

Bail-in – Contractualisation de l'engagement – Exemption des instruments du financement du commerce international.

Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement – article 55.

Commentaire de Georges Affaki.

1. La crise financière qui a ébranlé l'Europe et le monde en 2008 a mis en évidence la fragilité du système bancaire européen et ses carences en termes de régulation. L'Union européenne (UE) s'est engagée dès 2012 dans la mise en place de l'Union bancaire européenne, ayant pour ambition de donner à l'Europe les moyens de faire face à d'éventuelles nouvelles défaillances, mais aussi de redonner confiance dans un système bancaire européen désormais mieux protégé des risques de crises systémiques.

2. Cette refonte s'appuie sur trois piliers :

– le Mécanisme de surveillance unique (MSU), qui institue la Banque Centrale Européenne (BCE) comme superviseur prudentiel des établissements bancaires et financiers majeurs de l'Union ;

– le Mécanisme de résolution unique (MRU), qui, par le biais d'un Conseil de résolution unique, permettra de remettre à flot les éventuelles banques défaillantes, et ce en s'appuyant sur un fonds de près de 55 milliards d'euros, financé par les banques elles-mêmes ; et

– le Règlement uniforme, qui entend harmoniser les règles que les institutions financières européennes devront respecter.

3. Plusieurs types de mesures sont compris dans ce Règlement uniforme : protection des déposants, exigences de fonds propres, conditions dans lesquelles les institutions émettent des engagements, mais également le redressement et la résolution des institutions financières défaillantes.

4. Si la directive et règlement CRD/CRR IV ont déjà posé bon nombre des principes du Règlement uniforme, la directive 2014/59 du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, aussi connue sous le nom de BRRD, parachève ce Règlement. Les règles qu'elle définit sont de première importance, puisqu'elles définissent les conditions dans lesquelles un établissement défaillant sera traité, en suivant un principe directeur de l'Union bancaire : éviter que les États, et donc les contribuables européens, ne soient appelés à renflouer eux-mêmes ces établissements.

5. **Un nouvel outil de renflouement interne.** Cette directive, dont le délai de transposition a expiré le 31 décembre 2014, met en place un mécanisme qui se trouve au cœur du nouveau système de résolution : l'« instrument de renflouement interne », plus connu sous son nom anglais de « bail-

in ». Innovation majeure de la directive, cet instrument est défini comme « le mécanisme permettant l'exercice par une autorité de résolution [...] des pouvoirs de dépréciation et de conversion à l'égard d'éléments de passif d'un établissement soumis à une procédure de résolution ». Son principe est donc simple : pour éviter que les contribuables européens n'aient à sauver par leurs contributions fiscales les établissements défaillants, les actionnaires pourront voir leurs titres annulés ou transférés, de même que les créanciers de l'établissement en question pourront être tenus d'abandonner ou de convertir tout ou partie de leurs créances. Cet outil de renflouement interne est voué à s'appliquer à au moins 8 % du total des avoirs perdus par l'établissement défaillant, seuil au-delà duquel la banque peut demander d'avoir accès au fonds de résolution dans la limite de 5 % des avoirs perdus. Chaque autorité de résolution nationale aura également pour tâche de définir, pour chaque établissement, une exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles au bail-in (EMFPPE) en prenant en compte l'importance systémique de l'établissement en question et le degré d'interconnexion avec le reste du secteur financier.

6. **Reconnaissance contractuelle du bail-in.** La directive BRRD ne se contente pas de rendre obligatoire l'outil de renflouement interne aux engagements régis par le droit de l'Union. En effet, l'article 55 de la directive dispose que les États membres sont tenus d'imposer aux établissements financiers concernés d'inclure, pour les engagements émis après la transposition de ladite directive et régis par le droit d'un pays tiers, une disposition contractuelle ayant pour objet de reconnaître la possibilité de bail-in de l'engagement émis, si l'autorité de résolution estime que les conditions de sa mise en œuvre sont réunies. En d'autres termes, la directive entend imposer par le biais de cette stipulation contractuelle aux engagements régis par le droit d'un pays tiers les exactes mêmes obligations que celles régies par le droit de l'Union. Cette clause n'est néanmoins pas obligatoire si le droit du pays tiers, ou un accord conclu entre ce pays et l'UE, permet à l'autorité de résolution d'exercer ses pouvoirs de dépréciation ou de conversion dans les mêmes conditions qu'à l'intérieur de l'Union.

7. **Un large spectre d'engagements concernés.** Les considérants de la directive l'exposent clairement : « Pour que cet instrument soit efficace et atteigne ses objectifs, il est néanmoins souhaitable qu'il puisse être appliqué à un éventail aussi large que possible d'engagements non garantis de l'établissement défaillant »². Or, la directive ne définit pas ce qui est entendu par « engagement », et les instruments explicitement écartés de l'emprise de l'outil de renflouement interne sont rares. En effet, le texte ne mentionne que quelques exceptions, parmi lesquelles les dépôts couverts, les engagements entièrement garantis, les engagements ayant une échéance résiduelle de moins de sept jours ou encore les engagements envers les autorités fiscales ou la sécurité sociale³. À ce titre, l'article 55 de la directive confie à l'Autorité bancaire européenne (ABE) la charge d'établir des

2. Considérant n° 70, directive 2014/59 du 15 mai 2014.

3. Article 44, directive 2014/59 du 15 mai 2014.

Normes techniques réglementaires (NTR) pour déterminer une liste plus précise de ces exclusions et notamment pour préciser les conditions dans lesquelles un engagement est considéré comme entièrement garanti. Ces NTR doivent être rendues avant le 3 juillet 2015.

8. Des choix contestés : la question du financement du commerce international. La question de l'opportunité d'inclure les instruments de financement du commerce international parmi les engagements financiers sur lesquels porte le *bail-in* s'est posée avec une particulière acuité. Le FMI reconnaissait déjà en 2012 que le *trade finance* devait être exclu du périmètre des obligations concernées par le *bail-in*, notamment du fait de son importance stratégique et systémique⁴. Outre les raisons stratégiques, celles d'ordre technique sont nombreuses. L'European Savings and Retail Banking Group⁵ a à ce titre souligné que ces instruments ont, dans une très large majorité, une période de maturation très courte et sont largement garantis par le sous-jacent, ce qui rend très probable leur exclusion *de facto* de l'EMFPEE. De plus, une clause de *bail-in* dans des crédits documentaires et des garanties bancaires émis par SWIFT selon des messages standardisés mondialement bouleversera profondément les processus normés des plateformes d'exécution dans les banques. Il apparaît dès lors peu opportun d'imposer à des engagements qui ont peu de chances d'être inclus dans l'EMFPEE l'ensemble des contraintes, notamment en termes de clauses de *bail-in*, que l'article 55 de la Directive entend imposer aux autres types d'engagements. Plus encore, l'absence de caractère purement spéculatif des instruments du commerce international (crédit documentaire, garantie indépendante, etc.) met en évidence le fait que ces engagements n'ont nullement pour but de financer une banque, mais simplement de financer la réalisation d'une opération commerciale. L'aspect aléatoire et le risque encouru ne sont dès lors pas l'objet de l'engagement, mais bien un simple corollaire inévitable.

4. « It may be appropriate to carve out some types of senior unsecured debt from the restructuring process, including [...] some trade-finance obligations. These liabilities may be of systemic or strategic importance and might justify a differential treatment from other senior debt, even if they rank equally in a liquidation context », in *From Bail-out to Bail-in: Mandatory Debt Restructuring of Systemic Financial Institutions*, IMF Staff Discussion Note, 24 avril 2012.

5. *ESBG response to the EBA consultation on the contractual recognition of write-down and conversion powers under Article 55(3) of the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD)*, European Savings and Retail Banking Group, février 2015.

9. L'attractivité sacrifiée? Au-delà des considérations techniques, l'impact pratique de l'intégration des instruments du financement du commerce international dans le champ du *bail-in* est également sujet à controverse. Ainsi que le souligne la Deutsche Kreditwirtschaft⁶, la lourdeur des obligations et démarches que la directive BRRD fait peser sur les émetteurs de ces instruments rendra indéniablement ces modes de financement plus coûteux, moins disponibles et, partant, découragera les acteurs économiques de se tourner vers les banques européennes pour les émettre. Or, ces instruments de financement sont le véritable poumon du commerce international, tant le nombre de transactions y ayant recours est important. Les rendre moins accessibles revient à prendre le risque de priver les acteurs économiques européens d'une partie de leur activité. Peut-on dès lors considérer que l'attractivité économique de l'UE a en partie été sacrifiée sur l'autel de la stabilité?

Un paradoxe apparaît alors : si le but affiché de la directive BRRD est d'assurer la pérennité des activités financières cruciales d'un point de vue systémique, il ne fait aucun doute que le financement du commerce international devrait être exclu du champ de l'instrument de renflouement interne. Malheureusement, cela ne semble pas être la voie dans laquelle s'engage l'ABE : ses appels à observations lancés aux professionnels ne font que peu de cas de cette question.

10. La Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale a pris l'initiative de saisir le Commissaire européen des services financiers. La lettre rédigée par son comité juridique est postée sur son site⁷. Exprimant sa préoccupation à l'égard de l'exigence de l'article 55 d'obtenir la reconnaissance contractuelle du *bail-in* de la créance sans distinction des engagements liés au financement du commerce international, la CCI demande à l'exécutif européen de clarifier la question et d'avoir une approche qui prendrait en compte la réalité du commerce international et ses instruments de financement. ■

6. *EBA Consultation Paper – Draft Regulatory Standards on the contractual recognition of write-down and conversion powers under Art. 55(3) of the BRRD – EBA/CP/2014/33*, Deutsche Kreditwirtschaft, 4 février 2015.

7. <http://www.iccwbo.org/About-ICC/Policy-Commissions/Banking/Task-forces/Banking-Commission-Legal-Committee/>.

Mécanismes de protection du crédit – Garanties – Exigence d'avis indépendant de droit.

Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, article 194.

Commentaire de Georges Affaki.

1. Le règlement 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, plus connu sous le nom de

CRR (*Capital Requirements Regulation*) marque, avec la directive CRD IV¹, une troisième vague de modifications apportées aux dispositions d'origine, après celles de 2008 (CRD II) et de 2009 (CRD III). S'inscrivant dans l'élaboration du Règlement uniforme (*Single Rulebook*), troisième pilier de

1. Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE.