

# Doctrine

## L'IMPACT DU BREXIT SUR LA RÉSOUVABILITÉ BANCAIRE : VERS UNE REMISE EN CAUSE DES ACQUIS ?

GUILLAUME COUVERT

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES  
ASSOCIATE CHEZ JONES DAY BRUSSELS

MICHÈLE GRÉGOIRE

AVOCATE À LA COUR DE CASSATION PARTNER  
CHEZ JONES DAY BRUXELLES PROFESSEURE  
À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES PROFESSEURE  
INVITÉE À L'UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS

### I. PROPOS INTRODUCTIFS

1. La crise des subprimes et la crise des dettes souveraines qui frappèrent le monde financier et plus largement le système économique de nombreux États mirent au jour une problématique nouvelle liée à l'absence d'harmonisation des réglementations et à l'existence limitée d'outils mis à disposition des autorités compétentes, visant à résoudre l'épineux problème de l'insolvabilité des établissements de crédit et des entreprises d'investissements, dont certains étaient jusqu'alors considérés comme étant trop importants que pour qu'il soit concevable que ceux-ci fassent un jour faillite (« *too big to fail* »).

La faillite du groupe Lehman Brothers, le 15 septembre 2008, entraîna toutefois le monde dans une des plus importantes crises financières qu'il ait connues, forçant les États à remettre en question l'ensemble du cadre réglementaire dont ils disposaient jusqu'alors, et ce afin de mieux encadrer les spécificités liées à l'insolvabilité bancaire et à mettre en place des mécanismes efficaces permettant de prévenir et, le cas échéant, de résoudre une telle situation.

Ainsi, afin d'anticiper et de prévenir une nouvelle crise bancaire et de rompre le lien malsain existant entre les expositions bancaires et les dettes souveraines, l'Union européenne adopta un nouveau système, l'Union bancaire, fondé sur trois piliers, soit le mécanisme de surveillance unique, le mécanisme de résolution unique et le système commun de garantie des dépôts.

Dans ce contexte, l'Union européenne dota, au travers de la directive 2014/59/UE du 15 mai 2014 concernant le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement<sup>1</sup> (ci-après, la « Directive BRR »), modifiée par la directive (UE) 2019/879 du 20 mai 2019<sup>2</sup> (ci-après, la « Directive BRR II »), les autorités de résolution de quatre instruments<sup>3</sup> : la cession des activités de l'établissement, le recours à un établissement-relais, la séparation des actifs et le renflouement interne.

2. L'instrument de renflouement interne (« *bail-in* ») occupe à cet égard une place majeure, tant au regard de l'objectif poursuivi par la réforme introduite par l'Union bancaire, dès lors qu'il permet à l'autorité de résolution compétente de suppléer au manque de fonds propres d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement défaillant, tout en évitant l'injection de fonds publics, qu'au regard de son caractère novateur, celui-ci atteignant cet objectif à la faveur de la dépréciation ou de la conversion de tout ou partie des engagements éligibles<sup>4</sup> d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement défaillant, selon un ordre de priorité déterminé par la directive (dit « *waterfall* »)<sup>5</sup>.

3. L'efficacité de l'instrument de renflouement interne risquerait toutefois d'être mise à mal dans l'hypothèse d'un retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne sans accord de sortie négocié, ou à tout le moins sans que les questions relatives à la reconnaissance et à l'exécution ré-

1. Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, J.O.U.E., L 173, 12 juin 2014, p. 190.

2. Directive (UE) 2019/879 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et la directive 98/26/CE, J.O.U.E., L 150, 7 juin 2019, p. 296.

3. Article 37 de la Directive BRR.

4. Définis à l'article 2 (1) (71) comme « les engagements ou éléments de passif et les instruments de capital qui ne sont pas des instruments de fonds propres de base de catégorie 1, des instruments de fonds propres additionnels de catégorie 1 ou de catégorie 2 d'un établissement ou d'une entité visé à l'article 1er, paragraphe 1, point b), c) ou d), qui ne sont pas exclus du champ d'application de l'instrument de renflouement interne en vertu de l'article 44, paragraphe 2 ».

5. Article 48 de la Directive BRR.

ci-proques des mesures de renflouement interne aient été résolues (ci-après, un « *hard Brexit* »).

En effet, nous le rappelons, le 23 juin 2016, le Royaume-Uni convia ses électeurs à se prononcer, par voie de référendum, sur son avenir au sein de l'Union européenne.

À la surprise générale, ceux-ci décidèrent de quitter l'Union européenne, entraînant plusieurs années de négociations et, par voie de conséquence, d'incertitudes, sur l'existence, ou à tout le moins le contenu, d'un accord de sortie négocié entre le Royaume-Uni et l'Union européenne.

L'absence de solution concrète, mettant au jour les risques potentiels d'un *hard Brexit* pour l'efficacité des marchés et la stabilité financière, fut la source d'importantes craintes émises par les acteurs du monde financier.

Ainsi, l'*Association for Financial Markets in Europe* qualifia de « *cliff edge* » l'ensemble des problèmes pouvant résulter d'un *hard Brexit*, soit « un risque de perturbations (sur les marchés) ou de création d'obstacles importants pour les activités, le jour du Brexit, en l'absence d'interventions aux plans législatif ou réglementaire »<sup>6</sup>.

En effet, dans l'hypothèse où le Royaume-Uni quitterait l'Union européenne sans qu'un accord ait été négocié, celui-ci deviendra un pays tiers au sens de la législation européenne et traitera chaque État membre de l'Union européenne comme tel, conformément à son droit national<sup>7</sup>.

Les conséquences en seraient majeures, notamment en matière d'accès aux infrastructures du marché, de reconnaissance des contreparties centrales, de perte du passport européen, ou d'application des mesures de redressement et de résolution bancaires et de reconnaissance et de mise en œuvre réciproques des décisions prises par les autorités compétentes à l'égard de telles mesures<sup>8</sup>.

Une attention particulière doit, à notre sens, être portée à ce dernier point.

En effet, dès lors qu'une grande quantité d'engagements éligibles (dont près de 130 milliards d'euros d'instruments de fonds propres additionnels de catégorie 1 et d'instruments de fonds propres de catégorie 2<sup>9</sup> émis par des banques européennes) sont actuellement soumis au droit anglais, la question se pose de savoir ce qu'il adviendrait de tels instruments dans l'hypothèse d'un *hard Brexit*.

Existera-t-il, dès lors, une sécurité juridique suffisante permettant, en cas de *hard Brexit*, de s'assurer de l'in-

tégration d'engagements éligibles soumis au droit anglais dans les fonds propres d'établissements de crédit ou d'entreprises d'investissement européens défaillants et la décision d'en donner une telle intégration pourra-t-elle produire ses effets et connaître une exécution sans entrave en droit anglais et devant les tribunaux britanniques ?

4. Bien qu'une reconnaissance réciproque volontaire, en vertu d'un accord négocié, des pouvoirs de conversion et de dépréciation des engagements éligibles soumis au droit anglais et mis en œuvre par une autorité européenne soit, à notre estime, la solution idéale, il ne nous semble pas, à défaut d'un tel accord, que la situation actuelle présenterait de danger immédiat, bien que celle-ci soit porteuse de sérieuses interrogations pour l'avenir.

## II. CADRE GÉNÉRAL ÉTABLI PAR LES DIRECTIVES 2014/59/UE ET (UE) 2019/879

### A. Le cadre général établi par la Directive 2014/59/UE

5. La crise des subprimes et la crise des dettes souveraines mirent au jour les risques et les particularités liés à la défaillance d'établissements de crédit ou d'entreprises d'investissement.

La Directive BRR fut établie en vue d'encadrer par des mesures préventives et, le cas échéant, de résolution, les risques liés à ce type de défaillances.

Le cadre général de la Directive BRR est, à cet égard, expressément décrit par ses considérants :

*Il n'existe actuellement aucune harmonisation des procédures de résolution des établissements au niveau de l'Union. (...) En outre, la crise financière a révélé le fait que les procédures générales concernant l'insolvabilité des entreprises pouvaient ne pas être adaptées aux établissements, dans la mesure où elles ne garantissent pas systématiquement une rapidité d'intervention suffisante, la poursuite des fonctions critiques de ces établissements et le maintien de la stabilité financière*<sup>10</sup>.

*Il est donc nécessaire d'instituer un régime qui fournisse aux autorités un ensemble crédible d'instruments leur permettant d'intervenir suffisamment tôt et suffisamment rapidement dans un établissement peu solide ou défaillant, de manière à assurer la continuité de ses fonctions financières et économiques critiques, tout en limitant le plus possible l'impact de sa défaillance sur*

6. AFME, « Brexit : les principaux risques d'un "cliff edge" pour les marchés financiers de gros », janvier 2018, p. 2.

7. EBA, « Opinion of the European Banking Authority on issues related to the departure of the United Kingdom from the European Union », 12 octobre 2017, p. 2.

8. AFME, *op. cit.*, pp. 3-6.

9. Ces instruments sont respectivement définis par l'article 2 (1) (69) et (73) de la Directive BRR (telle que définie ci-dessous) comme « les instruments de capital qui remplissent les conditions de l'article 52, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 575/2013 » et « les instruments de capital ou les emprunts subordonnés qui remplissent les conditions de l'article 63 du règlement (UE) n° 575/2013 ».

10. Considérant (4) de la Directive BRR.

*l'économie et le système financier. Le régime devrait garantir que les actionnaires soient les premiers à supporter les pertes et que les créanciers assument les pertes après les actionnaires, pour autant qu'aucun créancier n'encoure des pertes plus importantes que celles qu'il aurait subies si l'établissement avait été liquidé selon une procédure normale d'insolvabilité (...)*<sup>11</sup>.

À cette fin, la Directive BRR dota, nous le rappelons, les autorités de résolution de quatre instruments<sup>12</sup> : la cession des activités de l'établissement, le recours à un établissement-relais, la séparation des actifs et le renflouement interne, accompagnés de mécanismes de continuité nécessaires pour rendre ceux-ci effectifs<sup>13</sup>.

Aux côtés de ces instruments de résolution, la Directive BRR dota également les autorités de résolution (i) de pouvoirs auxiliaires leur permettant, lorsqu'elles exercent un pouvoir de résolution : de libérer, sous réserve de la protection relative aux contrats de garantie<sup>14</sup>, de tout engagement ou de toute sûreté les instruments financiers, droits, actifs ou engagements transférés, de supprimer des droits d'acquisition de nouvelles actions ou d'autres titres de propriété ; d'exiger de l'entité concernée la suspension de l'admission à la négociation sur un marché réglementé ou à la cote officielle des instruments financiers ; de prendre des mesures pour que l'entité réceptrice<sup>15</sup> soit traitée comme si elle était l'établissement soumis à une procédure de résolution aux fins et droits ou obligations de cet établissement ou des mesures prises par celui-ci ; d'imposer à l'établissement ou à l'entité réceptrice de leur fournir certaines informations ; ou encore d'annuler ou de modifier les clauses d'un contrat auquel l'établissement est partie ou de remplacer une entité réceptrice en tant que partie au contrat<sup>16</sup> ; (ii) du pouvoir d'exiger d'un établissement soumis à une procédure de résolution ou à toute entité de son groupe de fournir à l'entité réceptrice les services ou infrastructures nécessaires pour exercer effectivement les activités qui lui ont été transférées<sup>17 18</sup> ; (iii) du pouvoir d'obtenir des États membres toute l'assistance nécessaire en vue de

faire appliquer des mesures de gestion ou de prévention de crise par d'autres États membres<sup>19</sup> ; (iv) du pouvoir d'exiger que l'administrateur, le liquidateur ou toute autre personne exerçant le contrôle de l'établissement et l'entité réceptrice prenne toutes les mesures nécessaires pour que la mesure de résolution prenne effet et qu'il détienne les actions, autres titres de propriété, actifs ou droits d'acquiescer l'engagement pour le compte de l'entité réceptrice jusqu'à la prise d'effet de la mesure de résolution<sup>20</sup> ; ainsi que (v) des pouvoirs d'exclure certaines clauses contractuelles ou de suspendre certaines obligations découlant d'un contrat auquel l'établissement est partie<sup>21</sup>, de restreindre l'exécution des sûretés ou de suspendre temporairement les droits de résiliation de toute partie à un contrat<sup>22</sup>.

Le recours à un instrument de résolution n'est toutefois envisageable qu'aux conditions cumulatives suivantes : (i) qu'il n'existe aucune perspective raisonnable, compte tenu des délais requis et des circonstances de l'espèce, qu'une autre mesure de nature privée puisse empêcher la défaillance de l'établissement dans un délai raisonnable<sup>23</sup> ; (ii) que l'autorité prudentielle nationale ou la Banque centrale européenne constate que la défaillance de l'établissement est avérée ou prévisible dans un délai raisonnable<sup>24</sup> ; et (iii) qu'une telle mesure de résolution soit nécessaire dans l'intérêt public<sup>25</sup>.

À cet égard, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement peut être considéré(e) comme étant défaillant, ou susceptible de le devenir, s'il enfreint, ou est susceptible d'enfreindre, les exigences conditionnant le maintien de son agrément, si son actif est, ou est susceptible d'être, inférieur à son passif, s'il est, ou est susceptible d'être, dans l'incapacité de s'acquiescer de ses dettes ou autres engagements à leurs échéances, ou encore s'il sollicite un soutien financier public exceptionnel, pour des raisons autres que le respect du principe de précaution<sup>26</sup>.

Le caractère nécessaire de la mesure de résolution à l'intérêt public signifie, quant à lui, que la mesure envi-

11. Considérant (5) de la Directive BRR.

12. Article 37 de la Directive BRR.

13. Article 64 (3) de la Directive BRR.

14. Article 78 de la Directive BRR.

15. Définie à l'article 2 (1) (80) la Directive BRR comme « l'entité à laquelle sont transférés des actions, d'autres titres de propriété, des instruments de dette, des actifs, des droits ou des engagements d'un établissement soumis à une procédure de résolution, ou toute combinaison de ces instruments ».

16. Article 64 (1), a) à f) de la Directive BRR.

17. Article 65 de la Directive BRR.

18. Ce pouvoir est également accordé dans la mesure où l'établissement ou l'entité serait soumis à une procédure normale d'insolvabilité à la suite d'une résolution, conformément à l'article 65 (1), alinéa 2, de la Directive BRR.

19. Article 66 de la Directive BRR.

20. Article 67 de la Directive BRR.

21. Articles 68 et 69 de la Directive BRR.

22. Articles 70 et 71 de la Directive BRR.

23. Article 32, §1 (b) de la Directive BRR.

24. Article 32, §1 (a) de la Directive BRR.

25. Article 32, §1 (c) de la Directive BRR.

26. Article 32, §4 de la Directive BRR.

sagée devra être apte à atteindre, par des moyens proportionnés, alors qu'une liquidation de l'établissement selon une procédure normale d'insolvabilité ne le permettrait pas dans la même mesure<sup>27</sup>, un ou plusieurs des objectifs suivants : assurer la continuité des fonctions critiques de l'entité concernée, éviter les effets négatifs sérieux sur la stabilité financière, notamment en prévenant la contagion, y compris aux infrastructures de marché, et en maintenant la discipline de marché, protéger les ressources de l'État par une réduction maximale du recours aux aides financières publiques exceptionnelles, ou protéger les déposants ou les fonds et les actifs des clients<sup>28</sup>.

L'adoption préalable d'une mesure d'intervention précoce, dont notamment les mesures d'injonction et d'inspection octroyées aux autorités compétentes à l'encontre de l'établissement défaillant ou de son organe de direction<sup>29</sup>, n'est, à cet égard, pas indispensable à l'adoption d'une mesure de résolution<sup>30</sup>.

L'autorité de résolution, lorsqu'elle décide d'adopter une mesure de résolution, devra s'assurer qu'il y soit procédé conformément à un certain nombre de principes généraux énoncés par la Directive BRR<sup>31</sup> et étroitement liés à l'objectif général de cette directive, soit (i) que les actionnaires de l'établissement soient les premiers à supporter les pertes ; (ii) que, sauf disposition contraire dans la directive, les créanciers de cet établissement subissent les pertes après les actionnaires, conformément à l'ordre de priorité de leurs créances dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité ; (iii) que l'organe de direction ou la direction générale de l'établissement soit remplacé(e), sauf si leur maintien est jugé nécessaire pour atteindre les objectifs de la résolution, et qu'ils fournissent toute l'assistance nécessaire pour atteindre les objectifs de la résolution ; (iv) que les personnes physiques ou morales soient considé-

rées comme civilement ou pénalement responsables de la défaillance de l'établissement ; (v) que, sauf disposition contraire dans la directive, les créanciers de même catégorie soient traités sur un pied d'égalité et qu'aucun de ceux-ci n'encoure des pertes plus importantes que celles qu'ils auraient subies si l'établissement ou l'entité défaillant(e) avait été liquidé(e) selon une procédure normale d'insolvabilité ; (vi) que les dépôts couverts soient pleinement protégés ; et (vii) que la mesure de résolution soit prise conformément aux mesures de sauvegarde prévues par la Directive BRR<sup>32</sup>.

Enfin, lorsqu'elle remplace l'organe de direction ou la direction générale de l'établissement par un administrateur spécial, disposant de l'ensemble des pouvoirs normalement attribués à ceux-ci et à l'actionnariat de l'établissement, l'autorité de résolution veillera à ce que celui-ci dispose des qualifications, des capacités et des connaissances requises pour exercer ses fonctions<sup>33</sup>.

### B. Dispositions particulières applicables à la résolution d'un groupe transnational<sup>34</sup> et de ses succursales

6. Une attention particulière fut portée par la Directive BRR à l'hypothèse de la nécessité de mise en œuvre d'une mesure de résolution à l'encontre d'un groupe transnational.

Il est ainsi prévu que les autorités de résolution au niveau du groupe<sup>35</sup> instaurent des collèges d'autorités de résolution afin, notamment, de mettre en œuvre les diverses mesures de résolution, d'assurer le respect de l'exigence minimale de fonds propres et d'assurer la coopération et la coordination avec les autorités de résolution de pays tiers<sup>36</sup>.

27. Article 32, §5 de la Directive BRR.

28. Article 31 de la Directive BRR.

29. Article 27 de la Directive BRR.

30. Article 32 de la Directive BRR.

31. Article 34, §1 de la Directive BRR.

32. Énoncées aux articles 73 à 80 de la Directive BRR, les mesures de sauvegarde consistent principalement en des mesures visant à s'assurer (i) que, lorsque seule une partie des droits, actifs et engagements d'un établissement est transférée par une autorité de résolution, les actionnaires ou créanciers non sujets audit transfert reçoivent, en règlement de leurs créances, un montant au moins égal à celui qu'ils auraient normalement reçu si l'établissement avait été liquidé dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité, au moment où la décision est prise (principe dit de « *No creditor worse off* ») ; (ii) que le principe de *No creditor worse off* soit respecté lorsqu'il est fait usage de *bail-in* ; (iii) qu'il soit procédé à une valorisation distincte, postérieurement mais à brève échéance, à la mise en œuvre d'une mesure de résolution afin de juger du respect du principe de *No creditor worse off* ; et (iv) que les actionnaires et les créanciers sujets à une mesure de résolution bénéficient du paiement de la différence de la part du dispositif de financement pour la résolution lorsqu'il ressort de la valorisation susmentionnée que le principe de *No creditor worse off* n'a pas été respecté à leur égard.

Ces mesures de sauvegarde devront également être appliquées aux contreparties dans le cadre de transferts partiels à la suite de l'exercice par une autorité de résolution de ses pouvoirs de résolutions ou de ses pouvoirs auxiliaires.

Une protection particulière devra, par ailleurs, être assurée, lorsque la mesure de résolution porte sur des contrats de garantie financière, conclus entre l'établissement soumis à une mesure de résolution et un tiers, avec transfert de propriété, des accords de compensation réciproque (« *set off agreements* ») et des accords de compensation (« *netting agreements* »), ainsi que lorsque les engagements sont couverts par un contrat de garantie, ou qu'ils constituent tout ou partie d'un mécanisme de financement structuré.

Les autorités de résolution devront, en toute hypothèse, veiller à ce que l'application d'un outil de résolution n'affecte pas le fonctionnement des systèmes de négociation, de compensation et de règlement couverts par la directive 98/26/CE.

33. Article 35 (1) à (3) de la Directive BRR.

34. Défini à l'article 2 (1) (27) la Directive BRR comme « un groupe (composé d'une entreprise mère et de ses filiales) dont des entités sont établies dans plus d'un État membre ».

35. Défini à l'article 2 (1) (44) la Directive BRR comme « l'autorité de résolution de l'État membre où se trouve l'autorité de surveillance sur base consolidée ».

36. Article 88 de la Directive BRR.

Par ailleurs, lorsqu'un établissement, ou une entreprise mère, d'un pays tiers détient au moins deux filiales ou succursales d'importance significative, établies sur le territoire de deux États membres ou plus, les autorités de résolution des États membres sur le territoire desquels celles-ci sont établies instaurent un collège d'autorités de résolution européennes<sup>37</sup>.

**7.** Lorsqu'une filiale d'un groupe remplit les conditions susmentionnées de déclenchement d'une procédure de résolution, l'autorité de résolution compétente notifie à l'autorité de résolution au niveau du groupe, si elle est différente, à l'autorité de surveillance sur la base consolidée<sup>38</sup> et aux membres du collège d'autorités de résolution pour le groupe, sa décision constatant que les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution sont réunies et les mesures de résolution ou d'insolvabilité qu'elle juge appropriées<sup>39</sup>.

Deux situations se présentent alors à l'autorité de résolution ayant procédé à la notification de ces informations, après avoir évalué, à la suite d'une consultation avec les autres membres du collège d'autorités de résolution concerné, l'incidence probable des mesures notifiées sur le groupe et sur les entités du groupe présentes dans d'autres États membres : l'autorité de résolution au niveau du groupe pourra soit juger que les mesures proposées ne permettraient pas de satisfaire aux conditions de déclenchement d'une procédure de résolution à l'égard d'une entité du groupe dans un autre État membre, auquel cas l'autorité ayant procédé à la notification pourra prendre elle-même les mesures de résolution mais uniquement à l'égard de l'établissement dont elle est responsable, soit l'autorité de résolution au niveau du groupe estimera que de telles mesures seraient aptes à satisfaire aux conditions de déclenchement d'une procédure de résolution à l'égard d'une entité du groupe dans un autre État membre, auquel cas celle-ci proposera alors, dans les vingt-quatre heures de la notification, éventuellement prolongeable, un dispositif de résolution de groupe qu'elle soumet au collège d'autorités de résolution<sup>40</sup>.

À défaut de respect du délai de vingt-quatre heures, éventuellement prorogé, par l'autorité de résolution au niveau du groupe, l'autorité de résolution ayant procédé à la no-

tification pourra prendre les mesures de résolution envisagées<sup>41</sup>.

**8.** Lorsqu'une entreprise mère dans l'Union<sup>42</sup> remplit les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution, l'autorité de résolution au niveau du groupe devra notifier sa décision constatant que les conditions susmentionnées de déclenchement d'une procédure de résolution sont réunies et les mesures de résolution ou d'insolvabilité qu'elle juge appropriées à l'autorité de surveillance sur base consolidée, s'il s'agit d'une autorité distincte, ainsi qu'aux autres membres du collège d'autorités de résolution du groupe<sup>43</sup>.

À cet égard, un dispositif de résolution de groupe pourra être mis en place, sur la base d'une décision commune de l'autorité de résolution au niveau du groupe et des autorités de résolution responsables des filiales couvertes par le dispositif<sup>44</sup> : (i) soit lorsque les mesures envisagées permettent de satisfaire aux conditions de déclenchement d'une procédure de résolution ; (ii) soit lorsque les mesures de résolution au niveau de l'entreprise mère ne suffiraient pas pour stabiliser la situation ou ne permettraient pas l'obtention d'un résultat optimal ; (iii) soit lorsqu'une ou plusieurs des filiales remplissent les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution selon un constat effectué par les autorités de résolution responsables de ces filiales ; (iv) ou lorsque les mesures envisagées bénéficieront aux filiales de telle manière que cela rendrait un dispositif de résolution de groupe approprié<sup>45</sup>.

**9.** Par ailleurs, lorsqu'une succursale européenne d'un établissement établi dans un pays tiers n'est soumise à aucune procédure de résolution au sein de ce pays ou que la reconnaissance ou l'exécution d'une telle procédure a été refusée par l'autorité de résolution européenne compétente, celle-ci dispose du pouvoir d'adopter une procédure de résolution à l'encontre de la succursale établie sur son territoire, pour autant qu'une telle procédure soit nécessaire dans l'intérêt public, et (i) que la succursale concernée ne remplisse plus, ou soit susceptible de ne plus remplir, les conditions d'agrément et d'activité imposées par le droit de l'État membre concerné et qu'il n'existe aucune perspective qu'une mesure de nature privée, prudentielle, ou prise par le pays tiers puisse, dans un

37. Article 89 de la Directive BRR.

38. Définie à l'article 4 (1) (41) du Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le Règlement (UE) n° 648/2012 (ci-après, le « Règlement CRR »), comme étant « une autorité compétente chargée de la surveillance sur base consolidée des établissements mères dans l'Union et des établissements contrôlés par des compagnies financières holding mères dans l'Union ou des compagnies financières holding mixtes mères dans l'Union », auquel l'article 2 (1) (37) de la Directive BRR se réfère.

39. Article 91 (1) de la Directive BRR.

40. Article 91 (1) à (4) de la Directive BRR.

41. Article 91 (5) de la Directive BRR.

42. Définie à l'article 2 (1) (85) la Directive BRR comme « un établissement mère dans l'Union, une compagnie financière holding mère dans l'Union ou une compagnie financière holding mixte mère dans l'Union ».

43. Article 92 (1), alinéa 1 de la Directive BRR.

44. Article 92 (3) de la Directive BRR.

45. Article 92 (1), alinéa 2, a) à d) de la Directive BRR.

délai raisonnable, ramener la succursale à la conformité ou empêcher sa défaillance ; (ii) que l'établissement établi dans un pays tiers dont est issue la succursale ne soit pas, ou risque de ne plus être, disposé à honorer, à leurs échéances, ses obligations envers ses créanciers établis sur le territoire d'un des États membres de l'Union, ou les obligations créées ou enregistrées au moyen de sa succursale, et qu'aucune procédure de résolution ou d'insolvabilité d'un pays tiers n'a été ou ne sera lancée vis-à-vis dudit établissement dans un délai raisonnable ; ou encore (iii) qu'une procédure de résolution a été lancée, ou que l'intention d'y procéder a été notifiée, par l'autorité de résolution d'un pays tiers à l'encontre de l'établissement établi dans ce pays tiers<sup>46</sup>.

10. Enfin, la mise en place d'une procédure de résolution susceptible d'avoir une incidence dans plusieurs États membres sera soumise à un certain nombre de principes généraux dont notamment le maintien au plus bas des coûts de la résolution, la rapidité de la mesure prise, la coopération entre les autorités compétentes, le respect des intérêts des différents États membres concernés, le respect des plans de résolution établis, ou encore la transparence lorsque la mesure envisagée est susceptible d'avoir des implications sur la stabilité financière, les ressources budgétaires, le fonds de résolution, le système de garantie des dépôts ou le système d'indemnisation des investisseurs de tout État membre concerné<sup>47</sup>.

### C. L'instrument de renflouement interne

11. Or, parmi ces mesures de résolution, l'instrument de renflouement interne occupe, nous le rappelons, une place significative.

Concrètement, sous réserve de certaines exclusions prévues par la Directive BRR, dont les dépôts garantis<sup>48</sup>, ou pouvant être décidées à titre exceptionnel par l'autorité de résolution<sup>49</sup>, et du respect du principe selon lequel les actionnaires et créanciers dont les titres ou créances ont été dépréciés ou convertis en fonds propres ne peuvent subir de pertes plus importantes que celles qu'ils auraient subies si l'établissement soumis à une procédure de résolution avait été liquidé dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité<sup>50</sup> (ou principe dit de « *No Creditor Worse Off* »), que l'autorité de résolution réduise le montant en principal des instruments de fonds propres de base de catégorie 1 en premier lieu, suivis des instruments de fonds propres

additionnels de catégorie 1 lorsque cette première réduction est insuffisante, puis des instruments de fonds propres de catégorie 2, des créances subordonnées autres que les fonds propres additionnels de catégorie 1 ou 2, et enfin des engagements éligibles restants ou des sommes dues à leur titre<sup>51</sup>.

À cet égard, le montant à hauteur duquel les engagements éligibles doivent être dépréciés ou convertis afin de rétablir le ratio de fonds propres de base de catégorie 1 de l'établissement concerné ou, le cas échéant, d'établir le ratio de l'établissement-relais, en tenant compte de toute contribution au capital par le dispositif de financement de l'autorité de résolution<sup>52</sup>, de maintenir un niveau de confiance suffisante de la part des marchés, de continuer, durant au moins un an, à remplir les conditions de son agrément et de continuer à exercer les activités pour lesquelles il a été agréé, est calculé par les autorités de résolution, sur la base d'une valorisation faite au préalable<sup>53</sup>, en cumulant, lorsqu'il y a lieu, le montant à hauteur duquel les engagements éligibles doivent être dépréciés pour que la valeur de l'actif net de l'établissement soit égale à zéro et, le cas échéant, le montant à hauteur duquel les engagements éligibles doivent être convertis en actions ou en d'autres instruments de fonds propres pour rétablir le ratio de fonds propres de base de catégorie 1 pour l'établissement soumis à une mesure de renflouement interne, ou l'établissement-relais<sup>54</sup>.

46. Article 96 de la Directive BRR.

47. Article 87 de la Directive BRR.

48. Article 44 (2) de la Directive BRR.

49. Article 44 (3) de la Directive BRR.

50. Article 34 (1) (g) de la Directive BRR.

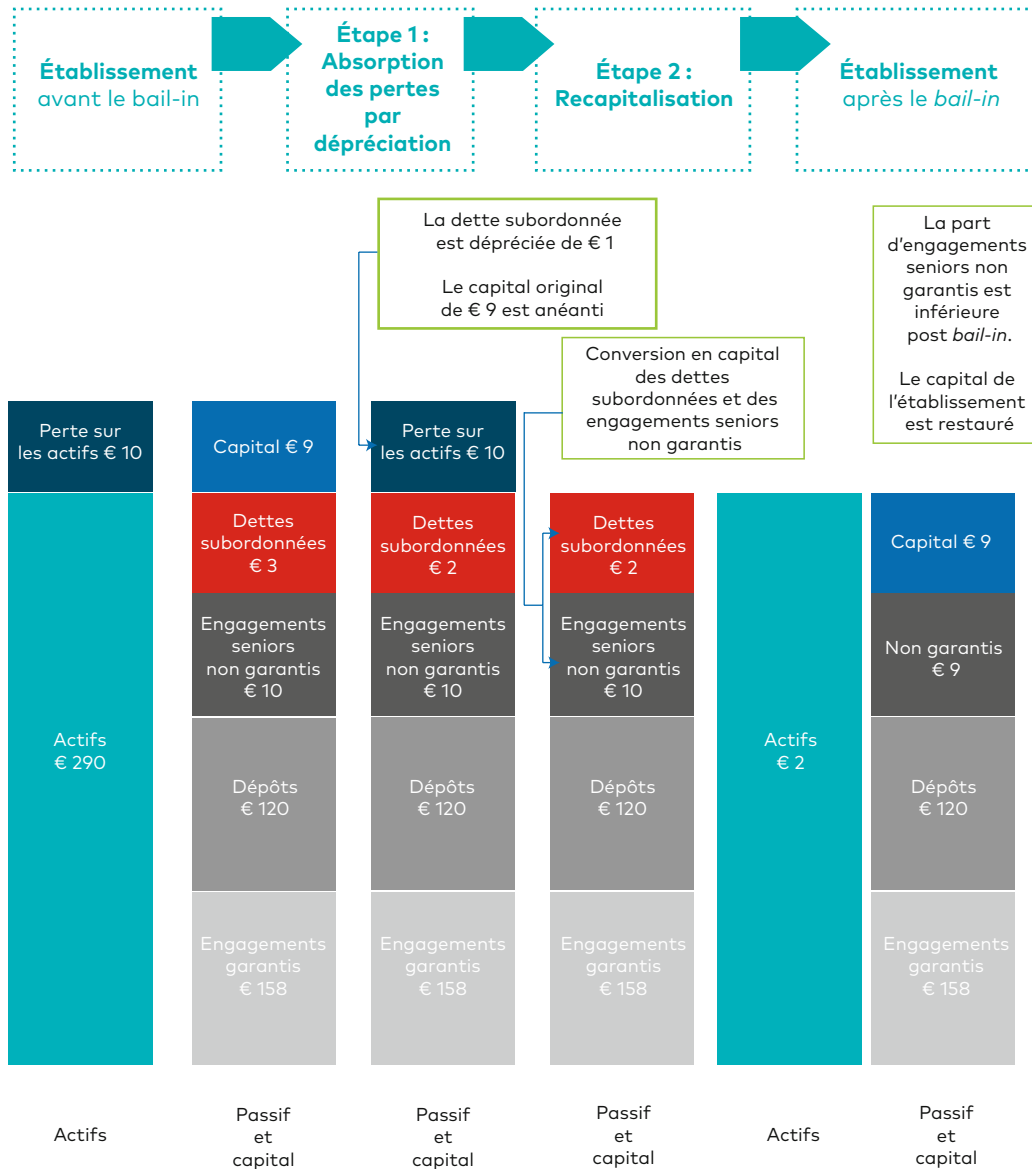
51. Article 48, § 1 (a) à (e) de la Directive BRR.

52. Article 101 de la Directive BRR.

53. Article 36 de la Directive BRR.

54. Article 46 de la Directive BRR.

L'exemple suivant<sup>55</sup> est, à cet égard, éclairant :



L'efficacité de cet instrument est toutefois conditionnée, d'une part, par l'existence d'un principe de reconnaissance mutuelle, entre les États membres, des mesures prises par leurs autorités de résolution et, d'autre part, par la capacité de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement défaillant à détenir un montant minimum de fonds propres et d'engagements éligibles (« *Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities* » ou « *MREL* »)<sup>56</sup>.

#### D. L'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles

12. Afin de s'assurer que les établissements de crédit et les entreprises d'investissements soumis au cadre réglementaire imposé par la Directive BRRD ne soient pas en mesure de structurer leur passif d'une manière qui limiterait l'efficacité de l'instrument de renflouement interne, celle-ci leur impose de maintenir en permanence une exigence minimale de fonds propres

55. Traduction libre de World Bank Group, « Understanding bank recovery and resolution in the EU: a guidebook to the BRRD », avril 2017, p. 112.

56. L.-A. RUZETTE et C. WAUTERS, « Le renflouement interne comme instrument de résolution », *La loi bancaire : questions particulières / De bankwet: bijzondere vraagstukken*, Larcier, 2015, p. 197.



et d'engagements éligibles, exprimée en pourcentage du passif total et des fonds propres de l'établissement<sup>57</sup>.

Cette exigence est déterminée<sup>58</sup>, sur une base individuelle, par l'autorité de résolution, après consultation de l'autorité compétente<sup>59</sup>, en tenant compte :

1. de la nécessité de s'assurer que :
  - (i) la mise en œuvre de l'instrument de résolution atteindra ses objectifs et que l'établissement détiendra suffisamment d'engagements éligibles pour s'assurer, en cas de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, que les pertes puissent être absorbées, que le ratio de fonds propres de base de catégorie 1 puisse être ramené au niveau nécessaire pour pouvoir continuer à remplir les conditions de son agrément et à exercer les activités pour lesquelles il a été agréé, et pour maintenir la confiance des marchés dans l'établissement<sup>60</sup> ;
  - (ii) l'établissement conservera, dans l'hypothèse où le plan de résolution prévoirait l'exclusion ou le transfert vers une entité réceptrice de certaines catégories d'engagements, un montant suffisant d'instruments éligibles pour que les pertes puissent être absorbées et que le ratio de fonds propres de base de catégorie 1 puisse être ramené au niveau nécessaire pour pouvoir continuer à remplir les conditions de son agrément et à exercer les activités pour lesquelles il a été agréé<sup>61</sup> ;
2. de la taille de l'établissement, de ses modèles d'entreprise et de financement<sup>62</sup> ;
3. de la mesure dans laquelle le système de garantie des dépôts pourrait contribuer au financement de la résolution et des potentiels effets négatifs sur la stabilité financière, dont l'effet de contagion, qui pourraient résulter de la défaillance de l'établissement<sup>63</sup>.

**13.** Bien que tous les engagements éligibles puissent être soumis à l'instrument de renflouement interne, ceux-ci n'en sont pas pour autant tous inclus dans le montant de fonds propres et d'engagements éligibles requis par la Directive BRR<sup>64</sup>.

En effet, pour qu'ils puissent être inclus dans ce montant, les instruments devront être émis et entièrement libérés, ne pas constituer un engagement envers l'établissement lui-même ou qu'il garantit ; leur achat ne pourra pas avoir été financé, directement ou indirectement, par l'établissement ; ils devront avoir une échéance résiduelle de moins d'un an ; ils ne pourront pas résulter d'un produit dérivé et ne pourront pas résulter d'un dépôt bénéficiant d'une préférence nationale en matière d'insolvabilité<sup>65</sup>.

Les autorités de résolution pourront en outre exiger, comme nous l'examinerons ci-après, lorsque des engagements sont régis par la législation d'un pays tiers, que l'établissement démontre que la mise en œuvre d'une mesure de renflouement interne, prise à l'encontre de tels engagements par une autorité de résolution, serait effective en vertu du droit de ce pays tiers, à défaut de quoi l'engagement ne sera pas comptabilisé dans l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles<sup>66</sup>.

**14.** La Directive BRR prévoit, par ailleurs, concernant l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles, un certain nombre de règles applicables à l'hypothèse d'une résolution de groupe.

Aussi la directive impose-t-elle à l'entreprise mère de respecter les exigences minimales de fonds propres et d'engagements éligibles sur une base consolidée, déterminée par l'autorité de résolution au niveau du groupe, sur la base d'une décision prise de commun accord avec les autorités de résolution chargées des filiales sur une base individuelle<sup>67</sup>, après consultation avec l'autorité de surveillance sur une base consolidée, en tenant compte des critères susmentionnés en matière d'établissements individuels, et pour autant que les filiales de pays tiers du groupe fassent l'objet d'une résolution séparée, conformément au plan de résolution<sup>68</sup>.

Toutefois, lorsqu'une décision commune n'a pas pu être obtenue dans un délai de conciliation de quatre mois et que l'Autorité bancaire européenne n'a pas été saisie par une des autorités de résolution chargées des filiales

57. Considérant (79) et article 45 de la Directive BRR.

58. L'ensemble de ces éléments est déterminé par le Règlement délégué (UE) 2016/1450 de la Commission du 23 mai 2016 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation précisant les critères de la méthode permettant d'établir l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles.

59. Définie à l'article 2 (1) (21) de la Directive BRR comme « une autorité compétente au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 40), du règlement (UE) n° 575/2013, y compris la Banque centrale européenne pour les missions spécifiques qui lui sont confiées par le règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil ».

60. Article 45 (6) (a) et (b) de la Directive BRR.

61. Article 45 (6) (c) de la Directive BRR.

62. Article 45 (6)(d) de la Directive BRR.

63. Article 45 (6) (e) et (f) de la Directive BRR.

64. L.-A. RUZETTE et C. WAUTERS, « Le renflouement interne comme instrument de résolution », *La loi bancaire : questions particulières / De bankwet: bijzondere vraagstukken*, Larcier, 2015, pp. 197-198.

65. Article 45 (4) de la Directive BRR.

66. Article 45 (5) de la Directive BRR.

67. Article 45 (9) de la Directive BRR.

68. Article 45 (8) de la Directive BRR.



en vue de trancher la discussion, l'autorité de résolution au niveau du groupe prendra seule, après avoir examiné l'évaluation des filiales effectuée par les autorités de résolution concernées, une décision sur l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles, laquelle liera ces autorités<sup>69</sup>.

L'autorité de résolution au niveau du groupe dispose, par ailleurs, de la possibilité d'exempter l'entreprise mère entièrement de l'application de l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles lorsque l'entreprise mère dans l'Union respecte l'exigence minimale sur une base consolidée et que l'autorité de résolution de l'établissement mère dans l'Union<sup>70</sup> a entièrement exempté l'établissement de l'application des exigences individuelles de fonds propres<sup>71</sup>.

L'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles est fixée, au niveau des filiales du groupe, sur une base individuelle, par une décision prise de commun accord entre l'autorité de résolution au niveau du groupe et les autorités de résolution chargées des filiales sur base individuelle, en tenant compte des critères énoncés ci-avant, ainsi que de l'exigence consolidée qui a été établie pour le groupe<sup>72</sup>.

Cette décision sera toutefois prise, en l'absence d'une décision commune trouvée dans un délai de quatre mois et pour autant que l'autorité de résolution au niveau du groupe n'ait pas saisi l'Autorité bancaire européenne afin que celle-ci tranche la discussion, par les autorités de résolution respectives des filiales, en tenant compte du point de vue et des réserves exprimés par l'autorité de résolution au niveau du groupe, et liera les autorités de résolution concernées<sup>73</sup>.

Une filiale pourra, par ailleurs, se voir entièrement exemptée, par son autorité de résolution, de respecter l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles, lorsque tant la filiale que son entreprise mère relèvent de l'agrément et de la supervision du même État membre ; lorsque la filiale est incluse dans la surveillance sur une base consolidée de son entreprise mère ; lorsque l'établissement au niveau le plus élevé du groupe dans l'État membre de la filiale, s'il diffère de l'établissement mère dans l'Union, respecte, sur une base sous-consolidée, l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles ; lorsqu'il n'existe aucun obstacle significatif, actuel ou prévu, au transfert rapide des fonds propres ou

au remboursement rapide de passifs à la filiale par son entreprise mère ; lorsque l'entreprise mère donne garantie à l'autorité compétente concernant la gestion prudente de la filiale et déclare, avec le consentement de cette autorité compétente, se porter garante des engagements contractés par la filiale, ou que les risques de la filiale sont sans importance ; lorsque les procédures d'évaluation, de mesure et de contrôle des risques de l'entreprise mère couvrent la filiale ; lorsque l'entreprise mère détient plus de la moitié des droits de vote dans la filiale ou qu'elle a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe de direction de la filiale ; ou encore lorsque l'autorité compétente de la filiale a entièrement exempté la filiale de l'application des exigences individuelles de fonds propres<sup>74</sup>.

**15.** Les autorités concernées peuvent également prévoir le respect partiel des exigences minimales de fonds propres et d'engagements éligibles, au niveau individuel ou consolidé, au moyen d'instruments de renflouement interne contractuels. Pour ce faire, la Directive BRR requiert que de tels instruments contiennent une clause contractuelle prévoyant qu'en cas de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, l'instrument est déprécié ou converti dans la mesure nécessaire avant que d'autres engagements éligibles soient dépréciés ou convertis, et qu'ils fassent l'objet d'un accord, d'un engagement, ou d'une disposition de subordination contraignants en vertu desquels ces instruments se placeront en termes de rang, en cas de procédure normale d'insolvabilité, après les autres engagements éligibles et ne pourront pas être remboursés tant que les autres engagements éligibles n'auront pas été réglés<sup>75</sup>.

### *E. Les modifications majeures apportées par la Directive (UE) 2019/879*

**16.** L'adoption par le G20 et par l'Union européenne de la norme de capacité totale d'absorption des pertes (ou « norme TLAC »), dont l'objectif est « de faire en sorte que les banques d'importance systémique mondiale disposent de la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation nécessaire pour contribuer à garantir que, en cas de résolution et immédiatement après, ces établissements puissent continuer à exercer les fonctions critiques sans mettre en péril (...) les fonds publics, ou la stabilité financière »<sup>76</sup>, fit apparaître le besoin de mise en place de règles harmonisées créant un cadre commun alignant les

69. Article 45 (9) de la Directive BRR.

70. Défini à l'article 4 (29) du Règlement CRR comme étant « un établissement mère dans un État membre qui n'est pas une filiale d'un autre établissement agréé dans un État membre ou d'une compagnie financière holding ou compagnie financière holding mixte constituée dans un État membre », auquel l'article 2 (1) (50) de la Directive BRR se réfère.

71. Article 45 (11) de la Directive BRR.

72. Article 45 (10) de la Directive BRR.

73. Article 45 (10) de la Directive BRR.

74. Article 45 (12) de la Directive BRR.

75. Article 45 (13) et (14) de la Directive BRR.

76. Considérant (1) de la Directive BRR II.

exigences imposées par le MREL à celles imposées par la norme TLAC<sup>77</sup>.

Il s'avéra, en outre, également nécessaire d'adapter certaines règles mises en place par la Directive BRR.

L'ensemble de ces règles d'harmonisation et d'adaptation des mécanismes existants fut adopté par l'intermédiaire de la Directive BRR II.

Au-delà de l'adaptation de certaines règles, dont notamment l'article 55, que nous examinerons au point III de la présente contribution, la Directive BRR II apporta d'importantes modifications concernant l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles, pouvant avoir des conséquences non négligeables dans l'hypothèse d'un *hard Brexit*.

La Directive BRR II énonce tout d'abord à cet égard que l'exigence minimale de fonds propres<sup>78</sup> correspond au montant des fonds propres et des engagements éligibles de l'établissement, exprimé en pourcentage du montant total d'exposition au risque de l'entité concernée<sup>79</sup> et de la mesure de son exposition totale<sup>80 81</sup>.

Outre les modifications apportées aux conditions d'« éligibilité » pour l'inclusion des engagements dans l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles<sup>82</sup>, la Directive BRR II apporte, au niveau de la détermination de cette exigence, une modification majeure aux règles préexistantes en ce qu'elle fixe, pour certaines catégories d'établissements, une exigence minimale commune de fonds propres et d'engagements éligibles ainsi qu'une exigence formelle de subordination.

Ces nouvelles exigences sont imposées (i) aux entités de résolution<sup>83</sup> constituant des établissements d'im-

portance systémique mondiale<sup>84</sup> (ou « EISm »), ainsi qu'aux filiales importantes dans l'Union d'un EISm de pays tiers<sup>85</sup>, l'autorité de résolution pouvant, par ailleurs, sous certaines conditions, exiger que de tels établissements et filiales fournissent un montant de fonds propres et d'engagements éligibles supplémentaires, déterminé par l'autorité spécifiquement en rapport avec ces établissements ou filiales<sup>86</sup>; ainsi que (ii), dans une moindre mesure, aux entités de résolution faisant partie d'un groupe de résolution<sup>87</sup> qui, bien que n'entrant pas dans cette première catégorie, ont une valeur totale dépassant les 100 milliards d'euros (ou « *Top Tier Firms* »)<sup>88</sup>.

Par ailleurs, une autorité de résolution peut, après consultation de l'autorité compétente, décider d'appliquer l'exigence minimale commune et l'exigence formelle de subordination prévues pour les *Top Tier Firms* à une entité de résolution faisant partie d'un groupe de résolution et qui, bien qu'elle ne puisse être qualifiée de *Top Tier Firm*, présenterait un risque systémique en cas de défaillance<sup>89</sup>.

Les entités de résolution qui n'entrent dans aucune de ces catégories resteront, quant à elles, soumises à une exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles calculée spécifiquement en rapport avec ces entités, éventuellement renforcée d'un montant approprié nécessaire pour garantir, à la suite d'une résolution, un niveau de confiance suffisant de la part des marchés, ainsi que, à la discrétion de l'autorité de résolution, à une exigence minimale de subordination<sup>90</sup>.

Lorsqu'elles appartiennent à un groupe de résolution, les entités de résolution mentionnées dans les catégories ci-dessus respecteront ces exigences sur une base consolidée au niveau du groupe de résolution<sup>91</sup>.

77. Considérants (2) et (3) de la Directive BRR II.

78. Calculée conformément au nouvel article 45 *quater*, paragraphe 3, 5 ou 7 de la Directive BRR.

79. Calculé conformément à l'article 92, paragraphe 3, du Règlement CRR.

80. Calculé conformément aux articles 429 et 429bis du Règlement CRR.

81. Nouvel article 45 de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

82. Nouvel article 45 *ter* de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

83. Définie au nouvel article 2 (1) (83 *bis*) de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (1) (e) de la Directive BRR II comme « (...) une personne morale établie dans l'Union, que l'autorité de résolution désigne, conformément à l'article 12, comme une entité pour laquelle le plan de résolution prévoit une mesure de résolution; ou (...) un établissement qui ne fait pas partie d'un groupe soumis à la surveillance sur base consolidée conformément aux articles 111 et 112 de la directive 2013/36/UE et pour lequel le plan de résolution établi conformément à l'article 10 de la présente directive prévoit une mesure de résolution ».

84. Défini au nouvel article 4 (1) (133) du Règlement CRR, tel qu'introduit par l'article 1 (2) (a) (xv) du Règlement (UE) 2019/876 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 (ci-après, le « Règlement CRR II ») modifiant le règlement (UE) n° 575/2013 en ce qui concerne le ratio de levier, le ratio de financement stable net, les exigences en matière de fonds propres et d'engagements éligibles, le risque de crédit de contrepartie, le risque de marché, les expositions sur contreparties centrales, les expositions sur organismes de placement collectif, les grands risques et les exigences de déclaration et de publication, et le règlement (UE) n° 648/2012.

85. Nouvel article 45 *quinquies* de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

86. Nouvel article 45 *quinquies* de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

87. Défini au nouvel article 2 (1) (83 *ter*) de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (1) (e) de la Directive BRR II comme « a) une entité de résolution, ainsi que ses filiales qui ne sont pas : i) elles-mêmes des entités de résolution ; ii) des filiales d'autres entités de résolution ; ou iii) des entités établies dans un pays tiers qui ne sont pas comprises dans le groupe de résolution au sens du plan de résolution et leurs filiales ; ou b) des établissements de crédit qui sont affiliés de manière permanente à un organisme central et l'organisme central lui-même, lorsqu'au moins un de ces établissements de crédit ou l'organisme central est une entité de résolution, et leurs filiales respectives ».

88. Nouvel article 45 *quater* (5) de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

89. Nouvel article 45 *quater* (6) de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

90. Nouvel article 45 *quater* (3) de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

91. Nouvel article 45 *sexies* de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

Sauf exemptions accordées par l'autorité de résolution compétente<sup>92</sup>, les établissements qui sont des filiales d'une entité de résolution ou d'une entité d'un pays tiers mais qui ne sont pas eux-mêmes des entités de résolution sont sujets à une exigence minimale de fonds propres calculée sur base individuelle<sup>93</sup>, adaptée afin de s'assurer que les pertes subies par cette entité puissent être remontées à l'entité de résolution. Les entreprises mères dans l'Union qui ne sont pas elles-mêmes des entités de résolution mais qui sont des filiales d'entités de pays tiers respectent, quant à elles, ces exigences sur une base consolidée<sup>94</sup>.

### III. CONSÉQUENCES POSSIBLES D'UN HARD BREXIT SUR L'INSTRUMENT DE RENFLOUEMENT INTERNE

#### A. De la reconnaissance mutuelle à la reconnaissance contractuelle des mesures de résolution

17. L'efficacité de l'instrument de renfloement interne repose, nous le rappelons, notamment sur le principe fondamental de la reconnaissance mutuelle automatique des actions de résolution dans l'ensemble de l'Union européenne<sup>95</sup>.

Il s'aperçoit immédiatement qu'une sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne sans accord de retrait négocié aurait des conséquences particulièrement significatives à cet égard dès lors que le Royaume-Uni serait alors considéré comme un pays tiers au sens de la législation européenne et que, réciproquement, les décisions prises par les autorités de résolution européennes seraient traitées, au sens du droit anglais, comme émanant d'autorités issues de pays tiers.

Une analyse de ces conséquences sous le regard de ces deux droits nous semble dès lors être justifiée puisque, d'une part, comme nous l'avons vu, une quantité considérable d'engagements éligibles émis par des établissements de crédit et des entreprises d'investissement établis sur le territoire européen sont soumis au droit anglais et que, d'autre part, de nombreux établissements de crédit et entreprises d'investissement établis sur le territoire d'États membres de

l'Union européenne disposent de filiales et de succursales au Royaume-Uni.

18. *En droit européen*, les problèmes liés (i) à la soumission à la législation d'un pays tiers d'engagements éligibles émis par un établissement de l'Union, en particulier en ce qui concerne la reconnaissance et la mise en œuvre d'une mesure de résolution européenne par un pays tiers lorsqu'une telle mesure affecte les droits de créanciers issus d'un tel pays<sup>96</sup>, et (ii) la reconnaissance et la mise en œuvre, en Europe et à l'étranger, de mesures de résolution à l'encontre de filiales ou de succursales étrangères ou européennes, furent le sujet d'une attention particulière lors de la rédaction de la Directive BRR.

Aussi la Directive BRR impose-t-elle aux États membres de requérir des établissements visés<sup>97</sup> d'inclure au sein des modalités conventionnelles ou d'émission de leurs engagements, lorsque ceux-ci sont régis par le droit d'un pays tiers, une clause en vertu de laquelle le créancier ou la partie à l'accord créant l'engagement reconnaît que celui-ci peut être sujet à la mise en œuvre d'une mesure de renfloement interne et accepte d'être lié(e) par une telle mesure<sup>98</sup>.

Cette règle ne s'applique toutefois pas lorsque l'autorité d'un État membre estime que le droit du pays tiers applicable aux engagements éligibles, ou l'existence d'un accord contraignant conclu avec ce pays, permettraient, sans confirmation nécessaire, la mise en œuvre de l'instrument de renfloement interne par une autorité de résolution européenne<sup>99</sup>, de sorte que, même à défaut d'une telle clause, la Directive BRR autorise l'autorité de résolution à exercer ce pouvoir au sujet de l'engagement concerné<sup>100</sup>.

Par ailleurs, lorsqu'une mesure de résolution émane d'une autorité de résolution d'un pays tiers et est mise en œuvre à l'encontre d'une filiale<sup>101</sup> ou d'une succursale<sup>102</sup> européenne d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement établis dans un pays tiers, l'autorité de résolution européenne compétente dispose du droit, après consultation d'autres autorités de résolution lorsqu'un collège d'autorités de résolution européennes

92. Nouvel article 45septies (3) et (4) de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

93. Nouvel article 45septies (1) de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

94. Nouvel article 45septies (1) de la Directive BRR, tel qu'introduit par l'article 1 (17) de la Directive BRR II.

95. Considérant (119) et article 66 de la Directive BRR.

96. A. GARDELLA, « Bail-in and the financing of Resolution within the SRM framework », in D. BUSCH et G. FERRARINI (eds.), *European Banking Union*, Oxford University Press, 2015, p. 398.

97. Il nous semble utile d'attirer l'attention sur le fait que l'article 55 de la Directive BRR, tel qu'il est rédigé dans sa version française, voit son champ d'application limité aux établissements et entités visés à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, points b), c) et d) de la Directive BRR, ayant pour conséquence qu'il ne s'appliquerait pas aux établissements établis dans l'Union. Un tel libellé ne correspond toutefois pas aux versions traduites dans d'autres langues de l'Union européenne, dont notamment la traduction anglaise de la Directive BRR, de sorte qu'une approche raisonnable doit être adoptée lors de la lecture de cet article, celui-ci devant être compris comme s'appliquant également à de tels établissements.

98. Article 55, § 1 de la Directive BRR.

99. Article 55, § 1 de la Directive BRR.

100. Article 55, § 2 de la Directive BRR.

101. Article 95 de la Directive BRR.

102. Article 96 de la Directive BRR.

est institué, de refuser de reconnaître ou d'exécuter une telle procédure de résolution lorsqu'elle considère (i) que cette procédure aurait des effets négatifs sur la stabilité financière d'un État membre ; (ii) qu'une mesure indépendante de résolution doit être prise vis-à-vis d'une succursale européenne de l'établissement de crédit établi dans un pays tiers pour réaliser un ou plusieurs des objectifs de la résolution ; (iii) que les créanciers européens (dont les déposants) ne jouiraient pas du même traitement que les créanciers et les déposants du pays tiers ; (iv) que la reconnaissance ou l'exécution de la procédure de résolution du pays tiers aurait des incidences budgétaires déterminantes pour l'État membre ; ou (v) que les effets de cette reconnaissance ou de cette exécution seraient contraires au droit national<sup>103</sup>.

19. En droit anglais, la reconnaissance et l'exécution automatiques des mesures de résolution européennes sont actuellement prévues par la *Regulation 5 du Credit Institutions (Reorganisation and Winding up) Regulations 2004*<sup>104</sup>. Ce principe se verra toutefois exclu en vertu du *Credit Institutions and Insurance Undertakings Reorganisation and Winding Up (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019*, lequel a vocation à s'appliquer dès la date de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne.

Il s'ensuit qu'une mesure de renflouement interne prise par une autorité de résolution européenne ne pourra être analysée, au sens du droit anglais, qu'au titre de mesure émanant d'un pays tiers et qu'un engagement éligible soumis au droit d'un État membre de l'Union européenne sera qualifié d'engagement régi par le droit d'un pays tiers.

Concernant la soumission d'engagements éligibles au droit d'un pays tiers, le Royaume-Uni a transposé au sein de son droit national, par l'intermédiaire de la *Prudential Regulation Authority* et de la *Financial Conduct Authority*, l'obligation pour les établissements visés par ces règles, conformément à l'article 55 de la Directive BRR, sous certaines conditions, d'inclure une reconnaissance contractuelle des mesures de renflouement interne émanant de la Banque d'Angleterre<sup>105</sup>.

Toutefois, il est actuellement proposé de modifier cette règle pour que celle-ci ne s'applique qu'aux engagements régis par le droit d'un État membre de l'Union européenne et créés, ou matériellement modifiés, postérieurement à la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne<sup>106</sup>.

Par ailleurs, la section 89H du *Banking Act 2009* prévoit la reconnaissance par la Banque d'Angleterre,

moyennant l'accord du Trésor, des mesures de résolution émanant de pays tiers lorsque celles-ci portent sur un établissement étranger établi sur le territoire du Royaume-Uni, sauf dans l'hypothèse où la Banque d'Angleterre et le Trésor estimeraient (i) qu'une telle mesure pourrait avoir un effet négatif important pour la stabilité du système financier du Royaume-Uni ou d'un autre État membre de l'Espace économique européen ; (ii) qu'une mesure en relation avec une succursale, située au Royaume-Uni, d'un établissement d'un pays tiers serait nécessaire pour atteindre un ou plusieurs des objectifs de la résolution ; (iii) qu'en vertu de la résolution émanant d'un pays tiers, les créanciers (et en particulier les déposants) situés ou payables dans un État de l'Espace économique européen ne recevraient pas un traitement équivalent aux créanciers situés ou payables dans ce pays tiers ; (iv) que la reconnaissance d'une telle mesure, ou son exécution, aurait d'importantes conséquences fiscales pour le Royaume-Uni ; ou encore (v) qu'une telle reconnaissance ou exécution serait illégale au regard de la section 6 du *Human Act 1998(2)* ou contraire au droit européen.

Le projet de *Bank Recovery and Resolution and Miscellaneous Provisions (Amendment) (EU Exit) Regulations 2018* prévoit toutefois la suppression des références à l'Espace économique européen et le remplacement de celles-ci, à certains endroits, par des références au Royaume-Uni, dès après le retrait de celui-ci de l'Union européenne.

Certaines précisions quant aux modifications du droit anglais applicables en la matière ont par ailleurs été fournies par le Trésor britannique dans une note explicative au projet de *Bank Recovery and Resolution and Miscellaneous Provisions (Amendment) (EU Exit) Regulations 2018*.

Ainsi, s'il confirme que le Royaume-Uni devrait adopter une loi indépendante, tout en conservant les objectifs majeurs de la Directive BRR et en continuant à respecter les principes clés du Conseil de stabilité financière (« *FSB Key Attributes* »), le Trésor précise toutefois (i) que le Royaume-Uni conservera son système de reconnaissance, sauf les exceptions susmentionnées, des décisions de résolution émanant de pays tiers, tout en étendant celui-ci à l'Espace économique européen ; (ii) qu'il supprimera les mécanismes opérationnels et de procédure prévus par la Directive BRR, tout en maintenant, aux termes du *Financial Services and Markets Act 2000* et du *Banking Act 2009*, la possibilité pour les autorités britanniques de coopérer avec les autorités de résolution européennes (notamment en matière de gestion des crises) et de par-

103. Article 95 de la Directive BRR.

104. ISDA, « Brexit FAQs – Version 6 », 22 janvier 2019.

105. PRA Rulebook: CRR Firms and Non-Authorised Persons: Contractual Recognition Of Bail-In; FCA Handbook, IFPRU 11.6.3 R.

106. PRA, « UK withdrawal from the EU: Changes to PRA Rulebook and onshored Binding Technical Standards », Consultation Paper CP26/18, octobre 2018, n° 4.6 ; FCA, « Brexit: Proposed changes to the Handbook and Binding Technical Standards – second consultation », Consultation Paper CP18/36, novembre 2018, n° 3.14.

tager, sauf certaines exceptions, des informations confidentielles avec ces autorités ; et (iii) que les renvois faits à la Directive BRR seront copiés en droit interne<sup>107</sup>.

Enfin, il est important de noter qu'en l'absence d'accord de sortie négocié, les succursales d'établissements de crédit européens au Royaume-Uni ou britanniques au sein de l'Union européenne seront qualifiées de succursales d'établissements de crédit établis dans un pays tiers et que les titulaires de dépôts au sein de telles succursales perdront la protection qui leur était jusqu'alors fournie par l'intermédiaire du système commun de garantie des dépôts<sup>108</sup>.

Le projet de *Bank Recovery and Resolution and Miscellaneous Provisions (Amendment) (EU Exit) Regulations 2018* prévoit, à cet égard, que seuls les dépôts couverts par le système de compensation des services financiers britanniques (« *UK Financial Services Compensation Scheme* ») pourraient être qualifiés de « dépôts garantis » (« *Protected deposits* ») et seront donc exclus d'une mesure de renflouement interne<sup>109</sup>.

Une telle modification pourrait avoir des conséquences en matière de refus de reconnaissance et de mise en œuvre d'une mesure de résolution émanant d'une autorité européenne ou britannique, les créanciers de succursales de tels établissements risquant, en cas de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, à moins que ces succursales n'adhèrent au système de protection des dépôts de l'État sur le territoire duquel elles sont établies<sup>110</sup>, de recevoir un traitement différent de ceux situés dans l'État sur le territoire duquel l'établissement est établi.

**20.** Un sentiment de flou émane invariablement d'une lecture parallèle de ces dispositions.

Bien que le droit anglais en matière de résolution d'établissements de crédit ou d'entreprises d'investissement défaillants ou susceptibles de l'être repose, dans sa forme actuelle, sur une transposition de la Directive BRR, la décision d'exiger ou non qu'un engagement éligible soumis au droit anglais comporte une clause de reconnaissance des mesures de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne appartient à l'autorité de résolution européenne compétente et seule celle-ci pourra déterminer si le droit anglais permet la mise en œuvre d'un tel mécanisme.

À cet égard, si l'insertion d'une telle clause permet de lier l'efficacité d'une mesure de renflouement interne à son expression contractuelle, soumettant celle-ci au principe d'autonomie de la volonté des parties, ce principe n'évincera toutefois pas le risque, certes fortement réduit<sup>111</sup>, que les juridictions britanniques, saisies par un créancier sujet à une mesure de renflouement interne décidée par une autorité de résolution européenne, s'opposent, pour des raisons d'ordre public, à la reconnaissance et à la mise en œuvre d'une telle mesure<sup>112</sup>. Un tel risque pourra toutefois être limité chaque fois que l'autorité de résolution européenne compétente fera usage du pouvoir qui lui est donné par la Directive BRR de requérir des établissements et entités concernés qu'ils lui fournissent un avis juridique quant au caractère exécutoire et à l'efficacité d'une telle clause<sup>113</sup>.

Par ailleurs, la reconnaissance ou l'exécution (i) au Royaume-Uni, d'une décision de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne émise par une autorité de résolution européenne à l'encontre d'une filiale ou d'une succursale britannique d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement établi au sein de l'Union européenne ; ou (ii) en Europe, d'une telle décision émanant de l'autorité anglaise à l'encontre d'une filiale ou d'une succursale d'un établissement de crédit anglais établi sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, sera soumise à la condition que celle-ci n'ait pas pour conséquence l'une des situations prévues respectivement à la section 89H du *Banking Act 2009* ou à l'article 95 de la Directive BRR.

Or les exceptions prévues par ces dispositions sont énoncées largement, notamment en ce qu'elles concernent, en droit européen, toutes les mesures qui auraient des effets négatifs sur la stabilité financière d'un État membre ou qui traiteraient les créanciers européens différemment des créanciers d'un pays tiers et, en droit anglais, toutes les mesures pouvant avoir un effet négatif sur la stabilité du système financier du Royaume-Uni ou qui traiteraient les créanciers du Royaume-Uni différemment de ceux d'un pays tiers, ou encore qui auraient d'importantes conséquences fiscales pour le Royaume-Uni.

Le champ de ces exclusions potentielles est donc considérable.

Il existe, on le voit, un risque, à défaut d'accord en la matière, que les autorités ou les juridictions européennes ou

107. HM Treasury, « *Guidance – The Bank Recovery and Resolution and Miscellaneous Provisions (Amendment) (EU Exit) Regulations 2018: explanatory information* », mis à jour le 9 août 2019.

108. EBA, « *Opinion of the European Banking Authority on deposit protection issues stemming from the withdrawal of the United Kingdom from the European Union* », 1<sup>er</sup> mars 2019, p. 4.

109. Point 20 du projet de *Bank Recovery and Resolution and Miscellaneous Provisions (Amendment) (EU Exit) Regulations 2018*.

110. Article 15 (1) de la Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts (refonte), *J.O.U.E.*, L 173, 12 juin 2014, p. 149.

111. AFME, « *Brexit: Recognition of Resolution Actions* », novembre 2018, p. 9, n° 3.14.

112. A. GARDELLA, « *Bail-in and the financing of Resolution within the SRM framework* », in D. BUSCH et G. FERRARINI (eds.), *European Banking Union*, Oxford University Press, 2015, p. 398.

113. Article 55 de la Directive BRR.

anglaises refusent, pour des raisons objectives ou par protection nationaliste, de reconnaître les décisions de mise en œuvre, sur leur territoire ou à l'encontre de leurs nationaux par l'intermédiaire du choix de la loi applicable, de l'instrument de renflouement interne émanant l'une de l'autre.

Ce risque semble toutefois pouvoir être réduit, d'une part, si l'on accorde crédit à la déclaration de la volonté du Royaume-Uni de continuer à légiférer dans une voie qui serait conforme aux objectifs de la Directive BRR et à respecter les principes clés du Conseil de stabilité financière, lesquels visent notamment à promouvoir la reconnaissance mutuelle des mesures de résolution et, d'autre part, dès lors qu'un refus de reconnaissance d'une mesure de résolution pourrait avoir l'effet négatif inverse sur la stabilité financière du pays émettant un tel refus<sup>114</sup>.

### B. (In)admissibilité et adaptation des engagements soumis au droit anglais au titre d'engagements éligibles

**21.** Le cinquième paragraphe de l'article 45 de la Directive BRR énonce, nous le rappelons, une condition particulière concernant la comptabilisation d'un engagement dans l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles lorsqu'un tel engagement est régi par le droit d'un pays tiers.

En effet, celui-ci prévoit que, dans une telle circonstance, les autorités de résolution peuvent exiger de l'établissement concerné qu'il démontre (notamment compte tenu des termes du contrat régissant l'engagement ou en vertu d'accords internationaux) qu'une décision de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne serait effective en vertu du droit de ce pays tiers.

À défaut de pouvoir apporter une telle démonstration, l'établissement concerné se verra refuser le droit de comptabiliser cet engagement dans l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles.

Certaines divergences apparaissent par ailleurs à cet égard en droit anglais, la Banque d'Angleterre estimant que les instruments de fonds propres de catégorie 1 ré-

gis par le droit d'un des États membres de l'Union européenne doivent continuer à être comptabilisés pour rencontrer l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles, même en l'absence de clause de reconnaissance de la mise en œuvre d'une mesure de renflouement interne. Une telle latitude ne vaut toutefois pas, selon la Banque d'Angleterre, pour les instruments d'autres catégories, pour lesquels cette clause serait nécessaire<sup>115</sup>.

Cette nouvelle exigence pourrait entraîner de lourdes conséquences dans l'hypothèse d'un *hard Brexit* puisque, à défaut pour les établissements concernés de démontrer, à la requête d'une autorité de résolution européenne, que les engagements régis par le droit anglais qu'ils détiennent pourraient être soumis à une mesure de renflouement interne en vertu d'une décision émanant d'une autorité de résolution européenne reconnue en droit anglais, ceux-ci se verraient dans l'obligation soit de remplacer ou de modifier leurs instruments existants, soit de les émettre à nouveau, causant potentiellement une disruption des marchés<sup>116</sup>.

Une telle situation risquerait, par ailleurs, d'avoir également pour effet de réduire le nombre d'investisseurs potentiels et d'augmenter la concentration de la détention d'actifs MREL, créant une augmentation du risque de contagion<sup>117</sup>.

**22.** La Directive BRR II, dont la transposition doit être effectuée au plus tard pour le 28 décembre 2020<sup>118</sup>, apporte, à cet égard, un éclairage nouveau.

En effet, aux termes du nouvel article 55 inséré par cette directive<sup>119</sup>, les engagements régis par le droit d'un pays tiers devront comporter une clause de reconnaissance par laquelle le créancier ou la partie à l'accord accepte l'éventualité d'une mesure de renflouement interne contraignante, à moins que l'autorité de résolution européenne constate que le droit de ce pays, ou un accord contraignant liant ce pays, permet que les engagements puissent être dépréciés ou convertis par l'autorité de résolution européenne<sup>120</sup>.

En l'absence d'un tel constat ou de la démonstration par l'établissement concerné que l'insertion d'une telle clause

114. AFME, « Brexit: Recognition of Resolution Actions », novembre 2018, p. 11.

115. Bank of England, « The Bank of England's amendments to financial services legislation under the European Union (Withdrawal) Act 2018 », Bank of England Policy Statement – PRA Policy Statement PS5/19, février 2019, n° 3.13.

116. AFME, « Brexit: Recognition of Resolution Actions », novembre 2018, p. 5.

117. AFME, *ibidem*, p. 5.

118. Article 3 de la Directive BRR II.

119. Article 1, 21), de la Directive BRR II.

120. Le considérant 26 de la Directive BRR II énonce à cet égard que « L'obligation d'inclure une reconnaissance contractuelle des effets de l'outil de renflouement interne dans les accords ou les instruments créant des engagements régis par la législation de pays tiers devrait faciliter et améliorer le processus de renflouement interne de ces engagements en cas de résolution. Des dispositifs contractuels, élaborés de manière adéquate et largement adoptés, peuvent constituer une solution viable en cas de résolution transfrontière jusqu'à ce qu'une approche réglementaire relevant du droit de l'Union soit développée ou que des incitations à choisir le droit d'un État membre pour conclure des contrats soient élaborées, ou que des cadres réglementaires de reconnaissance permettant des résolutions transfrontières efficaces soient adoptés dans toutes les juridictions de pays tiers. Même en cas de mise en place de cadres réglementaires de reconnaissance, des dispositifs contractuels de reconnaissance devraient contribuer à renforcer la sensibilisation des créanciers au titre d'arrangements contractuels qui ne sont pas régis par le droit d'un État membre aux mesures de résolution concernant les établissements ou entités qui sont régis par le droit de l'Union. »



est impossible<sup>121</sup>, juridiquement ou autrement, la Directive BRR II prévoit que les engagements concernés ne pourront pas être comptabilisés aux fins de l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles. La possibilité pour l'autorité de résolution européenne d'exiger, aux termes de l'article 45, paragraphe 5, de la Directive BRR, la démonstration qu'une mesure de renflouement interne serait effective en vertu du droit du pays tiers a par ailleurs été supprimée.

**23.** Dans un tel contexte, de nombreux acteurs des marchés financiers se sont prononcés, par mesure de précaution, en faveur de l'insertion systématique d'une clause de reconnaissance contractuelle de l'instrument de renflouement interne au sein des engagements régis par le droit anglais.

On peut à cet égard notamment citer la *Loan Market Association* qui a publié un projet de clause-type de *bail-in*, ou le Conseil de résolution unique qui a invité les établissements détenant de tels engagements à agir de manière proactive en incluant une telle clause dans leurs engagements nouvellement émis, tout en ouvrant, à ce sujet, un dialogue suivi avec lui<sup>122</sup>.

**24.** Il nous paraît dès lors légitime de s'interroger sur le sort des engagements régis par le droit anglais dans l'hypothèse d'un retrait non négocié du Royaume-Uni, selon que ces engagements seraient préexistants ou non à ce retrait et que ceux-ci contiendraient ou non une clause de reconnaissance de l'instrument de renflouement interne.

Comme nous l'avons exposé, en vertu de la Directive BRR, actuellement applicable, l'autorité de résolution européenne peut conditionner la comptabilisation d'engagements éligibles régis par le droit anglais à la démonstration par l'établissement concerné qu'une mesure de renflouement interne prise par une autorité de résolution européenne serait effective en vertu du droit anglais.

Le Conseil de résolution unique énonce à cet égard que, pour ce faire, l'établissement concerné devra (i) soit dé-

montrer que le contrat régissant l'engagement contient une clause de reconnaissance qui, au minimum, satisfait aux exigences de l'article 55 de la Directive BRR, et du Règlement délégué (UE) 2016/1075 de la Commission du 23 mars 2016, et qu'aucune autre disposition ne ferait obstacle à la mise en œuvre de cette clause ; (ii) soit fournir un avis juridique, si elle le requiert, confirmant ce dernier point<sup>123</sup>.

S'il ne fait aucun doute que ces conditions seraient facilement satisfaites dans l'hypothèse où un engagement comporte une clause de reconnaissance des décisions de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne, la question paraît nettement plus délicate en l'absence d'une telle clause.

En effet, comme nous l'avons précédemment mentionné, tant la section 89H du *Banking Act 2009* que la Directive BRR prévoient expressément les circonstances dans lesquelles l'autorité compétente peut refuser de reconnaître une mesure de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne dans certaines conditions, relativement larges.

Il est important de rappeler et de souligner, qu'il découle de ce qui précède que les engagements régis par le droit anglais émis postérieurement à la date de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, devront quant à eux, sauf exception, inclure une clause de reconnaissance des décisions mettant en œuvre une mesure de renflouement interne, conformément à l'article 5 de la Directive BRR<sup>124</sup>, cette exigence étant par ailleurs renforcée par la Directive BRR II.

**25.** Enfin, outre la question de l'éligibilité des engagements soumis au droit anglais pour la comptabilisation de l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles, l'hypothèse d'un retrait non négocié du Royaume-Uni de l'Union européenne pourrait également être la source de conséquences significatives sur le montant de cette exigence, celui-ci ayant fait l'objet, nous l'avons vu, d'importantes modifications dans le contexte de la rédaction de la Directive BRR II.

121. Le considérant 26 de la Directive BRR énonce à cet égard qu'« (...) on pourrait estimer que l'inclusion de clauses de reconnaissance contractuelle dans des contrats portant sur des engagements est impraticable dans des cas où, dans le cadre du droit du pays tiers, il est illégal pour un établissement ou une entité d'inclure de telles clauses dans des accords ou des instruments créant des engagements régis par la législation de ce pays tiers, lorsqu'un établissement ou une entité ne dispose d'aucun pouvoir au niveau individuel pour modifier les clauses contractuelles imposées par des protocoles internationaux ou fondées sur des clauses standard adoptées à l'échelle internationale, ou lorsque l'engagement susceptible d'être soumis à l'exigence de reconnaissance contractuelle est subordonné à une rupture de contrat ou résulte de garanties, de contre-garanties ou d'autres instruments utilisés dans le cadre de transactions financières commerciales. Toutefois, le refus, par une contrepartie, d'accepter d'être liée par la clause de reconnaissance contractuelle en matière de renflouement interne ne devrait pas en soi être considéré comme une cause d'impraticabilité. (...) Dans ce cadre, il appartiendrait à un établissement ou une entité d'établir si l'insertion d'une clause de reconnaissance concernant le renflouement interne dans un contrat ou une catégorie de contrats est praticable. Il convient que les établissements et entités communiquent régulièrement des données actualisées aux autorités de résolution, afin que celles-ci restent informées des progrès réalisés dans la mise en œuvre des clauses de reconnaissance contractuelle. À cet égard, les établissements et entités devraient indiquer les contrats ou catégories de contrats pour lesquels l'insertion d'une clause de reconnaissance concernant le renflouement interne est impraticable, et motiver cette évaluation. Il convient que les autorités de résolution apprécient dans un délai raisonnable le constat d'un établissement ou d'une entité selon lequel l'insertion d'une clause de reconnaissance contractuelle dans des contrats d'engagement est impraticable et qu'elles prennent des mesures pour remédier à toute évaluation erronée et à tout obstacle à la résolvabilité découlant de la non-insertion de clauses de reconnaissance contractuelle. Les établissements et entités devraient être prêts à justifier leur constat si l'autorité de résolution le leur demande. En outre, afin de ne pas nuire à la résolvabilité des établissements et entités, les engagements pour lesquels les dispositions contractuelles pertinentes ne sont pas incluses ne devraient pas être éligibles aux fins de la MREL. »

122. SRB, « Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities (MREL) – 2018 SRB Policy for the second wave of resolution plans », 16 janvier 2019, p. 19 ; S. VANDE CAPELLE, « Framework for Banks: Bail-in, MREL and "no creditor worse off" », *D.B.F.-B.F.R.*, 2019/1, p. 94.

123. SRB, *ibidem*, p. 17.

124. AFME, « Brexit: Recognition of Resolution Actions », novembre 2018, p. 12.

En effet, contrairement au système préexistant de calcul de ce montant, lequel était, en vertu de la Directive BRR, déterminé spécifiquement pour chaque entité ou groupe d'entités, la Directive BRR II imposera, une fois transposée, à certaines catégories d'établissements, la détention d'un montant minimum commun de fonds propres et d'engagements éligibles ainsi qu'une exigence formelle de subordination.

Or de telles exigences sont également fondées, en vertu de la Directive BRR II, sur un élément de localisation des établissements concernés.

Un retrait non négocié du Royaume-Uni de l'Union européenne pourrait dès lors avoir pour conséquence de faire basculer un établissement d'une catégorie vers une autre, entraînant des exigences supplémentaires en matière de calcul du montant de l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles.

On peut à cet égard notamment se référer à la situation d'une filiale européenne importante d'un EISm établi sur le territoire du Royaume-Uni qui, en cas de *hard Brexit*, se verrait alors imposer de satisfaire, en tout temps, à des exigences de fonds propres et d'engagements éligibles égales à 90 % des exigences prévues pour un EISm européen, dont l'intégralité, en ce qui concerne les instruments de fonds propres additionnels de catégorie 1, les instruments de fonds propres de catégorie 2, et les instruments d'engagements éligibles, devraient appartenir à l'entreprise mère ultime de l'EISm non européen, ayant uniquement été émis directement ou indirectement par l'intermédiaire d'autres entités au sein du même groupe, et pour autant que ces entités soient établies dans le même pays tiers que ladite entreprise mère ultime ou dans un État membre<sup>125</sup>.

Une telle situation obligerait, on le voit, les établissements concernés à restructurer de manière considérable le montant de fonds propres et d'engagements éligibles qu'ils détiennent, entraînant un certain nombre de difficultés.

### III. CONCLUSION

**26.** Le référendum du 23 juin 2016 par lequel le peuple britannique a décidé de quitter l'Union européenne a pour conséquence, tant pour l'Union européenne que pour le Royaume-Uni, bon nombre d'incertitudes.

En l'absence d'action politique visant à rassurer les milieux financiers face au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne sans accord de sortie satisfaisant, ceux-ci se voient forcés d'osciller au gré de déclarations

contradictoires, d'élections et de demandes de report, sans jamais bénéficier de mesures concrètes leur permettant d'anticiper ce qui semble pourtant être à présent inéluctable.

En matière bancaire, l'hypothèse d'un *hard Brexit* pourrait notamment avoir un impact majeur sur la reconnaissance et l'exécution réciproques de mesures de résolution menées à l'encontre d'instruments régis par le droit de l'autre partie, ou de filiales ou de succursales situées sur le territoire de cette partie.

En effet, en l'absence d'un accord de sortie satisfaisant, le Royaume-Uni et l'Europe se traiteront, à titre de réciprocité, en tant que pays tiers l'un à l'autre, ayant pour conséquence la fin de la reconnaissance réciproque automatique des décisions de mise en œuvre des procédures de résolution, ainsi qu'une potentielle perte des engagements régis par le droit anglais de leur caractère « éligible » et une réadaptation, pour certaines catégories d'établissements, du montant de fonds propres et d'engagements éligibles qu'ils détenaient jusqu'alors.

**27.** Bien qu'une telle hypothèse paraisse, encore aujourd'hui, peu probable, notamment au regard de la similitude des législations britannique et européenne, de la volonté du Royaume-Uni de conserver une législation conforme aux objectifs de la Directive BRR, des principes clés émis par le Conseil de stabilité financière et des conséquences difficilement mesurables qu'un tel refus pourrait avoir sur la stabilité financière de l'État l'ayant émis, la disparition du principe de reconnaissance réciproque automatique combiné avec le pouvoir décisionnel souverain des autorités de résolution compétentes en la matière ne permettent toutefois pas de garantir la sécurité juridique nécessaire au fonctionnement fluide des marchés. Rien ne permet d'affirmer que les autorités, judiciaires ou de résolution, agiront dans un sens ou dans un autre, notamment en l'absence de clause de reconnaissance des décisions de mise en œuvre de l'instrument de renflouement interne.

Dans l'attente d'une solution concrète, il ne peut dès lors qu'être recommandé de poursuivre les initiatives privées visant à mitiger les risques potentiels d'un *hard Brexit*.

**28.** D'éventuelles divergences législatives pourraient par ailleurs apparaître dans le futur dans l'hypothèse où le Royaume-Uni cesserait de développer son droit national selon une ligne conforme au droit européen<sup>126</sup>.

La décision que prendra le Royaume-Uni quant à l'intégration ou non de la Directive BRR II dans son droit national constituera un premier test éclairant pour l'avenir. ■

125. Nouvel article 92ter du Règlement CRR, tel qu'introduit par l'article 1 (47) du Règlement CRR II.

126. M. BAUDONCA, « Brexit: is winter coming for UK banks? », in J.-P. BUYLE, J. CATTARUZZA, M. GRÉGOIRE et A. WILLEMS (dir.), *Actualités en droit commercial et bancaire. Liber amicorum Martine Delierneux*, Larcier, 2017, p. 53.