythe», publié dans *Foreign Affairs*, mai-juin 1998 - et de Dani RODRICK, de l'université Harvard - «Who needs capital-account convertibility», publié dans «Should the IMF pursue capital-account convertibility», *Essay in International Finance* n. 207, Princeton University - qui ajoutent des nuances à l'opinion en général favorable des économistes à l'égard de la liberté des flux de capitaux. Ils font ressortir des différences importantes entre la mobilité des produits et celle des capitaux, ce qui suggère, selon la revue *The Economist*, que la libéralisation des capitaux ne devrait pas être arrêtée, mais plutôt conduite de façon prudente.

²¹⁵ Participent au Groupe des 7 les États-Unis, le Canada, l'Allemagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni et le Japon.

Cette préoccupation s'est accentuée suite à la dévaluation et au défaut russes du 17 août dernier, qui eut d'ailleurs pour effet d'accélérer la fuite des investisseurs des marchés émergents.

La majorité des spécialistes²¹⁶ s'accordent sur la nécessité de certaines réformes: renforcer la transparence des marchés, améliorer la supervision bancaire et limiter la création du risque moral.

Il est certain que la combinaison du libre mouvement des capitaux avec des systèmes bancaires mal réglementés est une recette pour le désastre. Le défi d'améliorer la supervision à l'échelle mondiale est donc considérable. La consolidation des paramètres de Bâle pour le niveau de capital des institutions bancaires a demandé dix ans d'efforts de coopération. Leur révision, dans le but de les rendre plus adéquats à la volatilité de certains marchés, ne pourrait se faire que de façon également graduelle. La création d'une nouvelle institution internationale pour surveiller les participants des marchés mondiaux semble être une tâche encore plus complexe. La mise en place d'un organisme international affronterait de la résistance de la part des organismes de supervision nationaux. Une supervision effectuée par les régulateurs déjà existants mais davantage intégrée, comme le souhaite le F.M.I., est une idée mieux acceptée.

De même, la mise en place d'une procédure internationale pour les faillites - une idée renforcée depuis la crise mexicaine de 1995 - est un objectif qui semble, à l'heure actuelle du moins, difficile à atteindre. La création d'une Cour internationale pour les faillites s'enliserait dans des difficultés insurmontables. La diversité des parties impliquées, tant du côté des créanciers - banques et investisseurs -, que du côté des débiteurs - gouvernements souverains, banques et sociétés - contribue à la grande complexité de l'établissement d'un tel cadre procédural.

²¹⁶ «Towards a new financial system - the perils of global capital», *The Economist*, 11 avril 1998, p. 52.

On estime également qu'une procédure de règlement de crédits trop généreuse stimulerait l'option du défaut, et susciterait ainsi des problèmes liés au risque moral. L'enjeu, sur ce point, est de concevoir un mécanisme qui soit suffisamment intégré, équilibré et sophistiqué pour écarter, à la fois, la panique et le risque moral, tout en renforçant la discipline de marché.

La nécessité de créer un véritable prêteur international de dernier ressort, de façon à réduire le risque de panique sur les marchés internationaux est un autre thème qui fait l'objet de réflexions. Deux questions se posent à cet égard. D'abord, quelle institution jouerait ce rôle? Le Fonds Monétaire International semble être un choix naturel, car il agit déjà partiellement à titre de prêteur international de dernier ressort. Le défi demeure toujours de le rendre financièrement capable d'agir pleinement, de façon crédible. Ensuite, la minimisation de l'aléa de moralité demeure une question complexe. C'est le dilemme de s'assurer que les investisseurs privés paient le prix de leurs mauvaises décisions, mais que les pays ne soient pas injustement punis par les ruées des investisseurs.

La capacité du système conçu à *Bretton Woods* en 1944 - Fonds Monétaire International et les institutions qu'il coordonne (Banque Mondiale, banques régionales de développement et Club de Paris) - de gérer une économie progressivement mondialisée est aujourd'hui contestée.

Le professeur Jeffrey Sachs adresse une critique²¹⁷ quant à la fragilité de ce système. Selon Sachs, l'effondrement des marchés émergents et l'effet ricochet sur les économies avancées représentent la fin d'une époque. Il considère que le Fonds Monétaire International s'est révélé mal outillé pour contrer les effets de la crise actuelle et il propose une série de réformes afin de créer un environnement plus sain susceptible de servir d'assises aux dynamiques de la mondialisation.

²¹⁷ «Global Capitalism - making it work», *The Economist*, 12 septembre 1998, p. 23.

D'abord, selon le professeur de Harvard, le G-8²¹⁸ devrait immédiatement se faire remplacer par un G-16, incluant huit pays en développement. Du côté de ces derniers, le Brésil, l'Inde, la Corée du Sud et l'Afrique du Sud devraient être invités à y participer.

Au niveau économique, Sachs propose la révision de la recette proposée par le F.M.I., c'est à dire la politique de taux de change fixes et d'augmentation des taux d'intérêts par les pays qui cherchent à protéger leur monnaie. Il prône également une réforme des programmes d'aide internationale, qui devraient se déployer sur une base plus coopérative et devraient s'appuyer sur les organisations régionales déjà existantes. La Banque Mondiale, selon sa perspective, devrait se restructurer pour concentrer ses actions sur les transferts de technologie vers les pays les moins avancés ou en développement.

Dans le domaine précis de la préservation de la stabilité des marchés financiers, Sachs formule des observations qui touchent directement la problématique des crises bancaires. Selon lui, il est nécessaire de construire un équivalent international aux systèmes étatiques de protection de dépôts. Sur ce point, cependant, il ne va pas jusqu'à suggérer la mise en place d'une structure formelle - à l'opposé de l'investisseur George Soros, qui propose²¹⁹ la création de la Corporation Internationale d'Assurance des Crédits. Sachs suggère plutôt l'imposition, par les pays en développement, d'un contrôle sur les prêts internationaux à court terme destinés aux institutions financières nationales. Il cite l'exemple du Chili qui taxe les flux de capital à court terme et fait également valoir que d'autres approches peuvent être utilisées pour éviter la surexposition des banques à l'endettement à court terme et pour prévenir les fuites de capital liées à des mouvements de panique.

²¹⁸ Le Groupe des 8 réunit les pays participants au G-7 (voir note 215) et la Russie.

²¹⁹ «Towards a new financial system - the perils of global capital», *The Economist*, 11 avril 1998, p. 52.

Par ailleurs, la Banque des Règlements Internationaux déploie un effort, à partir de la crise asiatique de 1997, pour moderniser sa structure et accroître sa présence sur les marchés émergents²²⁰. Cette modernisation a été amorcée par l'admission, en 1996, de neuf nouveaux membres - le Brésil est l'un d'entre eux - au sein du Comité de Bâle²²¹. Ces pays participent à certaines discussions concernant la supervision et la régulation bancaire, mais ne jouissent pas d'un statut équivalent à celui des pays du Groupe des 10. L'ouverture d'un premier bureau hors de la Suisse, à Hong- Kong au mois de juillet dernier, témoigne également d'une volonté d'ouverture de la B.R.I. à l'égard des marchés émergents.

De plus, la B.R.I. se concentre sur de nouvelles méthodes de supervision des conglomérats financiers où se confondent les services bancaires, les assurances et opérations boursières ou sur valeurs mobilières. Une toute récente initiative vient d'être prise à l'égard de la modernisation des pratiques de supervision et de régulation bancaire, avec la création de l'Institut pour la Stabilité Financière. Cet institut aura pour but de préparer les superviseurs bancaires à catégoriser les problèmes des banques de façon à obliger celles-ci à assumer la responsabilité de leurs pertes. Finalement, une présentation plus accessible des rapports de la Banque des Règlements Internationaux est suggérée par l'article de la revue *The Economist*. Les analyses de la B.R.I. ont été parmi les rares à dénoncer la fragilité des marchés asiatiques avant l'éclosion de la crise en 1997.

Dans l'immédiat, le débat le plus important concerne la nécessité de renforcer la capacité financière du Fonds Monétaire International pour qu'il puisse jouer un rôle de véritable prêteur de dernier ressort sur la scène internationale.

²²⁰ «Finance and Economics - Lenses of last resort», *The Economist*, 6 juin 1998, p. 69.

²²¹ Voir note 16.

On reconnaît que les ressources du Fonds sont modestes en comparaison avec le volume actuel des flux internationaux de capital²²². Même un doublement de son capital - une idée avec laquelle jonglent ses principaux participants - ne suffisait pas à rendre le F.M.I. crédible comme prêteur international de dernier ressort.

Il est donc possible qu'un effort conjoint d'une pluralité d'organisations internationales et de pays développés, chapeautés par le Groupe des 7, continue de s'avérer nécessaire, lors des crises internationales. Cet effort implique, en règle générale, la participation du F.M.I., de la Banque Mondiale, de la Banque des Règlements Internationaux, ainsi que des institutions régionales.

C'est d'ailleurs ce qui est arrivé, en novembre dernier, lorsque le Brésil a demandé l'appui international à son programme de rééquilibrage des comptes publics, pour assurer la normalité de relations financières avec l'étranger et pour surmonter les menaces issues de la crise financière mondiale²²³. L'appui international qui s'est matérialisé par la mise à la disposition du Brésil de 41 milliards de dollars américains, est le résultat d'une opération collective engageant le Fonds Monétaire, la Banque Mondiale et la Banque Interaméricaine de Développement, ainsi que les principaux pays industriels, sous la coordination de la Banque des Règlements Internationaux.

Cet ensemble de débats et d'événements est représentatif de l'émergence d'un partage de pouvoirs entre les États nationaux et d'autres acteurs internationaux en ce qui a trait aux mesures visant à préserver la stabilité des marchés financiers.

²²² Loc.cit., note 219, p. 54

²²³ «Brasil assina com o F.M.I. acordo que disponibiliza mais de US 41 bilhões», *Press Release* du Ministério da Fazenda do Brasil, 13 novembre 1998, dans *website* www.brasil.gov.br.

Il nous semble cependant précipité de parler de l'avènement d'un cadre participant du pluralisme juridique, c'est à dire de l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques dans le domaine de la crise bancaire. En adoptant la définition d'ordre juridique construite par Guy Rocher²²⁴ - «un ensemble de règles, socialement contraignantes, élaborées, interprétées et appliquées par des agents ou des appareils fondés sur une légitimité, et faisant preuve, règles et agents, de stabilité» - on vérifie que les instances internationales de réglementation ainsi que les initiatives infra-nationales d'autoréglementation font encore l'objet de controverses quant à leur légitimité et que la stabilité n'est pas acquise à ce chapitre.

Il serait sans doute plus juste de dire que l'État se trouve coincé entre un niveau international ou transnational progressivement coercitif et des instances infra-nationales qui cherchent à se libérer de sa tutelle. En ce qui concerne la crise bancaire, le droit étatique n'est plus autonome et la pure expression de la souveraineté de l'État, mais reflète plutôt un niveau croissant d'interdépendance et témoigne de plus en plus visiblement une ouverture à la contribution d'autres ordres normatifs.

Le professeur Panayotis Soldatos propose à ce sujet une réflexion²²⁵ sur l'État-nation en cette fin de siècle, qui s'articule autour de deux grandes idées: la constatation de la crise de l'État-nation et l'affirmation que le «dénouement de la crise n'implique nullement l'obsolescence-dépérissement de l'État-nation mais, plutôt, sa profonde transformation, voire sa métamorphose de réhabilitation»²²⁶.

²²⁴ Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29.1 *Cahiers de Droit*, p. 91.

²²⁵ Panayotis SOLDATOS, «Réflexions sur le devenir de l'État-nation: phénomènes de crise et de rationalisation», dans Panayotis SOLDATOS et Jean-Claude MASCLET (dir.), *L'État-Nation au Tournant du Siècle: les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, Montréal, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal, 1997, p. 17.

²²⁶ Id, p.18.

S'agissant de la constatation de la crise de l'État, Soldatos considère qu'il «traverse une sérieuse crise structurelle-fonctionnelle à triple facette: il subit une profonde érosion de son tissu de souveraineté; il est frappé d'une incapacité fonctionnelle accentuée; il connaît un déficit de légitimité»²²⁷.

Après avoir circonscrit les données fondamentales de la crise contemporaine de l'État-nation, Soldatos essaie d'identifier les réponses-remèdes en cours ou envisagées par l'État pour la contrer. Il affirme que l'État-nation a dû chercher et mettre en œuvre des «formules thérapeutiques» de redressement partiel. Les principales de ces formules seraient: a) la coopération internationale; b) l'intégration régionale internationale; c) l'intégration régionale supranationale; d) la dévolution structurelle-fonctionnelle; e) les synergies systémiques; f) la privatisation sélective des rôles.

Finalement, Soldatos considère que l'État semble voué à un «rôle pivot dans un schéma de plusieurs systèmes d'acteurs en chevauchement, avec des partages, des conflits et des harmonisations de rôles».

²²⁷ Le professeur Soldatos souligne que ces trois facettes s'articulent sur un ensemble de phénoménalités interdépendantes et en cascade. Il énumère ainsi les processus de démantèlement des frontières économiques nationales; des segmentations-fragmentations-démembrements de territoire; des réductions de rôles, notamment en matière de régulation sous-économique; des transferts ou des mises en commun de droits souverains à des instances internationales et supranationales; des débordements fonctionnels à caractère socio-économique par des forces transnationales. Soldatos examine ensuite les principaux déterminants de ces processus de fragilisation de l'État-nation. Parmi ces déterminants, nous en soulignons deux qui sont particulièrement liés au domaine financier et à celui de la crise bancaire: a) le processus de libéralisation-intensification accélérée des échanges, qui a perméabilisé, voire perforé les frontières de l'État-nation en matière de souveraineté économique, menant surtout à une incapacité fonctionnelle croissante de l'État-nation dans des sphères telles que l'orientation-planification et le développement économique, la régulation monétaire, etc.; et b) les stratégies internationales de déploiement transnationalisé des firmes, qui provoquent des flux de biens, de services, de personnes, de capitaux et de savoir qui échappent, de plus en plus, aux logiques et au contrôle de l'État-nation et de ses institutions, impliquent souvent un déficit démocratique, des déficits commerciaux, des fuites de ressources (investissements à l'étranger, non-rapatriement de certains gains, etc.), et empêchent l'État-nation d'assumer, avec efficacité et rentabilité, ses rôles micro-économiques et macro-économiques, et ses fonctions de protection sociale. P. SOLDATOS, *op.cit.*, note 225, p. 119-120.

À ce sujet, le professeur Soldatos s'exprime ainsi:

«rénové, métamorphosé (combinant les «moins d'État» et «mieux d'État») il (l'État) se concentrera à ses créneaux de performance structurelle-fonctionnelle, tout en se prêtant à des participations, à géométrie variable, au sein des instances internationales, à des processus de dévolution interne et de construction externe, régionale et globale, à un «maillage» transnationalisé»²²⁸.

Les réflexions de Soldatos poursuivent un parcours parallèle à celui des auteurs qui proposent et identifient, à partir de la crise de l'État, le déploiement d'un «droit réflexif»²²⁹, c'est à dire un droit en conformité avec la société contemporaine, qualifiée de complexe et post-moderne. Au carrefour des analyses de Soldatos et des tenants du droit réflexif se trouve la proposition qu'une pluralité de sous-systèmes de régulation cohabitent et que les sous-systèmes non-étatiques jouissent d'une autonomie relative à l'égard de l'État et du droit étatique.

Mais pour les théoriciens du droit réflexif²³⁰, celui-ci intègre l'incapacité actuelle de l'État de diriger la société et légitime la multiplication des instances de négociation entre les acteurs sociaux (y compris l'État), ainsi que les règles adoptées par ces instances. Or, le rôle de l'État, pour ces théoriciens, se limiterait à donner des indications ou à formuler des incitations (non coercitives) quant au contenu des règles, et à contrôler le conformité des procédures de négociation.

²²⁸ Id., p. 36.

²²⁹ Helmut WILLKE, « Le droit comme instrument de guidage néo-mercantiliste de l'État », dans C.A. MORAND (dir.) *L'État propulsif*, Paris, Publisud, 1991, p. 95-106.

²³⁰ À ce propos, voir aussi Gerhard TEUBNER, «Dilemmas of Law in the Welfare State», Berlin/New York, 1986 et Helmut WILLKE, «Diriger la société par le droit?», (1986) 31 *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, p. 189-214, cités dans A-N. ROTH, «O Direito em Crise: fim do Estado moderno?», dans J. E. FARIA (dir.), *op.cit.* note 213.

En ce qui concerne le domaine de la crise bancaire, il nous semble que la transformation du rôle de l'État se conforme plutôt à une perspective de réhabilitation, suite à la métamorphose et au renouvellement de son action, comme le prétend le professeur Soldatos.

D'abord, les instruments classiques de prévention et de redressement de la crise bancaire continuent à se situer dans le cadre du droit étatique national. Le maintien et le renforcement de ces instruments équivaldraient à une concentration de l'État dans ses créneaux de performance structurelle-fonctionnelle, pour reprendre la formule du professeur Soldatos.

De même, on observe que l'État-nation joue encore un rôle névralgique sur la scène internationale dans les stratégies réactives visant à contrer la vulnérabilité accrue des marchés financiers. Des événements inédits résultant du nouvel environnement mondialisé - comme la récente crise des marchés émergents - ont révélé que c'est à partir de l'initiative des agents étatiques que se mettent en branle des mesures pour éviter que soit mis en péril la stabilité des économies nationales et des systèmes financiers nationaux. Que ce soit par la mise en place de mécanismes de coopération internationale «ad hoc» ou par l'adoption de mesures pour construire ou pour renforcer, de façon permanente, des institutions internationales, l'État-nation demeure le moteur des transformations juridiques et l'intermédiaire des négociations entre les acteurs et les instances impliqués. Renouvelé et métamorphosé sous la pression des exigences de l'environnement mondial, il se maintient comme la cheville ouvrière des stratégies visant la prévention et le redressement de la crise bancaire.

CONCLUSION

L'examen des institutions européennes et brésiliennes relatives à la prévention et au redressement des crises bancaires nous permet d'affirmer qu'une transformation importante du rôle de l'État national est en marche. L'État demeure le principal agent de régulation juridique dans ce domaine, mais sa tâche devient plus complexe: il s'agit, dorénavant, d'adapter les instruments juridiques traditionnels aux nouvelles demandes de l'environnement, ainsi que de gérer les rapports de complémentarité entre l'ordre juridique étatique et les ordres normatifs émergents.

Cette transformation est d'abord centrée sur l'adaptation des instruments traditionnels de l'État aux mutations des environnements, c'est à dire à un contexte de mondialisation et de déréglementation de l'économie. Les pouvoirs politiques de l'État national demeurent les principaux rouages de ce processus d'adaptation. Ils doivent cependant tenir compte de considérations étroitement liées au paradigme de l'efficacité, ainsi que de la contribution des agents du processus de mondialisation de l'économie: les opérateurs du marché et des interlocuteurs publics internationaux.

Au Brésil, les modifications les plus importantes concernant le cadre relatif à la crise bancaire se réalisent à l'intérieur de l'ordre juridique étatique. Les pouvoirs politiques de l'État sont à l'origine de ces transformations. En Europe, à l'inverse, les changements se font avant tout au niveau de l'ordre juridique supranational. Les États nationaux européens demeurent les agents négociateurs du transfert des prérogatives nationales vers le cadre communautaire; dans des domaines précis, ils optent pour la rétention des prérogatives nationales entre leurs mains.

En ce qui concerne les rapports de complémentarité entre l'ordre étatique et les autres ordres normatifs, le renforcement des institutions internationales se révèle un mouvement plus puissant que l'expansion des normes privées dans la sphère infra-nationale. L'adoption de règles à l'échelle mondiale et l'implantation de mécanismes gérés par les organisations internationales s'avèrent plus fréquentes que les initiatives d'autoréglementation. Dans le domaine de la crise bancaire on identifie plutôt une internationalisation de l'action étatique que son remplacement par des structures privées de régulation.

Le cas brésilien montre qu'au-delà des réformes entreprises dans les limites du cadre juridique national, la participation à une économie mondialisée exige de l'État une coopération étroite avec les instances internationales. C'est sans doute le chemin le plus sage et le plus logique pour faire face à la vulnérabilité accrue du système financier international et des systèmes bancaires locaux.

Dans tous les cas, l'effritement du monopole étatique en cette matière est indéniable. Ce monopole, qui a atteint son paroxysme dans les années 50 et 60, a commencé à décliner dans les années 70; avec le mouvement de mondialisation économique, il subit à l'heure actuelle des assauts de toutes parts. Il reste à vérifier si l'effritement, voire l'effondrement de ce monopole, donnera lieu à une véritable cohabitation de l'ordre étatique avec d'autres ordres juridiques. Ceux-ci ne peuvent pas, pour le moment, être identifiés dans toute leur plénitude. La consolidation d'un ordre juridique international et la construction d'instances d'autoréglementation dans le domaine de la crise bancaire, si elles sont sans doute des entreprises éminemment souhaitables, demeurent pour l'instant de nouvelles frontières à conquérir.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et Recueils

- AGLIETA, M., Régulation et Crises du Capitalisme, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, 486 p.

- ALEXANDER, W.E., J.M.DAVIS, L.P. EBRILL et C-J. LINDGREN (dir.), Systemic Bank Restructuring and Macroeconomic Policy, Washington, Fonds Monétaire International, 1997, 181 p.

- BALIÑO, J.T. et C. COTTARELLI (dir.), Frameworks for Monetary Stability: policy issues and country experience, Washington, Fonds Monétaire International, 1994, 775 p.

- BANCEL, F., L'Europe des Banques, Boulogne, SÉFI, 1993, 178 p.

- BARROS, J.P.M. et M.F. ALMEIDA Jr., Análise do Ajuste do Sistema Financeiro no Brasil, Ministério da Fazenda, Secretaria de Política Econômica, 1997.

- BEGG, D.K.H., Monetary Policy in Central and Eastern Europe: lessons after half a decade of transition, Working Paper 96/108, Washington, Fonds Monétaire International, 1996.

- BOBBIO, N., Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1996, 185 p.

- CALHEIROS, J.M. de A., O Sector Bancário e a Comunidade Económica Européia, Lisboa, Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 1993, 443 p.

- CARDELLA, T. et E.L.YEYATI, Public Disclosure and Bank Failures, Working Paper 97/96, Washington, Fonds Monétaire International, 1997.

- COLLINS, C., Bank Soundness and Macroeconomic Policy, Washington, Fonds Monétaire International, 1996, 23 p.

Alternatives to the Central Bank in the Developing World, Occasional Paper # 20 (SO20EA), Washington, Fonds Monétaire International, 1983.

- CORDERO, R., The Creation of a European Banking System: a study of its legal and technical aspects, Genève, Peter Lang AG, 1990, 390 p.

- DASSESSE, M. et S. ISAACS, EEC Banking Law, Londres, Lloyds of London Press Lt. 1985, 184 p.

- DERMIGUC, A. et E. DETRAGIACHE, The Determinants of Banking Crises - evidences from developing and developed countries, Working Paper 97/106, Washington, Fonds Monétaire International, 1997.

- EDWARDS, F. R. et H.T. PATRICK, Regulating International Financial Markets: issues and politics, Norwell, Massachussets, Kluwer Academic Publishers, 1992.

- EFFROS, R.C. (dir.), Current Legal Issues affecting Central Banks, Vol. I, II, III et IV. Washington, Fonds Monétaire International, 1992/1997.

- ENOCH, C. et J.H. GREEN (dir.), Banking Soundness and Monetary Policy: issues and experiences in the global economy, Washington, Fonds Monétaire International, 1997, 542 p.

- ENOCH, C., P. HILBERS et A. KOVANEN, Some Issues in the Design of Monetary Instruments for the Operation of the European Economic and Monetary Union, Working Paper 97/178, Washington, Fonds Monétaire International, 1997.

- FARIA, J.E. (dir.) Direito e Globalização Econômica - implicações e perspectivas, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, 160 p.
- FRIESEN, C.M., International Bank Supervision, Londres, Euromoney Publications, 1986, xi, 124 p.
- GALBRAITH, J.K., L'Argent (édition française), Saint-Amand (Cher), Gallimard, Collection Folio/Histoire, 1994, 471 p.
- GALY, M., Implementation of Monetary Policy in EMS Countries Participating in the Exchange Rate Mechanism, Working Paper 92/87, Washington, Fonds Monétaire International, 1992.
- GARCIA, G.G., Protecting Bank Deposits, Economic Issues n. 9, Washington, Fonds Monétaire International, 1997, 14 p.
- GARCIA-HERRERO, A., Monetary Impact of a Banking Crisis and the Conduct of Monetary Policy, Working Paper 97/124, Washington, Fonds Monétaire International, 1997.
- GOLDSTEIN, M., The Case for an International Bank Standard, Washington, Institute for International Economics, 1997, 108 p.
- GONZÁLEZ-HERMOSILLO, B., Banking Sector Fragility and Systemic Sources of Fragility, Working Paper 96/12, Washington, Fonds Monétaire International, 1996.
- HADJIEMMANUIL, C., Banking Regulation and the Bank of England, Londres, Lloyds of London Press, 1996, 535 p.
- HAUSMANN R. et L. ROJAS-SUÁRES (dir.), Banking Crisis in Latin America, Washington, Inter-American Development Bank, 1996, 267 p.

- KEOHANE, R.O. et H. MILNER, Internationalization and Domestic Politics, Cambridge, Angleterre, Cambridge University Press, 1996, 308 p.

- KHAN, M.S. et V. SUNDARARAJAN, Financial Sector Reforms and Monetary Policy, Working Paper 91/127, Washington, Fonds Monétaire International, 1991.

- KRUGMAN P.R., La mondialisation n'est pas coupable - Vertus et limites du libre échange (version française), Paris, Éditions la Découverte, 1998, 219 p.

- LANTERC, F. C., Iniciativas en el seno de la Unión Europea para afrontar las crisis bancárias: la propuesta de directiva sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, Quito, Équador, Banco de España, 1997.

- LEITE, E. de O., A Monografia Jurídica, Porto Alegre, Brasil, Fabris, 1985.

- LINDGREN, C-J., Authorities' Role and Organizational Issues in Systemic Bank Restructuring, Working Paper 97/92, Washington , Fonds Monétaire International, 1997.

- LINDGREN, C-J., G.G. GARCIA et M.I. SAAL (dir.), Bank Soundness and Macroeconomic Policy, Washington, Fonds Monétaire International, 1996, 215 p.

- MACE, G., Guide d'Élaboration d'un Projet de Recherche, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1988, 120 p.

- ODITAH, F. (dir.), Insolvency of banks: managing the risks, Londres, FT Law and Tax, 1996, 111 p.

- POSNER, R., Overcoming Law, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

- RAMASWAMY, R., Monetary Frameworks: is there a preferred option for the European Central Bank, Working Paper 97/006, Washington, Fonds Monétaire International, 1997.

- SELGIN, G., Bank Deregulation and Monetary Order, Londres, Routledge, 1995, 288 p.

- SOLDATOS, P. et J-C. MASCLLET (dir.), L'État-Nation au Tournant du Siècle: les enseignements de l'expérience canadienne et européenne, Montréal, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal, 1997, 346 p.

- SOUTO DE MIRANDA, A., Temas de Direito Comunitário, Lisboa, Almedina, 1990.

- SUNDARARAJAN, V., The role of the prudential supervision and financial restructuring of banks during transition to indirect instruments of monetary control, Working Paper 96/128, Washington, Fonds Monétaire International, 1996.

- SUNDARARAJAN, V. et T.J.T. BALIÑO (dir.), Banking Crises: cases and issues, Washington, Fonds Monétaire International, 1991, 375 p.

- TARAZI, A., Risque Bancaire, Déréglementation Financière et Réglementation Prudentielle, Limoges, Université de Limoges, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, Presses Universitaires de France, 1996, 359 p.

- TEMPERTON, P. (dir.), The Euro, Londres, Wiley, 1997, 292 p.

- WICKER, E., The Banking Panics of the Great Depression, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1996, 174 p.

- ZUCCOLO, G.A., Crisis Financiera y Riesgo Legal para la Banca Central - La crisis financiera de 1995. Experiencia Argentina, Forum Centro de Estudios Monetarios Latino Americanos – CEMLA, Quito, Equador, 1997.

- Aspectos Jurídicos de las Crisis Bancárias (Respuesta del Ordenamiento Jurídico), Madrid, Centro de Estudios Judiciales et Banco de España, 1988.

- Banking Supervision in the European Community: Institutional Aspects - Report of a working group of the ECU Institute under the chairmanship of Professor Jean-Victor LOUIS, Bruxelles, Editions de l'Université de bruxeles, 1995.

- Études Économiques et Financières - Perspectives de l'Économie Mondiale, Washington, Fonds Monétaire International:

- Mai 1997, Mondialisation - Enjeux et Défis.
- Octobre 1997, L'UEM et l'Économie Mondiale.

- O Banco Central e as Novas Técnicas de Saneamento do Sistema Financeiro Nacional após a Estabilização Monetária, Nota DEPAD/COTEC, Banco Central do Brasil, 1997.

- Os Bancos em Cenário de Estabilização Econômica, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1994, 113 p.

- Sistema Financeiro Pós-Real, Nota DEPEC/COPEC, Banco Central do Brasil, 1995.

- World Economic and Financial Surveys, Washington, Fonds Monétaire International:

- Novembre 1997, International Capital Markets - Developments, Prospects and Key Policy
- Décembre 1997, World Economic Outlook - Interim Assessment Staff Studies for the World Economic Outlook
- Février 1998, Official Financing for Developing Countries

Articles de Revue et Périodiques

- ADKINS, B., «The single banking market of the EEC: the story so far», (1990) 6 Journal of International Banking Law, 251-258.

- «The EEC rules on prudential supervision of banks», (1992) 5 Journal of International Banking Law, 175-182.

- BATES, C., «EMU break-up - thinking the unthinkable», (1998) 6 Journal of International Banking Law, 183-184.

- BAXTER, I., «Global Money», Recent Developments, (1992-1993) 8 Banking & Finance Law Review, Toronto, 345-361.

- BELLEY, J-G., «L'État et la régulation juridique des sociétés globales - Pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) XVIII 1 Sociologie et sociétés, 11-32.

- «Le Droit comme *terra incognita*: Conquérir et construire le pluralisme juridique», (1997) 12 - 2 Revue Canadienne Droit et Société.

- BERGER K.P., «The proposed EC takeover directive: balancing investor protection with the need for regulatory flexibility», (1991) 1 Journal of International Banking Law, 11-27.

- BERNITZ, U. et S. MOHAMED, «National prudential rules override capital freedom», (1996) 6 Journal of International Banking Law, 235-238.

- BERTOLDI, A., «Financial institutions in Brazil», (1996) 7 Journal of International Banking Law, 282-288.

- BLAIR, W., «The reform of financial regulation in the United Kingdom», (1998) 2 Journal of International Banking Law, 43-49.

- CAMPBELL, A., «The new company voluntary arrangement proposals and their effect on banks», (1995) 10 Journal of International Banking Law, 422-427.

CARVALHO F^o, P.M. de, «O Fundo Garantidor de Créditos contra Instituições Financeiras», (1997) 107 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Malheiros Editores, 190-197.

- CICALIONI, F.G., «Europeanisation of EC banks through cross-borders mergers», (1994) 10 Journal of International Banking Law, 419-427.

- CLAROTTI, P., «Un pas décisif vers le marché commun des banques - la deuxième directive de coordination en matière d'établissement de crédit», (1989) 330 Revue du Marché Commun.

- COHEN, H., «Reform of the UK financial services regulation: twin peaks or britannia's trident spear?», Opinion, (1997) 5 Journal of International Banking Law, 171-174.

- DALE, R., «Bank Regulation after BCCI», (1993) 1 Journal of International Banking Law, 8-14.

- DARNTON, D. et M. REED, M., «European Commission – proposed directive on deposit-guarantee schemes», News Section, (1992) 7 Journal of International Banking Law.

- DISHINGTON, J., «Banking regulation – insolvency», (1993) 3 Journal of International Banking Law, 106-113.

- DÖSER, W.H., «EMU/Single currency: what does it means for business?», (1996) 12 Journal of International Banking Law, 503-509.

- ECONOMIDES, N., R.G. HUBBARD et D. PALIA, «The political economy of branching restriction and deposit insurance: a model of monopolistic competition among small and large banks», (1996) 39 2 The Journal of Law and Economics, Chicago.

- EVANS, A., «Self-regulation in the insurance market - Verband Sachversicherer EV v. Commission», (1987) 4 Journal of International Banking Law, 266-281.
- FALKNER, R., «Judicial review of the take over panel and self regulation organisations», (1987) 2 Journal of International Banking Law, 103-115.
- «European Community - competition policy and financial services: an overview», (1990) 11 Journal of International Banking Law, 437-444.
- FAST, A., «Sweden's banking support system ends», Legal Analysis, (1996) 6 Journal of International Banking Law, 258-259.
- FIDLER, P., «A small step forward? The draft EU bankruptcy convention», (1996) 1 Journal of International Banking Law, 3-6.
- FOLHA DE SÃO PAULO, «Habermas e a constelação pós-nacional», 18 octobre 1998, p. 5.7.
- FOX, J. et G. THOMAS, «Insolvency winding up - BCCI winding up petition adjourned», (1991) 11 Journal of International Banking Law, N211-N212.
- GAZETA MERCANTIL, «Bundesbank inspira futuro Banco Central Europeu», Finanças, 08 juin 1995, p. B-6.
- GOSSLING, M., «The capital adequacy framework – an introduction» (1988) 6 Journal of International Banking Law, 243-250.
- HADJIEMMANUIL, C., «Financial reporting and auditing in the regulated sector: the case of banking», (1996) 3 Journal of International Banking Law, 103-114.

- HANSEN, H., «Banking supervision insolvency of banks: Denmark», (1988) 2 Journal of International Banking Law, 63-66.

- HENDERSON, S.K., «Regulation of swaps and derivatives : how and why?», (1993) 9 Journal of International Banking Law, 349-358.

- HERZEL, L. et R.W. SHEPRO, «Why financial scandals take so long to discover», (1991) 11, Journal of International Banking Law, 433-435.

- HOPT, K.J., «Legal harmonization on the way to Europe 1992: banking and capital markets», (1990) 4 Banking & Finance Law Review, Toronto, 309-333.

- HOSKINS, M., «EEC banking law: plugging the gaps», (1992) 2 Journal of International Banking Law, 56-63.

- HOUGHTON, J., «Regulatory provisions on off balance sheet capital requirements: netting off agreements - the legal perspective», (1987) 4 Journal of International Banking Law, 241-252.

- KEY, S.J., «Deposit-Protection Schemes: Issues for an EC Directive», (1992) Research Report n. 11, Centre for European Policy Studies Report, Bruxelles.

- KUSSEROW, B., «Germany implements ISD and CAD : the 6th amendment to the German Banking Act», Legal Analysis, (1996) 11 Journal of International Banking Law , 477-493.

- LAJOIE, A., «Contributions à une théorie de l'émergence du droit - Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées», (1991) 25.1 La Revue juridique Thémis, 103-143.

- LARGE, A., «London's role as a centre for financial innovation», Opinion, (1993) 7 Journal of International Banking Law, 265-268.

- LHONEUX, E. et J-V. LOUIS, «Towards an european system of central banks», (1990) 1 Journal of International Banking Law, 8-16.
- LEE, R.G., «The monitoring and control of large exposures: a view from the United Kingdom», Opinion, (1992) 4 Journal of International Banking Law, 125-130.
- LIVINGSTON, D. et B. HUTCHINGS, «Legal issues arising from the introduction of the Euro», (1997) 2 Journal of International Banking Law , 63-66.
- LOBO, J., «Direito da crise econômica da empresa», (1998) 109 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.
- LUNGHI, C., «Réflexions sur le décloisonnement entre la banque et l'assurance dans la Communauté Européenne», (1986) 294 Revue du Marché Commun.
- MACDONALD, R.A., «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», (1986) 18 1 Sociologie et sociétés.
- MESSINA, P. de L., «Capital requirements and the Brazilian Banking System» (1994) 9 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 49-69.
- MOHAMED, S., «The impact of EU Law on bank mergers in Sweden», (1998) 9 Journal of International Banking Law, 305-311.
- OGOWEWO, T. I., «Is contract the juridical basis of the Takeover Panel?», (1997) 1 Journal of International Banking Law, 15-23.
- OMAR, P.J., «The offer strategy in French insolvency takeovers», (1998) 3 Journal of International Banking Law, 107-114.

- O'NEILL, N., «Supervision of Financial Conglomerates», Opinion, (1994) 9 Journal of International Banking Law, 335-338.

- PARLOUR, R., «Capital adequacy - developments internationally and in the european community: a tale of two systems», (1990) 6 Journal of International Banking Law, 230-239.

- PÖCH, P., «Austria's adoption of the financial services directive and the other recent EU directives», (1997) 8 Journal of International Banking Law, 317-321.

- QUINTÃO, G.M. da C., «Da constitucionalidade do Fundo de Garantia de Créditos», (1998) 1 Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 152-159.

- RATLIFF, J. et A. GARNER, «EC merger control for the banking and insurance sectors» (1991) 6 Journal of International Banking Law, 229-235.

- ROCHER, G., «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 1 Les Cahiers de Droit.

- RUIZ, E. et S. SMITH, «Implementation of the own funds and solvency ratio directives in the United Kingdom», Opinion, (1991) 1 Journal of International Banking Law, 5-10.

- SAFA, R., «Bank deposit guarantee in France: current flaws and future prospects», Legal Analysis, (1993) 11 Journal of International Banking Law, 471-474.

- SCHOENMAKER, D., «Internationalisation of banking supervision and deposit insurance», (1993) 3 Journal of International Banking Law, 106-112.

- SCHUARTZ, L.F., «Banco Central: questões jurídico-políticas na Constituição de 1988» (1994) 93 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 36-48.

- SEIPP, W., «The financial markets in the year 2000», Opinion, (1991) 2 Journal of International Banking Law, 53-56.

- SIMIONATO, F.A.M., «A reforma da lei de falência frente à reorganização econômica da empresa, (1997) 108 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Malheiros Editores, 16-62.

- SMITHS, S., «Consolidated supervision of banking groups: Basle or Brussels?», (1992) 10 Journal of International Banking Law , 402-406.

- STRANG, W.M., «Bank of International Settlement's proposals for capital standards for market risk: a workable proposition?», (1994-1995) 10 Banking & Finance Law Review, Toronto, 333-362.

- THE ECONOMIST, «Europe's lovesick bankers», 10 janvier 1998.

«Brazilian banking - pricey phoenix», 14 février 1998.

«Brazil's investment banks - short on profits», 7 mars 1998.

«Towards a new financial system - the perils of global capital», 11 avril 1998.

«Capital controversies - is the case for free financial flows as strong that for free trade?», 23 mai 1998.

«Finance and economics - lenses of last resort», 6 juin 1998.

«Global capitalism - making it work», 12 septembre 1998.

«The Single Currency – pressure on the plumbers» 19 septembre 1998.

- TUGWELL, J., «Developments in european community legislation: a UK banker's perspective», (1990) 4 Journal of International Banking Law 148-152.
- VANDERLINDEN, J., «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», (1993) XVIII 53 Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- VERÇOSA, H.D.M., «A regulamentação do artigo 192 da Constituição Federal. A independência do futuro Banco Central do Brasil», (1994) 94 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 35-86.
- VIGNERON, P. et A. SMITH, «The concept of reciprocity in community legislation: the exemple of the second banking directive», (1990) 5 Journal of International Banking Law, 181-190.
- WEEDON, L.A., «Europe 2000: the new frontier for the law», Opinion, (1990) 6 Journal of International Banking Law, 225-229.
- WOOLFSON, P., «Bancassurance and community law: current status and expected developments», (1994) 12 Journal of International Banking Law, 519-525.
- YANAGA, M., «Information exchange between banks' auditors and bank supervisors», (1997) 11 Journal of International Banking Law, 446-449.
- ZAVVOS, G. S., «The integration of banking markets in the ECC - the second banking coordination directive», (1988) 2 Journal of International Banking Law, 53-62.
- «L'Acte Bancaire Européen: objectives et conséquences», (1988) 4 Revue d'Économie Financière.