



KRAMER LEVIN

KRAMER LEVIN NAFTALIS & FRANKEL LLP

Impacts de la directive BRRD (redressement et résolution des établissements de crédit) sur les sociétés commerciales en France

10 mai 2016

Gilles Kolifrath, Avocat Associé

Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP – 47 avenue Hoche – 75008 Paris
T: +33 (0)1 44 09 46 00 – F: +33 (0)1 44 09 46 01 – www.kramerlevin.com

Copyright 2016

Introduction



Champ d'application

- La directive *Banking Recovery and Resolution* n° 2014/59 du 15 mai 2014 (BRRD) détermine une approche commune aux 28 pays de l'Union Européenne en établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit (EC) et des entreprises d'investissement (EI). Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 (totalemment en 2016)
- BRRD complète la loi française de séparation et de régulation des activités bancaires n° 2013-672 (loi dite « SRAB ») adoptée le 26 juillet 2013 avec un outil manquant : le « bail in »
- L'article 1 de BRRD prévoit que le texte s'applique :
 - Aux établissements qui sont établis dans l'Union
 - Aux établissements financiers qui sont établis dans l'Union et qui sont des filiales d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'investissement ou d'une compagnie visée aux points c) ou d), et à qui s'applique la surveillance sur une base consolidée de leur entreprise mère, conformément aux articles 6 à 17 du règlement (UE) n° 575/2013
 - Aux compagnies financières holdings, les compagnies financières holdings mixtes et les compagnies holdings mixtes qui sont établies dans l'Union
 - Aux compagnies financières holdings mères dans un État membre, les compagnies financières holdings mères dans l'Union, les compagnies financières holdings mixtes mères dans un État membre, les compagnies financières holdings mixtes mères dans l'Union
 - Aux succursales d'établissements qui sont établies ou situées hors de l'Union, conformément aux conditions spécifiques prévues par la présente directive

- L'aspect préventif de BRRD suppose la mise en place de deux plans distincts :
 - **Les plans de rétablissement** sont élaborés par les entités soumises à la directive BRRD. Ils sont ensuite analysés par l'autorité de supervision et doivent être mis à jour annuellement. Ces plans contiennent les mesures de rétablissement envisagées en cas de détérioration significative de la situation financière de l'établissement sans prise en compte d'aucune possibilité de soutien financier extérieur (Etat ou FGDR)
 - **Les plans préventifs de résolution** sont élaborés par l'autorité de résolution qui prévoit les mesures qu'elle devra mettre en œuvre en cas de crise grave. Ces plans sont mis à jour annuellement et contiennent les modalités spécifiques d'application des mesures de résolution que pourrait prendre l'autorité de résolution. Ainsi, le plan :
 - Définit les mesures de résolution à prendre si l'établissement remplit les conditions de déclenchement d'une procédure
 - Envisage des scénarios prévoyant que la défaillance soit circonscrite et individuelle, ou qu'elle apparaisse sur fond d'instabilité financière générale ou d'événement systémique
 - Explique la façon dont les mesures de résolution pourraient être financées (renflouement interne, recours au fonds de résolution)
 - Comporte une analyse indiquant comment et à quel moment l'établissement peut recourir aux facilités de la banque centrale

- Lorsque les mesures préventives ou les mesures d'intervention précoces sont insuffisantes, l'autorité de résolution peut déclencher les mesures de résolution. Les conditions de mise en œuvre de mesures de résolution devant être simultanément remplies sont :
 - Défaillance avérée ou prévisible de l'établissement
 - Absence de mesures de nature privée ou prudentielle empêchant la défaillance
 - Nécessité de mise en résolution dans l'intérêt du public

- Deux solutions sont envisagées par la directive : la liquidation et la résolution. La résolution est privilégiée dès qu'il s'agit de limiter d'importants effets de contagion et de préserver la continuité des fonctions critiques de l'entité en crise, en particulier de protéger les déposants. Nous n'aborderons pas la liquidation

- Quatre mesures principales de résolution, exorbitantes du droit commun, peuvent être mises en place :
 - La cession d'activités
 - L'établissement-relais (« *bridge bank* »)
 - La structure de gestion des actifs (« *bad bank* »)
 - Le renflouement interne (« *bail in* »)

- Approche Single Point of Entry

Cas particulier des groupes bancaires

- Elaboration d'un plan de redressement par les établissements de crédit assujettis et élaboration d'un plan de résolution, en coordination avec les autorités de supervision compétentes
 - Concernant les plans de redressement, l'art. 7. 1. de BRRD prévoit un champ d'application restreint pour les groupes : les plans ne peuvent être conçus que si l'entreprise mère est implantée dans un pays membre de l'UE. Les autorités de résolution peuvent demander à ce que soit établi un plan de redressement individuel de la filiale, indépendamment du plan de redressement de groupe :
 - " Les États membres veillent à ce que les entreprises mères dans l'Union élaborent et soumettent à l'autorité de surveillance sur base consolidée un plan de redressement de groupe. Les plans de redressement de groupe comportent un plan de redressement couvrant le groupe, placé sous la direction de l'entreprise mère dans l'Union, dans son ensemble. Le plan de redressement de groupe recense les mesures dont la mise en œuvre peut s'avérer nécessaire au niveau de l'entreprise mère dans l'Union et de chacune des filiales »
 - Concernant les plans de résolution, l'art. 33 de BRRD permet à l'autorité de résolution locale de prendre des mesures de résolution à l'égard d'une entreprise mère qui est compagnie financière holding, compagnie financière holding mixte ou compagnie holding mixte, même si elle n'est pas défaillante lorsqu'une ou plusieurs de ses filiales remplissent les conditions de mise en œuvre de la résolution (approche Single Point of Entry) :
 - « et que leurs actifs et passifs sont tels que leur défaillance menace un établissement ou le groupe dans son ensemble (...) et que la mesure de résolution [de l'entreprise mère] est nécessaire à la résolution d'une ou de plusieurs de ses filiales qui sont des établissements ou à la résolution de l'ensemble du groupe »

A noter : la TLAC

- En novembre 2014, le Conseil de Stabilité Financière (CSF, ou FSB en anglais) a publié un document consultatif décrivant le ratio de Capacité d'absorption des pertes (*Total Loss Absorbing Capacity* ou TLAC) c'est-à-dire la capacité d'un établissement bancaire systémique à absorber des pertes financières en cas de crise

- Le FSB a publié le 9 novembre 2015 la Term sheet TLAC finale qui prévoit :
 - Un calibrage de la TLAC en deux temps : 16% des actifs à risques pondérés (*Risk Weighted Assets* ou RWA) à partir du 1^{er} janvier 2019 puis 18% des RWA à partir du 1^{er} janvier 2022
 - Une exigence en terme de ratio de levier, fixée à 6% du dénominateur du ratio de levier durant la première phase (1^{er} janvier 2019), puis de 6,75% à partir du 1^{er} janvier 2022
 - Après 2021, une reconnaissance dans la TLAC des fonds propres d'un groupe limitée au *Common Equity Tier 1* (CET1). La France a obtenu une disposition spécifique en faveur des groupes coopératifs bénéficiant d'un mécanisme de solidarité, dont une large part de leurs fonds propres est située dans des entités affiliées et non dans l'organe central
 - Une prise en compte dans l'exigence de la TLAC des dettes seniors (hors dérivés et dettes structurées) à plus d'un an
 - à hauteur de 2,5% des RWA tant que l'exigence de la TLAC sera fixée à 16% des RWA
 - puis de 3,5% des RWA lorsque l'exigence sera de 18%

A noter : le MREL (art. 45 BRRD)

- Le ratio MREL (*minimum requirement for own funds and eligible liabilities*) correspond à l'exigence minimale de fonds propres et passifs exigibles d'un établissement soumis à BRRD, ce qui vise à déterminer un niveau minimum de dettes capables d'absorber des pertes. BRRD précise que l'exigence minimale est calculée comme étant le montant de fonds propres et d'engagements éligibles exprimé en pourcentage du total des passifs et des fonds propres de l'établissement
- Un mandat a été donné à l'Autorité Bancaire Européenne (ABE) pour élaborer des projets de normes techniques de réglementation précisant davantage les critères d'évaluation de ces exigences par établissement soumis. Les RTS préciseront :
 - Les critères d'évaluation permettant de déterminer, pour chaque établissement, une exigence minimum pour les fonds propres et les engagements éligibles qui sont soumis au pouvoir de renflouement interne et celles qui sont considérées comme des fonds propres (art. 45. 2.)
 - Les formats, modèles et définitions uniformes à utiliser pour l'identification et la transmission de l'information par les autorités de résolution à l'ABE, en coordination avec les autorités compétentes (art. 45. 17.)
 - Les méthodes et principes concernant la valorisation des engagements résultant de produits dérivés (art. 49. 5.)
- Le premier set de RTS précisant quelles sont les capacités d'absorption suffisantes des pertes par les EC ou EI ont été publiées le 3 juillet 2015

Le champ d'application de BRRD



Champ d'application /1

<ul style="list-style-type: none">• Compagnie financière holding	<p><u>Etablissement financier</u> dont les filiales sont <u>exclusivement ou principalement</u> :</p> <ul style="list-style-type: none">- des établissements de crédit, ou- des entreprises d'investissement, ou- des établissements financiers. <p><u>Et qui n'est pas</u> une compagnie financière holding mixte.</p>
<ul style="list-style-type: none">• Compagnie financière holding mixte	<p><u>Etablissement financier</u>, qui <u>n'est pas une entité réglementée</u>, mais dispose <u>au moins d'une filiale qui est une entité règlementée</u> et qui avec cette filiale constitue un <u>conglomérat financier</u>.</p> <p>Pour constituer un conglomérat financier, la société mixte et ses filiales doivent participer au secteur d'activité banque et assurance et dépasser certains seuils fixés par l'arrêté du 3 novembre 2014.</p>
<ul style="list-style-type: none">• Compagnie holding mixte (art. L 517-4-1 CMF)	<p>Entreprise qui a pour filiale un établissement de crédit ou une société de financement.</p> <p><u>ET qui n'est pas</u> un établissement, une compagnie financière holding ou une compagnie financière holding mixte.</p>

Champ d'application /2

<ul style="list-style-type: none">• Compagnie financière holding mère dans un État membre (art 4 point 30 du CRR)	Une <u>compagnie financière holding</u> qui n'est pas elle-même une filiale : <ul style="list-style-type: none">- d'un établissement agréé dans le même État membre , ou- d'une compagnie financière holding ou compagnie financière holding mixte constituée dans le même État membre
<ul style="list-style-type: none">• Compagnie financière holding mère dans l'Union (art 4 point 31 du CRR)	Une <u>compagnie financière holding mère</u> dans un État membre qui n'est pas une filiale: <ul style="list-style-type: none">- d'un établissement agréé dans un État membre, ou- d'une autre compagnie financière holding ou compagnie financière holding mixte constituée dans un État membre
<ul style="list-style-type: none">• Compagnie financière holding mixte mère dans un État membre (art 4 point 32 du CRR)	Une <u>compagnie financière holding mixte</u> qui n'est pas elle-même : <ul style="list-style-type: none">- une filiale d'un établissement agréé dans le même État membre, ou- d'une compagnie financière holding ou compagnie financière holding mixte constituée dans le même État membre
<ul style="list-style-type: none">• Compagnie financière holding mixte mère dans l'Union (art 4 point 33 du CRR)	Une <u>compagnie financière holding mixte mère</u> dans un État membre, qui n'est pas une filiale: <ul style="list-style-type: none">- d'un établissement agréé dans un État membre, ou- d'une autre compagnie financière holding ou compagnie financière holding mixte constituée dans un État membre

Champ d'application /3

- **Entreprises d'investissement**

Personnes morales, autre que les établissements de crédit, qui fournissent des services d'investissement à titre de profession habituelle.

- **Etablissement financier (article 4 point 26 du CRR)**

Une entreprise, autre qu'un établissement, dont l'activité principale consiste à prendre des participations ou à exercer une ou plusieurs des activités suivantes :

- Prêts, y compris, notamment: le crédit à la consommation, le crédit hypothécaire, l'affacturage avec ou sans recours et le financement des transactions commerciales (affacturage à forfait inclus),
- Crédits-bails,
- Services de paiement,
- Emission et gestion de moyens de paiement,
- Octroi de garantie et souscription d'engagements,
- Transactions, pour le compte propre ou pour le compte des clients, sur tout élément suivant : (les instruments du marché monétaire (chèques, effets, certificats de dépôts, les marchés de changes, les instruments financiers à terme et options, les instruments sur devises ou taux d'intérêts, les valeurs mobilières).
- Participations aux émissions de titres et prestations de services y afférents,
- Conseil aux entreprises en matière de structure du capital, de stratégie industrielle et questions connexes et conseils, ainsi que dans le domaine de la fusion et du rachat d'entreprises,
- Intermédiation sur les marchés interbancaires,
- Gestion et conseil en gestion de patrimoine,
- Conservation et administration de valeurs mobilières,
- Emission de monnaie électronique.

Les établissements financiers englobent les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes, les établissements de paiement et les sociétés de gestion de portefeuille, mais excluent les sociétés holding d'assurance et les sociétés holding mixtes d'assurance.

Typologie des instruments de résolution



Concept de résolution bancaire

- La « résolution » consiste à faire intervenir une autorité publique dite de résolution (en France, l'ACPR) sur un établissement bancaire ou financier avant la défaillance de celui-ci, de façon à le restructurer ou à opérer une liquidation ordonnée, dans le but de limiter l'impact sur les clients de l'établissement et sur le reste de l'économie
- La résolution bancaire vise à éviter la faillite pure et simple d'une banque, qui se traduirait quasi automatiquement par sa mise en liquidation judiciaire ayant pour effet, notamment :
 - le blocage des comptes de la clientèle et effets en chaîne sur les créanciers ou débiteurs des clients
 - l'interruption des services bancaires et financiers
 - le blocage prolongé et la perte de valeur des fonds apportés par les créanciers et les actionnaires
 - la perte de valeur des actifs de l'établissement, etc...

Typologie des instruments de résolution (art. 37)

- BRRD crée plusieurs instruments de résolution pouvant être mis en œuvre par l'ACPR en cas de déclenchement d'une procédure de résolution
- Ces instruments peuvent être utilisés avant ou de manière concomitante à l'exercice par l'ACPR du pouvoir de dépréciation et de conversion des instruments de fonds propres conformément à l'article 59 de BRRD.
- L'article 37 détaille les instruments de résolution exorbitants du droit commun :
 - la cession des activités de l'établissement (art. 38 et 39)
 - le recours à un établissement-relais : « *bridge bank* » (art. 40 et 41)
 - la séparation des actifs : « *bad bank* » (art. 42)
 - le renflouement interne : « *bail-in* » (art. 43), que nous développerons plus spécifiquement dans une partie dédiée

✓ En tant que clientes des établissements de crédit, les sociétés commerciales sont impactées par les instruments de résolution qui pourraient être mis en œuvre en cas de faillite

Pouvoir de dépréciation et de conversion des instruments de fonds propres (art. 59)

- Les autorités de résolution sont investies du pouvoir de déprécier ou de convertir des instruments de fonds propres pertinents. Ce pouvoir peut être exercé indépendamment ou de manière concomitante à la mise en œuvre d'un instrument de résolution
 - « Les États membres devraient veiller à ce que les instruments de fonds propres additionnels de catégorie 1 [Tier 1] et de catégorie 2 [Tier 2] absorbent l'intégralité des pertes au point de non-viabilité de l'établissement émetteur.
 - Les autorités de résolution devraient donc être tenues de déprécier l'intégralité de ces instruments ou de les convertir en instruments de fonds propres de base de catégorie 1, au point de non-viabilité et avant que toute mesure de résolution ne soit prise.
 - À cette fin, on entend par «point de non-viabilité» le moment où l'autorité concernée décide que l'établissement remplit les conditions de déclenchement de la procédure de résolution ou qu'il cesserait d'être viable si ces instruments de fonds propres n'étaient pas dépréciés ou convertis.
 - Le fait pour les autorités de déprécier ou de convertir un instrument dans les cas prévus par la présente directive devrait être mentionné dans les clauses régissant l'instrument, ainsi que dans le prospectus ou les documents d'offre publiés ou fournis avec l'instrument. » (considérant 81)

BILAN COMPTABLE BANCAIRE

	ACTIF		PASSIF
1	Prêts interbancaires	1	Emprunts interbancaires
2	Crédits de la clientèle	2	Dépôts de la clientèle
3	Portefeuilles titres	3	Certificats de dépôt
4	Immobilisations	3	Obligations
		5	Fonds propres

- Les actifs et les passifs de la **classe 1** correspondent aux opérations interbancaires celles que la banque réalise avec d'autres institutions financières, dans le cadre de sa gestion de trésorerie
- Les actifs et les passifs de la **classe 2** correspondent aux opérations avec la clientèle. À l'actif, les crédits accordés, au passif, les dépôts collectés ventilés
- Les actifs et les passifs de la **classe 3** reprennent les opérations sur titres et les opérations diverses. À l'actif, les placements de la banque sur le marché des capitaux pour son propre compte. Au passif, les titres de dettes que la banque émet pour se refinancer
- La **classe 4**, à l'actif, contient les valeurs immobilisées, c'est-à-dire les biens et valeurs censés demeurer durablement dans le patrimoine de la banque
- La **classe 5**, au passif, comprend les provisions constituées et les fonds propres y compris les bénéfices non distribués. Les fonds propres sont constitués du capital social et des réserves

Cession des activités de l'établissement (art. 38 et 39)

- Les articles 38 et 39 de BRRD permettent le transfert par une autorité de résolution à un acquéreur autre qu'un établissement-relais, des actions ou autres titres de propriété émis par un établissement soumis à une procédure de résolution ou des actifs, droits ou engagements d'un établissement soumis à une procédure de résolution
- Après avoir appliqué l'instrument de cession des activités, les autorités de résolution peuvent, avec le consentement de l'acquéreur, exercer les pouvoirs de transfert en vue de retransférer les actifs, à leurs propriétaires initiaux. Les propriétaires initiaux seront obligés de reprendre les actifs, droits ou engagements ou les actions ou autres titres de propriété
- La vente sera effectuée de manière à protéger les déposants : elle doit être transparente, ne pas favoriser indûment les acquéreurs potentiels, ne pas opérer de discrimination, ne pas être entachée de conflit d'intérêt, ne pas conférer d'avantage indu à aucun acquéreur potentiel. Elle doit tenir compte de la nécessité de mener une action de résolution rapide, et viser à maximiser le prix de vente des actions ou autres titres de propriété, actifs, droits ou engagements concernés
- Les actionnaires ou créanciers de l'établissement soumis à une procédure de résolution et autres tiers dont les actifs, droits ou engagements ne sont pas transférés n'ont aucun droit, direct ou indirect, sur les actifs, droits ou engagements transférés

L'établissement-relais (« bridge bank ») et la structure de gestion des actifs (« bad bank »)

- Les autorités de résolution pourront séparer les activités d'une banque en difficulté en deux structures distinctes :
 - **L'établissement-relais (« bridge bank »)** (art. 40 et 41) : l'autorité de résolution crée un établissement en charge d'acquérir les biens, droits, obligations, actions ou autres titres de propriété de l'entité en résolution en vue d'une cession au meilleur prix dans un proche avenir. L'établissement regroupera les actifs de qualité et sera capitalisé par la dette senior convertie en capital (*bail-in*), les dépôts et les autres dettes
 - **La structure de gestion des actifs (« bad bank »)** (art. 42) : l'autorité de résolution crée une structure de gestion des actifs en charge d'acquérir les biens, droits et obligations ou conserve la structure existante, en vue de les liquider au meilleur prix. Cette structure aura vocation soit à se redresser par des réformes structurelles, soit à faire faillite

✓ Ce mécanisme permet d'éviter la contagion du système financier et de minimiser les impacts sur l'économie

Mesures que l'ACPR peut mettre en œuvre en matière de résolution

Mesures que l'ACPR peut mettre en œuvre

	Ancien article L.613-31-16, I du Code monétaire et financier (CMF)	Equivalent après ordonnance 20 août 2015
Mesures ayant un impact sur la gouvernance	Nommer un administrateur provisoire (2°)	L. 612-34-1, I CMF
	Révocation d'un dirigeant responsable de l'établissement concerné (3°)	L. 613-51-2 CMF, L. 612-33 CMF
Mesures ayant un impact sur les activités	Transfert d'office de tout ou partie d'une ou plusieurs branches d'activité de l'établissement, les contrats en cours se poursuivant (4°)	L. 613-54 et suivants CMF
Recours à un établissement relais	Recours à un établissement-relais chargé de recevoir, à titre provisoire, tout ou partie des biens, droits ou obligations de la personne soumise à la procédure de résolution	L. 613-53 et suivants CMF
	Intervention du Fond de garantie des dépôts et de résolution (6°)	L. 312-15 CMF
Mesures faisant appel au FGDR	Transfert, avec son accord, au Fond de garantie des dépôts et de résolution ou à un établissement-relais des actions et parts sociales émises par la personne soumise à la procédure de résolution (7°)	L. 613-64 CMF
Mesures permettant de renforcer la structure financière	Emission de nouvelles actions, parts sociales ou autres instruments de fond propres (10°)	Art. L. 613-48-5 CMF
	Réduction du capital; annulation des titres de capital ou des éléments de passif ou conversion des éléments de passif afin d'absorber le montant des pertes (9°)	L. 613-48, I CMF
Mesures limitant ou interdisant certaines opérations	Interdiction de payer tout ou partie des dettes mentionnées à l'alinéa 9° et qui sont nées antérieurement à la date de la décision de l'autorité (11°)	L. 613-42 CMF
	Limitation ou interdiction temporaire de l'exercice de certaines opérations par l'établissement (12°)	L. 613-42-I CMF
	Limitation ou interdiction de distribuer un dividende aux actionnaires ou de rémunérer des parts sociales aux sociétaires de cet établissement (13°)	L. 613-56-I CMF
Autres mesures	Demande d'informations (1°)	
	Estimation des dépréciations sur la base d'une valorisation de l'actif et du passif de la personne concernée (8°)	L. 613-47 CMF
	Suspendre l'exercice du droit d'invoquer la déchéance du terme ainsi que des droits de résiliation et de compensation prévus à l'article L. 211-36-1 du CMF, de tout ou partie d'un contrat conclu avec cet établissement (14°)	L. 613-62-V CMF

Focus : le bail-in



Le renflouement interne (bail-in)

- Les autorités de résolution peuvent appliquer l'instrument de renflouement interne (bail-in) dans l'un ou l'autre des objectifs suivants :
 - Recapitaliser un établissement ou une entité qui permette de rétablir sa capacité de respecter les conditions de son agrément et de poursuivre les activités pour lesquelles il (ou elle) est agréé(e)
 - Convertir en participation ou réduire le principal des créances ou des instruments de dette transférés à un établissement ou à un tiers

- Le mécanisme de bail-in permet la conversion automatique de certains types de créances non garanties en capitaux propres

- Le bail-in prévoit de faire appel aux actionnaires et aux créanciers de la banque pour supporter les pertes encourues selon une hiérarchie prédéfinie. Ainsi, par ordre hiérarchique, les actionnaires et détenteurs de capital réglementaire pourront potentiellement perdre l'intégralité de leur investissement (absorption des pertes en priorité par les fonds propres), les créanciers détenteurs de dettes subordonnées puis de dettes seniors pourront également subir des pertes et des conversions en capital et les dépôts non garantis, c'est-à-dire ceux supérieurs à 100 000 euros pourront également être mobilisés,...

Hiérarchie des créanciers des établissements de crédit

- Le 27 décembre 2015, le gouvernement a annoncé la publication d'un projet de réforme de la hiérarchie des créanciers des établissements de crédit, qui modifie la hiérarchie des créanciers afin de faciliter la mise en œuvre du bail-in, ainsi que les règles applicables en matière de liquidation des établissements de crédit, qui trouveront également à s'appliquer en cas de mise en résolution
- Le projet modifie l'article L. 613-30-3 du CMF et permet d'isoler les titres de créance disponibles pour l'absorption des pertes, selon les modalités suivantes :
 - Une préférence serait octroyée par la loi à l'ensemble des créanciers qui relèvent actuellement de la classe dite « chirographaire » ou senior, y compris les propriétaires de titres de créance « vanille » émis avant l'entrée en vigueur de la loi. Les établissements de crédit pourront continuer à émettre des titres de créance dans cette catégorie à compter de l'entrée en vigueur de la loi
 - La loi permettrait aux établissements de crédit d'émettre des titres de créance dans une nouvelle catégorie qui absorberait les pertes en liquidation après les instruments subordonnés et avant la catégorie des instruments de passif préférés. Ces titres constitueraient la nouvelle tranche chirographaire. Seuls des titres financiers d'une maturité à la première émission supérieure à un an et qui ne sont pas structurés pourraient appartenir à cette catégorie. Les émissions dans cette nouvelle catégorie pourront débiter à compter de l'entrée en vigueur de la réforme

Projet de réforme de la hiérarchie des créanciers des établissements de crédit

- **Art. L. 613-30-3.** – I. – Dans le cas où une procédure de liquidation judiciaire est ouverte à l'encontre d'un établissement de crédit dans le cadre du livre VI du Code de commerce, concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances admises après les créanciers titulaires d'un privilège, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque mais avant les créanciers titulaires de titres subordonnés :
- « 1° En premier lieu, les créanciers titulaires pour la partie de leurs dépôts couverts par la garantie instituée en application du 1° du II de l'article L. 312-4 et le fonds de garantie des dépôts et de résolution pour les créances qu'il détient sur l'établissement concerné au titre des sommes versées en application du I ou du III de l'article L. 312-5 ;
- 2° En second lieu, les personnes physiques ainsi que les micros, petites et moyennes entreprises mentionnées au paragraphe 1 de l'article 2 de l'annexe à la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 de la Commission européenne définies en fonction de leur chiffre d'affaires annuel :
 - a) Pour la partie de leurs dépôts éligibles à la garantie mentionnée au 1° qui excède le plafond d'indemnisation prévu en application de l'article L. 312-16 ;
 - b) Pour leurs dépôts qui seraient éligibles à cette garantie s'ils n'étaient pas effectués auprès des succursales de l'établissement concerné situées dans un Etat non membre de L'Union européenne et non partie à l'accord sur l'Espace économique européen ;
- 3° En troisième lieu, les créanciers qui ne sont pas mentionnés au 4° ;
- 4° En quatrième lieu, les créanciers chirographaires constitués des seuls :
 - a) **propriétaires d'un titre de créance mentionné au II de l'article L.211-1 non structuré** ;
 - b) propriétaires ou titulaires d'un instrument ou droit mentionné à l'article L.211-41 présentant des caractéristiques analogues à un titre de créance mentionné au a) ; pour les sommes qui leurs sont dues au titre de ces titres de créance, instruments ou droits et à condition que leur contrat d'émission, dont l'échéance initiale ne peut être inférieure à un an, prévoit que leur propriétaire ou titulaire est chirographaire au sens du présent 4° .
- II. – Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles un instrument est considéré comme non structuré au sens du 4° du I. Ce décret peut prévoir que l'échéance initiale minimale des titres, instruments et droits mentionnés au 4° du I est supérieure à un an. »

Clause de reconnaissance du bail-in

- L'art. 55 BRRD a été transposé par l'ordonnance du 20 août 2015 à l'art. L. 613-55-13 CMF. Il pose le principe de reconnaissance contractuelle du bail-in.
- Les établissements bancaires dans l'Union Européenne et les autres entités financières entrant dans le champ d'application de la directive devront inclure une clause de reconnaissance du mécanisme de bail-in dans une large gamme de contrats qui ne sont pas soumis au droit européen. La clause devra être insérée dans les conventions conclues après le 1er janvier 2016 et s'appliquera aux conventions conclues avant le 1er janvier 2016 qui ont vocation à régir des opérations futures
- L'art. 55 vise tous les engagements, sauf ceux expressément exclus par l'art. 44 (2) [OPCVM, dépôts couverts etc.] et par l'article 108 (b) [dépôts garantis par le FGDR] de BRRD
- Certaines interrogations subsistent:
 - Incertitude sur le contenu de la clause (Projet final de RTS publié par l'EBA le 3 juillet 2015)
 - Sanctions du non respect de l'obligation
 - Absence de décision d'équivalence des législations

Focus : la garantie des dépôts



Garantie des dépôts : champ d'application /1

- Lorsqu'un établissement bancaire n'est plus en mesure de rembourser les dépôts en numéraire de ses clients, le Fonds de Garantie des Dépôts et de Résolution (FGDR) indemnise ceux-ci jusqu'à 100 000 €
- L'art. L. 312-4-1, II. du CMF exclut un certain nombre de titulaires de comptes du mécanisme de protection des dépôts par le FGDR :
 - Les États et les administrations centrales, les institutions supranationales
 - Les entreprises et organismes du secteur financier, notamment les banques et établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les organismes de placement collectif (OPC) , les organismes de retraite, les fonds de pension et autres établissements financiers (à l'exception des fonds qu'ils détiennent pour le compte de tiers sur des comptes dédiés) , les sociétés de financement définies au II de l'article L. 511-1 du CMF, les compagnies financières holding et les entreprises mères de société de financement définies à l'article L. 517-1 du CMF...
 - Les compagnies d'assurance....

Garantie des dépôts : champ d'application /2

- Certains types de dépôts sont exclus de la garantie :
 - Les dépôts dont l'existence ne peut être prouvée que par un instrument financier,
 - les dépôts dont le principal n'est pas remboursable au pair, ou n'est remboursable au pair qu'en vertu d'une garantie spécifique ou d'un accord spécifique donnés par l'établissement de crédit qui reçoit les dépôts en question ou par un tiers,
 - les dépôts ayant le caractère de fonds propres,
 - les dépôts liés à des opérations pour lesquelles une condamnation pénale définitive pour blanchiment au sens des articles 324-1 et suivants du code pénal a été prononcée,
 - les dépôts anonymes ou les dépôts dont le titulaire n'est pas identifié en application des articles L. 561-5 et suivants,
 - les TCN et autres titres de créances émis par l'établissement de crédit

Garantie des dépôts : fonctionnement du mécanisme

- Le mécanisme de garantie des dépôts est mis en œuvre sur demande de l'ACPR dès que celle-ci constate qu'un établissement de crédit n'est plus en mesure de restituer les fonds laissés en compte, immédiatement ou à terme rapproché ou à titre préventif, lorsque la situation laisse craindre à terme une indisponibilité des fonds
- Dans ce cadre, le FGDR a pour mission d'indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ou autre fonds remboursables, soit « tout solde débiteur résultant de fonds laissés en compte ou de situations transitoires provenant d'opérations bancaires normales que l'établissement de crédit doit restituer conformément aux conditions légales et contractuelles applicables, notamment en matière de compensation » (art. 2 du Règlement CRBF n° 99-05 du 9 juillet 1999)
- Le FGDR est subrogé dans les droits des bénéficiaires de son intervention à concurrence des sommes qu'il a versées
- Le FGDR ne peut agir que dans la limite de ses ressources. Si celles-ci sont insuffisantes, le déposant pourra subir une perte dans la mesure où aucun texte ne prévoit la substitution de l'Etat. Cependant, cette absence de garantie de l'Etat peut-être relativisée dans la mesure où l'on peut raisonnablement penser que l'Etat interviendra, tout au moins s'il en a les moyens

- Le FGDR a également été créé pour indemniser les déposants et clients des intermédiaires financiers en cas d'indisponibilité des titres. Le mécanisme de garantie des titres a pour objet d'indemniser les investisseurs en cas d'indisponibilité de leurs instruments financiers lorsqu'ils sont liés à un service d'investissement, à la compensation ou à la conservation d'instruments financiers...
- La garantie des investisseurs est prévue par les articles L. 322-1 à L. 322-5 du CMF et couvre les « instruments financiers », c'est à dire, selon l'article L. 211-1 du CMF :
 - Les « titres financiers » :
 - Les titres de capital (actions, quelle qu'en soit la forme, nominative ou au porteur, cotées en bourse ou non) émis par les sociétés par action
 - Les créances revêtant la forme d'un titre, émises par l'État ou une collectivité locale, une société de capitaux ou un fonds commun de titrisation, telles que, par exemple, les obligations assimilables du Trésor (OAT), les bons du Trésor, les obligations sous toutes leurs formes, les titres de créances négociables (TCN, dont les billets de trésorerie et les certificats de dépôts)
 - Les parts ou actions d'organismes de placement collectif tels qu'OPCVM (sociétés d'investissement à capital variable - SICAV, ou fonds communs de placement - FCP), et sociétés civiles de placement immobilier (SCPI)
 - Les « contrats financiers », également dénommés « instruments financiers à terme », tels que les options, les swaps, les contrats de couverture, etc., dont la liste figure à l'article D. 211-1 A du CMF

- Un compte titres ne peut fonctionner qu'avec un compte espèces associé, de manière à permettre les achats, les ventes, encaisser les intérêts, les dividendes, etc. La garantie des titres couvre à la fois les titres eux-mêmes et les espèces associées au fonctionnement des comptes titres
 - Tous les titres indisponibles et éligibles à la garantie présents dans tous les comptes titres d'un client sont évalués et additionnés pour déterminer la base de l'indemnisation. Le FGDR indemnise ce montant jusqu'à 70 000 €
 - De plus, le FGDR identifie le montant total des espèces indisponibles associées aux comptes-titres du client

Focus : impacts sur les contrats de produits dérivés



Pouvoir de suspendre temporairement les droits de résiliation (« Stay Protocol ») (art. 71)

- BRRD prévoit que les autorités de résolution puissent suspendre les droits de résiliation de toute partie à un contrat conclu avec l'établissement de crédit, y compris à l'égard de la filiale de l'établissement. La période de suspension prévue dure « *jusqu'à minuit dans l'État membre où l'autorité de résolution de l'établissement soumis à une procédure de résolution est établie à la fin du jour ouvrable suivant la publication, pour autant que les obligations de paiement et de livraison au titre du contrat, ainsi que la fourniture d'une garantie, continuent d'être assurées* »
- Avant l'expiration de la période de suspension, BRRD prévoit qu'une personne pourra exercer le droit de résiliation découlant d'un contrat si l'autorité de résolution l'avise que les droits et engagements couverts par le contrat ne sont pas transférés à une autre entité ou soumis à dépréciation ou conversion sur application de l'instrument de renflouement interne
- Lorsque l'autorité de résolution exerce le pouvoir de suspension des droits de résiliation, ces droits peuvent être exercés à l'expiration de la période de suspension dans les conditions suivantes :
 - Si les droits et obligations couverts par le contrat ont été transférés à une autre entité, une contrepartie ne peut exercer les droits de résiliation conformément aux clauses de ce contrat que lors de la poursuite ou de la survenance ultérieure d'un fait entraînant l'exécution de l'entité réceptrice
 - Si l'établissement conserve les droits et obligations couverts par le contrat et que l'autorité n'a pas appliqué à ce contrat l'instrument de renflouement interne, une contrepartie peut exercer les droits de résiliation conformément aux clauses de ce contrat à l'expiration de la période de suspension

KRAMER LEVIN

Gilles Kolifrath
Avocat

Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

47, Avenue Hoche 75008 Paris

Tel +33 (0)1 44 09 46 00 Fax +33 (0)1 44 09 46 01

gkolifrath@kramerlevin.com

New York Paris Silicon Valley www.kramerlevin.com

CONTACT