

Un cadre européen pour la gestion de crise transfrontalière dans le secteur bancaire ?

Cette rubrique, paraissant tous les mois, couvre les sujets d'actualité et l'évolution du droit communautaire, et cela chaque fois que la nouveauté en question est susceptible d'avoir des répercussions sur la place financière de Luxembourg et son encadrement législatif et réglementaire.

ETUDE PATRICK GOERGEN Avocats à la Cour

La Commission européenne attend pour le 20 janvier 2010 les contributions du public quant à sa proposition d'établir un cadre européen pour la gestion de crise transfrontalière dans le secteur bancaire. La crise récente a mis en lumière un manque d'efficacité dans la gestion des crises qui touchent les établissements financiers transfrontaliers dans l'Union européenne. Au cours de l'automne 2008, les États membres sont conviés de prendre les mesures nécessaires pour recapter les établissements bancaires et leur accorder des garanties. Les autorités ont utilisé des fonds publics pour renflouer des établissements bancaires, soit ont isolé les actifs d'une banque sur leur territoire et appliqué des instruments nationaux de résolution de défaillance au niveau de chaque entité plutôt qu'au niveau du groupe transfrontalier.

La Commission européenne estime que ces méthodes ont augmenté les risques de perte de confiance, de dissolution de la concurrence, de cotis de renflouement élevés à charge des contribuables et d'insécurité juridique. L'absence d'un cadre approprié de résolution de défaillance peut être dommageable pour la stabilité financière du système bancaire de l'UE dans son ensemble. Elle propose de mettre en place un régime de résolution qui garantit que toutes les autorités compétentes coordonnent efficacement leurs actions et disposent des outils appropriés pour intervenir rapidement afin de gérer la défaillance d'une banque, l'objectif étant de réduire au minimum la nécessité, pour les États, de recourir au type de mesures exceptionnelles qui se sont avérées nécessaires lors de la crise actuelle.

Outre la réforme fondamentale de la réglementation et de la surveillance des marchés financiers, il faudra, selon la Commission, un cadre clair qui, à l'avenir, mettra aux autorités de stabiliser et maîtriser les crises systémiques de la défaillance d'établissements financiers transfrontaliers. Le premier objectif est d'assurer que toutes les autorités nationales de surveillance disposent d'instruments adéquats pour mettre au jour les problèmes des établissements bancaires à un stade suffisamment précoce et pour intervenir afin de remettre à flot l'établissement ou le groupe concerné ou d'empêcher une nouvelle dégradation de sa situation. Le second objectif est de faire en sorte que la faillite de banques transfrontalières ne perturbe pas gravement les services bancaires vitaux et entraîne pas une contagion au système financier dans son ensemble. L'interaction financière couvre donc trois domaines: l'intervention précoce, la résolution de crise et l'insolvabilité.

L'intervention précoce pour rétablir la solidité financière d'un établissement

Plusieurs instruments existent déjà actuellement la possibilité d'obliger l'établissement financier à détenir des fonds propres d'un montant supérieur au minimal prévu dans la directive; à renforcer son organisa-

tion interne et ses dispositifs de gouvernance; à appliquer une politique de provisionnement spécifique; à restreindre ses activités ou ses opérations ou à réduire le risque inhérent à ses activités, produits ou systèmes. Le contrôle est laissé aux mains de la direction de l'établissement.

La Commission songe à plusieurs mesures complémentaires. D'une part, elle soumet à la discussion la proposition de doter les autorités de surveillance de pouvoirs harmonisés pour exiger la préparation, dans les cas appropriés (par exemple, pour des établissements financiers revêtant une importance systémique) de "plans d'urgence et de résolution" expliquant en détail comment un établissement et son activité pourraient être démantelés et liquidés rapidement et en bonne et due forme. Elle propose aussi de promouvoir une bonne gouvernance au sein des établissements financiers, ainsi que de doter les autorités de surveillance du pouvoir d'exiger la soumission d'un plan de redressement du groupe, de remplir la direction d'une banque ou d'un groupe, de remplacer spécifiquement chargé de rétablir la situation financière d'un établissement. Des indicateurs ou des seuils communs, ainsi qu'une terminologie commune entre les autorités de surveillance de toute l'UE, de même que le réexamen de la surveillance des carcasses successorales transfrontalières à la lumière des carcasses constatées dans les régimes de coopération entre les autorités des pays d'origine et celles du pays d'accueil sont encore abordés.

Dans le document de consultation, la Commission souhaite savoir du public de quels instruments supplémentaires les autorités de surveillance devraient disposer pour traiter les problèmes qui se déclarent et comment leur utilisation devrait être déclenchée. Quelle est l'importance des plans de liquidation comme instrument de gestion de crise? Une mesure additionnelle envisagée par la Commission européenne est le transfert d'actifs intragroupe, afin d'aider les groupes à gérer les positions de liquidité et à stabiliser des entités lors d'une crise en évolution. La législation communautaire ne prévoit pas de cadre général pour les conditions et modalités de transfert, et l'application du principe du transfert d'actifs contre une juste contrepartie varie d'un État membre à l'autre. Les transferts d'actifs effectués sur des bases qui ne sont pas purement commerciales risquent d'être contestés par des actionnaires minoritaires ou des créanciers.

La Commission prévoit l'introduction de la notion d'"intérêt du groupe" pour les groupes bancaires, ce qui pourrait être un moyen de soutenir les transferts et de traiter les risques en matière de responsabilité des directeurs. Les questions à résoudre dans un tel cadre sont l'incidence d'une telle proposition sur le principe de responsabilité limitée et la personnalité juridique distincte des entités d'un groupe, les garanties appropriées pour prévenir le risque de recours abusif au transfert d'actifs à des fins détachées, et les modifications de la législation en matière d'insolvabilité pour constituer des garanties appropriées, telles que la fixation d'un rang de priorité pour l'établissement qui effectue le transfert en cas d'insolvabilité du bénéficiaire du transfert.

La résolution de crise pour gérer une crise touchant un établissement bancaire et limiter ses effets sur la stabilité financière

Les mesures prévues à l'échelon de l'UE pour la résolution de défaillance bancaire ne sont actuellement que

minimales, tant par leur champ d'application que par leur contenu. Elles ne concernent que l'intervention des autorités de surveillance et la reconnaissance mutuelle des procédures d'insolvabilité pour les succursales de banques transfrontalières. Dans leur gestion de la crise récente, les autorités des États membres ont eu tendance à isoler les actifs nationaux d'un groupe transfrontalier et à appliquer des instruments nationaux de résolution de défaillance à l'échelon de chaque entité, au lieu de rechercher une solution à l'échelle du groupe.

Selon un récent document de travail du FMP, plusieurs instruments, qui existent d'ores et déjà dans le cadre de plusieurs régimes nationaux, devraient être envisagés lors de tout réexamen du régime de l'Union européenne. Il s'agit de prévoir des pouvoirs pour faciliter ou réaliser l'acquisition de la banque défaillante ou de ses activités par le secteur privé, des pouvoirs pour transférer les activités d'une banque défaillante vers une "banque relais" temporaire afin de préserver sans interruption l'exploitation en vue de la vente à un acquéreur du secteur privé et, en dernier lieu, des pouvoirs pour séparer les actifs "sains" et les actifs "toxiques" en transférant une partie des actifs et structures de défaillance d'une part, des structures de défaillance d'autre part.

Un autre type de mesure envisageable serait l'assainissement des banques par un administrateur spécial, nommé par les autorités nationales compétentes pour assurer le contrôle de la gestion d'une banque défaillante et examiner comment celle-ci doit être assainie.

Selon l'exécutive de Bruxelles, des conditions de déclenchement claires doivent être remplies pour que les pouvoirs d'intervention puissent être utilisés. Dans l'intérêt public, une intervention devrait être possible avant que la banque ne soit insolvable "sur bilan", soit avant que la banque n'ait atteint le seuil prévu au plan de déclenchement des procédures d'insolvabilité ordinaires. Les conditions de déclenchement prévues dans le cadre d'un régime de l'UE devraient permettre une intervention au stade approprié, tout en étant suffisamment rigoureuses pour garantir que toute intervention qui empiète sur les droits des parties prenantes soit justifiée. Cela devrait être possible grâce à la combinaison d'un seuil réglementaire, qui serait atteint lorsque les autorités de surveillance estiment qu'un établissement ne respecte pas les principales conditions réglementaires, et de la prise en compte d'un intérêt public plus large, concernant par exemple la stabilité financière et la continuité des services bancaires.

La portée du cadre de résolution de défaillance bancaire est une autre question à discuter. Devrait-il cibler uniquement les banques de dépôt (et non les autres établissements financiers réglementés)? Si oui, devrait-il s'appliquer uniquement aux groupes bancaires transfrontaliers, ou devrait-il aussi englober les entités isolées qui n'ont pas de succursales? Il s'agit aussi de envisager les droits des parties prenantes lors de procédures de résolution de défaillance bancaire, notamment ceux des actionnaires, et ceux des créanciers et contreparties. Se pose de même la question de l'articulation de la coopération et la communication entre les autorités et les administrateurs responsables de la résolution et de l'insolvabilité pour un groupe bancaire transfrontalier. La résolution intégrée de défaillance par l'intermédiaire d'une autorité de résolution européenne est-elle souhaitable et faisable pour les groupes bancaires? Si cette option n'est pas jugée faisable, quelles mesures de résolution: nationales minimales

sont-elles nécessaires dans le cas d'un groupe bancaire transfrontalier?

Pour financer la résolution de défaillances bancaires dans un cadre transfrontalier, il est souhaitable, selon la Commission, d'assurer la participation du secteur privé à la résolution de défaillance bancaire, par la mise en place de mécanismes ex-ante susceptibles de garantir la disponibilité de fonds du secteur privé en temps de crise, par exemple un fonds de résolution, susceptible d'être financé par des prélèvements auprès des établissements financiers qui pourraient être adaptés en fonction de la taille ou de l'activité sur le marché de chacun d'eux. Lorsqu'une solution impliquant le secteur privé n'est pas disponible, des principes devraient être élaborés pour le partage des charges financières entre les États membres. Un accord ex-ante fixant les principes d'un juste partage des charges serait nécessaire pour jouer le rôle de "filet de sécurité" inclinant les autorités concernées à coopérer au titre du cadre de prévention et de résolution des crises.

L'assainissement et la liquidation d'établissements en vertu du régime d'insolvabilité applicable

Actuellement, toute liquidation dans le contexte d'une résolution de défaillance bancaire est nécessairement menée conformément aux procédures nationales en matière d'insolvabilité. Selon la Commission européenne, il faut, au minimum, soutenir la mise en place d'un cadre de résolution de défaillance bancaire au niveau de l'UE au moyen d'un cadre contraignant de coopération et d'échange d'informations auquel participeraient les tribunaux et les professionnels de l'insolvabilité chargés des procédures qui se rapportent à des entités affiliées au sein d'un groupe bancaire. Une autre option pourrait être la coordination des procédures nationales par un "administrateur principal".

Cependant, il pourrait être souhaitable de faciliter davantage un traitement plus intégré des groupes de sociétés en matière d'insolvabilité afin, dans des circonstances clairement définies, de traiter le groupe comme une entreprise unique. La Commission envisage de mener des travaux au niveau international sur l'harmonisation des règles en matière d'insolvabilité afin de réfléchir à un régime d'insolvabilité distinct et autonome qui remplacerait les régimes nationaux autrement applicables dans les cas d'assainissement et de liquidation de groupes bancaires transfrontaliers dans l'UE. La consultation publique se poursuivra jusqu'au 20 janvier 2010*. La Commission organisera ensuite une audition publique afin de présenter les résultats de la consultation et de poursuivre l'examen de ces questions. Toute proposition législative de la Commission fera de nouveau l'objet d'une consultation publique.

M. Laurent Smit - M. Patrick Goergen
Etude Patrick Goergen, Avocats à la Cour

1) Document COM(2009) 561 final du 20 octobre 2009, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, à la Cour de justice des Communautés européennes et à la Banque centrale européenne. Un cadre de l'Union européenne pour la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire, (SEC(2009) 1389), (SEC(2009) 1390), (SEC(2009) 1407). Voir http://ec.europa.eu/internal_market/bankrecovery_management/index.htm

2) IMF Working Paper WP/09/200, "The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions: The Case of the European Union", par Martin Cihak et Eliana N. DG Internal Market and Financial Services, Working Paper, 2009

3) Comité d'experts en matière de défaillance bancaire, B-1048 Bruxelles, Email: MARKET@ec.europa.eu

Agefi
janvier 2010
p. 10