

III

*(Actes préparatoires)***BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE****AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE****du 7 juin 2017****sur une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE****(CON/2017/22)****(2017/C 236/02)****Introduction et fondement juridique**

Le 22 novembre 2016, la Commission européenne a adopté une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE ⁽¹⁾ (ci-après la «directive proposée»). Alors que la Banque centrale européenne (BCE) considère que la directive proposée relève de son domaine de compétence, elle n'a pas encore été consultée sur celle-ci. Par conséquent, elle exerce son droit, prévu à l'article 127, paragraphe 4, deuxième phrase, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «traité»), de soumettre, dans les domaines relevant de sa compétence, un avis aux institutions de l'Union appropriées.

La BCE a compétence pour émettre un avis en vertu de l'article 127, paragraphe 4, deuxième phrase, du traité, étant donné que la directive proposée contient des dispositions relevant de ses domaines de compétence, notamment la mission du Système européen de banques centrales (SEBC) de contribuer à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne la stabilité du système financier, en application de l'article 127, paragraphe 5, du traité, et les missions confiées à la BCE, par l'article 127, paragraphe 6, du traité, ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit. En outre, la directive proposée a une incidence sur l'obligation incombant au SEBC, en vertu de l'article 127, paragraphe 1, du traité de soutenir les politiques économiques générales au sein de l'Union, sans préjudice de l'objectif principal du SEBC, qui est de maintenir la stabilité des prix. Conformément à l'article 17.5, première phrase, du règlement intérieur de la Banque centrale européenne, le présent avis a été adopté par le conseil des gouverneurs.

1. Observations générales

- 1.1. La BCE accueille favorablement l'objectif essentiel de la directive proposée, à savoir la réduction des principales entraves à la circulation transfrontalière des capitaux, qui sont dues aux différences entre les cadres de restructuration des entreprises et des sociétés des États membres. La directive proposée constitue un pas important vers l'établissement d'une norme minimale commune, juridiquement contraignante, dans l'ensemble de l'Union, en particulier concernant les procédures préalables à la liquidation destinées aux entreprises et concernant la restructuration des sociétés.
- 1.2. Bien que la directive proposée introduise un certain nombre de mesures d'harmonisation minimales très pertinentes, applicables aux cadres de restructuration existants, elle ne suit pas une approche globale visant à harmoniser les législations en matière d'insolvabilité dans l'ensemble de l'Union, à la fois pour la restructuration et la liquidation, et elle ne cherche pas non plus à harmoniser les aspects essentiels du droit de l'insolvabilité, tels que: a) les critères d'ouverture de la procédure d'insolvabilité; b) une définition commune de l'insolvabilité; c) le classement des créances en cas d'insolvabilité; et d) les actions révocatoires. Bien que la BCE reconnaisse pleinement les difficultés considérables, sur les plans juridique et pratique, qu'entraînerait l'élaboration d'une approche globale, en raison des changements profonds du droit commercial, du droit civil et du droit des sociétés qu'un tel effort nécessiterait, des mesures plus ambitieuses doivent être prises pour déterminer des points communs en vue de l'harmonisation, sur le fond, des législations des États membres en matière d'insolvabilité; ceci garantirait une harmonisation plus globale à long terme ⁽²⁾ et contribuerait au bon fonctionnement de l'union des marchés des capitaux.

⁽¹⁾ COM(2016) 723 final.

⁽²⁾ Voir Diego Valiante, *Harmonising Insolvency Laws in the Euro Area: rationale, stocktaking and challenges* («L'harmonisation des législations en matière d'insolvabilité dans la zone euro: motifs, bilan et défis»), Centre for European Policy Studies, Rapport spécial n° 153, décembre 2016.

- 1.3. Deux objectifs généraux de la procédure d'insolvabilité, y compris la réorganisation des activités des entreprises et des sociétés, sont communs à la plupart des systèmes juridiques: a) la répartition du risque d'une manière prévisible, équitable et transparente entre les participants dans une économie de marché, ce qui inclut un bon équilibre de la relation entre créanciers et débiteurs; et b) la protection et l'optimisation de la valeur au profit de toutes les parties intéressées et de l'économie en général ⁽³⁾. L'absence d'un juste équilibre entre les droits des débiteurs et ceux des créanciers dans les procédures d'insolvabilité pourrait avoir des conséquences préjudiciables et imprévues. Un cadre d'insolvabilité bien conçu devrait prévoir des éléments incitatifs pour toutes les parties prenantes et tenir dûment compte des aspects macrofinanciers. En outre, l'existence de procédures d'insolvabilité prévisibles favorise les opérations transfrontalières sur les marchés des capitaux, tandis que des règles imprévisibles pour les procédures d'insolvabilité, en particulier dans un contexte transfrontalier, constituent un obstacle important au renforcement de l'intégration des marchés de capitaux. De même, et eu égard aux niveaux élevés de prêts non performants dépréciant actuellement les bilans des banques européennes, la prévisibilité et la transparence de ces procédures pourraient contribuer à promouvoir les marchés des créances en difficulté dans l'ensemble de l'Union, qui, à l'heure actuelle, sont davantage axés sur les marchés nationaux. Il convient, au minimum, de poursuivre l'harmonisation des objectifs généraux des procédures d'insolvabilité au sein des États membres, et notamment de s'entendre sur un juste équilibre entre les droits des créanciers et ceux des débiteurs.
- 1.4. Les entreprises ont largement recours à des accords contractuels qui codifient la notion de confiance, réduisent les coûts et l'incertitude, et, dans le même temps, soutiennent les nouveaux projets d'investissement et les perspectives commerciales. Afin d'optimiser la valeur pour l'économie en général, un cadre de restructuration efficace destiné aux sociétés et aux entreprises non financières doit être intégré dans un environnement économique et juridique aidant les entreprises viables à restructurer leurs opérations. Tandis qu'une entreprise non viable devrait être liquidée rapidement pour optimiser la valeur de recouvrement et réduire l'incertitude pesant sur les créanciers et les autres parties prenantes, des entreprises viables, dont les actifs assainis peuvent valoir plus que dans un scénario de liquidation, sont susceptibles de générer de nouveau un rendement pour les actionnaires et des remboursements au profit des créanciers, tout en préservant les emplois. Dans une telle situation, le sauvetage d'une entreprise devrait être effectué tant par des procédures informelles que par des procédures formelles. Il est reconnu que la perspective de procédures formelles a des implications claires sur les coûts et les incitations à la conclusion d'un accord de restructuration. Cela signifie également qu'une solution plus efficiente, visant à la restructuration d'une entreprise en activité, peut augmenter la valeur du débiteur en cas de poursuite de l'exploitation, et créer un juste équilibre vis-à-vis des créanciers, en particulier des créanciers non garantis. Le droit d'engager une restructuration préventive et de définir un plan de restructuration, l'occasion donnée aux créanciers de prendre une décision à propos de ce plan par un vote à la majorité et la possibilité de nommer un praticien de la restructuration sont autant d'éléments pouvant contribuer à préserver la valeur de l'entreprise. Une telle approche peut également soutenir et favoriser la stabilité financière en créant des incitations appropriées pour les débiteurs et les créanciers. Les débiteurs en difficulté sont encouragés à coopérer tôt et utilement avec les créanciers, au lieu de compter sur l'éventualité d'une renégociation, tandis qu'une distinction peut être opérée entre les entreprises viables et les entreprises non viables, qui tirent également parti d'une restructuration durable. De manière similaire, en dépit des limites à l'exercice immédiat des droits des créanciers qu'imposerait une suspension des poursuites, ceux-ci pourraient bénéficier d'une réduction des coûts de la restructuration de la dette, d'un accès précoce et simplifié aux garanties et, partant, à des valeurs de garanties plus élevées, du renforcement des marchés des créances en difficulté, ainsi que de l'effet de «signal» qu'un tel cadre pourrait avoir sur la discipline des débiteurs.
- 1.5. En plus des réformes législatives, il pourrait être envisagé l'établissement d'un code de bonnes pratiques ou de principes, comme outils d'orientation des législations nationales en matière d'insolvabilité vers une approche plus harmonisée à long terme. En outre, l'adoption par tous les États membres de normes existantes reconnues au niveau international, telles que la loi type de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (Cnudci) sur l'insolvabilité internationale ⁽⁴⁾, pourrait également favoriser une harmonisation plus poussée.
- 1.6. Par ailleurs, les législations nationales diffèrent fondamentalement sur la définition des conditions déclenchant l'ouverture des procédures d'assainissement ⁽⁵⁾. La présente proposition constitue une occasion unique de mettre en place un système paneuropéen, fondé sur des concepts de base communs et des éléments clés harmonisés.
- 1.7. Enfin, bien que la directive proposée ne s'applique pas aux procédures relatives aux débiteurs qui sont, soit des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des organismes de placement collectif, des contreparties centrales, des dépositaires centraux de titres, des entreprises d'assurance et des entreprises de réassurance, soit d'autres établissements financiers et entités tels qu'énumérés à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2014/59/UE

⁽³⁾ Voir le Fonds monétaire international (FMI), *Orderly & Effective Insolvency Procedures: Key Issues*, 1999, («Procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces: principales questions»), disponible sur le site internet du FMI à l'adresse suivante: www.imf.org

⁽⁴⁾ Accessible sur le site internet de la Cnudci à l'adresse suivante: www.uncitral.org

⁽⁵⁾ Voir Diego Valiante, *Harmonising Insolvency Laws in the Euro Area*, cité à la note de bas de page 2, p. 11 et 12; et Gerard McCormack et al., *Study on a new approach to business failure and insolvency, Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices* («Étude d'une nouvelle approche de la faillite de l'entreprise et de l'insolvabilité, analyse juridique comparative des dispositions applicables et des pratiques au sein des États membres», Tender No JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075, janvier 2016, chapitre 5.2.

du Parlement européen et du Conseil⁽⁶⁾, ces établissements peuvent subir des conséquences imprévues du fait de l'impact sur les contrats financiers conclus avec leurs contreparties commerciales (voir, par exemple, le paragraphe 2.4 sur l'opposabilité des accords de compensation avec déchéance du terme). En outre, les conséquences et l'étendue de la suspension, notamment la question de savoir si la suspension des poursuites individuelles s'applique également aux actifs du débiteur affectés en garantie des créances du créancier, doivent être soigneusement évaluées, également sous l'angle de leur éventuelle incidence sur les exigences de fonds propres réglementaires, et en particulier sous l'angle des techniques d'atténuation du risque, en application du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil⁽⁷⁾. Dans ce contexte, il y a lieu de prendre en compte de façon plus nuancée la relation juridique entre la directive proposée et les dispositions essentielles de la législation de l'Union dans les domaines financiers, notamment le règlement (UE) n° 575/2013, le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil⁽⁸⁾, la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil⁽⁹⁾, la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil⁽¹⁰⁾ et la directive 2014/59/UE. À cette fin, il convient de prêter une attention particulière aux éventuelles conséquences imprévues.

2. Observations spécifiques

2.1. Définition de la procédure d'insolvabilité dans le droit de l'Union

La directive proposée renforce la fragmentation actuelle concernant la définition des procédures applicables dans les différents actes juridiques de l'Union⁽¹¹⁾, et s'écarte de l'approche suivie par le règlement (UE) 2015/848, dans lequel toutes les procédures d'insolvabilité examinées sont énumérées dans les annexes. La directive proposée devrait être utilisée comme un moyen de mieux harmoniser cette définition, au lieu d'entraîner une nouvelle fragmentation du concept.

2.2. Probabilité d'insolvabilité

La directive proposée impose aux États membres de veiller à ce que les débiteurs en difficulté financière aient accès à un cadre de restructuration préventive efficace leur permettant de restructurer leurs dettes ou leur entreprise et de rétablir leur viabilité lorsqu'il existe une «probabilité d'insolvabilité». Ce concept doit encore être précisé dans la directive proposée, en raison de son importance cruciale pour le cadre de restructuration, et ne devrait pas être laissé à l'entière appréciation des États membres. Il convient en particulier de fournir des indications supplémentaires aux législateurs nationaux concernant le champ d'application et le contenu du concept de «probabilité d'insolvabilité». Au lieu d'introduire ces indications dans la directive proposée, celles-ci pourraient être communiquées au moyen de normes techniques réglementaires, qui seraient adoptées par la Commission dans le cadre de ses pouvoirs réglementaires délégués.

2.3. Nécessité d'une hiérarchie claire entre la directive proposée et d'autres actes juridiques de l'Union ayant une incidence sur la stabilité des marchés, ainsi que d'une évaluation des effets de la directive proposée sur les futurs actes juridiques de l'Union

Selon l'article 31 de la directive proposée, cette dernière ne porte pas atteinte aux directives 98/26/CE et 2002/47/CE ni au règlement (UE) n° 648/2012. En outre, le considérant 43 indique que la stabilité des marchés financiers dépend fortement des contrats de garantie financière, notamment lorsque la sûreté est fournie en connexion avec la participation à des systèmes désignés ou à des opérations de banque centrale et lorsque des garanties sont déposées auprès de contreparties centrales. Selon le considérant 43 également, puisque la valeur des instruments financiers donnés en garantie peut être très volatile, il est essentiel de réaliser cette valeur rapidement, avant qu'elle ne baisse.

Afin de fournir un niveau élevé de sécurité juridique et des indications claires aux États membres, il serait préférable d'établir une hiérarchie claire entre la directive proposée et les actes juridiques de l'Union mentionnés, en prévoyant expressément, dans l'article 31, que les dispositions de ces actes juridiques prévalent sur la directive proposée.

⁽⁶⁾ 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 (JO L 173 du 12.6.2014, p. 190).

⁽⁷⁾ Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 (JO L 176 du 27.6.2013, p. 1).

⁽⁸⁾ Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (JO L 201 du 27.7.2012, p. 1).

⁽⁹⁾ Directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (JO L 166 du 11.6.1998, p. 45).

⁽¹⁰⁾ Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (JO L 168 du 27.6.2002, p. 43).

⁽¹¹⁾ Voir, par exemple, les définitions de «procédure d'insolvabilité», de «procédure de liquidation» et de «mesures d'assainissement» dans, respectivement, le règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (JO L 141 du 5.6.2015, p. 19), la directive 2002/47/CE et la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (JO L 125 du 5.5.2001, p. 15).

En outre, il convient de préciser dans quelle mesure les entités régies par les directives du Parlement européen et du Conseil 2009/110/CE ⁽¹²⁾ et (UE) 2015/2366 ⁽¹³⁾, à savoir les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique, peuvent utiliser le cadre de restructuration préventive de la directive proposée. Ces entités sont tenues de protéger les fonds, reçus respectivement de détenteurs de monnaie électronique ou d'utilisateurs de services de paiement, en les conservant séparément des fonds de l'établissement concerné qui sont utilisés pour d'autres activités commerciales ⁽¹⁴⁾. Cette séparation des fonds est particulièrement utile en cas de procédure d'insolvabilité concernant ces établissements. Ni les établissements de paiement, ni les établissements de monnaie électronique ne sont expressément exclus du champ d'application de la directive proposée. En conséquence, il convient d'évaluer et de préciser l'effet potentiel de la suspension des poursuites sur les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique relevant de la directive proposée, en insérant éventuellement un considérant supplémentaire ou en complétant, à l'article 31 de la directive proposée, la liste des actes juridiques de l'Union exemptés.

2.4. *Opposabilité des accords de compensation avec déchéance du terme*

Il convient de préciser dans quelle mesure la directive proposée, notamment la suspension des poursuites, s'appliquerait sans porter atteinte à l'opposabilité des accords de compensation avec déchéance du terme conclus entre des établissements de crédit ou des établissements financiers, d'une part, et des personnes morales débitrices, d'autre part. Il est entendu que les procédures de restructuration préventive, au sens de la directive proposée, relèveraient de la définition des mesures d'assainissement fournie dans la directive 2002/47/CE, demandant aux États membres de veiller à ce que la clause de compensation avec déchéance du terme d'un contrat de garantie financière puisse prendre effet conformément à ses modalités, nonobstant l'ouverture ou la poursuite de mesures d'assainissement ⁽¹⁵⁾. Dans de nombreuses législations nationales, la reconnaissance de l'opposabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme est plus large, dépassant le cadre des contrats de garantie financière, et ce nonobstant l'ouverture d'une procédure d'assainissement. D'autre part, les États membres peuvent exclure du champ d'application de la directive 2002/47/CE les contrats de garantie financière dans lesquels l'une des parties est une personne morale débitrice ordinaire ⁽¹⁶⁾, ce qui rendrait difficile l'exécution des accords de compensation avec déchéance du terme conclus avec de telles personnes morales en tant que contreparties ⁽¹⁷⁾. Cela pourrait avoir également des conséquences pratiques, pour les établissements de crédit et les établissements financiers, touchant leur capacité à réunir les conditions requises pour que les accords de compensation avec déchéance du terme soient considérés comme une forme éligible d'atténuation du risque de crédit et de réduction des risques en vertu du règlement (UE) n° 575/2013 ⁽¹⁸⁾. L'introduction d'un cadre de restructuration préventive au niveau de l'Union nécessite d'examiner attentivement cette question.

Lorsque la BCE recommande de modifier la directive proposée, des propositions précises de rédaction, accompagnées d'un texte explicatif, sont présentées séparément dans un document de travail technique. Ce dernier est disponible en anglais sur le site internet de la BCE.

Fait à Francfort-sur-le-Main, le 7 juin 2017.

Le président de la BCE

Mario DRAGHI

⁽¹²⁾ Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE (JO L 267 du 10.10.2009, p. 7).

⁽¹³⁾ Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE ainsi que le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE (JO L 337 du 23.12.2015, p. 35).

⁽¹⁴⁾ Voir l'article 7 de la directive 2009/110/CE et l'article 10 de la directive (UE) 2015/2366.

⁽¹⁵⁾ Voir l'article 2, paragraphe 1, point k), et l'article 7 de la directive 2002/47/CE relatifs à la reconnaissance réglementaire des contrats de novation et conventions de compensation.

⁽¹⁶⁾ C'est-à-dire dès lors que le débiteur ne relève pas de l'une des catégories mentionnées à l'article 1^{er}, paragraphe 2, points a) à d), de la directive 2002/47/CE.

⁽¹⁷⁾ Voir l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2002/47/CE relatif à la possibilité donnée aux États membres d'exclure les contrats de garantie financière pour certaines contreparties.

⁽¹⁸⁾ Voir les articles 206 et 296 du règlement (UE) n° 575/2013.