



LES APPORTS DES NOUVELLES RÈGLES SPÉCIFIQUES SUR LES FAILLITES DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

CHRISTOPHE LÉGUEVAQUES (*)

Docteur en droit
Avocat à la Cour
cLé société d'avocats

Pour traiter le sujet qui m'a été proposé, j'aurais aimé avoir le temps de vous raconter une histoire, voire des histoires... Comme dans une bonne saga de John Le Carré, j'aurais voulu vous raconter comment la C.I.A. utilisait la B.C.C.I. pour financer des groupes militaires en Amérique du Sud, tout en fermant les yeux sur les pratiques douteuses de blanchiment planétaire mises au point par cette banque. Comme dans un polar d'Elroy, j'aurais pu aussi vous raconter l'incroyable histoire d'un jeune « trader » en poste à Singapour qui, du haut de ses 27 ans, a mis en faillite (pour ne pas dire a braqué) une vieille dame de la City, la Baring's, qui était présentée, au XIX^e siècle, comme la 5^e puissance économique mondiale. Dans un récit d'anticipation à la Orwell, j'aurais pu aussi vous décrire comment l'apocalypse de tout le système bancaire et financier international a été évitée de justesse en 1998 par l'injection massive de liquidités dans le fonds spéculatif L.T.C.M. (1). Sous une forme humoristique et rabelaisienne, j'aurais pu vous conter et vous compter la folie « internet » et son appétit gargantuesque de financement. À la manière d'Alexandre Dumas, j'aurais pu développer sur plusieurs milliers de pages la vengeance du réel et les déconvenues d'Enron (2), montrant, encore une fois, que « vingt ans après », les marchés n'ont toujours pas de mémoire de la crise précédente. Hélas, je ne suis pas non plus Émile Zola décrivant « l'Argent » facile et la banqueroute de la Banque universelle, comme il aurait pu, un siècle plus tard, tenir le journal des grandes heures

de la crise bancaire française du Crédit Lyonnais en passant par Pallas Stern...

Mais, je ne peux décemment pas vous raconter des histoires lorsque je lis le titre de mon sujet « Les apports des nouvelles règles spécifiques sur les faillites des établissements de crédit ». Il est beaucoup trop sérieux... Et pourtant, ce sujet contient en germe un paradoxe, source de plus d'une inspiration romanesque.

Peut-on parler de « faillite » en ce qui concerne les procédures d'insolvabilité d'un établissement de crédit ? Si l'on en croit le droit européen et notamment la directive du 4 avril 2001 relative à l'assainissement et à la liquidation d'un établissement de crédit (que nous baptiserons « Dalec » (3)), le mot de « faillite » est aussi impropre que celui de « procédure d'insolvabilité ». En effet, en présence d'un établissement de crédit, nous devons parler de « mesures d'assainissement » ou de « liquidation ». Autrement dit l'intervention du juge dans une « procédure » n'est pas forcément nécessaire. Ainsi, nous verrons que derrière des mots tels que « mesures d'assainissement », la réalité est bel et bien un retour de la « faillite », c'est-à-dire une procédure collective de paiement destinée à satisfaire autant que faire se peut les créanciers et à organiser le paiement sous le contrôle (4) d'une autorité impartiale qui doit assurer la protection des consommateurs.

Mais ce n'est pas le seul paradoxe auquel nous serons confrontés dans l'étude de cette matière.

Le premier paradoxe est d'ordre économique. Nous

sommes passés d'une économie réelle, dans laquelle les biens industriels étaient principalement financés par le recours à des prêts, à une économie virtuelle qui gère des produits à terme et dérive vers toujours plus de données immatérielles. N'oublions jamais que les produits dérivés sont nés pour faire face à l'aléa, aux risques liés au prix d'une denrée, d'une matière première à terme. Mais, c'est là le paradoxe, les produits dérivés deviennent eux-mêmes l'objet de spéculation (5). Le danger réside alors dans l'amplification de l'effet spéculatif par l'effet de levier. Nous retrouvons ici L.T.C.M. qui, avec 2 milliards de dollars de fonds propres, a pu emprunter plus de 100 milliards de dollars auprès d'établissements de crédit afin de prendre des positions sur les marchés dérivés en cumulant plus de 1.000 milliards de dollars d'engagements... Avec cet exemple, on comprend mieux ce que l'on appelle un risque systémique (6), qui représente la hantise de toutes les banques centrales, en raison de son effet dévastateur pour l'ensemble du système. On touche aussi du doigt les contraintes inhérentes à cette activité complexe, en évolution constante, par définition internationale. Retenons d'ores et déjà que le droit des faillites bancaires va tout mettre en œuvre pour isoler l'établissement de crédit défaillant et limiter les effets de contagions.

Le second paradoxe est d'ordre politique. Les marchés financiers jouent, depuis une vingtaine d'années, un rôle déterminant dans la vie économique, sociale et politique de tous les pays (7). L'exemple des retraites par capitalisation est ici particulière-

(*) Le ton oral de l'intervention a été conservé. L'auteur tient à remercier Jean-Pierre Degué, conseiller adjoint de la Commission bancaire et financière (Bruxelles) pour sa relecture attentive, pertinente et critique.

(1) D. Davane, *Instabilité du système financier international*, Conseil d'analyse économique (C.A.E.), n° 14, La Documentation française, 1998, p. 14-15. J.-P. Pouzin, *Ce petit génie a perdu 600 milliards de francs*, L'Expansion, 22 octobre au 4 novembre 1998, n° 583, p. 141. B. Champarnaud, *La régulation des « hedge funds »*, Rev. d'écon. fin., n° 60, 5-2000, p. 197 et s.

(2) J. Fugger, Enron, *Le krach de la confiance*, Arnaud Franel éditions, « La faillite d'Enron an 2001 c'est d'abord la chute d'une étoile. La septième entreprise américaine par son chiffre d'affaires de plus de 100 milliards de dollars, précédant I.B.M. de 10 milliards de dollars », préface de B. Moschetto.

(3) J.O.C.E. n° L/125 du 5 mai 2001, p. 15 et s. ; L. Idot, *Chroniques de jurisprudence, marché intérieur, services financiers, procédures collectives*, Europe, 2001, n° 6, p. 11. J.-P. Degué, *La directive 2001/24/C.E. sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : une solution aux défaillances bancaires internationales ?*, Euredia, 2001-2002/2, Bruylant, p. 241 et s.

(4) V. en ce sens, Percerou, *Faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, 2^e éd., Rousseau, 1935, p. IX « Lorsque le débiteur vient à ne pas tenir ses engagements, la loi met à la disposition de ses créanciers des moyens de l'y contraindre ».

(5) M.-A. Frison-Roche (sous la direction de), *Les leçons d'Enron, capitalisme la déchirure*, p. 30.

(6) J.-P. Deschanel, E. Fernandez-Bollo, *Le contrôle et la sécurité de l'épargne dans la loi bancaire de 1984*, Mélanges Stoufflet, 2001, p. 69 et s.

(7) H. de Vauplane, *Le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers*, Rev. jur. com., janvier 2001, p. 187 et s.

(8) À paraître aux Petites Affiches, Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise, colloque d'Amiens, 21 mars 2003.

(9) T. Bonneau et F. Drummond, Droit des marchés financiers, *Économica*, 2001, n^{os} 51 et s.

(10) Les discussions du Parlement français sur la Loi de sécurité financière sont aussi particulièrement éclairantes : la loi doit donner confiance dans les marchés financiers...

(11) A.-M. Frison-Roche, *op. cit.*

(12) M. Menjucq, Ouverture et reconnaissance des procédures d'insolvabilité dans le règlement 1346/2000, *Petites Affiches* du 20 novembre 2001, n^o 231, p. 24 et s.

(13) J.-P. Deguée, *op. cit.*, n^o 8 ; Chr. Léguevaques, Droit des défaillances bancaires, *Économica*, 2002, n^{os} 1131 et s.

(14) Sur le droit bancaire européen, v. notamment directive 2000/12/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité d'établissement de crédit et son exercice (J.O.C.E. n^o L. 126/1 du 26 mai 2000 n^o L. 27), modifiée par la directive 2000/28/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 (J.O.C.E. n^o L. 275 du 27 octobre 2000, p. 37 et s.). B.

Sousi-Roubi, Droit bancaire européen, Dalloz 1995 ; J.-P. Deguée, *op. cit.*, p. 5 « l'objectif est de préserver la confiance dans chaque établissement et dans le secteur financier dans son ensemble, et d'assurer la protection des épargnants et des investisseurs (...) il s'agit donc fondamentalement de veiller à la sécurité des créanciers et des épargnants par la surveillance du respect des obligations et interdictions légales et réglementaires formant le statut légal des établissements de crédit (...) ».

(15) Directive 98/26/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 (J.O. n^o L. 166 du 11 juin 1998, p. 44 à 50) concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. V. notamment : D. Devos, La directive européenne du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, *Euredia*, 1999, Bruylant, Bruxelles, p. 149 ; P. Bloch, La directive 98/26/C.E. concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, *Mélanges A.E.D.B.F. F. II*, 1999, p. 49 et s.

ment illustratif : les enfants du baby boom ont contribué depuis le début des années 80 à l'explosion des cours de bourse dans la perspective de se constituer une retraite en raison de l'absence (ou de la faiblesse) d'organismes de répartition. Les exigences des fonds de pension se répercutent dans les entreprises, influencent les choix des politiques et transforment même le droit (cf. la notion de « gouvernement d'entreprise » (8)). À l'opposé des années 60, c'est à présent l'économie qui dicte sa loi au politique. Retenons que se pose avec une certaine acuité la question de la souveraineté des États face aux marchés financiers et leur légitimité. Quoi qu'il en soit, nous découvrirons avec l'étonnement propre au juriste français soucieux de hiérarchie des normes, que le législateur moderne, tant français qu'européen, considère que, pour un contrat sur des instruments financiers, l'accord des parties doit primer le droit des procédures collectives, droit de direction économique s'il en est un.

La dernière série de paradoxes résulte de la rencontre des deux premiers et concerne le droit.

— Au cours des années 80, nous avons vécu un dérèglementation qui a permis le développement de la « financiarisation » de l'économie (9) ; les banques ont subi et résisté ; celles qui n'y sont pas arrivées sont mortes, faute d'avoir réussi à s'adosser ou s'adapter. Mais, aujourd'hui, nous assistons à un phénomène de re-réglementation, voire de sur-réglementation justifié apparemment pour renforcer la confiance des investisseurs et assurer la sécurité financière (la loi américaine Sarbanes-Oxley du 30 juillet 2002 en est l'illus-

tration presque caricaturale (10)). Les marchés financiers acceptent et semblent même revendiquer cette réglementation qu'ils avaient pourtant contribué à détruire au nom de l'autorégulation. Et c'est ici que l'on retrouve la fin de la « croyance euphorique et partagée dans l'autorégulation du capitalisme financier » (11), héritage ironique de l'affaire Enron. Nous verrons que le législateur abandonne bien volontiers au contrat le soin de traiter des conséquences de la défaillance d'une contrepartie, pour mieux renforcer les pouvoirs et les prérogatives des autorités de régulation.

— Par ailleurs et ce sera notre second paradoxe juridique, le règlement d'insolvabilité exclut de son champ d'application les établissements de crédit, les compagnies d'assurance, les Organismes de placement collectifs (O.P.C.) et les entreprises d'investissement (article 1-2 du règlement) et consacre, pour reprendre l'expression du Professeur Menjucq, une « procédure principale de portée universelle » (12) tout en unifiant des règlements de compétence législative. En matière de « faillite » bancaire, la Dalec va plus loin en consacrant une véritable procédure unitaire et universelle (13). C'est d'ailleurs l'une de ses marques de fabrique les plus importantes, l'apport le plus significatif. Pourtant, c'est ici que réside un dernier paradoxe. En distinguant la procédure d'insolvabilité de droit commun, des mesures d'assainissement ou de liquidation d'un établissement de crédit, on met un terme à un principe sous-jacent des procédures collectives. En effet, jusqu'à la fin du XX^e siècle, quelle que soit son activité (industrielle, commerciale, réglementée ou

non), la faillite du commerçant était régie par une loi uniforme. Pour comprendre comment l'on a pu arriver à cette singularité d'une procédure collective adaptée à une activité économique donnée, il convient de présenter sommairement le cadre réglementaire des établissements de crédit.

Comme cela n'est pas le cœur de notre sujet, retenons simplement trois idées forces qui permettront de mieux comprendre la portée de la Dalec :

— 1^{re} idée : un agrément est nécessaire pour exercer l'activité bancaire (14). Cet agrément est délivré par une autorité de l'État membre d'origine qui contrôle l'établissement de crédit dans le cadre d'une surveillance sur une base consolidée, à charge pour elle de coopérer avec les autorités des États membres d'accueil. C'est ici que réside le fondement d'une procédure collective réellement unitaire et universelle propre à la Dalec.

— 2^e idée : la prévention de la défaillance d'un établissement de crédit et plus généralement la prévention du risque systémique constituent la politique commune des différentes autorités de régulation. Dans le cadre de cette prévention, l'Union européenne a mis en place un mécanisme de garantie des dépôts et des titres et un mécanisme rendant définitifs les règlements par compensation des ordres de transferts introduits dans un « système » au sens de cette directive 98/26/C.E. du 19 mai 1998 (15). C'est la technique du sanctuaire.

— 3^e idée : en 1998, la Commission européenne a adopté un Plan d'action pour un marché financier unique (que nous baptiserons le « Plan

d'action ») proposant des priorités indicatives et un calendrier de mesures spécifiques. Dans le cadre de ce Plan d'action, l'on retrouve non seulement le renforcement des mesures prudentielles, mais aussi l'adoption de la Dalec et de directives postérieures venant encore préciser certains aspects importants, comme la directive 2002/47/C.E. du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (16).

On le voit, la Dalec s'inscrit dans la définition d'un espace financier européen harmonisé, situation rare que l'on ne retrouve pas dans d'autres activités économiques et notamment industrielles. Ainsi, après avoir détaillé les conditions d'existence, de fonctionnement et de contrôle d'un établissement (17), ainsi que les conséquences d'une défaillance sur certaines catégories de clients (18) ou sur certains contrats (19), la Commission se devait de prévoir et d'organiser la mort éventuelle d'un établissement de crédit. Pour cela, après de nombreuses négociations avec le Parlement, elle a opté pour une directive qui présente des principes directeurs clairs. Avant d'étudier le domaine de la Dalec, observons que les techniques mises en place en cas de défaillance d'un établissement de crédit sont en grande partie semblables à celles contenues dans une autre directive sectorielle, la Dalea (20), directive concernant l'assainissement et la liquidation d'une entreprise d'assurance. Cette proximité est telle que les deux directives adoptées en même temps, au printemps 2001 partagent également de nombreuses définitions. Dès lors, on peut s'interroger sur la maturation d'un « droit européen

des faillites bancaires et financières » (21).

Bien que notre temps soit limité, il convient de présenter rapidement le champ d'application de la Dalec :

— *ratione personae* — Comme son nom l'indique, la Dalec est limitée aux établissements de crédit et à leurs succursales. Il faut se reporter à la directive 2000/12/C.E. concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, elle-même modifiée par la directive 2000/28/C.E. pour définir un établissement de crédit. Il s'agit d'une « entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte ». Il faut encore y ajouter, en application de la directive 2000/46/C.E. relative à la monnaie électronique, les « entreprises qui émettent des instruments de paiement sous la forme de monnaie électronique ». On le constate immédiatement, cette définition est différente de la définition française. Ainsi, par exemple, les sociétés de crédit-bail ne sont pas des établissements de crédit au sens de la directive 2000/12 mais le sont au sens de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier. Dès lors, si une société de crédit-bail français venait à être placée en redressement ou liquidation judiciaires, seul le règlement insolvabilité lui serait applicable...

— *ratione loci*. Contrairement au règlement, la Dalec s'applique à tous les États membres, en ce compris le Danemark. Il semble que le comité mixte de l'E.E.E. examine la possibilité d'étendre la Dalec à ses États membres, ce qui la rendrait alors applicable à la Norvège, à l'Islande et au Liechtenstein.

— *ratione materiae*. Nous allons pouvoir définir ici les notions de « mesures d'assainissement » et de « liquidation ». Abandonnant la technique de la définition par renvoi à une liste, la Dalec définit :

- les mesures d'assainissement comme des mesures « destinées à préserver ou à rétablir la situation financière d'un établissement de crédit (...) et susceptibles d'affecter les droits préexistants de tiers, y compris les mesures qui comportent la possibilité d'une suspension des paiements, d'une suspension des mesures d'exécution ou d'une réduction des créances ». On peut difficilement faire plus large et plus vague et on cherchera vainement où est la véritable harmonisation. En droit français, l'intervention du Fonds de garantie des dépôts à titre préventif s'intègre dans cette définition ; de même que l'éventuel et hypothétique recours au règlement amiable.

- la liquidation comme « les procédures collectives ouvertes et contrôlées par les autorités administratives ou judiciaires d'un État membre dans le but de la réalisation des biens sous la surveillance de ces autorités, y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure analogue ».

Notons que la Dalec vise aussi bien les autorités administratives ou judiciaires. La directive laisse à chaque État membre le soin de préciser les relations entre les autorités administratives et judiciaires. À titre d'information, la Loi française prévoit, depuis la L.E.S.F. de 1999, une prééminence de la Commission bancaire sur le tribunal de commerce (22).

(16) Directive 2002/47/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (J.O.C.E. n° L. 168 du 27 juin 2002, p. 43).

(17) Directive 2000/12/C.E., op. cit.

(18) Directive 94/19/C.E. du Parlement et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts (J.O.C.E. n° L. 135 du 31 mai 1994, p. 5) ; directive 97/9/C.E. du Parlement et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs (J.O.C.E. n° L. 84 du 26 mars 1994, p. 22). B. Stauder, *La protection des déposants en cas de faillite d'une banque en Suisse à la lumière du droit communautaire*, Mélanges Stoufflet, 2001, p. 367 et s.

(19) Directive 98/26/C.E., op. cit.

(20) Directive 2001/17/C.E. du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance « Dalea » (J.O.C.E. n° L. 110 du 20 avril 2001, p. 28 et s.). Lorsque les conditions propres à chaque secteur l'ont permis, des solutions semblables ont été choisies par le Conseil.

(21) J.-P. Rémy, *La faillite comme instrument de constructions européennes*,

À présent que le domaine de la Dalec est circonscrit, il reste à étudier les solutions proposées par la Dalec, mais aussi par d'autres directives communautaires. Une fois, ces solutions (I) étudiées, il nous restera encore à présenter les évolutions nécessaires, possibles ou souhaitables en ce qui concerne le « droit européen des faillites bancaires et financières » (II).

I. Des solutions au profit des créanciers dans la perspective d'éviter un risque « systémique »

La Dalec est d'application immédiate à compter de sa promulgation, soit le 4 avril 2001. Toutefois, les États membres ont jusqu'au 5 mai 2004 pour la transposer si besoin est. Tout comme le règlement insolvabilité, la Dalec propose des solutions de conflits de lois et des conflits de juridictions, sans pour autant définir un droit matériel (23) de la « faillite bancaire européenne ». En étudiant ces solutions, nous allons constater qu'elles sont principalement prises au profit des créanciers, ce qui correspond à la finalité du règlement insolvabilité et en cela, ces solutions sont classiques (A). Par ailleurs, la Dalec cherche à limiter le risque systémique et pour cela a recours à des solutions techniques aussi inédites qu'innovantes car adaptées à la matière bancaire et financière (B).

A. Reprise des solutions classiques en les adaptant

Pour simplifier, l'on pourrait dire que la Dalec distingue une double activité dans un établissement de crédit :

— d'une part, l'activité « normale » qui reçoit un traite-

ment identique à celui prévu par le règlement insolvabilité ;

— d'autre part, l'activité bancaire et financière, qui connaît un traitement adapté.

Je ne serai pas long sur les solutions classiques car l'intérêt de la Dalec n'est pas ici. Notons que les solutions semblables sont plus nombreuses en matière de résolution de conflits de droit (2.) qu'en matière de procédure (1.).

1. Les solutions classiques de la Dalec en matière de procédure

Nous verrons dans les solutions inédites que la Dalec a véritablement consacré une procédure universelle et unitaire (cf. I.B.1). Pour autant, sur des aspects techniques, la Dalec se contente de « copier » le règlement insolvabilité. Notons l'abus de langage auquel nous avons recours car les mesures d'assainissement ne sont pas nécessairement des procédures.

a) Publicités

— **Publicité de la procédure.** L'article 6 de la Dalec, tout comme l'article 13 du règlement, prévoit une publicité au J.O.C.E. dès lors que « la mise en œuvre des mesures d'assainissement (...) est susceptible d'affecter le droit des tiers dans un État membre d'accueil et si un recours est possible dans l'État membre d'origine contre la décision ordonnant la mesure ». L'article 13 de la Dalec est plus direct puisqu'il prévoit la publication au J.O.C.E. de la décision d'ouverture de la liquidation.

D'une manière générale, cette publicité pose des difficultés principalement dans le cadre des mesures d'assainisse-

ment. Ces difficultés sont de deux ordres :

— la première a trait à la rédaction même du texte, qui fixe deux conditions cumulatives pour rendre la publicité de la mesure d'assainissement obligatoire : une décision susceptible d'affecter les droits des tiers et susceptible de recours. En droit français, lorsque la Commission bancaire sollicite le Fonds de garantie des dépôts pour intervenir à titre préventif, peut-on dire que nous sommes en présence d'une mesure d'assainissement devant faire l'objet d'une publicité ? Je laisse la question sans réponse car elle nous amènerait trop loin dans la présentation du droit français et ce n'est pas l'objet de mon intervention...

— la deuxième difficulté, plus importante, réside dans la finalité même de la publicité des mesures d'assainissement. En effet, dès lors que le traitement des difficultés ou de la défaillance d'un établissement de crédit est rendu public, cela constitue une atteinte quasi définitive à cette matière première de l'industrie bancaire, qu'est la confiance. Sans confiance, il n'y a pas de crédit. L'étymologie est là pour nous le rappeler.

— **Preuve de la nomination d'un administrateur ou d'un liquidateur.** Il s'agit là de mesures de publicité semblables aux dispositions de l'article 19 du règlement. Ainsi, l'article 28 de la Dalec prévoit-il que la preuve de la nomination résulte de la production d'une copie certifiée conforme de la décision de désignation ou de toute autre attestation émanant de l'autorité qui a pris la décision. Plus important pour les créanciers, la reconnaissance d'un droit à la déclaration de leurs créances

...
acquis et perspectives, Journées d'études de l'Université catholique de Louvain, 25-26 avril 2002, Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples, Bruylant, 2002, p. 27 et s. T. Bonneau, Assainissement et liquidation des établissements de crédit et des entreprises d'assurance, des relations du droit commun et du droit spécial, Rev. proc. coll., juillet 2001, p. 129 et s.

(22) Chr. Légevaques, op. cit., n^{os} 857 et s.

(23) J.-L. Vallens, Présentation du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy Droit des affaires, septembre 2000, n^o 30, p. 3, « Pour la F., le règlement ne créera pas un bouleversement des dispositions de droit interne même s'il implique une évolution certaine en ce qui concerne la compétence territoriale, la coordination des procédures parallèles et la notion d'unité de patrimoine ».

(que l'on peut opposer avec notre droit français où le créancier, pour exister dans la procédure, a l'obligation de déclarer)...

b) Déclaration de créances

La directive insiste dans ses 12^e et 16^e considérants sur le respect du principe de l'égalité des créanciers notamment entre les créanciers de l'État membre d'origine et ceux de l'État membre d'accueil.

Ce principe se traduit par le fait que la directive reconnaît aux créanciers le droit de déclarer leurs créances (article 16 de la Dalec et articles 32 et 39 du règlement).

Si cette disposition est des plus classiques, il n'en va pas de même de l'alinéa 2 de l'article 16 de la directive qui dispose que « les créances de tous les créanciers ayant leur domicile, leur résidence habituelle ou leur siège statutaire dans des États membres autres que l'État membre d'origine bénéficient du même traitement et du même rang que les créances de nature équivalente susceptibles d'être produites par les créanciers ayant leur domicile, leur résidence habituelle ou leur siège statutaire dans l'État membre d'origine ». Ainsi, le fisc d'un État membre pourra se prévaloir du privilège du Trésor français si la mesure d'assainissement ou la liquidation est ouverte en France (et vice versa). Cette disposition n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés pratiques (24).

Par ailleurs et pour revenir dans les sentiers battus, l'article 14 de la Dalec et l'article 40 du règlement prévoient-ils d'informer les « créanciers connus ».

Tout aussi classiques sont les solutions en matière de conflits de lois.

2. Les solutions classiques de la Dalec dans le traitement des conflits de lois

Tout comme dans le règlement, la Dalec fixe le principe, qui va connaître de très nombreuses dérogations, selon lequel la *lex fori concursus* s'applique notamment à la plupart des conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ainsi, à un alinéa près, l'article 10-2 de la Dalec est-il identique à l'article 4-2 du règlement. L'alinéa manquant est celui qui précise que c'est la *lex fori concursus* qui détermine les débiteurs pouvant être concernés par la procédure d'insolvabilité. Cela se comprend aisément puisque le domaine de la Dalec est strictement délimité et ne peut concerner que les établissements de crédit.

À noter, encore que d'après certains auteurs (25), l'article 10-2 de la Dalec ne constitue pas une liste limitative mais « exemplative » des domaines susceptibles d'être couverts par la *lex fori concursus*, qui semble donc être la loi qui doit s'appliquer par défaut de précisions contraires dans le règlement ou la Dalec. Mais, il existe des exceptions à la *lex fori concursus*. Force est de constater que certaines de ces exceptions se retrouvent à l'identique dans le règlement (26) et la Dalec, à savoir :

— la *lex contractus* du contrat de travail régit les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail (article 20-a de la Dalec et article 10 du règlement) ;

— la *lex rei sitae* régit les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat don-

nant le droit d'acquérir un bien immobilier ou d'en jouir (article 20-b de la Dalec et article 8 du règlement) ;

— la loi de l'État membre, sous l'autorité duquel un registre public est tenu, régit les effets de la procédure d'insolvabilité concernant les droits du débiteur sur un bien immobilier, un navire, un aéronef soumis à inscription sur un registre (article 20-c de la Dalec et article 11 du règlement) ;

— en ce qui concerne la compensation, hors marchés financiers, cette dernière est admise lorsque la loi applicable à la créance du débiteur insolvable l'autorise (article 23 de la Dalec et article 6 du règlement) ;

— en matière de droit réel ou de sûretés réelles, l'article 21 de la Dalec prévoit que le droit réel reste régi par sa propre loi ; « en matière de sûretés réelles, les règles normales de conflit de lois distinguent (i) les conditions de validité des sûretés qui revêtent un double aspect lorsque la sûreté est d'origine conventionnelle et (ii) les effets des sûretés se rattachant au contenu du droit qui relève de la *lex rei sitae* » (27) ;

— la clause de réserve de propriété sur un bien matériel hors marchés financiers n'est pas affectée par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (article 22 de la Dalec et article 7 du règlement) ;

— les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance en cours, concernant un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi, sont régis exclusivement par la loi de l'État membre dans lequel cette instance est en cours (articles 32 de la Dalec et 15 du règlement) ;

(24) J.-P. Deguée, *op. cit.*, n° 32.

(25) *Ibid.*, n° 36.

(26) D. Fasquelle, *Rapport introductif, colloque organisé le 7 novembre 2000 par le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, Petites Affiches du 20 novembre 2001*, p. 3 et s.

(27) J.-P. Deguée, *op. cit.*, n° 58.

— exceptions aux nullités de la période suspecte, l'article 30 de la Dalec, comme l'article 13 du règlement, dérogeant à la *lex fori concursus* en ce qui concerne les nullités de la période suspecte (article 10-2-1 de la Dalec et article 4.2 m du règlement) dès lors que l'acte attaqué est soumis à la loi d'un autre État membre que l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et que cette loi ne prévoit, en l'espèce, aucun moyen, d'attaquer cet acte.

Après cette longue énumération des points communs, on pourrait conclure un peu rapidement qu'il n'existe que peu de différences entre la Dalec et le règlement.

Si cette analyse peut être vraie en nombres d'articles concernés, nous allons voir que les quelques articles distincts entre la directive et le règlement sont de nature et d'une qualité telles qu'ils confirment l'émergence d'un droit spécial de la faillite bancaire européenne.

B. Des solutions adaptées à la prévention du risque « systémique »

1. L'affirmation du caractère universel et unitaire des mesures d'assainissement ou de la procédure de liquidation est tempérée par l'obligation de coopération entre autorités

C'est donc l'unité et l'universalité de la « faillite » qui sont mises en avant dans le respect d'une égalité des créanciers, entendu non pas en fonction de l'existence ou non de privilèges, mais en considération de leur origine géographique. Si le choix de l'unité et de l'universalité paraît justifié notamment en raison des conséquences prati-

ques qu'il emporte (a), il convient de relever que ce principe est atténué par l'instauration d'une obligation de coopération entre autorités de l'État membre d'origine et de l'État membre d'accueil (b).

a) Caractère universel et unitaire

α) justifications du caractère universel et unitaire

— Pour les mesures d'assainissement, l'article 3, alinéa 1 de la Dalec énonce clairement que : « les autorités administratives ou judiciaires de l'État membre d'origine sont seules compétentes pour décider la mise en œuvre dans un établissement de crédit, y compris pour les succursales établies dans d'autres États membres, d'une ou plusieurs mesures d'assainissement ». Corollaire du principe de la surveillance consolidée, le caractère exclusif de la compétence des autorités de l'État membre d'origine n'empêche pas de prévoir des mesures différentes et adaptées à chaque cas particulier pour une filiale ou une succursale dans un État d'accueil. Le pragmatisme de cette disposition est renforcé par la volonté maintes fois affirmée de promouvoir la coopération entre les différentes autorités de contrôle et de surveillance.

— Pour la procédure de liquidation, tout comme pour les mesures d'assainissement, la Dalec ne définit pas les conditions d'ouverture. Elle laisse ce soin au droit applicable à l'État membre d'origine. En effet, l'article 9, alinéa 1, de la Dalec dispose que : « les autorités administratives ou judiciaires de l'État membre d'origine responsables de la liquidation sont seules habilitées à décider de l'ouverture

d'une procédure de liquidation à l'égard d'un établissement de crédit, y compris pour les succursales établies dans d'autres États membres ». Toutefois, l'article 12 alinéa 1 de la Dalec souligne le caractère subsidiaire de la procédure de liquidation « décidée à l'encontre d'un établissement de crédit en l'absence ou après l'échec de mesures d'assainissement ».

— Par ailleurs, la Dalec reconnaît la possibilité d'une liquidation volontaire à condition que l'établissement de crédit soit solvable (18^e considérant). Pour cela, l'article 11 fixe le principe d'une consultation préalable des autorités de l'État membre du pays d'origine par les organes de direction de l'établissement de crédit. L'article 11, alinéa 2, prend le soin de préciser que la liquidation volontaire d'un établissement de crédit « ne fait pas obstacle à l'adoption d'une mesure d'assainissement ou à l'ouverture d'une procédure de liquidation ».

En privilégiant les décisions prises par l'autorité de l'État membre d'origine, la Dalec cherche à concentrer entre les mains d'une seule autorité le contrôle du traitement des difficultés d'un établissement de crédit et de ses succursales. Par là même, cette vision d'ensemble devrait permettre d'anticiper le risque systémique.

β) Conséquences pratiques

— Effet immédiat et universel. Dans un souci d'efficacité, l'article 3, alinéa 2, *in fine* précise que les mesures d'assainissement produisent leurs effets dans toute la Communauté dès qu'elles produisent leurs effets dans l'État membre où elles ont été prises. C'est la loi applicable

à l'État membre d'origine qui détermine les conditions d'application dans le temps. Les mesures d'assainissement présentent un effet *erga omnes* (même à l'égard des tiers, précise la Dalec) « même si les réglementations de l'État membre d'accueil qui leur sont applicables ne prévoient pas de telles mesures ou soumettent leur mise en œuvre à des conditions qui ne sont pas remplies ». Ainsi, il n'est plus besoin d'exequatur. Par ailleurs, l'article 9, alinéa 1, 2^e paragraphe prévoit des dispositions identiques pour la procédure de liquidation puisque la Dalec précise qu'« une décision ouvrant une procédure de liquidation (...) est reconnue sans aucune formalité sur le territoire de tous les autres États membres et y produit ses effets dès qu'elle les produit dans l'État membre d'ouverture ».

— Le caractère universel et unitaire de la « procédure » résulte notamment des pouvoirs des administrateurs et liquidateurs. L'article 28, alinéa 2 de la Dalec dispose que « les administrateurs et les liquidateurs sont habilités à exercer sur le territoire de tous les États membres tous les pouvoirs qu'ils sont habilités à exercer sur le territoire de l'État membre d'origine ». Il s'agit là d'une illustration des plus flagrantes du principe de l'universalité et de l'unité de la procédure. L'alinéa 3 de l'article 28 précise que « dans l'exercice de ses pouvoirs, l'administrateur ou le liquidateur respecte la loi des États membres sur le territoire desquels il veut agir, en particulier quant aux modalités de réalisation des biens et quant à l'information des travailleurs salariés. Ces pouvoirs ne peuvent pas inclure le recours à la force ou le droit de statuer sur un litige

ou un différend ». Ici, nous assistons à une résurgence (limitée) du principe de territorialité en raison de l'absence d'harmonisation au niveau européen (pour le moment ?) du droit des procédures d'exécution.

— La possibilité pour l'administrateur ou le liquidateur de déléguer sa mission à un professionnel qu'il choisit démontre le caractère unitaire de la « procédure ». Dans un souci de pragmatisme, la Dalec prévoit que le mandataire principal peut désigner des personnes chargées de l'assister ou de le représenter dans le déroulement des mesures d'assainissement ou de la procédure de liquidation dans le pays de l'État membre d'accueil. Cette disposition vise notamment à régler les relations avec les créanciers qui pourront ainsi obtenir, dans leur langue, des informations utiles. Mais cette disposition est très différente de celle prévue par le règlement instaurant une hiérarchie entre le syndic de la procédure principale et celui de la procédure secondaire. Tel n'est pas le cas dans le cadre de la Dalec, il ne s'agit plus de hiérarchie mais de véritable subordination, les seconds ne sont que des auxiliaires du premier qui les choisit sans avoir à en référer aux autorités de l'État membre d'accueil (article 28, alinéa 2 *in fine*).

— Sort de l'agrément. Contrairement à l'article 19-1 de la Loi bancaire française (devenu l'article L. 511-17 du Code monétaire et financier) qui prévoit que la radiation de l'établissement de crédit entraîne de plein droit sa liquidation judiciaire, l'article 12, alinéa 1^{er} de la Dalec inverse le raisonnement. En effet, d'une part, l'alinéa 1^{er} prévoit que c'est la liquidation qui entraîne le

retrait et d'autre part, l'alinéa 2 précise que le retrait d'agrément « n'empêche pas la ou les personnes chargées de la liquidation de poursuivre certaines des activités de l'établissement de crédit dans la mesure où cela est nécessaire ou approprié pour les besoins de la liquidation ». Est-ce à dire que l'on revient à la situation antérieure à l'arrêt Majorel (28) et à la loi D.D.O.E.F. du 4 août 1994 (29) ? On se souvient qu'avant 1994, la jurisprudence (30) admettait la distinction entre activité bancaire et personnalité morale, ce qui permettait de liquider la première sans que cela n'affecte la seconde. Toutefois, le droit européen diffère sur ce point du droit français :

— d'une part, la directive 2000/12/C.E. définit un établissement de crédit comme une « entreprise » et non pas comme une « personne morale » ; et,

— d'autre part, le texte de la Dalec se réfère à la notion de « poursuite d'activité » nécessaire dans le cadre de la liquidation, il s'agit donc d'un maintien de l'activité dans le cadre d'une liquidation. Le droit français connaît une disposition équivalente (article 153 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 622-10 du Code de Commerce) mais la durée du maintien de l'activité est plafonnée à trois mois. Devant la généralité de la Dalec et l'absence de limitation, il semble que, par dérogation expresse à l'article L. 622-10 du Code de commerce, il est possible de prétendre que le maintien de l'activité d'un établissement de crédit en liquidation peut être supérieur à ces trois mois. Cela constitue une nouvelle illustration du caractère exorbitant du droit des procédures

(28) Cass. com., 26 avril 1994, D. 1994, 542, note F. Derrida Vasseur. L'affaire de la banque Majorel : les nouveaux articles 44, 46, 48 de la Loi bancaire, D. 1994, chron. 317.

(29) Loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financière (D.D.O.E.F.).

(30) Paris, 2 mars 1990, R.T.D. Com., avril-juin 1990, 235, note M. Cabrillac et B. Teysse.

collectives d'un établissement de crédit.

b) Obligations d'information et de coopération entre les autorités

Les articles 4 et 9 de la Dalec imposent aux autorités administratives ou judiciaires de l'État membre du pays d'origine d'informer, sans délai et par tous les moyens, les autorités de contrôle prudentiel des autres États membres d'accueil où l'établissement a créé des succursales ou exerce son activité en L.P.S., de leur décision d'adopter toute mesure d'assainissement (article 4) ou d'ouvrir une procédure de liquidation (article 9), y compris des effets concrets que pourrait avoir cette mesure, si possible avant son adoption ou, sinon, immédiatement après.

Par ailleurs, l'article 8 de la Dalec prévoit des dispositions équivalentes pour les succursales « européennes » d'un établissement de crédit ayant son siège statutaire hors de la Communauté.

Comme le remarque M. Deguée (31), « la directive ne précise pas ce que l'autorité de contrôle prudentiel qui reçoit cette information est tenue d'en faire (...) ; la directive laisse néanmoins aux États membres la liberté d'organiser une communication » entre les différentes autorités administratives ou judiciaires. À défaut d'une harmonisation des mesures d'assainissement, dont la définition montre bien les différentes natures possibles (administrative ou judiciaire par exemple), c'est le droit national de chaque État membre qui s'appliquera dans les limites fixées par la Dalec.

Il s'agit là d'une première atténuation importante du principe d'unité et d'univer-

salité. Cette atténuation du principe est renforcée par l'article 5 de la Dalec qui autorise les autorités de l'État membre d'accueil à « mettre en œuvre sur leur territoire », une ou plusieurs mesures d'assainissement à condition d'en informer les autorités compétentes de l'État membre d'origine.

Dans une première analyse, la rédaction de cet article 5 de la Dalec peut paraître malheureuse car elle donne l'impression d'être en contradiction avec l'article 3 de la Dalec qui réserve une compétence exclusive aux autorités de l'État membre d'origine pour décider de la mise en œuvre de mesures d'assainissement d'un établissement de crédit et de ses succursales. Dans une seconde analyse, cet article peut se comprendre et se justifier par le fait qu'en présence d'un groupe bancaire à dimension européenne composé de plusieurs filiales (donc dotée de la personnalité morale à l'opposé de la succursale), il permet à chaque autorité d'un État membre dans lequel une filiale possède son siège statutaire, de mettre en œuvre des mesures d'assainissement en bénéficiant de l'information reçue de l'autorité de l'État membre d'origine dans lequel est implantée la société de tête. L'information initiale sert alors de détonateur à une « mise en examen » de toute l'activité et de toutes les filiales du groupe dans tous les pays de la Communauté. La concertation qui est alors prévue par la directive devrait pouvoir permettre une meilleure coordination et surtout d'éviter les difficultés pratiques rencontrées dans le dossier B.C.C.I. En cela, la Dalec constitue une ébauche du traitement du droit de la faillite des groupes de sociétés (cf. II A 2°).

2. Des règles de conflits de lois propres à l'activité bancaire et financière

Au départ, le banquier était le gardien et le prêteur. Hier, la banque proposait des moyens de paiement et des placements. Aujourd'hui, la « bank » est devenue le monteur d'opérations complexes et financières. À travers ce télescopage temporel résumant 2000 ans d'histoire bancaire, on constate que l'activité bancaire est multiple. Elle repose principalement sur trois métiers :

— le dépôt d'argent et de titres, en ce compris les instruments de paiements liés à ces opérations ;

— l'octroi de crédit ;

— la participation, en une qualité ou en une autre, à des opérations financières dans le cadre de marchés financiers.

L'octroi de crédit ne soulève pas de difficulté. En cas de défaillance, l'établissement de crédit cesse d'octroyer de nouveaux prêts et cherche à récupérer (ou à refinancer (32)) les encours existants. Les activités de dépôt d'argent et de titres ont fait l'objet de plusieurs directives instaurant des garanties de dépôts afin de protéger les consommateurs. Reste à étudier les opérations sur instruments financiers que l'établissement de crédit peut opérer pour le compte de tiers ou pour son propre compte. Ce sont ces différentes activités typiquement bancaires et financières qui font l'objet de traitements particuliers par la Dalec et qui doivent, à présent, retenir notre attention (a). Toutefois, il existe d'autres directives dont les champs d'application peuvent recouper ceux de la Dalec mais surtout dépasser les seuls établissements de crédit tout en étendant à ces personnes des techniques mi-

(31) Deguée, *op. cit.*, n° 20.

(32) En utilisant notamment la titrisation, dont la Loi de sécurité financière devrait encore étendre les gisements de créances « titrisables ».

ses au point pour éviter les effets négatifs d'une procédure d'insolvabilité (b). Là encore, la raison d'être de ces mécanismes de protection contre la faillite réside dans la volonté de protéger les établissements de crédit mais aussi les marchés d'un risque systémique et donc au final, le consommateur.

a) Dispositions de la Dalec concernant les marchés réglementés et les opérations sur « instruments »

Les règles de conflit de lois, que nous allons à présent étudier, constituent autant de nouvelles dérogations à la *lex fori concursus* prévue par l'article 10.2 de la Dalec. Ces nouvelles dérogations se justifient par le renforcement de la sécurité des opérations juridiques sur les marchés financiers ou en présence d'un acteur financier par un recours et un retour de la *lex rei sitae* (a) ou de la *lex contractus* (b).

a) Retour de la *lex rei sitae* « améliorée »

L'article 24 de la Dalec prévoit que l'exercice « des droits de propriété sur des instruments ou d'autres droits sur de tels instruments dont l'existence ou le transfert suppose une inscription dans un registre, un compte ou auprès d'un système de dépôt centralisé, détenus ou situés dans un État membre, sont régis par la loi de l'État membre dans lequel est détenu ou situé le registre, le compte ou le système de dépôt centralisé dans lequel ces droits sont inscrits ».

Cette disposition générale vise à protéger les propriétaires d'instruments financiers des effets négatifs des mesures d'assainissement et de la procédure de liquidation.

Cette règle de principe présente un caractère apparent de simplicité, notamment en présence d'une détention directe des titres. Toutefois, elle méconnaît la réalité économique qui présente l'inconvénient de mettre en place un système de détention indirecte, voire une « structure pyramidale de détention de la plupart des titres émis par des États et un grand nombre de sociétés importantes » (33). La question de la localisation des instruments financiers ou des services financiers (34) fait l'objet de débats d'autant plus âpres que les enjeux économiques sont majeurs (35). En effet, comment appliquer le principe de la *lex rei sitae* à un système dans lequel des titres sont détenus à travers plusieurs niveaux d'intermédiaires situés dans des pays différents (36) ? En raison de sa très grande technicité et de la diversité des approches (37), je laisse cette question en suspens. Mais, n'ayez crainte, nous verrons que la Convention de La Haye de... décembre 2002 propose une solution (cf. II.A.1.a).

b) Retour de la *lex contractus*

— Conventions de netting. De nombreuses opérations sur instruments financiers se dénouent par compensation. Les différents intervenants sur ces marchés préfèrent échanger un seul flux que de constater deux mouvements en sens contraires. Par ailleurs, en cas de défaillance d'une contrepartie, la compensation constitue un moyen de se protéger et agit comme un court-circuit contre le risque systémique. De plus, la plupart des conventions-cadres de place prévoit une résiliation anticipée du contrat en cas de défaillance de la contrepartie,

suivie d'une compensation (38). L'article 25 de la Dalec prévoit que les conventions de compensation et de novation (« contractual netting ») entre l'établissement de crédit et sa contrepartie sont régies exclusivement par la loi de l'État membre applicable à ces conventions. Le droit français se montre très favorable à cette technique en « consacrant » (39) de manière générale depuis la loi N.R.E. la compensation globale. Ainsi, l'article L. 431-7 du Code monétaire et financier (40) prévoit-il que les « dettes et créances issues de toutes leurs opérations de gré à gré pourront globalement se compenser en cas de défaillance d'un contractant ». C'est ici que l'on constate une dérogation « incroyable » au droit des procédures collectives. En effet, l'article L. 431-7 du Code monétaire et financier précise *in fine* que « les dispositions du livre VI du Code de commerce ne font pas obstacle à l'application du présent article ». Exit le droit des procédures collectives et feu l'article 37 alinéa 5 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu article L. 621-28 du Code de commerce) qui prévoit que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ».

— Aux opérations de netting, il convient d'ajouter les conventions de mise en pension (« *repurchase agreements* » ou *repo*). Ces opérations d'achat-revente d'instruments financiers ou de prêt sur titres constituent une masse considérable. Là encore, l'article 26 de la Dalec précise que ces conventions de mise en pension entre l'établissement de crédit et sa

(33) H. de Vauplane et J.-P. Bornet, *Traité des marchés financiers*, Litec, 3^e éd., 2001, n° 717-3.

(34) G. Parleani, *La localisation des services financiers*, *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, L.G.D.J., 2001, p. 279 et s. ; J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, éd. Banque, 2^e éd., n°s 12 et s.

(35) H. de Vauplane et F. Nizard, *Les titres inscrits en compte en droit international*, *Mélanges A.E.D.B.F.*, p. 401 et s. « En 1999, la valeur des titres déposés chez le dépositaire central de New York, le D.T.C. (Depository Trust Co.), dépassait le chiffre astronomique de 23.000 milliards de dollars. En Europe, la valeur des titres déposés chez Clearstream, né de la fusion de Cedel et de Deutsche Börse, dépassait 9.000 milliards d'euros. De son côté, la valeur annuelle des opérations traitées par le nouvel ensemble Euroclear, né de la fusion avec la Sicovam, dépassera 80.000 milliards d'euros ! À titre de comparaison, le P.N.B. des États-Unis est estimé à moins de 8.300 milliards de dollars et le P.N.B. de la F. à moins de 1.500 milliards de dollars ».

(36) B. Willi, *Les chaînes de titres dans un contexte international et la gestion du gage sur titres*, *Banque & Droit*, n° 51, janvier-février 1997, p. 18 et s.

(37) P. Langlet et Pierre-Grégoire Marly, *La localisation des instruments financiers dématérialisés*, *Banque et Droit*, 2000, n° 73, p. 3 et s. « La transposition de la *lex rei sitae* aux titres dématérialisés et rendue singulière par leur forme scripturale. Il est désormais préférable de substituer au lieu de situation des titres eux-mêmes, le lieu de situation du compte manifestant la propriété des titres ».

(38) T. Bonneau et F. Drummond, *op. cit.*, n°s 973 et s.

(39) M. Rousille, *La consécration de la compensation globale par la loi N.R.E.*, *Rev. dr. banc. et fin.*, septembre/octobre 2001, n° 5, p. 311 et s. ; H. Le Guen, *La compensation globale des opérations de marché*, *Bull. de la Banque de France*, septembre 2001. Ch. Léguevaques, *op. cit.*, n° 808, « (...), la Loi N.R.E. transforme la nature conventionnelle de la compensation en lui donnant une assise légale renforcée mais uniquement entre « contreparties financières » qui n'ont plus besoin de démontrer la connexité entre les catégories d'opérations financières (prêts, pensions, dérivés. Ainsi, la loi N.R.E. assure une plus grande liquidité entre les différentes opérations, tout en laissant possible la contractualisation d'un global netting entre une contrepartie financière et une non-contrepartie financière. »

(40) Dans son intégralité, l'article L. 431-7 du Code monétaire et financier (après modification par la loi N.R.E. du 15 mai 2001) dispose que « Les dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers, lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre du règlement général du Conseil des marchés

... financiers, ainsi que les dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers ou transferts temporaires de propriété d'instruments financiers lorsqu'elles sont régies par une ou plusieurs conventions-cadres respectant les principes généraux de conventions-cadres de place, nationales ou internationales, et organisant les relations entre deux parties au moins, dont l'une est un prestataire de services d'investissement, ou un établissement public ou une institution, entreprise ou un établissement bénéficiaire des dispositions de l'article L. 531-2 ou un établissement non résident ayant un statut comparable, sont compensables selon les modalités prévues par ledit règlement ou lesdites conventions-cadres et peuvent donner lieu à l'établissement d'un solde unique compensé. S'il existe deux conventions-cadres ou plus entre les parties, celles-ci — pour autant que ces parties soient un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une institution visée à l'article L. 518-1 ou un établissement non résident ayant un statut comparable — peuvent les lier entre elles en sorte que les soldes résultant de la compensation qui viendrait à être effectuée pour chaque convention-cadre conformément à l'alinéa précédent fassent à leur tour l'objet d'une compensation entre eux. Lorsque l'une des parties fait l'objet de l'une des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce, ledit règlement ou lesdites conventions-cadres peuvent prévoir la résiliation de plein droit des opérations mentionnées aux premier et deuxième alinéas du présent article. Les modalités de résiliation, d'évaluation et de compensation prévues par le règlement, la ou les conventions-cadres visées aux alinéas précédents sont opposables aux créanciers saisissants. Toute opération de résiliation, d'évaluation ou de compensation effectuée en raison d'une procédure civile d'exécution est réputée être intervenue avant ladite procédure. » « La cession de créances afférentes aux opérations régies par la ou les conventions-cadres visées au premier alinéa du présent article est opposable aux tiers par l'accord écrit du débiteur cédé. À titre de garantie des obligations découlant de la ou des conventions-cadres, les parties peuvent également prévoir des remises, en pleine propriété, à titre de garantie et opposables aux tiers sans formalité, de valeurs, titres, effets, créances ou de sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens et droits, réalisables même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures visées au troisième alinéa du présent article. Les dettes et créances relatives à ces remises et sûretés et celles afférentes auxdites obligations sont alors compensables conformément aux dispositions des premier et deuxième alinéas du présent article. » « Les dispositions du livre VI du Code de commerce ne font pas

obstacle à l'application du présent article ». (41) Position commune, p. 14.

contrepartie « sont régies exclusivement par la loi de l'État membre applicable à ces conventions ». Ce choix est justifié par le fait que « la fonction spéciale de ces contrats exige une dérogation au principe de l'application universelle de la loi de l'État membre d'origine afin de protéger le fonctionnement des marchés financiers et de garantir la sécurité juridique des parties contractantes (41) ». Nous allons voir en étudiant la directive 98/26/C.E. « Finalités des règlements » (article 9.1) (cf. b) que les conventions de mise en pension bénéficient d'une protection complémentaire.

— Enfin, l'article 27 de la Dalec dispose que les transactions effectuées sur un marché réglementé sont régies exclusivement par la loi applicable « au contrat régissant ces transactions », sans préjudice de l'article 24. Ainsi, la validité de la transaction sur ce marché réglementé sera exclusivement déterminée par référence à la loi la régissant, en ce compris les règles en matière d'insolvabilité prévues par cette loi et à l'exclusion de la *lex fori concursus*. Cette précision est importante car le droit bancaire et financier a besoin de se prémunir contre les effets rétroactifs du jugement d'ouverture. En effet, l'article 14, alinéa 2, du décret du 27 décembre 1985 (dans sa rédaction issue du décret n° 94-910 du 21 octobre 1984), dispose que « le jugement d'ouverture de la procédure prend effet à compter de sa date », laquelle est réputée se situer à 0 h du jour où il est rendu. Cela entraîne un effet rétroactif de quelques heures qui, en matière bancaire et financière, peut avoir des conséquences extrêmement dommageables. Si le contrat prévoit que la tran-

saction intervenue sur un marché réglementé est régie par le droit français, l'effet rétroactif de l'article 14 sera gommé par application de l'article L. 330-1 du Code monétaire et financier, la transaction est réputée irrévocable quand bien même elle serait contemporaine du jour de l'ouverture de la procédure. Cette irrévocabilité constitue une nouvelle et importante dérogation au droit commun des procédures collectives. En fait, on a le sentiment que tout est fait, en matière bancaire et financière, pour paralyser et rendre inopérant les effets d'une procédure collective sur les principaux contrats sur instruments financiers. Cette impression devient une certitude à la lecture des directives complémentaires à la Dalec.

b) Applications d'autres directives

α) La directive 98/26/C.E. relative au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de livraison

Notons simplement pour mémoire que la question du caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et d'opérations sur titres fait l'objet de la directive 98/26/C.E., étant précisé que le champ d'application dépasse le strict secteur bancaire pour gagner toute la sphère financière. Dès lors, on comprend que cette directive soit présentée comme une limitation du risque systémique en remplaçant des régimes juridiques disparates par une réglementation commune et homogène. La directive 98/26/C.E. fixe le principe selon lequel la loi applicable aux instruments financiers transmissibles par inscription en compte remis

à titre de garantie est celle du pays où le registre, le compte ou le système de dépôt centralisé pertinent est situé. Toute la difficulté réside dans la localisation des instruments financiers.

β) La directive 2002/47 sur les garanties financières

Par ailleurs, en complément de la Dalec et de la directive 98/26/C.E., il est apparu nécessaire d'adopter la directive 2002/47 C.E. du 6 juin 2002 dite « collatérale » (ou « garantie financière »). D'après ses considérants, le champ d'application de cette directive dépasse les seuls établissements de crédit et s'intéresse à titre principal aux « contrats de garantie financière qui prévoient une certaine forme de dépossession ». Ainsi, cette directive s'applique-t-elle également si l'une des contreparties de l'opération de garantie sur titres est :

- une autorité publique,
- une banque centrale,
- une entreprise d'investissements,
- un O.P.C.V.M.,
- une chambre de compensation,
- ou d'autres acteurs des marchés financiers qu'il serait trop long d'énumérer, cf. article 1^{er} alinéa 2 de la directive « collatérale ».

Cette directive « collatérale » systématise aux contrats de garantie financière des dispositions telles que :

- d'après l'article 9 « toute question (...) qui se pose au sujet d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte est réglée selon la loi du pays où le compte pertinent est si-

tué » ; il s'agit de l'application de la *lex rei sitae* avec les mêmes difficultés de localisation des instruments déjà rencontrés ;

— la reconnaissance des clauses de compensation avec déchéance du terme « nonobstant l'engagement ou la poursuite d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement à l'égard du constituant et du preneur de la garantie ou de l'un d'entre eux » (article 7.1 a de la directive « collatérale ») ;

— protection de la constitution de garantie sur instruments financiers contre les effets de l'ouverture d'une procédure de liquidation ou la prise de mesures d'assainissements (absence d'effet rétroactif au « jour zéro », article 8, alinéa 1 a de la directive « collatérale »).

Cette directive tend à accroître le nombre des bénéficiaires des dérogations au droit commun des procédures collectives, créant non plus une brèche dans le droit commun mais provoque une véritable dérive des continents. Ainsi, non seulement, l'augure (42) de l'émergence d'un droit spécial (43) des faillites bancaires et financières se confirme-t-il mais ce droit spécial tend de plus en plus à parasiter le droit commun. De telle sorte qu'il convient à présent d'étudier les évolutions, au risque de jouer les pythies démenties par l'avenir...

II. Des évolutions : vers un droit européen des faillites bancaires et financières

En moins de quinze années, nous avons assisté à l'émergence d'un droit européen de la faillite bancaire et financière. Il s'agit encore d'une harmonisation des règles de conflits mais pas

encore de l'élaboration d'un droit matériel uniforme. Alors à l'heure des premiers bilans, il est possible de lister de manière non exhaustive les évolutions nécessaires (A) qui devraient arriver dans un proche avenir et les évolutions possibles (B) qui pourraient surgir dans un avenir plus ou moins proche, dans le cadre de cette alchimie communautaire que l'on nomme la « comitologie » (44).

A. Des évolutions nécessaires

Dans le cadre des évolutions nécessaires, il convient de se poser deux questions : quel sort réservé aux O.P.C. et aux entreprises d'investissements (1.) et comment gérer les difficultés des conglomérats financiers (2.) ?

1. Dans l'attente d'une mise au point d'une procédure pour les O.P.C. et les entreprises d'investissements

Avant de réfléchir sur l'opportunité d'une directive sur les faillites des O.P.C. ou des entreprises d'investissements (b), il convient de souligner que des questions en suspens doivent trouver une réponse rapide afin d'assurer la plus grande sécurité du système bancaire et financier européen (a).

a) Améliorer l'existant

On pourrait certainement être plus disert mais je limiterai mon propos à deux questions d'autant plus importantes que les réponses apportées présentent des conséquences financières considérables :

- Trouver une solution à la question de la localisation des instruments financiers. Cette

(42) Ch. Légevaques, *op. cit.*, n^{os} 1178 et s.

(43) T. Bonneau, *Assainissement et liquidation des établissements de crédit et des entreprises d'assurance, des relations du droit commun et du droit spécial*, *Rev. proc. coll.*, juillet 2001, p. 129 et s.

(44) B. Sousi, *L'approche Lamfalussy : une méthode douce pour « détricoter » l'harmonisation financière européenne ?*, *Dalloz*, 2002, n^o 44, p. 3322.

(45) <http://www.hcch.net/f/conventions/text36f.html>

(46) http://www.hcch.net/f/workprog/sec_sum.html

Résumé des questions fondamentales et discussion actuelle (avant adoption de la Convention) « L'objectif fondamental de ce projet est de fournir aux marchés financiers une sécurité juridique pour les opérations sur titres intermédiaires — opérations atteignant des centaines de milliards de dollars américains par jour. Un accord quant à une convention qui établirait une règle uniforme et rationnelle pour déterminer les aspects patrimoniaux (in rem) d'un transfert ou d'un nantissement sur titres intermédiaires serait très bénéfique aux utilisateurs et aux acteurs du marché ainsi qu'au système financier en général. Actuellement, une grande majorité des titres échangés sur les marchés sont détenus par le biais d'un système d'intermédiaires. L'importance du projet est en outre reflétée par le fait qu'il est développé sur la base d'une procédure expéditive, ayant comme objectif de finaliser le travail sur la Convention pendant la Session diplomatique convoquée pour décembre 2002.

Les questions principales qui sous-tendent ce projet peuvent être résumées comme suit : La règle traditionnelle de conflit des lois permettant de déterminer les aspects patrimoniaux d'un transfert ou d'un nantissement de titres est basée sur le principe de la *lex rei sitae*. En vertu de ce principe, la validité d'un acte de disposition est déterminée par la loi du lieu où les titres se trouvent. Bien qu'il soit facile à appliquer dans les cas impliquant des titres au porteur ou des titres détenus directement, ce critère ne convient pas au système de détention indirecte c'est-à-dire lorsque les titres sont détenus par un ou plusieurs intermédiaires. Historiquement, plusieurs juridictions ont tenté d'appliquer ce critère aux titres intermédiaires en regardant « à travers » les divers niveaux d'intermédiaires pour appliquer en fin de compte l'une des lois suivantes : la loi qui octroie la personnalité morale (incorporation) à l'émetteur, la loi de la localisation du registre de l'émetteur ou de la localisation des certificats de titres (approche de la transparence ou « look through approach »). Par contre, plusieurs difficultés conceptuelles, légales et pratiques sont susceptibles de résulter de l'application de cette approche dans le contexte moderne du système de détention indirecte de titres.

Lorsqu'un portefeuille diversifié de titres est fourni en tant que sûretés, le constituant de la sûreté devra respecter les lois de la juridiction de chaque émetteur, registre et/ou gardien physique des titres. De plus, dans plusieurs juridictions la règle juridique s'appliquant lors de « l'approche de transparence » est encore incertaine — est-ce la loi du lieu où se situe l'émetteur ou le lieu du registre des titres

principaux ? Enfin, même si le constituant de la sûreté connaît le critère approprié, il est souvent impossible d'obtenir l'information pertinente pour s'assurer de la façon d'appliquer ce critère. Par exemple, lorsque les titres sont tenus à travers une chaîne d'intermédiaires, il sera souvent impossible pour le constituant de la sûreté de découvrir où le dépositaire central national de titres entrepose les certificats, s'ils existent. Même s'il avait accès à l'information dans certaines circonstances, le constituant de la sûreté peut ne pas être en mesure d'identifier une juridiction unique puisque les certificats provenant d'une émission unique sont gardés dans plus d'une juridiction. Pour ces raisons, « l'approche de la transparence » est considérée par plusieurs comme ne procurant pas la sécurité nécessaire et comme n'étant pas praticable dans un contexte moderne.

Une approche alternative consisterait à regarder la loi du lieu de l'intermédiaire qui maintient le compte auquel sont crédités les titres (« l'approche du lieu de la situation de l'intermédiaire direct (concerné) » ou « Prima »). Le plus grand avantage de Prima est que la question de savoir si le bénéficiaire de la sûreté obtient un droit opposable à toute personne sera soumise à la loi d'une seule juridiction même si la sûreté se compose d'un ensemble de titres provenant d'émetteurs de différents pays. Prima a déjà été adopté dans plusieurs juridictions. La future Convention de La Haye incorporera le principe Prima au niveau international, améliorant ainsi la sécurité juridique et la prévisibilité et permettant, par le fait même, un accès plus facile au capital international ».

(47) H. de Vauplane et J.-J. Daigne, *Chronique de droit financier, Banque & droit*, n° 87, janvier-février 2003, p. 33 et s.

(48) A. Prüm, *Avancées du droit communautaire dans les procédures collectives du secteur financier*, *Rev. dr. banc. fin.*, n° 5, septembre/octobre 2002, p. 243 et s.

question semble être en voie de résolution puisque le critère de rattachement retenu pour le moment, dans le cadre de la Convention de La Haye (45), est le lieu de l'intermédiaire le plus pertinent, approche dite « Prima », « place of the relevant intermediary approach », c'est-à-dire l'intermédiaire dans les livres duquel sont enregistrées les sûretés sur titres inscrits en compte (46). Il ne reste plus qu'à ratifier cette Convention qui devrait simplifier la vie des professionnels, même si certains ont pu émettre des critiques sur le choix du Prima en lui préférant le Praca (Place of the Relevant Account Approach (47)).

— Simplifier le régime applicable aux conventions bancaires et financières (netting, repo, garanties, etc.). Le régime applicable est réparti entre 3 directives (Dalec, « Finalité des règlements » et « collatéral »). On peut conclure comme le professeur Prüm que « l'éclatement du régime de ces conventions en trois directives distinctes est source d'incohérence et partant d'insécurité juridique » (48). Et ce d'autant plus que certaines notions utilisées par les directives ne sont pas uniformes ou ne présentent pas la clarté recherchée par une norme juridique...

Bref, il reste encore du travail...

b) Est-il nécessaire de prévoir une directive spéciale pour les O.P.C. et les entreprises d'investissements insolubles

À l'heure actuelle, les O.P.C. et les entreprises sont exclus du champ d'application du règlement insolvabilité sans faire l'objet d'une directive particulière comme c'est le

cas pour les établissements de crédit et les compagnies d'assurance. Faut-il pour autant en prévoir une ? Il me semble que pour les O.P.C. la rédaction et la négociation d'une directive spéciale n'est pas nécessaire car structurellement, un O.P.C. ne devrait pas être en état de cessation des paiements.

En revanche, pour les entreprises d'investissements, la question doit être posée. Je n'ai pas d'idées arrêtées sur la question et je vous livre plutôt une intuition. Les entreprises d'investissements font l'objet d'un agrément et d'une surveillance par une autorité de contrôle, suivant un schéma similaire à celui retenu pour les établissements de crédit. Dès lors, une première approche pourrait consister à étendre aux entreprises d'investissements les dispositions de la Dalec. Une seconde approche serait de les considérer comme des entreprises « normales » soumises au règlement insolvabilité, étant précisé que leur activité financière subirait les conséquences des directives « Finalités des règlements » et « collatéral ». Je n'en dis pas plus. Des représentants de la Commission pourront peut-être nous apporter un éclairage sur cette question. Mais, il y a plus grave, la Dalec souffre d'un vice important : elle est muette sur l'aspect « groupe de sociétés » et elle ne présente aucune approche trans-sectorielle.

2. Le droit des groupes et des conglomérats : esquisse d'une approche trans-sectorielle

a) Le silence concernant le droit des groupes

— Position du problème. Un auteur a pu constater que « les réglementations relatives aux procédures collectives ne connaissent pas les groupes de sociétés » (49). En effet, le principe de l'autonomie de la personne morale constitue une protection naturelle à toute extension automatique de la procédure collective. Certes, il existe des tempéraments (fictivité, confusion des patrimoines et plus généralement fraude), mais il ne s'agit que de tempéraments, d'origine le plus souvent jurisprudentielle, sans véritable unité. Au plan européen des sociétés, les discussions sur les groupes semblent au point mort depuis plus de quinze années, l'adoption de la société anonyme européenne (50) ne change guère les données du problème.

— Le droit des faillites bancaires et financières peut-il contribuer à l'émergence d'un droit des procédures collectives des groupes de sociétés ? Dans la délivrance de l'agrément, les autorités des États membres tiennent compte de l'appartenance ou non à un groupe. De même, dans le cadre de la surveillance sur une base consolidée, les autorités sont appelées à apprécier les activités du groupe réparties entre différentes personnes morales. Enfin, il est évident que lorsqu'un établissement de crédit appartenant à un groupe est placé sous observation ou fait l'objet de mesures d'assainissements ou d'une procédure de liquidation, ce sont toutes les sociétés du groupe

qui font l'objet d'une attention particulière par les différentes autorités de contrôle. Tous les ingrédients sont donc réunis pour l'émergence d'une procédure collective de groupe bancaire. Il semble cependant que l'union européenne a opté pour le *statu quo*, chaque autorité appréciant au cas par cas la nécessité ou non d'étendre la procédure à d'autres entités du groupe. C'est d'autant plus dommage que se pose la question des conglomérats financiers, ces goliaths de la finance qui réunissent des activités bancaires, d'assurance et d'entreprises d'investissements.

b) La directive « conglomérat financier » : peut mieux faire !

Consciente des difficultés rencontrées en présence de conglomérats soumis à des réglementations sectorielles parfois contradictoires, l'Union européenne a adopté le 16 décembre 2002 une directive 2002/87/C.E. (51) relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissements appartenant à un conglomérat financier. Cette directive repose sur une surveillance complémentaire, l'adoption de règles prudentielles adaptées aux conglomérats et un renforcement de la coopération entre les différentes autorités. Nous sommes ici encore dans la phase de prévention et la directive ne dit rien des mesures d'assainissement ou de la procédure de liquidation des conglomérats. Peut-être est-ce la prochaine étape ?

B. Des évolutions possibles : prospective sous forme d'interrogation

On le voit, le droit européen des faillites bancaires et financières est traversé par des questions, des remises en cause, des améliorations qui sont normalement destinées à assurer la plus grande sécurité du marché financier européen unifié tant en ce qui concerne les acteurs, les activités, les services que les marchés. Plus que toute autre activité économique, l'activité bancaire et financière est innovante en perpétuelle évolution. Le droit doit suivre, tant bien que mal. Dans les dix années à venir, plusieurs séries de questions devront être résolues, je me contente de les énumérer sans y apporter d'éléments de réponses, même si sur certaines idées bien arrêtées :

— Comment améliorer la coopération entre les autorités de régulation ?

— Faut-il créer une autorité supranationale de contrôle, de prévention et de gestion des faillites ? et dans l'affirmative, cette structure doit-elle être un simple comité de coordination institutionnalisé ou une véritable structure de type fédéral doté d'une indépendance voire d'une préséance sur les autres autorités ?

— Quels rôles la B.C.E. et les banques centrales doivent-elles — encore ? — jouer (52) ?

Faut-il intégrer des « hedge funds » dans le contrôle du marché ?

Je vous laisse le soin d'y réfléchir...

(49) G. Keutgen et F.-X. Dubois, *Les procédures collectives face aux groupes de sociétés*, Journées d'études de l'Université catholique de Louvain, 25-26 avril 2002, *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, 2002, p. 1 et s.

(50) *Tout comme le règlement insolvabilité d'ailleurs*. V. Y. Chaput, *Vers un droit de la faillite européenne*, Journées d'études de l'Université catholique de Louvain, 25-26 avril 2002, *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, 2002, p. 571 et s. *Encore plus perturbatrice de l'universalité d'une procédure de faillite, se révèle l'omission des groupes de sociétés, autrement dit l'ignorance de l'unité de l'entreprise au-delà de son habillage juridique (...) d'où un risque de « forum shopping » en raison des règles de compétence juridictionnelle qui s'appliqueront distributivement*, E. Morgan de Rivery, *La société européenne*, R.D.A.I., n° 6, octobre 2001, p. 711 et s. ; S. de Venteuil, *La société européenne, risque de tempête procédurale*, J.C.P. éd. E. 2001, n° 41, p. 1612 et s.

(51) *Directive 2002/97/C.E. du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissements appartenant à un conglomérat financier* (J.O.C.E. n° L. 35 du 11 février 2003, p. 1 et s.)

(52) A. Icard, *Les banques centrales, la B.R.I. et la stabilité financière* « La stabilité financière, sans être l'apanage exclusif des banques centrales constitue donc pour elles un thème majeur de préoccupation et d'activité. Longtemps contenue à l'intérieur des frontières nationales, cette responsabilité a connu une internationalisation progressive qu'ont accélérée la mondialisation des marchés et l'apparition des crises graves et fréquentes, au cours des cinq dernières années. La B.R.I., pôle de coopération monétaire et financière entre banques centrales, forte aussi d'une longue tradition de coordination des travaux de supervision bancaire, a été le principal instrument de cette internationalisation et a vu son rôle se renforcer dans les divers aspects de stabilité financière relevant de sa compétence. Elle contribue activement à la prévention du risque systémique ». Sources : <http://www.bis.org/speeches/sp000301.htm>

Conclusion : une histoire à écrire ensemble...

Contrairement au droit français qui a fait du redressement judiciaire la procédure centrale autour de laquelle s'articule, en amont, la prévention et en aval, la liquidation, le droit européen des faillites bancaires et financières repose sur une alternative, une dialectique :

— soit, par la prévention, l'établissement de crédit peut se redresser ;

— soit l'établissement de crédit n'est plus viable et il ne sert à rien de le maintenir artificiellement en vie. Sa mort clinique doit être constatée et une procédure au profit des

créanciers mise en place, tout en l'isolant du système financier international et interconnecté.

En une formule (forcément simpliste comme toutes les formules) : plus de prévention, plus de liquidation, mais pas de redressement.

Je crains que l'analyse économique sous-jacente à cette opposition ne se retrouve un jour dans le cadre des procédures collectives de droit commun, en tout cas en ce qui concerne les entreprises importantes. On pourrait alors proposer l'opposition dialectique suivante : recours à un véritable « chapter eleven » à l'européenne et restauration d'une véritable

procédure de liquidation dans le seul intérêt des créanciers ! Mais, cela est un sujet pour votre colloque de l'année prochaine...

On le voit, le droit européen de la faillite bancaire et financière est un droit jeune, adolescent, un droit en cours de construction. Les professionnels, les praticiens, les théoriciens que nous sommes, doivent guider ses pas. Et c'est sur ce vœu que je terminerai mon exposé, nous sommes devant une page presque blanche de l'histoire du droit. Il nous appartient de l'écrire ensemble, pour le pire et, je l'espère, pour le meilleur.