

Liquidation d'une banque multinationale pour insolvabilité

(Décembre 1992)

Introduction

Le présent document traite de la liquidation d'une banque multinationale pour insolvabilité à partir de l'étude de cas de la Bank of Credit and Commerce International S.A. (BCCI S.A.). Il s'appuie sur une synthèse des événements qui ont suivi la décision de fermeture de l'établissement et sur une analyse des lois régissant la liquidation pour insolvabilité au Luxembourg, au Royaume-Uni et aux États-Unis¹. Cette analyse est destinée à aider les autorités de contrôle à définir leurs buts, évaluer leurs responsabilités et affiner les pratiques prudentielles face aux problèmes que peut soulever la défaillance d'une banque multinationale.

Cette question s'est avérée complexe. L'étude des lois de seulement trois pays a permis de dénombrer certains points fondamentaux qui, selon le groupe de travail, peuvent se présenter lors de la défaillance d'une banque multinationale. Pour chaque cas, la solution dépend toutefois de l'interaction entre les lois des différentes juridictions concernées. Dans ce document, le groupe vise à formuler des observations générales qui peuvent être utiles aux autorités de contrôle.

La partie I et l'annexe contiennent des informations d'ordre général. La partie I analyse les principaux concepts juridiques qui sous-tendent la partie II, consacrée aux implications de la faillite d'une banque multinationale pour les autorités de contrôle bancaire. La partie III formule des observations sur les systèmes de compensation et de paiement inspirées par la fermeture de la BCCI. L'annexe, pour sa part, présente la structure du groupe BCCI et la chronologie de sa liquidation jusqu'au 31 décembre 1992.

Les travaux du groupe ont mis en évidence plusieurs domaines dans lesquels la fermeture et la liquidation d'une banque multinationale peuvent donner lieu à des incertitudes et à des conflits, étant donné qu'il n'existe aucune pratique internationale agréée en la matière. Le groupe a notamment formulé les observations suivantes (développées dans la partie II), qui ont des implications pour les autorités de contrôle bancaire: A) lors de la fermeture d'une banque multinationale, elles devraient veiller à bien choisir la teneur et le moment de leurs communications avec leurs homologues ainsi qu'avec les créanciers, les actionnaires et la direction de l'établissement; B) la nature des règles de liquidation peut influencer sur les modalités du contrôle prudentiel exercé sur les banques multinationales; C) les différences dans les régimes de liquidation entre juridictions peuvent avoir des conséquences pour l'indemnisation des déposants et autres créanciers de même que pour le fonctionnement des systèmes de protection des dépôts; D) la coopération entre liquidateurs judiciaires et la coordination de leur action peuvent affecter l'indemnisation des créanciers et être influencées par le rôle des autorités de contrôle dans la procédure de liquidation.

I. Synthèse des principaux concepts juridiques

Cette partie présente cinq concepts juridiques fondamentaux qui sont nécessaires pour saisir les implications (analysées dans la partie II), pour les autorités de contrôle bancaire, de la faillite d'une banque multinationale: doctrines de la pluralité et de l'unité de la faillite; loi applicable aux faillites bancaires; compensation; influence des poursuites pénales et civiles sur la liquidation d'une banque.

¹ Toute référence à la législation du Royaume-Uni concerne celles de l'Angleterre et du pays de Galles mais non de l'Écosse. S'agissant de la législation des États-Unis, l'étude se concentre sur celles des États de New York et de Californie ainsi que sur le droit fédéral.

Selon la doctrine de pluralité, en vigueur aux États-Unis, toute succursale ou agence (succursale) d'une banque étrangère opérant aux États-Unis est considérée, à certaines fins, comme une entité juridique distincte. En cas de liquidation d'une banque étrangère ayant une succursale aux États-Unis, celle-ci est liquidée séparément du reste du groupe. Les créanciers de la succursale sont dédommagés par les actifs qu'elle détient ainsi que par les autres actifs de la banque dans la juridiction. Le liquidateur aux États-Unis recensera non seulement les actifs de la succursale dans le monde mais tous ceux de la banque aux États-Unis. Si les actifs de la succursale ne suffisent pas, les créanciers de cette dernière peuvent faire valoir leurs droits dans d'autres juridictions. En revanche, les créanciers des autres succursales ne peuvent pas participer à la liquidation aux États-Unis.

Le Luxembourg et le Royaume-Uni, au contraire, suivent la doctrine de l'unité. Dans ces juridictions, une banque est liquidée en tant qu'entité unique et les succursales de banques étrangères ne sont considérées que comme des agences d'une entité plus importante. Tous les créanciers de la banque dans le monde sont admis à produire à la liquidation. En règle générale, les créanciers d'une succursale donnée ne sont pas prioritaires sur les autres. En théorie, le liquidateur veille à rassembler et à réaliser les actifs détenus dans le monde entier par la société en liquidation. En pratique, toutefois, il n'obtient souvent que le contrôle des actifs situés dans sa juridiction et dans les juridictions où il est reconnu. Il est intéressant de noter que, si, aux États-Unis, le liquidateur est tenu d'appliquer la doctrine de pluralité lors de la liquidation de succursales de banques étrangères, dans le cas d'une banque constituée aux États-Unis, il doit liquider le siège et l'ensemble de ses succursales à l'étranger comme une entité unique.

Aux États-Unis, en vertu du principe de pluralité, une succursale de banque étrangère est liquidée par l'autorité de contrôle bancaire, au niveau de l'État ou du pays, responsable de cette succursale conformément à la législation de l'État ou du pays sur les liquidations bancaires. Toutefois, si la banque possède plus d'une succursale aux États-Unis et que l'une ait un statut fédéral, c'est le Comptroller of the Currency qui procède à la liquidation de toutes les succursales, qu'elles soient accréditées au niveau d'un État ou du pays. La loi générale sur les faillites ne s'applique pas aux banques, notamment aux succursales de banques étrangères, mais seulement aux actifs aux États-Unis d'une banque étrangère n'ayant aucune succursale dans le pays. S'il existe des motifs de liquidation d'une succursale, l'autorité de contrôle ne peut prendre aucune autre mesure (mise sous administration ou suspension de paiements, par exemple), comme c'est le cas pour une banque domestique. En vertu des lois bancaires des États et du pays, les créanciers de la succursale en liquidation sont prioritaires sur tous ceux de la banque étrangère pour les actifs de la succursale et ceux de la banque étrangère aux États-Unis. En fait, les autres créanciers ne peuvent produire à la liquidation, et les droits des autres succursales et, parfois, des filiales ne sont pas pris en compte. Après paiement des créanciers prioritaires, l'éventuel excédent est transmis au liquidateur du pays d'origine de la banque.

Au Luxembourg et au Royaume-Uni, la législation est différente. Ces juridictions, placées sous le régime de l'unité, liquident la succursale de la même façon que le reste du groupe. Il est intéressant de noter que, à l'inverse des États-Unis, le liquidateur n'est pas l'autorité de contrôle. Au Royaume-Uni, la loi sur les liquidations de sociétés commerciales vaut généralement pour les banques. Au Luxembourg, le tribunal décide au cas par cas et l'autorité de contrôle dispose d'une plus grande latitude qu'au Royaume-Uni ou aux États-Unis pour prendre d'autres mesures (mise sous administration ou suspension de paiements, par exemple) à l'égard d'une succursale de banque étrangère. Les créanciers d'une succursale en liquidation au Luxembourg ou au Royaume-Uni, contrairement à ce qui se passe aux États-Unis, ne sont pas prioritaires sur ses actifs. Au Royaume-Uni, par exemple, n'importe quel créancier de tout établissement de la banque peut produire à la liquidation locale de celle-ci. Il existe, en effet, une règle de masse (*hotchpot rule*), qui empêche les créanciers de faire valoir des droits dans plus d'une procédure et d'obtenir ainsi davantage que dans la liquidation au Royaume-Uni.

Comme le montre la partie II, la diversité des régimes de liquidation pose des problèmes aux autorités prudentielles, étant donné qu'une banque multinationale a généralement des succursales dans des juridictions ne suivant pas la même doctrine.

La compensation est un processus non judiciaire permettant d'éliminer les créances mutuelles entre parties, telles que prêt et dépôt par exemple. Il existe d'importantes différences entre les lois des trois juridictions étudiées au niveau de la compensation en cas de défaillance. En général, chaque juridiction a une approche compatible avec son régime de liquidation (unité ou pluralité). Les États-Unis autorisent la compensation des créances en même monnaie d'une même succursale, ce qui n'est pas possible s'il s'agit de devises ou succursales différentes, ainsi qu'entre un prêt sur les

livres d'une succursale américaine et un dépôt sur ceux d'une succursale étrangère. Au Royaume-Uni, la compensation est très répandue. Il n'est pas nécessaire que les créances soient dans la même monnaie ni enregistrées auprès de la même succursale ou dans le même pays. Au Luxembourg, enfin, on ne peut avoir recours à la compensation après la date de mise en liquidation (sauf si créances et dettes résultent d'un accord spécifique concernant la transaction correspondante) mais, si les créances sont de montant fixe, liquides et échues, elles peuvent être compensées avant que la liquidation ne soit prononcée.

Le droit pénal, en particulier aux États-Unis, et le droit civil limitent les principes légaux et prudentiels présentés ici. Une analyse détaillée de ces restrictions n'entre pas dans le cadre de cette étude, mais on peut noter que, sur les trois juridictions examinées, la législation des États-Unis est la seule qui permet d'entamer des poursuites pénales contre une banque déjà engagée dans une procédure d'insolvabilité. Le Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO) est un puissant instrument qui peut être utilisé, par le biais de représentants de la loi, contre un établissement se livrant à des activités criminelles. Il donne le droit aux autorités chargées des poursuites de saisir et de confisquer le produit d'un acte criminel. Des biens peuvent être repris à d'innocentes parties, remettant en cause le caractère définitif des transactions. De telles confiscations peuvent concerner des biens qui, sinon, auraient été distribués conformément aux règles de droit analysées dans ce document, et il convient de remarquer que les autorités de contrôle ne jouent aucun rôle dans ces procédures pénales. Un autre problème, que le groupe de travail a relevé sans toutefois l'approfondir, tient au fait que, dans certaines juridictions, l'ouverture d'une action civile contre une banque par une autorité de contrôle bancaire risque de réduire la masse des actifs à répartir entre créanciers et actionnaires de l'établissement fermé.

II. Observations intéressant les autorités de contrôle bancaire

A. Choix de la teneur et du moment des diverses communications lors de la fermeture d'une banque

Au moment de fermer une banque multinationale, les autorités de contrôle devraient veiller à la teneur et au moment de leurs communications avec leurs homologues ainsi qu'avec les créanciers, les actionnaires et la direction de l'établissement. La décision de fermeture est essentiellement du ressort de l'autorité de contrôle du pays d'origine de la banque, qui est libre, cependant, de choisir la forme à donner à ses consultations et à la coordination avec ses homologues avant cette décision. Elle peut leur demander de prendre des mesures concertées afin de s'assurer, par exemple, avant le début de la liquidation, que certains créanciers ne sont pas favorisés par rapport aux autres (notamment si des succursales restent ouvertes après la fermeture prévue) ou parce qu'elle estime qu'elle n'a pas les moyens de mener des actions concertées pour effectuer d'urgence la fermeture d'une banque multinationale. Les autorités de contrôle pourraient donc être désireuses de voir si elles sont en mesure de mettre d'urgence un terme à l'activité d'une banque multinationale dans leur juridiction, à la demande, par exemple, de leur homologue du pays d'origine.

Les mesures prises par l'autorité de contrôle d'origine risquent d'exercer, en vertu de la législation du pays d'accueil, des effets automatiques pouvant avoir des conséquences inattendues, voire indésirables si, par exemple, ces textes exigent la liquidation, par l'autorité d'accueil, de la succursale sise dans sa juridiction, même en cas de mise sous administration dans le pays d'origine. Aussi, avant de décider des dispositions à prendre pour la fermeture d'une banque multinationale, les autorités de contrôle voudront peut-être considérer la possibilité d'effets automatiques résultant de la législation de certaines des juridictions étrangères où des succursales sont établies. Elles pourront également chercher à voir si leur propre législation est assez flexible pour permettre la clôture temporaire des opérations d'une banque étrangère dans leur juridiction si telle est la pratique suivie dans le pays d'origine.

Les décisions de l'autorité de contrôle d'origine concernant les consultations et échanges d'informations pourraient être influencées par plusieurs autres facteurs: les accords de coopération existants, de nature à faciliter les contacts avec certains homologues par rapport à d'autres; les problèmes de confidentialité, susceptibles d'avantager des parties liées à la banque défaillante par la

connaissance d'informations privilégiées; le volume d'opérations de l'établissement, qui peut créer des difficultés pratiques et rendre la tâche plus complexe.

Il est possible que les parties à des contrats financiers avec une banque multinationale soient dans l'incertitude en raison de l'heure de sa fermeture, ce qui peut engendrer un risque temporel (risque Herstatt), comme dans le cas de BCCI S.A. Cette éventualité de risque de règlement temporel laisse penser que certains moments conviennent sans doute mieux que d'autres à la fermeture concertée d'une banque multinationale par les autorités de contrôle. Toutefois, les impératifs liés à la situation ou aux contraintes des législations locales ne permettent pas toujours, ou interdisent, de choisir le moment où le risque Herstatt est moindre. Les autorités de contrôle chercheront peut-être à s'assurer qu'elles disposent de procédures adéquates pour fermer une banque en dehors de ses heures normales de fonctionnement, afin de réduire le risque Herstatt.

L'incertitude et la confusion associées à la liquidation d'une banque multinationale pour insolvabilité, surtout si elle compte une importante clientèle de petits déposants, soulignent la nécessité pour les autorités de contrôle de disposer de canaux de communication ouverts et fiables. Juste après la fermeture, celles du pays d'origine doivent s'attendre à des questions de la part des créanciers et utilisateurs des services de la banque dans le monde; de même, celles du pays d'accueil devraient pouvoir fournir des informations aux créanciers et clients locaux. Comme plusieurs procédures de liquidation peuvent être engagées pour une banque multinationale, il serait souhaitable, au fur et à mesure de leur progression, que l'autorité de contrôle d'accueil rende compte à son homologue d'origine de l'évolution dans sa juridiction et que celle du pays d'origine tienne informées, dans la mesure du possible, les autres autorités de contrôle concernées.

B. Importance éventuelle des règles de liquidation pour le contrôle prudentiel des banques multinationales

1. Généralités

Le groupe de travail a remarqué que les différences entre les régimes de liquidation peuvent avoir des implications pour le contrôle prudentiel des banques multinationales. Même si les autorités de contrôle se doivent de connaître ces implications, le groupe ne veut pas laisser penser que, en pratique, les politiques prudentielles devraient nécessairement s'aligner sur les régimes de liquidation. Dans certaines circonstances, un parallélisme rigide pourrait conduire les autorités de contrôle à adopter des critères incompatibles avec les pratiques bancaires convenant généralement, surtout pour des établissements sains. Cela risquerait de se traduire par une répartition inefficace des fonds propres par succursale, ce qui nuirait économiquement à l'ensemble de la profession, ou de compliquer l'exercice d'un contrôle consolidé des banques multinationales.

Le groupe de travail a également observé, dans le cas de BCCI S.A., que l'interaction entre différents régimes de liquidation et autres lois applicables peut introduire de nombreuses difficultés et incertitudes pour disposer des actifs d'une banque multinationale en liquidation et régler ses créances. Comme l'identification et la gestion de tous les risques inhérents à cette complexité juridique représentent, par essence, une tâche extrêmement ardue pour les autorités de contrôle de même que pour les banques, il peut ne pas être approprié de fonder les politiques prudentielles sur certains résultats attendus de la liquidation.

Les difficultés et incertitudes qui peuvent naître de la liquidation d'une banque multinationale confirment qu'un contrôle consolidé efficace par les autorités d'origine reste la meilleure protection des déposants et autres créanciers. En outre, elles soulignent la nécessité, pour les autorités d'accueil, de s'assurer que les banques souhaitant entrer sur leur marché sont soumises par leurs homologues du pays d'origine à un contrôle consolidé, dans l'esprit des *Normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger*.

2. Localisation des fonds propres

L'adéquation des fonds propres est l'un des principaux éléments pris en compte par les autorités de contrôle pour évaluer la solidité financière d'une banque. Dans le cas d'un établissement multinational, il peut être important de savoir où se trouvent ses fonds propres (ou ses actifs représentatifs) pour déterminer s'ils peuvent absorber les pertes de l'ensemble du groupe.

Pour déterminer la localisation des fonds propres d'une banque, ceux-ci peuvent être considérés soit comme ses actifs, soit comme l'excédent de ses actifs sur ses passifs généraux ou courants. La difficulté est de savoir où se trouvent les fonds propres d'une banque multinationale. Dans le second cas, s'agissant d'une banque dont la liquidation se ferait selon le régime de l'unité, le principe de départ voudrait, en théorie, que ses fonds propres ne soient pas situés dans une succursale particulière, mais plutôt au siège central, c'est-à-dire dans le pays d'enregistrement de la banque, ou bien disséminés entre tous les lieux où elle exerce une activité; dans les deux hypothèses, ils sont ouverts à l'ensemble des créanciers de la banque dans le monde. En revanche, si la succursale d'une banque multinationale enregistre un excédent d'actifs dans une juridiction sous régime de pluralité, on peut considérer qu'elle détient une partie des fonds propres (dont le montant dépendra de la valeur réalisable de ces actifs).

La question, toutefois, est loin d'être aussi simple. Il serait peut-être plus exact de penser que les fonds propres d'une banque multinationale sont «situés» au même endroit que ses actifs (plutôt que dans la juridiction où ils sont comptabilisés). Ainsi, pour une banque ayant son siège dans un pays A (régime d'unité) avec une succursale dans un pays B (régime de pluralité) possédant, dans sa comptabilité, des actifs situés dans un pays C, c'est la loi du pays C qui peut déterminer si les actifs considérés reviennent au liquidateur nommé selon la législation du pays A ou du pays B (si les deux revendiquent des droits sur ces actifs) ou bien à un créancier saisissant d'un pays D. La situation géographique d'un actif est une question juridique complexe qui dépasse le cadre de cette étude.

En cas de liquidation d'une banque, les actifs situés dans une succursale sous régime de pluralité ne seraient pas ouverts à tous les créanciers de la banque dans le monde. Aussi, dans certaines circonstances, les autorités de contrôle d'origine peuvent être désireuses d'adapter les exigences de fonds propres applicables à cette succursale.

3. *Fonction d'une succursale*

En général, la législation en matière de faillite ne reconnaît pas les créances entre succursales dans le cadre d'une liquidation, tandis que celles entre une succursale (ou la banque) et les filiales de la banque défaillante sont admises. Ainsi, une succursale soumise au régime de pluralité et «créditrice nette» d'autres agences (c'est-à-dire qui finance d'autres entités du groupe) pour un montant élevé risque de ne pas pouvoir réaliser cet «actif», de sorte que, lors de la liquidation locale, ses créanciers ne pourront récupérer sur les actifs qui lui restent qu'une part assez faible de leurs créances. Il est possible qu'ils soient alors contraints de faire valoir leurs droits dans une autre procédure de liquidation pour recouvrer une somme plus importante.

Le traitement des créances entre succursales lors d'une liquidation pour insolvabilité peut conduire les autorités de contrôle à s'interroger sur la fonction adéquate d'une succursale. Conformément au principe selon lequel la politique prudentielle ne devrait pas nécessairement suivre le régime de liquidation, il semblerait impropre – et guère économique – d'empêcher systématiquement les succursales de se financer mutuellement. Il est toutefois possible qu'une autorité de contrôle d'accueil refuse à une succursale de banque étrangère dont la solvabilité est gravement compromise d'être une source de financement ou qu'elle en limite le montant.

4. *«Clôture» de protection prudentielle (ring-fencing)*

Les autorités de contrôle cherchent parfois, pour diverses raisons, à protéger les actifs d'une banque (ou d'une succursale) ou à limiter son exposition à certains risques. Cette «clôture» prudentielle peut prendre plusieurs formes.

L'autorité de contrôle peut demander à un établissement de limiter son exposition envers les autres membres de son groupe ou essayer de fixer elle-même un plafond à certaines catégories de risques-pays. Ce genre de «clôture» est efficace quel que soit le régime de liquidation. L'autorité de contrôle peut également chercher à protéger les actifs d'une succursale ou à limiter son exposition à l'égard du reste de la banque.

Dans une juridiction pratiquant l'unité de faillite, tous les créanciers d'une banque dans le monde peuvent faire valoir leurs droits à la liquidation. Aussi, les efforts des autorités de contrôle pour assurer la protection d'une succursale n'accroîtront pas le montant remboursé à ses créanciers, comme sous le régime de pluralité; ils pourraient toutefois permettre d'augmenter la masse d'actifs à répartir.

Lorsque la solvabilité d'une banque multinationale est remise en cause, des questions délicates peuvent se poser entre l'autorité de contrôle d'origine et celle d'un pays d'accueil sous régime de pluralité. Cette dernière peut demander le transfert d'actifs (provenant du pays d'origine ou d'ailleurs) à la succursale pour protéger les intérêts de ses créanciers. Il est possible que son homologue du pays d'origine hésite à satisfaire cette demande, car un tel transfert risque de réduire l'actif disponible pour rembourser le passif de l'ensemble de la banque et, en cas de liquidation, le montant restitué à ses créanciers du monde entier. Un excès de protectionnisme de la part de l'autorité d'accueil pourrait ainsi provoquer l'insolvabilité de la banque. Comme l'indique le Concordat de Bâle, la coopération et la coordination prudentielles permettent de trouver la meilleure solution à ces problèmes.

C. Incidence possible des règles de liquidation sur l'indemnisation des créanciers et sur le fonctionnement des systèmes de protection des dépôts

1. Généralités

Les différences de régimes de liquidation entre juridictions peuvent affecter non seulement le contrôle prudentiel des banques multinationales mais aussi l'indemnisation des créanciers lors de la liquidation et le fonctionnement des systèmes de protection des dépôts. Comme analysé précédemment, la législation sur les faillites des pays sous régime de pluralité traite séparément les actifs de chaque succursale (et, aux États-Unis, tous les actifs de la banque étrangère situés dans la juridiction). Ceux-ci sont regroupés et réalisés d'abord au bénéfice des créanciers de la succursale, les éventuels excédents pouvant seuls être remis aux autres liquidateurs pour l'indemnisation du reste des créanciers. Cette approche a des conséquences en termes de répartition: les créanciers se trouvant dans la juridiction pratiquant la pluralité, y compris les déposants, peuvent être favorisés par rapport aux autres, même en présence de systèmes de protection des dépôts dans des pays appliquant l'unité de la faillite.

2. Compensation dans une procédure d'insolvabilité

Il existe d'importantes différences entre les régimes de compensation utilisés dans une procédure d'insolvabilité au Luxembourg, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Le droit luxembourgeois n'autorise pas la compensation d'engagements mutuels une fois la liquidation prononcée (sauf si les créances et dettes résultent d'un accord spécifique concernant la transaction correspondante). Le Royaume-Uni applique une compensation impérative exigeant de compenser une large gamme d'engagements mutuels entre une banque et son client à l'échelle mondiale, au motif que la banque constitue une entité juridique unique. Le droit américain offre de larges possibilités de compensation; toutefois, lors de la liquidation de la succursale d'une banque, la succursale est considérée comme une entité juridique distincte.

Ainsi, on peut opérer trois sortes de distinctions: entre les systèmes juridiques prévoyant la compensation et ceux qui l'excluent; entre les régimes de compensation considérant une banque multinationale comme une entité juridique unique et ceux qui tiennent les succursales pour des entités distinctes; entre les modalités des régimes de compensation, notamment en ce qui concerne le traitement des contrats de change.

Les difficultés soulevées par les différences entre les régimes de compensation sont aggravées par le fait qu'il ne semble pas exister de principes clairs et communément admis de droit international privé, ni de convention internationale sur les procédures d'insolvabilité transfrontière permettant la reconnaissance à l'étranger des compensations effectuées dans une juridiction ou spécifiant le système juridique régissant les droits des parties. Par exemple, la liquidation au Luxembourg d'une banque luxembourgeoise ayant des succursales en Angleterre et à New York soulève trois questions:

- i) une compensation effectuée dans le cadre de la liquidation de la succursale new-yorkaise sera-t-elle reconnue au Luxembourg?
- ii) si le règlement judiciaire en Angleterre est secondaire par rapport à la liquidation au Luxembourg, le liquidateur luxembourgeois peut-il réclamer à un client d'une succursale anglaise la totalité d'un prêt même si celui-ci, selon le droit anglais de la compensation, aurait pu être compensé par les dépôts du client?
- iii) lors de la liquidation de la succursale new-yorkaise comme entité séparée, le surintendant des banques de New York peut-il réclamer à un client la totalité d'un prêt comptabilisé dans

les livres de la succursale new-yorkaise, dans la mesure où ce client détient, auprès de la succursale anglaise, un dépôt qui, selon le droit anglais, se prêterait à la compensation du prêt?

Les divergences entre les régimes de compensation, qui reflètent des choix au niveau des politiques nationales, peuvent affecter l'indemnisation des créanciers des différentes juridictions dans lesquelles une banque multinationale opère. Lorsque la compensation est autorisée, les créanciers qui ont également des dettes envers la banque insolvable se trouvent dans la même situation économique que les créanciers garantis. Lorsque la compensation n'est pas autorisée, ils sont traités comme les créanciers chirographaires pour le montant brut de leurs créances. Si la compensation est permise parce que les succursales sont considérées comme des entités juridiques distinctes, la priorité accordée par la loi locale aux créanciers de la succursale en liquidation peut être préservée (en empêchant la compensation des actifs de la succursale avec les créanciers des autres succursales).

Un autre facteur susceptible d'influencer l'indemnisation des créanciers concerne la portée de la compensation par rapport aux actifs en liquidation. Les liquidateurs d'une succursale étrangère aux États-Unis collectent tous les actifs de la banque étrangère se trouvant dans leur juridiction, même s'ils n'appartiennent pas à la succursale locale. Il semble donc exister un certain déséquilibre dans le fait que la compensation ne peut s'opérer que si actifs et passifs sont comptabilisés par cette succursale mais qu'elle n'est pas possible contre un montant correspondant s'il s'agit de l'actif d'une autre succursale. Par exemple, une banque A aux États-Unis a effectué un dépôt auprès de la succursale new-yorkaise d'une banque défailante B et détient un solde correspondant pour le compte d'une succursale de la banque B hors des États-Unis; la banque A devra transférer ce solde au liquidateur new-yorkais et réclamer le montant de son dépôt auprès de la succursale new-yorkaise dans le cadre de la procédure new-yorkaise. Elle ne peut pas compenser sa créance sur la succursale de New York par le solde correspondant qu'elle détient en dépôt. Des problèmes semblables peuvent apparaître avec les accords transfrontières de constitution de sûretés.

À défaut de convention internationale permettant la reconnaissance mutuelle de la compensation dans le cadre de procédures d'insolvabilité ou de dispositions juridiques communément applicables, les attentes des parties au moment de la signature des contrats de compensation risquent de ne pas être satisfaites si ceux-ci sont conclus dans une juridiction placée sous un régime différent de celui du pays où le client doit faire valoir ses droits.

Les différences entre les approches de la compensation en vigueur dans les juridictions examinées renforcent les conclusions du Comité sur les systèmes de compensation interbancaires (Comité Lamfalussy), selon lesquelles «les systèmes de compensation devraient avoir une base juridique solide dans toutes les juridictions concernées». Plus le nombre de succursales et le degré de complexité des accords de compensation sont élevés, plus le risque est grand que ces derniers n'aient pas la validité juridique conforme à leurs termes. C'est la raison pour laquelle les autorités de contrôle peuvent être désireuses de voir comment les établissements de leur juridiction mesurent et gèrent le risque de contrepartie.

3. *Systèmes de protection des dépôts*

Les différences entre les régimes de liquidation d'une banque multinationale peuvent modifier la répartition des actifs de la masse. En effet, les créanciers d'une succursale située dans une juridiction sous régime de pluralité sont susceptibles de récupérer une plus forte proportion de leurs créances dans la liquidation locale, de sorte que les autres créanciers de la banque se partageront un montant moindre, notamment ceux qui doivent faire valoir leurs droits dans des procédures sous régime d'unité. Dans de telles juridictions, les systèmes de protection des dépôts peuvent être également affectés si la banque opérait dans des juridictions appliquant la pluralité.

Pour bâtir un système de protection des dépôts ou calculer le montant de l'indemnisation des déposants d'une banque en faillite, il peut être bon de voir si la compensation dans une liquidation judiciaire est autorisée ou exigée dans la juridiction concernée. Il pourrait être alors approprié que l'indemnisation se fasse, dans le premier cas, sur une base brute et, dans le second, sur une base nette. On peut également se demander si le système devrait tenir compte, pour les versements, des droits à compensation qu'un déposant pourrait avoir dans une autre juridiction.

Dans les trois pays considérés, les systèmes de protection des dépôts sont subrogés dans les droits des déposants contre une banque en faillite lorsque les paiements à ce titre ont été effectués. La nature du régime de compensation peut influencer sur les montants collectés par les systèmes. Dans le

pays A (qui n'autorise pas la compensation et calcule l'indemnité à partir du montant brut du dépôt), ce système risque d'éprouver des difficultés à faire respecter ses droits de subrogation s'il doit faire valoir sa créance dans la liquidation en faillite de la banque en liquidation dans le pays B (qui exige la compensation). Ces problèmes pourraient être cependant résolus au moyen d'une convention internationale sur le traitement des droits de subrogation des systèmes de protection des dépôts dans les procédures de liquidation de pays différents.

Au Luxembourg et au Royaume-Uni, un système de protection des dépôts (lorsqu'il est subrogé dans les droits d'un déposant) a priorité sur ce dernier pour les paiements effectués en liaison avec son dépôt tant que le système n'est pas totalement remboursé. Au Royaume-Uni, cette priorité est prévue par la loi, tandis qu'au Luxembourg le déposant signe un accord par lequel il subordonne ses droits contre la banque insolvable à ceux du système. La question demeure cependant de savoir si les droits de priorité accordés à un système de protection du pays d'accueil par la loi locale seront reconnus dans le pays d'origine de l'établissement en liquidation. On peut penser que les droits résultant d'accords spécifiques de subordination ont plus de chances d'être pris en compte à l'étranger que les droits de priorité légaux. Il peut donc être nécessaire de conclure des accords ou, pour les tribunaux du pays d'accueil, de prendre des dispositions pour préserver la priorité dont jouit le système local en vertu de la loi du pays.

Lorsqu'une banque se trouve en défaut de paiement, elle peut être soumise à certaines procédures d'insolvabilité qui n'impliquent aucunement l'ouverture d'une liquidation officielle, comme la nomination de liquidateurs provisoires au Royaume-Uni ou le sursis à paiement au Luxembourg. En ce cas, les déposants risquent d'être pénalisés si, par exemple, leur capacité de faire valoir leur droit contractuel à remboursement est suspendue et qu'ils ne soient pas autorisés à recevoir des indemnités des systèmes de protection. Cela amène à se demander si les systèmes de protection des dépôts ont pour objet d'assurer le remboursement *diligent* ou à *terme* d'un dépôt.

D. Incidences possibles de l'action des autorités de contrôle sur la concertation entre liquidateurs et de cette concertation sur les créanciers

Comme on l'a déjà observé, il n'existe pas de régime international de liquidation d'une banque multinationale en cessation de paiements. Aussi, la fermeture d'un tel établissement implique souvent une procédure d'insolvabilité séparée dans chacun des pays où la banque a des succursales et, éventuellement, un liquidateur pour chaque succursale. L'étude montre également que les régimes de liquidation appliqués aux banques et aux succursales (par exemple, unité/pluralité) peuvent être très différents.

Les différences entre les régimes applicables et la présence de plusieurs liquidateurs peuvent donner lieu à des conflits d'intérêts entre liquidateurs préjudiciables aux intérêts des créanciers. Ainsi, il peut arriver que les liquidateurs réclament les mêmes actifs ou omettent d'échanger des informations ou des documents, ce qui pourrait entraver le recouvrement des créances de tiers et réduire la masse des actifs à répartir entre créanciers.

Les activités d'une banque multinationale sont d'un tel niveau de complexité que d'importants échanges d'informations et de documents entre liquidateurs sont nécessaires pour mener à bien la liquidation: évaluation des créances, réalisation des actifs et, en cas d'actes criminels, coopération en matière de procédures judiciaires et prudentielles. À défaut, le processus risque d'être retardé. La non-communication d'informations ou de documents peut avoir des causes diverses: a) certains liquidateurs sont légalement tenus de servir les intérêts des créanciers d'une succursale, par exemple, à l'exclusion des autres; b) les lois sur le secret bancaire, notamment si la législation d'un pays ne reconnaît en tant que banque que le liquidateur local et n'autorise pas la transmission de renseignements sur la clientèle de l'établissement au liquidateur d'un autre pays, celui-ci étant considéré comme un tiers; c) diverses contraintes liées à la législation locale. Enfin, les liquidateurs sont parfois dans l'incapacité de partager des informations avec leurs homologues d'autres pays parce qu'ils sont engagés dans des négociations confidentielles avec une tierce partie, par exemple pour le règlement de contentieux.

Il existe plusieurs moyens d'harmoniser les procédures de juridictions différentes pour parvenir à une liquidation coordonnée d'une banque multinationale et assurer ainsi un traitement équitable, de même qu'une indemnisation maximale, à tous les créanciers. Cela va notamment de la reconnaissance du liquidateur du pays d'origine dans les juridictions étrangères et les procédures secondaires à des règles (*hotchpot rule* au Royaume-Uni, par exemple) empêchant les créanciers de bénéficier d'un

avantage déloyal en faisant valoir leurs droits dans plus d'une liquidation. Toutefois, lorsqu'une banque multinationale a des succursales dans un grand nombre de pays, il est peu probable que de simples règles de reconnaissance mutuelle suffisent à garantir une liquidation coordonnée. En outre, dans certaines juridictions, des lois interdisent la participation à des accords de coordination ou la rendent inutile car elles exigent que les succursales locales soient traitées séparément.

En raison de ces difficultés, d'autres initiatives peuvent être nécessaires pour favoriser la liquidation coordonnée d'une banque multinationale. Ainsi, les autorités de contrôle pourraient essayer de valider la nomination du même liquidateur dans tous les pays où la banque a des succursales, ce qui simplifierait la communication, la réalisation des actifs et les négociations avec les tiers. Toutefois, certaines lois locales ou des conflits de fonctions risquent de s'y opposer. Des accords contractuels de coopération pourraient également être conclus entre les différents liquidateurs, par exemple pour la mise en commun des actifs et passifs. Enfin, une convention ou régime international sur la faillite transfrontière des banques multinationales pourrait assurer une meilleure coordination à cet égard.

Le rôle de l'autorité de contrôle dans la liquidation d'une banque varie selon les juridictions. Parfois, elle est le liquidateur ou elle conseille le tribunal sur les différentes liquidations possibles. Dans certains cas, elle n'a pas d'attribution formelle mais conserve des pouvoirs d'investigation ou de contrôle prudentiel vis-à-vis de la banque. Quel qu'il soit, son rôle dans la liquidation peut déterminer l'influence qu'elle exerce sur la conduite du processus, la réalisation des actifs et l'indemnisation des créanciers.

III. Implications de la fermeture de la BCCI pour les questions de paiement et de compensation

Dans le cadre de ses discussions, le groupe de travail a examiné les implications de la fermeture de la BCCI pour les questions de paiement et de compensation, ce qui intéresse également plusieurs des comités des gouverneurs des banques centrales du G 10 travaillant sur la compensation transfrontière entre succursales. Bien que les conclusions tirées de l'expérience des trois liquidations passées en revue soient encore assez limitées à ce stade des procédures, quelques observations peuvent déjà être formulées.

Des erreurs seront inévitablement commises; il y en a d'ailleurs eu au niveau des paiements dans le cas de la BCCI. Aux États-Unis, des fonds ont été malencontreusement transférés à la BCCI, par suite d'une confusion entre numéros de compte. Heureusement pour les parties concernées, il est probable que ces montants seront renvoyés par le liquidateur, mais au prix d'efforts et de coûts importants pour prouver la maladresse. La procédure pénale RICO ne résoud pas la question de savoir si les cédants peuvent recouvrer les sommes versées par erreur; il est possible qu'ils n'aient d'autre recours que de faire valoir leur créance sur la masse des actifs. De même, les sommes payées à la BCCI (en tant que véritable destinataire) après sa fermeture risquent de ne pas être restituées. Certaines banques ont enregistré des pertes Herstatt sur des transactions de change pour avoir effectué des paiements en faveur de la BCCI sans avoir rien reçu d'elle. Malgré la rareté de tels cas, les montants engagés n'étaient pas négligeables.

La BCCI n'ayant pas été un intervenant majeur dans les systèmes de paiement et de règlement, sa fermeture n'a eu, au plus, qu'un effet systémique limité. À ce jour, les seules activités de hors-bilan lui ayant posé problème sont les contrats de change et les lettres de crédit, les premiers ayant été, pour la plupart, dénoués. En outre, il ne semble pas que les accords de compensation ou les conventions cadres, comme le contrat d'échange de l'International Swap Dealers Association, aient suscité de difficultés particulières.

La rareté des informations disponibles n'est pas d'un grand réconfort. Cela peut signifier, en effet, que la BCCI n'utilisait guère ces systèmes et instruments. En revanche, il est possible qu'à terme de nouveaux problèmes apparaissent, au fur et à mesure que les liquidateurs prendront des mesures pour faire valoir les créances détenues par la BCCI.

Annexe: Contexte général et historique de la liquidation

A. Sociétés du groupe BCCI

Au 5 juillet 1991, le groupe BCCI était constitué des sociétés suivantes:

1. BCCI Holdings (Luxembourg) S.A. (BCCI Holdings), société holding du groupe enregistrée au Luxembourg;
2. BCCI S.A., l'une des principales filiales opérationnelles de BCCI Holdings, dotée de 47 succursales et 2 filiales dans 15 pays;
3. BCCI (Overseas) Ltd. (BCCI Overseas), l'autre grande filiale opérationnelle de BCCI Holdings, disposant d'un réseau de 63 succursales dans 28 pays;
4. les autres filiales et établissements apparentés de BCCI Holdings, exploitant 255 guichets bancaires dans quelque 30 pays, notamment Credit and Finance Corporation (CFC)².

Au moment de sa fermeture, la BCCI avait environ 380 guichets dans près de 70 pays et sa direction générale était située à Abou Dhabi. Les actionnaires majoritaires de BCCI Holdings étaient le souverain et le gouvernement d'Abou Dhabi ainsi que d'autres instances et personnes liées.

ICIC Overseas et ICIC Holdings étaient des sociétés enregistrées aux îles Caïmans. Sans être des filiales de BCCI Holdings, elles travaillaient étroitement avec le groupe BCCI.

B. Fermeture de la BCCI

Le 24 juin 1991, la Banque d'Angleterre (la Banque) reçoit un rapport préliminaire sur certaines activités de BCCI S.A., préparé par Price Waterhouse conformément à la Section 41 du Banking Act de 1987. Le document contient des allégations de fraude grave et généralisée et indique que les documents comptables et la situation financière de la BCCI ont été falsifiés. Au vu des informations figurant dans le rapport, la Banque et certaines autres autorités de contrôle de la BCCI se concertent et conviennent de prendre conjointement des mesures pour s'assurer le contrôle des actifs de BCCI S.A. et BCCI Overseas.

Le 5 juillet 1991, l'Institut monétaire luxembourgeois (IML) dépose une requête devant le tribunal de Luxembourg, aux termes de la Section 38 de la Loi bancaire luxembourgeoise, aux fins de voir déclarer le sursis de paiement de BCCI S.A. et de faire placer la société sous gestion contrôlée. Ces procédures prennent automatiquement effet lors de la notification à BCCI S.A. et à son conseil d'administration. Le 8 juillet 1991, M. Brian Smouha (Touche Ross) est nommé commissaire de surveillance de BCCI S.A. Il lui est demandé de présenter au tribunal, dans les six mois, un rapport préconisant la restructuration de BCCI S.A. ou sa liquidation.

Le 5 juillet 1991, la Banque présente au tribunal britannique une demande en vue de la mise en liquidation de BCCI S.A. et de la nomination immédiate de liquidateurs provisoires. Le tribunal nomme trois associés de Touche Ross liquidateurs provisoires de BCCI S.A. Le 30 juillet 1991, il ajourne la procédure de liquidation à décembre 1991, afin de permettre un complément d'enquête sur les activités de la BCCI et d'examiner la possibilité d'une restructuration.

Le 5 juillet 1991, le gouverneur des îles Caïmans charge un administrateur judiciaire de prendre le contrôle de BCCI Overseas, CFC et ICIC Overseas. Le procureur général obtient des injonctions

² Le terme BCCI recouvre généralement BCCI Holdings ainsi que ses filiales et établissements apparentés, notamment BCCI S.A. et BCCI Overseas. Dans certains contextes, il peut toutefois englober également International Credit and Investment Company (Overseas) Ltd. (ICIC Overseas) et International Credit and Investment Company Holdings (ICIC Holdings).

demandant à plusieurs sociétés étroitement liées de transférer ou de réaliser des actifs. Le 22 juillet 1991, le gouverneur des îles Caïmans retire les agréments bancaires et fiduciaires de BCCI Overseas, CFC et ICIC Overseas. Suite à des requêtes en dissolution de BCCI Overseas, CFC et ICIC Overseas, le tribunal des îles Caïmans nomme deux associés de Deloitte Ross Tohmatsu coliquidateurs provisoires. Les requêtes sont ajournées au 16 décembre 1991.

Le 5 juillet 1991, le surintendant des banques de l'État de New York prend en charge les activités et biens de BCCI S.A., à New York, et ferme son agence locale. Le surintendant des banques de l'État de Californie procède de même pour BCCI S.A. en Californie et son agence californienne.

L'IML informe toutes les autorités de contrôle d'accueil des succursales de BCCI S.A. des actions entreprises au Luxembourg et au Royaume-Uni et leur demande d'agir en conséquence dans leur juridiction.

Le 9 juillet 1991, à la demande de BCCI Holdings, le juge Maryse Welter est chargée par le tribunal de Luxembourg d'examiner la possibilité de placer BCCI Holdings sous gestion contrôlée. M. Smouha est invité à rendre compte de la situation financière de BCCI Holdings. Au vu de son rapport, le groupe est placé sous gestion contrôlée et M. Smouha est désigné comme l'un de ses commissaires de surveillance. Ces derniers sont tenus de présenter pour le 9 janvier 1992 un rapport au tribunal recommandant soit la restructuration de BCCI Holdings, soit sa liquidation.

C. Période du sursis de paiement

En octobre 1991, les actionnaires majoritaires diffusent un communiqué de presse indiquant que, après avoir étudié toutes les solutions autres que la liquidation, il n'apparaissait guère possible de restructurer BCCI S.A. Le 22 novembre 1991, Touche Ross publie également un communiqué faisant part d'une collaboration avec les actionnaires majoritaires pour convenir d'un plan de liquidation global. Le plan prévoit trois éléments: mise en commun du patrimoine et des actifs de BCCI S.A. et BCCI Overseas, en vue de leur répartition entre tous les créanciers de ces sociétés; renonciation de BCCI S.A. et BCCI Overseas (ainsi que des autres sociétés participantes) à tout recours contre les actionnaires majoritaires et réciproquement (à l'exception, pour ces derniers, de créances ordinaires); versement fractionné d'une contribution en espèces par les actionnaires majoritaires. Touche Ross précise que, en l'absence de contribution externe, les créanciers vont probablement recouvrer moins de 10% de leur dû et que les négociations avec les actionnaires majoritaires pourraient permettre d'atteindre entre 30% et 40%. Les discussions aboutissent aux accords de mise en commun des actifs et aux accords avec les actionnaires majoritaires.

D. Évolution aux États-Unis

Le 29 juillet 1991, un grand jury new-yorkais prononce une mise en accusation visant Agha Hassan Abedi, Swaleh Naqvi, BCCI Holdings, BCCI S.A., BCCI Overseas, ICIC Overseas et ICIC Holdings pour fraude, vol de \$30 millions au détriment d'American Express Bank et falsification de documents bancaires. Le même jour, le Conseil des gouverneurs du Système de Réserve fédérale (Conseil des gouverneurs) inflige une amende de \$200 millions à BCCI Holdings, BCCI S.A., BCCI Overseas et ICIC Overseas en liaison avec l'acquisition secrète d'actions de la First American Bankshares Inc. Le 15 novembre 1991, un grand jury fédéral prononce la mise en accusation de BCCI Holdings, BCCI S.A., BCCI Overseas, ICIC Overseas et de particuliers.

Le 19 décembre 1991, le procureur fédéral ouvre une information (qui annule l'acte d'accusation du 15 novembre) et propose un accord (*plea agreement*) pour régler l'accusation new-yorkaise, les accusations pénales fédérales et la sanction prise par le Conseil des gouverneurs. Aux termes de cet accord, BCCI Holdings, BCCI S.A., BCCI Overseas et ICIC Overseas (défendeurs BCCI) conviennent de plaider coupables pour l'inculpation fédérale et six chefs d'accusation retenus par le grand jury de New York. Les défendeurs BCCI acceptent également de perdre la quasi-totalité de leurs actifs américains. Ces actifs seront affectés à deux fonds: le premier est destiné à acquitter une amende de \$10 millions à New York et surtout à réduire au minimum le risque de pertes pour la Federal Deposit Insurance Corporation, tandis que le second sera réparti entre les créanciers du monde entier n'ayant pas utilisé les services bancaires de la BCCI à des fins criminelles. Le 9 janvier 1992, les défendeurs

BCCI plaident coupables pour l'inculpation fédérale et les chefs d'accusation new-yorkais et acceptent de renoncer à tous leurs actifs aux États-Unis. Le tribunal fédéral accepte l'accord le 24 janvier 1992. Le 31 janvier, il ordonne une nouvelle confiscation RICO à l'encontre de la BCCI.

E. Liquidation de la BCCI

Le 3 janvier 1992, le tribunal de Luxembourg prononce la dissolution et la liquidation de BCCI S.A. La décision fixe les pouvoirs des liquidateurs et le mode de liquidation. Le 14 janvier 1992, le tribunal du Royaume-Uni ordonne la liquidation de BCCI S.A.; le même jour, le tribunal des îles Caïmans prend une mesure identique à l'encontre de BCCI Overseas et CFC. Le 11 juin 1992, le tribunal de Luxembourg prononce la dissolution et la liquidation de BCCI Holdings. Le 21 novembre 1991, un tribunal de l'État de New York ordonne, dans la liquidation de l'agence new-yorkaise de BCCI S.A., l'ouverture d'une action en recouvrement de créances à partir du 9 décembre 1991 jusqu'au 27 mars 1992. Dans le cas de l'agence de BCCI S.A. à Los Angeles, cette procédure s'étend du 30 août au 30 décembre 1991.

Le 20 février 1992, les liquidateurs de la BCCI et les représentants des actionnaires majoritaires paraphent des projets d'accords pour l'application des accords de mise en commun des actifs et des accords avec les actionnaires majoritaires. Les parties conviennent de s'employer à obtenir du tribunal l'autorisation, pour les principaux liquidateurs de la BCCI, d'être parties aux accords.

Lors de l'audience du 12 juin 1992, le tribunal britannique autorise les coliquidateurs de BCCI S.A. à signer les accords de mise en commun des actifs et les accords avec les actionnaires majoritaires. Un appel contre cette décision est rejeté. Ces dispositions sont également approuvées par le tribunal des îles Caïmans en juin 1992.

Le 29 juillet 1992, le tribunal de Luxembourg ordonne la consultation par les liquidateurs de tous les créanciers connus de BCCI S.A. et l'organisation d'un vote auprès de ces derniers pour savoir si les accords de mise en commun des actifs et les accords avec les actionnaires majoritaires doivent être signés. Chaque créancier disposera d'une voix, quel que soit le montant de sa créance. Le 22 octobre 1992, au vu des résultats du scrutin, le tribunal approuve les accords. Le 24 décembre 1992, plusieurs créanciers font appel de ce jugement.