42

Services financiers : les législateurs nationaux face au Brexit

Allemagne, France et Luxembourg

La perspective d'un Brexit sans accord (« *no deal* ») a conduit certains législateurs nationaux à adopter des dispositifs destinés à favoriser la continuation des services financiers (banque, finance et assurance).

L'objectif de la conférence, organisée au sein de l'Institut de droit comparé de Paris, qui s'est tenue le 7 juin 2019 a été de dresser un état des lieux de ces dispositifs dans une perspective comparée. L'Allemagne, la Belgique, la France et le Luxembourg ont été retenus en exemples, compte tenu de l'importance des activités financières dans ces États.

Thierry BONNEAU, **Propos introductifs : article 43** - *page 61*

Antoine GAUDEMET, **Le législateur français face au Brexit : article 44** - *page 61*

Matthias LEHMANN, **Le législateur allemand face au Brexit : article 45** - *page 61*

Philippe-Emmanuel PARTSCH, **Le législateur luxembourgeois face au Brexit : article 46** - *page 61*

Gérard GARDELLA, **Propos conclusifs : article 47** - *page 61*

© LEXISNEXIS SA - REVUE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER - N° 5 - SEPTEMBRE-OCTOBRE 2019

43 Propos introductifs

Thierry BONNEAU,
agrégé des facultés de droit,
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

Depuis le 7 juin 2019, date du colloque consacré au « *no deal* », que d'évènements ! Des refus successifs de l'accord UE et RU par le Parlement britannique et un nouveau Premier ministre – Boris Johnson – qui avait décidé de suspendre ledit Parlement mais qui a été désapprouvé par la Haute Cour de Justice qui a considéré « nulle et non avenue » la suspension de la session parlementaire.
Depuis lors – nous sommes le 15 octobre alors que la sortie est programmée le 31 octobre – rien de décisif. On s'achemine vers le no deal, ce dont prennent acte à nouveau l'Autorité bancaire européenne *(EBA, Communication of the European Banking Authority on the UK withdrawal from the EU, 08 Oct. 2019)* et l'Autorité européenne des marchés financiers *(ESMA, Update on the UK's withdrawal from the European Union - preparations for a possible no-deal Brexit scenario on 31 October, 7 Oct. 2019, ESMA90-1-167)*. La Commission européenne a, par ailleurs, il y a quelques semaines, adressé aux Etats membres, un document intitulé « *non paper, National contingency measures in financial services* », qui pose un certain nombre de principes destinés à encadrer les mesures d'urgence (*contingency measures*) adoptées par les États membres pour faire face au Brexit, et vise ainsi à assurer un certain niveau de convergence de ces mesures. Est-ce à dire que le Royaume-Uni va sortir de l'Union européenne sans accord ? L'accord annoncé le jeudi 17 octobre 2019 invite à répondre négativement. Encore faut-il que le Parlement du Royaume-Uni l'approuve et que les 27 États membres y adhèrent. Un coup de théâtre est encore possible !

1 - Depuis le référendum organisé le 23 juin 2016 par le Royaume-Uni et le déclenchement, le 29 mars 2017, de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne [1] qui permet aux États membres de quitter l'Union européenne, celle-ci est dans la tourmente. L'accord de retrait conclu le 14 novembre 2018, qui comprend 585 pages, y compris trois protocoles (l'un sur l'Irlande et l'Irlande du Nord, le deuxième concernant les bases militaires du Royaume-Uni à Chypre et le troisième sur le statut de Gibraltar), a été à plusieurs reprises rejeté par le Parlement britannique.

2 - Le Royaume-Uni aurait dû quitter l'Union fin mars 2019. Après un report envisagé pour le 12 avril 2019 ou en mai 2019, une ultime *deadline* a été fixée fin octobre 2019 avec l'espoir de trouver un accord acceptable tant pour l'Union européenne que pour le Royaume-Uni. Ce qui n'est pas évident pour des raisons variées, l'hypothèse du « *no-deal* » étant moins hypothétique chaque jour, ce qui pose la question de savoir comment gérer cette absence d'accord.

3 - La question se pose dans tous les domaines : transport, santé et situation des salariés notamment. On doit en particulier noter que le retrait du Royaume-Uni de l'UE « entraînera automatiquement un rétablissement, pour les importations de marchandises britanniques », « des contrôles vétérinaires, sanitaires, phytosanitaires et de sûretés et ainsi que des formalités douanières » [2]. Il entraînera également, et notamment, un contrôle des frontières pour les personnes physiques.

4 - Les services financiers compris comme couvrant tant la banque que l'assurance et les marchés financiers n'y échappent pas. Les questions sont multiples et concernent en particulier :

- le régime de la perte du passeport européen ;
- les dispositifs assurant la continuité des services en cours d'exécution à la date du Brexit entre les établissements situés au Royaume-Uni et leurs clients européens, autres que ceux situés sur le territoire du Royaume-Uni ;
- et les conditions de la prestation de services bancaires, assurantiels et financiers post-Brexit.

5 - Du fait du Brexit, les établissements anglais ne pourront plus fournir de prestations sur le territoire des États membres, ce qui conduit à s'interroger sur la continuité des services. Ainsi, si un client français a son compte tenu par une succursale d'un établissement anglais ou si un client allemand a contracté une assurance-vie avec une entreprise d'assurance anglaise, que deviennent tous ces contrats ? Et si les établissements du Royaume-Uni souhaitent poursuivre leurs activités sur le continent, peuvent-ils se contenter de mettre en place de simples boîtes aux lettres sur le territoire européen, l'essentiel des services continuant à être assuré depuis Londres ? Étant observé que les questions sont multiples et que l'on peut également

1. *Traité UE, art. 50 :*
« 1. Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union.
2. L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. À la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. Cet accord est négocié conformément à l'article 218, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il est conclu au nom de l'Union par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen.
3. Les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification visée au paragraphe 2, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délai.
4. Aux fins des paragraphes 2 et 3, le membre du Conseil européen et du Conseil représentant l'État membre qui se retire ne participe ni aux délibérations ni aux décisions du Conseil européen et du Conseil qui le concernent. La majorité qualifiée se définit conformément à l'article 238, paragraphe 3, point b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
5. Si l'État qui s'est retiré de l'Union demande à adhérer à nouveau, sa demande est soumise à la procédure visée à l'article 49 ».

2. *V. D. Belin, La France se prépare à une sortie du Royaume-Uni sans accord : JCP G 2019, 128.*

s'interroger sur la reconnaissance de certains professionnels du Royaume-Uni, comme les contreparties centrales et les dépositaires centraux de titres, comme des professionnels de pays tiers autorisés à fournir des services dans l'Union européenne, et sur l'éligibilité de certains instruments financiers à certaines dérogations prévues par la législation européenne, la dérogation ne fonctionnant que si la livraison physique de l'instrument se situe sur le territoire de l'Union européenne.

6 - Étant observé que les questions ne se posent pas uniquement du côté des professionnels britanniques et des produits dont un élément est localisé sur le territoire du Royaume-Uni. Nombre de professionnels, notamment français, fonctionnent à partir de Londres. Aussi s'interrogent-ils sur la possibilité de continuer d'opérer à partir de Londres sur le territoire de l'Union européenne.

7 - Les questions sont ainsi diverses et très précises. Elles sont à la fois d'ordre politique et d'ordre technique. En particulier, le concept de décision d'équivalence, utilisé par l'Union européenne pour ouvrir son marché à des entreprises d'États tiers, est au cœur de discussions car il ne doit pas permettre aux États tiers, dont bientôt le Royaume-Uni, d'obtenir un accès qui serait équivalent à celui bénéficiant à un État membre. De même le concept de boîtes aux lettres est dans la ligne de mire car il permet de contourner certaines législations européennes, en particulier de surmonter la perte du passeport européen.

8 - Les autorités européennes ont déjà pris des positions en vue de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, tenant notamment compte de l'hypothèse du « *no-deal* ». La Commission européenne a ainsi pris des décisions permettant la mise en place d'une période temporaire [3]. La Banque centrale [4] ainsi que les autorités européennes de surveillance, que ce soit l'Autorité bancaire européenne (*European Banking Authority* ou EBA) [5], l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (*European insurance and occupational pensions Authority* ou EIOPA) [6] ou l'Autorité européenne des marchés financiers (*European securities and markets Authority* ou ESMA) [7], sont également intervenues pour préparer la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne et pour tenir compte du scénario du « *no deal* ».

9 - On peut notamment noter que l'Autorité européenne des marchés financiers, plus connue sous son acronyme anglais « ESMA », a, en prévision d'un éventuel « *no-deal* » :

- le 18 février 2019 [8], officiellement reconnu, au sens de l'article 25 du règlement EMIR [9], trois contreparties centrales établies sur le territoire du Royaume-Uni « afin que les contreparties centrales localisées dans l'UE puissent continuer d'utiliser leurs services et éviter ainsi toute rupture dans la compensation obligatoire des contrats de dérivés de gré à gré » [10] ;

- le 1er mars 2019 [11], annoncé que le dépositaire central établi au Royaume Uni – *Euroclear UK and Ireland Limited* – sera reconnu comme un dépositaire central d'un pays tiers autorisé à fournir des services dans l'Union européenne.

Par ailleurs, dans une déclaration publique publiée le 7 mars 2019 [12], l'ESMA a analysé certains impacts du Brexit. L'une des questions concerne l'éligibilité de certains instruments dérivés à la dérogation – dans la déclaration publique, l'ESMA vise « *the C(6) carve-out in MIFID II* » ; en français, l'exclusion du groupe d'instruments dérivés mentionnés au 6 – prévue par le point 6 de la section C de l'annexe 1 de la directive MIF 2 du 15 mai 2014 [13]. D'autres questions concernent, sans que l'on soit exhaustif, l'obligation de négocier certains instruments dérivés sur un marché réglementé, un MTF ou un OTF et la transparence post-négociation.

On doit encore noter que l'ESMA [14] a également clarifié, dans des Q&A, les règles prospectus et transparence en cas de « *no-deal* ».

10 - Les États membres ont également commencé à se préparer à une sortie du Royaume-Uni sans accord. Ces démarches nationales posent une question de principe : celle de leur légitimité car le Brexit semble être plus une question relevant de l'Union européenne que de l'échelon national. D'autant que chaque État adopte les textes qu'il souhaite, ce qui peut poser des questions de concurrence. Étant observé que d'autres questions se posent. À la lecture de certains textes, on peut en effet se demander si le Brexit n'est pas un prétexte, dans certains États,

3. *Comm. UE, déc. (UE) 2018/2030,19 déc. 2018 établissant, pour une période de temps limitée, que le cadre réglementaire applicable aux dépositaires centraux de titres du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord est équivalent, conformément au règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil* (mod. par *Comm. UE, déc. (UE) 2019/545, 3 avr. 2019*). – *Comm. UE, déc. (UE) 2018/2031, 19 déc. 2018 établissant, pour une période de temps limitée, que le cadre réglementaire applicable aux contreparties centrales au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord est équivalent, conformément au règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil* (mod. par *Comm. UE, déc. (UE) 2019/544, 3 avr. 2019*).
4. *BCE, Relocating to the Euro aera, March 2018.*
5. *ABE, Opinion of the European Banking Authority on issues related to the departure of the united Kingdom from the European Union, EBA/op/2017/12, 12 October 2017 ; Opinion of the European Banking Authority on preparations for the withdrawal of the UK from the EU, EBA/Op/2018/05, 25 June 2018 ; Opinion of the European Banking Authority on deposit proteciton issues stemming from the withdrawal of the United Kindgom from the European Union, EBA-Op-2019-01, 1 March 2019.*
6. *EIOPA, Opinion on supervisory convergence in light of the United Kingdom withdrawing from the European Union, 11 juill. 2017 ; Opinion on service continuity in insurance in light of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union (section 2.5), 21 déc. 2017.*
7. *ESMA, Opinion, General principles to support supervisory convergence in the context of the United Kingdom withdrawing from the European Union, 31 May 2017, ESMA42-110-433 ; Opinion to support supervisory convergence in the area of secondary markets in the context of the United Kingdom withdrawing from the European Union, 13 July 2017, ESMA70-154-270 ; Opinion to support supervisory convergence in the area of investment firms in the context of the United Kingdom withdrawing from the European Union, 13 July 2017, ESMA35-43-762 ; Public statement, On issues affecting reporting, recordkeeping, reconciliation, data access, portability and aggregation of derivatives under article 9 EMIR in the case of UK withdrawal from the EU withour a transitional agreement ; Communiqué de presse, ESMA agrees no-deal Brexit MOUs with the Bank of England for recognition of UK CCPs and the UK CSD, 4 February 2019, ESMA71-99-1107 ; Public statement, Impact of Brexit on MiFID II/MiFIR and the Benchmark Regulation (BMR) – C(6) carve-out, trading obligation for derivatives, ESMA opinions on third-country trading venues for the purpose of post-trade transparency and position limits, post-trade transparency for OTC transactions, BMR ESMA register of administrators and 3rd country benchmarks, 7 March 2019, ESMA70-155-7253 ; Public statement, ESMA's data operational plan under a no-deal Brexit scenario on 29 March, 19 March 2019 ESMA65-8-625 ; Update on the UK's withdrawal from the European Union – preparations for a possible no-deal Brexit scenario on 12 April, 28 March 2019, ESMA90-1-83.*
8. *ESMA, Communiqué, 18 févr. 2019, ESMA71-99-1114.*
9. *Cons. UE, règl. (UE) n° 648/2012,4 juill. 2012.*
10. *V. Th. de Ravel d'Escapon, Brexit : reconnaissance par l'ESMA des contreparties centrales établies au Royaume-Uni : Bull. Joly Bourse 2019, p. 16.*
11. *ESMA to recognise the UK Central Securities Depository in the event of a no-deal Brexit, 1 March 2019, ESMA71-99-1119.*
12. *ESMA, Public statement, Impact of Brexit on MiFID II/MiFIR and the Benchmark Regulation (BMR) – C(6) carve-out, trading obligation for derivatives, ESMA, Opinions on third-country trading venues for the purpose of post-trade transparency and position limits, post-trade transparency for OTC transactions, BMR ESMA register of administrators and 3rd country benchmarks, 7 March 2019, ESMA70-155-7253 : RD bancaire et fin. 2019, comm. 114, note Th. Bonneau.*
13. *PE et Cons. UE, dir. 2014/65/UE, 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.*
14. *ESMA Q&As clarify prospectus and transparency rule in case of no-dela Brexit, 31 January 2019.*

© LEXISNEXIS SA - REVUE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER - N° 5 - SEPTEMBRE-OCTOBRE 2019

pour faire adopter des modifications qui sont, en réalité, sans lien avec le Brexit.

11 - La confrontation des approches nationales et des dispositions adoptées présente, à l'évidence, un réel intérêt. C'est l'objet de la conférence organisée aujourd'hui. Il n'était cependant pas possible de retenir tous les pays. Un choix nécessairement arbitraire a été effectué. La conférence a été centrée sur l'Allemagne, la Belgique, la France et le Luxembourg.

12 - Je remercie très chaleureusement Matthias Lehmann, Michèle Grégoire, Antoine Gaudemet et Philippe-Emmanuel Partsch pour leurs interventions. Je veux également remercier Gérard Gardella qui a accepté de conclure la conférence. Toutefois, avant de donner la parole à Matthias, je veux remercier chaleureusement Antoine qui a été, à mes côtés, le co-organisateur de cette conférence. ■

Mots-Clés : Brexit - Services financiers

44 Le législateur français face au Brexit [1]

Antoine GAUDEMET, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Panthéon-Assas

1 - Thierry Bonneau – qu'il en soit remercié – m'a demandé d'exposer le droit français du Brexit en matière de services financiers, c'est-à-dire de banque, d'investissement et d'assurance. Je le ferai sans originalité, en présentant les origines de ce droit en gestation (1), puis son contenu (2), avant d'essayer d'en tirer quelques enseignements (3).

1. Les origines

2 - Aux origines du droit français du Brexit, il y a principalement un important travail de réflexion collective conduit à l'initiative du Haut Comité juridique de la place financière de Paris (HCJP), qui a retenu l'hypothèse d'un retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne sans accord sur un régime de transition – d'un Brexit *hard* – et constitué, pour réfléchir aux conséquences de cette éventualité, quatre groupes de travail consacrés successivement aux activités bancaires, aux services d'investissement, à la gestion d'actifs et aux activités d'assurance. Le but de cette réflexion était d'étudier les risques juridiques liés à l'éventualité d'un Brexit *hard* et de formuler des recommandations de nature à atténuer ces risques, dans l'intérêt de la place financière de Paris et de l'Union européenne – conformément à la mission impartie au HCJP. Ces groupes de travail, certains préalablement fusionnés, ont remis leur rapport dans le courant de l'automne 2018 [2]. De manière générale, ils ont conclu que la continuité de la plupart des services financiers fournis par des établissements situés au Royaume-Uni serait assurée dans l'éventualité d'un Brexit *hard*, mais aussi que certaines incertitudes gagneraient à être levées et que l'intervention du législateur devrait être sollicitée à cet effet.

3 - Après quoi, les choses sont allées rapidement, en considération de la date limite du 29 mars 2019 alors arrêtée pour parvenir à un accord sur un régime de transition entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. Le 19 janvier 2019, une loi a habilité le Gouvernement français à adopter des mesures de préparation au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne par voie d'ordonnances [3]. En ce qui concerne les services financiers, une ordonnance est intervenue dès le 6 février 2019 [4] : c'est elle qui constitue, à l'heure actuelle encore, le socle du droit français du Brexit en matière de services financiers. Cette ordonnance a d'ores et déjà connu plusieurs textes d'application, notamment un décret du 22 mars 2019, qui a permis l'homologation des systèmes britanniques de règlement interbancaire et de règlement-livraison d'instruments financiers [5] – j'y reviendrai – ainsi qu'un arrêté du même jour, qui a fixé la période pendant laquelle les titres émis par des émetteurs situés au Royaume-Uni resteront éligibles pour l'emploi de sommes versées sur des plans d'épargne en actions [6]. Surtout, cette ordonnance a été ratifiée

1. La forme orale de l'intervention a été conservée.
2. *Rapp. Brexit et gestion d'actifs, 12 sept. 2018. – Rapp. sur les impacts du Brexit en matière d'activités d'assurances, 12 sept. 2018. – Rapp. sur le Brexit, activités bancaires et de services d'investissement, 15 oct. 2018.* – Adde : *Note de synthèse des rapports Brexit soumis au HCJP, 6 juill. 2018.*
3. *L. n° 2019-30, 19 janv. 2019, art. 2, 4°, habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures de préparation au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.*
4. *Ord. n° 2019-75, 6 févr. 2019, relative aux mesures de préparation au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne en matière de services financiers : JO 7 févr. 2019.* – Sur laquelle, *V. A. Sotiropoulou, Mesures de préparation au retrait sans accord du Royaume-Uni de l'Union européenne en matière de services financiers : Bull. Joly Bourse, 2019, p. 9. – R. Vabres, Services financiers – Brexit : Dr. sociétés 2019, comm. 69.* – Adde, au sujet des contrats d'assurance : *V. Heuzé, L'adaptation du droit des contrats d'assurances aux conséquences du Brexit : JCP G 2019, 263.*
5. *D. n° 2019-224, 22 mars 2019, relatif à l'homologation des systèmes de règlements interbancaires ou de règlement et de livraison d'instruments financiers régis par le droit d'un pays tiers prévue à l'article L. 330-1 du Code monétaire et financier : JO 24 mars 2019.*
6. *A. 22 mars 2019 : JO 24 mars 2019, texte n° 18.*