

Droits de résiliation de contrats financiers admissibles en situation de règlement de faillite – Document d'orientation

1^{er} mars, 2018

Les lignes d'orientation¹ qui suivent donnent un aperçu du cadre de traitement des contrats financiers admissibles (« CFA »)² passés entre des institutions financières membres de la SADC (« institutions membres » ou « IM ») et des contreparties lorsqu'une IM fait l'objet d'un règlement de faillite en vertu de la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada* (la « Loi sur la SADC »).

Lorsqu'une IM devenue non viable fait l'objet d'un règlement de faillite, certains droits des contreparties à ses CFA sont suspendus, par application de la Loi sur la SADC³, dont le droit de mettre fin au contrat ou d'exiger l'exercice des clauses de déchéance et d'effectuer des opérations à l'égard de la garantie financière (collectivement, les « droits de résiliation »).

En droite ligne des caractéristiques fondamentales d'un cadre de règlement efficace des faillites d'institutions financières (*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*) du Conseil de stabilité financière (les « *Key Attributes* »), la suspension des droits de résiliation ne vaut que dans certains cas. Le cadre de traitement vise à éviter la résiliation précipitée des CFA en cas de règlement de faillite d'une IM tout en protégeant adéquatement les droits des contreparties pour que celles-ci puissent gérer les risques auxquels elles sont exposées.

La SADC, instance de règlement de faillite

La SADC est une société d'État désignée dans la Loi sur la SADC comme autorité de règlement de faillite de ses institutions membres. La SADC peut régler la faillite d'une IM non viable en ayant recours aux outils décrits ci-après.

Dans l'esprit des *Key Attributes* du CSF, toute activité de règlement visée par la Loi sur la SADC peut (et doit) être menée avant que l'IM ne soit insolvable sur bilan. Si le surintendant des institutions financières (le « surintendant ») estime que l'IM est devenue non viable ou qu'elle est sur le point de l'être et que les pouvoirs du surintendant ne suffiraient pas à restaurer ou à préserver sa viabilité, il doit en aviser la SADC. Celle-ci peut alors demander au ministre des Finances (le « ministre ») de recommander (s'il juge qu'il en va de l'intérêt public) au gouverneur en conseil

¹ Ces lignes d'orientation ont été préparées à la suite des modifications que la Loi n° 2 d'exécution du budget de 2017, entrée en vigueur le 14 décembre 2017, apporte à la Loi sur la SADC. Elles ne constituent en aucun cas des conseils juridiques. Elles donnent toutefois une vue d'ensemble du cadre législatif actuel et du déroulement d'un règlement de faillite.

² Les CFA comprennent les produits dérivés, les contrats de swap, les contrats de report et d'autres contrats semblables. Voir la définition des CFA dans le Règlement sur les contrats financiers admissibles (Loi sur la SADC), DORS/2007-255, dans sa version modifiée.

³ Se reporter aux alinéas a), b) et f) du paragraphe 39.15(7) de la Loi sur la SADC.

(cabinet fédéral) de prendre un ou plusieurs décrets (« décrets de règlement de faillite ») en vertu de la Loi sur la SADC, afin de procéder au règlement de faillite ordonné de l'IM en question.

À la lumière des recommandations du ministre, le gouverneur en conseil décide s'il y a lieu de prendre un ou plusieurs décrets de règlement de faillite et, dans l'affirmative, quel(s) décret(s) prendre, parmi les suivants :

- a) décret portant dévolution à la SADC des actions et des dettes subordonnées de l'IM qui sont précisées dans le décret ;
- b) décret nommant la SADC séquestre de l'IM ;
- c) décret ordonnant au ministre de constituer une institution fédérale, conférant à celle-ci le statut d'institution-relais et précisant le moment à compter duquel les obligations sous forme de dépôts de l'IM seront prises en charge ;
- d) décret ordonnant à la SADC d'effectuer la conversion partielle ou intégrale – par l'entremise d'une opération en bloc ou par tranches, et en une ou plusieurs étapes – des actions et des éléments du passif de l'IM qui sont visés par règlement⁴ en actions ordinaires de l'IM ou de toute entité de son groupe (recapitalisation interne).

Les outils de règlement de faillite dont disposera la SADC dépendront de la teneur du (des) décret(s) de règlement. Par conséquent, de par le(s) décret(s) et les communications officielles, les acteurs des marchés sauraient, dès le début du règlement, quels outils de règlement et quelles mesures de stabilisation seraient déployés à l'égard de l'IM.

Suspension des droits de résiliation en cas de règlement de faillite

En règle générale, après la prise d'un décret de règlement de faillite, les contreparties à des contrats passés par l'IM n'ont pas le droit de résilier ou de modifier ces contrats pour divers motifs liés au règlement, comme l'insolvabilité ou la détérioration de la situation financière de l'IM, le défaut par l'IM (avant la prise du décret) de se conformer à une obligation non pécuniaire, le défaut par l'IM (avant la prise du décret) de se conformer à une obligation pécuniaire si l'IM a remédié à ce

⁴ Au moment de publier le présent document, le Règlement relatif à la recapitalisation interne des banques (émission) et le Règlement sur la conversion aux fins de recapitalisation interne des banques n'ont pas encore été pris par le gouverneur en conseil.

défaut dans les soixante jours suivant la date de la prise du décret, ou encore la prise du décret de règlement.

La Loi sur la SADC met les CFA à l'abri de ces clauses de suspension de portée générale, un peu à la manière des lois canadiennes en matière d'insolvabilité, sous quelques réserves abordées ci-dessous. Si l'on reconnaît que le caractère exécutoire des droits de résiliation contribue à la stabilité du système financier canadien, il faut bien admettre que la résiliation précipitée des CFA ou l'exercice de toute clause de déchéance pourraient donner lieu à une ruée générale qui contribuerait à l'instabilité du marché et rendrait plus difficile la mise en œuvre des mécanismes de règlement. Par conséquent, la Loi sur la SADC impose certaines restrictions quant à l'exercice des droits de résiliation lors de la prise d'un décret de règlement, dans le droit fil des *Key Attributes*.

Absence de suspension

Avant d'aller plus loin, il faut bien comprendre que certains des droits des contreparties à des CFA ne sont pas suspendus. Lorsqu'un décret de règlement est pris, les contreparties à des CFA peuvent exercer des recours en cas de manquement aux obligations (de paiement, de livraison, etc.) de l'IM relativement à un CFA. Elles peuvent aussi exiger l'exécution de leurs garanties financières en cas de non-respect de certaines obligations (de paiement, de livraison ou de règlement). Elles peuvent aussi exiger une compensation relativement à un CFA (sous réserve des contraintes imposées par la suspension de certains droits, comme il est expliqué ci-dessous). Les contreparties à des CFA peuvent exercer tout autre droit de résiliation, à moins que ce droit ne soit suspendu pour l'un ou l'autre des motifs décrits ci-après.

Suspension de droits en cas de règlement de faillite

En cas de prise de décret de règlement de faillite, les droits de résiliation des contreparties à des CFA⁵ seraient suspendus *uniquement pour les motifs suivants* :

- l'insolvabilité ou la détérioration de la situation financière de l'IM, de ses sociétés affiliées ou de quiconque lui offre un soutien au crédit ou des garanties (« insolvabilité/DSF ») ;
- la prise d'un décret de règlement de faillite ou tout changement dans le contrôle ou la propriété de l'IM ou de ses sociétés affiliées découlant de la prise du décret ;
- la cession du CFA à une institution-relais ou à un tiers ou sa prise en charge par l'un ou l'autre de ces derniers ;

⁵ Dans le cas d'une contrepartie qui est une chambre de compensation et qui agit à ce titre pour l'IM au moment de la prise du décret de règlement, les suspensions décrites ci-dessus ne s'appliquent pas aux CFA conclus avec l'IM à moins que la SADC se soit engagée à fournir à cette dernière le soutien financier dont elle a besoin pour s'acquitter de ses obligations envers la chambre de compensation à mesure qu'elles arrivent à échéance.

- la conversion d'actions ou d'éléments de passif dans le cadre d'une recapitalisation interne (voir plus loin « Règlement sans fermeture de l'institution ») ;
- la conversion de toute action ou de tout élément de passif de l'IM conformément aux clauses contractuelles (par exemple, les fonds propres d'urgence en cas de non-viabilité (FPUNV)).

La suspension du droit de résiliation au motif de l'insolvabilité/DSF seulement (« suspension temporaire ») cesse de s'appliquer à 17 h, le deuxième jour ouvrable suivant le jour de la prise du décret⁶. Les contreparties à un CFA peuvent alors invoquer l'insolvabilité ou la détérioration de la situation financière, pourvu que ces facteurs existent toujours à ce moment. Au moment d'exercer leurs droits de résiliation, les contreparties sont autorisées à invoquer les faits à l'origine de la prise d'un décret de règlement comme preuves de l'insolvabilité/DSF.

Cependant, en cas de règlement de faillite et sous réserve des observations qui suivent, les contreparties à des CFA ne pourront toujours pas exercer leurs droits de résiliation pour les autres des motifs énumérés ci-dessus (collectivement, « suspension permanente »).

Au moment où prend fin la suspension temporaire, les contreparties à des CFA doivent avoir l'assurance qu'elles pourront exercer leurs droits de résiliation au motif de l'insolvabilité/DSF ou que leurs CFA seront maintenus :

- 1) par l'IM (la contrepartie d'origine), qui aura retrouvé sa viabilité financière grâce à la mise en œuvre d'outils de règlement et de mesures de stabilisation (voir « règlement sans fermeture de l'institution » ci-après) ;
- 2) par un acquéreur solvable (voir « vente forcée » ci-après) ou
- 3) par une institution-relais solvable et soutenue par la SADC (voir « solution d'institution-relais » ci-après).

Lorsque la SADC cède un CFA à un tiers ou à une institution-relais, la Loi sur la SADC prévoit certaines garanties à l'intention des créanciers. Plus précisément, la SADC doit céder en bloc tous les CFA en vigueur entre l'IM et la contrepartie et ses sociétés affiliées, et elle ne peut les céder qu'à un tiers qui satisfait à certaines conditions, dont les suivantes :

- être solvable sur bilan ;
- être en mesure de s'acquitter de ses obligations au titre des CFA cédés à mesure qu'elles arrivent à échéance ;

⁶ Une exception de portée limitée s'applique dans le cas de la solution d'institution-relais, qui est abordée plus loin dans le présent document.

- la qualité de son crédit, compte tenu de tout soutien au crédit ou de toute garantie à l'égard de ses obligations en vertu des CFA avant et après la cession respectivement, soit au moins équivalente à celle de l'IM juste avant la prise du décret de règlement de faillite.

Vous trouverez ci-dessous de plus amples précisions sur l'application aux CFA de la suspension temporaire et de la suspension permanente (collectivement, les « suspensions en cas de règlement ») dans le contexte d'un règlement sans fermeture de l'institution, d'une vente forcée et d'une solution d'institution-relais.

Règlement sans fermeture de l'institution

En 2016, la législation canadienne a donné à la SADC plus de latitude dans le règlement de faillite d'une institution membre devenue non viable, dans le cas d'une banque d'importance systémique nationale (« BISN »)⁷. La même année, la loi a conféré à la SADC le pouvoir de procéder à la « recapitalisation interne » d'une BISN en convertissant ses actions et éléments de passif prévus par la loi.

Dans un règlement sans fermeture de l'institution, la SADC prendrait temporairement le contrôle de l'IM devenue non viable, soit à titre d'actionnaire (en vertu d'un décret de règlement portant dévolution à la SADC des actions et des dettes subordonnées de l'IM), soit à titre de séquestre (en vertu d'un décret de règlement nommant la SADC séquestre de l'IM). Après la prise d'un décret de règlement, la SADC veillerait à stabiliser l'IM pour que celle-ci puisse maintenir ses fonctions essentielles et renouer avec la viabilité le plus rapidement possible.

En règle générale, les CFA demeuraient des obligations de l'IM sous contrôle de la SADC toute la durée du règlement sans fermeture de l'institution. Les contreparties à des CFA seraient assujetties aux suspensions en cas de règlement. À l'expiration de la suspension temporaire, les contreparties demeuraient assujetties à toute suspension permanente applicable.

On s'attend toutefois à ce que des mesures soient prises immédiatement pour restaurer la confiance dans l'IM et pour préserver la stabilité du système financier canadien. Une fois que l'IM serait stabilisée et, le cas échéant, restructurée, la SADC veillerait à ce que l'institution réintègre le secteur privé.

⁷ L'outil de règlement sans fermeture de l'institution ne s'applique donc qu'aux IM désignées comme BISN par le surintendant, en vertu de la Loi sur les banques du Canada.

Vente forcée

Si la SADC estime raisonnablement possible qu'une opération (ou une série d'opérations) entre une IM non viable et un ou plusieurs tiers soit effectuée rapidement, elle peut « obliger » l'IM à effectuer ces opérations⁸. Comme dans le cas d'un règlement sans fermeture de l'institution, la SADC prend temporairement le contrôle de l'IM, en qualité d'actionnaire ou de séquestre.

Dans le cadre d'une vente forcée, les contreparties à des CFA seraient assujetties aux suspensions en cas de règlement. À l'expiration de la suspension temporaire, les contreparties à des CFA pourraient exercer leurs droits de résiliation pourvu que les CFA n'aient pas été transférés à un tiers solvable et que l'insolvabilité ou la DSF existe toujours. Sinon, les contreparties demeureraient assujetties à toute suspension permanente applicable.

Selon les circonstances, si la SADC estime que tous ou presque tous les éléments d'actif de l'IM vont être cédés à un tiers et que l'IM va conserver certains CFA, elle pourrait décider d'aviser les contreparties à ces CFA et de mettre fin à la suspension qui les concerne pour qu'elles puissent immédiatement exercer leurs droits de résiliation⁹.

Solution d'institution-relais

Si le gouverneur en conseil ordonne au ministre d'établir une institution-relais temporaire, la SADC sera en mesure de transférer les fonctions essentielles et viables de l'IM non viable à cette institution-relais¹⁰. Subséquemment, la SADC céderait l'institution-relais ou ses actifs à des intérêts privés ou déploierait une autre stratégie de sortie.

Si la solution d'institution-relais est retenue, la SADC sera nommée séquestre de l'IM non viable et sera l'unique actionnaire de l'institution-relais. Elle veillera à ce que l'institution-relais signe avec l'IM un contrat d'achat et de prise en charge. La SADC sera tenue de fournir à l'institution-relais le soutien financier dont elle aura besoin pour s'acquitter de ses obligations de paiement à mesure qu'elles arriveront à échéance.

Les contreparties à des CFA seront assujetties aux suspensions en cas de règlement. Il se pourrait que la SADC cède ces CFA à l'institution-relais, à condition que cette dernière les accepte en bloc.

⁸ La solution « vente forcée » peut s'appliquer à toutes les institutions membres de la SADC.

⁹ Dans ce cas, les contreparties à des CFA peuvent exercer leurs droits de résiliation en invoquant l'insolvabilité/DSF de l'IM ou la prise d'un décret de règlement de faillite, à compter de la date et de l'heure où l'avis est donné.

¹⁰ La solution « institution-relais » peut s'appliquer à toutes les institutions membres de la SADC.

Pendant la période de suspension temporaire, la SADC mènera à terme le transfert des CFA concernés à l'institution-relais ou s'engagera à le faire.

Si la SADC s'engage à transférer un CFA à l'institution-relais durant la période de suspension temporaire, cette période sera prolongée jusqu'à ce que le transfert soit mené à terme (l'engagement préciserait sans doute la date à laquelle le transfert serait achevé). En pratique, le transfert se ferait dans un délai de deux jours ouvrables ou guère plus, compte tenu de la recommandation faite dans les *Key Attributes* voulant que la suspension temporaire soit d'une portée très limitée dans le temps. La suspension permanente continuerait de s'appliquer à tout CFA transféré à l'institution-relais.

Par contre, si la SADC ne transfère pas un CFA et ne s'engage pas à le faire dans un délai de deux jours ouvrables, les contreparties à ce CFA pourront exercer leurs droits de résiliation dès que la suspension temporaire aura pris fin¹¹.

¹¹ Dans ce cas, les contreparties à des CFA peuvent exercer leurs droits de résiliation en invoquant l'insolvabilité/DSF de l'IM ou la prise d'un décret de règlement de faillite, à compter de 17 h, heure au siège social de la SADC, le deuxième jour ouvrable suivant le jour du décret de règlement de faillite.