

Prof. Nasri Antoine DIAB

« BAIL-IN » BANCAIRE ET BANQUEROUTE D'ETAT

Dr. Nasri Antoine DIAB

Avocat

Professeur des Facultés de Droit

**Le 28 février 2022
Beyrouth**

A l'heure où il est à nouveau question d'un plan de redressement de l'économie libanaise, qui serait peut-être élaboré par le même auteur qui a produit « The Lebanese Government's Recovery Plan » adopté le 30 avril 2020 par le Gouvernement de M. Hassan Diab, à savoir Lazard Frères SAS, il serait utile de se pencher sur le point focal de ce Plan : la solution qui y est imposée au secteur bancaire.

La restructuration du secteur bancaire libanais ne peut pas se faire de manière forcée par le débiteur défaillant qu'est l'Etat, sans textes de lois ni autorité dédiée à cet effet, et sous la pression dogmatique ou démagogique de certains. L'Etat doit commencer par reconnaître sa dette et accepter de la prendre en charge; la population entière doit être mise à contribution, pour avoir profité de la dette publique ; la Banque du Liban et les banques doivent assumer leurs responsabilités. Reconnaissance de dette, solidarité et responsabilité sont les trois piliers de tout plan.

SOMMAIRE :

Introduction

A- Le « bail-in » dans le plan du Gouvernement libanais

- 1- Le glissement du « Haircut » vers le « Bail-in »**
- 2- « Haircut » et « Bail-in » dans la première version du Plan du Gouvernement**
- 3- Le « Bail-in » dans la version finale du Plan du Gouvernement**

B- Le « Bail-in » est une voie subsidiaire de la résolution bancaire

- 1- Absence de textes libanais sur la résolution bancaire (et donc sur le « Bail-in »)**
- 2- Mise en contexte comparative avec le droit européen**

Conclusion

INTRODUCTION

« Sera déclaré banqueroutier simple, tout commerçant failli (...) si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives ». Banqueroutier simple, l'Etat libanais l'aurait sans doute été s'il était commerçant, ses dépenses personnelles, et celles de « sa maison », comme le dit de manière imagée le Code de commerce dans sa mouture d'origine de 1942 qui n'a pas pris une ride sur ce point⁽¹⁾, étant clairement excessives. Banqueroutier frauduleux, il l'aurait sans doute été, pour avoir « soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif »⁽²⁾.

A l'heure où il est à nouveau question d'un plan de redressement de l'économie libanaise, qui serait peut-être élaboré par le même auteur qui a produit « *The Lebanese Government's Recovery Plan* »⁽³⁾ adopté le 30 avril 2020 par le Gouvernement de M. Hassan Diab, à savoir Lazard Frères SAS, il serait utile de se pencher sur le point focal de ce Plan : la solution qui y est imposée au secteur bancaire sur base de prémisses discutables qui ne seront pas analysées dans cette étude⁽⁴⁾.

Au préalable, il serait utile de faire une présentation schématique de la situation actuelle :

a) Les personnes physiques et morales de droit privé ont déposé de l'argent auprès des banques commerciales libanaises. La banque centrale (Banque du Liban) a emprunté auprès des banques commerciales (par l'émission de certificats de dépôt, etc.) et, en outre, leur a imposé de constituer des réserves obligatoires et d'effectuer des investissements en devises auprès d'elle⁽⁵⁾. L'Etat libanais a créé une dette abyssale⁽⁶⁾, en empruntant sans compter auprès des souscripteurs locaux et internationaux d'Eurobonds, et auprès des banques locales et de la

¹⁾ Article 633 du Code de commerce.

²⁾ Article 639 du Code de commerce.

³⁾ Ci-après, le « Plan ».

⁴⁾ **Je tiens à remercier M. Gaby Frangieh pour nos très enrichissantes discussions.**

⁵⁾ Décision Principale de la Banque du Liban n°7926 du 20 septembre 2001 sur les investissements obligatoires des banques, fondée sur les articles 76, 77 et 174 du Code de la Monnaie et du Crédit.

⁶⁾ Qui s'élevait en Juin 2021 à près de USD 100 milliards, représentant près de 200% du PNB (plus précisément : USD 98 milliards et 198% du PNB) : *Lebanon Opportunities*, Issue 275 – Winter 2022, p.64 ; sur les questions de la dette et des finances publiques libanaises, voir les deux récents ouvrages de Fouad Siniora, *La dette publique libanaise* et *Les finances publiques libanaises* (en langue arabe), Dar al Kitab al Arabi, 2022.

Banque du Liban⁽⁷⁾ ; cette dernière a fait fi, de manière continue et pendant des décennies, de l'interdiction expresse qui lui est faite à l'article 90 du Code de la Monnaie et du Crédit de prêter au secteur public⁽⁸⁾, alors qu'elle aurait pu se retrancher derrière son indépendance⁽⁹⁾ pour refuser de se rendre complice de l'Etat⁽¹⁰⁾ ; avec au final comme résultat qu'elle a, aux dires de S. Hanke, « *misérablement échoué* » (« *failed miserably* ») dans sa mission⁽¹¹⁾, qui est essentiellement de veiller à la stabilité de la monnaie et de l'économie nationales et à la sécurité du secteur bancaire⁽¹²⁾.

b) L'Etat a dilapidé l'argent emprunté, par l'action des gouvernements successifs et l'inaction complice du Parlement ; non content d'avoir failli à son devoir élémentaire de contrôle des dépenses publiques (en s'abstenant, année après année, de voter le Budget), le Parlement a directement participé à la gabegie, en entérinant par des lois de très nombreuses et lourdes dépenses inconsidérées, notamment les avances au gouffre sans fond que représente le secteur de l'électricité⁽¹³⁾, et la

⁷⁾ Le montant investi par les banques libanaises dans les instruments émis en US dollar par l'Etat et par la Banque du Liban dépasserait les 70 milliards de USD, et ne sont pas susceptibles d'être remboursés : T. Chambour, « Les Islandais et les Libanais ont fait face aux plus dures crises financières de leur histoire ... comment se sont-ils comportés et comment nous sommes-nous comporté » (en arabe), *Nida' al Watan*, 22 février 2022.

⁸⁾ L'article 90 du Code de la Monnaie et du Crédit dispose que « ... *le principe est que la banque centrale n'octroie pas de prêts au secteur public* », et l'article 91 prévoit des exceptions limitées et enserrées dans une procédure très stricte ; voir : N. Diab *et alii*, « De l'illégalité de la poursuite du financement de l'Etat par la Banque du Liban » (en arabe), *An Nahar*, 1^{er} février 2022 ; Gh. Mahmassani, *L'organisation bancaire au Liban*, Librairie du Liban, 1968, p.97. ; M. Nsouli, *Recherche sur les critères d'une banque centrale moderne*, L.G.D.J., 2003, p.161.

⁹⁾ Sur l'indépendance de la Banque du Liban, voir : Gh. Mahmassani, *L'organisation bancaire au Liban*, *op.cit.*, p.125 et s. ; M. Nsouli, *Recherche sur les critères d'une banque centrale moderne*, *op.cit.*, pp.1, 35 et 42.

¹⁰⁾ Sur la collusion entre une banque centrale et le gouvernement, avec les résultats catastrophiques que l'ont connaît, voir : Ph. Halsman & R. Lamberti, *When Money Destroys Nations – How Hyperinflation Ruined Zimbabwe ...*, Rotomail Italia, 2015, pp.74-105.

¹¹⁾ S. Hanke, « Would a Currency Board in Lebanon Require Preconditions ? », *Studies in Applied Economics*, Johns Hopkins Institute for Applied Economics, November 2021, p.7: « *in case a reminder is needed, central banking has failed miserably in Lebanon* » .

¹²⁾ Article 70 du Code de la Monnaie et du Crédit.

¹³⁾ Malgré l'effondrement de l'économie, le Parlement continue de voter des lois de financement de l'Electricité du Liban (avec la certitude que ce financement ne peut provenir que de la Banque du Liban, et que celle-ci ne peut l'assurer qu'en puisant dans les réserves obligatoires constituées auprès d'elle par les banques). La dernière en date de ces lois, est la Loi n°215 du 8 avril 2021, par laquelle l'Electricité du Liban a reçu une avance du Trésor de l'équivalent de USD 200 millions ; le plus grave dans cette loi est que le Parlement y affirme que « *le seul fait que la partie emprunteuse* (i.e. l'Electricité du Liban) *fasse usage de cette avance constitue un aveu de sa part de sa capacité à la*

grille des échelons et des salaires, mal calculée par incompetence ou à dessein, qu'il a votée en 2017¹⁴⁾ et qui a joué le rôle d'accélérateur décisif de l'effondrement de l'économie. Le peuple tout entier a profité (bien qu'il ne faille pas exclure la possibilité de qualifier d'odieuse la dette de l'Etat libanais¹⁵⁾ de cette dilapidation : par les subventions massives; par la généralisation de la corruption; par la surdimension clientéliste du secteur public et son comportement parasitaire ; etc. L'Etat est devenu illiquide (mais non insolvable) et s'est déclaré en état de cessation de paiement, d'abord le 7 mars 2020 pour l'échéance des Eurobonds du 9 mars, puis le 23 mars pour la totalité des échéances à venir; il a aussi décidé de considérer la Banque du Liban en « faillite », alors même que l'article 113 du Code de la Monnaie et du Crédit oblige l'Etat à couvrir les pertes de la Banque du Liban¹⁶⁾, surtout que les pertes de celle-ci proviennent en grande partie de la gabegie de celui-là.

c) Pour se renflouer, l'Etat a décidé de reporter le problème sur les banques, en qualifiant ceci de « Bail-in » (afin de donner à sa mainmise un vernis de technicité), et sur les dépôts bancaires, sous couvert de « Haircut ». L'Etat veut appliquer à l'effondrement de l'économie nationale, qu'il a lui-même causé, des remèdes destinés à remédier à des défaillances bancaires isolées. L'inadéquation entre la banqueroute de l'Etat libanais et la solution du « Bail-in » qu'il tente d'imposer est, comme nous le verrons plus bas, patente au triple niveau juridique, économique et éthique.

d) Entre « Bail-in » et « Haircut », l'Etat libanais tente donc, de manière totalement inique et discriminatoire, de faire supporter à une partie de la population (les déposants et les actionnaires de banques) la totalité de la dette publique qui, comme nous l'avons vu plus haut, a profité à la totalité de la population, faisant ainsi fi des dispositions de l'article 7 de la Constitution qui assujettit tous les Libanais aux mêmes charges publiques. Pourquoi la tranche de la population qui n'est ni déposant ni actionnaire bancaire, et qui a profité de la dette publique autant que les déposants et les actionnaires, n'est-elle pas sollicitée pour participer, aux côtés des

rembourser » (sic) ; cette affirmation suffit à elle seule pour démontrer la duplicité des parlementaires qui ont voté cette loi alors qu'ils connaissent parfaitement, comme tout un chacun, l'état des finances de l'Electricité du Liban qui a déjà englouti des dizaines de milliards de US dollars et qui, au moment où cette loi était votée, n'assurait plus que quelques petites heures de distribution par jour. Saisi par des parlementaires d'un recours contre cette loi, le Conseil constitutionnel a ordonné un sursis à son exécution en attendant de trancher (Décision n°3/2021 du 4 mai 2021 – publiée au *Journal Officiel*, n°19, du 13/5/2021), ce qu'il n'a pas pu faire pour défaut de quorum, et la loi est donc entrée en vigueur.

¹⁴⁾ Loi n°46 du 21 août 2017.

¹⁵⁾ N. Diab, « Le Liban et la doctrine de la dette odieuse », *L'Orient-Le Jour*, 22 février 2020.

¹⁶⁾ Alinéa 4 de l'article 113 du Code de la Monnaie et du Crédit.

déposants et des actionnaires, au renflouement de l'Etat failli, demeure un mystère pour tous ceux qui n'adoptent pas la position des « technocrates » qui ne voient le problème que de manière simpliste et souvent dogmatique, sous l'angle purement comptable, occultant toute la dimension juridique et éthique de la question.

Le 11 avril 2020, et au vu du premier projet du document Lazard qui avait été mis en circulation le 6 avril 2020, nous avons critiqué le « Haircut »⁽¹⁷⁾. Dans la présente étude, nous critiquerons le « Bail-in » tel que repris dans la version finale du document Lazard qui a été adoptée par le Gouvernement le 30 avril 2020. Aussi bien le « Haircut » que le « Bail-in », tels que prônés par le Gouvernement, violent les dispositions de l'article 15 de la Constitution qui place la propriété privée sous la protection de la loi et interdit d'en priver son titulaire que « *moyennant une juste et préalable indemnité* ». La monnaie n'est-elle pas la forme la plus courante de la propriété privée⁽¹⁸⁾, et ne mérite-t-elle la même protection que tous les autres biens (appartenant aux non déposants qui ont profité de la dette publique) qui, eux, ne sont pas mis à contribution par les auteurs du Plan ?

Nous commencerons par exposer la méthode du « Bail-in » telle qu'elle avait été pensée par le Gouvernement de M. Hassan Diab et qu'elle continue à être prônée par certains (A), avant de la comparer à ce qu'est véritablement le « Bail-in » en prenant, comme miroir, la Directive européenne BRRD de 2014 (B).

¹⁷⁾ N. Diab, « Let us (not) talk about haircut - Lebanon : Bank Deposits in the Financial Turmoil », *Bulletin Mensuel de l'Association des Banques du Liban*, 1^{er} trimestre 2020, p.57 ; *Website Sader Legal – La Revue Judiciaire*, 6 mai 2020.

¹⁸⁾ S. Hanke, « Would a Currency Board in Lebanon Require Preconditions ? », *op.cit.*, p.3: « *Money is the most widely held form of property* ». Il faut rappeler que, techniquement, le dépôt bancaire transfère à la banque la propriété de la somme d'argent déposée (article 307 du Code de commerce) et que le contrat est considéré comme un prêt de consommation (article 691 du Code des Obligations et des Contrats et, donc, articles 754 et suivants), voir : F. Nammour, *Droit bancaire*, Beyrouth, 2^{ème} Edition, 2012, n°.645 ; toutefois, au niveau fondamental, la notion de propriété privée reste au centre de notre analyse.

A- LE « BAIL-IN » DANS LE PLAN DU GOUVERNEMENT LIBANAIS

Il est évident que les règles générales de la faillite énoncées dans le Code de commerce⁽¹⁹⁾, et celles plus spécifiques applicables aux défaillances bancaires promulguées en 1967 suite à la faillite de l'Intra⁽²⁰⁾, ne sont pas de taille à traiter les conséquences sismiques de l'effondrement économique et financier libanais dans son ensemble. Quant à l'expression « résolution bancaire », elle est utilisée à plus ou moins bon escient, alors qu'elle est absente du corpus juridique libanais, et certains la limitent au « Bail-in » (renflouement interne) lequel n'est, en réalité, que l'une des facettes d'une panoplie beaucoup plus vaste et sophistiquée.

1- Le glissement du « Haircut » vers le « Bail-in »

Entre la première version du document Lazard et sa version finale adoptée par le Gouvernement le 30 avril 2020, il y a eu un glissement du « Haircut » vers un « full Bail-in », mais avec une constante : une volonté affichée de réduire la taille du secteur bancaire, qui avait déjà été dévoilée dans la déclaration ministérielle du 11 février 2020 sous l'expression générique de « restructuration du secteur bancaire »⁽²¹⁾, avant même que Lazard soit engagée par le Gouvernement. La décision de ce dernier de réduire la taille du secteur avait donc précédé les études, les calculs et la « découverte » des pertes, alors qu'en toute logique elle aurait dû suivre. Le principe directeur adopté par le Gouvernement de Hassan Diab était de faire supporter aux seules parties prenantes (« *stakeholders* ») du secteur bancaire privé (les banques, les actionnaires et les déposants) les conséquences de la crise née de la défaillance de l'Etat sur sa dette souveraine, sans imposer la solidarité au peuple dans son ensemble (et, évidemment, sans faire rendre gorge aux pilleurs du Trésor public⁽²²⁾).

¹⁹⁾ Articles 459 et suivants du Code de commerce.

²⁰⁾ Il faut signaler *inter alia* la loi n°2/67 du 16 janvier 1967 ; le décret-loi n°44 du 5 août 1967 ; la loi n°28/67 du 9 mai 1967 ; le décret n°7739 du 8 juillet 1967 ; etc. ; sur cette crise, voir : le premier volume, consacré à Youssef Beidas et la période 1949-1968, de la trilogie de Kamal Dib, *L'empire Intra et les requins de l'argent au Liban* (en langue arabe), Librairie Orientale, 2014, 2018, 2020.

²¹⁾ Section 1, point 4, p.6, de la Déclaration ministérielle du 11 février 2020.

²²⁾ N. Diab, "You Can Run But You Cannot Hide" – Tracing and Recovering Stolen Public Assets" (en arabe), *Al Joumhouria*. 15 novembre 2019; dans cet article, paru moins d'un mois après le début de la crise le 17 octobre 2019, nous avons expressément appelé à un « **forensic** » des comptes publics (en utilisant le terme, en anglais, dans le texte).

Ce qui peut se concevoir dans un cas de difficulté strictement bancaire et ne concernant qu'un établissement bancaire isolé, ne peut pas l'être dans le cas de la crise libanaise ; et le recours au « Bail-in » est discutable au double niveau technique et éthique. Le « Bail-in » est un outil aux contours bien déterminés qui trouve à s'appliquer dans le cas d'une crise bancaire ; ce n'est pas un instrument à géométrie variable utilisable arbitrairement par un débiteur souverain défaillant, surtout si celui-ci établit *post ante* de nouvelles règles à effet rétroactif visant à le libérer de sa dette aux dépens de ses créanciers.

Il ne faut pas perdre de vue que l'immense majorité des déposants n'ont pas choisi d'ouvrir leur compte auprès d'une banque libanaise après avoir fait une étude opportunités/risques, mais n'avaient tout simplement pas le choix ni la possibilité d'ouvrir des comptes à l'étranger ; et que, par ailleurs, ils n'ont pas profité de taux d'intérêt particulièrement élevés (comparés à ceux offerts, par exemple, en Turquie ou en Egypte) ni surtout des ingénieries financières mises en place par la Banque du Liban. N'ayant pas profité des profits des banques en période de vaches grasses, il n'est pas éthique de leur faire supporter une grande partie des pertes des banques en période de vaches maigres.

2- « Haircut » et « Bail-in » dans la première version du Plan du Gouvernement

Dans la première version du Plan, qui avait circulé le 6 avril 2020 sous le titre de « *The Lebanese Government's Reform Program* », un « Haircut » vaguement panaché de « Bail-in » était prévu, pudiquement appelé « *Transitory exceptional contribution from large depositors* »⁽²³⁾. Hâtivement élaboré par l'Exécutif, sans consultation des principales parties prenantes (Banque du Liban ; Association des Banques ; organismes économiques ; représentants des déposants ; syndicats des employés de banque ; etc.), ce Plan faisait supporter au secteur bancaire une « perte » chiffrée à USD 83 milliards⁽²⁴⁾ : il prévoyait, par une simple opération comptable dénuée de soubassements juridiques, économiques et sociaux, de répartir ce montant entre les actionnaires des banques et les déposants, sans tenir compte des spécificités de chaque banque.

Cette démarche est clairement illégale et inéquitable : les pertes du secteur bancaire sont le résultat de la défaillance de l'Etat sur le paiement de ses dettes ; il ne s'agit donc pas d'opposer un renflouement bancaire par l'argent des contribuables (Bail-out) à un renflouement par l'argent des déposants (« Bail-in »), comme c'est le cas dans une classique crise bancaire, mais plutôt de répartir la charge de la dette nationale.

²³) Première version du Plan, « *The Lebanese Government's Reform Program* », p.19.

²⁴) *ibid.*

Il est légitime de se demander comment le Gouvernement, qui avait chargé le 26 mars 2020 le ministre des Finances de prendre les mesures nécessaires pour déterminer les « chiffres précis » (sic) du bilan et du compte de résultats de la Banque du Liban⁽²⁵⁾, a pu, deux semaines plus tard, dans la première version du Plan, et sans que sa décision du 26 mars ait reçu un début d'exécution, établir les chiffres des « pertes » du secteur bancaire et, plus grave encore, s'en servir pour imposer aux actionnaires des banques une dépossession de leurs actions et aux déposants une ponction de leurs comptes. Comment et où des chiffres, introuvables le 26 mars, ont-ils été trouvés deux semaines plus tard, le 6 avril ; comment ces chiffres incertains ont-ils reçu la qualification de « pertes » ; comment de telles conséquences extrêmes sur la propriété privée et sur l'égalité des citoyens devant les charges publiques, principes éminemment constitutionnels, ont-elles pu être tirées de ces chiffres ?

Clairement, il ne s'agit pas de « Bail-in », mais de confiscation pure et simple, de « *raid and plunder* »⁽²⁶⁾. Cette confiscation directe n'est pas la seule atteinte prévue (mais non encore mise en application) aux dépôts bancaires ; une autre confiscation, non moins flagrante et brutale, est déjà appliquée depuis Octobre 2019, et elle avance à marche forcée : des plafonds sont imposés aux retraits effectués par les déposants bancaires, dans la plus belle tradition zimbabwéenne⁽²⁷⁾ ; et les dépôts en devises étrangères sont soumis à une « liralisation » forcée⁽²⁸⁾ à des taux complètement découplés (à la baisse) de ceux en vigueur sur le marché libre⁽²⁹⁾. En effet, se retranchant derrière les « *circonstances exceptionnelles prévalant dans le pays* » et la « *continuité du service public* » (expressions que la Banque du Liban a pris l'habitude d'utiliser de manière systématique et routinière dans les motifs de ses Décisions, sans plus d'explications ni de développements, ce qui rend difficile l'appréciation de ces circonstances par le Conseil d'Etat en cas de recours), la Banque du Liban a permis aux banques commerciales de contraindre⁽³⁰⁾ leurs déposants, qui

²⁵⁾ Procès-verbal n°15, décision n°3.

²⁶⁾ Ph. Halsman & R. Lamberti, *When Money Destroys Nations – How Hyperinflation Ruined Zimbabwe ...*, op.cit., p.74.

²⁷⁾ Ph. Halsman & R. Lamberti, *When Money Destroys Nations – How Hyperinflation Ruined Zimbabwe ...*, op.cit., p.52 et p.89.

²⁸⁾ ce que nous avons prévu depuis le tout début de la crise, en Janvier 2020 : N. Diab et K. Daher, « Perspectives juridiques et financières de la crise de la dette souveraine libanaise » (en langue arabe), *Revue du Barreau de Beyrouth «Al Adl»*, 2020, p.7 ; et *website ALDIC (Association Libanaise pour les Droits et l'Information des Contribuables)*, 11 janvier 2020.

²⁹⁾ Essentiellement, deux Décisions de la Banque du Liban sont responsables de cet état de fait : la Décision Principale n°13221 (Circulaire n°151) du 9 avril 2020 (telle qu'amendée) et la Décision Principale n°13335 (Circulaire n°158) du 8 juin 2021.

³⁰⁾ Bien qu'il soit dit dans l'une des deux Décisions Principales ci-dessus qu'il ne s'agit pas d'une obligation pour le client, mais d'une « *décision volontaire* » de sa part, il est clair qu'il s'agit bien d'une obligation, puisque le client est placé devant l'alternative

souhaitent effectuer des retraits de leurs comptes libellés en devises étrangères, à le faire uniquement en livres libanaises et avec des plafonds très bas.

3- Le « Bail-in » dans la version finale du Plan du Gouvernement

La version finale du Plan, adoptée le 30 avril 2020 par le Gouvernement sous le titre de « *The Lebanese Government's Recovery Plan* », a évolué sur trois points, mais sans rien changer sur le fond⁽³¹⁾. Il y est prévu qu'une analyse de chaque banque prise séparément (« *bank by bank basis* ») sera entreprise; qu'il n'y aura plus de « Haircut » *stricto sensu*, mais un « *full bail-in* » des détenteurs d'actions ordinaires et aussi des actions préférentielles ; et que les grands déposants se verront offrir le choix d'une conversion de leurs dépôts en actions bancaires, en parts d'un très peu crédible « fonds de récupération de biens publics volés » (sic), ou enfin, comme nous l'avions nous-mêmes préconisé en parlant de clause de retour à meilleure fortune⁽³²⁾, en obligations bancaires subordonnées à long terme. Mais le but avoué du Plan demeure la réduction de la taille du secteur bancaire, par fusions volontaires ou forcées, ce à quoi s'est ajoutée la décision d'émettre cinq nouvelles licences bancaires.

Le Plan enfonce des portes ouvertes en énonçant doctement une évidence : « *A full bail-out of the financial sector is not an option. All around the world since the 2008 financial crisis, international practice has shifted away from the idea that a failed financial system should be supported by public/taxpayers money* »⁽³³⁾. Mais ce que le Plan ne dit pas, c'est que le Liban n'est pas (seulement) confronté à un « *failed financial system* », mais à une défaillance désorganisée de l'Etat. Il aurait fallu commencer par cette constatation, pour en tirer ensuite les conséquences juridiques et économiques.

Il est loisible à certains d'affirmer, sans aucun soubassement textuel au Liban, que les banques sont responsables d'un soutien abusif de crédit de leur emprunteur (l'Etat). Mais cette affirmation est pour le moins discutable quand le débiteur (l'Etat) est, non seulement « non profane » mais est parfaitement

suivante : soit effectuer « volontairement » un retrait en livres libanaises de son compte libellé en devises étrangères (à un taux de conversion imposé), soit ne rien retirer du tout.

³¹⁾ Version finale du Plan, adoptée par le Gouvernement le 30 avril 2020, sous le titre de « *The Lebanese Government's Recovery Plan* », pp.29-30.

³²⁾ N. Diab, « Let us (not) talk about haircut - Lebanon : Bank Deposits in the Financial Turmoil », *op.cit.*

³³⁾ Version finale du Plan, adoptée par le Gouvernement le 30 avril 2020, sous le titre de « *The Lebanese Government's Recovery Plan* », p.25.

« averti »³⁴), étant noté au passage que les prospectus des émissions d'Eurobonds de l'Etat libanais désignent le ministère de la Justice comme étant l'un des conseillers juridiques (« *Legal Advisor* ») de l'Etat-émetteur ; celui-ci peut-il vraiment prétendre ne pas avoir été « averti » ? De plus, l'Etat dispose de divers moyens de « persuasion » pour se faire octroyer des financements bancaires : « *The moral suasion hypothesis states that local politicians can influence bank executives' decisions when it comes to investment in local government bonds* »³⁵). Par ailleurs, même s'il est avéré, le soutien abusif de crédit par le créancier n'exonère pas le débiteur défaillant, surtout quand celui-ci a dilapidé, en connaissance de cause, l'argent emprunté. Enfin, quel meilleur et plus sûr placement pour une banque commerciale que le dépôt auprès de sa propre banque centrale (refuge de dernier ressort), et quel meilleur débiteur que son propre Etat ? Prétendre que l'Etat est profane, qu'il est non averti, qu'il a emprunté en bonne foi, qu'il a dépensé diligemment, que son comportement était intègre, qu'il n'a aucune influence directe ou indirecte sur les banques opérant sur son territoire, qu'il n'est pas un bon débiteur ; puis rendre les banques dispensatrices de crédit responsables de la défaillance de l'Etat ; et finir par tirer comme conséquence de ce qui précède que l'Etat-débiteur n'est plus tenu de rembourser sa dette ; tout ceci ressemble à une promenade sur les chemins heideggériens qui ne mènent nulle part.

³⁴) Th. Bonneau, *Droit bancaire*, L.G.D.J., 2019, n°957 et n°961 ; A. Périn-Dureau, « La responsabilité civile du banquier et l'octroi d'un crédit à une entreprise en difficulté », in J. Lasserre Capdeville (sous la direction), *La responsabilité civile du banquier aujourd'hui*, LexisNexis, 2022, p.133 ; D. Legeais, « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », *JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse*, Fasc.500, 2019, voir surtout n°117, n°128 et s., et n°156 et s.; avant et après la réforme, en France, de 2005 ; l'article L.650-1 du Code de commerce français pose le principe de l'irresponsabilité du banquier dispensateur de crédit sauf dans des cas très spécifiques : la fraude, l'immixtion et la disproportion des garanties.

³⁵) A. Michaelides, « Cyprus » in « Bank Resolution and "Bail-In" in the EU : Selected Cases Pre and Post BRRD », *World Bank Group*, 2016/2017, p.20

B- LE « BAIL-IN » EST UNE VOIE SUBSIDIAIRE DE LA RESOLUTION BANCAIRE

Comme rappelé ci-dessus, la défaillance bancaire est toujours régie au Liban par des textes législatifs vieux de plus d'un demi siècle (1967), qui ne relèvent pas de ce qui est actuellement connu comme la résolution bancaire. Une rapide analyse comparative avec le droit européen applicable en la matière permet de mettre les choses dans leur contexte.

1- Absence de textes libanais sur la résolution bancaire (et donc sur le « Bail-in »)

Le droit libanais ne comporte pas de dispositions relatives à la résolution bancaire telle qu'entendue en droit européen, c'est-à-dire « *un régime administratif qui repose sur l'Autorité de Contrôle prudentiel et de résolution et dont l'application évince le juge judiciaire et les procédures collectives qui se déroulent sous son contrôle* »⁽³⁶⁾ : il n'y a, au Liban, ni corpus de lois ni autorité dédiée à cet effet. Parler donc de « Bail-in » dans le Plan libanais ne correspond strictement à rien. Quant à ceux qui affirment que le Parlement libanais pourra toujours voter une loi sur la résolution bancaire, il suffit, pour leur démontrer l'inanité de cette affirmation, de rappeler que le Parlement n'a pas encore réussi à adopter une relativement simple loi sur le contrôle des capitaux (dont les projets qui circulent ne font que quatre ou cinq pages) et de les renvoyer à la Directive européenne de 2014 (voir ci-dessous) qui couvre 158 pages.

Le Plan libanais a posé le « Bail-in » comme voie principale de résolution bancaire, alors qu'en droit européen il n'est que l'une parmi les quatre voies empruntables, lesquelles ne sont, par ailleurs, disponibles de manière subsidiaire que si la voie principale de la liquidation ne l'est pas. Après la crise financière mondiale de 2007/2008 qui, rappelons-le, était essentiellement due au dysfonctionnement d'établissements bancaires et financiers et non pas à la défaillance d'Etats, il y a eu un changement de paradigmes qui a fait glisser la prise en charge des pertes bancaires des contribuables (Bail-out) vers les stakeholders des établissements en difficulté (Bail-in), au motif que ce sont les seconds qui, ayant pris le risque de ces établissements, doivent en supporter seuls les conséquences, sans compter que ce sont eux qui ont profité des revenus distribués le cas échéant par ces établissements. C'était le début de la transition du « Bail-out » par l'Etat et donc les contribuables vers le « Bail-in » par les parties prenantes.

³⁶⁾ Th. Bonneau, *Droit bancaire, op.cit.*, n°365.

Ce schéma de la résolution bancaire ne correspond clairement pas à la crise libanaise, dans laquelle ce ne sont pas une ou plusieurs banques qui sont en difficulté de leur fait propre et dont les stakeholders devraient par conséquent supporter les conséquences seuls (à l'exclusion de l'ensemble des contribuables), mais c'est l'entière du secteur bancaire (Banque du Liban incluse) qui est sinistré par *inter allia* la défaillance de son débiteur principal, l'Etat.

2- Mise en contexte comparative avec le droit européen

La pièce maîtresse du dispositif européen, dont il faudrait s'inspirer au Liban, est la **Directive 2014/59/UE du 15 mai 2014, modifiée en 2019⁽³⁷⁾ établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement** (la BRRD).

La Directive prévoit que le principe reste la liquidation de l'établissement bancaire en difficulté⁽³⁸⁾, et ce n'est que si cette liquidation risque de déstabiliser le système bancaire et pose des risques de contagion, au vu notamment de la taille de l'établissement concerné, que le recours à la résolution est ouvert⁽³⁹⁾, et encore à condition qu'aucun créancier n'encoure des pertes plus importantes que celles qu'il aurait subies si l'établissement avait été liquidé selon une procédure normale d'insolvabilité⁽⁴⁰⁾ ; il s'agit du principe NCWOL : « *No Creditor Worse Off than under Liquidation* ». Par ailleurs, les plans de résolution ne devraient tabler que de manière très limitée et exceptionnelle sur le soutien financier de l'Etat⁽⁴¹⁾, ni exposer les contribuables à un risque de perte⁽⁴²⁾. En amont, des mécanismes d'alerte et de prévention sont prévus pour réduire les risques de défaillance et donc de résolution.

La Directive édicte un principe et impose un devoir, que les auteurs du Plan libanais ont complètement ignorés : le principe est que les atteintes au droit de propriété, par les mécanismes de résolution bancaire, ne devraient pas être disproportionnées⁽⁴³⁾ ; le devoir est de fonder l'évaluation de l'actif et du passif des établissements défaillants, qui est le préalable de toute décision de résolution, sur des « *hypothèses justes, prudentes et réalistes* »⁽⁴⁴⁾.

³⁷⁾ Directive 2019/879/UE du 20 mai 2019.

³⁸⁾ 45^e et 46^e Considérants de la Directive européenne.

³⁹⁾ 49^e Considérant de la Directive européenne.

⁴⁰⁾ 5^e Considérant de la Directive européenne.

⁴¹⁾ Articles 56 et s. de la Directive européenne.

⁴²⁾ 31^e Considérant de la Directive européenne.

⁴³⁾ 50^e Considérant de la Directive européenne.

⁴⁴⁾ 52^e Considérant de la Directive européenne.

Si la liquidation de l'établissement bancaire défaillant n'est pas possible et qu'il y a donc lieu de déclencher la résolution bancaire, le choix se fait entre quatre instruments, énumérés dans cet ordre dans la Directive⁴⁵⁾ et qui peuvent être appliqués de manière séparée ou combinée : (i) la cession des activités de l'établissement ; (ii) le recours à un établissement-relais ; (iii) la séparation des actifs (*Good Assets / Bad Assets*) ; et (iv) l'instrument innovant qu'est le renflouement interne (« Bail-in »). Il est important de relever que le « Bail-in » ne doit être effectué que s'il a pour effet de rétablir la bonne santé et la viabilité à long terme de l'établissement concerné⁴⁶⁾.

Dans le Plan libanais, le « Bail-in » est retenu comme seul instrument de résolution sans que, et ceci est une question majeure, l'autorité de résolution soit identifiée : serait-ce la Banque du Liban, malgré tous les reproches qui lui sont adressés par les auteurs du Plan ? Ou le ministère des Finances, qui est le responsable direct de la création et de la dilapidation de la dette publique interne et internationale ? Ou encore une nouvelle autorité autonome, au sort aussi incertain que toutes les autorités qui ont été instituées au Liban dans d'autres domaines ? En évinçant les autorités judiciaires, qui sont au cœur des procédures collectives classiques, et en recourant à un « Bail-in » non balisé légalement, le Plan dépouille les stakeholders d'un recours impartial dans le cadre duquel ceux-ci peuvent exercer leur droit de la défense.

⁴⁵⁾ Article 37.3 de la Directive européenne.

⁴⁶⁾ Article 43.3 de la Directive européenne.

EN CONCLUSION :

La restructuration du secteur bancaire libanais ne peut pas se faire de manière forcée par le débiteur défaillant qu'est l'Etat, sans textes de lois ni autorité dédiée à cet effet, et sous la pression dogmatique ou démagogique de certains. L'Etat doit commencer par reconnaître sa dette et accepter de la prendre en charge; la population entière doit être mise à contribution, pour avoir profité de la dette publique; la Banque du Liban et les banques doivent assumer leurs responsabilités. Reconnaissance de dette, solidarité et responsabilité sont les trois piliers de tout plan.

En date du 15 juillet 2020, la Banque du Liban a institué une commission paritaire « de restructuration des banques », composée de représentants de la Banque du Liban, de la Commission de Contrôle des Banques et de l'Association des Banques ; rien n'en est sorti.

C'est en période de crise que la règle de droit doit être le plus respectée. La contourner, la remodeler, la violer au motif de l'urgence, de la nécessité et des circonstances exceptionnelles ne peut être que néfaste et générateur d'injustices qui portent en elles les germes de crises encore plus graves. Le danger économique est décuplé quand les décideurs se croient dégagés du devoir de respecter les droits fondamentaux, qui sont à la base du contrat social. La propriété privée, la non-discrimination, l'égalité devant les charges publiques, le libéralisme économique ne sont pas de vains mots ; ils sont gravés dans le marbre de la Constitution libanaise.

Prof. Nasri Antoine DIAB
