

Les conventions de compensation dans le cadre du règlement (UE) n° 575/2013 (CRR)

Anne Chamberod^{1,2}

1. Le contexte – Les grands risques	831
2. Les critères d’admissibilité d’une convention de compensation comme technique d’atténuation des grands risques au sens du CRR	832
3. Bref rappel des règles de droit belge régissant la compensation conventionnelle	833
4. Le CRR et la BRRD – L’étendue de l’efficacité de la compensation	834
4.1. Le principe	834
4.2. Les pouvoirs de résolution susceptibles d’affecter la compensation sous la BRRD	835
<i>a) Les pouvoirs de résolution généraux</i>	836
i. Le pouvoir d’ordonner le transfert à une entité réceptrice de tout ou partie des droits	836
ii. Le pouvoir de réduction et de conversion des dettes éligibles	837
iii. Le pouvoir de liquider et de résilier les contrats financiers et les contrats dérivés dans le cadre du <i>bail in</i>	838
<i>b) Le pouvoir de résolution auxiliaire: le pouvoir d’annuler ou de modifier les clauses d’un contrat</i>	839
i. Annulation ou modification des clauses d’un contrat	839
ii. Mesures de sauvegarde	839
<i>c) Les pouvoirs de suspension temporaire</i>	839
i. Le pouvoir de suspendre temporairement certaines obligations de paiement	839
ii. Le pouvoir de suspendre temporairement les droits de résiliation	839
<i>d) Exclusion du droit d’invoquer la clause de compensation et la clause de close-out netting</i>	840
5. La loi applicable aux effets, sur la compensation, des mesures de résolution – Impact de la BRRD	841
6. L’efficacité de la compensation et la question du caractère impératif (au sens du Règlement Rome I) de l’article 6 de la loi mobilisation	842
6.1. Rappel concernant la loi applicable	842
6.2. L’article 6, § 1^{er}, de la loi mobilisation	843
6.3. L’article 6, § 4, de la loi mobilisation	844
7. Conclusion	845

RÉSUMÉ

Le règlement (UE) n° 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d’investissement (CRR) complète et précise la directive n° 2013/36/UE concernant l’accès à l’activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d’investissement (CRD IV). Le CRR permet dans ce cadre aux établissements de crédit d’utiliser les conventions de compensation (ou conventions de netting) comme technique d’atténuation du risque de crédit. Pour ce faire toutefois, les conventions de compensation doivent respecter certaines conditions. La présente contribution analyse certaines questions liées au respect de ces conditions et en particulier (i) l’impact de la directive n° 2014/59/UE établissant un cadre pour la résolution et le redressement des établissements de crédit et des entreprises d’investissement (ci-après « BRRD ») sur le caractère exécutoire des conventions de compensation, (ii) la loi applicable aux effets de certaines mesures de résolution sur la compensation et (iii) la question du caractère impératif (au sens du Règlement Rome I) de l’article 6 de la loi relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier (ci-après la « loi mobilisation ») et son impact sur le caractère exécutoire des conventions de compensation.

^{1.} Service juridique, Banque Nationale de Belgique.

^{2.} Pour autant que de besoin, il est précisé que les opinions de l’auteure dans cet article n’engage pas l’institution pour laquelle elle travaille.

SAMENVATTING

Verordening (EU) nr. 575/2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (CRR) vervolledigt en verduidelijkt richtlijn nr. 2013/36/EU betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (CRD IV). In dit verband bepaalt de CRR dat kredietinstellingen gebruik mogen maken van verrekeningsovereenkomsten (of nettingovereenkomsten) om het kredietrisico te beperken, mits die verrekeningsovereenkomsten aan bepaalde voorwaarden voldoen. In deze bijdrage wordt ingegaan op een aantal kwesties die verband houden met de naleving van die voorwaarden en in het bijzonder op (i) de impact van richtlijn nr. 2014/59/EU betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (hierna “BRRD”) op de afdwingbaarheid van verrekeningsovereenkomsten, (ii) de wet die van toepassing is op het effect van bepaalde afwikkelingsmaatregelen op de verrekening en (iii) de afdwingbaarheid (in de zin van de Rome I-Verordening) van artikel 6 van de wet betreffende diverse maatregelen ter vergemakkelijking van de mobilisering van schuldvorderingen in de financiële sector (hierna de “mobiliseringswet”) en de impact ervan op de afdwingbaarheid van verrekeningsovereenkomsten.

Le règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d’investissement (CRR)³ complète et précise la directive n° 2013/36/UE concernant l’accès à l’activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d’investissement (ci-après CRD IV). Le CRR permet notamment aux établissements de crédit d’utiliser les conventions de compensation (ou conventions de *netting*) comme technique d’atténuation du risque de crédit. Pour ce faire toutefois, les conventions de compensation doivent respecter certaines conditions.

La présente contribution vise à analyser certaines questions liées au respect de ces conditions et en particulier:

- l’impact de la directive n° 2014/59/UE établissant un cadre pour la résolution et le redressement des établissements de crédit et des entreprises d’investissement

(ci-après BRRD) sur le caractère exécutoire des conventions de compensation (point 4.);

- la loi applicable aux effets de certaines mesures de résolution sur la compensation (point 5.); et
- la question du caractère impératif (au sens du Règlement Rome I) de l’article 6 de la loi relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier (ci-après la « loi mobilisation ») et son impact sur le caractère exécutoire des conventions de compensation (point 6.).

Afin de rendre le propos plus concret, nous analyserons ces questions dans le cadre des règles du CRR applicables aux « grands risques » rappelés sous les points 1. et 2. Ces développements sont toutefois applicables chaque fois que le CRR autorise l’utilisation de conventions de compensation comme technique d’atténuation du risque⁴.

1. LE CONTEXTE – LES GRANDS RISQUES

1. Le CRR est un texte d’une grande technicité. Nous retiendrons pour le propos qu’il contient des règles détaillées quant aux exigences de fonds propres des établissements de crédit et qu’il précise la méthode selon laquelle les éléments constitutifs de ces fonds propres doivent être pris en compte. Il indique à cette fin comment calculer les risques auxquels les établissements de crédit sont exposés (risque de crédit, risque de contrepartie, risque de marché, risque opérationnel, ...) et fixe des limites quant aux expositions que ces éta-

blissements sont autorisés à prendre à l’égard de ces risques.

2. Dans ce cadre, le CRR limite en particulier l’exposition qu’un établissement de crédit est autorisé à prendre sur un client ou un groupe de clients liés. Lorsque la valeur de cette exposition atteint ou dépasse 10% des fonds propres éligibles de cet établissement, l’exposition est considérée comme un « grand risque » et est soumise à des règles spécifiques⁵, telles que celles prévues par l’article 395 du CRR.

³ Le CRR s’applique aux établissements de crédit et aux entreprises d’investissement. Dans le cadre de cette contribution, nous ne traiterons toutefois que des établissements de crédit.

⁴ Voy. not. art. 295 et s. reconnaissant un effet d’atténuation de risque de contrepartie aux conventions de compensation.

⁵ Partie IV du CRR.

L'article 395 du CRR impose aux établissements de crédit de limiter leur exposition à l'égard d'un client ou d'un groupe de clients liés à 25% de leurs fonds propres éligibles. En Belgique, cette limite s'applique également aux expositions intragroupes⁶.

Pour les besoins de l'article 395, la valeur de l'exposition concernée est déterminée « *après prise en considération des effets de l'atténuation du risque de crédit* ». Il en résulte que les établissements de crédit qui utilisent des « techniques d'atténuation du risque » prévues par le CRR peuvent ainsi diminuer la valeur de leurs grands risques afin de respecter la limite de 25% de leurs fonds propres éligibles.

Le CRR distingue deux types de techniques d'atténuation de risque de crédit, les « protections de crédit financées⁷ » et les « protections de crédit non financées⁸ ». Pour faire bref, les premières visent essentiellement les conventions de compensation et les sûretés réelles alors que les secondes visent les garanties personnelles et les dérivés.

Pour sortir leurs effets, ces techniques d'atténuation du risque doivent toutefois remplir les conditions prévues par le CRR⁹.

En pratique, la conclusion de conventions de compensation (ou conventions de *netting*¹⁰) est une technique d'atténuation des grands risques fréquemment utilisée par les établissements de crédit.

Pour rappel, les conventions de compensation ou de *netting* mettent en place un processus de compensation conventionnelle d'obligations réciproques entre deux ou plusieurs parties permettant de dégager un montant « net » à payer par une partie à l'autre. Comme le rappelle J.-P. DEGUÉE¹¹, « *Souvent, les conventions de netting sont assorties d'une clause dite de 'close out' consistant dans une condition résolutoire expresse provoquant la résolution des contrats ou opérations à terme, lorsque survient un événement (lié à la défaillance) déclenchant le processus de compensation et destiné à englober dans ce processus toutes les obligations non encore exigibles.* »

Le point 2 ci-dessous tente de faire le point sur les critères d'admissibilité d'une telle convention de compensation, en ce compris les conventions de close-out netting, comme technique d'atténuation des grands risques au sens du CRR.

2. LES CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ D'UNE CONVENTION DE COMPENSATION COMME TECHNIQUE D'ATTÉNUATION DES GRANDS RISQUES AU SENS DU CRR

3. Dans le contexte considéré – celui du contrôle des grands risques – les critères permettant de reconnaître une convention de compensation comme technique admissible d'atténuation du risque sont prévus aux articles 194 à 241 du CRR auxquels l'article 399¹² renvoie.

Les conditions d'admissibilité prévues par le CRR incluent *des conditions de nature juridique*, notamment le caractère exécutoire de la convention, ainsi que *des conditions de nature qualitative*.

⁶ Art. 16, c), de l'arrêté royal du 10 avril 2014 portant approbation du règlement du 4 mars 2014 de la Banque Nationale de Belgique relatif à la mise en œuvre du Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013. Les expositions prises par un établissement de crédit de droit belge sur son entreprise mère ou sur les autres filiales de cette entreprise mère (pour autant que ces entreprises soient incluses dans la surveillance sur base consolidée à laquelle l'établissement est lui-même soumis), ne peuvent dépasser le pourcentage indiqué de fonds propres de cet établissement.

⁷ L'art. 4 du CRR définit une protection de crédit financée comme « *une technique d'atténuation du risque de crédit selon laquelle le risque de crédit associé à l'exposition d'un établissement se trouve réduit par le droit qu'a celui-ci, en cas de défaut de la contrepartie ou en cas de survenance d'autres événements de crédit prédéterminés concernant la contrepartie, de liquider certains actifs ou montants, d'obtenir leur transfert, de se les approprier ou de les conserver, ou de réduire le montant de l'exposition au montant de la différence entre le montant de l'exposition et le montant d'une créance qui serait détenue sur l'établissement, ou de le remplacer par le montant de cette différence* » (nous soulignons).

⁸ L'art. 4 du CRR définit une protection de crédit non financée comme « *une technique d'atténuation du risque de crédit selon laquelle le risque de crédit associé à l'exposition d'un établissement se trouve réduit par l'obligation d'un tiers de payer un montant en cas de défaut de l'emprunteur ou en cas de survenance d'autres événements de crédit prédéterminés* » (nous soulignons).

⁹ L'art. 399, 2., du CRR dispose notamment que « *Sous réserve du paragraphe 3 du présent article, lorsque la prise en compte d'une protection de crédit financée ou non financée est autorisée en vertu des articles 400 à 403, cette autorisation est subordonnée au respect des critères d'éligibilité et des autres exigences fixés à la troisième partie, titre II, chapitre 4* » (nous soulignons). Les critères d'éligibilité et les autres exigences fixés à la Troisième Partie, Titre II, Chapitre 4 sont ceux visés aux articles 194 à 241.

¹⁰ Les termes *netting* et *compensation* seront indifféremment utilisés dans la présente contribution. Sur ces notions, voy. A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis en matière de faillite », in *Actualités de droit des procédures collectives*, UB³, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 32 et s.

¹¹ J.-P. DEGUÉE, « La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit: une solution aux défaillances bancaires internationales? », in *Eurédia*, 2001-2002/1, p. 285. Sur le close-out netting voy. égal.: R. HOUBEN et I. PEETERS, « De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis. Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak », *R.D.C.-T.B.H.*, 2011/8, pp. 761-773, n°s 19 et s.; R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van netting) », *R.W.*, 2012-2013, 39, pp. 1522-1523, n°s 15 et s.; A. CHAMBEROD, *o.c.*, pp. 32 et s.; V. MARQUETTE, « Code de DIP: droits réels et compensation », *R.D.C.*, 2005, p. 656.

¹² Voir *supra*, note de bas de page 9.

La présente contribution n'envisage que les conditions de nature juridique. Il est toutefois utile de garder à l'esprit que les conditions de nature qualitative¹³ doivent également être satisfaites pour qu'un établissement puisse utiliser une convention de compensation comme technique d'atténuation du risque.

4. Pour être éligible comme technique d'atténuation du risque de crédit, les conventions de compensation doivent remplir deux types de conditions de nature juridique:

a) la convention doit tout d'abord être exécutoire dans toutes les juridictions concernées, y compris en cas

d'insolvabilité ou de faillite d'une contrepartie¹⁴; cette condition implique que l'autorité de contrôle reçoive la version la plus récente des avis juridiques indépendants, écrits et dûment motivés justifiant le caractère exécutoire requis (en général sous forme de « *netting legal opinion* »)¹⁵; et

b) la convention doit également satisfaire à des conditions de nature plus techniques, telles que, par exemple, celle requérant que les actifs servant à la protection soient répertoriés dans les listes d'actifs éligibles des articles 197 à 200¹⁶. Ces conditions ne sont pas examinées dans la présente contribution.

3. BREF RAPPEL DES RÈGLES DE DROIT BELGE RÉGISSANT LA COMPENSATION CONVENTIONNELLE

La présente contribution aborde la question du caractère exécutoire des conventions de netting ou de close-out netting conclues par une banque sous les trois angles spécifiques énumérés ci-dessus, à savoir l'impact, sur la compensation conventionnelle, de la BRRD, de certaines mesures de réso-

lution et de l'article 6 de la loi mobilisation. Il ne s'agit pas d'exposer les règles belges de droit commun régissant la matière. Nous renvoyons à cet égard aux nombreuses études sur le sujet¹⁷, qui toutes démontrent combien le régime de la

¹³. Parmi les conditions de nature qualitative devant être satisfaites, on relèvera notamment les suivantes:

– « *L'établissement prêteur prend toute mesure appropriée pour assurer l'efficacité du mécanisme de protection de crédit et traiter les risques liés à ce mécanisme* » (art. 194, 2.);

– « *Les établissements peuvent prendre en compte une protection de crédit financée pour le calcul de l'effet de l'atténuation du risque de crédit uniquement lorsque les actifs servant à la protection remplissent les deux conditions suivantes: (...) b) ils sont suffisamment liquides et leur valeur reste suffisamment stable dans le temps pour donner un degré approprié de certitude quant au niveau de protection atteint, compte tenu de l'approche utilisée pour calculer les montants d'exposition pondérés et du degré de prise en compte autorisé* » (art. 194, 3.). A cet égard, l'Association bancaire européenne doit élaborer des normes techniques de réglementation précisant ce qui constitue des actifs suffisamment liquides et quand leur valeur peut être considérée comme suffisamment stable;

– « *Les établissements démontrent aux autorités compétentes qu'ils disposent de procédures adéquates de gestion des risques leur permettant de contrôler les risques auxquels ils peuvent s'exposer du fait de l'emploi de techniques d'atténuation du risque de crédit* » (art. 194, 8.);

– « *Nonobstant le fait qu'une atténuation du risque de crédit a été prise en compte aux fins du calcul de leurs montants d'exposition pondérés et, le cas échéant, des montants de leurs pertes anticipées, les établissements continuent à procéder à une pleine évaluation du risque de crédit inhérent à l'exposition sous-jacente et sont en mesure de démontrer, à leurs autorités compétentes, qu'ils satisfont à cette exigence. Dans le cas des opérations de pension et des opérations de prêt ou d'emprunt de titres ou de prêt ou d'emprunt de matières premières, l'exposition sous-jacente, aux fins du présent paragraphe uniquement, est réputée être égale à son montant net* » (art. 194, 9.);

– « *La protection de crédit est conforme aux exigences définies à la section 3, le cas échéant* » (art. 194, 7.). L'article pertinent de la Section 3 à laquelle il est renvoyé est, en principe, l'article 205. Cet article dispose qu'« *Un accord de compensation au bilan autre qu'un accord-cadre de compensation visé à l'article 206 est considéré comme constituant une forme éligible d'atténuation du risque de crédit lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:*

(...);

b) les établissements sont capables de déterminer à tout moment les actifs et les passifs sur lesquels porte cet accord;

c) les établissements assurent en permanence un suivi et un contrôle des risques liés à la cessation de la protection de crédit;

d) les établissements assurent en permanence un suivi et un contrôle des expositions concernées sur une base nette. »

¹⁴. L'art. 194, 7., requiert que « *La protection de crédit [soit] conforme aux exigences définies à la section 3, le cas échéant* »; l'article pertinent auquel il est renvoyé est l'art. 205 (ou l'art. 206) qui dispose que:

« *Un accord de compensation au bilan autre qu'un accord-cadre de compensation visé à l'article 206 est considéré comme constituant une forme éligible d'atténuation du risque de crédit lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:*

a) cet accord est valide en droit et exécutoire dans tous les pays concernés, y compris en cas d'insolvabilité ou de faillite d'une contrepartie; (...) ».

¹⁵. L'art. 194, 1., du CRR dispose que:

« *La technique utilisée par l'établissement prêteur pour assurer la protection de crédit, de même que les actions et mesures qu'il adopte et les procédures et politiques qu'il met en œuvre, doivent être propres à créer des mécanismes de protection de crédit qui soient **juridiquement efficaces et exécutoires dans tous les pays concernés.***

L'établissement prêteur fournit, sur demande des autorités compétentes, la version la plus récente de l'avis ou des avis juridiques indépendants, écrits et dûment motivés qu'il a utilisés pour établir si son ou ses mécanismes de protection de crédit remplit la condition énoncée au premier alinéa. » (nous soulignons).

Le CRR précise que l'avis juridique visé doit être « indépendant ». Dès lors, sauf cas particulier, on peut douter du caractère satisfaisant d'un avis juridique émanant du service juridique de l'établissement de crédit concerné.

¹⁶. Art. 194, 3., a), CRR.

¹⁷. Voy. not., pour une analyse de cette loi: R. HOUBEN et I. PEETERS, *o.c.*, pp. 761-773; C. BODDAERT, « *Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden* », *Dr. banc. fin.*, 2010, liv. 4, 240-255; R. HOUBEN, *o.c.*, *R.W.*, 2012-2013, 39, pp. 1522-1523; A. CHAMBEROD, *o.c.*, p. 32.

compensation conventionnelle s'est complexifié ces dernières années.

Pour le propos, on rappellera brièvement qu'à partir de 2004 et pendant plusieurs années, la question de l'opposabilité d'une convention de netting ou de close-out netting a été essentiellement régie en droit belge par la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers (ci-après la « loi sur les sûretés financières »). Moyennant le respect des deux conditions qu'elle énonce aux articles 14 et 15 (et sous réserve des rares exceptions qu'elle prévoyait), la loi sur les sûretés financières érigeait en principe l'opposabilité de la compensation conventionnelle¹⁸. A défaut d'application de la loi sur les sûretés financières, la question était régie par le droit commun en vertu duquel, pour rappel, la compensation après concours est interdite sauf en cas de connexité entre les créances à compenser¹⁹.

4. LE CRR ET LA BRRD – L'ÉTENDUE DE L'EFFICACITÉ DE LA COMPENSATION

4.1. Le principe

5. L'article 205 du CRR²² requiert que les conditions de compensation « soient valides en droit et exécutoires dans tous les pays concernés, y compris en cas d'insolvabilité ou de faillite d'une contrepartie²³ ». Aucune exception n'est prévue. Or la BRRD²⁴ prévoit certaines restrictions à l'efficacité de la compensation en cas de mesures de redressement ou de mesures de résolution (voy. *infra*, le point 4.2.) de sorte qu'en cas d'application de ces mesures, le contrat de compensation ne peut sortir ses effets. La BRRD, adoptée postérieurement à CRD IV, aurait pu régler le lien entre ces deux corps de textes, en assurant la cohérence avec CRD IV et le CRR, mais n'en a rien fait.

Par la suite, des modifications ont été apportées à la loi sur les sûretés financières²⁰ qui sont venues complexifier le principe d'opposabilité que cette loi énonçait à l'origine. En 2012, la loi mobilisation²¹ a davantage encore détricoté le régime d'opposabilité prévu en 2004 en dérogeant dans plusieurs cas à la possibilité d'opposer une convention de compensation.

Il résulte de ce qui précède qu'actuellement en droit belge, pour déterminer si une convention de compensation conclue par une banque est opposable, il est impératif d'examiner, dans un premier temps, si l'on tombe dans le champ d'application de la loi sur les sûretés financières ou de la loi mobilisation.

Comme on le verra ci-dessous, l'opposabilité des conventions de compensation conclues par une banque belge peut également être affectée en cas de mesures de résolution prises à l'égard de cette banque.

6. Il n'y a pas pour autant lieu d'en conclure que les conventions de compensation ne pourraient plus être utilisées comme technique d'atténuation du risque dans le cadre du CRR dès lors qu'elles perdraient leur caractère exécutoire en cas d'application de certaines mesures de résolution.

Nous sommes d'avis que le CRR doit être lu comme exigeant que la compensation soit exécutoire, en ce compris en cas de procédure d'insolvabilité, sauf dans les cas où la compensation est limitée par les dispositions de la BRRD²⁵.

Interpréter le CRR différemment reviendrait à interdire *de facto* aux établissements de crédit de se prévaloir de l'existence de conventions de compensation comme technique d'atténuation du risque de crédit dans le cadre du calcul des

¹⁸. Sous réserve du respect des conditions suivantes: les créances et dettes à compenser existent lors du jugement de faillite et la convention dont la compensation résulte a été conclue avant la faillite ou après celle-ci avec un créancier ignorant la cessation des paiements. Voy. I. PEETERS et A. ZENNER, « Faillite et compensation: une révolution copernicienne », *J.T.*, p. 335.

¹⁹. F. GEORGES, « Section 2 – compensation et faillite », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, 2014, p. 95; T. HURNER, « L'hypothèse de la compensation après concordat et en cas de concours successifs », *J.T.*, 2006, p. 633.

²⁰. On vise not. les art. 4, § 4 et 14, § 2, de la loi sur les sûretés financières.

²¹. Cette loi vise à donner plus de possibilités aux institutions financières et aux établissements de crédit dans la mobilisation de leurs actifs pour être en mesure de se financer. Voy. not., pour un aperçu général: K. PANIS et E. HELLEBUYCK, « De Wet covered bonds en de Wet mobilisering van schuldvorderingen », *R.W.*, 2012-2013, liv. 29, 1157-1159; F. HEREMANS, « Les nouvelles lois de mobilisation de créances dans le secteur financier », *J.T.*, 2013, liv. 6508, 93-103.

²². Pour les accords de compensation d'éléments bilantaires (autre que les accords-cadres de compensation visés à l'art. 206). Pour les autres accords, l'article 206 est applicable.

²³. Art. 194, 7., du CRR qui renvoie à l'art. 205 du CRR (ou à l'art. 206, selon la nature de la convention de compensation).

²⁴. Qui pour rappel établit des règles et des procédures uniformes minimales de redressement et de résolution applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement de l'Union européenne.

²⁵. Une telle interprétation nous semble conforme à la volonté du législateur européen (voir la note de bas de page 26). Par ailleurs, en application du principe d'interprétation conciliatrice, lorsque deux normes de nature équivalente semblent entrer en conflit (à savoir ici CRD IV/CRR et BRRD), il convient de les interpréter de manière à ce qu'elles présentent le moins d'antinomie (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 59).

exigences en fonds propres. Or il ne s'agissait à l'évidence pas de l'intention du législateur européen²⁶.

Il en résulte que la condition imposée par le CRR quant au caractère exécutoire de la convention de compensation peut être considérée comme satisfaite si les seules entraves à la compensation sont celles prévues par la BRRD. A cet égard, nous examinons, ci-après (point 4.2.), les limitations à la compensation qui sont susceptibles de résulter de l'exercice de pouvoirs de résolution conférés à l'autorité de résolution.

4.2. Les pouvoirs de résolution susceptibles d'affecter la compensation sous la BRRD

7. En réponse notamment à la crise bancaire de 2008, un certain nombre d'initiatives réglementaires ont été lancées à l'échelle européenne, parmi lesquelles le mécanisme de résolution qui instaure un cadre uniforme de résolution de certaines catégories de banques et d'entreprises d'investissement en difficulté. Dans ce contexte, les règles de la BRRD « visent à prévenir les crises bancaires [via des mesures de redressement] et à permettre une résolution bien ordonnée des défaillances des banques en affectant le moins possible l'économie réelle et les finances publiques. La directive constitue donc l'une des pièces maîtresses du règlement uniforme »²⁷.

En matière de résolution, la BRRD met certains instruments et pouvoirs de résolution à la disposition des autorités de résolution.

Si la situation d'une banque se dégrade à un point tel qu'il devient irréaliste d'envisager son redressement dans un délai raisonnable, les autorités de résolution disposent de quatre instruments de résolution qu'elles peuvent appliquer à un établissement défaillant²⁸: (i) la cession d'une partie des activités de l'établissement défaillant, (ii) la création d'un établissement-relais pour continuer à exercer les fonctions prin-

cipales de l'établissement (transfert temporaire des actifs bancaires sains à une entité sous contrôle public), (iii) la séparation des bons actifs des mauvais (les actifs toxiques sont transférés vers une structure de gestion des actifs) et (iv) l'application de mesures de renflouement interne, c'est-à-dire la conversion des créances en actions ou la dépréciation (de sorte que les pertes sont affectées, selon un ordre établi, aux actionnaires et aux créanciers de la banque, et non aux contribuables).

Les autorités de résolution disposent des pouvoirs nécessaires pour appliquer les instruments de résolution concernés: il s'agit des pouvoirs de résolution généraux, des pouvoirs de résolution auxiliaires²⁹ et des pouvoirs de suspendre certaines obligations contractuelles.

8. Etant donné l'importance du mécanisme du netting pour la stabilité financière, la question de l'interaction entre les pouvoirs de résolution et le netting a très tôt été analysée par le *Basel Committee on Banking supervision* et le *Financial Stability Board*³⁰. Dans leurs recommandations, ces derniers préconisent « a reconsideration of close-out netting rights following the recent financial crisis that the unrestricted exercise of close-out netting rights pursuant to the taking of reorganisation measures may hamper the effectiveness of these measures, potentially undermining the stability of the financial markets »³¹.

La BRRD répond à ces recommandations en tentant de trouver un équilibre entre d'une part, l'efficacité des mesures de résolution et d'autre part, la nécessité de préserver le mécanisme de la compensation. L'analyse systématique des pouvoirs de résolution susceptibles d'affecter le netting³² et des mesures de sauvegarde qui leur sont applicables met en évidence l'effet de balancier entre ces deux impératifs.

Nous reprenons ci-dessous les pouvoirs de résolution dont disposent les autorités de résolution³³ en vertu de la BRRD et qui ont un impact sur le netting ainsi que les mesures de

²⁶. La BRRD précise au considérant 95 que « Pour que les dispositions légitimement prises sur le marché des capitaux ne soient pas affectées en cas de transfert d'une partie seulement des actifs, droits et engagements d'un établissement défaillant, il convient de prévoir des mesures de sauvegarde pour empêcher, le cas échéant, la séparation des engagements, droits et contrats liés. Une telle restriction des pratiques concernant les contrats liés devrait également s'appliquer aux contrats conclus avec la même contrepartie et couverts par des dispositifs de garantie, des contrats de garantie financière avec transfert de propriété, des accords de compensation réciproque ('set-off arrangements'), des accords de compensation avec déchéance du terme ('close out netting agreements') ou des mécanismes de financement structuré. Dans le cadre des mesures de sauvegarde, les autorités de résolution devraient être tenues soit de transférer tous les contrats liés au sein d'un dispositif protégé, soit de les maintenir tous au sein de l'établissement défaillant. Grâce à ces mesures, le traitement des expositions couvertes par un accord de compensation ('netting agreement') aux fins de la directive 2013/36/UE ne devrait pas être compromis » (nous soulignons).

²⁷. www.consilium.europa.eu/fr/policies/banking-union/single-rulebook/bank-recovery-resolution/.

²⁸. Art. 37 de la BRRD et 255 de la loi bancaire.

²⁹. Chapitre VI du Titre IV de la BRRD et Chapitre VI du Titre VIII de la loi bancaire.

³⁰. *Basel Committee on Banking supervision, Report and recommendations of the cross-border bank resolution group*, (mars 2010), Recommendation 9, p. 42; *Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution regimes for Financial Institutions*, (Octobre 2011), Section 4, p. 10.

³¹. B. MUSCAT, « The regulation of close-out netting at a turning point? », t. II, 2016, p. 636.

³². Les pouvoirs de résolution sont susceptibles d'affecter le netting soit de manière directe, en ce qu'ils empêchent la possibilité même de compenser durant une certaine période, soit de manière indirecte, en ce qu'ils affectent l'assiette de la compensation, c.-à-d. l'étendue des droits et obligations couverts par la compensation.

³³. Pour rappel, en Belgique, selon l'établissement de crédit concerné, l'autorité de résolution compétente sera la Banque nationale de Belgique, en tant qu'autorité de résolution nationale, ou l'Autorité de résolution unique (voy. l'art. 3, 52°, de la loi bancaire et le règlement (UE) n° 806/2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique).

sauvegarde applicables le cas échéant. Pour la facilité du lecteur, nous précisons toujours les articles de la loi bancaire transposant les dispositions de la BRRD concernées³⁴.

a) Les pouvoirs de résolution généraux

i. Le pouvoir d'ordonner le transfert à une entité réceptrice de tout ou partie des droits

§ 1. Transfert total ou partiel

9. L'autorité de résolution dispose donc de différents instruments de résolution dont la cession de l'activité, le recours à un établissement-relais et la séparation des actifs. Dans le cadre de ces instruments³⁵, l'article 63, 1., d), de la BRRD prévoit que l'autorité de résolution a le pouvoir d'ordonner le transfert à une entité réceptrice de tout ou partie des droits, actifs ou engagements d'un établissement soumis à une procédure de résolution.

L'article 63, 1., d), de la BRRD est transposé en droit belge à l'article 276, § 2, 3°, de la loi bancaire³⁶.

Il s'agit là d'un pouvoir susceptible d'affecter, dans le chef de la contrepartie, l'intérêt même de la convention-cadre de netting (ou de close-out netting). En effet, transférer partiellement les engagements faisant l'objet d'une convention de compensation (ou de close-out netting), alors que la convention continue de couvrir les autres engagements pourtant liés aux engagements transférés, est potentiellement très défavorable à la contrepartie³⁷.

§ 2. Mesure de sauvegarde – Effet

10. Afin d'éviter que des engagements liés soient désolidarisés et que « *les dispositions légitimement prises sur le marché des capitaux* »³⁸ soient affectées, les articles 76 et 77 de la BRRD prévoient que les autorités de résolution sont tenues soit de transférer tous les contrats liés au sein d'un dispositif protégé, soit de les maintenir tous au sein de l'éta-

blissement défaillant. Par ce mécanisme du « tout ou rien », la scission d'un portefeuille d'opérations couvertes par un accord de netting est évitée.

Cette mesure de sauvegarde est prévue à l'article 286, § 1^{er}, 3°, de la loi bancaire.

On pourrait s'interroger en droit belge sur l'application de cet article 286, § 1^{er}, 3°, en cas d'exercice de pouvoirs de résolution généraux (tel le pouvoir d'ordonner le transfert des droits, le pouvoir de réduire ou de convertir les dettes éligibles ou le pouvoir de liquider les contrats financiers, ...). En effet, la loi bancaire n'indique pas que les pouvoirs de résolution généraux s'exercent « sous réserve de l'application des mesures de sauvegarde », alors qu'elle le fait concernant le pouvoir de résolution auxiliaire³⁹.

Il s'agit à l'évidence d'une formulation malheureuse⁴⁰. Même si la directive et la loi bancaire auraient gagné à spécifier ceux des pouvoirs généraux qui s'exercent sous réserve des mesures de sauvegarde, il demeure que sur la base des textes actuels, il ressort assez clairement que l'autorité de résolution, lorsqu'elle souhaite transférer des engagements faisant l'objet d'une convention de compensation (ou de close-out netting), est tenue soit de transférer tous les contrats liés au sein d'un dispositif protégé soit de n'en transférer aucun.

Par cette mesure de sauvegarde, la BRRD préserve dans ce contexte l'intérêt, pour la contrepartie, de la convention de compensation. Il demeure que dans l'hypothèse d'un transfert total des engagements liés, la contrepartie voit son débiteur changer, ce qui est généralement considéré contractuellement comme un élément permettant d'invoquer le netting ou le close-out netting. Afin d'éviter que, dans ce cas, la contrepartie ne puisse invoquer la compensation (ou le déclenchement de la clause résolutoire), la BRRD prévoit que pour autant que les obligations essentielles du contrat continuent à être assurées, le transfert (ou l'application d'un autre instrument de résolution) ne peut constituer l'élément déclencheur du netting ou du close-out netting et ce, même si la

³⁴ Il est à noter toutefois qu'en cas de procédure de résolution d'établissements de crédits importants, les dispositions du règlement n° 806/2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique s'appliquent. Ces règles sont basées sur celles de la BRRD.

³⁵ Cf. art. 276, § 2, 3°, de la loi bancaire.

³⁶ En droit belge, l'autorité de résolution dispose de ce pouvoir dès qu'elle a déterminé qu'un établissement de crédit remplit les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution visées à l'art. 244, § 1^{er}, de la loi bancaire.

³⁷ Par exemple, dans le cadre d'un contrat-cadre ISDA qui contient une clause de close-out netting, la possibilité de transférer seulement certains engagements couverts par le contrat-cadre dénaturerait l'intérêt que représente le contrat pour la contrepartie dès lors que tous les engagements sont liés. Sur cette problématique, voir Y. HERINCKX, « Les mesures de redressement bancaire », in *20 ans de loi bancaire*, Cahiers AEDBF, Bruxelles, Intersentia, 2013, p. 104.

³⁸ Considérant 95 de la BRRD. Voir la note de bas de page 26.

³⁹ Art. 277, 6°, de la loi bancaire.

⁴⁰ Tout d'abord, il ressort expressément du texte de la BRRD que la mesure de sauvegarde visée à l'article 77 de la BRRD s'applique en cas de transfert partiel (art. 76, § 1^{er}, al. 1^{er}, a) et 76, § 1^{er}, al. 2, qui renvoie à l'art. 77). Ensuite, l'art. 286, § 1^{er}, 3°, de la loi bancaire vise expressément les transferts partiels, de sorte que ne pas appliquer cet article en cas de transfert partiel visé à l'art. 276, § 2°, 3°, de la loi bancaire aurait pour effet de vider cette disposition d'une partie de sa substance. Enfin, le considérant 95 de la BRRD relatif au transfert considère que « *Grâce à ces mesures [de sauvegarde], le traitement des expositions couvertes par un accord de compensation ('netting agreement') aux fins de la directive 2013/36/UE [CRD IV] ne devrait pas être compromis.* ». En d'autres termes, le pouvoir de transfert ne devrait pas affecter l'« efficacité » du netting requise par la CRDIV et le CRR.

convention le prévoit expressément (art. 287, § 1^{er}, 2^o, de la loi bancaire). Le transfert ne peut davantage être considéré comme un défaut d'exécution au sens de la loi sur les sûretés financières qui permettrait d'invoquer la clause de compensation ou de close-out netting (art. 287, § 1^{er}, 1^o, de la loi bancaire, voy. *infra*, le point d)).

ii. Le pouvoir de réduction et de conversion des dettes éligibles

§ 1. Réduction et conversion des dettes éligibles

11. On l'a vu, l'autorité de résolution dispose de différents instruments de résolution parmi lesquels le recours à un établissement-relais et le renflouement interne ou *bail in*. Dans le cadre de ces instruments, l'article 63, 1., e) et f), de la BRRD prévoit que l'autorité de résolution dispose du pouvoir de *réduire* (y compris jusqu'à zéro) le principal ou l'encours exigible des dettes éligibles d'un établissement de crédit et du pouvoir de *convertir* les dettes éligibles d'un établissement de crédit en actions ou autres titres de propriété de cet établissement de crédit, de son entreprise mère ou d'un établissement-relais.

L'article 63, 1., e) et f), de la BRRD est transposé en droit belge à l'article 276, § 2, 4^o/1 et 4^o/2, de la loi bancaire.

12. Les dettes éligibles sont celles à l'égard desquelles l'autorité de résolution peut exercer le pouvoir de réduction ou de conversion. Elles sont définies à l'article 44, 2., de la BRRD et, en droit belge, à l'article 242, 10^o, de la loi bancaire qui énumère les catégories dont les dettes éligibles ne peuvent relever (définition négative). La catégorie des « engagements garantis » est par exemple exclue. Nous pensons toutefois que les engagements faisant l'objet de conventions de compensation ne sont pas, dans ce contexte, des « engagements garantis » de sorte que les engagements faisant l'objet d'un accord de compensation ou de close-out netting peuvent faire l'objet d'une dépréciation ou d'une réduction sous la réserve précisée ci-après⁴¹.

§ 2. Mesure de sauvegarde – Effet

13. L'article 73 de la BRRD s'assure que l'exercice du pouvoir de réduction/conversion ne crée pas pour les créanciers des dettes exigibles concernées une situation plus défa-

vorable que si l'autorité de résolution avait laissé l'institution défaillir conformément au droit commun de la faillite. C'est le principe du « *no creditor worse off* ». En d'autres termes, les créanciers de l'établissement défaillant ne peuvent subir plus de pertes que celles qu'ils auraient subies si l'établissement avait été liquidé dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité.

Or, en principe, en cas d'insolvabilité d'un établissement de crédit, le mécanisme de compensation sort ses effets de sorte que seul le montant net des créances compensées rentre dans la masse⁴². Le principe « *no creditor worse off* » nous paraît dès lors commander que l'autorité de résolution exerce son pouvoir de réduction/conversion à l'égard du montant net des dettes exigibles, c'est-à-dire après compensation. La capacité d'absorption de pertes de dettes éligibles au bail in et faisant l'objet d'une convention de compensation devrait donc être faible.

On note par ailleurs qu'il est permis à l'autorité de résolution d'exclure, sur une base *ad hoc*, certains engagements du renflouement interne « *lorsqu'il n'est pas possible de renflouer ledit engagement dans un délai raisonnable en dépit des efforts déployés de bonne foi par l'autorité de résolution* »⁴³.

14. Afin de préserver le mécanisme de résolution, l'exercice du pouvoir de conversion/réduction ne peut être en soi l'élément déclencheur du netting ou du close-out netting et ce, même si la convention le prévoit expressément (art. 287, § 1^{er}, 1^o, de la loi bancaire). La réduction/conversion ne peut davantage être considérée comme un défaut d'exécution au sens de la loi sur les sûretés financières qui permettrait d'invoquer la clause de compensation ou de close-out netting (voy. *infra*, le point d)).

15. La BRRD prévoit un régime spécifique dans les cas où le pouvoir de réduction ou de conversion s'exerce à l'égard d'engagements résultant de contrats dérivés qui font l'objet d'une convention de compensation.

Dans ce cas, la BRRD donne à l'autorité de résolution le droit de résilier elle-même le contrat dérivé concerné (art. 63, 1., k)) et le droit d'évaluer le montant net résultant de la résiliation (art. 49). En d'autres termes, l'autorité de résolution se voit confier le pouvoir d'exercer elle-même la clause de close-out netting⁴⁴.

L'article 49 de la BRRD est transposé en droit belge aux articles 276, alinéa 1^{er}, 4^o/5 et 267/9, § 1^{er}, alinéa 1^{er} (pour ce

⁴¹. Il résulte des Q&A de l'EBA (question ID 2015-1779: www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa) que la notion d'engagements garantis vise les engagements garantis par des sûretés prises sur des actifs de l'établissement défaillant. Sur cette notion, voir L. A. RUZETTE et C. WAUTERS, « Le renflouement interne comme instrument de résolution », in *Doss. J.T. – La loi bancaire: questions particulières*, Bruxelles, Larcier, p. 189. Par ailleurs l'art. 49 de la directive semble viser expressément le cas de réduction/conversion d'engagements faisant l'objet d'une convention de compensation. A supposer que les dettes couvertes par une convention de compensation soient considérées comme des engagements garantis – *quod non* –, l'autorité de résolution pourrait, nous semble-t-il, exercer le pouvoir de réduction/conversion sur le montant net, après compensation, et ce, conformément à l'art. 44, 2., al. 3, de la BRRD (voy. sur ce point, L. A. RUZETTE et C. WAUTERS, *o.c.*, p. 194).

⁴². Sous réserve, en droit belge, des exceptions prévues dans la loi sur les sûretés financières et dans la loi mobilisation.

⁴³. On relève toutefois la possibilité de l'autorité de résolution de procéder à une évaluation provisoire (art. 36 de la BRRD).

⁴⁴. B. MUSCAT, *o.c.*, p. 635.

qui concerne la résiliation) et 267/9, § 1^{er}, alinéa 3 (pour ce qui concerne le calcul du montant net) de la loi bancaire.

Ce pouvoir de l'autorité de résolution, appliqué aux contrats dérivés, affecte directement le droit de compensation de la contrepartie. La BRRD prévoit toutefois deux mesures qui visent à préserver les droits de la contrepartie: d'une part, l'autorité de résolution ne peut exercer le pouvoir de réduction et de conversion à l'égard d'un engagement résultant d'un produit dérivé qu'à la liquidation des produits dérivés ou après celle-ci⁴⁵. D'autre part, l'évaluation du montant net résultant de la convention de compensation doit être établie conformément aux dispositions de cette convention⁴⁶.

iii. Le pouvoir de liquider et de résilier les contrats financiers et les contrats dérivés dans le cadre du bail in

§ 1. Liquidation (close-out) et résiliation des contrats

16. L'article 63, 1., k), de la BRRD prévoit que l'autorité de résolution dispose du pouvoir de « liquider⁴⁷ et de résilier des contrats financiers ou des contrats dérivés aux fins de l'application de l'article 49 de la BRRD⁴⁸ ». Les contrats financiers sont définis à l'article 1, 1., 100, de la BRRD⁴⁹.

L'article 63, 1., k), de la BRRD est transposé en droit belge à l'article 276, § 2, 4^o/5, de la loi bancaire.

Nous renvoyons au point ii. ci-dessus concernant le pouvoir de résiliation ou de liquidation des contrats dérivés dans le cadre du *bail in*.

Le pouvoir de résiliation des contrats financiers est un pouvoir susceptible d'affecter, dans le chef de la contrepartie, l'intérêt même de la convention-cadre de netting (ou de close-out netting) puisque des contrats financiers faisant l'objet de la convention pourraient, par l'effet de la résilia-

tion, être désolidarisés d'autres contrats qui sont liés aux contrats résiliés et qui sont également couverts par la convention de compensation.

§ 2. Mesure de sauvegarde?

17. La question de savoir si l'autorité de résolution pourrait résilier des contrats financiers couverts par une convention-cadre de compensation sans faire de même à l'égard d'autres contrats qui leur sont liés et qui sont également couverts par la convention est une question délicate. La BRRD n'apporte pas de réponse claire⁵⁰. Par ailleurs, la loi bancaire ne précise pas si le pouvoir de liquider et de résilier les contrats financiers ou les contrats dérivés s'exerce sous réserve de l'application des mesures de sauvegarde, et notamment de l'article 286, § 1^{er}. Une confirmation du législateur européen que tel est bien le cas serait souhaitable sur cette question.

18. Il demeure que la résiliation d'un contrat financier qui ferait l'objet d'une convention de compensation cadre ne pourrait être considérée comme un défaut d'exécution⁵¹ permettant de déclencher la compensation (ou activant la clause de close-out)⁵². La prise de cette mesure ne pourrait davantage permettre, en soi, à la contrepartie d'exercer son droit d'invoquer la déchéance du terme ou la compensation (voy. *infra*, le point d)).

19. L'article 63, 1., k), de la BRRD n'est que partiellement transposé en droit belge. En effet, l'article 276, § 2, 4^o/5, de la loi bancaire ne vise que le pouvoir de liquidation et de résiliation des contrats dérivés mais ne se réfère pas, comme le fait pourtant la BRRD, au pouvoir de résiliation des contrats financiers. Nous pensons qu'il s'agit d'un oubli⁵³ et non d'une omission volontaire du législateur belge qui, pour rappel, a transposé les dispositions de la BRRD dans la loi bancaire avant que la version finale de cette directive ne soit

⁴⁵. « This protects the single agreement concept found in most netting agreements, in particular master agreements, and thus aims to protect the 'all-or-nothing' approach in relation to linked liabilities in a close-out netting agreement in order to protect the determination of the net balance element. It also protects the management of risk exposure sought to be achieved in netting agreements. Moreover, it is only upon closing out that the resolution authority can determine whether a derivative contract gives rise to a liability and what is its exact amount. », B. MUSCAT, *o.c.*, p. 635.

⁴⁶. « It is clear that the EU legislator has attempted, to the extent possible, to preserve the terms imposed by the netting agreement and to retain intact the netting mechanism insofar as regards valuation of derivatives as stipulated under the netting agreement. Even the European Banking Authority, when exercising its delegated powers under this Article to adopt regulatory standards specifying methodologies on the valuation of derivatives, is to take into account the methodology for close-out set out in any relevant netting agreement. », B. MUSCAT, *o.c.*, p. 636. Voy. aussi le règlement-délégué de la Commission du 23 mai 2016 complétant la BRRD par des normes techniques de réglementation relatives aux méthodes et aux principes de valorisation des engagements résultant de produits dérivés.

⁴⁷. « Close-out » dans la version anglaise.

⁴⁸. Pour rappel, l'article 49 vise les cas où l'autorité de résolution exerce les pouvoirs de dépréciation et de conversion à l'égard d'engagements résultant de produits dérivés.

⁴⁹. Sont notamment considérés comme des contrats financiers les contrats d'emprunt interbancaire dont l'échéance est inférieure ou égale à 3 mois.

⁵⁰. Cf. la formulation de l'art. 77, 1., de la BRRD qui se réfère à la modification ou la résiliation [...] par l'exercice de pouvoirs auxiliaires.

⁵¹. En Belgique, au sens de la loi du 15 décembre 2004.

⁵². Art. 287, § 1^{er}, 1^o, de la loi bancaire.

⁵³. Il en est d'autant plus ainsi nous semble-t-il que l'autorité de contrôle et l'autorité de résolution ont le pouvoir d'exiger des établissements de crédit qu'ils tiennent des registres détaillés des contrats financiers auxquels ils sont partie (art. 112, al. 2 et 226, § 2, de la loi bancaire). Or le but de ces registres est notamment de pouvoir identifier ces contrats rapidement en cas de mesures de résolution les concernant. En droit luxembourgeois, l'autorité de résolution luxembourgeoise dispose du pouvoir de résilier les contrats financiers conclus par un établissement de crédit remplissant les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution (art. 61, (12), de la loi 18 décembre 2015 relative aux mesures de résolution, d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement ainsi qu'aux systèmes de garantie des dépôts et d'indemnisation des investisseurs).

votée. Un effet direct nous semble toutefois pouvoir être donné à l'article 63, 1., k), de la BRRD de sorte que l'article 276, § 2, 4^o/5, de la loi bancaire devrait à notre sens être interprété conformément à la directive.

b) Le pouvoir de résolution auxiliaire: le pouvoir d'annuler ou de modifier les clauses d'un contrat

i. Annulation ou modification des clauses d'un contrat

20. L'autorité de résolution dispose d'un certain nombre de pouvoirs de résolution auxiliaires parmi lesquels le pouvoir visé à l'article 64, 1., f), de la BRRD « d'annuler ou de modifier » les clauses d'un contrat auquel l'établissement de crédit est partie.

L'article 64, 1., f), de la BRRD est transposé en droit belge à l'article 277, alinéa 1^{er}, 6^o, de la loi bancaire⁵⁴.

21. Ce pouvoir, s'il n'était atténué par les mesures visées ci-dessous, serait susceptible d'affecter le mécanisme de compensation lui-même dès lors qu'une autorité de résolution pourrait résilier une clause de compensation (ou de close-out netting) ou la modifier. La BRRD prévoit toutefois deux réserves à ce pouvoir qui permettent de préserver la compensation.

ii. Mesures de sauvegarde

Tout d'abord, en cas de transfert (à une entité réceptrice) de tout ou partie des droits d'un établissement de crédit, ce pouvoir d'annulation ou de modification des clauses d'un contrat ne peut porter atteinte aux droits dont dispose contractuellement la contrepartie – en ce compris le droit de compensation ou le droit de résiliation dans le cadre d'une clause de close-out netting – en raison d'un acte ou d'une omission commis soit par l'établissement de crédit avant le transfert, soit par l'entité réceptrice après le transfert⁵⁵. En d'autres termes, si l'établissement de crédit concerné est en défaut d'exécution avant le transfert, la contrepartie pourrait exercer son droit de *close-out netting* nonobstant l'annulation ou la modification ultérieure des clauses concernées.

Ensuite, l'article 277, 6^o, de la loi bancaire prévoit expressément que ce pouvoir de résolution auxiliaire s'applique « sous réserve des restrictions prévues au Chapitre VII », c'est-à-dire sous réserve des mesures de sauvegarde visées au Chapitre VII du Titre VIII, de la loi bancaire. Parmi ces mesures de sauvegarde, celle visée à l'article 286, § 1^{er}, 3^o, de la loi bancaire est particulièrement pertinente en l'espèce:

elle prévoit que l'autorité de résolution ne peut ordonner la modification ou la résiliation des droits et engagements résultant d'une convention de novation ou de compensation bilatérale ou multilatérale, en ce compris une convention de compensation ou une convention de compensation avec déchéance du terme (close-out netting). Il en découle que le pouvoir de résolution auxiliaire mentionné ci-dessus d'annuler ou de modifier les clauses d'un contrat ne s'applique pas aux conventions de compensation ou de close-out netting⁵⁶.

c) Les pouvoirs de suspension temporaire

i. Le pouvoir de suspendre temporairement certaines obligations de paiement

22. L'article 69 de la BRRD confère aux autorités de résolution le pouvoir de suspendre (à compter de la publication requise par l'art. 83, 4. et jusqu'à minuit le jour ouvrable suivant ladite publication), toute obligation de paiement ou de livraison découlant d'un contrat auquel l'établissement de crédit est partie, étant entendu que les obligations de paiement ou de livraison des contreparties de l'établissement de crédit en vertu du même contrat sont suspendues pour la même durée.

Cette disposition est transposée en droit belge à l'article 280, § 1^{er}, 1^o, de la loi bancaire.

En vertu de ce pouvoir, l'exécution d'une obligation de paiement faisant l'objet d'une convention de compensation peut donc être temporairement suspendue. Toutefois, conformément à l'article 287, § 2, de la loi bancaire, la contrepartie ne pourra invoquer cette suspension pour déclencher le (close-out) netting, même si cela est expressément prévu par la convention. Par ailleurs, cette suspension ne pourrait être considérée comme un défaut d'exécution au sens de la loi sur les sûretés financières permettant de déclencher une clause de (close-out) netting (art. 287, § 1^{er}, 1^o, de la loi bancaire).

ii. Le pouvoir de suspendre temporairement les droits de résiliation

23. L'article 71 de la BRRD prévoit que les autorités de résolution disposent du pouvoir de suspendre (à compter de la publication requise par l'article 83, 4., jusqu'à minuit le jour ouvrable suivant ladite publication), les droits de résiliation⁵⁷ de toute partie à un contrat conclu avec l'établissement de crédit ou avec une filiale de celui-ci, pour autant que l'exécution des obligations essentielles au titre du contrat⁵⁸ continue d'être assurée.

^{54.} On regrettera que le législateur belge utilise, comme la BRRD, le vocable « annulation » du contrat plutôt que celui de résiliation.

^{55.} Art. 278, al. 1, 2^o, de la loi bancaire.

^{56.} Art. 76, 1., al. 1^{er}, b) et art. 77) de la BRRD.

^{57.} En ce compris les droits de « close-out », c.-à-d. le droit de mettre fin à un engagement en vue de le faire entrer dans le processus de compensation.

^{58.} Notamment les obligations de paiement et de livraison, ainsi que la fourniture d'une garantie.

En vertu de cette disposition donc, la contrepartie de l'établissement de crédit concerné par une telle mesure de suspension ne pourra invoquer son droit de *close-out netting*⁵⁹ pendant la période de suspension⁶⁰.

Cette restriction est transposée à l'article 280, § 1^{er}, 3^o, de la loi bancaire.

Comme indiqué ci-dessus, cette suspension des droits de résiliation ne peut être considérée comme un défaut d'exécution au sens de la loi sur les sûretés financières (art. 287, § 1^{er}, 2^o, de la loi bancaire)⁶¹ et la prise de cette mesure ne pourrait davantage permettre, en soi, à la contrepartie d'exercer son droit d'invoquer la déchéance du terme ou la compensation (voy. *infra*, le point d)).

24. On relève que la BRRD ne règle pas le lien entre l'article 69 d'une part (pouvoir de suspendre toute obligation de paiement ou de livraison découlant d'un contrat) et l'article 71 d'autre part (pouvoir temporaire de suspension des droits de résiliation). En particulier, la BRRD ne précise pas si la suspension des obligations de paiement en vertu de l'article 69 peut être considérée comme une inexécution des obligations au sens de l'article 71⁶², auquel cas la contrepartie conserverait ses droits de résiliation (issus d'une clause de *close-out netting* p. ex.) et ce, nonobstant la mesure de suspension des droits de résiliation visée à l'article 71 de la BRRD.

Nous sommes d'avis que la suspension des obligations de paiement en vertu de l'article 69 de la BRRD ne doit pas être considérée comme une inexécution des obligations au sens de l'article 71 de la BRRD, de sorte que la suspension des

droits de résiliation visée à l'article 71 devrait sortir ses effets nonobstant la suspension des obligations de paiement en vertu de l'article 69. Toutefois, sur la base du considérant 94 de la BRRD⁶³, les deux interprétations restent possibles. Une clarification du législateur serait donc souhaitable.

d) Exclusion du droit d'invoquer la clause de compensation et la clause de *close-out netting*

25. Bien qu'elle soit considérée par la loi bancaire comme une « mesure de sauvegarde », l'exclusion de certains droits contractuels, en ce compris le droit d'invoquer la compensation et la déchéance du terme (le *close-out*), constitue en réalité, pour ce qui concerne la contrepartie à la convention de compensation, une restriction supplémentaire à la compensation.

26. L'article 68, 3., de la BRRD prévoit que pour autant que les obligations essentielles au titre du contrat soient respectées, les contreparties d'un établissement soumis à une mesure de prévention de crise ou à une mesure de gestion de crise, y compris la survenance de tout événement directement lié à l'application d'une telle mesure, ne peuvent invoquer la compensation ou un droit de déchéance du terme (découlant d'une clause de « *close-out netting* ») du seul fait de la prise de cette mesure⁶⁴. En d'autres termes, le redressement ou la résolution ne pourraient en soi constituer un élément déclencheur (*triggering event*) du *netting* ou du *close-out netting*, pour autant que les obligations au titre du contrat continuent à être exécutées⁶⁵.

^{59.} Tant que l'exécution des obligations essentielles au titre du contrat continue d'être assurée.

^{60.} On relève que l'art. 71, 4., de la BRRD (transposé dans l'art. 280, § 5, de la loi bancaire) permet l'exercice des droits de résiliation avant la fin de la période de suspension si l'autorité de résolution avise la contrepartie que les droits et engagements couverts par le contrat ne sont pas transférés à une autre entité ni soumis à dépréciation ou conversion sur application de l'instrument de renflouement interne. En d'autres termes, si l'autorité de résolution identifie les contrats qui ne sont pas transférés et ne sont pas soumis au *bail in*, elle publie un avis qui rend possible la résiliation de ces contrats. Même si cela n'est pas précisé, il nous semble que l'art. 68 de la BRRD s'oppose à toute résiliation en vertu de l'art. 71, 4., de la BRRD si cette résiliation est fondée sur une mesure de prévention de crise ou une mesure de gestion de crise prise, y compris la survenance de tout événement directement lié à l'application d'une telle mesure.

^{61.} Assurant la transposition de l'art. 68, 5., de la BRRD.

^{62.} On rappelle que l'art. 71 ne s'applique que « pour autant que les obligations essentielles au titre du contrat continuent d'être assurées », c.-à-d. pour autant qu'il n'y a pas d'inexécution.

^{63.} Le considérant 94 précise que: « Afin d'assurer aux autorités de résolution, lors du transfert d'actifs ou de passifs à un acquéreur privé ou à un établissement-relais, un délai suffisant pour identifier les contrats à transférer, il pourrait s'avérer utile d'imposer jusqu'au moment du transfert des restrictions proportionnées aux droits des contreparties de liquider ou de résilier les contrats financiers, ou d'en anticiper l'échéance. Une telle restriction serait nécessaire pour permettre aux autorités d'obtenir une image fidèle du bilan de l'établissement défaillant, sans les changements de valeur et de portée qu'entraînerait un exercice des droits de résiliation à grande échelle. Afin d'interférer le moins possible avec les droits contractuels des contreparties, cette restriction des droits de résiliation ne devrait s'appliquer que dans le contexte d'une mesure de prévention de crise ou d'une mesure de gestion de crise, y compris la survenance de tout événement directement lié à l'application d'une telle mesure, et les droits de résiliation liés à tout autre défaut, notamment le défaut de paiement ou de fourniture d'une marge, devraient être maintenus. »

^{64.} Lorsque les obligations essentielles au titre du contrat ne sont pas respectées, les contreparties peuvent invoquer la compensation; la loi sur les sûretés financières est alors d'application.

^{65.} Concernant les droits de résiliation, on peut raisonnablement s'interroger sur l'utilité réelle de la mesure de suspension prévue à l'art. 71 de la BRRD. En effet, pour les cas visés par l'art. 68, on voit peu d'intérêt à suspendre des droits qui ne peuvent de toute façon pas être exercés. La mesure visée par l'art. 71 ne serait utile qu'à l'égard de droits de résiliation qui ne seraient pas déjà neutralisés par l'art. 68. Vu la portée assez large de l'art. 68 (qui couvre même les procédures de résolution de pays tiers lorsqu'elles sont reconnues en vertu de la BRRD), cela semble assez limité. On peut certes imaginer des clauses de *close-out* fondées sur des événements tout à fait étrangers à la résolution mais même une clause fondée p. ex. sur un « *downgrade* » de la notation de l'établissement de crédit pourrait être couverte par l'art. 68, dès lors que le « *downgrade* » serait probablement directement lié aux mesures de redressement ou de résolution (à cet égard, voy. le point 3. de l'art. 68 qui vise « la survenance de tout événement directement lié à l'application d'une telle mesure de prévention de crise ou de gestion de crise »). En pratique, on peut s'attendre à ce que l'autorité de résolution adopte tout de même une mesure de suspension en vertu de l'art. 71, pour parer à toute éventualité.

L'article 68, 3., de la BRRD est transposé en droit belge à l'article 287 de la loi bancaire.

En droit belge, les mesures visées sont: (i) l'application des instruments de résolution et l'exercice des pouvoirs de résolution⁶⁶ ou (ii) la prise de toute mesure visée aux articles 116, § 2, 232, alinéa 2, 234, 235, 236 et 250 en rapport avec un établissement de crédit. Les cas visés par l'article 287 de la loi bancaire sont donc plus limités que ceux visés à l'article 68 de la BRRD qui vise également « la survenance de tout événement directement lié à l'application d'une telle mesure », tels que, par exemple, le *downgrade* de la notation

de l'établissement de crédit. Nous pensons qu'il s'agit d'une omission du législateur belge. Il y a lieu d'interpréter l'article 287 conformément à la directive.

La règle visée à l'article 287 de la loi bancaire est considérée comme une loi de police au sens de l'article 9 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil (Règlement Rome I) (art. 68, 6., de BRRD et art. 287, § 3, de la loi bancaire). Il s'agit donc d'une disposition que tout juge d'un Etat membre doit appliquer quel que soit le droit applicable à la convention (voy. *infra*, le point 6.).

5. LA LOI APPLICABLE AUX EFFETS, SUR LA COMPENSATION, DES MESURES DE RÉOLUTION – IMPACT DE LA BRRD

27. La question de la loi applicable aux effets d'une mesure d'assainissement ou d'une procédure de liquidation d'un établissement de crédit sur une convention de compensation se règle par l'application de l'article 25 de la directive n° 2001/24/CE concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (la *directive n° 2001/24/CE*)⁶⁷.

En vertu de cet article, les effets d'une mesure d'assainissement ou d'une procédure de liquidation (en ce compris la faillite) sur une convention de compensation sont régis exclusivement par la loi du contrat (la *lex contractus*). L'article 25 de la directive n° 2001/24/CE prévoit donc une règle de conflit de lois qui déroge à l'application de la *lex concursus* pour les conventions de netting.

28. La définition des mesures d'assainissement au sens de la directive n° 2001/24/CE précitée, a été modifiée par l'article 117 de la BRRD pour y inclure expressément l'application des instruments de résolution et l'exercice des pouvoirs de résolution prévus dans la BRRD⁶⁸.

Les effets de mesures de résolution sur une convention de compensation sont donc régis par la loi du contrat.

Si une convention-cadre de compensation soumise au droit anglais est conclue entre une banque de droit belge et une banque de droit français, les effets d'une procédure de résolution ouverte à l'encontre de la banque belge seront donc régis par le droit anglais.

29. L'article 25 de la directive n° 2001/24/CE, tel que modifié par la BRRD, précise toutefois que cette règle (la

détermination par la *lex contractus* des effets de mesures d'assainissement sur la compensation) s'applique « sans préjudice des articles 68 et 71 de la directive n° 2014/59/UE (BRRD) ».

Pour rappel, il résulte de l'article 68, 3.⁶⁹, que pour autant que les obligations essentielles au titre du contrat soient respectées, les contreparties d'un établissement soumis à des mesures de redressement ou de résolution ne peuvent invoquer la compensation ou le close-out netting du seul fait de la prise de cette mesure (voy. *supra*, le point 4.). Par ailleurs, l'article 68, 1., de la BRRD prévoit qu'une mesure de gestion de crise n'est pas, en soi, considérée comme un « fait entraînant l'exécution » au sens de l'article 2, 1., h), de la directive n° 2002/47/CE relative aux contrats de garantie financière ou comme une procédure d'insolvabilité au sens de la directive n° 98/26/CE (et ce, pour autant que les obligations essentielles au titre du contrat soient respectées).

Les dispositions de cet article 68 sont considérées comme des lois de police au sens de l'article 9 du Règlement Rome I. La BRRD ne précise toutefois pas si l'on doit considérer l'article 68 comme une loi de police du for, auquel cas s'applique l'article 9, 2., du Règlement Rome I, ou comme une loi de police étrangère au sens de l'article 9, 3., dudit règlement. Comme M. Lehmann, nous sommes d'avis qu'il s'agit d'une loi de police du for visée par l'article 9, 2., du Règlement Rome I⁷⁰. Par conséquent, le juge d'un Etat membre saisi doit appliquer ses dispositions nationales transposant l'article 68 de la BRRD même si ces dernières sont contraires à la loi étrangère choisie par les parties au

^{66.} Et donc l'exercice des pouvoirs mentionnés aux points a), b) et c).

^{67.} Voy. sur le sujet J.-P. DEGUÉE, *o.c.*, pp. 285 et 306. Pour une étude approfondie de la directive n° 2001/24/CE, voy.: P.E. PARTSCH, « Chapitre II. – Directive assainissement/liquidation », in *Droit bancaire et financier européen*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 599-614.

^{68.} Désormais, les mesures d'assainissement au sens de la directive 2001/24 sont « les mesures qui sont destinées à préserver ou rétablir la situation financière d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement telle que définie à l'article 4, 1., point 2), du règlement (UE) n° 575/2013 et qui est susceptible d'affecter les droits préexistants de tiers, y compris les mesures qui comportent la possibilité d'une suspension des paiements, d'une suspension des mesures d'exécution ou d'une réduction des créances; ces mesures comprennent l'application des instruments de résolution et l'exercice des pouvoirs de résolution prévus dans la directive n° 2014/59/UE » (nous soulignons).

^{69.} Transposé par l'art. 287 de la loi bancaire.

^{70.} M. LEHMANN, « La résolution et le droit international privé », in *Revue de droit bancaire et financier*, 2014, p. 93.

contrat⁷¹ et ce, que la loi du contrat soit celle d'un Etat membre ou d'un pays tiers.

Dans l'exemple précité, si une convention-cadre de compensation soumise au droit anglais est conclue entre une banque de droit belge et une banque de droit français, le juge belge saisi devra considérer que les effets sur la convention de compensation de mesures de résolution prises à l'encontre de la banque belge sont régis par la loi du contrat, le droit anglais, mais que la question de savoir si la banque de droit français peut invoquer la compensation du seul fait de l'exercice des pouvoirs de résolution est régie par la loi belge, à savoir l'article 287 de la loi bancaire qui transpose l'article 68 de la BRRD (et la réponse à cette question devrait être négative).

Le raisonnement serait le même si la convention-cadre de compensation était soumise au droit américain et était conclue entre une banque de droit belge et une banque de droit américain⁷². Dans ce cas toutefois, le risque existerait que les cours et tribunaux américains saisis par l'établissement de crédit américain sur cette même question (celle de savoir si la banque de droit américain peut invoquer la compensation du seul fait de l'exercice des pouvoirs de résolution) rendent un jugement différent⁷³, les Etats-Unis n'étant tenus ni par le Règlement Rome I ni par la BRRD⁷⁴.

On relève que l'article 68, 2., de la BRRD envisage spécifiquement le cas de procédure de résolution d'un pays tiers et

prévoit que « *Si la procédure de résolution d'un pays tiers est reconnue en vertu de l'article 94, ou si une autorité de résolution le décide, cette procédure est considérée comme une mesure de gestion de crise aux fins du présent article.* » En d'autres termes, le juge d'un Etat membre saisi devrait conclure que l'adoption d'une mesure de résolution par une autorité de résolution d'un pays tiers ne peut, en soi, être l'élément déclencheur de l'application d'une clause de netting si la procédure de résolution concernée est reconnue en vertu de l'article 94.

30. Un raisonnement identique devrait s'appliquer pour les mesures visées à l'article 71 de la BRRD même si celle-ci n'a pas précisé expressément que les dispositions de cet article sont des lois de police au sens de l'article 9 du Règlement Rome I.

Pour rappel, l'article 71 de la BRRD – transposé par l'article 280 de la loi bancaire – prévoit le pouvoir des autorités de résolution de suspendre les droits de résiliation⁷⁵ de toute partie à un contrat conclu avec l'établissement de crédit ou avec une filiale de celui-ci, pour autant que les obligations essentielles au titre du contrat⁷⁶ continuent d'être assurées (voy. *supra*). Durant cette période donc, les clauses de close-out netting ne peuvent sortir leurs effets si les obligations essentielles au titre du contrat continuent d'être assurées.

6. L'EFFICACITÉ DE LA COMPENSATION ET LA QUESTION DU CARACTÈRE IMPÉRATIF (AU SENS DU RÈGLEMENT ROME I) DE L'ARTICLE 6 DE LA LOI MOBILISATION

6.1. Rappel concernant la loi applicable

31. En dehors des cas dans lesquels des mesures de redressement/résolution sont adoptées ou des procédures de liqui-

datation sont ouvertes à l'encontre d'un établissement de crédit, il résulte du Règlement Rome I que l'efficacité de la compensation issue d'une convention de compensation est régie par la loi choisie par les parties, la *lex contractus*⁷⁷.

^{71.} « *L'application des lois de police du for était et reste obligatoire pour le juge, sans autre condition que celle de la constatation que la norme en cause présente le caractère de loi de police.* », A. NUYS, *o.c.*, p. 561; G. MINNE, *Bulletin Droit et Banque* n° 47, 2011, pp. 16 et s.

^{72.} Les effets sur la convention de compensation de mesures de résolution prises à l'encontre de la banque belge seraient régis par la loi du contrat, la loi américaine, et l'art. 287 de la loi bancaire serait applicable concernant la question de savoir si la banque de droit américain peut invoquer la compensation du seul fait de l'exercice des pouvoirs de résolution. A cet égard, voy. B. MUSCAT, *o.c.*, p. 637: « *A court in an EU Member State is bound to reject the parties characterisation of a resolution measure as a contractual enforcement event in their contract, notwithstanding that the applicable law of the contract is the law of a third non-EU country.* »

^{73.} « *A risk exists of incompatible parallel judgments in cases where the resolution forum is an EU Member State and the solvent counterparty brings an action to enforce contractual termination provisions in the court of the third country.* », B. MUSCAT, *o.c.*, p. 637.

^{74.} « *Les Etats qui ne sont pas membres de l'Union européenne ne sont pas soumis au Règlement Rome I. Ils ne peuvent pas non plus être contraints par le législateur européen à reconnaître un statut de lois de police aux dispositions de la directive sur le redressement et la résolution. L'application du droit européen de la résolution dépendra donc de la bonne volonté de ces derniers. Cela est particulièrement vrai pour les Etats-Unis, qui sont avec le Royaume-Uni, l'autre grand acteur dans le secteur financier.* », M. LEHMANN, *o.c.*, p. 93. On relève à cet égard que « *Le Danemark n'est pas non plus soumis au Règlement Rome I, [...] Ceci est dû au fait que ce pays a choisi, pour des raisons politiques, de ne pas participer à la coopération européenne en matière civile. Pourtant, dans les relations entre les autres Etats membres et le Danemark s'applique la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelle de 1980. En même temps, la BRRD est pleinement obligatoire pour le Danemark. Pour combiner les deux, on pourrait considérer que l'article 68, 5., de la directive vise aussi l'article 7 de la Convention de Rome, qui est le prédécesseur de l'article 9, 2., du Règlement Rome I et en vertu duquel les tribunaux de Etats signataires doivent appliquer les lois de la police de for.* », M. LEHMANN, *o.c.*, note de bas de page 68.

^{75.} En ce compris les droits de « close-out », c.-à-d. le droit de mettre fin à un engagement en vue de le faire entrer dans le processus de compensation.

^{76.} Notamment les obligations de paiement et de livraison, ainsi que la fourniture d'une garantie.

^{77.} Art. 3, 1., du règlement (CE) n° 593/2008 (dit Règlement Rome I).

Le Règlement Rome I pose toutefois trois limites à cette liberté de choix: (i) les règles impératives au sens de l'article 3 dudit règlement, (ii) les lois de police telles que définies à l'article 9 et (iii) l'ordre public visé à l'article 21.

32. Pour le propos, on rappellera brièvement les notions suivantes:

- *les règles « impératives »*: dans le Règlement Rome I, les dispositions impératives sont des dispositions auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord. L'article 3, 3., du Règlement Rome I dispose que lorsque tous les éléments de la situation sont localisés, au moment du choix de la *lex contractus*, dans un pays (contrat purement interne), les dispositions impératives de ce pays s'appliquent nécessairement, même si les parties ont choisi la loi d'un autre pays⁷⁸. Lorsque tous les éléments de la situation ne sont pas localisés dans un même pays, le juge saisi d'une question relative à une convention ne pourrait en principe écarter la *lex contractus* au seul motif qu'elle serait contraire à une disposition simplement impérative du for. En effet, comme le rappelle A. NUYTS, « *le principe d'autonomie de la volonté ne cède que devant l'intervention de normes qui présentent un degré d'impérativité supérieur à celui des dispositions 'simplement impératives', à savoir celles qui répondent à la qualification d'ordre public ou de lois de police* »⁷⁹;
- *les lois de police*: le Règlement Rome I définit les lois de police comme « *des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* »⁸⁰. En vertu de l'article 9, 2., du Règlement Rome I, le juge saisi doit appliquer les lois de police du for même si ces dernières sont contraires à la loi étrangère choisie par les parties au contrat⁸¹. Le juge saisi *pourrait également*, sous certaines conditions, appliquer une loi de police étrangère⁸² ;
- l'exception d'ordre public international doit permettre au juge saisi d'écarter la *lex contractus* étrangère lorsque l'application de cette loi (et non la loi elle-même)

est manifestement incompatible avec l'ordre public international du for⁸³.

33. Reprenons l'exemple d'une convention-cadre de compensation soumise au droit anglais et conclue entre une banque de droit belge et une banque de droit français et supposons qu'en dehors de toute mesure de redressement ou procédure de liquidation prise à l'encontre de la banque belge, un juge belge soit saisi de la question de l'efficacité de la compensation.

Dans ce cas, l'efficacité de la compensation sera régie par la *lex contractus*, ici le droit anglais, sous réserve, (i) dans les cas visés à l'article 3 du Règlement Rome I, des règles belges simplement impératives, (ii) des lois de police belges et (iii) de l'ordre public international belge. Dans l'hypothèse concernée, tous les éléments de la situation n'étant pas localisés dans un même pays, le juge saisi ne pourrait en principe écarter la *lex contractus* au motif qu'elle serait contraire aux règles simplement impératives belges. Le juge appliquerait par contre les lois de police belges, si la *lex contractus* leur portait atteinte.

La situation serait différente si la convention de compensation, soumise au droit anglais, était conclue entre deux banques de droit belge et que tous les éléments de la situation étaient localisés en Belgique (loi applicable aux créances à compenser, lieu d'exécution des obligations, ...). Dans ce cas en effet, le juge saisi devrait analyser si la *lex contractus* s'avère contraire aux règles impératives belges (art. 3, 3., du Règlement Rome I).

6.2. L'article 6, § 1^{er}, de la loi mobilisation

34. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si la loi mobilisation et en particulier son article 6, § 1^{er} – énonce des règles impératives au sens de l'article 3, 3., du Règlement Rome I⁸⁴.

En vertu de l'article 6, § 1^{er}, de la loi mobilisation, lorsque la cession ou la mise en gage d'une « créance sur un établissement de crédit liée à des services bancaires » a été notifiée à cet établissement, ou a été reconnue par lui, ce dernier ne peut plus invoquer la compensation de la créance cédée ou mise en gage. En d'autres termes, la cession ou la mise en

^{78.} A. NUYTS, « Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I », *R.D.C.*, 2009/6, p. 556.

^{79.} A. NUYTS, *o.c.*, p. 556.

^{80.} Sur les différents types de lois de police, voy. A. NUYTS, *o.c.*, pp. 557 et s.

^{81.} « *L'application des lois de police du for était et reste obligatoire pour le juge, sans autre condition que celle de la constatation que la norme en cause présente le caractère de loi de police.* », A. NUYTS, *o.c.*, p. 561. Comme le relève à juste titre G. MINNE, (*Bulletin Droit et Banque* n° 47, 2011, pp. 16 et s.) « l'importance de cette liberté ne doit cependant pas être exagérée car la Cour de justice a le droit de contrôler la qualification de dispositions nationales des Etats membres en lois de police. En outre le recours aux lois de police doit se justifier dans des circonstances exceptionnelles (considérant 37 du Règlement Rome I) ».

^{82.} Sur cette question, voir A. NUYTS, *o.c.*, pp. 561 et s.

^{83.} G. MINNE, *o.c.*, p. 16. Le recours à l'exception d'ordre public doit également se justifier dans des circonstances exceptionnelles (considérant 37).

^{84.} Il nous semble que l'art. 6 de la loi mobilisation ne saurait être considéré comme une disposition de police au sens de l'art. 9 du Règlement Rome I ou comme relevant de l'ordre public au sens de l'art. 21 du Règlement Rome I. Dans le même sens, E. BLOMME, « Mobilisering versus schuldvergelijking: artikel 6 van de wet van 3 augustus 2012 », *Bank Fin. R.*, 2013/III, p. 161.

gage, à condition qu'il y ait eu notification ou reconnaissance, rend impossible la compensation de la créance cédée ou gagée. L'article 6 prévoit certaines exceptions à cette règle, dans le détail desquelles nous ne rentrerons pas dans le présent commentaire (voy. toutefois *infra*, le point 6.3.).

35. Il s'agit donc de déterminer si l'article 6, § 1^{er}, énonce une règle à laquelle les parties peuvent déroger contractuellement.

Il existe plusieurs arguments permettant de considérer que cette disposition énonce une règle de nature impérative⁸⁵. Tout d'abord, l'article 6, § 1^{er}, a pour but de protéger les clients des établissements de crédit⁸⁶ et il est vrai qu'en principe, les dispositions de nature à protéger les parties considérées comme faibles dans le cadre de la relation contractuelle (consommateurs, employés, ...) sont qualifiées de règles impératives. En outre, la loi énumère expressément les exceptions à l'article 6, § 1^{er}, ce qui tend à indiquer implicitement qu'il n'est pas possible d'y déroger contractuellement dans d'autres cas.

Si cette position devait être suivie, lorsque les conditions de l'article 3 du Règlement Rome I sont remplies, une convention de compensation régie par le droit belge et couvrant des créances gagées ne pourrait sortir ses effets à l'égard de ces créances en vertu de l'article 6, § 1^{er}, de la loi mobilisation (à condition qu'il y ait eu notification ou reconnaissance). Les conditions du CRR ne seraient alors pas remplies pour ce qui concerne ces créances⁸⁷ (voy. *supra*, le point 2.). Par conséquent, dans le calcul des grands risques (*cf.* point 1.), les créances gagées devraient être prises en compte à leur valeur nominale, et non à leur valeur nette après compensation.

Il nous semble toutefois que ces arguments ne permettent pas de trancher définitivement la question⁸⁸.

Dans l'attente d'une clarification du législateur sur cette question, la prudence semble toutefois imposer à l'établissement de crédit qui souhaite faire reconnaître sa convention de compensation régie par le droit belge comme technique de réduction des grands risques dans le cadre du CRR et qui n'est pas visé par l'exception visée à l'article 6, § 4, de la loi mobilisation (voy. *infra*, le point 6.3.), de prévoir contrac-

tuellement l'interdiction de cession et de mise en gage des créances réciproques couvertes par la convention.

6.3. L'article 6, § 4, de la loi mobilisation

36. Nous l'avons vu, l'article 6, § 1^{er}, de la loi mobilisation prévoit que lorsque la cession ou la mise en gage d'une créance sur un établissement de crédit liée à des services bancaires a été notifiée à cet établissement, ou a été reconnue par lui, ce dernier ne peut plus invoquer la compensation de la créance cédée ou mise en gage.

L'article 6, § 4, 1^o, de la loi mobilisation énonce certaines exceptions à cette règle. Il prévoit notamment que la compensation conventionnelle est opposable par l'établissement de crédit-débiteur cédé lorsque les deux caractéristiques suivantes sont réunies:

- (i) *type de compensation*: il s'agit d'une convention de netting au sens de la loi relative aux sûretés financières qui, en outre, fait partie d'une convention constitutive de sûreté réelle au sens de la loi relative aux sûretés financières ou d'une convention qui contient une sûreté réelle;
- (ii) *parties à la convention*: le cédant est une personne morale publique ou financière (pour rappel le débiteur cédé est un établissement de crédit ou un établissement financier).

Dans la pratique, la condition (i) est susceptible de poser certains problèmes.

En effet, la condition (i) est formulée de telle sorte que certaines conventions de netting sont exclues alors qu'elles sont visées par la loi sur les sûretés financières. En effet, l'exception visée à l'article 6, § 4, 1^o, de la loi mobilisation ne bénéficie qu'aux conventions de netting au sens de la loi relative aux sûretés financières et qui, en outre, « font partie d'une convention constitutive de sûreté réelle au sens de la loi relative aux sûretés financières⁸⁹ ou d'une convention qui contient une sûreté réelle ». L'exception visée à l'article 6, § 4, 1^o, utilise en réalité la définition de « conventions de netting » telle qu'elle résulte de la directive n° 2002/47/CE.

Les clauses de netting qui ne font pas partie « d'une convention constitutive de sûreté réelle au sens de la loi relative aux sûretés financières⁹⁰ ou d'une convention qui contient une

^{85.} Voy. E. BLOMME, « Mobilisering versus schuldbelijking: artikel 6 van de wet van 3 augustus 2012 », *Bank Fin. R.*, 2013/III, p. 161.

^{86.} En atténuant l'art. 6, § 2, qui fait primer l'intérêt des établissements de crédit sur celui de leurs clients. En effet, l'art. 6, § 2, vise à faciliter la mobilisation par les institutions financières de leurs actifs à titre de garantie (« *collateral* ») afin d'être en mesure de se financer de manière optimale et aux conditions les plus avantageuses.

^{87.} Pour autant bien sûr que l'on ne se trouve pas dans une des exceptions prévues à l'art. 6, § 4.

^{88.} L'art. 6, § 1^{er}, s'applique également aux contrats de compensation conclus entre deux établissements de crédit, à condition qu'ils ne tombent pas dans l'exception de l'art. 6, § 4, 1^o. Or, dans ce cas, il n'y a pas de partie faible dans la relation contractuelle.

^{89.} Pour rappel, l'art. 3, 3^o, de la loi sur les sûretés financières définit les conventions constitutives de sûreté réelle comme « les conventions suivantes, ainsi que les conventions similaires conclues sous un droit étranger:

a) les conventions de gage;

b) les conventions de transfert de propriété à titre de garantie, en ce compris les conventions de cession rétrocession ('*repos*') ».

^{90.} En se référant aux conventions de compensation qui font partie d'une convention constitutive de sûreté réelle au sens de la loi relative aux sûretés financières, le législateur reprend la définition – stricte – donnée à cette notion par la directive n° 2002/47/CE relative aux sûretés financières.

sûreté réelle » ne bénéficient donc pas de l'exception visée à l'article 6, § 4, 1^o (bien qu'elles soient visées par la loi belge sur les sûretés financières).

Prenons l'exemple de deux banques belges qui concluent un contrat-cadre de compensation couvrant différentes créances liées à des services bancaires que ces deux banques ont l'une à l'égard de l'autre. Si l'une des banques met en gage certaines de ces créances au profit d'un tiers et le notifie à sa contrepartie (débitéur cédé), le droit de la contrepartie d'invoquer la compensation entre les créances mises en gage et ses propres créances non gagées dépendra de la nature de la convention de compensation: si le contrat de compensation n'est pas « une convention constitutive de sûreté réelle au sens de la loi relative aux sûretés financières ou une convention qui contient une sûreté réelle », la contrepartie ne pourra pas invoquer la compensation entre ces deux types de créances.

Telle que formulée, l'exception visée à l'article 6, § 4, 1^o, ne s'applique donc qu'aux conventions de compensation⁹¹ (i) qui sont conclues entre un établissement de crédit et une per-

sonne morale publique ou financière et (ii) qui répondent à la définition – stricte – donnée à cette notion par la loi mobilisation, c'est-à-dire « *qui font partie d'une convention constitutive de sûreté réelle au sens de la loi relative aux sûretés financières ou d'une convention qui contient une sûreté réelle* ». Si ces conditions sont remplies, la compensation conventionnelle restera opposable malgré la cession ou la mise en gage (et nonobstant la notification ou la reconnaissance) de la créance couverte par la convention de compensation.

Les autres conventions de compensation, (les conventions de compensation de droit belge *qui ne font pas partie d'une convention constitutive de sûreté réelle au sens de la loi relative aux sûretés financières ou d'une convention qui contient une sûreté réelle*) ne pourront être considérées comme satisfaisant les exigences du CRR (voy. *supra*, le point 2.) que si elles prévoient contractuellement l'interdiction de cession et de mise en gage des créances réciproques concernées.

7. CONCLUSION

Les différentes questions analysées ci-dessus mettent en lumière la complexification croissante du régime applicable à la compensation conventionnelle en matière bancaire.

Ces couches successives de règles rendent l'analyse du caractère exécutoire des conventions de netting ou de close-

out netting conclues par des banques de plus en plus difficile. Il s'agit pourtant d'une condition indispensable à la reconnaissance d'une convention de compensation comme technique d'atténuation du risque au sens du CRR.

Rédaction finalisée en avril 2017.

⁹¹. Pour autant que les autres conditions soient remplies.