



Assemblée générale

Distr. limitée
24 septembre 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Quarante-deuxième session
Vienne, 26-30 novembre 2012**

Droit de l'insolvabilité

Insolvabilité des grandes institutions financières complexes

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Historique	1-2	2
I. Introduction	3-9	2
II. Initiatives mondiales: les travaux des organisations internationales	10-38	4
A. Conseil de stabilité financière	10-25	4
B. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Banque des règlements internationaux	26-34	10
C. Fonds monétaire international	35-38	12
III. Approches régionales: l'Union européenne	39-58	14
IV. Les travaux de la CNUDCI et leur pertinence pour la résolution des défaillances des banques et établissements financiers	59-64	19
Annexe		22



Historique

1. À sa quarante-troisième session, en juin 2010, la Commission a examiné une proposition en vue d'une étude sur la faisabilité d'un instrument relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 et A/CN.9/709, par. 5). Il a été convenu que le Secrétariat établirait un rapport détaillé sur tout ou partie d'un ensemble de questions¹. Le caractère évolutif et l'abondance des travaux internationaux et nationaux sur les régimes d'insolvabilité et de résolution des défaillances des banques et des institutions financières² font que le Secrétariat a eu des difficultés à suivre l'ensemble des avancées en détail. La présente note porte donc essentiellement sur le point c) de cette proposition et décrit les travaux déjà accomplis (et poursuivis actuellement) par des organisations internationales et, au plan régional, par l'Union européenne. Le point d) de la proposition a été traité dans une certaine mesure dans certains des travaux d'organisations internationales mentionnés ci-après. Une seconde note du Secrétariat contenant des informations sur certains ordres juridiques nationaux et le traitement qu'ils réservent aux normes internationales adoptées par ces organisations, en particulier en ce qui concerne les questions internationales, pourrait être établie, si le Groupe de travail le demande, pour examen à sa quarante-troisième session en 2013 (voir ci-après sect. IV).

2. La présente note consiste en un examen des travaux qu'ont menés (et mènent) d'autres organisations internationales, à savoir le Conseil de stabilité financière, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, le Fonds monétaire international et l'Union européenne. On y examine également la relation entre ces travaux et ceux accomplis par la CNUDCI dans le domaine international et en ce qui concerne les groupes d'entreprises.

I. Introduction

3. L'insolvabilité de la banque Barings, en 1995, a donné lieu à un projet mené par le Groupe des trente en collaboration avec INSOL International, portant sur les

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 259. Ces questions étaient les suivantes: a) Recensement des questions se rattachant ou spécifiques à la liquidation de grandes institutions financières complexes; b) Réalisation d'une étude comparative de certains ordres juridiques s'agissant des mécanismes visant à assurer la coopération internationale lors de la liquidation de grandes institutions financières complexes; c) Recensement et récapitulation des travaux réalisés ou actuellement entrepris par d'autres organismes, et exposé succinct de la teneur des travaux menés, le cas échéant, dans ce domaine; d) Identification des domaines et des questions juridiques auxquels les principes énoncés dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité de 2004 et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 pourraient ou devraient s'appliquer directement ou par analogie; e) Recensement d'autres solutions qui pourraient être mises à profit pour faciliter et assurer la coopération internationale lors de la liquidation de grandes institutions financières complexes; f) Diffusion de recommandations portant sur les travaux que pourraient entreprendre la CNUDCI ou d'autres organismes, ainsi que les législateurs nationaux ou les organismes de réglementation dans les domaines recensés.

² Le mot "résolution" s'entend de la restructuration d'une institution aux fins d'assurer la poursuite de ses fonctions essentielles, d'en préserver sa stabilité financière et d'en rétablir la viabilité en tout ou en partie.

questions qui pourraient se poser en cas d'insolvabilité internationale d'une institution financière. Il ressort du rapport final, publié en 1998, qu'il n'existe pas de cadre international permettant de résoudre les problèmes juridiques, financiers et de contrôle qui se poseraient dans une situation d'insolvabilité internationale de quelque sorte que ce soit, et que si une telle situation d'une certaine ampleur survenait dans le secteur financier, elle mettrait en danger l'ensemble du système financier international. Le rapport contenait 14 recommandations sur la préparation aux catastrophes; l'approbation de licences et la surveillance prudentielle; la nécessité de mettre en place une série d'instruments concernant l'insolvabilité et la résolution, appuyés par des textes législatifs; la collaboration internationale, dont l'échange d'informations et l'octroi de l'accès et de la reconnaissance aux représentants étrangers de l'insolvabilité; les accords-cadres de compensation globale et le caractère exécutoire des contrats financiers; et la coopération entre les professionnels de l'insolvabilité et les autorités de contrôle. Il y était question de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, adoptée peu auparavant et on y considérait que l'application de la Loi type aux institutions financières serait probablement limitée en raison des différences existant entre les régimes de contrôle des divers pays pour ce qui est du traitement des institutions financières en difficulté, mais que nombre des principes de la Loi type pourraient s'appliquer à l'insolvabilité financière.

4. La crise financière qui s'est rapidement étendue au monde entier à partir d'août 2007 a montré que nombre des insuffisances que l'étude de 1998 avait révélées dans les cadres et instruments dont on disposait pour faire face à l'insolvabilité des banques et autres institutions financières et en particulier pour en maîtriser les effets au plan international étaient encore présentes. Comme de nombreux groupes financiers d'importance systémique fonctionnent à l'échelle mondiale, l'application non coordonnée de systèmes de résolution par les autorités nationales a rendu plus difficile encore d'assurer la continuité des fonctions essentielles et de garantir aux actionnaires que ce sont les créanciers et non le secteur public qui supportent la charge financière du processus de résolution.

5. L'impact de la crise de 2007 a été tel que le G-20³ et d'autres ont appelé les autorités de réglementation et autres instances pertinentes à renforcer à titre prioritaire la coopération en matière de prévention, de gestion et de résolution des crises et à revoir les régimes de règlement des faillites et les lois sur l'insolvabilité à la lumière des événements récents afin qu'ils permettent une résolution ordonnée des défaillances des grandes institutions financières internationales complexes. Cet appel découlait de deux considérations liées. Premièrement, la création d'un cadre effectif de résolution des défaillances des institutions financières est essentiel pour toute stratégie visant à la fois à assurer la stabilité financière et à limiter le risque moral, et deuxièmement, un tel cadre ne sera efficace que s'il est accompagné d'un robuste mécanisme de coordination internationale⁴.

6. Cet appel a suscité des travaux notamment de la part du Conseil de stabilité financière, du Groupe sur la résolution des défaillances bancaires internationales (Cross-Border Bank Resolution Group), subordonné au Comité de Bâle sur le

³ Déclaration sur le renforcement du système financier (Sommet de Londres, avril 2009);
Déclaration des chefs d'État et de Gouvernement (Sommet de Pittsburg, octobre 2009).

⁴ Rapport du Fonds monétaire international, juin 2010, p. 5.

contrôle bancaire, de la Banque des règlements internationaux, du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale et, au niveau régional, de l'Union européenne, ainsi que des réformes législatives dans plusieurs pays. Un grand nombre de documents et d'études ont été établis par diverses institutions internationales et régionales, dont certains sont mentionnés dans la présente note et cités en annexe pour plus de commodité.

7. On trouvera ci-après une présentation de plusieurs conclusions de ces travaux et des recommandations aux fins d'améliorer le règlement international des défaillances des banques et des institutions financières.

Définir une "institution financière"

8. Le rapport du Fonds monétaire international⁵ indique que la principale activité de nombreux groupes financiers internationaux est une activité bancaire. Cependant, de nombreuses banques internationales existent au sein de groupes financiers dont les activités dépassent largement les activités de dépôt et de prêt et s'étendent à toute une série d'activités bancaires non financières. Le rapport indique que certains des groupes financiers internationaux présentant le plus grand risque systémique sont essentiellement des banques d'investissement et des courtiers n'ayant guère d'activité de dépôt et que certains groupes financiers sont dirigés par d'importantes compagnies d'assurances actives au plan international. Ces groupes comprennent donc des entités réglementées et non réglementées et les éléments de fond des mécanismes de résolution différeront selon qu'il s'agit d'institutions financières bancaires ou non bancaires, même si les mécanismes de coordination des mesures de résolution peuvent être similaires. Dans certains pays, les institutions financières non bancaires peuvent être soumises au droit sur l'insolvabilité des entreprises, de sorte que différentes parties d'un groupe financier peuvent être soumises à différents régimes d'insolvabilité.

9. La définition d'une institution financière est donc vaste, peut différer selon les pays, et beaucoup y incluent les banques, compagnies d'assurances, fiduciaires d'investissement, sociétés de prêt et de financement, et sociétés de change.

II. Initiatives mondiales: les travaux des organisations internationales

A. Conseil de stabilité financière

10. En avril 2009, le Forum de stabilité financière⁶ a élaboré des principes de coopération internationale pour la gestion des crises, fondés en partie sur les recommandations issues des travaux d'autres organisations⁷ et sur les

⁵ Ibid., p. 6.

⁶ Le Forum de stabilité financière a été remplacé par le Conseil de stabilité financière, créé en 2009 par le G-20 afin de coordonner au niveau international les travaux des instances financières nationales et des organismes internationaux de normalisation, d'élaborer des politiques efficaces de réglementation et de supervision du secteur financier et d'en promouvoir l'application.

⁷ Rapport conjoint de l'équipe spéciale du Forum de stabilité financière, du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, de l'Organisation internationale des commissions de valeurs et du G10 (2001)

enseignements tirés de la crise financière, en particulier en ce qui concerne les banques et autres institutions financières. Il y était recommandé que les autorités, pour se préparer aux crises financières, prennent les mesures suivantes: élaborer des dispositifs d'appui pour gérer les crises financières internationales; tenir des réunions annuelles pour examiner les problèmes et les obstacles que rencontrerait une action coordonnée face à "de graves tensions touchant des entreprises spécifiques"; échanger des informations, en particulier sur les arrangements de gestion des crises que permettent les cadres juridiques nationaux des autorités de résolution et les contraintes de confidentialité; encourager les entreprises à maintenir des plans d'urgence et des procédures en vue des situations de liquidation et des plans de financement; et s'employer à supprimer les obstacles pratiques à une résolution coordonnée internationalement, qui pourraient être décelés par exemple lors de l'élaboration des plans d'urgence. S'agissant de la gestion d'une crise financière, il était recommandé que les autorités prennent les mesures suivantes: s'efforcer de trouver des solutions coordonnées internationalement tenant compte de l'impact de la crise sur les systèmes financiers et l'économie réelle des autres pays; échanger les évaluations nationales des incidences systémiques; échanger dès le début autant d'informations que possible avec les autorités pertinentes; envisager aussi tôt que possible des mesures nationales avec d'autres autorités si une solution coordonnée peut être trouvée; et partager les plans de communication publique avec les autorités des autres pays touchés.

11. Il a été noté que même si les effets de la crise étaient sous contrôle au niveau d'un pays, il était primordial de mettre en place une coopération entre autorités nationales afin de contrôler les perturbations systématiques dues aux difficultés financières d'entreprises fortement interdépendantes et intégrées. Il a également été souligné que les autorités faisant face à la crise financière devraient garder à l'esprit qu'il convient de promouvoir des solutions issues du secteur privé et ne solliciter le secteur public que s'il le fallait pour préserver la stabilité financière, et de maintenir des conditions d'égalité propres à la compétitivité internationale dans l'esprit des Accords de Bâle.

12. Dans son appel de 2009, le G-20 avait prié le Conseil de stabilité financière d'examiner dans quelle mesure il était possible d'élaborer des normes et principes communs fournissant des orientations sur les pratiques acceptables ou les dispositifs de résolution internationale, afin de contribuer à réduire les effets néfastes de mesures nationales non coordonnées telles que le cloisonnement.

13. En 2010, le Conseil de stabilité financière a élaboré un ensemble de recommandations sur la réduction du risque moral causé par les institutions financières d'importance systémique, c'est-à-dire celles dont les difficultés ou la faillite désordonnée, en raison de leur taille, de leur complexité et de leur interdépendance systémique, perturberaient considérablement l'ensemble du système financier et de l'activité économique⁸. Ces recommandations étaient les suivantes: tous les pays devraient entreprendre des réformes juridiques afin de

sur la liquidation d'une grande institution financière complexe (FSF, BCBS, IOSCO and G10's Joint Task Force Report (2001) on Winding Down an LCFI).

⁸ Conseil de stabilité financière, Policy Measures to Address Systematically Important Financial Institutions (Mesures stratégiques concernant les institutions financières d'importance systémique), novembre 2011, par. 3.

disposer d'un régime de résolution efficace; chaque pays devrait disposer d'une autorité de résolution dotée de pouvoirs en la matière; les autorités nationales devraient envisager des mécanismes de recapitalisation (reprise) et d'amortissement partiel; les autorités de résolution devraient être tenues de chercher à collaborer avec leurs homologues étrangères; pour certaines institutions, des accords de coopération entre les autorités pertinentes du pays d'origine et du pays d'accueil devraient être élaborés; des plans de redressement et de résolution évaluant la possibilité de résolution devraient être obligatoires; la planification devrait être un effort constant; les autorités devraient avoir le pouvoir d'exiger qu'une institution financière modifie sa structure juridique et opérationnelle et ses pratiques de fonctionnement afin de faciliter l'application de mesures de résolution et de redressement; les possibilités de résolution prévues par les régimes et accords de coopération existants devraient être une considération de premier plan lorsque les autorités du pays d'accueil décident de modifications à apporter aux opérations d'une institution étrangère; les informations pertinentes devraient être conservées sur la base de l'entité juridique; et le recours à des garanties intragroupe devrait être réduit au minimum tout en garantissant que les services mondiaux de paiement et de règlement peuvent être juridiquement séparés et continuer de fonctionner.

14. En 2011, le Conseil de stabilité financière a élaboré les Caractéristiques principales d'un régime de résolution efficace pour les institutions financières (*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*) (les "Caractéristiques principales"), adoptées par le G-20 en novembre 2011. Les Caractéristiques principales visent à établir des normes internationales pour des régimes de résolution efficaces et à encourager la convergence internationale et les modifications législatives que leur application nécessitera dans de nombreux pays, cette application devant être soumise à une évaluation continue⁹. Les normes en question portent sur les pouvoirs, mesures et autorités de résolution et visent à couvrir toute institution financière dont la faillite pourrait avoir d'importantes conséquences systémiques, y compris les holdings, les entités opérationnelles non réglementées jouant un rôle important dans le fonctionnement d'un groupe financier, et les filiales locales de sociétés étrangères. Les institutions financières mondiales d'importance systémique (G-SIFI) constituées nationalement, définies comme des institutions financières dont les difficultés ou la faillite désordonnée, en raison de leur taille, de leur complexité et de leur interdépendance, perturberait considérablement l'ensemble du système financier et de l'économie, devraient être soumises à certains aspects du régime de résolution, notamment à des exigences concernant les plans de redressement et de résolution, l'évaluation des possibilités de résolution et les accords de coopération internationale concernant l'institution.

⁹ Ibid., par. 11. En octobre 2011, le Conseil de stabilité financière a établi un cadre de suivi de la mise en œuvre de ces réformes (Coordinated Framework for Implementation Monitoring), afin de renforcer également l'information du public sur ce point. Voir l'aperçu des progrès de la mise en œuvre des recommandations du G-20 pour le renforcement de la stabilité financière (Overview of Progress in the Implementation of the G-20 Recommendations for Strengthening Financial Stability), rapport du Conseil de stabilité financière aux chefs d'État et de Gouvernement du G-20, 19 juin 2012.

1. Autorité de résolution

15. Le Conseil de stabilité financière a proposé que chaque pays ait une autorité de résolution dotée des capacités juridiques et institutionnelles d'imposer son autorité et de prendre des mesures en la matière. Ces autorités devraient avoir des rôles clairement définis, agir en toute transparence et en toute indépendance et pouvoir conclure des accords institutionnels spécifiques avec leurs homologues d'autres pays. Elles devraient aussi être habilitées à rechercher autant que possible une solution de coopération avec ces homologues. L'autorité du pays d'accueil devrait pouvoir appuyer une résolution menée par une autorité du pays d'origine mais aussi prendre des mesures de sa propre initiative si cette dernière n'agit pas ou agit sans tenir suffisamment compte de la nécessité de préserver la stabilité financière du pays d'accueil. Le cadre juridique devrait donner effet aux mesures de résolution étrangères, soit par reconnaissance mutuelle, soit par des mesures appuyant celles prises par l'autorité étrangère d'origine et compatibles avec elles.

2. Pouvoirs de résolution

16. Le Conseil de stabilité financière a souligné qu'il importait de conférer aux autorités de résolution de vastes pouvoirs leur permettant de gérer l'entité financière en difficulté. Elles doivent notamment pouvoir transférer des actifs, révoquer ou remplacer la direction, suspendre les paiements, liquider une société et suspendre l'exercice des droits à compensation, compensation globale contractuelle et résiliation anticipée. Elles devraient être prêtes à agir dès qu'une société n'est plus viable ou risque de ne plus l'être, sans perspective de rémission. Cette intervention devrait se faire avant que la société soit en dépôt de bilan et n'ait perdu toute sa valeur. Il faudrait des normes claires ou des indicateurs adéquats de non-viabilité permettant de déterminer quand une société remplit les conditions d'une procédure de résolution.

3. Compensation, compensation globale et séparation des actifs des clients

17. Dans les Caractéristiques principales, il est recommandé que le cadre juridique de la compensation, de la compensation globale, de la constitution de sûretés et de la séparation des actifs des clients soit clair, transparent et ait force obligatoire. Les autorités de résolution devraient pouvoir suspendre temporairement la résiliation ou l'anticipation résultant uniquement du déclenchement d'une procédure de résolution¹⁰. La suspension devrait s'appliquer aux créanciers non garantis et aux clients, empêchant notamment toute action visant à obtenir la saisie d'actifs ou à recueillir de l'argent ou des biens auprès de l'institution financière, sous réserve de certaines garanties telles que la protection de l'exercice des droits de compensation et de compensation globale.

4. Garanties

18. Le Conseil de stabilité financière a proposé que les pouvoirs de résolution s'exercent de manière à respecter la hiérarchie des créances, tout en ménageant la possibilité de s'écarter du principe général de proportionnalité lorsqu'il le faut pour contrôler l'impact systémique et maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers. Cependant, il ne devrait y avoir entre les créanciers

¹⁰ La suspension est examinée à l'annexe IV des Caractéristiques principales.

aucune discrimination fondée sur la nationalité, le lieu des créances ou le pays dans lequel celles-ci sont payables, et aucun créancier ne devrait se trouver dans une position plus défavorable que s'il y avait eu une liquidation en vertu du régime d'insolvabilité applicable. Les administrateurs et dirigeants d'entreprises devraient être protégés pour toute mesure prise en exécution des décisions de l'autorité de décision.

5. Financement des institutions financières en cours de résolution

19. Il a été recommandé que chaque pays établisse un fonds de résolution afin que les autorités ne soient pas obligées de recourir à la propriété publique ni à des fonds de renflouement. S'il faut recourir à des fonds publics, il convient d'appliquer des conditions strictes afin de réduire au minimum le risque moral et de répartir les pertes entre les actionnaires, les créanciers non garantis et non assurés et le secteur.

6. Conditions d'un cadre juridique de coopération internationale

20. Le document souligne que les autorités de résolution doivent disposer d'un mandat défini par la loi, leur permettant de rechercher autant que possible une solution de coopération avec ces homologues et les encourageant à le faire. La législation d'un pays ne devrait comporter aucune disposition prévoyant des mesures en réponse à une intervention étrangère ni le déclenchement d'une procédure de résolution dans un autre pays à moins qu'une coopération et un échange d'informations ne soient en place. Comme on l'a dit plus haut, en exerçant leurs pouvoirs, les autorités de résolution devraient tenir compte de l'impact sur les institutions financières d'autres pays. Elles devraient avoir autorité sur les filiales locales de sociétés étrangères et pouvoir appuyer les procédures de résolution menées par des autorités étrangères ou, exceptionnellement, pouvoir prendre l'initiative si celles-ci n'agissent pas ou si les mesures qu'elles prennent ne tiennent pas suffisamment compte de la stabilité financière locale. Des processus devraient être établis pour donner effet aux mesures de résolution étrangères, notamment par voie de reconnaissance mutuelle, et des mécanismes de protection de la confidentialité des informations échangées devraient être développés.

7. Groupes de gestion des crises

21. Au niveau international, il est recommandé que toutes les institutions financières mondiales d'importance systémique disposent de groupes de gestion des crises pour renforcer leur capacité de réagir à une crise financière internationale les affectant et d'en faciliter la gestion et la résolution¹¹. Les groupes de gestion des crises doivent comprendre des représentants des autorités de contrôle, des ministères des finances et des autorités responsables des systèmes de garantie et travailler en étroite coopération avec les autorités d'autres pays où ces institutions financières ont une importance systémique.

¹¹ En novembre 2011, le Conseil de stabilité financière a publié une liste initiale de l'ensemble des institutions financières mondiales d'importance systémique (voir annexe au Policy Measures). Ces institutions financières doivent répondre aux exigences de planification pour la fin de 2012. La liste sera actualisée chaque année et publiée chaque mois de novembre par le Conseil de stabilité financière.

8. Accords de coopération internationale concernant l'institution

22. Il est primordial pour le contrôle des institutions financières mondiales d'importance systémique que les autorités de résolution recourent à des accords de coopération internationale les visant spécifiquement. Elles devraient notamment y établir les objectifs et les procédures de coopération entre groupes de gestion des crises, définir les rôles et responsabilités des autorités lors de la phase de redressement et de résolution et pendant une crise, décrire les processus d'échange des informations, la mise en œuvre du redressement, les plans de résolution et la tenue des évaluations de résolvabilité, et prévoir des réunions et examens périodiques¹².

9. Évaluation de la résolvabilité et planification du redressement et de la résolution

23. L'évaluation de la résolvabilité¹³ est considérée comme importante pour l'élaboration de stratégies de gestion des systèmes financiers en crise. Les évaluations de la résolvabilité d'un groupe devraient être effectuées par les autorités du pays d'origine en coordination avec celles du pays d'accueil. Elles devraient être complétées par des plans de redressement et de résolution, dont les éléments essentiels sont énoncés dans les Caractéristiques principales¹⁴. Ces plans de redressement et de résolution doivent être actualisés au moins une fois par an où en cas de modification importante de l'activité ou de la structure de l'institution financière, et examinés régulièrement par son groupe de gestion des crises. Ils doivent aussi, en particulier dans le cas des institutions financières mondiales d'importance systémique, prendre en compte la nature, la complexité, l'interdépendance, le niveau de substituabilité et la taille de l'institution.

10. Accès à l'information et échange d'informations

24. La dernière des caractéristiques principales concerne l'accès à l'information et l'échange d'informations. Il est recommandé de lever tous les obstacles juridiques empêchant l'accès à l'information et l'échange d'informations par les autorités de résolution, les banques centrales et les autorités de contrôle. À cette fin, il est proposé de mettre en place des systèmes permettant a) l'échange d'informations utiles à la planification du redressement et de la résolution, b) l'échange d'informations sur les institutions financières mondiales d'importance systémique, et c) le traitement des informations sensibles.

25. À la suite d'une consultation publique sur les Caractéristiques principales, le Conseil de stabilité financière a exprimé l'avis que même si le cadre juridique pour la coopération internationale, les groupes de gestion des crises et les accords de coopération internationale concernant les institutions n'équivalaient pas à un cadre contraignant de reconnaissance mutuelle et de coopération internationale, ils constituaient une avancée importante. Il a été reconnu que l'élaboration de mécanismes plus contraignants ne pourrait se faire sans mettre en place au préalable les régimes convergents et les incitations à la coopération devant découler de la mise en œuvre des Caractéristiques principales.

¹² Les principaux éléments de ces accords figurent à l'annexe I des Caractéristiques principales.

¹³ Ces évaluations sont examinées de manière relativement détaillée à l'annexe II des Caractéristiques principales.

¹⁴ Voir annexe III.

B. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Banque des règlements internationaux

26. En août 2003, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire de la Banque des règlements internationaux a mis en place les Principes de haut niveau pour l'application internationale du Nouvel accord. Le Nouvel accord¹⁵ était un ensemble de lignes directrices visant à établir un cadre pour la mesure de l'adéquation des fonds propres et une norme minimale à atteindre par les autorités nationales de contrôle. Notant que la coordination et la coopération étaient une caractéristique majeure du Nouvel accord, les six principes de haut niveau ont été formulés pour développer cet aspect. Ces principes de haut niveau soulignaient: l'importance de reconnaître et de mettre en œuvre des exigences réglementaires nationales pour les banques; le rôle des autorités de contrôle du pays d'origine dans le contrôle d'un groupe bancaire sur une base consolidée; la nécessité que les exigences formulées par les autorités de contrôle du pays d'origine soient comprises et reconnues par les banques agissant par l'intermédiaire de filiales; et la nécessité de travaux coordonnés d'approbation et de validation et d'échange d'informations aux fins de la coopération entre autorités de contrôle du pays d'origine et du pays d'accueil.

27. De décembre 2007 à septembre 2009, le Groupe sur la résolution des défaillances bancaires internationales du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a procédé à un audit des cadres juridiques et politiques de résolution des crises internationales. Il s'agissait de tirer les leçons de la crise financière qui avait commencé en août 2007. Constatant que la plupart des mesures prises face à cette crise étaient des mesures ad hoc, le Comité a établi en mars 2010 un rapport et une série de 10 recommandations (*Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group*) que les autorités et décideurs nationaux pourraient examiner lorsqu'ils élaborent des textes législatifs et des politiques sur la résolution internationale des défaillances bancaires.

28. On y trouvait les conclusions suivantes: de nombreux régimes de gestion des crises ne s'intéressent qu'à l'aspect national et il n'y a pas de cadre international, ce qui crée des tensions entre le caractère international des groupes financiers et les cadres nationaux et les responsabilités nationales de gestion des crises, ainsi qu'entre les évaluations nationales de la manière de faire face à une situation internationale; la croissance non gérée, en particulier internationale, d'institutions financières complexes a créé des problèmes en l'absence de contrôle efficace de la part des autorités du pays d'origine et lorsque celles-ci n'avaient pas les moyens de faire face à de telles crises; l'évolution rapide de la crise et les contraintes de temps qui en découlaient ont limité l'utilisation d'instruments formels de supervision de sa gestion et rendu très difficile sinon impossible la coopération entre pays; il y a une tension entre la nécessité d'une résolution rapide dans l'intérêt du public et la position des actionnaires – dans certains pays, des mesures spéciales ne peuvent être prises sans l'approbation des actionnaires; des tensions peuvent découler de la centralisation de la gestion des liquidités au sein d'un groupe international; les structures des groupes créent au sein de ceux-ci des interdépendances que les organismes de contrôle doivent comprendre et contrôler; les institutions financières internationales peuvent être soumises à une supervision consolidée des autorités du

¹⁵ Disponible à l'adresse www.bis.org/publ/bcbs107fre.htm.

pays d'origine ainsi qu'à une supervision et à une résolution de filiales individuelles par les autorités du pays d'accueil; la défaillance d'une institution internationale risque de soumettre ses entités constituantes à des procédures d'insolvabilité de différents régimes dans différents pays et servant des politiques, priorités et finalités différentes; la primauté des intérêts nationaux amène à s'intéresser à la partie locale d'un groupe au bénéfice des actionnaires locaux, au risque d'un cloisonnement des actifs – ce qui permet de mieux contrôler le capital, les liquidités et la gestion du risque afin d'assurer la protection des créanciers du pays d'accueil mais peut provoquer des inefficacités dans la répartition du capital et des liquidités à l'échelle du groupe.

29. Les recommandations du Groupe sur la résolution des défaillances bancaires internationales soulignent qu'il faut mettre en place des cadres de résolution nationaux appropriés pour assurer la stabilité financière, protéger les consommateurs, limiter le risque moral, promouvoir l'efficacité des marchés et réduire au minimum le risque systémique. Ces cadres doivent coordonner les processus disparates de gestion et de résolution des crises s'appliquant à diverses activités des groupes financiers, promouvoir la continuité des fonctions d'importance systémique et comporter des instruments appropriés tels que le pouvoir de rapprocher des institutions financières, de transférer des actifs, dettes et opérations à d'autres institutions, et de résoudre des créances. Il est recommandé que les instruments mis en place et les mesures prises par les différents pays aillent dans le même sens.

30. Les cadres de résolution devraient traiter des groupes et conglomerats financiers au plan national et promouvoir la coopération entre autorités nationales en établissant des modalités de reconnaissance mutuelle des procédures et mesures de gestion et de résolution des crises, en particulier celles touchant de grands groupes financiers interdépendants. Cette reconnaissance pourrait se faire aux niveaux bilatéral, régional ou international.

31. Étant donné que la complexité des institutions financières peut rendre difficile une résolution ordonnée et économiquement rationnelle, le Groupe sur la résolution des défaillances bancaires internationales recommande que les autorités de contrôle travaillent en étroite collaboration avec les autorités de résolution des pays d'origine et d'accueil afin de comprendre comment procéder à la résolution des structures des groupes et de leurs parties constituantes et, si ces structures sont trop complexes pour permettre une résolution, d'élaborer des réglementations incitant à leur simplification.

32. Les recommandations traitent également de la planification préalable en vue d'une résolution ordonnée en tant que partie intégrante des activités de contrôle tenant compte des composantes internationales et des incidences de leur identité juridique distincte; de la coopération internationale et de l'échange d'informations en temps normal et en situation de gestion de crise; et du renforcement des mécanismes d'atténuation du risque tels que les accords de compensation globale, la constitution de sûretés et la séparation des positions des clients. Afin d'effectuer le transfert de certains contrats de marchés financiers à des institutions financières saines, il est recommandé que l'application des clauses de résiliation soit retardée durant une brève période et que les droits contractuels de résiliation, de compensation globale et de réalisation de sûretés soient préservés. Enfin, les

recommandations soulignent la nécessité de prévoir des options claires permettant à l'institution financière d'éviter l'intervention publique.

33. Le rapport indique que les travaux de la CNUDCI sur les groupes d'entreprises peuvent éclairer et améliorer la coordination des procédures de résolution concernant les groupes financiers mais ne traitent pas des nombreuses questions intervenant spécifiquement dans la résolution des défaillances de ces groupes. Cependant, il est conseillé aux autorités nationales et décideurs nationaux d'examiner la possibilité d'appliquer aux procédures d'insolvabilité concernant les groupes financiers les recommandations de la CNUDCI sur l'amélioration de l'efficacité des procédures d'insolvabilité concernant les groupes d'entreprises, à la troisième partie du Guide législatif. Il est également conseillé aux entités nationales de prévoir la reconnaissance des mesures d'insolvabilité étrangères et l'accès des représentants étrangers aux tribunaux et aux actifs du débiteur dans la juridiction de l'entité nationale¹⁶.

34. Le rapport note également qu'une solution serait de prendre les mesures nécessaires pour mettre en place un cadre universel général pour la résolution des défaillances des groupes financiers internationaux, dans lequel la primauté pourrait être donnée à la juridiction où se situe le siège de l'institution. Un tel cadre devrait traiter plusieurs questions complexes, dont certaines ont été traitées dans le Guide législatif: pouvoirs d'annulation, traitement des créances intragroupe, classement des créances, droits de compensation et de compensation globale, traitement de certains contrats financiers, déclaration et admission des créances et distribution aux créanciers.

C. Fonds monétaire international

35. En avril 2009, le Fonds monétaire international et la Banque mondiale ont réalisé une étude (*An Overview of the Legal, Institutional and Regulatory Frameworks for Bank Insolvency*) sur les principales caractéristiques des cadres juridiques, institutionnels et réglementaires permettant de traiter efficacement l'insolvabilité bancaire (c'est-à-dire uniquement celle des institutions de dépôt) au niveau national (l'insolvabilité internationale n'est donc pas examinée) en temps de stabilité financière et de crise systémique. Cette étude porte sur les types de procédures d'insolvabilité bancaire disponibles en temps de stabilité financière, les pouvoirs et responsabilités de tous les organismes intervenant dans ces procédures et les mesures à prendre, et des considérations générales sur la gestion des crises systémiques et les arrangements institutionnels, réglementaires et juridiques. La raison sous-jacente de cette étude est que les troubles survenus récemment sur les marchés financiers ont souligné qu'il importait que les pays mettent en place des cadres juridiques, institutionnels et réglementaires pour la résolution des défaillances des banques insolubles. Il y est dit que "même s'il n'y a pas de consensus ferme sur une seule norme ou un seul modèle dont les pays devraient s'inspirer pour élaborer un cadre de l'insolvabilité bancaire, il y a une

¹⁶ Cette recommandation est conforme aux recommandations de la CNUDCI sur la reconnaissance des procédures étrangères et des représentants étrangers et sur la coopération avec ces derniers: Guide législatif, troisième partie, chap. III, recommandations 239 à 254.

reconnaissance croissante de nombre des pratiques qui devraient être suivies à cette fin¹⁷”.

36. En juin 2011, le FMI a publié un article (*Resolution of Cross-Border Banks – a proposed framework for enhanced coordination*) dans lequel il examinait la nécessité d’un cadre de renforcement de la coordination afin d’atténuer les effets de l’application non coordonnée, par les autorités nationales, de systèmes de résolution à des groupes financiers internationaux (dont l’activité pouvait être notamment ou essentiellement bancaire mais aussi dépasser le simple dépôt et s’étendre à toute une série d’activités financières non bancaires, souvent internationales). Cet article répond à la demande exprimée par les dirigeants du G-20, mentionnée plus haut (par. 5), et se fonde sur les travaux du Groupe sur la résolution des défaillances bancaires internationales. Il fait également référence au cadre de coordination et de coopération recommandé dans la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI et à la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale.

37. Face aux effets du manque de coordination dans le traitement de plusieurs institutions financières internationales en difficulté¹⁸ à la suite de la crise financière mondiale et compte tenu des obstacles à la mise en œuvre d’un cadre coordonné, ce document présente quatre éléments pour renforcer la coordination:

a) Modification des législations nationales aux fins d’exiger que les autorités nationales coordonnent leurs efforts de résolution avec leurs homologues étrangères dans toute la mesure possible tout en tenant compte des intérêts des créanciers et de la stabilité financière du pays. On notera que les pays dont la législation interdit l’échange d’informations avec les autorités de résolution étrangères et encourage le cloisonnement peuvent ne pas être à même de renforcer la coordination sans modifier leur législation au préalable;

b) Adoption de normes fondamentales de coordination sur la conception et l’application de systèmes de résolution permettant d’utiliser un cadre de renforcement de la coordination, convenues et mises en œuvre par les pays agissant en coordination. Cette proposition se fonde sur l’argument que les autorités nationales ne seront disposées à coordonner leurs activités que si elles ont suffisamment confiance en leurs homologues. Ces normes de coordination comprendraient: i) un minimum d’harmonisation des règles nationales sur la résolution, notamment la non-discrimination à l’encontre des créanciers étrangers, des dispositifs d’intervention et des garanties appropriées; ii) un contrôle solide permettant aux autorités de contrôle du pays d’accueil d’accepter que celles des pays d’origine dirigent la manœuvre et de savoir qu’ils pourront mettre en œuvre une solution internationale et collaborer avec les autorités de contrôle d’autres pays d’accueil; et iii) une capacité institutionnelle permettant une action internationale rapide aux fins de la mise en œuvre d’une solution internationale;

c) Réduction de l’utilisation des fonds publics et formulation de principes qui guideront la répartition de la charge entre autorités agissant en coopération si ces fonds sont nécessaires. Un des principaux objectifs du cadre est que les coûts finaux de la résolution soient pris en charge par des parties privées et que les

¹⁷ Étude du FMI et de la Banque mondiale, 2009, p. 13.

¹⁸ Il s’agit notamment de l’accroissement du risque moral, de la perte de valeur des institutions financières, de l’instabilité financière. Voir FMI, “Enhanced Coordination”, p. 12.

renflouements publics soient évités. Il convient toutefois de noter que le financement disponible auprès de parties privées peut être limité et qu'une combinaison de financements public et privé peut s'avérer nécessaire dans certains cas. On notera en outre que les pays d'origine peuvent ne pas vouloir ou dans certains cas ne pas pouvoir fournir un appui à un groupe financier international en crise. Les pays d'accueil devraient donc être prêts à fournir des fonds pour stabiliser ces institutions financières;

d) Mise en place, par les pays souscrivant au cadre de renforcement de la coordination, de procédures de coordination visant à permettre des mesures de résolution à effet international en cas de crise. Il convient de savoir qui prendra l'initiative et assurera la conduite de la procédure de résolution; il est proposé que ce rôle soit assumé par les autorités du pays d'origine et qu'un pays d'accueil doive accepter que la procédure soit dirigée par un pays d'origine ayant les mêmes normes de coordination. Cependant, le pays d'accueil conserverait le droit d'agir indépendamment s'il doit le faire pour garantir la stabilité financière nationale. Conformément à la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI¹⁹, il est recommandé que la communication et l'échange d'informations se fassent le plus tôt possible aux fins d'une bonne coordination. À cette fin, on considère que des accords de coopération concernant spécifiquement l'institution et l'affaire, semblables à ceux proposés dans les travaux de la CNUDCI²⁰, contribueraient dans une grande mesure à rationaliser les modalités de communication.

38. Cette solution d'un cadre multilatéral de renforcement de la coordination rejoint le rapport de 2010 du Groupe sur la résolution des défaillances bancaires internationales, qui proposait pour la résolution internationale des défaillances des institutions financières une solution de compromis, par opposition aux solutions territoriales (démondialisation des institutions financières) ou universelles (traité international contraignant). L'article note que même si certaines caractéristiques spécifiques de l'insolvabilité des sociétés ne sont pas applicables au secteur des services financiers, une telle approche multilatérale pourrait s'inspirer des travaux de la CNUDCI sur l'insolvabilité des sociétés (la Loi type et le Guide législatif), qui traitent de la reconnaissance de procédures d'insolvabilité dans un autre pays, de la coopération entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité, et de l'utilisation d'accords internationaux en cas de procédures internationales d'insolvabilité concernant un groupe d'entreprises.

III. Approches régionales: l'Union européenne

39. Durant la crise financière, il est apparu que ni les banques ni les autorités de l'Union européenne n'étaient préparées à faire face aux problèmes qui se posaient. Les plans d'urgence n'étaient pas suffisants; tous les États membres n'avaient pas les moyens d'agir rapidement pour stabiliser et réorganiser les banques en difficulté; les instruments et pouvoirs dont ils disposaient face à la défaillance des banques étaient inadaptés; et les graves dommages systémiques causés par la défaillance de

¹⁹ Guide législatif de la CNUDCI, troisième partie, chap. I, par. 17.

²⁰ Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, article 27; Guide législatif de la CNUDCI, chap. III, par. 48 à 54 et recommandations 253 et 254; Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale.

grandes banques indépendantes ont obligé les autorités à utiliser l'argent du contribuable pour leur porter secours. Qui plus est, alors que les opérations internationales des banques sont devenues hautement intégrées au point que leurs activités et leurs services internes sont étroitement liés de part et d'autre des frontières géographiques des États membres, les pouvoirs d'intervention des autorités sont restés nationaux, donnant lieu à des approches de la résolution bancaire inefficaces et potentiellement concurrentes²¹.

40. En 2009, la Commission a annoncé son intention de doter l'Union européenne d'un cadre de gestion des crises dans le secteur financier, ainsi qu'un plan d'action (COM (2009) 561 final). La première étape était l'adoption d'une proposition législative sur le redressement des banques et la résolution des défaillances bancaires (échéance mi-2011). La deuxième étape consistait à examiner s'il fallait harmoniser davantage les régimes d'insolvabilité bancaire afin de pouvoir procéder à la résolution et à la liquidation selon les mêmes règles de fond et de procédures (fin 2012). La troisième étape comprendrait notamment la création d'un régime de résolution intégré s'appuyant éventuellement sur une autorité européenne de résolution unique, qui dépendrait de l'adoption d'un ensemble unique de règles de droit matériel sur la résolution et l'insolvabilité (d'ici à 2014). Le processus a nécessité plusieurs consultations publiques, une étroite collaboration avec le Conseil de la stabilité financière et le G-20, et un suivi d'autres événements internationaux.

41. En juin 2010, le Parlement européen a adopté de sa propre initiative un rapport contenant des recommandations sur la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire (A7-0213/2010) qui soulignait la nécessité d'un cadre à l'échelle de l'Union pour la gestion des banques en difficulté financière. En décembre 2010, le Conseil "Affaires économiques et financières" (ECOFIN) a adopté des conclusions demandant un cadre de l'Union pour la prévention, la gestion et la résolution des crises (17006/1/10), qui devrait s'appliquer aux banques de toutes tailles, améliorer la coopération transfrontière et comporter trois piliers: mesures de préparation et de prévention, intervention rapide, et instruments et pouvoirs de résolution). À la fin de mai 2012, la Commission a indiqué qu'elle engagerait un processus pour définir les principales étapes en vue d'une union économique et monétaire complète (comprenant), notamment l'évolution vers une union bancaire avec surveillance financière intégrée et un système unique de garantie des dépôts (COM (2012) 299).

42. Le 6 juin 2012, la Commission a rendu publique une proposition législative sur le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement (COM (2012) 280/3), comprenant un projet de directive. Elle y définit ces étapes ainsi que les pouvoirs, ressources, capacités opérationnelles et compétences nécessaires pour permettre aux autorités intéressées de s'attaquer préventivement aux crises bancaires et de faire en sorte que dans toute l'Union les défaillances bancaires soient gérées de manière à éviter l'instabilité financière et à réduire au minimum les coûts supportés par les contribuables.

43. La proposition se fonde sur les trois éléments mentionnés dans le rapport du Conseil ECOFIN: a) des mesures préparatoires et des plans destinés à réduire le risque de survenance de problèmes potentiels, en s'assurant de la capacité des établissements financiers de faire face à une conjoncture économique défavorable

²¹ SWD (2012) 167 final, p. 2.

(préparation et prévention), b) si des problèmes se font jour, les pouvoirs d'arrêter d'emblée la détérioration de la situation de l'établissement afin d'éviter l'insolvabilité (intervention précoce), et c) si l'insolvabilité d'un établissement suscite des préoccupations d'intérêt général, un moyen clair de le réorganiser ou de le liquider de manière ordonnée tout en préservant ses fonctions critiques et en limitant autant que possible l'exposition du contribuable aux pertes dues à l'insolvabilité (ou à la résolution). La résolution est censée se substituer aux procédures d'insolvabilité classiques et permettre de préserver la stabilité financière, de maintenir les services essentiels et de protéger les déposants. Elle vise également à supprimer l'assurance implicite que les établissements financiers seraient renfloués à l'aide de fonds publics. Les deuxième et troisième étapes soulignent la nécessité d'améliorer la coordination et la coopération internationales, élément clef du cadre. Les pouvoirs mentionnés doivent être conférés aux autorités pertinentes vis-à-vis de n'importe quel établissement bancaire, quels que soient sa taille ou son champ d'activité.

44. Le cadre reconnaît l'importance des groupes internationaux en tant que moteurs de l'intégration des marchés financiers de l'Union européenne et établit des règles spéciales pour ces groupes à chacune des trois phases susmentionnées, ainsi que pour le transfert d'actifs entre filiales d'un groupe en difficulté financière.

1. Champ d'application

45. La proposition porte sur la gestion des crises touchant l'ensemble des établissements de crédit et certaines entreprises d'investissement dans l'UE. Elle s'appliquera aux sociétés holding dès lors qu'une ou plusieurs de leurs filiales – établissements de crédit ou entreprises d'investissement – remplissent les conditions d'une résolution et que l'utilisation d'instruments et de pouvoirs de résolution au niveau de l'entité mère est nécessaire à la résolution d'une ou plusieurs de ses filiales ou de l'ensemble du groupe²².

2. Autorités de résolution

46. Les États membres doivent confier des pouvoirs de résolution à des autorités disposant des compétences et des moyens nécessaires pour gérer la résolution de défaillances bancaires au niveau national et international.

3. Les trois éléments

a) Étape préparatoire et préventive

47. Chaque établissement devra élaborer un plan de redressement définissant les arrangements et les mesures qui lui permettront d'agir rapidement pour rétablir sa viabilité à long terme en cas de détérioration significative de sa situation financière; les groupes financiers devront élaborer un plan de groupe et un plan pour chacun des membres du groupe. Ces plans de redressement constitueront le fondement de l'évaluation de la "résolvabilité" par les autorités de résolution; si celles-ci décèlent de réels obstacles, elles peuvent exiger que l'établissement ou le groupe prenne des mesures pour les supprimer, notamment simplifier ses structures juridique ou opérationnelle, plafonner les expositions individuelles et globale et restreindre ou

²² COM (2012) 280/3, p. 9.

empêcher le développement de nouvelles activités ou de nouveaux produits. La solvabilité d'un groupe doit être évaluée conjointement par toutes les autorités de résolution concernées et exigera donc une coordination et coopération efficaces.

48. Il est noté dans le projet de directive (considérant 22) que le soutien financier que peut fournir une entité d'un groupe transnational à une autre entité du même groupe est actuellement limité par de nombreuses législations nationales. Ces dispositions visent à protéger les créanciers et les actionnaires de chaque entité, elles ne prennent pas en compte l'interdépendance des entités du même groupe ni l'intérêt du groupe. C'est pourquoi le texte proposé permet aux membres d'un groupe de fournir un soutien financier à d'autres membres sous forme de prêts, de garanties ou de mise à disposition d'actifs pouvant servir de sûreté à un tiers, sur la base d'accords conclus et approuvés (conformément au droit interne) avant l'apparition de problèmes financiers. Ces accords étant volontaires, chaque groupe bancaire peut déterminer si un tel arrangement serait dans son intérêt et identifier les membres du groupe qui devraient y être parties. Si la liquidité ou la solvabilité d'un membre du groupe fournissant le financement est menacée, l'autorité de contrôle de ce dernier aura le pouvoir d'interdire ou de limiter ce financement.

b) Étape d'intervention précoce

49. Le texte proposé élargit les pouvoirs des autorités de surveillance d'intervenir promptement en cas de détérioration de la situation financière ou de la solvabilité d'un établissement, et prévoit notamment le pouvoir de demander à l'établissement de prendre les dispositions et mesures prévues dans le plan de redressement, d'élaborer un programme d'action avec calendrier de mise en œuvre et de nommer un administrateur spécial remplaçant la direction de l'établissement.

c) Étape de résolution

i) Déclenchement de la procédure de résolution

50. Des paramètres communs déclenchant l'activation des mécanismes de résolution ont été fixés. Ils permettent de prendre des mesures lorsqu'un établissement est déjà insolvable ou risque fort de l'être à brève échéance si aucune mesure n'est prise, à condition qu'aucune autre solution ne permette de le redresser en temps utile et que les mesures de résolution puissent se justifier dans l'intérêt général.

ii) Principes directeurs

51. Les principes suivants doivent être respectés lors de l'exercice des pouvoirs de résolution. Les pertes doivent être supportées en premier lieu par les actionnaires, les créanciers non garantis supportant les pertes résiduelles. Des créanciers de même catégorie ne peuvent être traités différemment que si cela se justifie dans l'intérêt général et aux fins de renforcer la stabilité financière. Dans les cas où les créanciers reçoivent moins que si l'établissement avait été liquidé dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ordinaire, la différence doit leur être versée par le fonds de résolution.

iii) Instruments de résolution

52. Plusieurs instruments de résolution sont proposés, dont la cession des activités (cession de tout ou partie des actifs d'un établissement de crédit à des conditions commerciales sans le consentement des actionnaires et sans devoir respecter les conditions de procédure applicables en temps normal); le recours à un établissement-relais (transfert de tout ou partie des activités de l'établissement à une entité sous contrôle public, dans l'objectif ultime de les vendre); la séparation des actifs (transfert des actifs dépréciés ou problématiques dans une structure pouvant en assurer l'utilisation et la bonne gestion); et le renflouement interne (réduction de la valeur des créances de certains créanciers non garantis ou de l'ensemble d'entre eux sur un établissement défaillant et conversion de ces créances en titres de participation).

53. Ces instruments peuvent être utilisés séparément ou conjointement et complétés par des instruments et des pouvoirs nationaux spécifiques à condition que ceux-ci soient compatibles avec le cadre de résolution de l'Union et le Traité et ne fassent pas obstacle à une résolution de groupe efficace (le cloisonnement ne serait pas compatible avec le cadre).

iv) Restrictions et mesures de sauvegarde

54. Pour assurer la bonne application de ces instruments, il est possible d'imposer un sursis à l'exercice du droit qu'ont les créanciers et les autres parties de faire valoir leurs créances et de liquider, clôturer ou résilier de quelque manière que ce soit les contrats passés avec l'établissement défaillant. L'idée est ici de ménager un sursis très court (ne dépassant pas la fin du jour ouvrable suivant) pour identifier et évaluer les contrats ne devant pas être transférés à un tiers solvable, sans risque que la valeur et la portée de ces contrats financiers ne soient affectées par l'exercice de droits de résiliation. Le transfert à un tiers ne saurait être considéré comme un vice donnant lieu à des droits de résiliation. Les autorités ne sont pas libres de choisir ce qui leur convient (c'est-à-dire de séparer des actifs, des droits ou des contrats liés): tous les arrangements liés (contrats de compensation et de compensation globale, contrats de garantie financière avec transfert de propriété, dispositifs de garantie, mécanismes de financement structurés) doivent absolument être transférés ensemble.

55. Les parties concernées ont droit à une procédure régulière et les décisions des autorités de résolution devraient être soumises à un contrôle juridictionnel, mais ce dernier ne devrait pas affecter un acte administratif ou une opération reposant sur une décision annulée ultérieurement. Les réparations devraient se limiter à l'indemnisation du préjudice subi.

v) Résolution internationale

56. Plusieurs mesures prévoient le renforcement de la coopération entre autorités nationales, compte tenu du partage de responsabilités entre les autorités du pays d'origine et celles du pays d'accueil, et des incitations à adopter une démarche axée sur le groupe à toutes les étapes de la préparation, du redressement et de la résolution. Des collègues d'autorités de résolution dirigés par un organisme clairement désigné, seront institués pour établir des plans de résolution de groupe, évaluer les obstacles empêchant l'application efficace des instruments et pouvoirs

de résolution, élaborer des approches communes pour l'application de ces instruments, fournir un cadre en vue d'un accord sur les mécanismes de résolution de groupe et coordonner les décisions et mesures prises par les autorités de résolution.

57. Lorsque des pays tiers sont concernés, les autorités de l'Union auraient les pouvoirs nécessaires pour soutenir et reconnaître les mesures de résolution étrangères concernant la défaillance d'une banque étrangère et appliquer les instruments de résolution aux filiales nationales d'établissements de pays tiers lorsqu'une résolution distincte est nécessaire aux fins de la stabilité financière ou de la protection des déposants locaux. Ce soutien ne serait accordé que si les mesures étrangères assurent aux déposants et créanciers d'un État membre un traitement juste et équitable et ne compromettent pas la stabilité financière de cet État. Des accords de coopération avec les autorités de résolution étrangères seront nécessaires pour que les autorités de l'Union puissent appuyer ces autorités étrangères et assurer l'efficacité de la planification, de la prise de décision et de la coordination en ce qui concerne les groupes internationaux. Des accords-cadres administratifs devraient être conclus avec les pays tiers par l'Autorité bancaire européenne et des accords bilatéraux conformes à ces accords-cadres devraient être conclus par les autorités de résolution nationales.

58. Enfin, il est proposé qu'un fonds de résolution des défaillances bancaires soit créé dans chaque État membre pour couvrir les dépenses engagées par les autorités de résolution pour appliquer les instruments de résolution, l'objectif étant d'améliorer divers aspects de la coopération internationale et de réduire le coût pour le contribuable. Les établissements financiers et certaines entreprises d'investissement dans chaque État membre devraient contribuer à ce fonds.

IV. Les travaux de la CNUDCI et leur pertinence pour la résolution des défaillances des banques et établissements financiers

59. Le niveau des activités consacrées aux mécanismes de résolution bancaire depuis la crise financière de 2007 rappelle les travaux menés après les crises financières des années 1990 pour identifier les faiblesses des régimes d'insolvabilité nationaux et formuler les meilleures pratiques qui devaient constituer la base d'une réforme législative. Ces travaux ont abouti à l'élaboration du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

60. Les travaux résumés plus haut évoquent de nombreuses questions examinées à ce moment, dans le contexte des travaux de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, en particulier l'insolvabilité internationale, mais aussi sur des éléments du Guide législatif liés aux régimes d'insolvabilité commerciale interne, même si dans les deux cas les questions propres aux établissements financiers n'ont pas été traitées. Même s'il ressort de la définition du terme "entreprise" dans la troisième partie du Guide que les entités à régime spécial non soumises à la loi sur l'insolvabilité ne sont pas visées, on y note cependant aussi que des banques font souvent partie de groupes d'entreprises multinationaux²³. Il existe cependant des

²³ Guide législatif, troisième partie, par. 9.

similitudes, comme l'indique le rapport du FMI. De même, dans le rapport du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, une grande partie de l'examen des difficultés à traiter les groupes financiers reprend les questions examinées par le Groupe de travail V lors de l'élaboration de la troisième partie du Guide législatif, en particulier en ce qui concerne les problèmes conceptuels liés au caractère distinct des sociétés et aux différentes approches juridiques du traitement des intérêts des groupes, ainsi qu'à l'application du concept de centre des intérêts principaux aux groupes d'entreprises et à la nécessité d'une coopération internationale étendue en matière d'insolvabilité.

61. Les travaux susmentionnés comportent des questions communes, notamment: la nécessité d'une coordination et d'une coopération internationales et d'une certaine forme de reconnaissance des activités de résolution étrangères ayant un effet juridique; l'utilité d'accords de coopération internationaux portant sur une entité particulière ou entre autorités de surveillance; la nécessité d'autoriser le financement, en particulier le financement intragroupe, dans les lois applicables; la nécessité d'un traitement intégré des groupes et des problèmes que pose le principe de l'entité unique; la nécessité de disposer de critères normalisés efficaces pour le déclenchement de la résolution et d'instruments et de pouvoirs efficaces facilitant la résolution; des garanties qu'aucun créancier ne se trouvera dans une position plus défavorable que s'il y avait eu liquidation et qu'il n'y aura aucune discrimination fondée sur la nationalité ou le lieu où il se trouve; et l'opportunité d'une plus grande convergence des régimes d'insolvabilité bancaire ou au moins de certains aspects de ces régimes, tels que les pouvoirs d'annulation, le traitement des clauses *ipso facto* et l'arrêt des poursuites.

62. Dans son rapport, le FMI indique qu'un cadre de résolution des défaillances bancaires devrait être intégré dans un traité international ou dans un instrument juridique contraignant pouvant assurer la convergence des régimes de résolution nationaux et faciliter ainsi la coopération et la coordination internationales, mais il note les difficultés de l'élaboration d'un tel instrument – comme la CNUDCI l'a fait dans ses travaux sur le traitement des groupes internationaux. La possibilité d'élaborer un tel instrument fait partie du mandat actuel du Groupe de travail V et doit encore être examinée. En l'absence d'un tel instrument, toutefois, les solutions retenues dans la troisième partie du Guide législatif et dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale ouvrent les meilleures perspectives, constituant une source d'inspiration pour concevoir des mécanismes de résolution bancaire et traiter les questions internationales.

63. Les travaux résumés plus haut font apparaître plusieurs principes communs qu'il convient de refléter dans les mécanismes de résolution actuellement en cours d'élaboration, tels que ceux figurant dans le rapport et les recommandations du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, et les Caractéristiques essentielles formulées par le Conseil de la stabilité financière, qui en surveille également l'application. La législation est en développement constant. Le rôle de ces recommandations et caractéristiques en ce qui concerne les régimes de résolution des défaillances des banques et des établissements financiers est comparable à celui que joue le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en ce qui concerne le droit de l'insolvabilité commerciale, en traitant des principaux objectifs, des principes fondamentaux et d'autres éléments d'un régime d'insolvabilité effectif et efficace, mais de manière un peu moins détaillée.

64. La question à examiner compte tenu des travaux décrits dans le présent document est la suivante: dans quelle mesure des aspects de la proposition exprimée plus haut au paragraphe 1 devraient-ils être développés par la CNUDCI, et de quelle manière? Comme on l'a dit au paragraphe 1, un second document examinant les caractéristiques de certains ordres juridiques internes traitant des régimes de résolution bancaire, en particulier en relation avec des questions internationales, pourrait être établi pour examen par le Groupe de travail à sa quarante-troisième session en 2013. Puisque cette législation devrait tenir compte des Caractéristiques essentielles, des informations concernant les progrès accomplis auront peut-être déjà été recueillies par le Conseil de la stabilité financière dans le cadre du processus de suivi de l'application, en particulier en ce qui concerne les aspects internationaux des nouveaux régimes. D'autres questions pourraient être examinées à cet égard: dans quelle mesure les travaux du Conseil de la stabilité financière et d'autres organisations couvrent-ils la question, en particulier en ce qui concerne la mise en place de mécanismes internationaux de reconnaissance et de coopération, que ceux-ci s'appliquent à des établissements financiers individuels ou à des groupes financiers, et peut-on envisager que la CNUDCI continue d'étudier la question? Une telle étude pourrait être utile pour de futures délibérations sur le mandat du Groupe de travail V, comme on l'a noté plus haut, dans la mesure où celui-ci inclut le traitement international des groupes d'entreprises.

Annexe

Liste des documents

G-20

- 03/2009 Groupe de travail du G-20 sur le renforcement de la coopération internationale et la promotion de l'intégrité sur les marchés financiers (GT2)

Groupe des Trente

- 1998 International Insolvencies in the Financial Sector, G30 Working Group, (Insolvabilités internationales dans le secteur financier, Groupe de travail du Groupe des Trente) ISBN 1-56708-099-5, disponible à l'adresse www.group30.org/rpt_22.shtml

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire de la Banque des règlements internationaux

Publications disponibles à l'adresse www.bis.org

- 08/2003 High-Level Principles for Cross-Border Implementation of the New Accord (Principes de haut niveau pour l'application internationale du Nouvel accord)
- 09/2009 Report and recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group – consultative document (Rapport et recommandations du Groupe sur la résolution des défaillances bancaires internationales – document consultatif)
- 03/2010 Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group (Rapport et recommandations du Groupe sur la résolution des défaillances bancaires internationales)

Forum de stabilité financière

- 04/2009 Principles for cross-border cooperation on crisis management (Principes de coopération internationale pour la gestion des crises), disponible à l'adresse www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904c.pdf

Conseil de la stabilité financière

Publications disponibles à l'adresse www.financialstabilityboard.org/publications

- 06/2010 Promoting global adherence to international cooperation and information exchange standards (Promouvoir l'adhésion universelle à des normes internationales de coopération et d'échange des informations)
- 07/2011 Effective resolution of systemically important financial institutions: recommendations and timelines – consultation document (Résolution efficace des défaillances d'établissements financiers d'importance systémique: recommandations et échéances – document consultatif)

- 10/2011 Key attributes of effective resolution regimes for financial institutions (Caractéristiques essentielles des régimes de résolution des défaillances d'établissements financiers)
- 11/2011 Effective resolution of systemically important financial institutions – overview of responses to the public consultation (Résolution efficace des défaillances d'établissements financiers d'importance systémique – vue d'ensemble des réponses)
- 11/2011 Policy Measures to Address Systematically Important Financial Institutions (Mesures stratégiques concernant les établissements financiers d'importance systémique)

Fonds monétaire international (FMI)

- 04/2009 (avec la Banque mondiale): An overview of the legal, institutional and regulatory framework for bank insolvency (Aperçu du cadre juridique, institutionnel et réglementaire sur l'insolvabilité bancaire)
- 06/2010 Resolution of Cross-border Banks – a proposed framework for enhanced coordination (Résolution des défaillances bancaires internationales – proposition de cadre pour le renforcement de la coordination), disponible (en anglais) à l'adresse www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/061110.pdf

Union européenne

- 10/2009 Commission européenne: communication sur un cadre de l'Union européenne pour la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire (COM (2009) 561)
- 2009 Document de travail des services de la Commission: An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector (Cadre de l'Union européenne pour la gestion des crises internationales dans le secteur bancaire) (SEC 2009 (1407))
- 05/2010 Commission européenne: communication sur le fonds de résolution des défaillances bancaires (COM (2010) 254)
- 06/2010 Parlement européen, Commission des affaires économiques et monétaires: rapport contenant des recommandations à la Commission sur la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire (A7-0213/2010), (Rapport Ferreira)
- 10/2010 Commission européenne: communication sur la mise en place dans l'UE d'un cadre de gestion des crises dans le secteur financier (COM (2010) 579 final)
- 12/2010 Conseil européen (ECOFIN): conclusions calling for a Union framework for crisis prevention, management and resolution (conclusions appelant à la création dans l'Union d'un cadre de prévention, de gestion et de résolution des crises) (17006/1/10)

- 01/2011 Document de travail des services de la Commission européenne (DG Marché intérieur et services): Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution (Détails techniques d'un éventuel cadre européen pour le redressement et la résolution bancaires)
- 05/2011 Commission européenne, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery (Résumé des résultats de la consultation publique sur les détails techniques d'un éventuel cadre européen de résolution et de redressement bancaires)
- 05/2012 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement: agir pour la croissance, la stabilité et l'emploi (COM (2012) 299 final), disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/eccomm2012_fr.pdf
- 06/2012 Commission européenne: Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement (COM (2012) 280/3) et Document de travail des services de la Commission, analyse d'impact accompagnant ce document (SWD (2012) 166 final) et résumé de l'analyse d'impact (SWD (2012) 167 final)
-