

Les mesures de redressement bancaire

Yves HERINCKX

Avocat (Bruxelles), solicitor (England and Wales)

1. La Loi Bancaire avait quinze ans en 2008 ; cela aurait pu être une crise d'adolescence, ce fut pire : une crise financière. À vingt ans elle n'en est pas encore sortie mais elle en a, comme d'une adolescence bien vécue, tiré les leçons.
2. La loi du 2 juin 2010 «visant à compléter les mesures de redressement applicables aux entreprises relevant du secteur bancaire et financier» a introduit dans la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (ci-après la «loi de 2010» et la «Loi Bancaire») diverses dispositions en vue de répondre aux situations de crise telles que vécues en 2008 : pouvoirs accrus d'intervention de la Banque nationale de Belgique, et possibilité pour l'État de nationaliser tout ou partie d'une banque en crise qui créerait un risque systémique, en particulier¹. Ces dispositions portent la marque du contexte qui les a inspirées, et spécialement de l'affaire Fortis. L'on se souvient des tentatives de suspension en référé de la cession de Fortis Banque à l'État belge et à BNP Paribas, en raison d'une prétendue violation de la charte de gouvernance du groupe Fortis qui soumettait les cessions de grande ampleur à l'approbation de l'assemblée générale : échec de la demande devant le président du tribunal de commerce, succès en appel, puis cassation². Le nouvel article 57bis, § 8, de la Loi Bancaire permet dorénavant au conseil d'administration, en situation de crise, de «déroger aux restrictions statutaires à ses pouvoirs de gestion» : la règle est taillée sur mesure pour réécrire l'histoire. Il ne s'agit cependant pas de simples mesures de circonstance. La loi s'inscrit en effet dans une tendance internationale à l'élaboration d'outils structurels de résolution des institutions financières.
3. Les nouvelles mesures n'ont à l'heure actuelle, à notre connaissance, encore jamais été utilisées en tant que telles. Le simple fait que le gouvernement dispose maintenant du pouvoir de nationaliser une banque, ce qui n'était pas le cas lors de la

¹ La même loi contient des dispositions similaires relatives aux compagnies d'assurance et aux organismes de liquidation, qui ne seront pas abordées dans cet article. Elle est accompagnée d'une seconde loi du même jour «complétant, en ce qui concerne les voies de recours, la loi du 2 juin 2010 visant à compléter les mesures de redressement applicables aux entreprises relevant du secteur bancaire et financier».

² Prés. Comm. Bruxelles, 18 novembre 2008, *Dr. banc. fn.*, 2008, p. 387 ; Bruxelles, 12 décembre 2008, *Dr. banc. fn.*, 2008, p. 399 ; Cass., 19 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 510.

crise Fortis de 2008, a toutefois contribué à la solution de la crise Dexia en 2011 : « Il est *a posteriori* évident que le fait de disposer de cette disposition légale de dernier ressort a permis au gouvernement d'obtenir *in fine* ce qu'il désirait, à savoir la revente de [Dexia Banque Belgique] dans un contexte de *good bank*. La possibilité d'utiliser cette loi a été brandie vis-à-vis du gouvernement français, en tant qu'arme ultime, dans la négociation. »³

4. La matière est en évolution. La Commission européenne a déposé le 6 juin 2012 une proposition de directive « établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit », qui devrait être adoptée au cours du premier semestre 2013⁴. La Banque nationale de Belgique a suggéré certaines modifications aux dispositions introduites par la loi de 2010⁵. Le Financial Stability Board, organisme établi par le G20 pour coordonner au niveau international la réglementation financière, a récemment lancé une consultation sur les procédures de redressement et de résolution⁶.

5. Le présent article décrira brièvement les mesures de redressement prévues par la loi de 2010⁷, puis examinera quelques questions particulières : champ d'application de la loi, évaluation de l'indemnité de nationalisation, et effet sur les mécanismes de *netting*.

I. Conditions, objet et procédure

6. L'autorité de contrôle bancaire (C.B.F., C.B.F.A. puis B.N.B.) dispose depuis l'origine de la Loi Bancaire et de son article 57 du pouvoir d'imposer diverses mesures de remédiation à une banque en situation de crise : désignation d'un commissaire spécial, suspension de tout ou partie des activités, remplacement d'administrateurs, révocation de l'agrément. En 2007 s'y est ajouté le pouvoir d'exiger un renforcement de la solvabilité ou de la liquidité au-delà du niveau requis par les ratios réglementaires ordinaires. Ces pouvoirs ne pouvaient toutefois s'exercer qu'après mise en

³ « Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner les circonstances qui ont contraint au démantèlement de la Dexia SA », *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-1862/02, p. 146.

⁴ COM(2012) 280 final; Projet de rapport sur la proposition de directive (rapporteur: M. Gunnar Hökmark), *P.E. Doc.*, 2012/0150 (COD), 11 octobre 2012.

⁵ BNB, *Rapport intérimaire: Réformes bancaires structurelles en Belgique*, juin 2012, pp. 6 et 45.

⁶ *Recovery and Resolution Planning: Making the Key Attributes Requirements Operational*, *Consultative Document*, novembre 2012, et *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, octobre 2011, www.financialstabilityboard.org.

⁷ Pour une analyse approfondie, voy. I. VEROUGSTRÆTE et S. DE JONGHE, « Herstelmaatregelen en rechtsbescherming in en buiten de wet van 2 juni 2010 », in coll., *Financiële regulering in de kering, IFR-dagen 2011*, p. 515; G. CARTON DE TOURNAI, « Commentaire de la loi du 2 juin 2010 sur les mesures d'urgence dans le secteur bancaire et financier », *C&FP*, 2012/2, p. 2 (également publié dans coll., *Réforme du contrôle du secteur financier (Twin Peaks) – Incidences en assurance*, *Bull. ass.*, 2011, dossier n° 17, p. 237); J.-P. DEGUÉE, « Nouvelle législation sur le renforcement des mesures de redressement en cas de crise », *R.D.C.*, 2011, p. 238; S. PAUWELS, « Herstelmaatregelen bij financiële instellingen », *Dr. banc. fin.*, 2010, p. 268.

demeure et délai de remédiation infructueux. La loi de 2010 permet dorénavant qu'en cas d'extrême urgence ces mesures soient imposées immédiatement, sans tentative de remédiation préalable.

7. Plus fondamentalement, la loi de 2010 donne au gouvernement la possibilité de nationaliser une banque systémique en situation de crise grave. Ceci fait l'objet des nouveaux articles 57*bis* et 57*ter* de la Loi Bancaire.

La nationalisation peut être totale ou partielle. Elle peut se faire soit en amont et porter sur les actions⁸ de la banque, soit en aval et porter sur ses actifs, passifs et activités. L'État peut nationaliser en sa faveur et devenir lui-même acquéreur, ou imposer une cession à un tiers déterminé. Le tiers acquéreur ne doit pas être une autorité publique ; il peut par exemple être une autre institution financière. Un tel mécanisme d'expropriation en faveur d'un tiers n'est pas nouveau, et la Cour constitutionnelle n'y voit aucune objection au regard de l'article 16 de la Constitution⁹.

La mesure ne peut être prise que si, d'une part, la banque concernée est elle-même confrontée à l'un des problèmes visés à l'article 57, § 1, de la Loi Bancaire – typiquement, le fait que sa situation financière ne présente plus de « garanties suffisantes sur le plan de sa solvabilité [ou] de sa liquidité » – et que si, d'autre part, le problème est d'ordre systémique. L'article 57*ter* ne permet en effet une nationalisation que si la situation « est susceptible d'affecter la stabilité du système financier belge ou international en raison du volume de dépôts de l'établissement de crédit concerné, de son importance sur le marché des crédits ou de son rôle dans le système financier ».

La décision doit être prise par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, sur demande ou après avis de la Banque nationale de Belgique. L'arrêté fixe l'indemnité due à la banque concernée ou à ses actionnaires. Le Tribunal de première instance de Bruxelles, sur requête de l'État, procède à une première vérification de la régularité de la procédure et du caractère apparemment juste de l'indemnité. Le tribunal peut accepter ou rejeter l'indemnité proposée, mais n'a pas le pouvoir à ce stade de la procédure de la fixer à un autre niveau que ce qui était offert par l'État. Le jugement rend la nationalisation définitive. Une procédure en révision de l'indemnité peut ensuite être introduite contre l'État.

8. Outre les dispositions décrites ci-dessus, il faut encore mentionner les « mesures anticrise » que le gouvernement est habilité à prendre en vertu de l'article 36/24 de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique, et notamment la possibilité d'accorder une garantie d'État à certains passifs ou

⁸ La version française de la loi parle de « titres ou parts », mais la version néerlandaise ne vise que les « aandelen ». La loi ne permet donc pas de nationaliser les titres de dette subordonnée constitutifs de fonds propres réglementaires *tier 1* ou *tier 2*, ni *a fortiori* les créances résultant d'actions en responsabilité d'investisseurs procéduriers, comme les Pays-Bas l'ont récemment fait chez SNS Reaal (l'arrêté de nationalisation a été partiellement annulé, en ce qui concerne l'expropriation des créances en responsabilité, par le Conseil d'État néerlandais, 25 février 2013, aff. 201301173/1/A3, www.raadvanstate.nl). Il serait opportun de modifier la Loi Bancaire sur ce point.

⁹ C.C., 18 avril 2007, n° 62/2007, B.4.1.

actifs d'institutions financières. De telles garanties ont été accordées à plusieurs reprises depuis 2008.

II. Champ d'application

9. Les nouveaux articles 57*bis* et 57*ter* ne concernent que les institutions de crédit, et ne permettent pas la nationalisation d'une compagnie financière ou d'une compagnie financière mixte – c'est-à-dire, en langage courant, d'une holding bancaire. Or tous les grands groupes financiers belges cotés sont, ou étaient à leur époque, détenus par une holding faïtière sans statut bancaire : Dexia, KBC Groupe, Fortis, GBL. Une nationalisation portant sur les actions de l'entité cotée n'est donc pas possible dans l'état actuel des textes. C'est selon nous une lacune.

10. Les *Key Attributes of Effective Resolution Regimes* recommandés par le Financial Stability Board prévoient que les régimes de résolution doivent également s'appliquer aux holdings bancaires¹⁰. La proposition de directive « résolution » de la Commission européenne s'applique également à de telles holdings¹¹. Le champ d'application de la loi devra donc bientôt être élargi.

III. Évaluation de l'indemnité de nationalisation

11. L'indemnité due en compensation d'une nationalisation doit être « juste », selon l'article 57*ter*, §§ 3, 7 et 8. Mais qu'est-ce à dire ? L'enjeu de la question peut être considérable. Or l'évaluation de la banque nationalisée sera rendue particulièrement délicate par le contexte dans lequel elle se place. Par hypothèse, la banque concernée est confrontée à une crise grave et urgente, et peut-être même à un *run* de ses déposants. La valeur de cette banque sera fondamentalement différente selon que l'on intègre ou non dans l'évaluation les effets de son sauvetage par l'État. En l'absence d'intervention de l'État, une crise de liquidité et un *run* sur la banque peuvent très rapidement mener à une cessation de paiement et à une faillite, qui réduiront à zéro la valeur de la banque pour ses actionnaires et ne permettront pas aux créanciers de récupérer l'intégralité de leurs créances. En revanche, si l'on évalue la banque une fois nationalisée et sauvée, elle retrouve sa valeur de *going concern* et ses actifs retrouvent leur valeur de marché normale plutôt qu'une valeur de réalisation en vente forcée.

12. L'article 57*ter*, § 7, alinéa 4, de la Loi Bancaire prévoit que « Le tribunal tient compte de la situation concrète de l'établissement de crédit concerné au moment de l'acte de disposition, et notamment de sa situation financière telle qu'elle était ou aurait été si les aides publiques, dont il a bénéficié directement ou indirectement, n'avaient pas été consenties. Pour l'application du présent alinéa, sont assimilées à des aides publiques, les avances de liquidités d'urgence et garanties consenties par une per-

¹⁰ *Op. cit.*, n° 1.1(i), p. 5.

¹¹ Article 1^{er}(c), considérant (8) et point 4.4.1 de l'exposé des motifs.

sonne morale de droit public». Lors de la discussion du projet de loi, le président de la commission de la Chambre a indiqué que «le tribunal devra examiner quelle était la valeur liquidative ('valeur à casser') de l'entreprise le jour de la faillite virtuelle»¹².

Ceci exprime le choix délibéré par le législateur d'une évaluation qui fasse abstraction des effets positifs de la nationalisation. Une telle méthode d'évaluation peut aboutir, en particulier lorsque la nationalisation porte sur les actions de l'institution financière, à une indemnisation très faible ou symbolique. Le tribunal ne pourrait pas, nous semble-t-il, s'écarter de ces principes et considérer par exemple que la juste indemnité requise par la loi doit s'apprécier dans une perspective de continuité si c'est précisément la nationalisation qui a permis de préserver cette continuité¹³. Les cours et tribunaux n'ont pas, à cet égard, la même liberté d'appréciation que le gouvernement: celui-ci peut tenir compte de considérations d'opportunité économique ou politique pour octroyer une indemnité supérieure à la «valeur de crise» des biens nationalisés¹⁴, ceux-là ne le peuvent pas.

13. Le principe selon lequel l'indemnité doit être évaluée en faisant abstraction des effets de la nationalisation nous paraît conforme aux exigences du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (article 1^{er}), de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 17) et de la Constitution (article 16).

La Cour européenne des droits de l'homme interprète le Protocole n° 1 comme imposant, en cas d'expropriation ou de nationalisation, une indemnité qui soit «raisonnablement en rapport avec la valeur du bien» mais qui peut ne pas nécessairement correspondre à une «indemnisation intégrale»¹⁵. Dans l'affaire *Lithgow*, la Cour a jugé que l'évaluation d'actions nationalisées pouvait être faite par référence à une période antérieure à l'annonce de la nationalisation afin de neutraliser l'incidence du programme de nationalisation sur la valeur des titres¹⁶; dans l'affaire *Dervaux*, elle a jugé que l'indemnité d'expropriation d'un terrain agricole en vue de son intégration dans

¹² *Rapport, Doc. parl., Chambre, 2009-2010, n° 52-2406/03, p. 20.*

¹³ I. VEROUGSTRAETE et S. DE JONGHE, *op. cit.*, n° 50 (et, de manière plus nuancée, n° 67); *contra*: G. CARTON DE TOURNAI, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴ Les travaux parlementaires (*Rapport, loc. cit.*, p. 14) illustrent parfaitement cela: «Pour ce qui est du sort réservé aux actionnaires, le ministre rappelle que Fortis [...] a dû faire face à un assèchement particulièrement rapide du marché des liquidités à la veille d'un weekend de septembre 2008 et si l'État n'était pas intervenu immédiatement, la valeur de l'action se serait effectivement trouvée proche de zéro. [...] Lors des discussions au sein du gouvernement, le ministre a proposé de ne verser qu'un euro pour la reprise des actions restantes, la banque se trouvant dans l'impossibilité de poursuivre ses activités sans une nouvelle intervention publique. Ce prix a bien entendu été jugé insuffisant par beaucoup d'actionnaires. Après de longs débats, le gouvernement a finalement retenu le [...] montant de 4,7 milliards d'euros».

¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, req. n° 9006/80 e.a., n°s 121 et 122; arrêt *Papachelas c. Grèce*, 25 mars 1999, req. n° 31423/96, n° 48; arrêt *Scordino c. Italie* (n° 1), 29 mars 2006, req. n° 36813/97, n°s 93 à 98; arrêt *Kozacioglu c. Turquie*, 19 février 2009, req. n° 2334/03, n° 64; arrêt *Dervaux c. France*, 4 novembre 2010, req. n° 40975/07, n° 49.

¹⁶ *Loc. cit.*, n°s 131 et 132.

une zone industrielle ne devait pas inclure la valeur apportée au terrain par les travaux de viabilisation du site réalisés par les communes expropriantes¹⁷.

La Cour constitutionnelle considère pour sa part qu'une juste indemnité d'expropriation doit assurer la «réparation intégrale» du préjudice subi¹⁸. Elle a jugé que, lorsqu'une expropriation vise la réalisation d'un plan d'aménagement du territoire, cette indemnité ne doit pas inclure la plus-value qui résulte de la réalisation du plan¹⁹. Elle considère par ailleurs qu'une indemnité trop élevée violerait, tout autant qu'une indemnité trop basse, les principes d'égalité et de non discrimination²⁰. La Cour de cassation considère dans le même sens qu'une indemnité d'expropriation ne doit pas inclure la plus-value qui résulte de l'expropriation elle-même²¹.

14. L'analyse ci-dessus concorde avec la tendance actuelle des réflexions sur le rôle des États face aux défaillances du système financier, qui demande un écrasement complet des actionnaires préalablement à tout sauvetage de banque par injection de capital aux frais du contribuable²².

IV. Mécanismes de *netting*

15. Paradoxalement, la loi de 2010 est néfaste pour les mécanismes de *netting* dont on connaît par ailleurs l'importance pour la stabilité financière. Ces mécanismes reposent sur l'agrégation d'un ensemble d'opérations conclues entre deux parties pour réduire cet ensemble, en cas de défaillance de l'une des parties, à un seul solde net à payer par l'une à l'autre. L'exemple classique est celui du contrat-cadre ISDA qui organise le *netting* des risques réciproques résultant des opérations de dérivés conclues entre les parties. Or la loi de 2010, en permettant au gouvernement d'imposer le transfert d'une partie seulement des actifs et passifs d'une banque, crée la possibilité d'une scission du portefeuille d'opérations qui était censé couvert par un accord de *netting*. Il est ainsi concevable qu'une partie du portefeuille soit transférée à une *bad bank*, par exemple, et que le reste subsiste dans l'entité d'origine.

Le sort du mécanisme de *netting* après un tel transfert partiel est totalement incertain : la contrepartie peut-elle par exemple encore invoquer envers l'entité d'origine un motif

¹⁷ *Loc. cit.*, n^{os} 53 et 54.

¹⁸ C.A., 7 mars 2007, n^o 33/2007, B.4.6; 18 avril 2007, n^o 2007/62, B.4.6; C.C., 8 décembre 2011, n^o 186/2011, B.9. Il n'est pas certain, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voy. l'arrêt Scordino c. Italie (n^o 1), n^o 96), que ce principe de réparation intégrale soit transposable de la matière des expropriations à la matière des nationalisations bancaires.

¹⁹ C.C., 8 décembre 2011, n^o 186/2011, B.9 et B.13; 25 octobre 2012, n^o 129/2012, B.7. Voy. également sur ce principe Cass., 22 mars 2012 (deux arrêts), C.10.0152.N et C.10.0155.N.

²⁰ C.A., 18 octobre 1994, n^o 77/94, B.2.2.

²¹ Cass., 17 janvier 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 522; 8 juin 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 1080.

²² Rapport Hökmark, *op. cit.*, p. 90: « Finally, to state what to my mind is obvious: a non-negotiable prerequisite for any kind of public capital support shall be that shareholders are fully wiped out and creditors faced by adequate losses ».

de rupture qui serait imputable à la *bad bank*? Si oui, peut-elle compenser le solde des opérations transférées à la *bad bank* avec le solde des opérations maintenues dans l'entité d'origine? Et *quid* des opérations nouvelles, conclues après la scission du portefeuille? Ces questions sont actuellement sans réponse²³, et aucune des réponses possibles n'est de toute manière entièrement satisfaisante.

16. La proposition de directive «résolution» élimine le problème en prévoyant qu'une mesure de transfert forcé ne peut en aucun cas scinder un ensemble de droits et engagements couvert par un accord de *netting*: c'est tout ou rien²⁴. C'est la solution qui avait été retenue au Royaume-Uni dès l'adoption du Banking Act 2009²⁵, qui a pourtant servi de modèle à la loi de 2010. Il serait souhaitable que le législateur belge adopte dès que possible la même approche.

²³ La loi du 26 septembre 2011, en introduisant un nouvel article 4, § 4, dans la loi relative aux sûretés financières, n'a résolu que la question connexe de savoir si l'adoption d'une mesure de redressement peut en elle-même constituer un motif de *close-out* dans le cadre d'un accord de *netting*.

²⁴ Article 69 de la proposition, et point 4.4.11 de l'exposé des motifs.

²⁵ Banking Act 2009 (Restriction of Partial Property Transfers) Order 2009.

Cahiers AEDBF / EVBFR-Belgium
– N° 26 –

20 ANS DE LOI BANCAIRE

20 JAAR BANKWET

© 2013, Anthemis s.a. / Intersentia
Limal / Antwerpen - Cambridge
www.anthemis.be / www.intersentia.be

Toutes reproductions ou adaptations totales ou partielles de ce livre, par quelque procédé que ce soit et notamment par photocopie, réservées pour tous pays.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgevers.

D/2013/10.622/42
ISBN: 978-2-87455-627-2 (Anthemis)
ISBN: 978-94-000-0417-7 (Intersentia)

Mise en page / Zetwerk: Communications
Impression / Druk: Ciaco
Imprimé en Belgique / Gedrukt in België