

LES SPÉCIFICITÉS DU SECTEUR BANCAIRE ET LEURS IMPACTS DANS LES OPÉRATIONS DE M&A

par Alexandre de Verdun, avocat associé, et Delphine Sauvebois-Brunel, avocat conseil*



Le secteur bancaire connaît aujourd'hui une évolution sans précédent sous l'effet conjugué de trois facteurs principaux (mis à part, bien sûr, les effets majeurs que la crise sanitaire actuelle ne manquera pas de générer sur cette industrie) : une réglementation croissante (notamment la hausse des ratios prudentiels et en particulier du ratio de fonds propres « durs » CET1), l'émergence de nouveaux concurrents (néobanques, fintechs intervenant sur certains aspects de la chaîne de valeur) et un contexte macroéconomique généralement défavorable (OAT à 10 ans négatif).

Si la réglementation prudentielle améliore la résilience du secteur bancaire, c'est-à-dire sa capacité à absorber les pertes en période de tensions financières et économiques, elle en accroît fortement le coût du capital et détériore incidemment sa rentabilité.

Pour y faire face, les banques disposent principalement de deux options possibles, consistant d'une part, en un recentrage opérationnel et/ou géographique de leurs activités, et d'autre part dans l'établissement d'alliances avec des partenaires stratégiques, ces deux options n'étant pas nécessairement exclusives l'une de l'autre.

C'est dans ce contexte que certaines banques européennes ont récemment choisi de se désengager d'un certain nombre de marchés, avec l'objectif affiché de se recentrer pour renforcer leur ratio CET1.

Des opérations rendues plus complexes par le respect du secret bancaire

L'industrie bancaire implique par nature le recueil et l'utilisation d'une quantité très importante de données (notamment les données à caractère personnel) protégées par le secret bancaire. Outre les mesures usuelles de protection des données commercialement sensibles communes à toutes les opérations de M&A, les fusions-acquisitions dans le secteur bancaire nécessitent un traitement particulièrement rigoureux afin d'assurer le respect du secret bancaire à toutes les étapes du processus de cession, afin de se conformer en tous points à la réglementation applicable (et notamment au secret bancaire, sous le contrôle étroit des régulateurs concernés).

Afin de gérer cette contrainte pendant la phase initiale de due diligence, il est recommandé aux vendeurs de mettre en place deux data room distinctes : une première data room dédiée aux informations relatives à la cible habituellement divulguées dans le cadre d'une opération de M&A (éléments financiers, patrimoniaux, ressources humaines, etc.) dont l'accès est réservé aux équipes opérationnelles de l'acquéreur ainsi qu'à ses conseils sous réserve des conditions de confidentialité requises en la matière, et une seconde data room, dédiée aux informations commerciales sensibles (notamment les dossiers de crédit), accessible aux seuls conseils soumis au secret professionnel (avocats) et éventuellement à

* Alexandre de Verdun et Delphine Sauvebois-Brunel sont membres de la pratique Fusions-acquisitions de Jones Day.

un nombre très restreint de représentants de l'acquéreur n'ayant aucune fonction marketing ou commerciale et relevant généralement du *risk management*, tous étant soumis à des règles de confidentialité extrêmement strictes.

De même, à compter de la signature d'un accord et jusqu'à la date de réalisation de l'acquisition, il convient de s'assurer que les équipes de la cible ne communiquent pas d'informations sensibles (données personnelles, noms des clients, etc.) à l'acquéreur et à cet effet, il est recommandé de soumettre tous les échanges de documents opérationnels entre les parties à la revue préalable d'une *clean team* dédiée qui pourra décider, le cas échéant, d'en extraire les informations sensibles.

Le contexte légal et réglementaire local fera l'objet d'une étude toute particulière afin d'ajuster ces mesures au cas par cas selon les obligations pesant tant sur le cédant que sur la cible. La conformité avec les obligations de confidentialité font souvent l'objet d'un contrôle étroit des régulateurs concernés, notamment à l'occasion de l'instruction des demandes d'autorisations dont ils sont par ailleurs saisis en parallèle.

Opérations soumises à l'accord de nombreux régulateurs

L'industrie bancaire étant particulièrement régulée, les fusions-acquisitions dans ce secteur nécessitent l'accord préalable de nombreuses autorités, et en premier lieu, celui des banques centrales et, le cas échéant, des autorités prudentielles (notamment lorsque le périmètre de cession porte non seulement sur des activités purement bancaires mais également sur des activités de leasing, de factoring et/ou d'assurance). Ces autorisations spécifiques au secteur bancaire s'ajoutent aux autres contraintes administratives auxquelles les opérations de M&A sont habituellement confrontées (antitrust, investissements étrangers, autorités de marchés, etc.) et c'est pour cette raison que la réalisation de ce type d'opérations est assortie de très nombreuses conditions suspensives.

La banque centrale locale (parfois doublée d'un échelon supérieur, telle que la Banque Centrale Européenne pour les cibles situées au sein de l'Union Européenne, ou encore les banques centrales fédérales dans certains états fédéraux (Etats-Unis)), joue un rôle déterminant en matière de M&A bancaire. Il est donc primordial de s'assurer du soutien ou, à tout le moins, de la non-opposition de cette dernière en amont de toute opération de M&A, et cela, tant du côté du cédant et de la cible, que du côté de l'acquéreur (dans ce dernier cas, lorsque cela est possible et en concertation avec le cédant et la cible).

Le contrôle de la banque centrale porte non seulement sur l'activité de la cible et sa conformité stricte avec la réglementation bancaire (au premier rang desquels les ratios de fonds propres et son exposition face au risque de crédit) mais également sur son actionnariat, son management, son organisation, ses procédures de contrôles internes (notamment en terme d'analyse et de suivi des risques), etc. L'accord de la banque centrale, ou son visa, est requis pour toute opération susceptible d'impacter substantiellement

chacun de ces éléments et c'est la raison pour laquelle les banques sont soumises à un *reporting* très important auprès de leur(s) régulateur(s). Une opération de M&A s'inscrit naturellement dans cet environnement et beaucoup d'éléments de l'opération sont donc soumis à la revue, au visa ou à l'accord préalable de la banque centrale.

L'examen d'une banque centrale saisie dans le cadre d'une opération de M&A porte en premier lieu sur l'identité et la capacité de l'acquéreur potentiel dès lors que l'opération envisagée entraîne un changement du contrôle de la cible placée sous sa supervision. Afin d'obtenir l'accord du régulateur, le candidat à la reprise d'une banque devra démontrer son expérience dans le secteur bancaire (souvent plus complexe à démontrer pour les fonds d'investissement), ainsi que sa capacité financière à pourvoir aux besoins en fonds propres de sa cible.

De même, le changement de l'équipe de direction est soumis à l'accord préalable du régulateur qui étudie très précisément les profils (connaissance du secteur, expérience et capacité) de chacun des candidats proposés par le repreneur. Cette étape, qui peut s'avérer chronophage, nécessite en amont une préparation importante et une forte concertation entre l'acquéreur et la cible. De même, certaines tâches ne soulevant habituellement pas de difficultés particulières dans les opérations de M&A (changement de dénomination sociale, modifications statutaires, etc.) peuvent nécessiter l'accord préalable des régulateurs concernés (banque centrales et/ou autorités prudentielles) et doivent également être anticipées dès que possible afin de ne pas retarder le calendrier des opérations.

Compte tenu du nombre et de la complexité des demandes d'agrément, les échanges avec les régulateurs bancaires et/ou prudentiels doivent être initiés très en amont des opérations de M&A – et souvent, de façon anonyme, avant même la signature de tout accord engageant – afin de pré-valider les schémas et les calendriers envisagés par les parties. Le succès de ces démarches est avant tout conditionné par la coopération et la réactivité de toutes les parties prenantes (acquéreur, cible et cédant).

Débouclage spécifique des liens intragroupes (notamment en terme de financement)

Comme dans toutes les opérations de M&A, la documentation contractuelle prévoit le débouclage de toutes les relations existant entre le groupe du cédant et la cible (à l'exception toutefois des relations purement commerciales qui pourront, quant à elles, perdurer après la réalisation de l'opération).

Cela concerne bien évidemment toutes les prestations de services techniques fournis par le groupe du cédant à la filiale cédée (conventions de management, prestations de services IT, *cash pooling*, contrat de distribution, etc.). A cet effet, il est nécessaire de cartographier le plus précisément les services intragroupe auxquels il sera mis fin, et cela concerne aussi bien les services intragroupes que les conventions conclues avec des tiers dans le cadre d'accord-cadre bénéficiant aux sociétés du groupe.

Mais l'un des aspects majeurs de la relation intragroupe en matière bancaire porte sur le financement. En effet, pour assurer leurs encours tout en respectant les ratios prudentiels, notamment lorsque le risque pays est élevé, les banques locales doivent se financer auprès des groupes bancaires auxquels elles appartiennent. Un tel financement intragroupe, dont le montant global peut s'avérer souvent aussi – voire plus – important que le prix d'acquisition de la cible elle-même, oblige l'acquéreur à mobiliser des fonds très substantiels lors de la réalisation de l'acquisition, non seulement pour financer l'acquisition de la cible mais surtout, pour assurer (avec effet immédiat) le refinancement de ses activités et lui permettre de faire face à ses engagements financiers.

Généralement, l'acquéreur préférera le remboursement de sa dette intragroupe par la cible le jour de la cession, grâce à un financement consenti par ses soins. Cependant, lorsque la mise en place d'un nouveau financement entre l'acquéreur et la cible requiert l'accord du régulateur local (ce peut être le cas des dettes subordonnées), les parties peuvent avoir intérêt à procéder à la cession de la dette intragroupe au lieu de son remboursement, de telle sorte que l'acquéreur se substitue au cédant en qualité de prêteur de la cible.

De même, concernant les financements (à long terme) consentis par les institutions financières internationales ou « IFIs » (telle que la BCE, la BERD, la BEI, etc.), les parties doivent veiller à ce que les garanties éventuellement consenties par le cédant au profit des IFIs dans le cadre des financements octroyés à leur filiale cédée soient reprises par l'acquéreur avec effet à la date de réalisation. Compte tenu de l'enjeu de tels financements pour les banques et institutions financières, ces sujets doivent être anticipés très en amont des opérations de M&A, dans la mesure où elles nécessitent la tenue de discussions quadripartites entre les IFIs concernées, la cible, l'acquéreur et le cédant aux fins de permettre le maintien des financements post-acquisition si cela s'avère nécessaire ainsi que, le cas échéant, la substitution des garanties requises.

Nécessité d'une forte implication du management local

Dans ce contexte réglementaire éminemment complexe, l'implication forte du management de la cible tout au long du processus de cession s'avère déterminante pour la réussite de l'opération : ses liens privilégiés avec les régulateurs locaux faciliteront d'autant l'étude des dossiers de candidature de l'acquéreur et de la future équipe de direction ; sa bonne gestion de l'activité de la banque rassurera l'acquéreur pendant la période *signing to closing* ; sa connaissance des interdépendances technologiques avec le groupe vendeur favorisera la préparation d'une intégration fluide au sein du groupe acquéreur, et permettra la mise en place d'accords de services transitoires avec le cédant (notamment sur les sujets IT) dans les meilleures conditions.

Dans l'ordre interne, la mise en place d'une nouvelle équipe dirigeante dès la réalisation de l'opération, nécessite la démission simultanée des dirigeants en place et la tenue

de réunions des organes sociaux compétents afin que soient désignés les nouveaux dirigeants suggérés par l'acquéreur. Les décisions sociales devront être mises en œuvre de façon cohérente au regard des autorisations requises (voir plus haut), en étroite concertation avec les régulateurs concernés.

Afin de s'assurer de la bonne gestion de la cible et sa conformité avec la réglementation bancaire (notamment sur les sujets de ratio prudentiels), pendant la période intercalaire (période *signing to closing*), l'acquéreur est amené à réclamer un droit de regard sur certaines opérations de la cible. Ainsi, les dirigeants de cette dernière peuvent être amenés à soumettre à l'accord préalable de l'acquéreur, toute opération n'entrant dans pas dans le cours normal des affaires, *a fortiori* si cette dernière est susceptible d'avoir un impact direct ou indirect sur le financement de la cible ou son respect des ratios imposés en vertu de la réglementation applicable (nouveaux encours, nouvelles garanties, évolution des *trading limits*, *issuer limits*, *country limits*, etc.).

Enfin, compte tenu des contraintes réglementaires et opérationnelles et des enjeux financiers et commerciaux et avec l'objectif d'éviter toute interruption des services bancaires fournis aux clients de la cible au moment de la cession, vendeur, cible et acquéreur s'attacheront à préparer minutieusement la séparation des systèmes informatiques avec le groupe du cédant et leur migration vers le groupe de l'acquéreur, tant pour les processus internes (contrôle et gestion des données, reporting, etc.) que pour les prestations externes (monétique, paiements, compensation, etc.). Il peut être conseillé de mettre en place un comité de séparation et d'intégration composé de représentants des parties et de la cible, ainsi que de nommer des observateurs représentant l'acquéreur au sein de certains organes de direction de la cible afin de préparer au mieux cette séparation et d'accélérer l'intégration de la cible au sein du groupe de l'acquéreur à compter de la cession. Il convient néanmoins de s'assurer que des procédures satisfaisantes soient mises en place afin de permettre le strict respect des règles applicables en matière de données personnelles, de secret bancaire et de droit de la concurrence.

Le caractère fortement réglementé de l'activité bancaire, les liens complexes existant généralement entre la cible et le cédant dans cette industrie ainsi que les besoins élevés en terme de financement à moyen et long termes multiplient les risques d'exécution et rendent les opérations de M&A bancaire particulièrement complexes. C'est pourquoi la cartographie précise des contraintes réglementaires, des besoins de la cible en financement et en soutien intragroupe (IT, etc.) à mettre en place dès le *closing* de l'opération s'avère absolument nécessaire pour réussir ces opérations. Mais plus encore, l'étroite collaboration entre les équipes concernées et une coordination suivie avec les banques centrales et les autorités prudentielles sont déterminantes pour garantir leur bonne exécution et tout cela nécessite une très grande anticipation.