

FR

FR

FR



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 20.10.2009
COM(2009) 561 final

**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}

**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**

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

1. INTRODUCTION

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 convenus de prendre les mesures nécessaires pour recapitaliser des établissements bancaires et leur accorder des garanties; cette action sans précédent était coordonnée à l'échelon européen sur une base ad hoc. Ces mesures étaient nécessaires, compte tenu des problèmes exceptionnels qu'a connus le système financier.

Les approches nationales différaient mais, globalement, les autorités soit 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. Ces méthodes ont augmenté les risques de perte de confiance, de distorsion de la concurrence, de coûts de renflouement élevés à charge des contribuables¹ et d'insécurité juridique. Les événements qui ont accompagné les défaillances de Fortis, de Lehman et de banques islandaises lors de la récente crise financière illustrent à quel point 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.

Il est largement admis que l'UE doit mettre en place un régime de résolution qui garantisse 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.

La Commission européenne propose une réforme fondamentale de la réglementation et de la surveillance des marchés financiers pour remédier aux carences révélées par la crise bancaire². Des mesures ont déjà été prises pour améliorer la garantie des dépôts, renforcer les exigences en matière de fonds propres et réformer l'infrastructure de surveillance financière

¹ Ces mesures de restructuration d'établissement bancaire sont examinées dans le cadre de la réglementation de l'UE sur les aides d'État. Elles sortent du champ de la présente communication et font déjà l'objet d'orientations de la Commission concernant la recapitalisation, le traitement des actifs dépréciés et les aides au sauvetage et à la restructuration accordées aux banques.

² Voir la communication de la Commission du 4 mars 2009 au Conseil européen de printemps: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0114:FIN:FR:PDF>

de l'UE: il s'agit de mesures essentielles à la création d'un cadre plus robuste pour la surveillance prudentielle et la stabilité financière.

Toutefois, les réformes menées jusqu'ici doivent être complétées par un cadre clair qui, à l'avenir, permettra aux autorités de stabiliser et maîtriser les effets systémiques de la défaillance d'établissements financiers transfrontaliers. L'Europe a besoin d'un cadre réglementaire fort qui englobe la prévention, l'intervention précoce, la résolution de défaillance bancaire et la liquidation d'établissements bancaires (voir le tableau ci-dessous).

- Le rapport Larosière concluait que *«l'absence d'outils de gestion et de résolution des crises harmonisés pour l'ensemble du marché unique défavorise l'Europe par rapport aux États-Unis. Ces questions devraient être réglées par l'adoption de mesures adéquates au niveau communautaire»*³. Il convient à présent de combler cette grave lacune.
- Le Conseil européen de juin 2009 a conclu qu'il était important de progresser encore dans la mise en place d'un cadre transfrontière global pour la prévention et la gestion des crises financières.
- Lors du sommet qui a eu lieu le 25 septembre à Pittsburgh, les chefs d'État et de gouvernement du G20 se sont engagés à agir ensemble pour *«...créer des instruments plus puissants pour assurer que les grandes sociétés multinationales assument la responsabilité des risques qu'elles prennent»* et, plus spécifiquement, pour *«développer des outils et des cadres pour un règlement efficace des faillites des groupes financiers afin d'atténuer les perturbations résultant des faillites d'institutions financières et de réduire l'aléa moral à l'avenir»*.

Un cadre de résolution de défaillance à l'échelon de l'UE pour les banques transfrontalières constitue aussi un complément essentiel à la nouvelle architecture de surveillance proposée par la Commission⁴. Le nouveau Comité européen du risque systémique fournira un système d'alerte précoce en ce qui concerne les risques pour le système dans son ensemble, tandis que la nouvelle Autorité bancaire européenne aura un rôle important dans la coordination des réponses à apporter sur le plan de la surveillance et dans la transmission d'informations, et veillera à ce que les avertissements sur les risques fassent l'objet d'un suivi adéquat. Les objectifs de ces nouvelles dispositions ne peuvent être atteints que si les autorités nationales peuvent prendre des mesures efficaces au niveau des banques pour remédier aux défaillances et éviter une contagion systémique.

2. OBJET ET STRUCTURE DE LA PRESENTE COMMUNICATION

2.1. Objet

La Commission estime que des changements sont nécessaires pour permettre la gestion et la résolution efficaces de la défaillance d'une banque transfrontalière, ou la liquidation en bonne

³ Voir le rapport Larosière, p. 39:

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_fr.pdf

⁴ Voir les nouvelles propositions législatives de la Commission sur la surveillance financière datées du 23 septembre 2009: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_fr.htm#package

et due forme de celle-ci⁵. L'accent est mis sur les banques de dépôt, qui jouent un rôle unique en tant que prêteurs, organismes de collecte de dépôts et intermédiaires de paiement. La présente communication examine des mesures poursuivant deux objectifs distincts, mais complémentaires.

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. Cela nécessitera des modifications du régime de surveillance applicable aux fonds propres des banques. Ces modifications essentielles pourraient aussi être accompagnées d'un cadre permettant le transfert d'actifs entre entités d'un groupe, pour apporter un soutien financier ou de trésorerie avant que les problèmes propres à certaines entités du groupe ne deviennent critiques.

Le second objectif est de faire en sorte que la faillite de banques transfrontalières ne perturbe pas gravement les services bancaires vitaux et n'entraîne pas une contagion au système financier dans son ensemble. Cela supposera l'élaboration d'un cadre de résolution de défaillance au niveau de l'UE ainsi que de mesures destinées à éliminer les obstacles à la résolution transfrontalière efficace qui résultent d'une stratégie territoriale et par entité en cas d'insolvabilité; il faudra en outre mettre au point des solutions pour financer de telles résolutions, notamment en organisant le partage des coûts directs à charge du budget des États membres.

2.2. Structure

La communication couvre trois domaines.

1. L'**intervention précoce** (cf. partie 3) englobe les actions des autorités de surveillance destinées à rétablir la stabilité et la solidité financière d'un établissement lorsque des problèmes se déclarent, ainsi que le transfert d'actifs intragroupe entre entités solvables dans une optique de soutien financier. Ces mesures seraient prises avant que les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution soient réunies et avant que l'établissement concerné soit insolvable ou susceptible de le devenir. La nouvelle Autorité bancaire européenne pourrait jouer un rôle dans la coordination de l'intervention précoce des autorités de surveillance à l'égard d'un groupe transfrontalier.

2. La **résolution de crise** (cf. partie 4) couvre les mesures prises par les autorités nationales de résolution bancaire pour gérer une crise touchant un établissement bancaire, limiter ses effets sur la stabilité financière et, en tant que de besoin, faciliter la liquidation en bonne et due forme de tout ou partie de l'établissement. Ces mesures sortent du cadre de la surveillance bancaire et peuvent être prises par des autorités autres que les autorités de surveillance, même si la participation de ces dernières n'est nullement exclue.

3. La partie 5, consacrée à l'**insolvabilité**, couvre l'assainissement et la liquidation qui se déroulent en vertu du régime d'insolvabilité applicable.

Bien que ces mesures soient – aux fins de la discussion – présentées comme conceptuellement distinctes, elles ne correspondent pas nécessairement à des «phases» séparées et séquentielles

⁵ La présente communication est accompagnée d'un document de travail des services qui contient des informations plus détaillées sur des aspects spécifiques du régime envisagé.

d'une crise. En pratique, il peut y avoir des chevauchements considérables entre les mesures de résolution et celles prises en cas d'insolvabilité notamment, tandis que l'intervention précoce des autorités de surveillance peut rapidement évoluer vers l'application de mesures de résolution de défaillance.

2.3 Interaction avec d'autres mesures adoptées par l'UE

Ces mesures constituent un volet important du système réglementaire de l'UE et des initiatives prises pour en renforcer la résilience, comme l'explique le tableau ci-dessous.

	Préoccupation: surveillance / prévention de crise	↔ Champ d'application de la communication sur la gestion des crises ↔		
		Intervention précoce	Résolution de défaillance bancaire	Cadre en matière d'insolvabilité
Situation actuelle	Directive «exigences de fonds propres» (CRD), approche à 3 piliers Collèges Autorités nationales Comité européen des contrôleurs bancaires (CECB) Simulations de crise	CRD (articles 130 et 136) Collèges Aide d'urgence en cas de crise de liquidité, par les banques centrales nationales Protocole d'accord de 2008	Protocole d'accord de 2008 – détermine qui (p. ex. ministères des finances, banques centrales nationales) coordonne les actions avec les autres autorités compétentes (coordination par l'intermédiaire des groupes chargés des questions de stabilité transfrontière)	Directive «liquidation»: La liquidation d'une succursale transfrontalière se déroule dans le cadre des procédures d'insolvabilité du pays de la banque mère. La liquidation d'une filiale transfrontalière se déroule selon les procédures du pays où la filiale est titulaire d'une autorisation.
Changements éventuels à envisager	Établissement du Comité européen du risque systémique (CERS) et de l'Autorité bancaire européenne (ABE) Ratio de levier financier Gestion des risques (structures de rémunération) Quantité et qualité des fonds propres Renforcement des exigences de fonds propres Surveillance de la liquidité Préparation de plans de liquidation	Autorité bancaire européenne Nouvelles compétences à l'égard de la direction des banques Cadre d'évaluation conjointe Plans de redressement Cadre concernant la transférabilité des actifs Panoplie étendue d'outils communs pour les autorités de surveillance (CECB) Clarifier la surveillance des succursales par le pays d'origine/le pays d'accueil (art. 33 CRD)	Nouveaux instruments de résolution de défaillance bancaire Nouveau cadre de coopération Modifications plus importantes du cadre juridique en faveur de nouveaux instruments de résolution de défaillance bancaire Mécanismes pour financer la résolution de défaillances dans un cadre transfrontalier (y compris rôle éventuel des systèmes de garantie des dépôts) Application de plans de liquidation	Faciliter la liquidation intégrée d'un groupe: – cadre de coordination pour les procédures d'insolvabilité – administrateur judiciaire principal – résolution intégrée réalisée par une autorité unique – transferts d'actifs au titre du financement postérieur à l'ouverture de la procédure

3. INTERVENTION PRECOCE DES AUTORITES DE SURVEILLANCE

3.1. Instruments d'intervention précoce

Certains éléments d'un cadre d'intervention précoce des autorités de surveillance sont déjà prévus par le cadre prudentiel actuel applicable aux établissements bancaires; celui-ci définit en effet un ensemble minimal de mesures auxquelles les autorités de surveillance doivent pouvoir recourir pour réagir au non-respect, par les établissements de crédit, des exigences de la directive applicable⁶. Il s'agit notamment de 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 organisation 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. De telles mesures laissent le contrôle de l'établissement aux mains de la direction et n'impliquent pas nécessairement

⁶ Article 136 de la directive 2006/48/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte) (JO L 177 du 30.6.2006, p. 1).

d'interférence notable avec les droits des actionnaires ou créanciers. Les modifications qu'il a été convenu récemment d'apporter à la directive «exigences de fonds propres» (CRD)⁷ obligeront les superviseurs sur base consolidée à planifier et coordonner des évaluations conjointes, des mesures exceptionnelles, des plans d'urgence et la communication d'informations au public dans les situations d'urgence.

Il subsiste toutefois des carences importantes qui pourraient être comblées grâce aux mesures supplémentaires suivantes:

- 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 propres à l'entreprise» (parfois dénommés «dispositions testamentaires») expliquant en détail comment un établissement et son activité pourraient être démantelés et liquidés rapidement et en bonne et due forme (l'opportunité de ce type de plan est actuellement discutée au sein du G-20);
- promouvoir une bonne gouvernance au sein des établissements financiers afin de simplifier et de faciliter la gestion d'une crise future éventuelle lorsqu'elle surviendra;
- les pouvoirs – dont toutes les autorités nationales de surveillance ne disposent pas actuellement – d'exiger la soumission d'un plan de redressement du groupe, de remplacer la direction d'une banque ou de désigner un représentant spécifiquement chargé de rétablir la situation financière d'un établissement;
- des indicateurs ou des seuils communs, ainsi qu'une terminologie convenue entre les autorités de surveillance de toute l'UE, qui définiraient clairement quand et selon quelles modalités une intervention dans une banque transfrontalière devrait avoir lieu;
- le réexamen de la surveillance des succursales transfrontalières, à la lumière des carences constatées dans les régimes de coopération entre les autorités du pays d'origine et celles du pays d'accueil et des préoccupations concernant les pouvoirs dont dispose le pays d'accueil pour intervenir efficacement dans les situations d'urgence.

L'examen du passé récent montre clairement que le cadre de surveillance n'a pas été suffisamment robuste et qu'il n'y a pas eu d'incitations à soutenir une coordination efficace des mesures de surveillance destinées à redresser un groupe transfrontalier.

Questions⁸

De quels instruments supplémentaires les autorités de surveillance devraient-elles disposer pour traiter les problèmes qui se déclarent?

Comment leur utilisation devrait-elle être déclenchée?

⁷ Directive 2006/48/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte). Elle a été modifiée récemment par la proposition CRD 2:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0602:FR:NOT>

⁸ Le document des services de la Commission ci-joint contient des questions plus détaillées sur les différentes parties de la présente communication, y compris celle-ci.

Quelle est l'importance des plans de liquidation («dispositions testamentaires») comme instrument de gestion de crise?

3.2. Transfert d'actifs intragroupe

Le transfert d'actifs, en tant qu'instrument de soutien financier intragroupe, pourrait aider les groupes à gérer les positions de liquidité et, dans certains cas, pourrait contribuer à stabiliser des entités lors d'une crise en évolution.

- Il n'existe pas, actuellement, de régime d'autorisation à l'échelon de l'UE pour les transferts d'actifs et la législation communautaire ne prévoit pas de cadre général pour les conditions et modalités de transfert⁹. En principe, dans tous les États membres, les transferts d'actifs doivent se faire contre une juste contrepartie, qu'ils interviennent entre des entités d'un même groupe ou sans parenté entre elles. Toutefois, la manière dont ce principe est exprimé et appliqué varie d'un État membre à l'autre.
- Les transferts d'actifs effectués sur des bases qui ne sont pas purement commerciales risquent d'avoir des conséquences négatives pour les créanciers et les actionnaires minoritaires de l'établissement qui effectue le transfert. Ce type de transfert risque d'être contesté par des actionnaires minoritaires ou des créanciers, et les directeurs peuvent voir leur responsabilité civile ou pénale engagée¹⁰.

Ces problèmes risquent de faire obstacle à des mesures qui pourraient servir au mieux l'intérêt d'un groupe, et notamment d'un groupe transfrontalier. L'introduction de la notion d'«intérêt du groupe» pour les groupes bancaires pourrait être un moyen de soutenir les transferts et de traiter les risques en matière de responsabilité des directeurs. Il vaudrait la peine d'étudier les possibilités d'un concept limité d'interdépendance et d'intérêt mutuel des entreprises d'un groupe, en vertu duquel des transferts seraient autorisés si des conditions déterminées étaient remplies. Il convient toutefois de réfléchir soigneusement à l'incidence d'une telle proposition sur le principe de responsabilité limitée et la personnalité juridique distincte des entités d'un groupe. Il serait également important de concevoir des garanties appropriées pour prévenir le risque de recours abusif au transfert d'actifs à des fins délictueuses.

Il peut aussi être judicieux de compléter un tel régime par des 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.

L'élaboration d'un cadre pour le transfert d'actifs est-elle faisable? Dans l'affirmative, quels seraient les défis à relever?

Quelles sont les garanties nécessaires pour les actionnaires et les créanciers?

⁹ Le considérant 52 de la directive 2006/48/CE précise seulement que la gestion des expositions devrait être menée de façon pleinement autonome, dans le respect des principes de saine gestion bancaire, en dehors de toute autre considération.

¹⁰ Rapport des services de la Commission du 14 novembre 2008 sur la transférabilité des actifs, voir http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/rep141108_en.pdf (en anglais uniquement).

4. RESOLUTION DE DEFAILLANCE BANCAIRE

4.1. Pourquoi une action de l'UE est-elle nécessaire en matière de résolution des défaillances d'établissements bancaires?

Différences entre les cadres nationaux

Les mesures prévues à l'échelon de l'UE pour la résolution de défaillance bancaire sont 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. La directive 2001/24/CE concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (directive «liquidation») exige que tout assainissement ou toute liquidation d'un établissement de crédit ayant des succursales dans un autre État membre soit décidé(e) et appliqué(e) dans le cadre d'une procédure unique par les autorités compétentes de l'État membre d'origine de l'établissement et conformément à la législation nationale en matière d'insolvabilité du même État. Les groupes bancaires transfrontaliers composés d'une société mère ayant des *filiales* dans d'autres États membres ne sont pas couverts par cette directive.

Les filiales constituent la forme prédominante d'exercice de l'activité bancaire transfrontalière en Europe, avec des actifs de près de 4 000 milliards d'EUR¹¹. Par conséquent, en l'absence de toute mesure à l'échelon de l'UE, la gestion des crises est régie presque totalement par des régimes nationaux, qui peuvent être profondément différents¹². Par exemple, dans certains États membres, les compétences en la matière découlent d'un régime de résolution de défaillance ou d'un régime de l'insolvabilité propre aux banques, tandis que dans d'autres États, il n'existe que le régime général de l'insolvabilité applicable aux entreprises. Les pouvoirs de gestion des crises touchant des banques transfrontalières sont conférés à tout un éventail d'autorités nationales diverses, incluant des autorités de surveillance du secteur bancaire, des banques centrales, des ministères, des tribunaux ou des fonctionnaires chargés des procédures d'insolvabilité et, dans certains cas, des systèmes de garantie des dépôts. L'étendue de ces pouvoirs et les conditions de leur exercice varient aussi en fonction de chaque système national.

La résolution efficace des défaillances dans un contexte transfrontalier est rendue plus difficile si les mesures disponibles en droit national ou les exigences de procédure pour certaines opérations de société diffèrent. Prenons un exemple simple: si une autorité nationale donnée a le pouvoir de transférer des actifs à un tiers acquéreur sur décision du pouvoir exécutif, alors qu'une autre autorité doit nécessairement passer par une procédure judiciaire, une intervention rapide et coordonnée de ces deux autorités pour agir à l'égard de banques affiliées ou d'actifs se trouvant dans leur ressort respectif risque d'être très difficile.

L'étape à laquelle les mesures de résolution de défaillance peuvent être prises peut aussi être cruciale. Les autorités nationales n'ont pas toutes le pouvoir de stabiliser et d'assainir une banque en difficulté avant que l'état d'insolvabilité officiel (tel que défini en droit national) ne soit déclaré, et le manque d'harmonisation des conditions déclenchant la possibilité d'exercer

¹¹ Actifs détenus par des filiales transfrontalières (2006), source: BCE.

¹² DBB Law, étude relative à la faisabilité de la réduction des obstacles au transfert d'actifs au sein de groupes bancaires transfrontaliers lors de crises financières et de l'établissement d'un cadre juridique pour l'assainissement et la liquidation de groupes bancaires transfrontaliers, 2008.

ce pouvoir risque d'empêcher une action coordonnée à l'égard d'un groupe transfrontalier. La partie 4.4 traite ce problème de manière plus détaillée.

Bien que cette diversité ne constitue pas nécessairement un problème si les opérations de la banque en difficulté sont purement nationales et que les mesures prises sont conformes à la réglementation des aides d'État, elle nuit certainement à l'efficacité d'une action coordonnée à l'égard d'un groupe bancaire actif sur le territoire de plusieurs États.

Incitations à isoler les actifs nationaux

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. Toutefois, le fait d'isoler des actifs locaux risque souvent d'entraver, plutôt que de faciliter, la résolution d'un problème touchant un groupe transfrontalier. Dans certains cas, ce type de mesure entraîne un alourdissement des pertes pour le groupe dans son ensemble.

L'incitation qu'ont les États membres à se coordonner et à s'abstenir d'isoler des actifs nationaux au cours d'une crise transfrontalière est limitée par leur besoin de protéger les intérêts des parties concernées à l'échelon national (notamment les créanciers, les contribuables et le système de garantie des dépôts). Cet obstacle fondamental à la coopération dans la résolution de la défaillance d'un groupe transfrontalier est ancré notamment dans la nature territoriale de la législation en matière d'insolvabilité. Si cette législation est nationale, les autorités nationales ont un intérêt légitime – de même qu'un puissant intérêt politique – à protéger, en les isolant, les actifs nationaux d'une banque en difficulté, afin de protéger les déposants et de maximiser les actifs disponibles pour les créanciers de l'entité nationale.

Toutefois, tout accord limitant les droits des États membres d'isoler les actifs locaux d'un groupe bancaire transfrontalier dépendra fortement de l'existence de mécanismes adéquats, équitables et licites¹³ entre États membres pour partager les charges résultant des pertes ultérieures éventuelles qu'un groupe bancaire dans son ensemble – y compris ses filiales étrangères – pourrait encourir. Ces mécanismes faciliteraient la gestion de la crise, mais contribueraient aussi à la prévention des crises en incitant les pouvoirs publics à davantage de coopération. Il faut notamment que la confiance dans les mécanismes de coopération soit soutenue par l'assurance que les coûts résultant d'une résolution de défaillance dans un cadre transfrontalier peuvent être partagés équitablement entre les diverses parties prenantes. Cet aspect est traité à la partie 4.8 du présent document.

4.2. Objectifs d'un cadre de résolution de défaillance bancaire

Les différentes approches nationales en matière de résolution de défaillance bancaire poursuivent actuellement des objectifs variables. Les législations sur l'insolvabilité des entreprises ont habituellement deux objectifs principaux: un traitement équitable et prévisible des créanciers et la maximisation des actifs disponibles pour désintéresser ceux-ci. En revanche, dans un régime d'insolvabilité spécifique aux banques, des objectifs politiques tels que la stabilité financière, la continuité des services et l'intégrité des systèmes de paiement

¹³ Un soutien financier destiné à des mesures de résolution impliquerait presque certainement l'application de la réglementation de l'UE sur les aides d'État. Dès lors, tout mécanisme de ce type devrait se conformer à cette réglementation.

peuvent l'emporter. Un accord sur un ensemble commun d'objectifs permettra de définir la nature d'un nouveau cadre à l'échelon de l'UE et d'en formuler le contenu.

Un cadre européen pour la résolution de défaillance bancaire doit par conséquent se fonder sur des objectifs communs faisant l'objet d'un accord, qui devraient assurer la prise en charge des pertes principalement par les actionnaires et les créanciers de rang inférieur et chirographaires, et non par les gouvernements et les contribuables. Cela est essentiel pour éviter l'aléa moral résultant de perceptions selon lesquelles les banques trop grandes ou trop interconnectées pour faire faillite seront probablement sauvées par une intervention financière des pouvoirs publics. L'objectif premier est de faire en sorte qu'il soit toujours possible – sur les plans politique et économique – de laisser une banque faire faillite, quelle que soit sa taille¹⁴. Cet objectif primordial est peu susceptible d'être atteint, à moins que le cadre de résolution de défaillance ne puisse assurer la protection des déposants (assurés) et la continuité des services bancaires et de paiement et, d'une manière générale, gérer l'effet systémique d'une faillite bancaire en réduisant au minimum la contagion et en fournissant les conditions juridiques nécessaires à une liquidation en bonne et due forme¹⁵.

Quels devraient être les principaux objectifs et priorités d'un cadre de l'UE pour la résolution de défaillance bancaire?

4.3. Quels sont les instruments de résolution nécessaires?

Les approches nationales en matière de résolution de défaillance bancaire peuvent être classées en deux grandes catégories: celles qui s'inscrivent dans le cadre du droit des faillites de sociétés en général, y inclus les mesures d'administration, et celles qui comportent un régime spécial pour les banques. Dans les deux cas, la réglementation ne s'applique qu'aux opérations bancaires nationales. Elle ne s'applique pas de manière extraterritoriale¹⁶. Les régimes spéciaux consistent soit en un régime général d'insolvabilité adapté aux banques, soit en un ensemble d'instruments de résolution adaptés spécialement aux banques défaillantes. Les instruments de résolution spécialisés peuvent être des pouvoirs permettant de transférer tout ou partie des actifs et des passifs d'une banque défaillante vers une autre entité du secteur privé (fusion assistée ou non effectuée par les autorités nationales) ou une «banque relais», des pouvoirs permettant de nettoyer le bilan de l'établissement défaillant en transférant les prêts improductifs et les actifs «toxiques» ou difficiles à évaluer vers un véhicule de gestion des actifs distinct (ou structure de défaisance), et la nationalisation.

Au sein de ces deux grandes catégories existent d'autres différences. Certains systèmes nationaux privilégient une approche progressive, tandis que d'autres sont axés sur l'intervention d'urgence rapide. Les premiers tendent à entrer en jeu plus précocement et sont conçus pour encourager les actionnaires à consentir à des mesures de restructuration: la

¹⁴ Voir la déclaration des chefs d'État et de gouvernement du G20 au sommet de Pittsburgh, 24-25 septembre 2009, <http://www.pittsburghsummit.gov/mediacenter/129639.htm>

¹⁵ Le 15 septembre 2009, le Conseil de stabilité financière a publié un communiqué de presse annonçant qu'il mettait en place un programme de travail pour traiter les risques d'aléa moral et relever d'autres défis posés par les établissements d'importance systémique. http://www.financialstabilityboard.org/press/pr_090915.pdf

¹⁶ Cependant, les mesures d'assainissement ou de liquidation qui relèvent de la directive 2001/24/CE s'appliquent aux *succursales* d'un établissement de crédit établies dans un autre État membre (mais non à ses filiales).

première étape consiste souvent à remplacer la direction par un «administrateur» ou «administrateur spécial» et à soumettre un plan de restructuration aux actionnaires pour approbation; les mesures imposées qui portent atteinte aux droits des actionnaires ne viennent qu'en second lieu. Par contre, le deuxième type d'approche consiste à imposer des mesures sans le consentement préalable des actionnaires.

Une panoplie d'instruments efficace doit donner aux autorités d'autres possibilités que le soutien financier public et la liquidation pour faire face aux problèmes d'une banque en difficulté. Ce document est rédigé dans un esprit ouvert – et vise à recueillir des avis – quant aux instruments les plus appropriés pour un régime de l'UE; cependant il est essentiel que les autorités chargées de la résolution de défaillance bancaire disposent d'une gamme suffisamment large d'instruments communs pouvant être utilisés de manière flexible et à discrétion, et qu'elles puissent mener la résolution à la vitesse et avec le degré de maîtrise adaptés. Selon un récent document de travail¹⁷ du FMI, les instruments suivants, qui existent d'ores et déjà dans le cadre de plusieurs régimes nationaux¹⁸, devraient être envisagés lors de tout réexamen du régime de l'UE:

- pouvoirs pour faciliter ou réaliser l'acquisition de la banque défaillante ou de ses activités par le secteur privé;
- pouvoirs pour transférer les activités d'une banque défaillante vers une «banque relais» temporaire afin de les préserver sans interruption de l'exploitation en vue de la vente à un acquéreur du secteur privé;
- pouvoirs pour séparer les actifs «sains» et les actifs «toxiques» en transférant une partie des actifs et des passifs à des banques assainies d'une part, des structures de défaillance d'autre part.

Dans la mesure où ces instruments pourraient impliquer un soutien public, ils devraient être conçus et utilisés d'une manière compatible avec le régime de l'UE en matière d'aides d'État¹⁹.

D'autres juridictions gèrent l'assainissement des banques dans un cadre d'administration spéciale: un administrateur nommé par les autorités nationales compétentes assure le contrôle de la gestion d'une banque défaillante et examine comment celle-ci doit être assainie. Ce type de mesures pourrait aussi être utile dans le cadre d'un régime au niveau de l'UE, moyennant peut-être d'autres conditions de déclenchement et d'autres délais (voir partie 4.4).

Quels sont les instruments principaux à envisager pour un régime de résolution de défaillance bancaire au niveau de l'UE?

¹⁷ IMF Working Paper WP/09/200, «The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions – The Case of the European Union», par Martin Cihák et Erlend Nier.

¹⁸ Dans d'autres pays, ces pouvoirs existent mais sont implicites. Les autorités judiciaires peuvent les utiliser dans le contexte de procédures d'insolvabilité.

¹⁹ En ce qui concerne la crise financière actuelle, la Commission a adopté un certain nombre d'orientations pour faire face à cette situation d'urgence exceptionnelle.

4.4. Conditions de déclenchement et délais applicables à l'utilisation des instruments

Des «conditions de déclenchement» claires, qui doivent être remplies pour que les pouvoirs d'intervention puissent être utilisés, sont primordiales pour un régime de résolution de défaillance bancaire au niveau de l'UE. L'existence de telles conditions facilite l'action coordonnée des autorités nationales, réduit le risque de remise en cause et offre une sécurité juridique aux actionnaires et aux créanciers en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles des mesures pourraient être prises. Toute intervention ayant une incidence sur les intérêts et les droits des actionnaires et des créanciers doit être proportionnelle à la gravité des problèmes que connaît l'établissement et motivée par des considérations légitimes d'intérêt public.

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 pour le déclenchement des procédures d'insolvabilité ordinaires. Si les autorités ne peuvent pas intervenir de façon décisive pour protéger l'intérêt public avant que la banque ne soit techniquement insolvable, les possibilités effectives de stabilisation et de résolution seront limitées, ou la quantité de fonds publics qui devra être engagée pour soutenir ces mesures sera plus élevée. Les conditions de déclenchement prévues dans le cadre d'un régime de l'UE devraient donc 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.

Quels sont les seuils appropriés à partir desquels les instruments de résolution pourraient être utilisés?

4.5. Portée du cadre de résolution de défaillance bancaire

Un nouveau cadre devra s'appliquer à tous les établissements de crédit qui font partie d'un groupe transfrontalier. Les succursales transfrontalières ne doivent pas en être exclues, car l'expérience a montré que les banques qui exercent leurs activités par l'intermédiaire de succursales transfrontalières peuvent également présenter un risque réel pour la stabilité financière des États membres dans lesquels elles réalisent un volume considérable d'activités de réception de dépôts²⁰. En outre, comme les groupes bancaires incluent souvent des entités qui réalisent des activités d'investissement et d'autres services financiers, dont la défaillance peut aussi être source de risques systémiques, il serait opportun qu'un cadre harmonisé de résolution au niveau de l'UE soit étendu aux sociétés d'investissement et peut-être aussi aux assureurs²¹. La liquidation de Lehman Brothers et la désorganisation du marché qu'elle a

²⁰ Cela a été le cas lors de la crise bancaire en Islande.

²¹ Les sociétés d'investissement ne sont couvertes ni par la directive concernant l'assainissement et la liquidation, ni par le règlement (CE) concernant l'insolvabilité. Par contre, les assureurs sont visés par la directive 2001/17/CE concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance, qui prévoit la reconnaissance mutuelle et la coordination des procédures d'insolvabilité de l'État membre d'origine relatives aux succursales d'une entreprise d'assurance établies dans d'autres États membres.

entraîné²², notamment l'incertitude quant à la localisation et au statut des avoirs des clients et quant à la position des contreparties de Lehman et au statut de leurs transactions non réglées, a démontré clairement la nécessité de mesures destinées à gérer la défaillance de sociétés d'investissement.

Toutefois, les mesures de résolution qui conviennent pour les banques de dépôt ne sont pas nécessairement appropriées pour d'autres types d'établissements financiers. Par exemple, le pouvoir de transférer des éléments d'actif et de passif à une «banque relais» peut être judicieux à l'égard des banques de dépôt, en raison de la nature de leurs activités et des objectifs de la résolution, mais peut s'avérer moins pertinent à l'égard des banques d'investissement, pour lesquelles un régime de résolution devrait peut-être se concentrer en priorité sur le traitement des problèmes et incertitudes liés à la négociation, la compensation et le règlement-livraison, la garantie et la détention d'actifs des clients.

Quel devrait être le champ d'application d'un cadre de résolution de l'UE? 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'exercent leurs activités transfrontalières que par l'intermédiaire de succursales?

4.6. Droits des parties prenantes lors de procédures de résolution de défaillance bancaire

Actionnaires

Un cadre solide de droits garantis aux actionnaires est primordial pour le bon gouvernement des entreprises et pour la libre circulation des capitaux. Cela est particulièrement vrai dans le cas des banques qui sont des sociétés anonymes, puisque leurs actifs seront cotés et négociés sur les marchés de capitaux. Il conviendrait de trouver un équilibre entre la protection des intérêts légitimes des actionnaires et la capacité des autorités chargées de la résolution à intervenir rapidement et résolument pour assainir un établissement ou un groupe défaillant afin de réduire au minimum la contagion et d'assurer la stabilité du système bancaire dans les États membres touchés.

Le droit communautaire contient un certain nombre d'exigences impératives qui confèrent des droits aux actionnaires. Il s'agit notamment de droits de préemption et de l'obligation de faire approuver toute augmentation ou réduction du capital souscrit par l'assemblée générale des actionnaires. Les actionnaires ont des droits minimaux équivalents dans toute l'UE tant qu'il n'y a pas d'interruption d'exploitation de l'entreprise. Les droits conférés aux actionnaires par le droit de l'UE ne devraient normalement pas constituer un obstacle aux mesures d'assainissement prises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ordinaire. Ils ne devraient pas non plus poser problème dans le cadre d'un processus de résolution de défaillance bancaire qui favoriserait une approche progressive conçue pour encourager les actionnaires à consentir à des mesures de restructuration ou lorsque l'on dispose du temps

²² Par exemple, l'incertitude quant à la mesure dans laquelle les autres établissements financiers étaient exposés à Lehman a entraîné une chute des cours boursiers mondiaux dans le secteur bancaire, tandis que les retraits massifs d'avoirs auprès des organismes de placement collectif monétaire américains qui étaient supposés avoir investi dans les titres à court terme de Lehman ont conduit à la liquidation rapide de leurs autres titres à court terme américains, sur un marché baissier.

nécessaire pour se conformer à de telles obligations. Des difficultés surviennent si l'assainissement a lieu dans le cadre d'un processus de résolution qui tend à imposer des mesures sans demander l'assentiment préalable des actionnaires. Dans de tels cas, la nature impérative des droits accordés par les directives communautaires sur le droit des sociétés pourrait faire obstacle aux tentatives menées par les autorités pour réagir rapidement à une crise bancaire. Des ajustements de ces directives pourraient donc être nécessaires. La nature de ces ajustements devrait être telle qu'elle assurerait la capacité des autorités nationales à intervenir rapidement dans des circonstances déterminées, c'est-à-dire à certaines conditions ou moyennant certains éléments déclenchants, sans devoir demander l'accord des actionnaires afin de garantir la continuité des services essentiels fournis jusqu'alors par la banque et de réduire au minimum l'effet systémique de sa défaillance (par exemple en organisant une acquisition par le secteur privé).

De la même manière, tout transfert de propriété ou d'avoirs d'une banque en difficulté réalisé sans le consentement préalable des actionnaires doit aussi respecter le droit à la propriété qui est garanti à ceux-ci par la convention européenne des droits de l'Homme. Lorsque les droits garantis par la législation de l'UE sont compromis, la mise en place de mécanismes de recours et d'indemnisation appropriés devrait aussi être envisagée.

Les actionnaires ont le droit de ne pas être privés de leurs actions et de ne pas souffrir d'une diminution de la valeur de celles-ci, sauf si l'ingérence est justifiée par l'intérêt public, conformément aux conditions prévues par la législation et dans le respect du droit international. S'il n'est pas certain que les conditions de l'intervention respectent l'équilibre entre l'intérêt général de la communauté et la protection des droits fondamentaux des actionnaires pris individuellement, les mesures de résolution pourraient être remises en cause, dans chaque cas, devant les tribunaux nationaux et européens.

Créanciers et contreparties

Les instruments de résolution qui impliquent le transfert d'actifs peuvent aussi empiéter sur les droits des créanciers et des contreparties du marché, et tout cadre de résolution au niveau de l'UE devrait inclure des garanties appropriées pour protéger ces intérêts. Les garanties pour les créanciers, par exemple, pourraient être des mécanismes d'indemnisation assurant qu'aucun créancier ne connaisse une situation pire que si la banque qui fait l'objet de la résolution avait été liquidée dans le cadre de la législation applicable en matière d'insolvabilité. Les garanties pour les contreparties du marché pourraient être des restrictions destinées à prévenir les perturbations affectant les accords de compensation et de «netting», les sûretés et les mécanismes de financement structurés.

Est-il nécessaire de déroger à certaines obligations imposées par les directives communautaires sur le droit des sociétés et, si oui, quels conditions et éléments déclenchants devraient permettre de telles dérogations? Quelles garanties, quels mécanismes de contrôle ou d'indemnisation devraient-ils être prévus pour les actionnaires, les créanciers et les contreparties?

4.7. Application de mesures de résolution à un groupe bancaire

La présente communication concerne en premier lieu les banques transfrontalières. Si une entité juridique isolée réalise ses activités transfrontalières par l'intermédiaire de succursales, les principes établis dans la directive «liquidation» devraient s'appliquer pour étendre les mesures adoptées dans l'État d'origine de la banque aux succursales situées dans d'autres

États membres. Cela pourrait nécessiter des modifications législatives, car il n'est pas certain que les mesures de résolution de défaillance bancaire relèveraient nécessairement de la directive «liquidation».

Cependant, l'application de mesures de résolution à des entités affiliées au sein d'un groupe bancaire est encore plus complexe. Pour l'essentiel, si l'UE veut aller au-delà de la gestion nationale des crises et surmonter la tendance, compréhensible, à isoler les actifs, deux approches pourraient être adoptées. La première consiste à élaborer un cadre de coordination des mesures qui continueraient d'être appliquées au niveau national. La seconde, qui représenterait une évolution plus poussée du marché unique, consisterait à permettre la résolution intégrée de la défaillance des entités d'un groupe implantées sur plusieurs territoires nationaux par une seule autorité de résolution.

Une possibilité qui, selon la Commission, vaut la peine d'être explorée, serait d'évaluer la faisabilité d'une autorité unique de résolution, déterminée en fonction de règles établies, qui serait responsable de la résolution en cas de défaillance d'un groupe transfrontalier et orchestrerait les mesures de résolution.

Si l'option consistant à mettre en place une autorité de résolution européenne n'est pas jugée réalisable, il conviendrait, au minimum, de coordonner les mesures nationales de résolution visant un groupe bancaire transfrontalier.

Une approche de la résolution de défaillance bancaire dans un cadre transfrontalier qui serait fondée sur la coordination des mesures nationales représenterait un renforcement des dispositifs existants, et non un changement d'orientation radical. Le protocole d'accord²³ sur la stabilité financière, conclu en juin 2008, était en place lors de la crise mais n'a pas pu constituer une base suffisante ou utile pour la coopération entre les États membres. La résolution en bonne et due forme de la défaillance d'une banque transfrontalière sera grandement facilitée s'il existe au niveau de l'UE un cadre structuré, juridiquement contraignant, pour consolider les mécanismes de coopération lors d'une crise. De même, les mécanismes de financement d'un régime de résolution de défaillance bancaire dans un cadre transfrontalier, tels que ceux exposés dans la partie 4.8 ci-dessous, sont susceptibles de renforcer l'efficacité de la coordination lorsqu'ils comportent des incitations appropriées.

Cependant, dans un cadre de coopération et de coordination, la résolution de la défaillance d'un groupe bancaire sera nécessairement réalisée au niveau de chaque entité juridique conformément au régime national applicable. Ces régimes de résolution distincts pour chaque entité, même coordonnés, ne permettront pas nécessairement l'assainissement le plus efficace possible. De plus, cette approche ne tient pas compte de la réalité commerciale qu'est le secteur bancaire intégré de l'UE, qui s'est développé dans le cadre du marché unique. Les groupes bancaires sont de plus en plus interdépendants du point de vue opérationnel et commercial, ils centralisent souvent la gestion des liquidités d'une manière qui entraîne l'enchevêtrement des actifs, et ils sont organisés et exploités d'une façon qui traduit leurs lignes d'activité plutôt que leur structure juridique.

²³ Protocole d'accord du 1^{er} juin 2008 relatif à la coopération entre les autorités de surveillance financière, les banques centrales et les ministères des finances de l'Union européenne en matière de stabilité financière transfrontalière.

Ces problèmes ne peuvent être totalement résolus que par une plus grande intégration structurelle du cadre de résolution. Celle-ci pourrait se réaliser par la désignation (selon des règles claires établies ex ante) d'une autorité principale qui orchestrerait la résolution de défaillance bancaire au sein d'un groupe donné. Cette autorité, en coopération avec les autorités nationales concernées, appliquerait les mesures de résolution de l'UE sur chaque territoire concerné. Cette approche est nettement ambitieuse et ne pourra probablement être réalisable ou efficace que si un traitement plus intégré de l'insolvabilité pour les groupes bancaires devient possible. Ce point fera l'objet de la partie 5.

Comment la coopération et la communication entre les autorités et les administrateurs responsables de la résolution et de l'insolvabilité pour un groupe bancaire transfrontalier peuvent-elles être améliorées?

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?

4.8. Financement de la résolution de défaillance bancaire dans un cadre transfrontalier

Financement par le secteur privé

Les mécanismes de financement jouent un rôle fondamental dans tout régime de résolution transfrontalière. Un principe essentiel est que des mécanismes de financement privé ou des solutions impliquant le secteur privé sont indispensables pour que les coûts d'une défaillance bancaire ne soient pas à la charge des contribuables (voir partie 4.2). En outre, dans le contexte du marché unique, l'absence de tels mécanismes à l'échelon de l'UE limite l'éventail des instruments de résolution dont les autorités disposeront dans un contexte transfrontalier. Cela peut empêcher ces autorités d'adopter la solution la plus efficace et augmenter les coûts totaux qui sont supportés par chacun des États membres concernés. S'il est généralement souhaitable d'assurer la participation du secteur privé à la résolution de défaillance bancaire, le nombre de possibilités impliquant ce secteur diminue rapidement lorsqu'une crise s'approfondit.

Il serait utile d'étudier la faisabilité de mettre en place des mécanismes ex ante susceptibles de garantir la disponibilité de fonds du secteur privé en temps de crise. Les systèmes de garantie des dépôts pourraient inclure la possibilité de financer des mesures de résolution de défaillance bancaire. L'avantage serait que le secteur bancaire contribuerait directement à assurer sa propre stabilité. Cependant, cela ne devrait pas se faire au détriment de l'indemnisation des petits épargnants en cas de défaillance d'une banque. Dans son réexamen du fonctionnement des systèmes de garantie des dépôts qu'elle devrait présenter au début de 2010, la Commission se penchera sur la question du recours à ces systèmes dans un contexte de crise. Par ailleurs, la Commission pourrait envisager de constituer, comme le font certains États membres, 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.

De plus, la possibilité de mettre en place un cadre facilitant le soutien financier intra-groupe après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pourrait être examinée. Dans le contexte de son travail sur le traitement des groupes de sociétés en matière d'insolvabilité, la CNUDCI²⁴ examine les moyens de faciliter le fonctionnement continu de l'entreprise en cours d'assainissement ou de liquidation en assurant l'accès continu aux fonds.

Enfin, tout risque que des mesures de résolution soient ensuite annulées par la voie judiciaire peut fortement réduire la volonté des entités du secteur privé à investir dans l'achat d'actifs ou à reprendre tout ou partie d'une banque en difficulté. Un cadre qui assure la sécurité juridique par rapport aux mesures prises est donc susceptible de faciliter l'application de solutions faisant intervenir le secteur privé.

Partage des charges

Comme l'ont démontré les événements récents, une solution impliquant le secteur privé ne sera pas toujours disponible. Des travaux intensifs sont donc nécessaires afin d'élaborer des principes pour le partage des charges financières entre les États membres en cas d'application de mesures de résolution à un groupe bancaire transfrontalier. Des progrès immédiats et rapides sont nécessaires afin d'établir des obligations claires pour les États membres en vue du partage équitable des coûts budgétaires de telles mesures de résolution²⁵. L'importance d'avancées concrètes sur cette question ne peut être sous-estimée. Il ne serait pas souhaitable à ce stade d'essayer de définir des formules précises de répartition des frais encourus lors d'opérations publiques de sauvetage transfrontalières. Cependant, les États membres devraient savoir s'il leur sera demandé, en principe, d'apporter une contribution, comment ce partage des charges sera organisé, qui sera chargé de lancer des débats sur le partage des coûts et qui les coordonnera²⁶. En outre, il faut envisager la création de droits réciproques (concernant l'accès aux données, etc.) pour tout État membre acceptant l'obligation de partager des coûts. Un accord ex ante fixant les principes d'un juste partage des charges est nécessaire pour jouer le rôle de «filet de sécurité» incitant les autorités concernées à coopérer au titre du cadre de prévention et de résolution des crises. L'absence de progrès en la matière risque de soumettre à des pressions insoutenables les principes fondamentaux du traité que sont le droit d'établissement, la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux.

Quel est le meilleur moyen de garantir un financement transfrontalier pour les mesures de résolution de défaillance bancaire? Quel devrait être le rôle d'un financement spécifique du secteur privé?

La mise en place de mécanismes de financement de crise ex ante est-elle réalisable? Si non, quelles seraient les meilleures solutions impliquant le secteur privé en la matière? Est-il

²⁴ Groupe de travail V de la CNUDCI, la commission des Nations unies pour le droit commercial international.

²⁵ Dans un récent rapport, le comité économique et financier a recommandé que le cadre de l'UE pour la stabilité financière comprenne des dispositifs ex ante à participation volontaire pour le partage des charges en ce qui concerne les groupes financiers transfrontaliers. Ces dispositifs seraient étayés par un cahier des charges au niveau de l'UE et les groupes chargés des questions de stabilité transfrontière, nouvellement créés, joueraient un rôle crucial dans le contrôle de leur mise en œuvre (*Lessons from the financial crisis for European financial stability arrangements*, groupe de travail à haut niveau du CEF sur les mécanismes de stabilité financière transfrontalière, juillet 2008).

²⁶ Ces mesures doivent bien sûr respecter la réglementation en matière d'aides d'État.

possible de parvenir à une plus grande clarté en matière de partage des charges? Si oui, la première priorité devrait-elle être de définir des principes pour le partage des charges?

5. INSOLVABILITE

Actuellement, toute liquidation dans le contexte d'une résolution de défaillance bancaire est nécessairement menée conformément aux procédures nationales en matière d'insolvabilité; une éventuelle coordination ne peut se faire qu'au moyen d'une coopération volontaire entre les autorités et responsables nationaux chargés des questions d'insolvabilité²⁷. La coopération entre les autorités nationales compétentes en matière d'insolvabilité est souvent laborieuse et imparfaite; elle ne suffit pas à prendre en charge efficacement les conglomerats financiers, les structures de holding internationales et les groupes financiers organisés en fonction de leurs lignes d'activité²⁸.

Il faudrait donc, 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. D'autres options pourraient être examinées, notamment la coordination des procédures nationales par un «administrateur principal».

Traitement intégré des groupes de sociétés

Cependant, il pourrait être souhaitable de faciliter davantage un traitement plus intégré des groupes de sociétés en matière d'insolvabilité. Dans des circonstances clairement définies, le groupe pourrait être traité comme une entreprise unique afin de supprimer le sentiment d'inefficacité et d'injustice que provoque l'approche traditionnelle par entité. Si des techniques de ce type existent dans certains droits nationaux, leur application est nécessairement limitée aux entités relevant d'une même juridiction et d'un même régime d'insolvabilité. Pour développer des mesures similaires destinées à être utilisées dans des procédures d'insolvabilité relatives à des groupes bancaires transfrontaliers, il y aurait lieu de tenir compte du fait qu'il existe différents régimes d'insolvabilité ayant des règles de fond différentes, par exemple en matière de priorités et de prévention.

Un régime d'insolvabilité des banques harmonisé à l'échelon de l'UE

Les techniques permettant un traitement plus intégré des groupes du point de vue de l'insolvabilité pourraient aider à remédier à certaines injustices qui peuvent survenir lorsqu'on liquide des groupes bancaires extrêmement intégrés comme si on liquidait des entités

²⁷ La directive 2001/24/CE concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit interdit d'appliquer aux succursales des mesures distinctes en matière d'insolvabilité au titre de la législation de l'État d'accueil. Elle assure la reconnaissance mutuelle et la coordination des procédures sous le contrôle du pays d'origine, impose une approche d'entité unique en vertu de laquelle tous les actifs et les passifs de la banque «mère» et de ses succursales à l'étranger sont assainis ou liquidés en tant qu'entité juridique unique soumise, sauf exceptions précisées dans la directive, à la législation de l'État d'origine. Cependant, cette directive ne prévoit pas la fusion des procédures en matière d'insolvabilité pour les entités juridiques distinctes au sein d'un groupe bancaire, et ne tente pas d'harmoniser les législations nationales en matière d'insolvabilité.

²⁸ L'insolvabilité prolongée de Lehman Brothers illustre clairement les difficultés auxquelles sont confrontés les administrateurs lors de procédures de liquidation complexes.

distinctes. De plus en plus d'universitaires et de professionnels pensent que les procédures d'insolvabilité par entité ne sont pas adaptées aux sociétés complexes qui ne sont pas structurées selon les fonctions, et qu'il est désormais nécessaire de mener des travaux au niveau international sur l'harmonisation des règles en matière d'insolvabilité. Faute d'une telle harmonisation, il demeurera très difficile de restructurer un groupe bancaire transfrontalier.

Le caractère ardu et sensible de ce travail ne doit pas être sous-estimé. La législation en matière d'insolvabilité est étroitement liée à d'autres domaines du droit national comme le droit patrimonial ou le droit des contrats et du commerce, et les règles en matière de priorités peuvent être le reflet d'une politique sociale. Incorporer des concepts nationaux particuliers comme les «trusts» ou les «charges flottantes» dans un code unifié serait complexe.

Ce projet pourrait revêtir la forme d'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. Un tel régime ne résoudrait entièrement les problèmes liés à l'approche par entité dans le cadre de la législation nationale en matière d'insolvabilité que s'il permettait un traitement intégré des entités du groupe. L'application d'un régime de ce type et, éventuellement, la mesure dans laquelle il serait facultatif pour les groupes bancaires transfrontaliers d'importance systémique devraient faire l'objet d'une réflexion approfondie. Imposer aux entités existantes un nouveau régime d'insolvabilité à l'échelon européen entraînerait de toute façon des problèmes transitoires, notamment du point de vue des incidences sur les créanciers et sur les contreparties.

Un régime d'insolvabilité plus intégré est-il nécessaire pour les groupes bancaires? Si oui, comment devrait-il être conçu?

Devrait-il exister un régime d'insolvabilité distinct et autonome pour les banques transfrontalières?

6. SUIVI

La Commission souhaite recueillir des avis généraux et des remarques concrètes à propos des questions abordées dans la présente communication, avant le 20 janvier 2010. Des détails sur les thèmes de la présente communication, ainsi que des questions précises, se trouvent dans le document de travail des services de la Commission ci-joint.

La Commission prévoit d'organiser une audition publique au début de 2010 afin de présenter les résultats de la consultation et d'exposer ses pistes d'action. Cette audition contribuera à la préparation d'une feuille de route détaillant les initiatives de suivi à prendre dans les domaines de l'intervention précoce, de la résolution de défaillance et de l'insolvabilité pour élaborer un cadre de gestion des crises qui garantirait qu'à l'avenir, toutes les autorités compétentes coordonneraient efficacement leurs actions et disposeraient des instruments leur permettant d'intervenir rapidement pour gérer la défaillance d'une banque.