OSLER

Le Canada publie son projet de loi visant la mise en œuvre d'un régime de recapitalisation

21 JUIN 2017 17 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- Fiscalité – Fusions et acquisitions, réorganisations et restructurations
- Marchés financiers
- Services bancaires et financiers
- Services financiers

Auteurs(trice): Timothy Hughes, Victoria Graham, Kashif Zaman

Dans ce bulletin d'Actualités

- Le 16 juin 2017, le gouvernement fédéral canadien a publié son projet de loi visant à mettre en œuvre un régime de recapitalisation interne pour solliciter les commentaires du grand public
- Le Bureau du surintendant des institutions financières a publié son projet de ligne directrice, Normes sur la capacité totale d'absorption des pertes pour solliciter les commentaires du grand public
- Principaux points à retenir
- Aperçu du processus de recapitalisation interne proposé
- Incidences fiscales potentielles

Contexte

La crise financière mondiale de 2008 a incité un certain nombre de gouvernements (plus particulièrement les membres du G20) à adopter des règlements financiers au cours des dernières années dans le cadre de leur programme de réforme. Ce programme a pour volet important de traiter les risques possibles pour le système financier et l'économie générale des institutions considérées comme étant « trop grosses pour faire faillite ». L'un des outils adoptés par les membres du G20 pour pallier ce risque est la « recapitalisation interne », c'est-à-dire le pouvoir de permettre aux autorités nationales de convertir une partie de la dette d'une banque en situation de défaillance en capitaux propres afin de recapitaliser la banque, d'absorber les pertes et de l'aider à rétablir sa viabilité sans avoir recours à une mesure de sauvetage gouvernementale.

Le Canada, qui participe activement au programme de réforme du secteur financier du G20, avait déjà annoncé son intention d'adopter une réglementation afin de mettre en œuvre un régime de recapitalisation interne et de l'appliquer aux banques d'importance systémique nationale (« BISN ») (les six plus grandes banques du Canada ont été nommées comme étant d'importance systémique par le Bureau du surintendant des institutions financières [BSIF] en 2013).

En 2014, le gouvernement canadien a publié un document de consultation annonçant son intention de mettre en œuvre un régime de recapitalisation interne au Canada. Dans son budget de 2016, le gouvernement canadien a annoncé la mise en place d'un cadre législatif destiné au régime de recapitalisation interne à l'aide de modifications à la *Loi sur les banques*

et à la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada* (Loi sur la SADC) (consulter notre bulletin d'Actualités Osler de mai 2016 qui traite du régime de recapitalisation interne). Bien que les modifications de 2016 à la *Loi sur les banques* et à la Loi sur la SADC aient permis la mise en place du cadre législatif destiné au régime de recapitalisation, il restait à mettre en œuvre les détails de ce régime par réglementation.

Le 16 juin 2017, le gouvernement fédéral canadien a publié son projet de loi visant à mettre en œuvre un régime de recapitalisation interne pour solliciter des commentaires. Dans le cadre de cette publication (et également le 16 juin), le BSIF a publié un projet de ligne directrice, Normes sur la capacité totale d'absorption des pertes (CTAP) à des fins de commentaires. Le projet de ligne directrice du BSIF vise les BISN dans le cadre du régime de recapitalisation interne du gouvernement fédéral et exige que les BISN disposent d'une CTAP suffisante (c.-à-d. capital plus dette convertible en capitaux propres aux termes du régime de recapitalisation) conformément aux normes internationales visant la CTAP.

Règlements de recapitalisation interne proposés

La proposition relative à la recapitalisation interne est divisée en trois règlements distincts :

- En vertu de la Loi sur la SADC, le projet de *Règlement sur la conversion aux fins de recapitalisation interne des banques* [le Règlement sur la portée et conversion] établit la portée des éléments du passif des BISN qui seraient admissibles à une conversion de la recapitalisation interne, ainsi que les modalités de conversion en cas d'exécution d'une recapitalisation interne.
- En vertu de la *Loi sur les banques*, le projet de *Règlement sur la recapitalisation interne des banques (émission)* [le Règlement sur l'émission] établit les exigences que les BISN auraient à respecter au moment d'émettre des titres admissibles à la recapitalisation interne.
- En vertu de la Loi sur la SADC, le projet de *Règlement sur l'indemnisation* établit un processus à jour pour indemniser les actionnaires et les créanciers d'institutions fédérales membres de la SADC si, en raison des mesures prises par la SADC pour résoudre l'institution (y compris la recapitalisation interne), elles se retrouvent dans une situation pire que si l'institution avait été liquidée.

Le Règlement sur la portée et conversion et le Règlement sur l'émission s'appliquent seulement aux BISN; toutefois, le Règlement sur l'indemnisation s'applique à toutes les institutions fédérales membres de la SADC.

Principaux points à retenir

Comparativement à la ligne directrice annoncée antérieurement par le gouvernement sur le régime de recapitalisation interne du Canada, la réglementation proposée ne réserve aucune surprise. Cependant, les points suivants méritent d'être soulignés :

- **Non rétroactif :** Le pouvoir de recapitalisation interne ne serait pas rétroactif. Le projet de règlement s'appliquerait uniquement aux instruments qui auraient été émis, ou modifiés en vue d'augmenter la valeur de leur principal ou d'en prolonger la durée, après l'entrée en vigueur du Règlement.
- **Portée :** Le projet de règlement établirait, pour le pouvoir de recapitalisation interne, une

portée qui est conforme au document de consultation publique de 2014 sur un régime de recapitalisation interne proposé : les créances de premier rang à long terme (de plus de 400 jours) non garanties qui sont échangeables et transférables. Tous les instruments nouvellement émis qui présentent ces caractéristiques seraient admissibles à une conversion de recapitalisation interne. Aux fins de ce règlement, un instrument est considéré comme échangeable et transférable s'il possède un numéro d'immatriculation des valeurs mobilières (CUSIP), un numéro international d'identification des valeurs mobilières (ISIN) ou une autre identification semblable.

- **Ligne directrice visant la CTAP et les modalités des passifs de recapitalisation interne :** La ligne directrice visant la CTAP du BSIF prévoit un certain nombre de critères d'admissibilités qui doivent être satisfaits pour qu'une créance de recapitalisation interne soit admissible aux termes de la ligne directrice visant la CTAP (p. ex. restrictions sur les droits de précipitation, restrictions sur les droits de rachat, etc.). Même si le projet de règlement ne touche pas directement ces points, de manière pratique, nous prévoyons que toute créance de recapitalisation interne émise par les banques devrait satisfaire aux exigences de la ligne directrice visant la CTAP.
- **Exclusions :** Le régime de recapitalisation interne ne vise pas les dépôts (y compris au moyen de comptes de chèque, de comptes d'épargne et de certificats de placement garantis), les éléments du passif garantis (p. ex. les obligations sécurisées), les contrats financiers admissibles (p. ex. les produits dérivés) et les obligations structurées. Les obligations structurées sont des titres de créance dont le rendement peut être basé notamment sur des indices boursiers, un titre unique de capitaux propres, un panier de capitaux propres, des taux d'intérêt, des produits de base ou des devises étrangères.
- **Conversion :** Le projet de règlement ne prévoit pas de multiplicateur de conversion fixe. Il permettrait plutôt à la SADC de déterminer, à sa discrétion, le taux de conversion selon les paramètres établis dans le projet de règlement. Ce pouvoir discrétionnaire est censé (i) donner une marge de manœuvre à la SADC afin qu'elle puisse établir les modalités de conversion appropriées dans les circonstances, (ii) atténuer les préoccupations liées aux opérations d'arbitrage, (iii) assurer une plus grande compatibilité avec les approches en matière de recapitalisation interne qui ont été adoptées dans d'autres pays (par exemple les États-Unis, la Suisse et les pays de l'Union européenne). Les paramètres relativement à la conversion comprennent les suivants :
  - Recapitalisation adéquate – au moment de réaliser une recapitalisation interne, la SADC doit tenir compte de l'exigence, prévue dans la *Loi sur les banques*, selon laquelle celles-ci doivent maintenir un capital suffisant.
  - Ordre de conversion – les instruments de recapitalisation interne ne peuvent être convertis qu'après que tous les instruments de recapitalisation interne de rang inférieur, ainsi que les instruments FPNUV de rang inférieur, ont été convertis.
  - Traitement des instruments de rang égal – les instruments de recapitalisation interne de rang égal doivent être convertis dans la même proportion (au prorata) et recevoir le même nombre d'actions ordinaires par dollar afférent à la créance qui est convertie.
  - Hiérarchie relative des créanciers – les détenteurs d'instruments de recapitalisation

interne doivent recevoir plus d'actions ordinaires par dollar afférent à la créance qui est convertie que les détenteurs d'instruments de recapitalisation interne de rang inférieur et d'instruments FPUNV de rang inférieur qui ont été convertis.

Le gouvernement a indiqué que le gouverneur en conseil et la SADC seraient donc en mesure de s'assurer que les détenteurs de créances de recapitalisation interne de premier rang se retrouvent en meilleure posture que les détenteurs d'anciens instruments de capital – c'est-à-dire ceux qui ne sont pas des FPUNV et qui ne sont pas admissibles à la conversion selon le pouvoir de recapitalisation interne. Par exemple, des mesures de résolution pourraient faire en sorte que des détenteurs d'anciens instruments de capital subissent des pertes lorsque ces instruments seraient dévolus à la SADC par le gouverneur en conseil conformément à la Loi sur la SADC.

- **Modalités contractuelles :** Afin de faciliter la possibilité d'appliquer le pouvoir de recapitalisation interne, le projet de règlement exigerait que les actions et les éléments du passif visés par la portée de la recapitalisation interne indiquent, dans leurs modalités contractuelles, que le détenteur de l'instrument est lié en application de la Loi sur la SADC, y compris la conversion de l'instrument en actions ordinaires selon le pouvoir de recapitalisation interne. Le projet de règlement exigerait que ces dispositions soient régies par la loi canadienne, même lorsque le reste du contrat est régi par une loi étrangère.
- **Divulgation aux investisseurs :** Le projet de règlement exigerait que l'on communique aux investisseurs, dans le prospectus ou un autre avis d'offre ou autre document de communication pertinent, le fait qu'un instrument est admissible à la recapitalisation interne.
- **Inclusion possible de certaines actions privilégiées et dettes subordonnées :** Les actions privilégiées et les dettes subordonnées nouvellement émises seraient également admissibles à une recapitalisation interne si elles n'étaient pas des FPUNV. Nous ne prévoyons pas que ces instruments seraient ordinairement émis, puisque les banques n'obtiendraient pas un traitement en matière de fonds propres pour ces instruments. Les instruments FPUNV ne font pas partie de la portée de la recapitalisation interne, puisqu'ils sont déjà convertibles en actions ordinaires conformément à leurs modalités contractuelles.
- **Date d'entrée en vigueur :** Le projet de Règlement sur la portée et conversion et le projet de Règlement sur l'émission entreraient en vigueur 180 jours après la date de leur inscription (nous prévoyons que ces projets de règlement seront inscrits d'ici la fin de 2017). Le projet de Règlement sur l'indemnisation entrerait en vigueur à la dernière des dates suivante : le 1er janvier 2018 ou, s'il est inscrit après cette date, à la date de son inscription.

Processus de recapitalisation interne

Selon le projet de règlement, le processus de recapitalisation interne pour une banque qui a cessé d'être viable peut être résumé comme suit :

- **Détermination par le surintendant et approbation du gouverneur en conseil :** L'utilisation de l'outil de conversion de la recapitalisation interne nécessiterait (i) que le

surintendant des institutions financières (surintendant) détermine que la banque a cessé d'être viable, ou est sur le point de l'être, ainsi que (ii) l'approbation du gouverneur en conseil suivant la recommandation du ministre des Finances, pour que la SADC prenne temporairement le contrôle ou la possession de la banque non viable et effectue une recapitalisation interne.

- **Contrôle par la SADC :** La SADC assumerait temporairement le contrôle ou la possession de la banque non viable, exécutant une recapitalisation interne dans le but de recapitaliser la banque, en plus d'entreprendre toute autre mesure de restructuration nécessaire pour rétablir la viabilité de la banque (par exemple vendre les actifs ou les filiales en difficulté).
- **Rétablissement du contrôle privé :** Après la recapitalisation interne et toute autre mesure de restructuration nécessaire, la SADC rétablirait le contrôle privé de la banque. Le rétablissement du contrôle privé doit avoir lieu dans un délai d'un an, bien que le gouverneur en conseil puisse prolonger ce délai jusqu'à une période totale maximale de cinq ans.
- **Offre d'indemnité :** À la suite de la résolution, la SADC ferait une offre d'indemnité aux actionnaires et aux créanciers pertinents si, en raison des mesures de la SADC, ceux-ci se retrouvaient dans une situation pire que si l'institution avait été liquidée. L'offre de la SADC serait examinée par un tiers évaluateur qui serait nommé par le gouverneur en conseil si les personnes qui détiennent 10 % de la valeur d'une catégorie donnée d'actions ou d'une dette refusent l'offre de la SADC. La propre détermination, par l'évaluateur, de l'indemnité exigible serait finale et concluante. L'évaluateur nommé doit être un juge fédéral.

Ligne directrice visant la CTAP

- **Contexte :** Lorsqu'il entrera en vigueur, le paragraphe 485(1.1) de la *Loi sur les banques* obligera les BISN à maintenir une capacité minimale d'absorption des pertes. La norme sur la CTAP vise à faire en sorte qu'une BISN non viable dispose d'une capacité d'absorption des pertes suffisante pour soutenir sa recapitalisation. Dans le cadre des exigences relatives à la CTAP, le surintendant établira deux normes minimales : (i) le ratio CTAP fondé sur les risques, qui s'appuie sur les ratios de fonds propres fondés sur les risques décrits dans la ligne directrice Normes de fonds propres (NFP) du BSIF; et (ii) le ratio de levier CTAP, qui s'appuie sur le ratio de levier de Bâle III décrit dans la ligne directrice Exigences de levier du BSIF.
- **Date d'entrée en vigueur :** Le BSIF s'attend à ce que, à compter du premier trimestre d'exercice de 2022 (le 1er novembre 2021, p. ex.), les BISN maintiennent un ratio CTAP fondé sur les risques d'au moins 21,5 % des actifs pondérés en fonction du risque et un ratio de levier CTAP d'au moins 6,75 %. Par la suite, le surintendant pourra modifier les exigences minimales de CTAP pour certaines BISN ou pour certains groupes de ces dernières. Les BISN devront aussi maintenir des réserves supérieures aux ratios minimaux de CTAP.
- **Composition de la CTAP :** Peuvent être constatés aux fins du calcul de la CTAP :
  - les fonds propres de catégorie 1, qui englobent :
    - les fonds propres de catégorie 1 sous forme d'actions ordinaires;

        - les autres éléments de fonds propres de catégorie 1;
    - les fonds propres de catégorie 2;
    - les actions et éléments de passif prescrits (« autres instruments CTAP ») qui peuvent être convertis – en tout en en partie – en actions ordinaires en vertu de la Loi sur la SADC et satisfont tous les critères d'admissibilité énoncés dans la présente ligne directrice.
- **Critères d'admissibilité des fonds propres de catégorie 1 et de catégorie 2** : Les critères des éléments de fonds propres de catégorie 1 et de catégorie 2, de même que les limites, restrictions et ajustements réglementaires auxquels ils sont soumis, sont décrits au chapitre 2 de la ligne directrice NFP.
- **Critères d'admissibilité d'autres instruments CTAP :** Les critères des autres instruments CTAP sont décrits ci-dessous :
    - L'instrument fait l'objet d'une conversion permanente en vertu de la Loi sur la SADC. (Si l'instrument est régi par une loi étrangère, la BISN doit fournir des preuves montrant qu'aucune disposition de ladite loi ou modalité de l'instrument ne fait obstacle à l'application des pouvoirs de recapitalisation interne prévus par la législation canadienne.
    - L'instrument est émis directement par la banque mère canadienne. Les instruments émis indirectement par une filiale ou par un SPV ne seront pas admissibles aux fins de la CTAP.
    - L'instrument respecte toutes les exigences du Règlement sur l'émission.
    - L'instrument doit être émis et payé en espèces ou, si le surintendant y consent, en nature.
    - L'instrument ne peut avoir été acheté par l'institution ou par une entité liée sur laquelle l'institution exerce son contrôle ou une influence significative, et l'institution ne peut avoir financé directement ou indirectement l'achat de l'instrument.
    - L'instrument n'est ni pleinement garanti au moment de son émission ni couvert par une garantie de l'émetteur ou d'une entité liée ou par un autre dispositif rehaussant, sous une forme juridique ou économique, le rang de la créance par rapport à celles des déposants et(ou) des créanciers ordinaires de l'institution.
    - L'instrument n'est assujetti à aucun droit de compensation.
    - Sous réserve des exceptions prévues ci-après, l'instrument ne doit pas autoriser le détenteur à précipiter le remboursement du principal ou des intérêts, sauf en cas de faillite, d'insolvabilité ou de liquidation. Les cas de défaut de paiement préprogrammé du principal ou des intérêts seront permis à condition d'être visés par un délai d'au moins 30 jours ouvrables et de clairement indiquer à l'investisseur ce qui suit : i) le détenteur ne peut précipiter le remboursement que sur décret pris aux termes du paragraphe 39.13(1) de la Loi sur la SADC à l'égard de l'institution; ii) nonobstant la précipitation, l'instrument pourra être recapitalisé à l'interne jusqu'à ce qui ait été remboursé.
    - L'instrument est perpétuel ou comporte une échéance résiduelle de plus de 365 jours. (Si l'instrument comporte une progression [step-up] ou une autre clause incitative au

remboursement, il est réputé venir à échéance à la date d'effet de la clause incitative au remboursement. Dans ce cas, l'échéance résiduelle doit être mesurée par rapport à la date d'effet de la clause incitative au remboursement plutôt que d'après la date d'échéance contractuelle.)

- L'instrument ne peut être remboursé ou racheté pour radiation qu'à l'initiative de l'émetteur et, lorsque le remboursement ou le rachat donne lieu à une dérogation à l'exigence minimale de CTAP, avec l'accord préalable du surintendant.
- L'instrument ne peut pas comporter une clause liant le dividende ou le coupon au risque de crédit; autrement dit, le coupon ou le dividende ne peut être redéfini périodiquement en fonction, intégralement ou partiellement, de la note de crédit de l'institution.
- La modification ou la variation des modalités de l'instrument affectant sa reconnaissance aux fins de la CTAP doit être approuvée préalablement par le surintendant.

Incidences fiscales

L'émission d'instruments admissibles au titre de la recapitalisation interne par les banques pourrait entraîner des incidences fiscales tant pour les émetteurs que pour les investisseurs. Ces problèmes devraient être examinés attentivement dans le contexte de la structuration, de l'émission ou de l'acquisition de tels instruments.

Date limite pour les commentaires

La date limite pour la soumission de commentaires sur le projet de loi visant la mise en œuvre d'un régime de recapitalisation et le projet de ligne directrice visant la CTAP est le 17 juillet 2017.