



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

AVIS

*du Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris (HCJP)
sur la répartition des compétences entre l'Union
et les États membres pour
les mesures préconisées par le HCJP
dans ses rapports Brexit*

25 janvier 2019



REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Le titre 1^{er} de la première partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) régit les compétences de l'Union européenne. Sont distinguées trois types de compétences : exclusives (article 3 TFUE), partagées (article 4 TFUE) ainsi que d'appui, de coordination et complémentaire (article 6 TFUE).

Le marché intérieur fait partie des domaines de compétence partagée. L'article 114 du TFUE constitue la base juridique de droit commun. Il permet au Parlement européen et au Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, d'adopter les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. L'article 53, paragraphe 1, TFUE constitue la base juridique spécifique pour arrêter les directives relatives à l'accès et à l'exercice des activités de service.

En revanche, l'article 127, paragraphe 5, TFUE dispose que le système européen des banques centrales contribue à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier. On en déduit qu'en principe, la régulation financière relève de la compétence nationale. Toutefois, l'article 127, paragraphe 6, TFUE a constitué la base juridique pour confier des missions spécifiques à la BCE dans le cadre du mécanisme de surveillance unique de l'Union bancaire. Dans les domaines de compétence partagée, tant l'Union que les États membres peuvent adopter des actes juridiquement contraignants.

Cependant, les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne.



Mesures	Difficultés identifiées	Recommandations du HCJP	Commentaires sur le niveau de texte (FR/UE) possible	Synthèse	
Mesures indispensables	Révision de l'article 25 de la DALEC	<p>Les textes européens¹ prévoient que c'est en principe la loi du for, (la loi du pays dans lequel la procédure de faillite est ouverte) qui régit les droits du créancier en cas de faillite. L'article 25 de la directive 2001/24/CE (« DALEC ») prévoit une règle spécifique de conflit de lois concernant l'opposabilité des conventions de compensation et de novation² (dite <i>netting agreements</i>), contenant notamment les clauses de résiliation-compensation, à la faillite d'un établissement de crédit³. Cette règle de conflit prévoit que le droit régissant cette clause est le droit choisi par les parties (pas de limitation du choix au droit d'un État membre de l'Union européenne) ; elle détermine aussi les conditions d'opposabilité aux tiers et à l'administrateur judiciaire de l'établissement de crédit en faillite des conventions de compensation et de novation.</p>	<p>Le HCJP recommande de réécrire la règle de conflit de lois de l'article 25 de la DALEC pour limiter le renvoi au droit choisi par les parties au droit de l'un des États membres de l'Union. A défaut, si les parties ont choisi, pour régir leur convention-cadre de compensation, le droit d'un pays tiers, alors ce sera ce principe général qui s'applique, à savoir la loi du for.</p>	<p>L'Union a exercé sa compétence. La disposition ne peut être modifiée que par le législateur de l'Union.</p>	UE
		<p>Cette règle contractualiste s'est révélée à l'usage très complexe à articuler et mettre en œuvre⁴.</p>			

¹ Règlement (UE) n°2015/848 du 20 mai 2015, Directive 2001/17/CE du 19 mars 2001 et DALEC.

² Ce sont généralement des conventions-cadres de marché développées par les associations de place (FBF, ISDA, etc.).

³ Transposé à l'article L. 613-31-5 4° du Code monétaire et financier.

⁴ Premièrement, la règle opère en deux temps ; la règle de conflit n'a vocation à s'appliquer qu'aux stipulations d'une « convention de compensation ». Il appartient donc dans un premier temps à la loi du for de qualifier ce qui relève de cette catégorie. Ensuite, force est de constater qu'une grande confusion existe aujourd'hui sur les marchés et que le fonctionnement de l'article 25 est incertain. Dans certaines juridictions, cette règle de conflit renverrait à un droit « notionnel » ou « hypothétique » de la faillite. Voir Rapport d'étape Impact du Brexit sur les contrats bancaires et financiers et la stabilité du financement des acteurs continentaux, 29 septembre 2017, p18 et s.



Mesures	Difficultés identifiées	Recommandations du HCJP	Commentaires sur le niveau de texte (FR/UE) possible	Synthèse
Gestion extinctive des contrats d'assurance	<p>La gestion de contrat d'assurances pourrait être qualifiée d'activité d'assurance⁵. Un assureur britannique qui exécuterait ses engagements post-Brexit se livrerait à l'exercice illégal de l'activité d'assurance. Ainsi, les engagements des assureurs britanniques pris auprès d'assurés européens devront être transférés dans des entités agréées dans l'UE.</p>	<p>Le HCJP préconise la mise en place d'un système encadrant la gestion extinctive des contrats conclus valablement avant le Brexit, par un assuré français auprès d'un assureur britannique.</p>	<p>Dès lors qu'aucune disposition de l'Union ne régit spécifiquement la question, la mise en place d'un système encadrant la gestion extinctive des contrats conclus valablement avant le Brexit relève de la compétence nationale.</p>	FR/UE
Gestion extinctive (gestion d'actifs)	<p>Certaines situations devront être traitées au mieux des intérêts des clients-investisseurs établis dans l'UE, par exemple au travers de schémas de restructuration et/ou dans le cadre d'une période de gestion extinctive permettant l'apurement des situations existantes et ce, par analogie avec le régime du retrait d'agrément. Les situations identifiées sont les suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - La situation d'un gérant britannique qui perdrait le bénéfice de son passeport lui permettant de gérer un OPCVM ou un FIA de l'Union européenne; - La situation d'un gestionnaire de l'Union européenne qui perdrait le bénéfice de son passeport lui permettant de gérer un OPCVM ou un FIA britannique, ou ne pourrait plus déléguer la gestion de son fonds à une entité britannique ; 	<p>Le HCJP recommande la mise en place d'une période de gestion extinctive, dans les circonstances détaillées ci-dessus.</p>	<p>Certes, les contrats sont conclus dans des domaines ayant fait l'objet de dispositions d'harmonisation de droit de l'Union, il demeure que celles-ci ne règlent aucunement la question de la gestion extinctive des contrats dans l'hypothèse de la perte du passeport européen consécutive à la sortie de l'UE d'un État membre. Elles se contentent de prévoir que l'agrément est retiré lorsque l'entreprise ne satisfait plus aux conditions. Dès lors que le Royaume-Uni s'est retiré, dans les conditions prévues par l'accord de retrait, le droit de l'Union cesse de s'appliquer aux entreprises établies au Royaume-Uni, de sorte qu'<i>ipso facto</i>, celles-ci ne remplissent plus les conditions exigées pour obtenir le bénéfice du passeport européen. Les États membres recouvrent leur pleine compétence dans la mesure où la situation des entreprises de pays tiers n'est pas régie par des dispositions de droit de l'Union. En tout état de cause, le régime des contrats en matière civile et commerciale demeure de la compétence nationale.</p>	

⁵ Voir EIOPA, *Opinion on services continuity in insurance in light of the withdrawal of the UK from EU*, 21 dec 2017 ; Commission européenne, *Notice to stakeholders, Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of Insurance/ Reinsurance*, COM, 8 février 2018.



Mesures

Difficultés identifiées

Recommandations du HCJP

Commentaires sur le niveau de texte (FR/UE) possible

Synthèse

- Toutes les situations dans lesquelles un OPCVM ou un FIA (voire un mandat de gestion individuel) ne serait plus autorisé (ou, à tout le moins, plus dans les mêmes conditions) à détenir des titres britanniques l'obligeant, par exemple, à céder de tels actifs dans des conditions qui ne sont pas dans l'intérêt de ses clients. Il en est par exemple ainsi de la situation d'un FIA ou d'un OPCVM nourricier de l'Union européenne qui serait investi dans un FIA ou un OPCVM maître britannique; et

- La situation d'un mandat de gestion conclu entre un gérant britannique et un client de l'Union avant le Brexit et qui devrait se poursuivre au-delà du Brexit.

Néanmoins, puisque l'objet des contrats relève du marché intérieur des services financiers, l'Union européenne dispose d'un titre de compétence pour légiférer en la matière. La question est donc en pure opportunité de savoir si la Commission européenne entend proposer une modification des textes européens en cause pour consacrer un régime européen de gestion extinctive des contrats. Si le régime implique d'établir une relation avec le Royaume-Uni, la question pourrait se poser de savoir s'il ne s'agit pas d'une compétence externe dont le caractère exclusif ou partagé pourrait faire débat, puisque l'article 3, paragraphe 2, TFUE retient une conception large de la compétence externe exclusive.

FR/UE

Gestion extinctive (banques et PSI)

Dans certaines situations, la continuité des contrats ne pourra être assurée au lendemain du Brexit.

Il serait souhaitable d'introduire un régime inspiré du régime existant en matière de retrait d'agrément, d'encadrement de la gestion extinctive des activités menées sous l'empire de certains contrats conclus entre des succursales européennes des établissements britanniques ou des établissements britanniques en libre prestation de services et leurs clients français ou européens et qui n'auraient pas fait l'objet d'un transfert à une entité autorisée sur le territoire engagements pris en effectuant des opérations strictement nécessaires à l'apurement des situations existantes au mieux des intérêts des clients.

Enfin, la mise en place du régime doit se faire dans le respect des droits fondamentaux. Dans la mesure où le régime est lié à la mise en œuvre de l'article 50 TUE et de l'accord de retrait, on peut considérer que les droits et libertés fondamentaux s'appliquent. Or, une difficulté tient à ce que le régime ne s'appliquerait que dans les relations franco-britanniques, excluant les opérateurs établis dans d'autres États membres. D'un côté, les libertés de circulation pourraient être invoquées, en particulier la libre circulation des capitaux qui s'appliquent aussi aux relations avec les pays tiers. Il est loisible de raisonnablement penser qu'un tel régime, s'il venait à être considéré comme constituant



Mesures	Difficultés identifiées	Recommandations du HCJP	Commentaires sur le niveau de texte (FR/UE) possible	Synthèse
	<p>Ce régime, qui n'était censé durer que 15 mois, a été renouvelé 4 fois par la Commission européenne. Sur le plan de la souveraineté et d'un point de vue systémique, les CCPs situées dans l'Union européenne pourraient bénéficier du refinancement de la BCE⁷.</p>		<p>il faudra s'interroger sur l'implication des autorités européennes de surveillance et la question d'une délégation de pouvoirs à leur profit en gardant en tête l'arrêt ESMA de 2014, dans les relations avec les autorités britanniques.</p>	
	<p>Les groupes bancaires ne pourront plus rendre de nouveaux services bancaires et de services d'investissement à leurs clients européens depuis le Royaume-Uni. Ces groupes devront mettre en place entre ces clients et leurs entités situées dans l'Union européenne de nouveaux contrats (en moyenne 7⁹). Les exemples récents de <i>repapering</i> (Directive MIF 2, EMIR) ont démontré la difficulté de ce type d'exercice pour les prestataires mais également les clients. En effet, au-delà des obstacles opérationnels, les clients européens pourraient pâtir de cette situation où la continuité de la relation avec ce groupe bancaire ne peut être assurée dans des conditions satisfaisantes.</p>	<p>Le HCJP recommande qu'un texte permette de faciliter la réplification des conventions existantes déjà négociées entre un groupe bancaire et leurs clients européens afin d'établir un nouveau contrat entre l'entité européenne de ce groupe bancaire et ces mêmes clients européens.</p>	<p>La question relève d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres. Aussi longtemps que l'Union n'a pas adopté des dispositions relatives à cette réplification, l'État membre est en droit d'adopter un texte à cet effet.</p>	FR/UE
		<p>Pour ce qui est de faciliter le transfert des transactions conclues au titre des contrats de marché, dès lors qu'il s'agit de</p>		

⁷ Or, une CCP opérant hors de la zone monétaire de la devise des instruments financiers compensés ne peut en principe se procurer cette devise que via des accords commerciaux avec des établissements de crédit de la zone concernée qui demeurent potentiellement sujets à résolution ou faillite.

⁸ Voir HCJP, *Préconisations sur la mise en place à Paris de chambres spécialisées pour le traitement du contentieux international des affaires*, 3 mai 2017.

⁹ Contrats relatifs à la fourniture de services et contrats-cadres de marché (dérivés, pensions livrées, prêts de titres).



Mesures	Difficultés identifiées	Recommandations du HCJP	Commentaires sur le niveau de texte (FR/UE) possible	Synthèse
Faciliter le transfert des transactions conclues au titre des contrats de marché			<p>neutraliser l'application d'obligations consacrées par le règlement EMIR ou de préserver le bénéfice de certaines exemptions (e.g. transactions intragroupes), l'adoption d'un texte de droit de l'Union s'avère nécessaire et, à cet effet, un acte délégué devrait suffire pour modifier un élément non essentiel du règlement EMIR.</p> <p>Un projet de normes techniques vient d'être publié par l'ESMA visant à permettre la novation au profit d'une contrepartie établie dans l'Union européenne des produits dérivés OTC sur une base iso-réglementaire, c'est-à-dire sans appliquer l'obligation de compensation à ces opérations.</p>	UE