



Union européenne

Le bail-in en régime transitoire

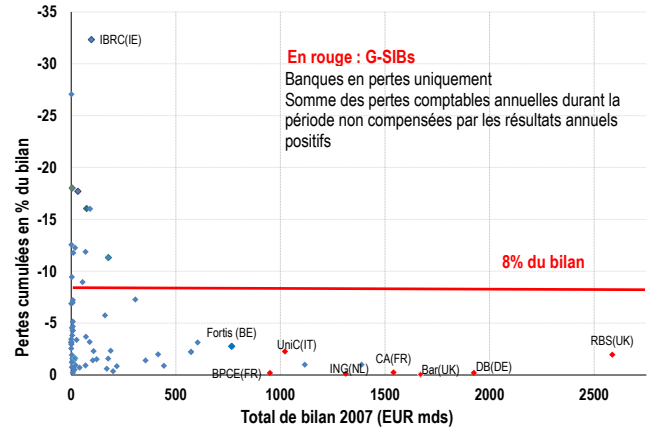
- Le *bail-in* ou "renflouement interne", applicable dans l'Union européenne depuis le 1^{er} janvier 2016 en vertu de la directive BRRD, vise à faire supporter les pertes d'une banque en difficulté prioritairement par les actionnaires et certaines catégories de créanciers plutôt que par les Etats.
- Dans un arrêt du 19 juillet 2016, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) rappelle que des exceptions au principe sont possibles "lorsque la mise en oeuvre de telles mesures risque de mettre en péril la stabilité financière ou de déboucher sur des résultats disproportionnés".
- La portée de l'arrêt mérite toutefois d'être relativisée. La finalisation prochaine du MREL (*Minimum Requirement for own funds and eligible liabilities*) et l'adaptation des passifs bancaires à cette nouvelle exigence devraient progressivement limiter les conséquences du *bail-in* en termes de stabilité financière et rendre les exceptions au principe extrêmement rares.

Rappel des objectifs du bail-in

Le *bail-in* ou « renflouement interne » constitue l'un des quatre « instruments de résolution » (que sont, outre le « renflouement interne », la cession des activités de l'établissement, le recours à un établissement relais, la séparation des actifs) introduits par la directive 2014/50 dite BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*) adoptée en 2014. Les mesures nationales de transposition relatives au *bail-in* sont applicables depuis le 1^{er} janvier 2016. Elles répondent à la nécessité de limiter l'impact des défaillances bancaires sur les finances publiques, tout en assurant la préservation des fonctions critiques de la banque en difficulté, dont la disparition pourrait mettre à mal la stabilité financière, en particulier dans le cas des établissements réputés systémiques.

En cas d'activation de la procédure de *bail-in* par l'autorité de résolution, les pertes seront d'abord absorbées par les fonds propres. Les éléments de passifs juniors et seniors dits *bail-inable* seront, ensuite, et à la discrétion de l'autorité de résolution, soit convertis en capitaux propres, soit dépréciés. Ces éléments de passifs sont, par ordre d'absorption des pertes, les fonds propres de base de catégorie 1 (CET1), les fonds propres réglementaires additionnels de catégorie 1, les fonds propres de catégorie 2, les autres créances subordonnées et, enfin, les autres passifs éligibles au *bail-in*, dans l'ordre qui prévaudrait dans une procédure normale d'insolvabilité, sauf exception. Certains éléments de passifs sont exclus du champ d'application du *bail-in*. Il en est ainsi des dépôts de la clientèle, pour leur fraction assurée par un dispositif de garantie des dépôts (i.e. jusqu'à 100.000 euros dans l'Union européenne), des obligations garanties (*covered bonds*), de la dette interbancaire de maturité initiale inférieure à sept jours. Enfin, la fraction non garantie des dépôts des particuliers et des PME (au-delà de 100.000 euros) est privilégiée et jouit d'un rang plus élevé que celle des créanciers

Pertes cumulées durant la crise financière (2007-2013)



Graphique 1 Sources : Bankscope et rapports financiers des banques, calculs BNP PARIBAS

ordinaires non garantis et non privilégiés (comme les créanciers obligataires).

Le principe : renflouement interne à hauteur de 8% du bilan avant toute intervention publique

L'absorption des pertes par les fonds propres et passifs éligibles au *bail-in* devra atteindre au moins 8% du bilan avant toute intervention publique. De manière facultative, le fonds de résolution, abondé par le secteur bancaire, pourra fournir une couche de protection supplémentaire en recapitalisant l'établissement en difficulté à hauteur de 5 % au maximum. Ce n'est donc qu'au-delà de pertes excédant le seuil de 8% du total de bilan de pertes, voire 13% dans l'hypothèse où le fonds de résolution serait mobilisé jusqu'à la limite autorisée, que l'Etat et le Mécanisme européen de Stabilité (MES) pourraient intervenir.

Ces seuils excèdent largement les pertes bancaires constatées durant la crise. Ainsi que le soulignait Vítor Constâncio, le vice-président de la BCE, dans une intervention récente¹, le seuil de 8% apparaît très élevé au regard des pertes supportées par les banques au cours de la crise financière, la perte moyenne subie s'établissant légèrement en deçà de 3%. De même, au cours de la crise financière nordique des années 1990, les banques avaient enregistré des pertes bien inférieures au seuil de 8% de leur bilan. Selon nos calculs (cf. graphique), entre 2007 et 2013, aucune banque de l'Union européenne de bilan supérieur à 250 milliards d'euros n'a subi de perte excédant le seuil de 8% de son bilan. En conséquence, avec la BRRD, la probabilité d'un recours aux fonds de résolution et, le cas échéant, aux programmes de recapitalisation publics (nationaux ou européen) apparaît extrêmement réduite.

¹ *Challenges for the European banking industry. Lecture by Vítor Constâncio, Vice-President of the ECB, at the Conference on "European Banking Industry: what's next?", organised by the University of Navarra, Madrid, 7 July 2016.*



Premier exemple autrichien

La première application du dispositif européen de *bail-in* est intervenue en Autriche en vertu de la loi nationale de transposition de la BRRD (BaSAG), adoptée dès janvier 2015.

Il s'appliquait en l'occurrence à Heta Asset Resolution AG, la structure de cantonnement (*bad bank*) issue de la faillite de Hypo Alpe Adria et confrontée à un déficit en fonds propres de 7,5 milliards d'euros. L'autorité autrichienne des marchés financiers (FMA), qui est également l'autorité de résolution, a annoncé le 10 avril 2016 la dépréciation totale (100%) des dettes subordonnées de Heta, la dépréciation à hauteur de 54% des « passifs éligibles privilégiés » (soit la dette senior) et reporté le remboursement des 46% restants au 31 décembre 2023. En outre, tous les paiements d'intérêts ont été annulés rétroactivement au 1^{er} mars 2015, date d'ouverture de la résolution.

De (très) rares exceptions

La directive BRRD prévoit de rares exceptions au principe du *bail-in*. Dans son article 32.4.d, elle permet d'écarter le principe de la résolution et autorise "un soutien financier public exceptionnel (...) afin d'empêcher ou de remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre et de préserver la stabilité financière (...)". La mise en œuvre de ce soutien public tombe, dès lors, dans le champ de la communication publiée en 2013 par la Commission, relative aux aides d'Etat apportées au secteur financier et à leur conformité au marché intérieur. Ladite communication subordonne toute intervention de l'Etat à l'absorption préalable des pertes par les actionnaires et les créanciers subordonnés (quand bien même le seuil de 8% ne serait pas atteint ou serait, au contraire, franchi). Elle pose néanmoins une exception au principe (qui, rappelons-le, est déjà une exception au principe défini par la BRRD...) "lorsque la mise en œuvre de telles mesures risque de mettre en péril la stabilité financière ou de déboucher sur des résultats disproportionnés" comme l'indique la CJUE dans son arrêt du 19 juillet 2016. En réponse à l'une des questions préjudicielles qui lui étaient posées par la Cour constitutionnelle slovène, la CJUE a validé la communication de la Commission en précisant que cette dernière devait s'y conformer lors de l'examen d'une aide publique « sous peine de se voir sanctionnée ». En d'autres termes, les Etats membres conservent, dans certaines circonstances exceptionnelles, la faculté de déroger à l'absorption préalable des pertes par les actionnaires et créanciers subordonnés et, *a fortiori*, au *bail-in* mais ils s'exposent dans cette hypothèse au risque de voir l'aide publique jugée « non conforme au marché intérieur ».

La réduction prévisible du champ des exceptions au *bail-in*

L'arrêt du 19 juillet 2016 laisse donc entrevoir des exceptions au *bail-in* mais sa portée nous semble devoir être relativisée pour au moins deux raisons.

Tout d'abord, la décision préjudicielle de la CJUE s'inscrit dans le contexte d'aides publiques à cinq banques slovènes en 2013, donc bien avant l'adoption et l'entrée en vigueur de la directive. Or il est probable que dans le nouvel état du droit issu des mesures de transposition de la BRRD, la Cour se montre encore moins encline à admettre des exceptions au principe.

Ensuite, certaines difficultés pratiques de mise en œuvre du *bail-in* devraient progressivement s'atténuer. La BRRD a pour objectif de protéger les contribuables et certaines catégories de dépôts mais son application se heurte à une difficulté pratique : l'ordre d'absorption des pertes dépend de la nature juridique de l'instrument et non de la qualité du détenteur (exemple italien dans lequel une fraction importante de dette subordonnée est détenue par les particuliers). Il ne saurait toutefois en être autrement puisqu'il ne serait guère concevable que le risque associé à la détention d'un même instrument puisse varier selon le type de détenteur. Dans ce contexte, la constitution de matelas de ressources *bail-inable* constituera le complément indispensable du *bail-in* en permettant de circonscrire celui-ci à certains instruments identifiables par les investisseurs et les épargnants et de rassurer les déposants non garantis lorsque le seuil de 8% du passif sera atteint. Elle fera l'objet du TLAC (*Total Loss Absorbing Capacity*) qui s'appliquera en 2019 aux 30 banques à caractère systémique (« G-SIB ») et du MREL qui concernera l'ensemble des banques de l'Union européenne (et pas seulement les G-SIB qui, par ailleurs, devront également respecter le TLAC).

Un investisseur averti en vaut deux

Pour autant, la BRRD n'opère pas de lien automatique entre le seuil de 8% d'absorption de pertes dans le cadre du « *bail-in* » et le calibrage du MREL. D'ailleurs, dans le cadre de sa consultation publiée le 20 juillet dernier, l'EBA propose de ne plus calculer le MREL par rapport au total de bilan mais de l'exprimer en proportion des actifs pondérés, à l'instar du TLAC, avec un plancher en total de bilan. Enfin, la BRRD place au même rang les dettes senior « non garanties » et les dépôts juniors *corporate* (hors PME et banques). L'absence de dispositions harmonisées, dans les lois nationales sur les faillites, concernant la hiérarchie des créanciers a conduit à la création d'instruments nationaux spécifiques. En France par exemple, la dette senior bancaire sera scindée en deux catégories dans le cadre de la loi « Sapin 2 »². La première catégorie « préférée » sera constituée de la dette chirographaire émise avant la loi créant ces nouveaux instruments. La seconde, subordonnée au remboursement de la première, sera constituée de la nouvelle dette de maturité initiale supérieure à un an dont les contrats devront mentionner explicitement le nouveau rang de remboursement. La création et les émissions de ces nouveaux instruments s'intercalent entre les titres seniors et les titres subordonnés permettront aux établissements de se conformer plus rapidement aux exigences du TLAC et du MREL et faciliteront l'application du *bail-in*.

² actuellement en commission fixe paritaire Assemblée nationale – Sénat, chargée de trouver une version commune aux deux chambres.