



EN

CONSEIL DE DIRECTION
100^{ème} session (B)
22 - 24 septembre 2021

UNIDROIT 2021
C.D. (100) B.4
Original: anglais
août 2021

Point n°4 de l'ordre du jour: Mise à jour et détermination de la portée de certains projets inscrits au Programme de travail 2020 - 2022

a) Insolvabilité bancaire

(préparé par le Secrétariat)

<i>Sommaire</i>	<i>Nécessité et faisabilité du projet sur l'insolvabilité bancaire; champ d'application et résultats proposés pour le projet</i>
<i>Action demandée</i>	<i>Le Conseil de Direction est invité à prendre note des informations contenues dans le présent document, à approuver le champ d'application proposé pour le projet, à attribuer une priorité élevée au projet et à permettre au Secrétariat de constituer un Groupe de travail et une planification des travaux</i>
<i>Mandat</i>	<i>Mise en œuvre de la décision de l'Assemblée Générale concernant le Programme de travail 2020 - 2022</i>
<i>Degré de priorité</i>	<i>Proposition de modifier le degré de priorité alloué à l'origine – 'Moyen' – à 'Élevé'</i>
<i>Documents connexes</i>	<u>UNIDROIT 2019 C.D. (98) 14 rév.</u> ; <u>UNIDROIT 2019 C.D. (98) 17</u> ; <u>UNIDROIT 2020 – C.D. (99) B.6</u> ; <u>UNIDROIT 2020 – C.D. (99) B.21</u> ; <u>UNIDROIT 2021 – C.D. (100) A.2</u>

I. INTRODUCTION

1. Conformément à un mandat donné au Secrétariat par le Conseil de Direction lors de sa 98^{ème} session, le présent document vise à fournir un compte-rendu détaillé de l'analyse de faisabilité et des travaux exploratoires menés dans le laps de temps écoulé entre les sessions du Conseil de Direction sur le projet d'insolvabilité bancaire, inclus dans le Programme de travail actuel avec une priorité moyenne. À la suite de cette activité, le présent document aborde les questions suivantes: i) la nécessité d'une initiative d'harmonisation internationale dans le domaine de l'insolvabilité bancaire, compte tenu du manque d'orientations internationales et des problèmes découlant de la fragmentation actuelle; ii) la faisabilité du projet, sur la base du soutien institutionnel et des ressources disponibles; iii) le champ d'application proposé du projet sur l'insolvabilité bancaire; et iv) la proposition des prochaines étapes.

II. HISTORIQUE

2. Depuis la crise financière mondiale de 2008, la communauté internationale a élaboré un cadre pour gérer la crise des institutions financières dites “trop grandes pour faire faillite” afin de préserver la stabilité financière. Ces efforts ont abouti à la publication par le Conseil de stabilité financière (FSB/CSF) des “Attributs clés des régimes de résolution efficaces pour les institutions financières” (Attributs clés) en tant que norme internationale qui a inspiré l’adoption de “régimes de résolution” bancaires dans les juridictions du monde entier; au niveau régional, l’Union européenne a adopté la directive sur le redressement et la résolution des établissements de crédit (BRRD) et de nombreuses législations nationales ont mis à jour leurs systèmes de résolution bancaire. Cependant, malgré ces progrès significatifs, des lacunes importantes subsistent. En particulier, les lois sur l’insolvabilité des banques restent nationales à ce jour et varient considérablement d’un pays à l’autre. Cela crée des problèmes non seulement lorsqu’il s’agit de traiter la faillite de petites et moyennes banques – qui peuvent ne pas être résolues par l’application du cadre de résolution – mais aussi lorsqu’il s’agit de traiter la faillite de grandes banques, puisque les lois nationales sur l’insolvabilité jouent encore un rôle clé dans la mise en œuvre desdits outils de résolution.

3. Dans ce contexte, au moment de l’élaboration du Programme de travail pour 2020 - 2022, le Secrétariat d’UNIDROIT a reçu deux propositions distinctes mais partiellement coïncidentes concernant l’harmonisation des règles dans le domaine de l’insolvabilité bancaire, l’une de la Banque d’Italie et l’autre de l’Institut bancaire européen (EBI) ([C.D. \(98\) 14 rév., annexes 4 et 6](#) respectivement).

4. Le Conseil de Direction, lors de sa 98^{ème} session (Rome, 8 - 10 mai 2019), a reconnu l’importance du sujet et l’impact possible des travaux à mener. Il a convenu de recommander à l’Assemblée Générale d’inclure le projet sur l’insolvabilité bancaire dans le Programme de travail 2020 - 2022 avec une priorité moyenne. Le Conseil de Direction a demandé au Secrétariat de mener des recherches supplémentaires et de fournir un champ d’application plus défini pour le projet, ainsi qu’une justification supplémentaire de son adéquation en tant que travaux susceptibles d’être entrepris par une institution mondiale ([C.D. \(98\) 17, para. 261](#)).

5. Le Conseil de Direction, lors de sa 99^{ème} session (Rome, 23 - 25 septembre 2020), a été informé par le Secrétariat que des mesures avaient été prises pour renforcer la capacité et l’expertise de l’organisation pour mener à bien le projet. En particulier: i) l’Institut pour la stabilité financière (ISF) de la Banque des règlements internationaux (BRI) avait montré sa disponibilité à collaborer avec UNIDROIT sur ce projet et sa volonté de fournir à la fois une expertise en matière de recherche et, lorsque nécessaire, de contribuer au développement du projet avec des ressources financières; et ii) le processus de création d’une Chaire UNIDROIT-Banque d’Italie était à un stade avancé ([C.D. \(99\) B.6, paras. 4-6](#)). Le Conseil de Direction a pris note des informations fournies par le Secrétariat lors de la 99^{ème} session et a approuvé le plan d’action proposé, conduisant à la rédaction d’une étude de faisabilité qui sera présentée au Conseil de Direction lors de sa 100^{ème} session ([C.D. \(99\) B.21, para. 117](#)).

6. Le Conseil de Direction lors de sa 100^{ème} session (A) en avril/mai 2021 a été informé du fait que: i) la Chaire UNIDROIT-Banque d’Italie avait été officiellement établie et un titulaire de la Chaire avait été recruté; et ii) un premier Atelier sur la liquidation bancaire serait organisé conjointement par UNIDROIT et le ISF les 7 et 8 juin 2021 ([C.D. \(100\) A.2, paras. 25-27](#)), en vue d’analyser et de discuter de la faisabilité du projet.

7. Les 7 et 8 juin 2021, UNIDROIT et le ISF ont organisé conjointement un Atelier exploratoire qui a réuni 40 experts internationaux et parties prenantes en vue i) d’évaluer le besoin d’un instrument international dans le domaine de l’insolvabilité bancaire; ii) de déterminer la forme la plus appropriée d’un tel instrument; et iii) de définir la portée du projet. Le rapport de synthèse de l’atelier exploratoire est disponible en ligne (en anglais seulement) (voir en Annexe I). Le présent

document est le résultat des conclusions dudit atelier ainsi que de l'analyse de faisabilité approfondie menée par le Secrétariat dans la période écoulée depuis la dernière session du Conseil de Direction.

III. LE BESOIN D'UNE INITIATIVE D'HARMONISATION INTERNATIONALE

8. Conformément aux propositions de la Banque d'Italie et de l'EBI, aux discussions qui ont eu lieu lors des sessions précédentes du Conseil de Direction, ainsi qu'aux discussions et aux conclusions de l'atelier exploratoire, cette section démontre la nécessité d'une initiative internationale sur l'insolvabilité bancaire, en illustrant les problèmes existants découlant du manque d'harmonisation dans ce domaine.

9. Comme l'ont confirmé de nombreux participants au cours de l'atelier exploratoire, il existe actuellement une lacune critique dans l'architecture juridique internationale pour le traitement des banques insolubles, en particulier en ce qui concerne les régimes de liquidation. L'absence de normes internationales en la matière à ce jour peut s'expliquer par la priorité accordée au traitement des grandes institutions financières d'importance systémique ayant la capacité de causer des dommages au-delà des frontières d'un seul pays (c'est-à-dire les Attributs clés). La faillite des petites et moyennes banques - qui constituent le type de banques prédominant dans la plupart des pays du monde - a été considérée comme un sujet d'intérêt national et aucune action internationale n'a donc été entreprise.

10. Cependant, le manque d'harmonisation dans le domaine de l'insolvabilité bancaire peut créer des problèmes tant pour les banques d'importance systémique que non systémique. Plus précisément, les lois sur l'insolvabilité bancaire sont essentielles dans trois scénarios:

- i) *la faillite des petites et moyennes banques, dont la résolution ne serait généralement pas réglée dans le cadre du régime de résolution harmonisé;*
- ii) *l'application du régime de résolution aux grandes banques, étant donné que plusieurs aspects importants de la résolution bancaire reposent sur l'application de lois sur l'insolvabilité comme situation contrefactuelle, afin de sauvegarder les droits de propriété de manière équilibrée; et*
- iii) *la finalisation de la résolution des banques, étant donné que des outils de résolution spécifiques peuvent être appliqués et aboutir au transfert d'une partie des actifs et des passifs de la banque à une autre entité, tandis que la partie restante de la banque doit être traitée en vertu de la législation nationale sur l'insolvabilité.*

11. En raison de la mondialisation, de la numérisation et du degré élevé d'interconnexion mondiale entre les marchés financiers, même les petites banques ont potentiellement une dimension transfrontalière, ce qui rend l'absence d'harmonisation des lois sur l'insolvabilité bancaire pertinente pour pratiquement toute faillite bancaire. Un exemple clair de dimension transfrontalière est celui d'un groupe bancaire ayant des entités de groupe (filiales et succursales) dans différents pays, comme c'est souvent le cas. Toutefois, même les banques dont la portée géographique est plus limitée en termes d'entités de groupe et de clientèle peuvent avoir des actionnaires et des obligataires étrangers, des titres détenus par des dépositaires centraux de titres étrangers, des engagements régis par le droit d'une juridiction étrangère et/ou des expositions à des institutions financières et non financières dans des juridictions étrangères.

12. Les problèmes qui découlent de l'absence de normes communes en matière d'insolvabilité bancaire sont nombreux et potentiellement critiques. Les paragraphes suivants décrivent certains des plus importants d'entre eux.

- i) Tout d'abord, et c'est peut-être le plus important, il y a un manque d'orientation internationale et de meilleures pratiques codifiées dans le domaine de la liquidation des banques. Les législateurs nationaux, en particulier ceux des économies en

développement et à revenu intermédiaire, peuvent avoir accès à des informations substantielles sur les meilleures pratiques internationales concernant la crise des banques d'importance systémique et la prévention de la contagion financière, mais n'ont que peu ou pas d'aide lorsqu'il s'agit de concevoir des procédures de liquidation pour les petites banques. Alors que la réglementation de ces situations relève, le plus souvent, du droit national, c'est précisément donner une orientation aux législateurs nationaux qui est le plus nécessaire actuellement.

- ii) La codification des systèmes qui fonctionnent bien dans le monde entier et l'identification des meilleures pratiques qui y sont envisagées peuvent faciliter un certain degré d'harmonisation des systèmes de liquidation bancaire à moyen terme. Cela pourrait avoir un effet positif. En effet, l'absence de lois harmonisées sur l'insolvabilité des banques peut conduire à l'imprévisibilité et à une distorsion du principe d'égalité des conditions, puisque le traitement des déposants, des créanciers et des investisseurs varie souvent en fonction du lieu où se trouve la banque défaillante. Par exemple, les systèmes juridiques présentent une grande diversité en ce qui concerne les hiérarchies d'insolvabilité et les différences peuvent avoir des effets (re)distributifs importants, les créanciers de banques par ailleurs identiques recevant des niveaux de reconstitution très différents selon les pays. Ces aspects peuvent également avoir une incidence négative sur les investissements transfrontaliers; l'imprévisibilité du traitement des investisseurs dans un scénario d'insolvabilité peut les dissuader d'investir dans des banques étrangères.
- iii) L'absence de normes internationales peut entraîner une destruction indésirable de la valeur et avoir des effets potentiellement déstabilisants, par exemple dans les pays qui n'ont pas de règles d'insolvabilité spécifiques aux banques ou qui ne disposent que d'outils limités dans les procédures d'insolvabilité. En particulier, si une banque fait l'objet d'une liquidation 'fragmentaire', ses actifs peuvent être vendus à des prix dérisoires et l'interruption soudaine des activités de la banque peut réduire la confiance dans le secteur bancaire, ce qui pourrait entraîner des effets de contagion. La contagion pourrait également résulter du fait que d'autres banques devraient payer des frais pour réapprovisionner le fonds de garantie des dépôts, qui aura été utilisé pour rembourser les déposants assurés.
- iv) En l'absence d'options d'insolvabilité efficaces pour traiter les banques de petite et moyenne taille, les gouvernements risquent d'avoir recours à des 'subventions' publiques avec le risque moral qui y est associé, alors que l'utilisation de fonds publics est ce que les décideurs politiques ont voulu éviter à la suite de la récente crise financière. Ce risque pourrait à son tour accroître la fragmentation du marché, puisque les juridictions pourraient réagir différemment en fonction de leurs lois nationales, de leurs considérations politiques et de leurs positions fiscales.
- v) L'absence de mécanismes d'harmonisation et de coopération pourrait empêcher une coordination et une coopération transfrontalières adéquates. Étant donné que les pays peuvent avoir des structures institutionnelles différentes – par exemple, un tribunal peut jouer un rôle de premier plan dans une juridiction alors que le processus peut être géré par une autorité administrative dans une autre – et que leur processus d'insolvabilité est susceptible de diverger, une coopération efficace dans les procédures d'insolvabilité bancaire ayant un élément transfrontalier peut constituer un défi. En outre, les divergences dans la hiérarchie des créanciers peuvent même conduire les pays à contester juridiquement le traitement de "leurs" créanciers et à refuser la reconnaissance de mesures étrangères en invoquant une exception d'"ordre public".
- vi) Les différences entre les lois nationales sur l'insolvabilité peuvent entraîner un manque de confiance et augmenter le risque de "cloisonnement", c'est-à-dire la

sauvegarde par les autorités nationales des actifs de la banque pour les créanciers locaux au détriment des créanciers d'autres pays.

- vii) Bien que la résolution ne soit pas couverte par le projet, il convient de noter que les problèmes liés aux aspects fondamentaux de l'insolvabilité bancaire peuvent également affecter la mise en œuvre adéquate des régimes de résolution. Par exemple, la diversité des lois nationales sur l'insolvabilité peut rendre difficile l'application du principe de l'évaluation de la différence de traitement (NCWO). Certes, l'application du principe NCWO nécessite une évaluation du traitement hypothétique des actionnaires et des créanciers de la banque défaillante dans le cadre d'une procédure de liquidation. Il s'agit d'un exercice difficile pour les autorités de résolution en raison des différences dans les hiérarchies des créanciers lorsque différents pays sont concernés. En outre, les éléments déclencheurs de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne sont pas toujours alignés sur les éléments déclencheurs de la résolution. En particulier dans les pays où la résolution et l'insolvabilité sont régies par des cadres distincts et des autorités différentes, cela peut conduire à une situation où une banque peut être en difficulté mais se retrouve dans une situation de "limbes" étant donné qu'elle ne remplit pas les critères de l'un ou l'autre régime.

13. Il ressort de ce qui précède qu'il existe des raisons impérieuses d'élaborer un instrument international qui offrirait des informations pertinentes, des orientations techniques et, en définitive, contribuerait à l'harmonisation des procédures d'insolvabilité des banques défaillantes. Les normes internationales pourraient aider les procédures d'insolvabilité nationales à devenir plus efficaces et mieux à même de préserver la valeur de la banque et pourraient contribuer à assurer une gestion cohérente et efficace des faillites bancaires, indépendamment de leur taille ou de leur modèle économique. En favorisant la sécurité juridique et l'égalité des conditions, l'harmonisation pourrait également contribuer à atténuer le risque d'effets négatifs des faillites bancaires.

IV. FAISABILITÉ DU PROJET

A. Cohérence avec le mandat d'UNIDROIT

14. La liquidation bancaire est un sujet hybride, qui comprend des aspects du droit réglementaire bancaire et du droit privé plus traditionnel. Le droit de l'insolvabilité, d'une manière générale, est un élément clé du droit privé; en fait, il constitue l'"épreuve décisive" de nombreuses questions classiques de droit privé (protection des créanciers, opérations garanties, etc.). Alors que les systèmes de résolution des problèmes bancaires ont une nature réglementaire prédominante, la complexité d'un système qui régit la liquidation des banques relève, principalement, de questions de droit privé. Ce projet a une forte composante interdisciplinaire, incluant des éléments du droit bancaire et de l'insolvabilité des entreprises ainsi que des aspects du droit international privé, du droit des sociétés, du droit des contrats, du droit des marchés de capitaux et du droit des valeurs mobilières. Étant donné l'expertise étendue d'UNIDROIT et son rayonnement mondial, il est en mesure de garantir que ces différents domaines seront dûment pris en considération. En outre, plusieurs de ces domaines en dehors de la sphère réglementaire publique sont déjà au cœur des travaux d'UNIDROIT.

B. Soutien institutionnel

15. Un large soutien institutionnel s'est manifesté en faveur du projet et, en particulier, en faveur de la direction de son développement par UNIDROIT. Outre la Banque d'Italie et l'Institut bancaire européen, promoteurs du projet, plusieurs institutions clés dans le secteur de la réglementation bancaire transnationale ont exprimé leur approbation et leur volonté de participer activement à la rédaction d'un instrument sur la liquidation bancaire.

16. Tout d'abord, comme cela a été partagé avec le Conseil de Direction lors de sa précédente session, l'ISF/BRI a démontré un vif intérêt pour le sujet et soutient fermement l'initiative d'UNIDROIT. Il a partagé de façon proactive le travail de cette étape préparatoire avec le Secrétariat d'UNIDROIT et a montré sa volonté de continuer à travailler conjointement avec l'Institut dans la phase de développement du projet, si le Conseil de Direction approuve la proposition de convoquer un Groupe de travail. De plus, comme expliqué dans le présent document et les documents précédents, l'ISF/BRI a exprimé sa volonté d'envisager de partager les coûts associés au projet, lorsque nécessaire. L'ISF/BRI a expressément déclaré que le projet était extrêmement important pour améliorer la capacité des pays à faire face à la faillite des petites banques. Il convient de noter que la BRI est l'une des principales institutions mondiales chargées de préserver la stabilité financière, et que ses membres sont 63 banques centrales du monde entier. L'ISF, qui a été créé conjointement par la BRI et le Comité de Bâle, a pour mandat principal d'aider les autorités de surveillance du monde entier à améliorer et à renforcer leurs systèmes financiers. On n'insistera jamais trop sur l'importance de l'engagement de cette institution dans le projet, et sa volonté d'aider à son développement en travaillant main dans la main avec le Secrétariat.

17. D'autres organisations internationales et transnationales de premier plan ont exprimé leur soutien au projet lors de l'atelier exploratoire. En particulier, le *Fonds monétaire international* (FMI) a affirmé son vif intérêt pour le sujet et a qualifié le projet d'initiative indispensable pour compléter le cadre réglementaire international existant, qui est centré sur les institutions d'importance systémique. De même, la *Banque mondiale* (BM) a apporté un soutien ferme au projet, soulignant que les marchés émergents et les économies en développement manquent souvent d'outils appropriés pour faire face aux faillites bancaires, en particulier celles de petite taille. Elle considère que le projet est essentiel pour relever les défis actuels en matière de gestion des faillites de banques d'importance non systémique, mais qu'il est également pertinent pour les banques d'importance systémique, compte tenu des interconnexions inévitables. Le *Conseil de résolution unique* (CRU) de l'Union européenne a accueilli le projet de l'Institut en lui attribuant un soutien total, à la lumière des inconvénients critiques du manque actuel d'harmonisation et des difficultés que cela entraîne dans l'application des cadres de résolution. Le CRU a fait référence à la liquidation bancaire comme un sujet pertinent pour UNIDROIT et a exprimé sa ferme volonté d'être impliqué et de soutenir le projet à l'avenir.

18. En outre, plusieurs banques centrales nationales, superviseurs et autorités de résolution ont exprimé leur soutien au projet et ont montré leur volonté de contribuer activement à l'élaboration d'un document sur les meilleures pratiques. Il s'agit notamment de la *Banque d'Italie*, de l'*Autorité monétaire de Hong Kong* (HKMA) et de l'*Autorité française de contrôle prudentiel et de résolution* (ACPR), qui, en exprimant leur soutien au projet, ont souligné que le manque actuel de clarté et les divergences substantielles entre les pays concernant de nombreux aspects de la liquidation bancaire entraînent des problèmes juridiques importants. De la même manière, l'*Autorité fédérale de surveillance financière allemande* (BaFin) a qualifié le projet de potentiellement très important, la *Banque centrale du Brésil* a indiqué qu'elle était convaincue de l'utilité d'un document complémentaire aux Attributs clés du FSB/CSF, l'*Institut italien pour la supervision des assurances* (IVASS) a approuvé le projet comme une excellente initiative, et l'*Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers* (FINMA) a activement contribué à la discussion. De nombreux participants à l'atelier exploratoire, parmi lesquels le FMI, la Banque mondiale, la BRI, le FSB/CSF, la Banque d'Italie et la HKMA, ont qualifié le projet de très opportun, d'autant plus que les vulnérabilités augmentent de façon spectaculaire dans le monde entier en raison de la pandémie de COVID-19, qui risque de conduire à une crise financière où les pays pourraient être confrontés à de multiples faillites bancaires en même temps. La *Société d'assurance-dépôts du Canada* (SADC) et la *Société d'assurance-dépôts du Japon* (SADJ) ont apporté des contributions très précieuses à la discussion et se sont montrées disposées à contribuer davantage au projet. Il convient de noter que plusieurs institutions participant à l'atelier exploratoire ont souligné la nécessité d'impliquer les normalisateurs internationaux dans le projet afin d'assurer la cohérence avec les normes existantes.

C. Ressources

19. Le Secrétariat a récemment renforcé ses capacités internes pour mener un projet sur la liquidation des banques. En particulier, deux développements méritent d'être soulignés: i) une nouvelle juriste ayant une solide expérience en matière de réglementation bancaire, avec une expérience substantielle au sein d'une autorité de surveillance du secteur bancaire national et d'une autorité de résolution internationale a rejoint le Secrétariat; ii) le titulaire de la Chaire Banque d'Italie-UNIDROIT a été nommé, et l'expert a été affecté, en partie, à ce projet. Le titulaire de la Chaire a déjà commencé à effectuer des recherches initiales sur le sujet des sûretés et des produits dérivés détenus par les petites et moyennes banques et leur traitement dans les procédures d'insolvabilité bancaire.

20. Comme indiqué précédemment dans le présent document, l'ISF/BRI a confirmé son engagement à contribuer aux coûts du projet, lorsque nécessaire, et a offert son expertise en matière de recherche pour aider le travail du Secrétariat pendant la phase de développement du projet.

21. Tous les experts et institutions internationales, ainsi que la plupart des agences nationales qui ont participé à l'atelier exploratoire (pour une liste complète, voir l'Annexe II) ont manifesté leur volonté de participer activement à la prochaine étape de développement du projet, y compris en prenant part, en tant que membres ou observateurs, au Groupe de travail. Ces experts et institutions constituent le groupe clé d'acteurs mondiaux spécialisés et/ou compétents pour traiter des questions d'insolvabilité et de résolution bancaires. Il ne peut donc y avoir aucun doute quant à l'adéquation du forum, puisque la présence des institutions et experts clés a été confirmée.

V. TYPE D'INSTRUMENT ET CHAMP D'APPLICATION

A. Type d'instrument

22. L'une des questions discutées lors de l'atelier exploratoire, et qui a également fait l'objet de consultations avec plusieurs acteurs institutionnels, concerne le type d'instrument qui répondrait le mieux aux besoins de la lacune existante dans le domaine de la liquidation bancaire. Le résultat des discussions et des consultations a clairement indiqué que, indépendamment de son éventuelle adéquation abstraite pour traiter le statu quo actuel, le développement d'un instrument de droit contraignant – tel qu'une convention ou un traité – ne serait ni faisable à court/moyen terme ni politiquement réaliste. Ce point de vue est tout à fait cohérent avec les discussions précédentes tenues au sein du Conseil de Direction sur le sujet. Dans ce contexte, il est proposé d'envisager d'approuver l'élaboration d'un texte de droit non contraignant (soft law), sous la forme d'un guide juridique/législatif ou similaire.

23. Cet instrument devrait d'abord procéder à une analyse approfondie des différents systèmes comparés de liquidation des banques. La variété des solutions envisagées au niveau national est considérable, tant dans la conception juridique qu'institutionnelle. À partir de cette comparaison, le Groupe de travail procéderait à l'identification des meilleures pratiques internationales. Lorsqu'il existe un consensus clair sur la meilleure solution, une recommandation pourrait être incluse; lorsque, incontestablement, plusieurs options peuvent fonctionner de manière adéquate en fonction du contexte factuel, le document devrait simplement refléter et expliquer les différents modèles. Le travail devra combiner l'analyse du cadre réglementaire bancaire ainsi que des systèmes d'insolvabilité nationaux et d'autres branches juridiques pertinentes potentiellement impliquées dans une liquidation bancaire (opérations garanties, marchés financiers, droit des sociétés, etc.) L'identification des différentes parties du droit qui doivent jouer un rôle dans la liquidation bancaire est, en soi, susceptible de constituer une contribution précieuse pour les législateurs des pays en développement. L'analyse et les recommandations concernant le cadre institutionnel chargé de

l'application d'un système de liquidation bancaire devraient tenir compte de toutes les sensibilités politiques et des limites techniques du contexte d'un pays.

24. *L'instrument à développer serait pleinement respectueux des, et cohérent avec les, instruments existants élaborés par les organismes internationaux de normalisation.* Ces instruments existants comprennent, en particulier, les Attributs clés et les "Principes fondamentaux en vue de l'établissement de régimes efficaces d'assurance-dépôts" de l'Association internationale des Assureurs-Dépôts (IADI). Les organismes internationaux de normalisation déjà en place dans ce domaine devraient jouer un rôle clé dans l'avenir, dans le cadre du Groupe de travail proposé. Naturellement, les travaux tiendront compte des initiatives en cours liées à ce sujet afin d'assurer une bonne coordination et d'éviter les chevauchements.

B. Champ d'application

25. En ce qui concerne les établissements financiers qui seront couverts par le projet, il est proposé de suivre une approche séquentielle en se concentrant, dans un premier temps, uniquement sur les banques. Au cours de l'atelier exploratoire, plusieurs participants ont exprimé leur soutien à l'inclusion des compagnies d'assurance dans le champ d'application du projet. Il a été soutenu que les mêmes considérations d'intérêt public ou des considérations similaires sont pertinentes lorsqu'il s'agit de traiter la faillite d'une banque et d'une compagnie d'assurance, par opposition à la faillite d'une société ordinaire; en outre, les banques et les compagnies d'assurance utilisent et offrent parfois des produits financiers similaires et peuvent revêtir des fonctions analogues; et plusieurs pays sont également en train de développer des régimes de "résolution" et d'insolvabilité pour les compagnies d'assurance, similaires à ceux des banques. Cependant, étant donné que plusieurs questions relatives aux compagnies d'assurance peuvent mériter une attention particulière, que les outils et les techniques d'insolvabilité peuvent être différents de ceux des banques, et que les discussions internationales sur la façon de gérer efficacement la faillite des compagnies d'assurance n'en sont qu'à leurs débuts, il est proposé de limiter le champ d'application du projet, dans un premier temps, aux banques uniquement, et de reconsidérer la possibilité d'inclure les compagnies d'assurance à un stade ultérieur. Cette décision devrait en tout état de cause être expressément adoptée par le Conseil de Direction, si elle devait être proposée.

26. Il est proposé que le champ d'application du projet soit limité aux scénarios de "sortie du marché" – c'est-à-dire aux procédures visant à la sortie de l'entité juridique du marché – plutôt qu'à la restructuration. La référence à la sortie du marché ne signifie pas que les activités de la banque défaillante seraient nécessairement interrompues. En fait, afin d'éviter la destruction de valeur et de protéger l'épargne des déposants, il peut être préférable de préserver et de poursuivre certaines activités de la banque pendant le processus de liquidation.

27. Une série de sous-thèmes qui mériteraient une recherche et la définition de meilleures pratiques a déjà été identifiée, et sera discutée plus en détail dans le document de réflexion sur les questions relatives à la liquidation des banques (voir C.D. (100) B.4 ADD, transmise séparément). Les sous-sections suivantes présentent un bref aperçu de certains des sujets susceptibles d'être couverts par le projet. En outre, il faudra tenir compte du fait que les banques peuvent avoir différents types de modèles d'affaires et de structures d'entreprise. Bien que les questions soient probablement similaires, l'impact de ces différentes options devra être exploré et pris en considération au cours du projet. En outre, les principes constitutionnels et les droits fondamentaux pertinents – tels que le droit de propriété et le droit d'exercer une activité commerciale – devront être identifiés et analysés, afin de prendre dûment en compte toute restriction éventuelle dans la conception des meilleures pratiques internationales.

a) Terminologie et régimes juridiques

28. L'utilisation de termes clés tels que "résolution", "insolvabilité" et "liquidation" varie selon les pays et les universitaires du monde entier, ce qui peut conduire à des malentendus ou à des caractérisations trompeuses des régimes juridiques. Au cours du projet, on pourrait analyser comment ces concepts et d'autres concepts connexes peuvent être mieux définis, interprétés et intégrés dans un cadre juridique cohérent dans lequel leur interaction est claire et les circonstances dans lesquelles des outils et des mesures spécifiques peuvent être utilisés sont, dans la mesure du possible, transparentes et prévisibles.

b) Objectifs d'un régime d'insolvabilité bancaire

29. Alors que l'objectif principal des procédures de liquidation des entreprises est généralement clair (maximisation de la valeur), les régimes traitant de l'insolvabilité des banques placent souvent la protection des déposants comme objectif principal et incluent des considérations d'intérêt public et de préservation de la stabilité financière. En outre, les objectifs des régimes de liquidation des banques diffèrent selon les pays. Ces différences d'objectifs peuvent avoir un impact sur la conception d'autres aspects clés des procédures de liquidation bancaire, tels que le type d'outils et de mesures disponibles pour traiter les banques défailtantes, le modèle institutionnel et la gestion du processus.

c) Cadre institutionnel

30. Des divergences significatives existent parmi les pays en ce qui concerne la mise en place institutionnelle des procédures de liquidation bancaire. Les modèles institutionnels peuvent être soit: i) principalement administratifs, où la procédure d'insolvabilité bancaire est gérée par une autorité administrative, les autorités judiciaires ne jouant que peu ou pas de rôle; ii) principalement judiciaires, où la procédure est dirigée par un liquidateur nommé par le tribunal, les autorités administratives ne jouant que peu ou pas de rôle; ou iii) des modèles "hybrides", dans lesquels les autorités administratives et les tribunaux peuvent chacun jouer un rôle distinct, adapté à leur fonction et à leur expertise. Le choix entre un modèle administratif et un modèle judiciaire implique des compromis entre des considérations telles que la rapidité, l'efficacité, l'expertise spécialisée et les garanties pour les créanciers. Le choix sera probablement guidé par les objectifs prioritaires du cadre et les outils disponibles.

31. En fonction du modèle institutionnel, différents acteurs peuvent être impliqués dans la gestion du processus de liquidation bancaire. Dans un modèle judiciaire, un liquidateur privé ou un administrateur d'insolvabilité jouera probablement un rôle clé dans la procédure. Dans un modèle administratif, l'autorité administrative peut soit mener le processus elle-même, soit nommer et superviser un liquidateur distinct. Dans plusieurs pays dotés de modèles administratifs, la procédure de liquidation bancaire est gérée par l'assureur-dépôts ou l'autorité de résolution. Au cours du projet, les différentes options devraient être analysées et évaluées, à la lumière des contextes disparates présentés par des pays ayant des niveaux de développement divergents.

d) Éléments déclencheurs

32. La procédure ordinaire de liquidation d'une société est généralement déclenchée au motif que: i) le passif de la société est supérieur à son actif (insolvabilité sur la base du bilan); ou ii) la société est incapable de payer ses dettes à leur échéance (illiquidité). En raison de la nature particulière des banques, ces motifs peuvent ne pas suffire à déclencher l'ouverture d'une procédure de liquidation bancaire. En particulier, attendre l'insolvabilité sur la base du bilan peut conduire à la destruction indésirable de la valeur et à la contagion, alors que les problèmes de liquidité des banques peuvent être temporaires et se résoudre. Dans de nombreux pays, les régimes d'insolvabilité bancaire comprennent donc un éventail plus large de motifs pour l'ouverture d'une procédure de liquidation bancaire, bien que le contenu de ces déclencheurs puisse varier. En général, deux types de motifs supplémentaires peuvent être identifiés: les critères prospectifs et les critères

réglementaires. Ces derniers doivent être pris en compte de manière adéquate dans le projet. L'identification et la formulation des critères déclencheurs de l'ouverture d'une procédure de liquidation bancaire peuvent être explorées plus avant, tout en tenant dûment compte de la nature particulière des banques par rapport aux sociétés ordinaires.

e) Hiérarchie des créanciers

33. Il existe des divergences importantes entre les pays en ce qui concerne la hiérarchie des créanciers, et ce point est généralement considéré comme l'un des principaux problèmes découlant de l'absence de lois harmonisées sur la liquidation des banques. Certains pays ont une hiérarchie générale des créanciers applicable à toutes les entreprises, d'autres ont une hiérarchie spécifique des créanciers pour les banques, et d'autres encore ont introduit des règles spécifiques concernant le classement dans l'insolvabilité uniquement en vue de faciliter l'application du régime de résolution bancaire.

34. Outre ces différences formelles, de grandes divergences existent en ce qui concerne le fond de la question des hiérarchies des créanciers. Il existe des différences importantes, par exemple, en ce qui concerne le traitement des prêts d'actionnaires et des dettes intragroupes, qui peuvent ou non faire l'objet d'une subordination statutaire. La différence de traitement des créances des déposants est particulièrement pertinente dans le contexte des procédures de liquidation bancaire. Si de nombreux pays ont introduit le "droit de préférence conféré au déposant", celle-ci peut prendre différentes formes. En outre, il existe des différences entre les pays dans le traitement des dépôts bancaires au pays et à l'étranger.

35. Les grandes divergences dans les hiérarchies de créanciers sont problématiques pour plusieurs raisons. Elles entraînent un traitement inégal des créanciers dans les différents pays, des incertitudes et une imprévisibilité dans un scénario de liquidation bancaire transfrontalière. En outre, dans certains pays, le classement des créanciers en liquidation peut différer de l'ordre de l'imputation des pertes en résolution, ce qui entraîne des difficultés dans l'application du principe NCWO et une augmentation des risques de litiges.

f) Outils

36. La gamme d'outils disponibles dans les procédures de liquidation bancaire varie selon les pays. Dans certains pays, seule une liquidation "fragmentaire" est possible, les opérations de la banque étant immédiatement interrompues et les relations avec les clients résolues. Les actifs et les garanties sont vendus et les créances des créanciers sont réglées sur le produit de la liquidation. Dans d'autres pays, le régime d'insolvabilité applicable aux banques prévoit une panoplie d'outils plus large, afin de minimiser la destruction de valeur et de soutenir la continuité des fonctions essentielles de la banque défaillante (par exemple, par le transfert d'une partie des activités de la banque à une autre banque, ou par le recours à une banque relais).

37. Au cours du projet, on pourrait envisager d'explorer la gamme des outils (non conventionnels) qui peuvent être utiles dans les procédures de liquidation bancaire – tels que les outils de transfert – afin de tenir compte de la nature particulière des banques et d'atteindre les objectifs pertinents. L'utilisation efficace des outils de transfert peut être liée aux options de financement (le type et l'étendue du financement disponible dans les procédures de liquidation bancaire varient selon les pays), au type de modèle institutionnel et aux possibilités de préparation avant la faillite de la banque.

g) Traitement des sûretés, des produits dérivés

38. Les contrats sur produits dérivés peuvent être traités différemment dans les scénarios de pré-liquidation, de liquidation et de résolution. La mesure dans laquelle la résiliation-compensation est possible est particulièrement importante. La résiliation-compensation des contrats financiers peut

réduire considérablement la réserve d'actifs disponibles dans les procédures de liquidation bancaire. Il semble donc pertinent de rendre compte du traitement des produits dérivés au cours du projet. Le sujet est également pertinent pour les banques d'importance non systémique, qui sont devenues une partie importante et croissante du marché des produits dérivés dans le monde entier. En outre, plusieurs questions qui sont pertinentes pour les contrats dérivés sont également importantes pour les contrats non dérivés, comme le droit de compensation de la banque et le traitement des dettes garanties. Explorer ces aspects en détail permettrait donc de créer des synergies.

h) Aspects transfrontaliers

39. Les complexités et incertitudes transfrontalières constituent un obstacle important à l'efficacité des procédures d'insolvabilité pour les banques. L'absence de normes internationales peut être problématique, notamment en ce qui concerne deux aspects essentiels: i) les modalités de reconnaissance ou de prise en compte des procédures de liquidation de banques étrangères; et ii) la coordination transfrontalière entre les autorités impliquées dans les procédures de liquidation bancaire. Au cours du projet, une réflexion pourrait être menée sur les meilleurs moyens de faciliter la reconnaissance transfrontalière et les mesures de soutien. Par exemple, les motifs de refus de reconnaissance pourraient devoir être limités, clairement définis et adaptés aux mesures pour lesquelles la reconnaissance est demandée. En outre, on peut étudier comment faciliter une coopération efficace entre les autorités d'origine et d'accueil – que l'organe compétent soit un tribunal ou une autorité administrative – par exemple, en introduisant une base juridique explicite pour la coopération. Il conviendra peut-être aussi d'accorder une attention particulière aux procédures de liquidation bancaire d'une ou plusieurs entités d'un groupe, qu'elles aient une composante transfrontalière ou entièrement nationale.

VI. PROPOSITION DE MARCHÉ À SUIVRE

40. À la lumière des arguments inclus dans le présent document, le Secrétariat propose de poursuivre la ligne d'action suivante:

- i) Définir, en termes généraux, le champ d'application du projet afin que les travaux puissent commencer après la session du Conseil de Direction. Si les questions concrètes à inclure dans l'analyse devraient être du ressort du Groupe de travail, le Conseil de Direction est invité à restreindre le champ d'application, à ce stade, de la manière suivante:
 - a. l'instrument prendrait la forme d'un document d'orientation non contraignant qui identifierait les meilleures pratiques et solutions dans le domaine de l'insolvabilité bancaire, éventuellement sous la forme d'un guide juridique ou d'un document de principes;
 - b. le projet serait limité, dans un premier temps, aux banques.
- ii) modifier le statut du projet dans le cadre du Programme de travail actuel, en le faisant passer d'une priorité moyenne à une *priorité élevée*.

Comme l'ont confirmé et souligné des institutions et des experts internationaux de premier plan, le sujet revêt une importance pratique considérable et il est urgent d'y travailler, compte tenu des difficultés économiques actuelles et à venir au niveau mondial, qui affecteront inévitablement le secteur bancaire, en particulier ses plus petites institutions. Une reprise lente risque de transformer une crise économique mondiale en une crise financière, où les pays pourraient être confrontés à de multiples faillites de petites et moyennes banques. Ce projet arrive non seulement à point nommé, mais il est également nécessaire de commencer les travaux sans tarder.

- iii) Permettre au Secrétariat de constituer un Groupe de travail. Conformément à la méthodologie de travail établie par UNIDROIT, le Groupe de travail serait composé d'experts juridiques internationaux et de parties prenantes représentant différents systèmes juridiques et régions géographiques, présidé par un membre du Conseil de Direction. Il est proposé que le Groupe de travail sur l'insolvabilité bancaire soit présidé par le Professeur Stefania Bariatti, étant donné ses connaissances et son expérience très pertinentes, tant académiques que pratiques, dans ce domaine. Sous sa direction, le Groupe de travail entreprendrait ses travaux de manière ouverte, inclusive et collaborative. L'Annexe I contient la liste des institutions qui ont confirmé leur participation au projet. Le Secrétariat conduirait le travail technique en collaboration avec la ISF/BRI.
- iv) Approuver la planification provisoire des travaux suivante:
 - a. Élaboration d'un document d'orientation en matière d'insolvabilité bancaire au cours de cinq réunions en présentiel du Groupe de travail sur l'insolvabilité bancaire entre 2021 et 2023:
 - i. Première session: automne 2021
 - ii. Deuxième session: printemps 2022
 - iii. Troisième session: automne 2022
 - iv. Quatrième session: fin de l'hiver 2023
 - v. Cinquième session: été 2023

Il est envisagé d'organiser des réunions hybrides ou à distance lorsque cela est jugé nécessaire. Une ou plusieurs des sessions en personne peuvent être remplacées par des réunions à distance. Un travail intersessionnel intense est prévu.
 - b. Consultations et finalisation: deuxième semestre 2023
 - c. Adoption par le Conseil de Direction du projet complet en 2024.

VII. ACTION DEMANDÉE

41. *Le Secrétariat d'UNIDROIT invite le Conseil de Direction à prendre note des informations contenues dans le présent document et à approuver la démarche proposée telle qu'elle y est décrite.*

42. *En particulier, le Conseil de Direction est invité à approuver le champ d'application proposé du projet sur l'insolvabilité bancaire, à attribuer une priorité élevée au projet et à permettre au Secrétariat d'établir un Groupe de travail (en fournissant toute contribution sur la composition proposée de celui-ci) et une planification des travaux.*

ANNEXE I**LIEN AU RAPPORT DE SYNTHÈSE DE L'ATELIER EXPLORATOIRE**

Le rapport de synthèse de l'Atelier exploratoire sur la liquidation des banques qui a eu lieu les 7 et 8 juin 2021, y compris la liste des participants à l'Atelier susmentionné, peut être consulté en ligne sur la page web suivante (en anglais seulement):

[\[https://www.unidroit.org/english/documents/2021/study84/210607-summary-report-ew.pdf\]](https://www.unidroit.org/english/documents/2021/study84/210607-summary-report-ew.pdf)

ANNEXE II**INSTITUTIONS AYANT CONFIRMÉ LEUR PARTICIPATION
AU GROUPE DE TRAVAIL**

Comme il est d'usage, il est proposé qu'UNIDROIT invite un certain nombre d'organisations ayant une expertise dans le domaine de l'insolvabilité bancaire, de la résolution et de l'assurance-dépôts à participer en tant qu'observateurs au Groupe de travail. Une collaboration étroite avec les organismes de normalisation existants dans ce domaine est particulièrement importante dans ce projet. Dans cette optique, le Secrétariat a déjà confirmé la disponibilité des institutions suivantes à participer:

1. Association internationale des Assureurs-Dépôts (IADI)
2. Autorité bancaire européenne (ABE)
3. Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR, France)
4. Autorité fédérale de surveillance financière allemande (BaFin)
5. Autorité fédérale suisse de surveillance des marchés financiers (FINMA)
6. Autorité monétaire de Hong Kong (HKMA)
7. Banque centrale du Brésil
8. Banque d'Espagne
9. Banque d'Italie
10. Banque des règlements internationaux (BRI)/ Institut pour la stabilité financière (ISF)
[co-organiseurs]
11. Commission européenne
12. Conseil de résolution unique (CRU)
13. Fonds monétaire international (FMI)
14. Institut bancaire européen (EBI)
15. Institut italien pour la supervision des assurances (IVASS)
16. La Banque mondiale
17. Société d'assurance-dépôts du Canada (SADC)
18. Société d'assurance-dépôts du Japon (SADJ)