



Berne, le 8 mars 2019

Modification de la loi sur les banques (LB) (insolvabilité, garantie des dépôts, ségrégation)

Rapport explicatif sur le projet mis en consultation

Condensé

Par le présent rapport, nous vous soumettons le projet de modification de la loi sur les banques qui porte sur trois domaines principaux. Premièrement, les dispositions régissant l'insolvabilité des banques seront remaniées sur la base des propositions que le Conseil fédéral avait faites dans ses projets de loi relatifs aux services financiers et aux établissements financiers. Deuxièmement, deux mesures en particulier viendront renforcer la garantie des dépôts bancaires. Enfin, troisièmement, une ségrégation totale des titres intermédiés sera requise dans la chaîne de garde.

Contexte

Par le passé, plusieurs acteurs ont reproché à l'ordonnance actuelle de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA) de ne pas être une base juridique suffisante pour justifier des mesures d'assainissement constituant une ingérence dans les droits garantis par la Constitution. Le Conseil fédéral a tenu compte de cette critique lorsqu'il a élaboré les lois du 4 novembre 2015 sur les services financiers et sur les établissements financiers. Dans l'annexe de la loi sur les établissements financiers, il a proposé de transférer certaines dispositions de l'OIB-FINMA dans la loi sur les banques. Dans l'intervalle, le Parlement a renvoyé ces modifications au Conseil fédéral en lui demandant de les soumettre à une procédure de consultation.

Concernant la garantie des dépôts bancaires, l'expérience a montré que le remboursement des dépôts garantis aux déposants pouvait parfois prendre plusieurs mois. De plus, il apparaît que le mode de financement actuel, qui prévoit des apports seulement en cas de besoin, peut avoir des conséquences néfastes sur la stabilité du système en raison des effets procycliques de ce dernier.

Enfin, les travaux relatifs à la garantie des dépôts ont révélé que la séparation entre les titres propres et ceux des clients n'était pas garantie tout au long de la chaîne de garde des titres intermédiés.

Contenu du projet

Pour améliorer la sécurité juridique, le Conseil fédéral propose de transférer dans la loi sur les banques les dispositions de l'OIB-FINMA qui constituent une ingérence dans les droits garantis par la Constitution. Cet transfert concernera principalement le traitement des prétentions des propriétaires et des créanciers lors de l'assainissement d'une banque, par exemple en cas de conversion des fonds de tiers en fonds propres et de réduction de créances. En parallèle, des dispositions applicables à l'insolvabilité ou à la faillite d'une banque membre seront définies afin de renforcer la stabilité du système des lettres de gage.

Dans le domaine de la garantie des dépôts, le projet de modification de la loi sur les banques prévoit de nouveaux délais pour le versement des fonds issus de cette garantie au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite, d'une part, et pour la restitution des dépôts garantis aux déposants, d'autre part. Ces délais correspondent aux usages internationaux. Par ailleurs, les banques n'auront plus l'obligation de détenir des liquidités supplémentaires pour garantir les contributions dues. En lieu et place,

elles devront déposer des titres ou des espèces en francs suisses auprès d'un dépositaire sûr ou accorder des prêts en espèces à l'organisme de garantie.

La modification proposée de la loi sur les titres intermédiés obligera tous les dépositaires de ces derniers à séparer leurs titres propres et ceux des clients. Si la chaîne de garde s'étend à l'étranger, le dernier dépositaire suisse sera tenu de prendre toutes les mesures raisonnables pour protéger les titres déposés auprès du premier sous-dépositaire étranger. Enfin, le projet prévoit une obligation d'informer les clients.

Table des matières

Condensé	2
1 Contexte	6
1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés	6
1.1.1 Droit de l’insolvabilité	6
1.1.2 Garantie des dépôts	6
1.1.3 Ségrégation	7
1.2 Solutions étudiées et solution retenue	8
1.2.1 Droit de l’insolvabilité	8
1.2.2 Garantie des dépôts	8
1.2.3 Ségrégation	10
1.3 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral	11
2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	11
2.1 Droit de l’insolvabilité bancaire	11
2.1.1 Remarques générales	11
2.1.2 Principes internationaux	11
2.1.3 Union européenne	12
2.1.4 États-Unis	15
2.2 Garantie des dépôts	15
2.2.1 Principes internationaux	15
2.2.2 Garantie des dépôts à l’étranger	16
2.2.3 Union européenne	16
2.2.4 États-Unis	18
2.2.5 Système d’indemnisation des investisseurs	18
2.3 Ségrégation	19
2.3.1 Principes internationaux	19
2.3.2 Ségrégation à l’étranger	20
3 Présentation du projet	21
3.1 Réglementation proposée	21
3.1.1 Droit de l’insolvabilité	21
3.1.2 Garantie des dépôts	22
3.1.3 Ségrégation	23
4 Commentaire des dispositions	23
4.1 Droit de l’insolvabilité	23
4.1.1 Autorisation pour la banque d’exercer son activité	23
4.1.2 Mesures en cas de risque d’insolvabilité	24
4.1.3 Procédure de recours	35
4.2 Garantie des dépôts	38
4.3 Modification d’autres actes	43
4.3.1 Loi sur l’émission de lettres de gage	43
4.3.2 Code des obligations	46

4.3.3	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite	47
4.3.4	Loi sur les titres intermédiés	48
4.3.5	Loi sur l'infrastructure des marchés financiers	51
5	Conséquences économiques	54
5.1	Conséquences pour les groupes concernés	54
5.1.1	Insolvabilité bancaire	54
5.1.2	Garantie des dépôts	56
5.1.3	Ségrégation	62
5.2	Conséquences pour la place économique suisse et la concurrence	63
5.2.1	Attrait de la place économique et concurrence	63
5.2.2	Octroi de crédits et croissance économique	64
5.2.3	Risques pour l'économie	64
5.3	Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	64
5.4	Adéquation de l'exécution	65
6	Aspects juridiques	65
6.1	Constitutionnalité	65
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	65
6.3	Délégation de compétences législatives	65
7	Bibliographie utilisée pour l'analyse d'impact de la réglementation	66

1 Contexte

1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés

1.1.1 Droit de l’insolvabilité

Dans son message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin)¹, le Conseil fédéral avait déjà proposé de modifier les dispositions régissant l’insolvabilité dans la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB²; cf. notamment art. 24 à 37e). Il entendait ainsi répondre aux diverses critiques visant l’ordonnance du 30 août 2012 de la FINMA sur l’insolvabilité bancaire (OIB-FINMA)³, selon lesquelles cet acte d’exécution relevant du droit administratif ne fournit pas une assise juridique suffisante à des mesures devant influencer, dans le cadre de l’assainissement d’une banque, sur des droits garantis par la Constitution (Cst.)⁴. Ces critiques sont justifiées. Dans l’intérêt de la sécurité juridique, les mesures de capitalisation définies dans le plan d’assainissement (art. 47 ss OIB-FINMA), les vastes possibilités qui en découlent en matière d’intervention dans les droits des propriétaires et des créanciers de la banque ainsi que les éventuelles contre-prestations et compensations de valeur devraient être réglementées dans la loi avec toute la clarté requise (cf. art. 164, al. 1, let. c, Cst.).

De plus, il faut garantir la stabilité du système suisse des lettres de gage même en cas d’insolvabilité ou de faillite d’une banque membre, étant donné que ce système est une source importante de liquidités pour le marché national des capitaux. Il est également nécessaire de veiller à ce que les procédures inhérentes au droit de la faillite n’affectent pas les valeurs de couverture. Enfin, il convient d’éviter un effondrement concomitant des deux centrales d’émission de lettres de gage, sous peine que la place financière suisse doive supporter de lourdes conséquences.

1.1.2 Garantie des dépôts

Selon le droit en vigueur (cf. notamment art. 37a et 37b ainsi que 37h à 37k LB), les dépôts font l’objet d’un traitement privilégié jusqu’à un montant de 100 000 francs par client en cas de faillite d’une banque (ou d’un négociant en valeurs mobilières). Dans la mesure où l’établissement en faillite dispose d’actifs liquides suffisants, les dépôts privilégiés sont remboursés immédiatement et hors de la procédure ordinaire de collocation, jusqu’à concurrence du montant susmentionné. Si ces actifs sont insuffisants, on a recours à la garantie des dépôts à titre complémentaire pour les dépôts d’un montant maximal de 100 000 francs détenus auprès de comptoirs suisses (art. 37h, al. 1, LB; dépôts privilégiés). Cette garantie est financée par les autres banques à l’aide de contributions que le système d’autorégulation (esisuisse) prélève en cas de besoin. Ainsi, les dépôts garantis peuvent être remboursés aussi rapidement

¹ FF 2015 8101 et FF 2015 8335 (annexe, ch. 15)

² RS 952.0

³ RS 952.05

⁴ RS 101

que possible au sens d'une avance. Les créances garanties des déposants sont transférées au système d'autorégulation à hauteur des remboursements que ce dernier effectue.

Le système actuel de garantie des dépôts a fait ses preuves et n'est pas remis en question. Trois domaines nécessitent toutefois des ajustements:

- Délai de remboursement: l'expérience montre que les déposants doivent s'attendre, le cas échéant, à ce que le remboursement de leurs avoirs puisse durer plusieurs mois. Cela entame considérablement la confiance dans le système, de sorte qu'une panique bancaire (*bank run*) ne pourra vraisemblablement pas être évitée. Un délai de remboursement plus court et clairement défini dans la loi est indispensable pour garantir la crédibilité et donc le fonctionnement du système en vigueur. Pour ce faire, les établissements bancaires doivent se doter du dispositif technique requis. Les principes de l'*International Association of Deposit Insurers* (IADI) et les dispositions réglementaires de l'Union européenne (UE) prévoient un délai de sept jours ouvrables durant lequel les dépôts doivent être remboursés à la plupart des déposants.
- Mode de financement: selon le droit en vigueur, la garantie des dépôts est financée en cas de besoin. Dès lors, les autres banques ne doivent mettre des liquidités à la disposition de l'établissement concerné (par l'intermédiaire d'esisuisse) qu'en cas de mise en œuvre de cette garantie (financement ex post). Ce système peut avoir un effet procyclique, c'est-à-dire qu'il peut aggraver la situation financière (éventuellement déjà fragile) des banques fournissant les fonds. Or cela aurait d'énormes répercussions en cas de crise systémique touchant de nombreuses banques. C'est pourquoi la création d'un fonds ex ante semble être la solution privilégiée sur le plan international. En lieu et place, la consignation de titres permettrait de renforcer sensiblement le système existant.
- Engagement maximal: actuellement, le système de garantie des dépôts est limité à 6 milliards de francs au plus (art. 37h, al. 3, let. b, LB). Le législateur a décidé de le plafonner (à 4 milliards en 2004, puis relèvement à 6 milliards en 2011) pour «éviter que la stabilité du système dans son ensemble ne soit mise en danger en cas de sinistre à cause de la solidarité entre les banques» (cf. FF 2010 3645, 3658). Ces dernières années, le montant total des dépôts garantis a progressé, alors que les contributions obligatoires des banques sont demeurées inchangées. La limite supérieure du système devrait être adaptée aux nouvelles circonstances. Il paraît opportun d'augmenter de nouveau l'engagement maximal afin que celui-ci retrouve son niveau initial.

1.1.3 Ségrégation

Contrairement aux dépôts, les valeurs déposées (p. ex. actions et parts de fonds) sont la propriété des clients. Elles sont d'office entièrement distraites de la procédure de faillite et remises à leurs titulaires (art. 37d LB). Cette règle s'applique également aux métaux précieux que la banque garde pour le compte des clients auxquels ces métaux appartiennent. Pour pouvoir distraire de la faillite les actifs d'un client, la banque doit

les détenir séparément de ses titres propres et des valeurs des autres clients (ségrégation). Les travaux relatifs à la garantie des dépôts ont révélé des lacunes dans cette obligation de séparer les titres propres de la banque et les valeurs déposées des clients. En particulier, l'obligation de ségréger les actifs portés en compte (titres intermédiés) au moyen de comptes distincts n'est pas encore appliquée d'un point de vue juridique dans toute la chaîne de garde en Suisse et n'englobe pas le premier sous-dépositaire étranger si cette chaîne s'étend au-delà des frontières nationales. La modification de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI)⁵ comblera ces lacunes.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

1.2.1 Droit de l'insolvabilité

Lorsqu'il a examiné la LSFIn et la LEFin, le Parlement a renvoyé au Conseil fédéral ses propositions concernant la modification des dispositions qui régissent l'insolvabilité dans la LB et a prié ce dernier d'organiser une consultation à ce sujet. La première partie du présent projet répond à cette demande; l'objectif initial, à savoir la création d'une base légale justifiant les interventions dans les droits des propriétaires et des créanciers n'a pas changé. L'administration a profité de l'occasion pour améliorer et préciser sa proposition originelle en se fondant sur les résultats d'un groupe de travail mis en place avec le secteur concerné. Aucune autre solution ne devait être examinée en la matière. Les modifications proposées pour le système des lettres de gage visent à protéger ce dernier contre l'insolvabilité ou la faillite d'une banque participante et, par conséquent, à garantir la stabilité de la place financière (cf. commentaire des art. 40 et 40a AP-LLG).

1.2.2 Garantie des dépôts

De nombreuses possibilités visant à consolider la garantie des dépôts ont été étudiées, puis abandonnées pour différentes raisons. Leur abandon a été motivé principalement par le fait qu'une refonte complète du système de protection des déposants n'était pas nécessaire et que des ajustements ponctuels et pragmatiques suffiraient à en améliorer le fonctionnement. Des considérations similaires ont guidé la modification de la protection des investisseurs.

La garantie des dépôts sera modifiée dans les trois domaines mentionnés auparavant:

- Délai de remboursement: deux nouveaux délais seront instaurés. Premièrement, le montant nécessaire au remboursement des dépôts garantis sera versé au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite dans les sept jours qui suivent la réception de la communication annonçant l'ordre de faillite visé à l'art. 33 LB ou une mesure protectrice prise en vue de la faillite. Deuxièmement, le chargé d'enquête ou le liquidateur de la faillite disposera également d'un délai de sept jours, à compter de la réception des instructions de paiement des déposants, pour effectuer le versement à ces derniers. Les banques devront effectuer les préparatifs qui s'imposent pour respecter ce second délai. Les

⁵ RS 957.1

nouveaux délais de remboursement et les prescriptions correspondantes augmenteront sensiblement la crédibilité de la garantie des dépôts.

- Mode de financement: le système actuel, qui contraint les banques à détenir des liquidités supplémentaires, sera remplacé par une obligation de déposer des titres. Il sera donc renforcé par un élément ex ante. Les banques devront détenir en permanence, auprès d'un sous-dépositaire sûr, des titres de haute qualité aisément réalisables ou des espèces en francs suisses d'un montant correspondant à la moitié des contributions auxquelles elles sont tenues. Au lieu de cela, elles pourront accorder une sûreté à l'organisme de garantie sous la forme d'un prêt en espèces du même montant (possibilité intéressante surtout pour des établissements de plus petite taille). En cas de mise en œuvre de la garantie des dépôts, les titres déposés pourront être réalisés si la banque devant servir la prestation n'est pas en mesure de réunir autrement les liquidités requises. L'apport des contributions dues pourra ainsi être garanti, au moins partiellement. Cela présente un autre avantage, puisqu'à l'avenir, toute banque utilisant la garantie des dépôts y aura également contribué. Dans le système en vigueur, en revanche, seules les banques qui n'ont pas recours à cette garantie mettent les liquidités à disposition en cas de besoin.
- Engagement maximal: actuellement de 6 milliards de francs, le montant de l'engagement maximal sera adapté à l'évolution des dépôts garantis depuis leur création et relevé à son niveau initial. Un seuil nominal et un seuil en pour-cent des contributions dues seront définis à cet effet.

Les mesures suivantes relatives à la garantie des dépôts ont été examinées, puis abandonnées:

- Mise en place d'un fonds ex ante: par rapport à un système financé ex-post, un mécanisme comprenant un fonds accumulé par anticipation (ex-ante) permet aux banques d'alimenter ce dernier pendant les périodes favorables et de ne pas devoir mettre des ressources à la disposition de l'organisme de garantie lors d'une crise. Dès lors, ce fonds n'a pas d'effet procyclique, et l'organisme de garantie dispose directement et en tout temps des liquidités nécessaires pour rembourser les déposants. C'est pourquoi la création d'un fonds ex ante semble être la solution privilégiée sur le plan international. Or cette solution est sensiblement plus coûteuse et plus contraignante que le dépôt de titres qui, de la même manière qu'un fonds ex ante, permet à l'organisme de garantie d'avoir rapidement des liquidités pour rembourser les déposants. En l'espèce, le choix s'est porté sur le dépôt de titres, qui représente une solution plus simple, mais tout aussi sûre que la création d'un fonds ex ante, notamment au regard des coûts induits. Au demeurant, une solution basée sur un fonds, qui s'était heurtée à une très forte résistance lors d'une consultation en 2010-2011⁶, ne semble pas pouvoir réunir une majorité sur le plan politique.
- Garantie supplémentaire de l'État ou emprunt de l'organisme de garantie: le plafond actuel de 6 milliards de francs et le taux de couverture prévu de 1,6 % des dépôts garantis ne couvriraient pas suffisamment l'ensemble de ces dépôts

⁶ Cf. message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur les banques (renforcement de la stabilité du secteur financier, *too big to fail*), FF 2011 4365

en cas de crise systémique, c'est-à-dire si (1) une grande banque ou plusieurs établissements de petite taille ou de taille moyenne faisaient faillite et (2) si leurs liquidités ne permettaient pas de rembourser les dépôts privilégiés. Or cette situation accroît le risque de panique bancaire (*bank run*). Les mesures théoriquement possibles dans un tel cas, à savoir la conclusion d'une assurance privée, la souscription à un emprunt par l'organisme de garantie ou l'octroi par l'État d'une sûreté revêtant la forme d'une garantie ou d'une avance, ont également été écartées en raison de leurs coûts, de leur faisabilité et, en particulier, du risque d'incitations inopportunes pour les banques et les déposants (aléa moral).

- Primes basées sur le risque: dans le système en vigueur, les contributions que les banques doivent verser en cas d'application de la garantie des dépôts sont calculées en fonction de leur part dans le total des dépôts garantis. Ni le risque propre à la banque ni le risque systémique découlant de celle-ci ne sont pris en compte. Le principal avantage des primes basées sur le risque serait d'inciter financièrement les banques à adopter une structure et une activité commerciale comportant de faibles risques et d'éviter les subventions croisées entre les établissements bancaires. Pour déployer leurs effets sur le comportement commercial, les primes basées sur le risque devraient présenter régulièrement des avantages ou des inconvénients pour les banques concernées. Ce ne serait guère le cas dans un système financé ex-post ou avec un fonds ex ante alimenté par des contributions uniques, de sorte que des primes basées sur le risque auraient alors peu d'utilité. De plus, les coûts induits par le calcul et la perception de ces primes seraient nettement supérieurs à ceux de primes indépendantes du risque, raison pour laquelle l'idée de primes basées sur le risque a été abandonnée.

Au demeurant, les organisations internationales (p. ex. Fonds monétaire international [FMI]) qui ont examiné la gouvernance et la communication de l'organisme de garantie ont critiqué le fait que cet organisme, structuré comme un système d'autorégulation et concrétisé par l'association esisuisse, dépende trop de ses membres, autrement dit des établissements financiers. Ces dernières années, esisuisse a donc amélioré son indépendance, sa gouvernance et les processus d'exécution de son mandat à plusieurs égards. Elle a ainsi réduit ses liens juridiques et organisationnels avec l'Association suisse des banquiers et renforcé sa stratégie de communication avec le public, en particulier en cas de crise. Afin de conserver la tradition de l'autorégulation en matière de garantie des dépôts et tenant compte des améliorations réalisées par esisuisse, le Conseil fédéral a décidé de ne pas soumettre l'association à des directives étatiques supplémentaires en matière de gouvernance et de communication. Il a cependant invité explicitement esisuisse à accroître sa notoriété auprès des clients des banques et à informer régulièrement le grand public.

1.2.3 Ségrégation

La réglementation proposée dans l'AP-LTI vise à offrir une protection intégrale aux investisseurs, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. Elle entend ainsi étendre à l'ensemble de la chaîne de garde en Suisse et à son premier maillon à l'étranger l'obli-

gation de détenir les titres propres et ceux des clients dans des comptes séparés (ségrégation). Il n'existe actuellement aucune obligation juridique de ségrégation pour le dépositaire principal, même s'il convient de reconnaître que de nombreux dépositaires principaux la pratiquent déjà de leur propre chef. En revanche, les dépositaires centraux et leurs participants sont déjà tenus de ségréger les actifs dont on leur a confié la garde (cf. art. 69 et 73 de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF]⁷). Cette obligation n'existe cependant pas pour les sous-dépositaires appartenant à des chaînes de garde plus longues. Il convient de combler cette lacune.

Aucune garantie supplémentaire ne sera instaurée sous la forme d'un système autonome de protection des investisseurs (comme dans l'UE par exemple; cf. commentaire correspondant du chapitre «Comparaison avec le droit étranger»).

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

La partie du projet portant modification de la garantie des dépôts a été annoncée dans le message sur le programme de la législature 2015 à 2019⁸. La nécessité d'adapter les dispositions régissant l'insolvabilité dans la LB vient du fait que le Parlement a rejeté les dispositions correspondantes proposées dans le projet de LSF_{in} et de LEF_{in} et demandé de procéder à une consultation à ce sujet.

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

2.1 Droit de l'insolvabilité bancaire

2.1.1 Remarques générales

La crise financière qui a duré de 2007 à 2009 a montré que plusieurs États n'avaient pas de réglementation appropriée pour la liquidation des établissements financiers en difficulté ou que les dispositifs existants manquaient d'instruments adaptés à la situation. Le principal problème résidait dans le fait que les banques trop grandes, trop complexes et trop dépendantes les unes des autres ne pouvaient pas être mises faillite sans que cela déstabilise le système financier. Ces établissements ont depuis été désignés banques d'importance systémique (*systemically important financial institutions* [SIFI]). Pendant la crise, de nombreuses banques ont dû être sauvées au moyen des deniers publics. Les mécanismes d'assainissement et de liquidation ont été examinés et remaniés après coup sur le plan tant national qu'international.

2.1.2 Principes internationaux

La crise financière a révélé que la plupart des objectifs des normes internationales du Forum de stabilité financière (FSF) ne pouvaient pas être atteints, en particulier par

⁷ RS 958.1

⁸ FF 2016 1097

les SIFI. Le FSF a été réformé en 2009 sur la base de ce constat, devenant le Conseil de stabilité financière (CSF). Son mandat a également été axé davantage sur la promotion de la stabilité financière (cf. art. 1 de la charte du CSF⁹). La même année, le G20 a chargé le CSF d'élaborer un cadre international pour l'assainissement et la liquidation des SIFI. En octobre 2011, le CSF a publié les *key attributes of effective resolution regimes for financial institutions* (KA), approuvés par le G20 en novembre 2011 en tant que «nouvelle norme internationale en matière d'assainissement et de liquidation» (*new international standards for resolution regimes*¹⁰).

Bien que les KA portent sur les établissements financiers d'importance systémique mondiale (*global systemically important financial institutions* [G-SIFI]), les États les utilisent en général comme lignes directrices pour élaborer leurs mécanismes de liquidation. Les KA prévoient que les États doivent instituer des autorités et les doter d'instruments et de compétences permettant une liquidation ordonnée des établissements financiers sans que cette dernière ne nécessite le recours aux deniers publics. La participation des créanciers, qui revêt la forme d'une réduction de créances ou d'une conversion des fonds de tiers en fonds propres (*bail-in*), joue un rôle central en la matière.

En Suisse, le droit de l'insolvabilité bancaire a commencé à être adapté lors de la définition du dispositif *too big to fail* (TBTF) de 2011 et 2012¹¹, puis de la LIMF. Enfin, comme cela a déjà été mentionné, le Conseil fédéral a proposé dans les projets de LSFfin et LEFin d'autres modifications de ce droit pour appliquer les KA. Le Parlement les lui a renvoyées en lui demandant de procéder à une consultation à ce sujet. Ces modifications ont été reprises sous une forme remaniée dans le projet faisant l'objet du présent rapport.

L'UE a inclus les KA dans la directive 2014/59/UE¹² (cf. ci-après).

2.1.3 Union européenne

Dans l'UE, la crise financière a mis en évidence les lacunes du cadre institutionnel et, en particulier, de l'Union monétaire européenne (p. ex. manque de coopération entre

⁹ www.fsb.org > About the FSB > Organisational Structure and Governance > Charter

¹⁰ www.fsb.org > Work of the FSB > Policy Development and Coordination > Effective Resolution Regimes and Policies > Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions

¹¹ RO 2012 811

¹² Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, JO L 173 du 12.6.2014, p. 190

les États). Édictée en 2014 en tant qu'élément du règlement uniforme¹³, la directive 2014/59/UE transpose les KA dans le droit européen, harmonise les règles relatives au redressement et à la résolution des banques défaillantes et améliore la collaboration au sein de l'UE. Elle vise à ce qu'un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement en faillite sollicite d'abord les propriétaires et les créanciers et qu'il ne se tourne pas immédiatement vers les institutions publiques (p. ex. par l'intermédiaire des banques centrales ou des garanties de l'État). Cette directive prévoit les mesures suivantes:

- les établissements financiers sont tenus de préparer des plans de redressement indiquant les mesures que ces établissements prévoient pour rétablir leur position financière après une détérioration significative (consid. 21);
- les autorités doivent préparer des plans de redressement et de résolution (consid. 17);
- les autorités doivent pouvoir appliquer des instruments de résolution tels que la cession d'activités ou d'actions de l'établissement soumis à une procédure de résolution, la création d'un établissement relais, la séparation des actifs performants et des actifs dépréciés ou peu performants de l'établissement défaillant et le *bail-in* (consid. 59);
- les autorités nationales sont incitées à coopérer et à coordonner leur action.

¹³ Les autres bases réglementaires comprennent, d'une part, des exigences en matière de fonds propres (règlement [UE] n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement [UE] n° 648/2012, JO L 176 du 27.6.2013, p. 1 ainsi que directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JO L 176 du 27.6.2013, p. 338) et, d'autre part, la garantie des dépôts (directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, JO L 173 du 12.6.2014, p. 149).

Les prescriptions de la directive 2014/59/UE sont applicables à tous les établissements de crédit¹⁴, à toutes les entreprises d'investissement¹⁵ et à tous les établissements financiers¹⁶ (y c. les sociétés holdings). Les autorités nationales doivent cependant s'assurer que la procédure est appliquée de manière appropriée et proportionnée et que la charge liée à la préparation du plan de redressement et de résolution est limitée au minimum. Lorsqu'elles ont recours aux différents pouvoirs et instruments prévus dans la directive 2014/59/UE, elles doivent tenir compte de la nature de l'activité, de la structure d'actionariat, de la forme juridique, du profil de risque et de la taille d'un établissement, de son interconnexion avec d'autres établissements ainsi que du champ et de la complexité de ses activités (consid. 14).

Comme en Suisse, le principe de l'épuisement s'applique au *bail-in*. En d'autres termes, les créances appartenant au rang suivant ne peuvent être intégrées au *bail-in* que si la conversion ou la réduction des créances du rang précédent est insuffisante (cf. art. 48 de la directive 2014/59/UE; «*si, et seulement si, [...]*»). Contrairement à la législation suisse, la directive 2014/59/UE ne prévoit pas de manière générale l'amortissement ou la conversion de tout le capital réglementaire avant l'exécution du *bail-in*. En vertu de cette directive, les autorités de résolution peuvent décider que les actionnaires existants conservent leurs droits de propriété si la valeur nette de l'établissement soumis à une procédure de résolution est positive. Sinon, ceux-ci seront considérablement dilués par le *bail-in* et par l'émission subséquente de nouveaux droits de participation (cf. art. 47 de la directive 2014/59/UE). On s'assure ainsi que les actionnaires ne sont pas sollicités plus que nécessaire lors d'un *bail-in*. La révision faisant l'objet du présent rapport ne modifie pas le principe selon lequel le capital social ainsi que le capital convertible et les emprunts assortis d'un abandon de créances doivent être réduits dans leur intégralité avant l'exécution d'un *bail-in*. Ajouté à la faveur de la révision, l'art. 31c AP-LB (compensation en cas de mesures de capitalisation) instaurera cependant un mécanisme permettant d'allouer une compensation adéquate aux propriétaires qui seraient touchés de manière disproportionnée par la réduction complète de leurs parts.

Entrée en vigueur à la fin de 2017, la directive (UE) 2017/2399 prévoit un ordre particulier pour l'exécution des instruments de dette destinés à absorber les pertes lorsque

¹⁴ Entreprise au sens de l'art. 4, par. 1, point 1, du règlement (UE) n° 575/2013, à l'exception des entreprises visées à l'art. 2, par. 5, de la directive 2013/36/UE. Dès lors, un établissement de crédit est une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte. En sont notamment exclus les banques centrales et certains établissements nationaux énoncés à l'art. 2, par. 5, de la directive 2013/36/UE.

¹⁵ Personne au sens de l'art. 4, par. 1, point 2, du règlement (UE) n° 575/2013 qui est soumise aux exigences en matière de capital initial fixées à l'art. 28, par. 2, de la directive 2013/36/UE. À quelques exceptions près, une entreprise d'investissement est donc une personne au sens de l'art. 4, par. 1, point 1, de la directive 2014/65/UE (MiFID II) qui est soumise aux exigences de cette dernière. Aux termes de MiFID II, une «entreprise d'investissement» est une personne morale dont l'occupation ou l'activité habituelle consiste à fournir un ou plusieurs services d'investissement à des tiers et/ou à exercer une ou plusieurs activités d'investissement à titre professionnel.

¹⁶ Établissements visés à l'art. 4, par. 1, point 26, du règlement (UE) n° 575/2013. Un établissement financier est une entreprise, autre qu'un établissement, dont l'activité principale consiste notamment à prendre des participations.

des mesures d'insolvabilité sont appliquées. Appelés *senior non-preferred bonds*, ces instruments sont convertis ou réduits après le capital réglementaire, mais avant les autres engagements en cas de *bail-in*. La progression proposée pour le *bail-in* dans le cadre de la présente révision (cf. art. 30c, al. 5 et 6, AP-LB) est similaire. Ainsi, les *bail-in bonds* seront convertis en fonds propres ou réduits après le capital réglementaire et les éventuelles autres créances subordonnées, mais avant les autres engagements (cf. art. 30c, al. 5).

2.1.4 États-Unis

Aux États-Unis également, plusieurs établissements financiers ont dû être sauvés par l'État lors de la crise financière, ce qui a conduit au remaniement des dispositions régissant leur liquidation. Dans le droit américain, l'application des prescriptions relatives à l'insolvabilité dépend de la nature de l'établissement concerné. Les banques dont les dépôts sont garantis sont liquidées par la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) selon les dispositions du *Federal Deposit Insurance Act*, et les négociants en valeurs mobilières (*broker dealers*), par la *Securities Investor Protection Corporation* (SIPC). Un nouveau mécanisme de liquidation applicable aux établissements financiers d'importance systémique a été mis en place après la crise par la voie du *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (*Dodd-Frank Act*). Il est déclenché lorsque l'insolvabilité d'un établissement pourrait représenter un risque pour l'économie américaine. Ce mécanisme permet de transférer les actifs et les passifs à un acquéreur tiers ou à une banque relais (*bridge bank*).

2.2 Garantie des dépôts

2.2.1 Principes internationaux

En 2009, l'Association internationale des Assureurs-Dépôts (*International Association of Deposit Insurers* [IADI]) et le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire ont publié les Principes fondamentaux en vue de l'établissement de régimes efficaces d'assurance-dépôts. S'appuyant sur les enseignements tirés de la crise financière, l'IADI a révisé ces principes et les a proposés sous une forme remaniée en novembre 2014. Ceux-ci ont une structure plutôt générale et sont conçus comme des lignes directrices pour la création d'une garantie des dépôts ou la réforme de cette garantie.

Les seize principes de l'IADI contribuent à l'efficacité des systèmes de garantie des dépôts. Ils portent principalement sur les domaines suivants: (1) mission, objectifs et gouvernement d'entreprise de l'organisme de garantie ainsi que relations de cet organisme avec les autres autorités et acteurs du filet de sécurité; (2) organisation du système de garantie et des procédures en cas de crise; et (3) droits et obligations de l'organisme de garantie et de ses membres.

Dans la version révisée des principes, les exigences posées à la garantie des dépôts ont généralement été accrues, notamment en matière de délai de remboursement, de financement et de gouvernement d'entreprise. Les ressources de l'organisme de ga-

rantie devraient être disponibles rapidement pour assurer un remboursement immédiat. Concernant le gouvernement d'entreprise, l'accent est mis sur l'indépendance, la transparence et l'obligation de rendre compte. Par ailleurs, on a étendu les recommandations relatives au rôle des systèmes de garantie des dépôts lors de la préparation et de la gestion des crises.

2.2.2 Garantie des dépôts à l'étranger

Le nombre de pays disposant de systèmes de garantie des dépôts explicites, c'est-à-dire réglementés juridiquement, croît régulièrement. Les enseignements tirés de la crise financière la plus récente, notamment, ont encore renforcé cette évolution. Selon une étude de 2014 du FMI¹⁷, 112 États sur les 189 examinés ont une garantie des dépôts inscrite dans la loi. À la fin de 2013, cette part était même sensiblement supérieure dans les pays à forts revenus, puisqu'elle y atteignait 84 %. Certains pays comme la Nouvelle-Zélande n'ont cependant aucune garantie des dépôts.

Les organismes nationaux de garantie sont parfois organisés de manière très différente en termes de mission, de gouvernement d'entreprise, d'adhésion, d'ampleur, de financement et de modalités de remboursement. À la fin de 2013, près de 21 % d'entre eux étaient gérés par des acteurs privés, c'est-à-dire par des établissements financiers.

De manière générale, le principe *ex ante* domine dans le financement des systèmes de garantie des dépôts (88 % à la fin de 2013). «*Ex ante*» signifie que les ressources destinées à la garantie des dépôts sont accumulées avant un cas d'application (en général dans un fonds)¹⁸. Parmi les garanties des dépôts reposant sur un financement *ex ante*, 43 % étaient de simples *payboxes* qui exécutaient uniquement le remboursement des dépôts garantis, tandis que 57 % assumaient des tâches supplémentaires comme la liquidation des établissements financiers en faillite. Environ un tiers des pays examinés utilisait un système incluant des primes basées sur le risque. La plupart des garanties des dépôts étaient financées grâce aux primes des établissements financiers, seules quelques-unes recevant une contribution (partielle) de l'État. L'étude comparative révèle également que 38 % des systèmes analysés bénéficiaient d'une garantie explicite de l'État (*government backstop*) au cas où les ressources de l'organisme de garantie soient insuffisantes. Cette garantie consistait en général en une ligne de crédit.

2.2.3 Union européenne

Dans l'UE, la directive 2014/49/UE¹⁹ (remplace la directive 94/19/CE de 1994) régit la garantie des dépôts. Elle prévoit que chaque État membre de l'UE mette en place un ou plusieurs systèmes de garantie des dépôts. Chaque établissement de crédit d'un État membre doit faire partie de ce système. La somme de couverture s'élève à

¹⁷ ASLI DEMIRGÜÇ-KUNT, EDWARD KANE et LUC LAEVEN (2014), «Deposit Insurance Database», IMF Working Paper du 3 juillet 2014 (cf. www.imf.org > Publications > Policy Papers > Working Papers in full text > 2014)

¹⁸ Par opposition à un financement *ex post*, dans lequel les ressources destinées à la garantie des dépôts sont mises à disposition seulement lorsqu'un cas concret se présente.

¹⁹ Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, JO L 173 du 12.6.2014, p. 149

100 000 euros par déposant et par établissement de crédit. De plus, le délai de remboursement ne devra en général pas excéder sept jours ouvrables à partir de 2024. Les systèmes de garantie des dépôts des États membres doivent être financés ex-ante à hauteur de 70 % au moins et, en plus, présenter un taux de couverture équivalant à 0,8 % des dépôts garantis des établissements affiliés. D'après la directive, les contributions aux systèmes de garantie des dépôts doivent s'appuyer sur le montant des dépôts garantis et sur le risque auquel l'établissement affilié correspondant est exposé. Si les ressources financières de la garantie des dépôts sont insuffisantes, les systèmes correspondants doivent se doter d'autres mécanismes de financement appropriés.

À la fin du mois de novembre 2015, la Commission européenne a en outre publié une proposition de système européen d'assurance des dépôts (SEAD), qui se base sur les systèmes nationaux existants de garantie des dépôts. La participation au SEAD serait obligatoire pour les États membres de la zone euro ainsi que pour les pays qui ont adhéré volontairement au mécanisme de surveillance unique de l'union bancaire. Elle serait également possible pour les autres États membres de l'UE qui souhaitent rejoindre l'union bancaire. Le SEAD devrait être introduit en trois phases: durant la première, il agirait comme une réassurance pour les systèmes nationaux de garantie des dépôts dont les ressources financières seraient épuisées. Pendant la deuxième phase, il assumerait au besoin une partie des coûts sous la forme d'une coassurance, sa part augmentant progressivement au cours de cette période. Cela répartirait d'avantage les risques entre les divers systèmes nationaux. Enfin, durant la troisième phase, le SEAD assumerait seul les cas de garantie à partir de 2024. Le mécanisme de résolution unique et les exigences de la directive 2014/49/UE déploieraient alors tous leurs effets.

Un fonds européen de garantie des dépôts sera institué dès le début. Les banques y verseront des contributions pondérées en fonction des risques et déductibles des cotisations aux systèmes nationaux. Parallèlement à la mise en place du SEAD, la Commission européenne souhaite promouvoir les mesures visant à atténuer les risques dans les différents États membres et à garantir des conditions similaires entre ceux-ci. Pour ce faire, il faudra par exemple abroger les options et les marges de manœuvre des États membres en matière de réglementation et de surveillance, encourager la convergence du droit de l'insolvabilité selon le plan d'action pour l'union des marchés des capitaux et mettre rapidement en œuvre les éléments encore pendents du programme international de réglementation.

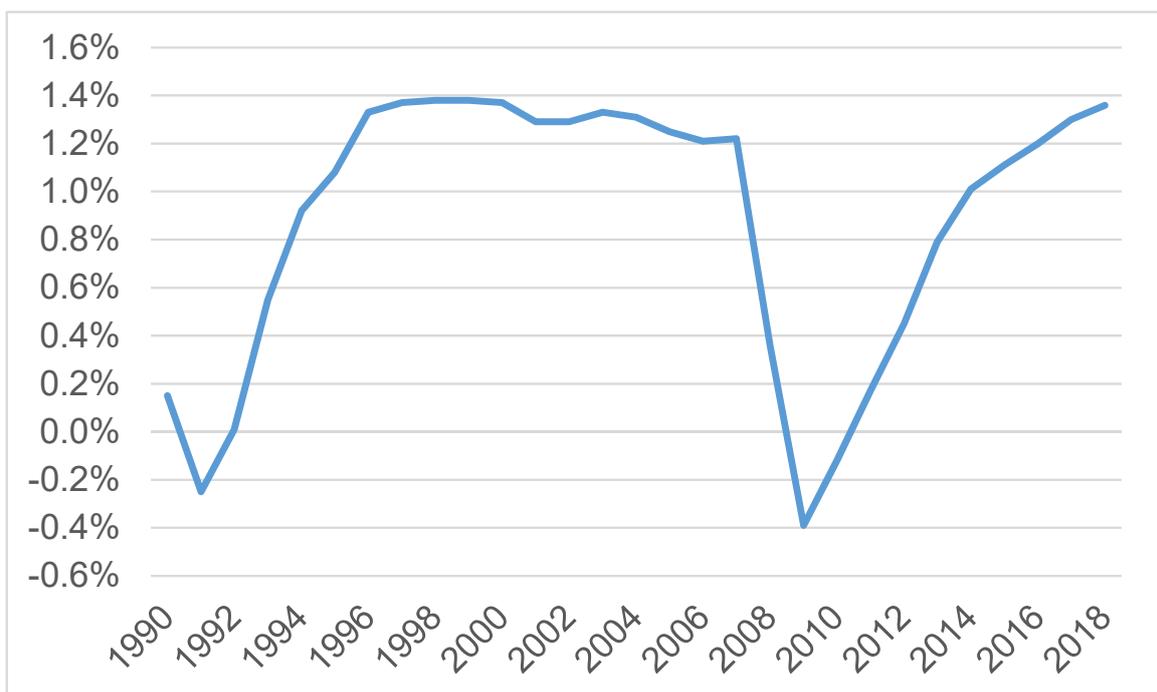
Actuellement débattue, la proposition doit encore être approuvée par le Conseil des ministres de l'UE et par le Parlement européen. Elle soulève la controverse, car l'Allemagne, notamment, s'est opposée à la création d'une garantie des dépôts commune à l'ensemble de l'UE. Une nouvelle proposition de la Commission européenne prévoit donc que les systèmes nationaux de garantie des dépôts continuent de supporter les pertes. Selon les conclusions du Conseil européen de juin 2018 concernant le calendrier de l'union bancaire, d'autres travaux seront menés à propos du SEAD sur le plan technique. Les négociations politiques seront engagées dès que des progrès sensibles auront été réalisés au niveau des mesures d'atténuation des risques. Dans ce contexte, le Conseil prend acte du fait que les États membres entendent conclure un accord interétatique lorsque les négociations politiques sur le SEAD commenceront.

2.2.4 États-Unis

Autorité indépendante, la FDIC²⁰ a été créée en 1933 déjà, à l'époque de la Grande Dépression, pour renforcer la confiance du public dans la stabilité du système financier. Elle est chargée de surveiller la stabilité opérationnelle de plus de 3500 banques et, en cas d'urgence, de veiller à ce que les clients des quelque 5400 établissements qui lui sont affiliés (état en septembre 2018) récupèrent leurs dépôts garantis jusqu'à concurrence de 250 000 dollars en utilisant à cet effet un fonds de garantie des dépôts entièrement financé ex-ante. En septembre 2018, cette autorité comptait plus de 5700 collaborateurs à travers le pays.

Ce même mois, les dépôts assurés par la FDIC correspondaient à un montant de 7300 milliards de dollars, tandis que le fonds de remboursement atteignait 100 milliards de dollars, soit un taux de couverture de 1,4 % (cf. illustration ci-après). Celui-ci dépassait pour la première fois le taux de couverture minimal de 1,35 % fixé en 2010 dans le *Dodd-Frank Act*. Pendant la crise financière, ce taux était même négatif, car la FDIC a dû procéder à des remboursements d'un montant supérieur au capital disponible dans le fonds de garantie des dépôts (raison pour laquelle elle a affiché temporairement un bilan négatif de 20 milliards de dollars).

Illustration: taux de couverture de la FDIC (de 1990 à septembre 2018)



Source: FDIC, *Statistics at a glance* (novembre 2018)

2.2.5 Système d'indemnisation des investisseurs

Plusieurs pays, dont les États-Unis et Singapour, ainsi que l'UE prévoient un système d'indemnisation des investisseurs qui déploierait ses effets, par exemple, lorsque les titres gardés pour le compte des clients ne sont pas (entièrement) disponibles lors de

²⁰ Cf. ch. 2.1.4.

la faillite de l'établissement financier et ne peuvent donc plus être remis ou lorsque les clients enregistrent une perte sur leurs opérations sur titres (p. ex. à cause d'agissements pénalement répréhensibles dans le domaine d'influence de l'établissement financier). Il n'existe actuellement aucun système comparable en Suisse. Les investisseurs doivent s'adresser à l'administration de la faillite ou à un tribunal pour obtenir une indemnisation lorsque les titres ne peuvent pas être distraits. Une indemnisation aurait l'avantage de renforcer la protection des investisseurs au niveau national et de simplifier la fourniture de services par les établissements financiers suisses dans l'UE (avec ou sans succursale). Il a cependant été décidé de ne pas poursuivre dans cette voie en raison des coûts d'un tel système, des améliorations apportées dans la LSF in à la protection des investisseurs et des modifications proposées dans la LTI quant à la ségrégation.

2.3 Ségrégation

2.3.1 Principes internationaux

En vertu du principe 1 de ses recommandations de 2014²¹, l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) insiste sur le fait qu'un intermédiaire doit tenir des registres corrects et à jour des actifs de ses clients et que ces registres doivent préciser la nature, le volume, le lieu et l'état de propriété des actifs de la clientèle. Si ceux-ci sont gardés par un tiers, les registres doivent également indiquer le lieu de garde de ces actifs ainsi que les conditions auxquelles le tiers les garde. En cas de garde par un tiers, les comptes doivent être tenus de façon à ce qu'il soit possible de faire clairement la différence entre les actifs des clients et ceux de l'intermédiaire. En juillet 2017, l'OICV a publié un rapport (*Thematic Review of the Adoption of the Principles set forth in IOSCO's Report: Recommendations Regarding the Protection of Client Assets*) précisant que la Suisse n'a jusqu'à présent rien indiqué de concret quant à la reprise du principe 1 (dans son intégralité).

De plus, les principes pour les infrastructures de marchés financiers (PIMF) publiés conjointement par l'OICV et le Comité sur les systèmes de paiement et de règlement (CSPR) de la Banque des règlements internationaux (BRI) recommandent aux contreparties centrales de séparer leurs actifs propres et de ceux de la clientèle (principe 14).

Les objectifs et principes de la réglementation des valeurs mobilières de l'OICV concernent la réglementation des placements collectifs de capitaux. Ils comprennent eux aussi des dispositions sur la ségrégation des actifs de la clientèle.

Outre les principes de l'OICV, les KA du CSF mentionnent la ségrégation (points 4.1 et 4.2). Ils disposent que la réglementation relative à la ségrégation des actifs de la clientèle doit être claire, transparente et réalisable pour ne pas entraver l'application des mesures de liquidation.

²¹ *Recommendations Regarding the Protection of Client Assets*

2.3.2 Ségrégation à l'étranger

Remarques générales

En présence de titres étrangers, la plupart des chaînes de garde suisses s'étendent inévitablement à l'étranger. La législation étrangère détermine alors si et dans quelles conditions les titres des clients doivent être gardés à part et peuvent être distraits. À noter à cet égard qu'une ségrégation n'offre pas en soi une meilleure protection des droits des investisseurs. La législation nationale concernée (p. ex. droit de l'insolvabilité) définit si ces droits dépendent de la manière dont les comptes sont tenus (à savoir aucune ségrégation, ségrégation collective des clients ou ségrégation individuelle par client) et, dès lors, si les comptes ségrégués constituent une condition ou un critère suffisant en vue d'une (meilleure) protection de ces droits. Dans la plupart des juridictions, les comptes ségrégués devraient toutefois inclure une (meilleure) protection des droits des investisseurs.

Les dispositions légales régissant la ségrégation sur les principales places financières de référence (UE et États-Unis) sont exposées ci-après de manière succincte. Selon un sondage mené auprès des banques (cf. ch. 5.2.2.1), la plupart des chaînes de garde comprenant des composantes étrangères conduisent précisément vers l'UE et les États-Unis.

Union européenne

Dans l'UE, les droits de propriété et les droits analogues des investisseurs sur les valeurs mobilières doivent être distingués des droits de l'entreprise d'investissement (consid. 51 de la directive 2014/65/UE²² [MiFID II]). De plus, l'art. 16, par. 8, MiFID II (exigences organisationnelles) contraint les entreprises d'investissement qui détiennent des instruments financiers appartenant à des clients à prendre des dispositions appropriées pour sauvegarder les droits de propriété desdits clients, notamment en cas d'insolvabilité de l'entreprise, et pour empêcher l'utilisation des instruments financiers en question pour compte propre sans le consentement exprès des clients. La directive déléguée complétant la directive MiFID II précise ces exigences en limitant les risques que les clients encourent en lien avec des droits de compensation ou des sûretés des dépositaires qui peuvent également concerner leurs titres.

La directive déléguée (UE) 2017/593²³ précise ces exigences notamment en obligeant les entreprises d'investissement à indiquer aux clients les risques liés aux accords qu'elles sont tenues de conclure et qui créent des sûretés, des créances privilégiées ou des droits de compensation (art. 2, par. 4, de la directive déléguée).

²² Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JO L 173 du 12.6.2014, p. 349

²³ Directive déléguée (UE) 2017/593 de la Commission du 7 avril 2016 complétant la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la sauvegarde des instruments financiers et des fonds des clients, les obligations applicables en matière de gouvernance des produits et les règles régissant l'octroi ou la perception de droits, de commissions ou de tout autre avantage pécuniaire ou non pécuniaire, JO L 87 du 31.3.2017, p. 500

États-Unis

Aux États-Unis, la *Customer Protection Rule* (règle 15c3-3 fondée sur le *Securities Exchange Act* de 1934) dispose que les négociants en valeurs mobilières doivent séparer les titres et les liquidités de leurs clients de leurs propres opérations. Pour protéger les fonds des clients, ils doivent en outre tenir un compte bancaire spécifique sur lequel sont consignés les engagements nets de l'établissement envers les clients. On s'assure ainsi qu'en cas de faillite, les avoirs des clients pourront être rendus rapidement et intégralement à ces derniers ou transférés à un autre négociant en valeurs mobilières. La *Securities and Exchange Commission* (SEC) surveille le respect de cette règle.

3 Présentation du projet

3.1 Réglementation proposée

3.1.1 Droit de l'insolvabilité

Les modifications que le Conseil fédéral avait proposé d'apporter au droit de l'insolvabilité dans le message concernant la LSFIn et la LEFin sont reprises dans le projet faisant l'objet du présent rapport. Elles ont toutefois été remaniées sur la base d'autres vérifications réalisées dans l'intervalle. La réglementation proposée dans l'AP-LB comprend notamment des dispositions concernant:

- le contenu du plan d'assainissement (art. 30*b*);
- les mesures de capitalisation, en particulier la conversion de fonds de tiers en fonds propres et l'ordre de conversion fondé sur le genre de créance (art. 30*c*);
- la contrepartie en cas de transfert de services bancaires et la compensation en cas de mesures de capitalisation (art. 31*b* et 31*c*);
- les effets juridiques du plan d'assainissement (art. 31*d*);
- la procédure de recours, en particulier le recours contre l'homologation du plan d'assainissement (art. 37*g*^{bis} à 37*g*^{quater}).

Afin de garantir la stabilité du système suisse des lettres de gage même en cas d'insolvabilité d'une banque membre, il faut éviter que les procédures relevant du droit de la faillite n'affectent les valeurs de couverture. Proposée en lien avec l'AP-LB, la modification de l'art. 40 de la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG)²⁴ poursuit cet objectif et crée une base permettant une intervention précoce et adaptée à la situation. Par ailleurs, l'art. 40*a* AP-LLG qui est ajouté vise à renforcer encore la capacité de résistance du système des lettres de gage face à la faillite d'un de ses membres. Contrairement à l'art. 40, il ne déploiera ses effets qu'après l'ouverture de la faillite de la banque concernée. Il faut en particulier éviter un effondrement concomitant des deux centrales d'émission des lettres de gage, sous peine que la place financière suisse doive supporter de lourdes conséquences. Ces modifications clari-

²⁴ RS 211.423.4

fient les aspects liés aux lettres de gage et apportent de la transparence lors de la liquidation d'une banque en faillite, augmentant ainsi la sécurité juridique pour tous les acteurs concernés (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [FINMA], administrateur d'insolvabilité, centrales d'émission de lettres de gage, banques membres, créanciers de lettres de gage, agences de notation et Banque nationale suisse [BNS]).

3.1.2 Garantie des dépôts

Comme cela a déjà été indiqué, la garantie des dépôts sera améliorée en trois points:

- Délai de remboursement: des délais brefs, comprenant sept jours, seront fixés, d'une part, au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite pour le remboursement au moyen de la garantie des dépôts et, d'autre part, par le chargé d'enquête ou le liquidateur de la faillite aux déposants (art. 37h, al. 3, let. a, et 37j, al. 3, AP-LB). Les banques devront effectuer les préparatifs nécessaires pour respecter le second délai (art. 37h, al. 3, let. d, AP-LB).
- Mode de financement: les banques seront tenues de déposer, auprès d'un sous-dépositaire sûr, des titres de haute qualité aisément réalisables ou des espèces en francs suisses d'un montant correspondant à la moitié des contributions qu'elles doivent verser ou d'accorder à l'organisme de garantie un prêt en espèces du même montant (art. 37h, al. 3, let. c, AP-LB). Les conséquences que ces modifications auront sur les exigences posées aux banques en matière de fonds propres et de liquidités devront être précisées au niveau de l'ordonnance. En l'état actuel des réflexions, l'obligation de paiement irrévocable est maintenue dans son intégralité en cas de garantie de la contribution due (position hors bilan). Le taux de sortie relatif à cette obligation devrait être abaissé de 50 % à 40 % dans l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiq)²⁵. L'éventuel ratio structurel de liquidités à long terme qui sera instauré (*net stable funding ratio* [NSFR]; décision du Conseil fédéral prévue pour la fin de 2019) suivra l'un des modèles internationaux. Enfin, l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres (OFR)²⁶ prévoit que les positions sur la garantie des dépôts soient calculées sur la base d'une pondération des risques de 20 %. À l'heure actuelle, il n'existe aucune réglementation définissant spécialement le taux de pondération des risques qu'il faut appliquer aux positions du bilan (tant pour le nantissement/prêt en espèces que les cas d'application). Dès lors, il convient d'utiliser pour le moment un taux de 100 %. Une disposition régissant explicitement les positions du bilan devra néanmoins être intégrée dans l'OFR. Un taux de pondération des risques inférieur à 100 % devrait être fixé par analogie avec les taux relatifs aux créances envers des banques. La valeur précise de ce taux et la structure de la future réglementation devront être débattues en temps opportun.
- Engagement maximal: il correspondra à 1,6 % du total des dépôts garantis, mais à au moins 6 milliards de francs (art. 37h, al. 3, let. b, AP-LB).

²⁵ RS 952.06

²⁶ RS 952.03

3.1.3 Ségrégation

L'art. 11a AP-LTI²⁷ introduit l'obligation de détenir séparément les titres des clients et les propres titres, cette obligation s'appliquant tant aux dépositaires (al. 1) et aux sous-dépositaires en Suisse (al. 2) qu'au dernier sous-dépositaire suisse en cas de garde à l'étranger (al. 3). À cela s'ajoutent des obligations d'information générales de la part du dépositaire, en particulier en cas de garde à l'étranger (al. 6). Une autorisation de transmettre au dépositaire étranger des données ayant un lien avec la garde sera également inscrite dans la loi (art. 11b AP-LTI).

4 Commentaire des dispositions

4.1 Droit de l'insolvabilité

4.1.1 Autorisation pour la banque d'exercer son activité

Art. 3g, al. 3

En vertu du nouvel al. 3, le Conseil fédéral pourra édicter des prescriptions concernant la dotation financière et l'organisation des sociétés du groupe significatives visées à l'art. 2^{bis}, al. 1, let. b, à condition que celles-ci remplissent des fonctions importantes pour une banque d'importance systémique. Selon l'art. 3a de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB)²⁸, ces sociétés remplissent ces critères lorsque leurs fonctions sont nécessaires à la poursuite de processus opérationnels importants, notamment dans la gestion des liquidités, la trésorerie, la gestion des risques, l'administration des données de base et la comptabilité, les ressources humaines, les technologies de l'information, la négociation et le règlement, ainsi que le droit et la compliance. Les sociétés du groupe significatives sont donc principalement des sociétés de services qui proposent différentes prestations financières (p. ex. exploitation d'une plate-forme pour les clients).

En cas de crise, il est concevable que certains secteurs d'activité d'une banque d'importance systémique ou une entité d'un groupe bancaire d'importance systémique doivent être restreints ou supprimés, tandis que d'autres entités ou secteurs d'activité restent tributaires des prestations d'une société du groupe significative pour maintenir les fonctions d'importance systémique. Dans ce genre de situation, cette société risque à court terme de perdre des mandats et donc de voir reculer ses recettes, voire sa rentabilité, en particulier si elle travaille exclusivement ou en grande partie pour la banque d'importance systémique et qu'elle ne peut pas réduire ses coûts fixes à mesure que le volume de ses mandats diminue.

Dans ce contexte, il est primordial que les sociétés du groupe significatives des banques d'importance systémique disposent de ressources financières suffisantes pour pouvoir fournir temporairement les prestations indispensables à ces banques, même

²⁷ cf. note de bas de page n° 5

²⁸ RS 952.02

si leur carnet de commandes est modifié à court terme. C'est pourquoi le Conseil fédéral édictera des prescriptions concernant la dotation financière des sociétés du groupe significatives. Il inclura également des dispositions sur l'organisation afin de garantir une indépendance adéquate des organes et d'éviter tout conflit d'intérêt en cas de difficulté.

4.1.2 Mesures en cas de risque d'insolvabilité

Art. 25 Conditions

Al. 3

Le renvoi figurant à l'art. 25, al. 3, doit être modifié, car l'art. 729*b*, al. 2, du Code des obligations (CO)²⁹ a été transféré dans l'art. 728*c*, al. 3, CO³⁰ il y a déjà quelque temps.

Art. 26 Mesures protectrices

Al. 2

Aux termes de l'art. 26, al. 2, LB, la FINMA fait publier les mesures protectrices de manière appropriée lorsque la publication est nécessaire à l'exécution de ces dernières ou à la protection de tiers. Par souci de sécurité juridique et conformément au but de la disposition, il sera indiqué expressément que la FINMA pourra renoncer à cette publication au cas où celle-ci compromettrait l'objectif des mesures ordonnées.

Art. 28 Procédure d'assainissement

Al. 2 et 4

Conformément à l'interprétation actuelle de la disposition, il est précisé ici que la FINMA pourra à la fois rendre des décisions concrètes et individuelles et édicter des règles de procédure générales en ce qui concerne l'assainissement. Cette autorité a d'ailleurs les mêmes compétences en cas de faillite bancaire (cf. art. 34 LB).

Art. 30 Maintien de services bancaires

Al. 2

La réglementation en vigueur à l'al. 2 est complétée de sorte que la banque concernée pourra procéder non seulement à un transfert de patrimoine, mais également à un regroupement avec une autre société en vue de la création d'un nouveau sujet de droit ou à une reprise par une autre sujet de droit. Ce genre d'opérations correspond aux formes de fusion visées à l'art. 3 de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus)³¹.

²⁹ RS 220

³⁰ RO 2007 4791

³¹ RS 221.301

On a cependant décidé de ne pas utiliser le terme «fusion» pour éviter tout malentendu, puisque les dispositions de la LFus ne s'appliquent pas à l'assainissement des banques. Ces formes de regroupement avec d'autres sociétés seront toutefois également possibles dans le cadre de cet assainissement. Par exemple, ce cas est envisageable pour les banques organisées en une fédération de coopératives. En l'espèce, la FINMA pourrait regrouper les différentes coopératives en une société et assainir l'ensemble du groupe dans une procédure unique. Selon les circonstances et la taille de la fédération, l'assainissement de chaque banque coopérative serait difficilement réalisable.

Al. 3

La terminologie de l'al. 3 est adaptée aux modifications apportées à l'al. 2.

Art. 30b Plan d'assainissement

L'art. 30b reprend le contenu des exigences relatives au plan d'assainissement qui figurent actuellement dans l'OIB-FINMA (cf. art. 44). La phrase introductive dispose que la FINMA ou le délégué à l'assainissement devra exposer les grandes lignes de l'assainissement et préciser certains éléments.

Les let. a à j énumèrent ceux qui, le cas échéant, devront impérativement être mentionnés dans le plan d'assainissement. Cette énumération n'est pas exhaustive:

- let. a: l'art. 31, al. 1, prescrit les conditions d'homologation d'un plan d'assainissement. Celui-ci devra attester que ces conditions sont effectivement respectées;
- let. b: la FINMA devra présenter la façon dont la banque respectera les conditions d'autorisation et les autres prescriptions légales après l'assainissement (cf. art. 29 LB);
- let. c: la future structure du capital et le modèle commercial de la banque devront être exposés. Dans ce contexte, les effets des éventuelles mesures de capitalisation énoncées à l'art. 30c devraient également être présentés;
- let. d: le plan d'assainissement devra exposer la situation économique de la banque en précisant les actifs et les passifs de cette dernière, qui feront l'objet d'une évaluation prudente, conformément à l'art. 31, al. 1, let. b;
- let. e: l'homologation du plan d'assainissement pourra s'accompagner de la nomination ou de la révocation des membres des organes de la banque. De plus, la structure organisationnelle de cette dernière pourra être modifiée. Le plan d'assainissement devra donc indiquer la manière dont la banque sera organisée et dirigée à l'issue de la procédure d'assainissement. L'organisation pourra être présentée au moyen d'un organigramme. Il faudra décider au cas par cas quels membres actuels des organes de la banque continueront d'exercer une fonction dirigeante après l'assainissement. De manière générale, seuls ceux dont la poursuite de la collaboration va dans l'intérêt de la banque, des créanciers et des propriétaires pourront rester en poste. Les motifs de ce maintien devront être exposés dans le plan d'assainissement;

- let. f: si des membres des organes sont révoqués, les conditions régissant leur départ devront être définies dans le plan d’assainissement aux seules fins d’information des créanciers et des propriétaires. Il ne s’agit donc pas d’une réglementation contraignante des rapports de travail ou des rapports contractuels entre la banque et les membres sortants des organes;
- let. g: si la banque fait partie d’un groupe ou d’un conglomérat, la future organisation de celui-ci devra également figurer dans le plan d’assainissement;
- let. h: les mesures d’assainissement pourront constituer une ingérence dans les droits des créanciers (p. ex. en cas de *bail-in*). Le plan d’assainissement devra préciser si c’est le cas et dans quelle mesure. Cet élément est très important, car les créanciers concernés d’une banque d’importance non systémique peuvent, en vertu de l’art. 31a LB, refuser le plan d’assainissement dans un délai fixé par la FINMA si ce plan porte atteinte à leurs droits;
- let. i: après l’homologation du plan d’assainissement, la banque aura le droit de révoquer les actes juridiques visés aux art. 285 à 292 de la loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)³². Si le plan d’assainissement exclut ce droit, les créanciers seront habilités à demander cette révocation dans les limites où ce plan porte atteinte à leurs droits (cf. art. 32, al. 2, LB). Dans ce contexte, le plan d’assainissement devra indiquer si le droit de révocation de la banque est exclu. Cela vaudra également pour l’exclusion des prétentions en matière de responsabilité visées à l’art. 39 LB;
- let. j: le plan d’assainissement devra énumérer les opérations qui exigent une inscription au registre du commerce ou au registre foncier. Ces inscriptions auront un caractère purement déclaratif, car les opérations prendront effet de toute façon (art. 31d AP-LB).

Art. 30c Mesures de capitalisation

Al. 1

Le plan d’assainissement pourra prévoir la réduction des fonds propres existants et la création de nouveaux fonds propres, la conversion de fonds de tiers en fonds propres ainsi que la réduction de créances. Les mesures de conversion et de réduction de créances (fonds de tiers) sont également appelées *bail-in*. Leur application aux fins de l’assainissement d’une banque influe uniquement sur les passifs du bilan. Les fonds propres sont consolidés puisque le taux d’endettement est réduit et que, par conséquent, le rapport entre ces fonds et les actifs pondérés en fonction des risques est amélioré. La LB en vigueur mentionne le *bail-in* à l’art. 31, al. 3, mais les modalités de ces mesures sont fixées dans l’OIB-FINMA (cf. art. 47 ss). Le *bail-in* sera réglementé en détail dans la loi, moyennant quelques adaptations, ce qui renforcera sa légitimité tout en améliorant son applicabilité et la sécurité juridique. De plus, ce transfert permettra de mettre en œuvre les directives des KA du CSF (cf. ch. 2.1.2), la Suisse ayant directement participé à leur élaboration.

³² RS 281.1

L'al. 1 s'inspire de l'actuel art. 31, al. 3. Comme dans le droit en vigueur, le *bail-in* ne pourra être ordonné que dans le cadre d'un plan d'assainissement. L'art. 30c, al. 1, AP-LB ne liera toutefois plus le *bail-in* à l'impossibilité de «résorber d'une autre manière» l'insolvabilité imminente de la banque. Il faudra peser les différents intérêts (protection des créanciers, stabilité du système, intérêts des propriétaires) au cas par cas. S'il est alors considéré comme la mesure la plus appropriée, le *bail-in* pourra être ordonné même si d'autres mesures auraient permis d'éviter une insolvabilité imminente. Le fait que la FINMA disposera d'une plus grande marge de manœuvre pour définir les mesures propres à résorber cette insolvabilité augmentera les chances de succès de l'assainissement et celles d'empêcher une crise systémique.

Al. 2

L'al. 2 énumère les créances qui seront exclues du *bail-in*, à savoir les créances privilégiées, les créances couvertes et les créances compensables (let. a à c), dans la limite de leurs privilèges, de leur couverture ou des conditions nécessaires à leur compensation. Les créances privilégiées selon l'art. 219 LP comprennent notamment les dépôts des clients au sens de l'art. 37a LB, qui sont privilégiés en cas de faillite. De plus, sur la base de l'art. 37 LB, la let. d précisera que les créances nées d'engagements que la banque aura été habilitée à contracter pendant la durée de certaines mesures protectrices ou une procédure d'assainissement seront également exclues du *bail-in*. Cette disposition permettra de protéger notamment les créances des prestataires de services et autres créanciers qui continueront de fournir leurs services même après la prescription de mesures protectrices ou l'introduction d'une procédure d'assainissement. On entend ainsi éviter que ces personnes, inquiètes de la crise qui se profile, ne résilient leur contrat avec la banque en difficulté ou ne fournissent plus leurs prestations qu'à la condition d'obtenir des sûretés ou des avances. Les prétentions de ces créanciers seront préservées grâce à leur exclusion du *bail-in*. Le droit commun (cf. art. 310, al. 2, LP) prévoit une procédure concordataire similaire puisque les dettes contractées pendant le sursis avec l'assentiment du commissaire constituent des dettes de la masse dans un concordat par abandon d'actifs ou dans une faillite subséquente. La LB actuelle contient une disposition similaire pour la liquidation de la faillite (cf. art. 37).

Al. 3

La FINMA devra veiller à l'égalité de traitement des créanciers. Par conséquent, la loi l'autorisera à exclure d'autres créances du *bail-in*. Un traitement inégal de créances de même rang sera admis. Selon l'art. 8 Cst., il se justifie en présence de faits divergents ou lorsqu'il est nécessaire au respect d'un objectif légal. Dans le droit bancaire, le traitement inégal des créanciers peut être requis par certains principes juridiques tels que l'obligation de maintenir des fonctions d'importance systémique et des services bancaires (art. 8, al. 1, et art. 30 LB). L'al. 3 crée la base légale correspondante.

Cette disposition dérogatoire s'appliquera aux créances nées de livraisons de marchandises et de prestations de services, dans la mesure où leur exclusion sera indispensable au maintien des activités de la banque. Le caractère indispensable de cette exclusion sera démontré lorsque l'on peut s'attendre à ce que le fournisseur concerné suspende ses prestations à cause du *bail-in* et que la prestation en question est indispensable au maintien des activités de la banque et ne peut être remplacée dans un délai raisonnable. Les créances qui ne satisferont pas cette condition ne pourront pas être

exclues (p. ex. créances issues des contrats de dérivés ou créances interbancaires), car cette exclusion pourrait se traduire par un arbitrage.

Al. 4

Le droit en vigueur dispose déjà qu'un assainissement doit porter atteinte d'abord aux droits des propriétaires avant que les créanciers d'une banque ne soient sollicités (art. 31, al. 1, let. c, LB en relation avec l'art. 48, let. b, OIB-FINMA). Ce principe ne s'applique pas au capital convertible et aux emprunts assortis d'un abandon de créances. Ces instruments ont été créés spécifiquement dans le but de l'absorption des pertes. Par conséquent, avant d'exécuter un *bail-in*, il faudra dans un premier temps convertir tout le capital convertible éventuellement disponible et réduire l'intégralité des emprunts assortis d'un abandon de créances (let. a). Contrairement aux détenteurs de ces emprunts, les titulaires de capitaux convertibles recevront, lors de la conversion, des droits de participation dans la banque, mais uniquement pour une durée très brève sur le plan juridique.

Dans un second temps, le capital social devra être entièrement réduit (let. b), de même que les fonds propres nés de la conversion visée à la let. a. La réduction du capital social dissoudra tous les droits des actionnaires, y compris les autres droits de participation et de souscription existants. Lors d'un *bail-in*, il est primordial que les droits de souscription s'éteignent également, car les créanciers peuvent être mis à contribution uniquement lorsque les propriétaires ont été déchus de tous leurs droits.

La procédure visée à l'al. 4 garantit que la perte sera supportée principalement par les propriétaires et par les détenteurs de certains instruments de capital. La réglementation en vigueur énoncée à l'art. 48, al. 1, let. b et c, OIB-FINMA respecte elle aussi ces principes. Les fonds de tiers destinés à absorber les pertes (*bail-in bonds*) ne doivent pas être entrés dans le champ d'application de l'al. 4. Ils constituent des emprunts au sens de l'art. 126a OFR destinés contractuellement à absorber des pertes dans le cadre d'un assainissement forcé décidé par les autorités (cf. commentaire de l'al. 5).

Al. 5

L'al. 5 fixe l'ordre de conversion ou de réduction des créances en cas de *bail-in* (une prescription similaire figure à l'art. 48, al. 1, let. d, OIB-FINMA). Les créances du rang suivant ne pourront être intégrées au *bail-in* que lorsque celles du rang précédent seront insuffisantes pour garantir l'assainissement de la banque (principe de l'épuisement). Il faudra donc dans un premier temps convertir ou réduire toutes les créances subordonnées, dont les instruments de dette que la banque émet sous la forme de fonds propres complémentaires (T2) et qui peuvent être pris en compte à titre de fonds propres réglementaires. Selon l'art. 20, al. 3, OFR, ces instruments prennent rang après les créances non subordonnées. Cette disposition pourra aussi s'appliquer à d'autres créances subordonnées qui ne constituent pas des fonds propres réglementaires, telles que les titres de créance qui ne peuvent plus être pris en compte en tant que capital réglementaire selon le droit en vigueur (*old style T2*).

Viendront ensuite (cf. let. b) les créances émises pour absorber les pertes lorsque les autorités ordonneront l'exécution de mesures en cas d'insolvabilité (*bail-in bonds*, art. 126a OFR). Les conditions de ces instruments comprennent une clause inconditionnelle et irrévocable selon laquelle les créanciers doivent accepter une éventuelle

conversion ou réduction de créance ordonnée par l'autorité de surveillance dans le cadre d'une procédure d'assainissement (art. 126a, al. 1, let. h, OFR). Indemnisés au moyen d'intérêts plus élevés, les acquéreurs de ces instruments prennent donc le risque en cas de *bail-in* de perdre leur créance et les futurs intérêts qui y sont liés. En revanche, les créanciers détenant d'autres créances de troisième classe au sens de l'art. 219, al. 4, LP ne se sont pas engagés contractuellement à accepter la conversion ou la réduction de leurs créances, si bien que le risque lié à un *bail-in* n'est pas répercuté sur les intérêts auxquels ces créanciers ont droit. Par principe et sous réserve de l'al. 6, il ne serait dès lors pas opportun que ces autres créances soient converties en même temps que les *bail-in bonds*. La création d'un rang supplémentaire pour ces derniers tient compte de cette différence. Ce rang comprendra également les *bail-in bonds* de la let. b qui ne remplissent pas les conditions nécessaires pour être pris en compte à titre de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes. Cela concernera notamment les *bail-in bonds* qui ne peuvent plus être pris en compte à hauteur du montant de la créance en raison de leur faible durée résiduelle (art. 127a, al. 1, OFR).

Le troisième rang comprendra toutes les autres créances, à l'exception des dépôts, qui figureront au quatrième et dernier rang. Ceux-ci pourront être convertis ou réduits uniquement s'ils ne sont pas privilégiés selon l'art. 37a (cf. art. 30c, al. 2, let. a, AP-LB).

Al. 6

Ce principe ne s'appliquera pas aux *bail-in bonds* qu'une société mère (holding) n'effectuant elle-même aucune opération a émis en faveur d'autres créanciers. Dans ce cas, les *bail-in bonds* sont considérés communément comme subordonnés sur le plan structurel (cf. art. 126a, al. 1, let. e, OFR). Lorsqu'un *bail-in* sera effectué au niveau de la holding, seules les créances envers cette société pourront être converties. La conversion ne portera en revanche pas sur les créances envers les autres sociétés du groupe, en particulier envers les filiales de la holding qui exercent les opérations. Étant donné que la holding a généralement peu d'autres créances en plus des *bail-in bonds*, un *bail-in* réalisé à son niveau concernerait peu d'autres créanciers. Un rang spécial pour les *bail-in bonds* visés à la let. b n'est pas nécessaire dans le cas d'une structure de holding. Cette exception ne vaut toutefois que s'il s'agit d'une simple structure de ce genre (*clean holding*). En d'autres termes, les autres créances de même rang envers la holding ne doivent pas dépasser 5 % de la valeur nominale totale des *bail-in bonds* émis.

Les créances nées de plans de rémunération internes en faveur des collaborateurs des entités d'un groupe (systèmes de primes) ne devront pas être prise en compte dans le calcul de ce seuil de 5 %. Elles pourront être converties en fonds propres en même temps que les *bails-in bonds* sans que cette opération ne nuise au *bail-in* et, partant, à l'assainissement. On a également examiné la question de savoir si des créances internes à un groupe pouvaient être exclues du calcul précité. Cette solution a été rejetée pour plusieurs raisons. Plus on admet de créances au niveau de la holding en plus des 5 % d'autres créances (et des créances des collaborateurs déjà exclues), plus on affaiblit le principe de la *clean holding*, qui fonde justement la réglementation spéciale applicable aux structures de holding. En outre, le bilan des filiales nécessitant un assainissement serait grevé encore davantage si leurs créances envers la holding étaient

intégrées au *bail-in* en même temps que les *bail-in bonds*, donc plus tôt que prévu. Cette méthode réduirait les chances de succès de l'assainissement.

Le moment où les *bail-in bonds* seront émis sera déterminant pour le calcul du seuil de 5 %, bien que ce dernier doit être respecté par principe en permanence. Dans le cadre de son activité de surveillance, la FINMA pourra faire en sorte que ce soit le cas. Le fait de rattacher le calcul du seuil de 5 % au moment d'émission des *bail-in bonds* sert la sécurité juridique et la prévisibilité. Sans un tel lien, les *bail-in bonds* pourraient changer de rang après leur émission, et leurs créanciers ne sauraient pas si leurs créances sont subordonnées ou non pendant leur durée. Pour le calcul du seuil de 5 %, les *bail-in bonds* à venir devront être ajoutés à tous ceux qui sont en cours.

Al. 7

La FINMA pourra suspendre provisoirement tous les droits de participation des nouveaux propriétaires. La banque concernée bénéficiera alors d'une période transitoire pour se stabiliser et exécuter les mesures nécessaires à son assainissement sans que les nouveaux actionnaires ne puissent les influencer. Dans ce cas, les droits de participation pourront être exercés au plus tard lors de la première assemblée générale, dont la date pourra être fixée dans le plan d'assainissement ou déterminée par le conseil d'administration. Selon la complexité du cas, cette assemblée pourra avoir lieu dans les six à douze mois qui suivront l'homologation du plan d'assainissement.

Art. 31 Homologation du plan d'assainissement

L'art. 31 régleme les conditions d'homologation du plan d'assainissement. Figurant à l'al. 3 dans le droit en vigueur, la base légale relative au *bail-in* sera transférée dans l'art. 30c commenté ci-dessus.

Le plan d'assainissement devra contenir au minimum les éléments énoncés à l'art. 30b AP-LB (let. a). La let. b précise que la FINMA devra vérifier sur le fond si tant les actifs que les passifs ainsi que l'assainissement requis ont été évalués selon le principe de prudence. Cette évaluation devra notamment tenir compte des pertes auxquelles il faudra s'attendre.

La let. c énonce par ailleurs que le plan d'assainissement pourra être homologué uniquement s'il n'est pas, selon toute vraisemblance, moins favorable aux créanciers, sur le plan économique, que l'ouverture immédiate de la faillite (à l'heure actuelle, il doit être selon toute vraisemblance plus favorable aux créanciers [cf. art. 31, al. 1, let. b, LB). Cette nouveauté correspond aux KA du CSF, selon lesquels un *bail-in* peut être exécuté seulement lorsqu'il n'est pas plus défavorable aux créanciers que l'ouverture d'une faillite (*no creditor worse off than in liquidation-Safe-guard*³³).

Le respect de cette exigence sera vérifié lors de tests nommés *No Creditor Worse Off* (NCWOT). En général, ceux-ci ne devraient pas constituer un obstacle insurmontable pour les banques puisque les valeurs d'assainissement s'appuient sur la poursuite de l'activité de l'établissement. En revanche, le produit de liquidation réalisable serait utilisé comme étalon de comparaison en cas d'ouverture immédiate de la faillite.

³³ CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* du 15 octobre 2014, ch. 5.2

Al. 2

Le plan d'assainissement pourra être homologué sans l'approbation de l'assemblée générale (comme dans l'al. 2 en vigueur). Il va de soi que cette disposition renvoie à l'assemblée générale de la banque concernée. Le complément actuel «de la banque» peut donc être supprimé.

Al. 3

La FINMA devra publier les grandes lignes du plan d'assainissement (comme dans l'al. 4 en vigueur) et indiquer comment les créanciers et les propriétaires concernés pourront consulter ce plan. À l'heure actuelle, ce deuxième point figure à l'art. 45, al. 2, OIB-FINMA. Or il est judicieux de l'inscrire dans la loi pour assurer une meilleure compréhension de la procédure.

Art. 31a Refus du plan d'assainissement

Al. 3

L'al. 3 sera adapté dans la mesure où, pour assurer la stabilité du système financier, un refus du plan d'assainissement par les créanciers sera exclu non seulement pour les banques d'importance systémique, mais également pour les sociétés de groupes ou de conglomérats financiers d'importance systémique.

Art. 31b Contrepartie en cas de transfert

Al. 1

L'al. 1 régit le cas dans lequel une partie des actifs, des passifs ou des contrats sera transférée à un autre sujet de droit conformément à l'art. 30, al. 2, let. a, AP-LB. Le sujet de droit reprenneur pourra être une autre société du groupe incluse dans la procédure d'assainissement ou un tiers qui n'y est pas associé. Une banque relais (*bridge bank*) pourra aussi entrer en ligne de compte. En cas de transfert, une contrepartie proportionnelle aux actifs et passifs transférés devra être versée au sujet de droit lésé par ce transfert. Elle devra être payée régulièrement par le sujet de droit reprenneur. La FINMA pourra la fixer dans le plan d'assainissement. Si les passifs, les actifs ou les contrats sont transférés à un tiers extérieur à la procédure d'assainissement, la contrepartie devra faire l'objet de négociations avec cette personne et être régie au moyen d'un contrat. Une autre solution consistera à inclure dans le contrat de reprise un mécanisme d'adaptation des prix indiquant dans quelles circonstances le prix de vente pourra être modifié après la reprise.

Al. 2

L'al. 2 reprend la dernière partie de la phrase figurant à l'al. 1 actuel, à savoir que la FINMA peut ordonner une évaluation indépendante. En principe, il ne serait pas nécessaire de citer cette compétence à l'al. 2 puisque la FINMA se fondera probablement sur une évaluation effectuée par un tiers dans le cas d'un transfert de ce genre. Cette évaluation permettra à la FINMA d'avoir des arguments solides pour justifier le prix de vente et diminuer ainsi le risque de recours, que le transfert soit réalisé entre deux

sociétés participant à la procédure d'assainissement ou à un tiers extérieur à cette dernière. Il ne sera toutefois pas indispensable que l'évaluation ait lieu avant la conclusion du contrat de vente ou le transfert. On pourra en effet prévoir de lier la définition du montant de la contrepartie à une évaluation devant être faite, de sorte qu'il sera possible de fixer le montant définitif seulement après l'évaluation. Il sera toutefois indispensable d'inscrire dans le contrat les principales dispositions régissant le transfert. Afin d'éviter tout malentendu, il faudra préciser que la FINMA ne peut pas modifier ultérieurement et de manière unilatérale un prix de vente ou un mécanisme d'adaptation des prix qui a déjà été approuvé lors de négociations.

Art. 31c Compensation en cas de mesures de capitalisation

Al. 1

Comme nous l'avons indiqué précédemment, le capital social devra être entièrement réduit avant l'exécution d'un *bail-in*. Les propriétaires initiaux perdront ainsi leurs participations. En temps normal, les actionnaires perdent leurs parts sans la moindre compensation en cas de faillite, si la substance résiduelle ne suffit pas à satisfaire intégralement tous les créanciers. Une mesure de capitalisation peut toutefois être ordonnée si la banque concernée n'est pas encore surendettée (p. ex. en cas de problèmes de liquidités importants [cf. art. 25, al. 1, LB]) et aboutir à l'obtention d'une substance résiduelle revenant en principe aux propriétaires.

Pour atténuer les désagréments occasionnés aux propriétaires initiaux, il sera possible d'accorder à ces derniers une compensation adéquate dans certains cas de rigueur. Ce genre de cas pourra se présenter lorsque, du fait de la mesure de capitalisation, les créanciers participant au *bail-in* recevront un montant supérieur à la valeur nominale de leurs créances d'origine. Les créanciers ne doivent pas tirer avantage du *bail-in* au détriment des propriétaires.

C'est en particulier l'évaluation des actifs, des passifs et de l'assainissement nécessaire qui est relativement difficile au moment de l'approbation du plan correspondant, car une partie des positions du bilan n'ont vraisemblablement aucune valeur marchande et doivent être estimées. Afin de clarifier la situation aussi rapidement que possible malgré les difficultés liées à cette évaluation, on déterminera dès l'homologation du plan d'assainissement si une compensation doit être versée et, le cas échéant, à quel montant elle doit s'élever. À cette fin, l'évaluation devra s'appuyer sur les informations disponibles. Des experts indépendants pourront être mandatés au besoin.

Cette compensation demeurera cependant une exception. En général, l'évaluation conclura que les créanciers doivent supporter une perte à cause du *bail-in*. Dans des cas exceptionnels, notamment en relation avec une crise de liquidités, il serait néanmoins envisageable que les créanciers soient mieux lotis après le *bail-in* qu'auparavant en raison de la réduction intégrale du capital-actions, dont la valeur leur reviendra au final en leur qualité de nouveaux propriétaires. Cela tient au fait qu'une banque n'est pas nécessairement surendettée lors d'une crise de liquidités.

Al. 2

Selon l'al. 2, une compensation pourra revêtir la forme d'une attribution d'actions, d'autres droits de participation, d'options ou de bons de récupération. On entend par

autres droits de participation des bons de participation ou des bons de jouissance notamment, ces derniers pouvant être adaptés à l'objectif poursuivi. Ainsi, les détenteurs de bons de jouissance pourraient avoir droit à un dividende, un éventuel produit de liquidation ou un droit de souscription. De plus, ces bons ou le droit qui y est associé pourraient être temporaires (p. ex. d'une durée restreinte à trois ans).

Dans le cas où une compensation serait attribuée sous la forme d'options, la banque serait la contrepartie du contrat d'option. Celles-ci pourraient, par exemple, conférer un droit à leurs détenteurs si le prix des actions dépasse une valeur prédéfinie avant une date précise (option *call*). Il faudrait évaluer les options pour en attribuer une valeur raisonnable aux actionnaires de longue date. De préférence, les options prévoiraient un règlement physique. S'ils les exerçaient, leurs détenteurs devraient alors acheter des actions, ce qui impliquerait, d'une part, que la banque détienne déjà ou acquière ses propres actions et puisse les céder, d'autre part, qu'elle en crée au moyen d'une augmentation de capital.

L'énumération n'est pas exhaustive et autorise d'autres formes afin qu'il soit possible de trouver une solution adéquate dans chaque cas. Quelle que soit leur forme, les instruments attribués seront négociables de sorte que les actionnaires de longue date pourront réaliser immédiatement la valeur reçue.

Art. 31d Effets juridiques du plan d'assainissement

Al. 1

Lors de l'application des mesures du plan d'assainissement, il faudra faire la distinction entre une banque d'importance systémique ou une société de groupes ou de conglomérats financiers d'importance systémique, d'une part, et une banque autre qu'une banque d'importance systémique, d'autre part. Les créanciers de cette dernière pourront refuser le plan d'assainissement (cf. art. 31a, al. 1 et 3, LB), ce qui ne sera pas le cas des créanciers de banques d'importance systémique ou de sociétés de groupes ou de conglomérats financiers d'importance systémique. Par conséquent, les mesures prévues dans le plan d'assainissement prendront effet dès que ce dernier aura été homologué ou à l'expiration du délai de refus visé à l'art. 31a, à condition que ce délai n'ait pas été utilisé.

Al. 2

Dès que le plan d'assainissement produira ses effets, les détenteurs d'instruments de capital convertibles pourront acquérir les nouvelles actions créées lors du *bail-in*, celles-ci étant libérées au moyen d'une compensation relevant d'une loi spéciale. L'énumération figurant à l'al. 2 n'est pas exhaustive.

Al. 3

Conformément au principe énoncé à l'al. 1, les inscriptions aux registres éventuellement requises n'auront qu'une portée déclaratoire. Pour des raisons de sécurité juridique, elles devront être effectuées le plus rapidement possible.

Art. 32 Prétentions

Al. 3

La disposition régit le calcul des délais dans lesquels des droits de révocation pourront être exercés. La modification précise que le moment déterminant pour ce calcul sera celui de l'homologation du plan d'assainissement, et non celui de l'ouverture de la faillite. Si la FINMA a ordonné au préalable une mesure protectrice prévue à l'art. 26, al. 1, let. e à h, LB, le moment déterminant pour le calcul sera celui où la mesure a été ordonnée.

Al. 4

Des actes juridiques ne peuvent pas être révoqués s'ils sont exécutés lors de la mise en œuvre d'un plan d'assainissement homologué par la FINMA (art. 32, al. 2^{bis}, LB). Il paraît logique que cette disposition s'applique aussi par analogie aux prétentions en matière de responsabilité qui relèvent du droit des sociétés. L'al. 4 sera donc modifié en conséquence.

Art. 34 Effets et procédures

Al. 2 et 3

Associées à l'art. 28, ces dispositions constituent la base de l'OIB-FINMA. Elles seront adaptées par analogie avec l'art. 28, al. 2, LB afin que ces deux dispositions poursuivent le même objectif (cf. commentaire de l'art. 28, al. 2, AP-LB).

Art. 37 Engagements contractés lors de mesures protectrices ou pendant la procédure d'assainissement

Selon l'art. 37 en vigueur, les engagements que la banque était habilitée à contracter pendant la durée des mesures protectrices prévues à l'art. 26, al. 1, let. e à h sont honorés avant toutes les autres créances. Ce traitement privilégié garantit que des tiers restent disposés à faire des affaires avec une banque, même si celle-ci rencontre des difficultés financières. En vertu du nouveau droit, ce privilège sera étendu aux créances que la banque aura pu contracter pendant la procédure d'assainissement afin d'éviter que l'établissement ne doive faire face à des difficultés considérables pour poursuivre son activité durant cette période.

Art. 37e Distribution et fin de la procédure

Al. 1

La compétence de la FINMA concernant l'approbation du tableau de distribution et du compte final sera régie dans la loi. La teneur de cette disposition s'appuie sur celle de l'art. 36, al. 2, OIB-FINMA.

Al. 2

Cette disposition reprend la procédure visée à l'art. 263 LP, qui a fait ses preuves. Elle tient compte toutefois des particularités du droit de l'insolvabilité bancaire relatives au délai de recours et aux organes de publication.

4.1.3 Procédure de recours

Remarques générales

Les recours contre les décisions de la FINMA s'appuient sur les dispositions de procédure générale de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)³⁴. Il en va en principe de même pour les procédures relevant des chapitres 11 et 12 LB. Remanié lors de différentes révisions, l'art. 24 LB prévoit plusieurs règles particulières à ce sujet. D'une part, il limite les objets contre lesquels les créanciers ou les propriétaires de la banque concernée peuvent recourir (al. 2). D'autre part, il dispose que les recours formés dans les procédures visées aux chapitres 11 et 12 LB n'ont pas d'effet suspensif. Celui-ci peut toutefois être octroyé par le juge instructeur sur requête d'une partie, sauf dans le cas où le recours porte sur l'homologation du plan d'assainissement (al. 3). Enfin, cet article régit les conséquences juridiques en cas d'admission d'un recours des créanciers ou des propriétaires contre cette homologation (al. 4).

Le projet de révision faisant l'objet du présent rapport propose de remanier la procédure de recours. Dans un premier temps, l'art. 24 en vigueur sera subdivisé en plusieurs articles en vue d'une clarté et d'une lisibilité accrues, puis déplacé après les dispositions matérielles du droit de l'insolvabilité, afin que la systématique de la loi soit cohérente. S'appuyant sur l'actuel art. 24, al. 4, l'art. 37^g^{bis} AP-LB fixe une règle particulière pour les recours contre l'homologation du plan d'assainissement. L'art 37^g^{ter} AP-LB, qui se base sur l'art. 24, al. 2, en vigueur, réglemente le droit de recours des créanciers et des propriétaires. Enfin, l'art. 37^g^{quater} AP-LB énonce les prescriptions de procédure qui s'appliqueront en matière d'effet suspensif à tous les recours (actuel art. 24, al. 3) ainsi que les nouvelles règles concernant les délais.

Art. 37^g^{bis} Recours contre l'homologation du plan d'assainissement

La personne recourant contre l'homologation du plan d'assainissement ne pourra pas exiger l'annulation ou la modification de ce plan, c'est-à-dire qu'elle ne pourra pas réclamer le transfert inverse des actifs, des passifs et des contrats. La teneur de cette réglementation est semblable à celle de l'art. 24, al. 4, en vigueur, mais la nouvelle disposition ne se limitera pas aux recours des créanciers ou des propriétaires.

L'actuel art. 24, al. 4, garantit l'exécution d'un assainissement intégral en temps opportun, ce qui est dans l'intérêt de tous les participants. Il faut dans tous les cas éviter que l'assainissement ne soit entravé par des processus fastidieux portant sur des questions individuelles (cf FF 2011 4365, 4414). Les intérêts pécuniaires des créanciers ou des propriétaires ne peuvent être réparés qu'au moyen d'une indemnisation. La nouvelle LB maintiendra cette règle tout en étendant son champ d'application aux recours formés par d'autres personnes, dont la banque elle-même. L'extension de la réglementation se justifie en l'espèce, car la faillite ferait subir à l'ensemble des participants des inconvénients plus considérables qu'un assainissement, celui-ci ne pouvant être ordonné que si les conditions énoncées à l'art. 31, al. 1, LB sont réunies.

³⁴ RS 172.021

Le fait d'utiliser directement les nouveaux fonds à des fins d'indemnisation pourrait empêcher la banque assainie de poursuivre ses activités. Pour éviter cette situation, l'indemnisation, si elle est accordée, prendra uniquement la forme d'actions, d'autres droits de participation, d'options ou de bons de récupération. Elle ne sera jamais versée en espèces. Des mesures préparatoires pourront déjà être prises dans le plan d'assainissement pour s'assurer que la banque dispose de ressources financières suffisantes en vue du versement d'une indemnisation. Par exemple, une partie des nouvelles actions qui seront émises pourrait être conservée et ne pas (encore) être distribuée aux créanciers qui ont participé au *bail-in*. Les actions deviendraient alors la propriété de la banque. Ainsi, les créanciers qui ont participé au *bail-in* recevraient la même valeur que si toutes les actions en cours leur étaient attribuées. Si un tribunal ordonnait une indemnisation a posteriori, ces actions conservées pourraient être réparties entre les requérants ayant obtenu gain de cause. Le plan d'assainissement pourrait également prévoir la création d'un capital de réserve visé à l'art. 12 LB. Si un recours était admis, cette mesure permettrait d'émettre des actions (ou d'autres droits de participation) en vue d'une indemnisation. La création d'un capital autorisé ou conditionnel serait également possible en lieu et place du capital de réserve.

Art. 37^{g^{ter}} Recours des créanciers et des propriétaires

Le droit en vigueur (art. 24, al. 2, LB) n'accorde pas le droit aux créanciers ou aux propriétaires de recourir devant un tribunal contre les décisions prises dans les procédures visées aux chapitres 11 et 12 LB. Un recours est possible uniquement contre l'homologation du plan d'assainissement et les opérations de réalisation. Cette restriction visait à ne pas entraver les objectifs des mesures prises par la FINMA. Le commentaire de cette disposition figurant dans le message du Conseil fédéral du 20 novembre 2002 indiquait à ce propos qu'une «banque connaissant des problèmes de solvabilité [devait] être soumise à une procédure efficace, adaptée à chaque cas particulier et permettant d'aboutir soit à un assainissement, soit – si ce dernier n'[était] pas envisageable – à la liquidation la plus avantageuse possible pour les créanciers et les propriétaires. Atteindre cet objectif [supposait] avant tout que les mesures [de procédure] prises ne fassent pas l'objet de recours bloquant inévitablement le déroulement de la procédure» (FF 2002 7476, 7494).

Selon le droit en vigueur, les créanciers et les propriétaires ne peuvent notamment pas attaquer les décisions concernant le compte final et le tableau de distribution. Ces deux éléments sont établis par le liquidateur de la faillite et soumis à l'approbation de la FINMA (cf. art. 36, al. 2, OIB-FINMA). Compte tenu de la réserve constitutionnelle en faveur de la loi et de la garantie de l'accès au juge, cette disposition pose toutefois problème, car l'admission des coûts de la masse au moyen de l'approbation du compte final et du tableau de distribution réduit directement le futur dividende des créanciers et des propriétaires.

C'est la raison pour laquelle les créanciers et les propriétaires auront le droit, en vertu de la nouvelle LB, d'attaquer les décisions de la FINMA concernant l'approbation du tableau de distribution et du compte final en utilisant les voies de droit ordinaires. Ce renforcement des droits des créanciers l'emporte sur l'incertitude liée au prolongement de la procédure (et donc au report de la distribution aux créanciers). Comme à l'heure actuelle, les créanciers et les propriétaires ne pourront cependant pas recourir

contre d'autres mesures relevant des procédures visées aux chapitres 11 et 12 (p. ex. contre les mesures protectrices énoncées à l'art. 26 LB ou contre l'ouverture de la procédure d'assainissement).

Art. 37g^{quater} Effet suspensif et délais

Al. 1

L'art. 37g^{quater} réglera les autres prescriptions de procédure qui divergent du droit général de la procédure administrative. L'al. 1 établit le principe selon lequel les recours formés dans les procédures visées aux chapitres 11 et 12 n'auront pas d'effet suspensif. Cette réglementation figure déjà dans la LB en vigueur (cf. art 24, al. 3). Le fait qu'elle fasse l'objet d'une disposition distincte dans le nouveau droit (cf. art. 37g^{quater}) indique clairement que l'abrogation de l'effet suspensif s'appliquera à tous les recours relevant des chapitres 11 et 12, quel que soit le requérant.

En vertu du droit en vigueur, le juge instructeur peut restituer l'effet suspensif sur requête d'une partie. L'octroi de cet effet est cependant exclu pour les recours contre l'homologation du plan d'assainissement. Le projet faisant l'objet du présent rapport prévoit que cette exclusion concernera les recours contre le prononcé de mesures protectrices au sens de l'art. 26, le prononcé d'une procédure d'assainissement, l'homologation du plan d'assainissement et l'ordre de faillite. On pourra ainsi mieux tenir compte de l'objectif de la procédure en cas de risque d'insolvabilité, à savoir tenter en premier lieu de rétablir aussi rapidement que possible la confiance dans la banque concernée et dans sa viabilité économique pour éviter une nouvelle détérioration de la situation. En particulier, le prononcé et l'application de mesures protectrices sont extrêmement urgents. L'octroi d'un effet suspensif serait contraire au but de ces mesures et pourrait compromettre entièrement l'atteinte de l'objectif.

De plus, l'exclusion générale de l'effet suspensif pour les procédures de recours mentionnées lève les incertitudes qui découlent de la réglementation actuelle et peuvent nuire à la procédure.

Al. 2

En vertu des dispositions générales du droit de la procédure administrative, le recourant dispose d'un délai de 30 jours pour recourir contre les décisions de la FINMA (art. 50 PA). Selon la LB en vigueur, ce délai s'applique aussi aux recours formés contre l'homologation du plan d'assainissement ou les opérations de réalisation. Comme nous l'avons indiqué précédemment, ce long délai peut nuire à l'assainissement d'une banque menacée d'insolvabilité, car l'insécurité juridique en découlant risque d'entraver la stabilisation de la banque. Par conséquent, le projet faisant l'objet du présent rapport prévoit de réduire à dix jours le délai de recours contre l'homologation du plan d'assainissement.

Pour des raisons analogues, le délai de recours contre les opérations de réalisation sera également fixé à dix jours. Dans la pratique, la future réalisation est annoncée aux participants, qui peuvent exiger une décision sujette à recours. Celle-ci doit alors être attaquée dans les dix jours.

Al. 3

Selon le droit général de la procédure administrative, le délai de recours commence à courir le jour où la décision est notifiée à la personne concernée (art. 50 en relation avec l'art. 20 PA). L'homologation du plan d'assainissement, du tableau de distribution et du compte final est communiquée publiquement. Ainsi, en vertu de l'art. 31, al. 3, AP-LB (cf. commentaire correspondant), la FINMA devra publier les grandes lignes du plan d'assainissement. Dans ce cas, le délai de recours commencera à courir à partir de cette publication. En vertu du nouvel art. 37e, al. 2, AP-LB (cf. commentaire correspondant), le tableau de distribution et le compte final seront déposés pour consultation pendant dix jours. Au terme de cette période, la FINMA statuera sur leur approbation. Le délai de recours correspondant commencera à courir le lendemain de la publication, par la FINMA, de son approbation.

En ce qui concerne les opérations de réalisation, l'instant à partir duquel le délai courra s'appuie sur les règles en vigueur. Le liquidateur de la faillite communique le plan des réalisations aux créanciers en leur impartissant un délai pendant lequel ils peuvent demander à la FINMA de rendre une décision sujette à recours pour chaque réalisation prévue (art. 34, al. 4, OIB-FINMA). Selon les dispositions générales, le délai de recours contre les opérations de réalisation commence donc à courir le jour où la décision est notifiée à la personne concernée.

4.2 Garantie des dépôts

Art. 37b Remboursement à partir des actifs liquides disponibles

Al. 1

L'art. 37b LB prévoit que les dépôts privilégiés visés à l'art. 37a, al. 1, sont remboursés immédiatement, hors de la collocation, à partir des actifs liquides disponibles de la banque concernée, jusqu'à un montant de 100 000 francs. Si une créance ne peut pas être honorée intégralement (jusqu'à 100 000 francs), le montant restant est mis à la charge de la garantie des dépôts visée aux art. 37h ss, puis à celle de la collocation. Le remboursement rapide des dépôts privilégiés à partir des actifs liquides disponibles évite de devoir solliciter la garantie des dépôts.

Se fondant sur cette systématique, la loi opère une distinction entre les dépôts privilégiés et les dépôts garantis. En cas de faillite d'une banque, les dépôts privilégiés sont attribués à la deuxième classe de créances au sens de l'art. 219, al. 4, LP et donc honorés avant les créances relevant de la troisième classe (art. 37a LB). S'élevant à 100 000 francs au plus par créancier, ce privilège s'applique à tous les dépôts libellés au nom du déposant. La garantie des dépôts protège tout dépôt privilégié visé à l'art. 37a, al. 1, LB détenu auprès de comptoirs suisses (cf. art. 37h, al. 1, LB). Au vu de ce qui précède, les dépôts détenus auprès de comptoirs étrangers ainsi que les avoirs gardés auprès de fondations bancaires ou de libre passage selon l'art. 37a, al. 5, LB sont certes privilégiés en cas de faillite, mais ils ne bénéficient pas de la protection de la garantie des dépôts.

Exigé par le droit en vigueur, le «remboursement immédiat» des dépôts privilégiés visés à l'art. 37a, al. 1, LB constitue un défi lorsque ceux-ci sont détenus auprès de comptoirs étrangers, car les noms des déposants étrangers ne peuvent généralement pas être obtenus dans un délai raisonnable. En revanche, les dépôts détenus auprès de comptoirs suisses peuvent être remboursés lors du même processus que celui qui est prévu pour les dépôts garantis. La nouvelle réglementation proposée à l'al. 1 en tient compte, puisqu'elle distinguera les dépôts détenus auprès d'agences³⁵ suisses et ceux qui le sont auprès d'agences étrangères. Comme à l'heure actuelle, les premiers seront remboursés immédiatement (let. a), tandis que les seconds le seront dès que cela sera possible sur le plan matériel et juridique (let. b).

Al. 2

La modification de l'al. 2 tient à la reformulation de l'al. 1, selon lequel un remboursement immédiat ne sera exigé que pour les dépôts détenus auprès d'agences suisses.

Art. 37h Principe

Al. 1, 2 et 5

Ces dispositions resteront telles quelles dans la nouvelle réglementation.

Al. 3

Let. a

La loi actuelle prévoit un délai de 20 jours ouvrables pour le paiement des dépôts garantis. Or selon la teneur de cette disposition, ce délai ne s'applique pas au remboursement aux déposants, mais au versement exécuté par l'organisme de garantie (esisuisse) aux mandataires de la FINMA. En vertu de la nouvelle législation, le processus de remboursement sera soumis aux délais suivants:

1. esisuisse transférera les dépôts garantis au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite compétent dans les sept jours ouvrables qui suivent l'ouverture de la faillite (art. 37h, al. 1, let. a; contre 20 jours ouvrables à l'heure actuelle);
2. le liquidateur de la faillite remboursera les dépôts aux déposants dans les sept jours ouvrables qui suivent la réception des instructions des déposants concernant le paiement (art. 37j, al. 3, AP-LB). La loi en vigueur ne fixe aucun délai pour ce remboursement. En vertu de l'art. 44 OB, le remboursement doit être effectué «dès que» le mandataire a reçu le montant d'esisuisse.

La let. a précise également que la garantie des dépôts s'appliquera lors du prononcé d'une mesure protectrice prévue à l'art. 26 LB uniquement si celle-ci est prise en vue de la faillite (de sa préparation, en fait). Dans les autres cas, ce prononcé ne pourra pas fonder le recours à la garantie des dépôts. Celle-ci ne sera pas non plus mise en œuvre dans une procédure d'assainissement, car contrairement à la faillite, cette procédure vise à permettre la poursuite des activités de la banque (c'est pourquoi il ne sera plus question de «délégué à l'assainissement»).

³⁵ Nouvelle terminologie introduite dans l'AP-LB à la place de «comptoir».

Let. b

La limite supérieure du système est adaptée aux changements effectués depuis la première fois qu'elle a été fixée. Selon la nouvelle réglementation, une somme de couverture équivalant à 1,6 % du total des dépôts garantis s'appliquera en lieu et place d'un plafond fixe, les contributions dues par les banques devant toutefois s'élever au minimum à 6 milliards de francs. Ce mécanisme permettra donc à la couverture d'évoluer au même rythme que le total des dépôts garantis, le montant de 6 milliards constituant un seuil en dessous duquel il ne sera pas possible de descendre.

Let. c

L'obligation de déposer des titres d'un montant équivalant à la moitié de la contribution due remplacera l'obligation actuelle de disposer en permanence de moyens liquides correspondant à la moitié de cette contribution (cf. art. 37h, al. 3, let. c, LB et AP-LB). Le dépôt anticipé de titres ajoutera un élément ex ante au système actuel. Les banques devront déposer en permanence, auprès d'un sous-dépositaire sûr, des titres de haute qualité aisément réalisables ou des espèces en francs suisses d'un montant correspondant à la moitié des contributions auxquelles elles sont tenues. Elles pourront également accorder une sûreté à l'organisme de garantie sous la forme d'un prêt en espèces du même montant (cette seconde possibilité étant intéressante surtout pour les établissements de plus petite taille). En cas de mise en œuvre de la garantie des dépôts, les titres déposés pourront être réalisés si la banque devant servir la prestation ne peut pas réunir autrement les liquidités requises. Le respect de l'obligation concernant les contributions dues pourra ainsi être garanti par anticipation, au moins partiellement. Par ailleurs, toute banque qui aura recours à la garantie des dépôts y aura également contribué. Dans le système en vigueur, seules les banques qui ne font pas appel à cette garantie doivent mettre à disposition les liquidités en cas de besoin uniquement.

Étant donné qu'ils doivent être réalisés rapidement en cas d'application, seuls des titres de haute qualité et aisément convertibles en liquidités (actifs liquides de haute qualité ou *high quality liquid assets* [HQLA]) entrent en ligne de compte. Il s'agit notamment des valeurs mobilières de la BNS pouvant être l'objet d'une mise en pension. L'organisme de garantie esisuisse doit veiller à ce que les banques respectent leur obligation et garantissent les contributions auxquelles elles sont tenues. Il doit notamment fixer dans sa réglementation les dispositions d'exécution requises, celle-ci devant ensuite être approuvée par la FINMA (art. 37h, al. 2, LB).

Concernant la part des contributions dues qui n'est pas garantie par le dépôt de titres ou d'espèces ou par l'octroi d'un prêt en espèces, l'obligation de paiement irrévocable applicable dans le cadre de l'autorégulation sera maintenue.

Let. d

L'expérience a montré que le remboursement des dépôts garantis était retardé lorsque ceux-ci ne pouvaient pas être affectés facilement aux différents déposants en cas de mise en œuvre de la garantie des dépôts. La plupart du temps, cette situation résultait de données déficientes (absence de *single customer view*). En vertu de la nouvelle réglementation, chaque banque sera tenue d'effectuer, dans le cadre de ses activités ordinaires, les préparatifs nécessaires pour pouvoir rembourser les déposants dans le

délai imparti. L'infrastructure et les processus devront être adaptés afin que le liquidateur de la faillite puisse déterminer les dépôts garantis de manière quasiment automatique. Cela impliquera l'établissement d'une liste mentionnant tous les déposants dont les dépôts sont garantis (*masterfile*, cf. al. 3^{bis}, let. c) ainsi que les dépôts concernés. Ainsi seulement pourra-t-on prier ces déposants de transmettre immédiatement leurs instructions de paiement en application de l'art. 37j, al. 2, AP-LB et rembourser les dépôts dans les sept jours qui suivent la réception de ces instructions. Le recensement des déposants dont les dépôts *privilégiés* ne sont pas garantis simultanément représente un défi majeur, en particulier en ce qui concerne les succursales situées à l'étranger. C'est la raison pour laquelle ces dépôts privilégiés (mais non garantis) ne devront faire l'objet que d'un aperçu sommaire (cf. al. 3^{bis}, let. d). La banque devra cependant pouvoir au moins quantifier à tout moment l'ensemble des dépôts garantis par succursale à l'étranger.

De plus, les établissements bancaires devront disposer d'une infrastructure conforme aux exigences et de processus standardisés pour pouvoir traiter les instructions de paiement des déposants et effectuer le règlement dans un laps de temps très court et, de préférence, de manière automatisée.

Le délai transitoire pour l'exécution des préparatifs sera de cinq ans. À l'échéance de ce délai, le respect des exigences sera contrôlé au moyen d'un audit prudentiel.

Al. 4

Le terme «montant» figurant dans le droit en vigueur sera remplacé par «exigences», car la limite supérieure du système ne sera plus exprimée que sous la forme d'un montant de 6 milliards.

Art. 37i Mise en œuvre de la garantie des dépôts

Al. 1 et 3

Les mesures protectrices fonderont le recours au système de garantie des dépôts uniquement lorsqu'elles seront ordonnées en relation avec une faillite imminente (cf. commentaire de l'art. 37h, al. 3, let. a, AP-LB).

Al. 2

Si les actifs liquides disponibles d'un établissement concerné sont insuffisants pour rembourser les dépôts privilégiés visés à l'art. 37a, al. 1, LB, le système de garantie des dépôts s'appliquera, et l'organisme de garantie esisuisse mettra à disposition le montant correspondant à la différence, mais au maximum 100 000 francs par déposant. La FINMA informera esisuisse du probable besoin de liquidités. esisuisse veillera à ce que les autres membres lui versent immédiatement les fonds nécessaires, puis les mettra à la disposition du mandataire de la FINMA dans un délai de sept jours ouvrables, contre 20 à l'heure actuelle. La répartition des rôles entre esisuisse et la FINMA ou le mandataire de cette dernière restera la même qu'aujourd'hui dans le processus de remboursement.

Al. 3

Compte tenu de la révision de l'al. 1, l'al. 3, let. b, sera abrogé, car la garantie des dépôts sera mise en œuvre uniquement lorsque des mesures protectrices destinées à liquider la faillite de l'établissement seront ordonnées. Le contenu de la let. a en vigueur sera repris tel quel. Il est tout à fait possible que la prescription de ces mesures résolve les problèmes de la banque concernée, même si elles ont été initialement ordonnées en vue de la faillite. L'al. 4 actuel sera biffé puisque l'art. 37g^{quater}, al. 1, let. a, AP-LB, exclut l'octroi de l'effet suspensif pour les recours contre le prononcé de mesures protectrices (cf. commentaire de l'art. 37g^{quater} AP-LB).

Art. 37j Remboursement

Al. 1

L'al. 1 énoncera l'obligation d'établir un plan de remboursement. Celui-ci se basera sur la liste des déposants que les banques seront tenues de dresser lors des préparatifs visés à l'art. 37h, al. 3, let. d, AP-LB (cf. commentaire correspondant).

Al. 2

Après l'ouverture de la faillite, le liquidateur de la faillite invitera les déposants à lui transmettre immédiatement leurs instructions de paiement en vue du remboursement des dépôts garantis. Pour ce faire, il aura besoin de la liste indiquant les dépôts garantis par déposant. Les déposants devront être informés de leurs prétentions en quelques jours pour avoir ainsi la possibilité de remettre leurs instructions de paiement selon les directives du liquidateur.

Al. 3

Comptant sept jours ouvrables, le délai de remboursement commencera à courir dès que le liquidateur de la faillite aura reçu les instructions de paiement des déposants. Son respect impliquera que ces derniers suivent les consignes du liquidateur, utilisent les aides prédéfinies et fournissent des informations correctes pour le transfert des dépôts. Le remboursement sera exécuté par virement. Le système d'autorégulation pourra apporter des précisions sur le processus destiné à l'obtention des instructions de paiement. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les banques seront tenues d'effectuer, dans le cadre de leurs activités ordinaires, certains préparatifs pour garantir un remboursement aux déposants dans le délai imparti, et le processus d'identification des ayants-droit sera automatisé (cf. art. 37h, al. 3, let. d, AP-LB).

Al. 4

Cet alinéa reprend la réglementation en vigueur à l'art. 44, al. 2, OB.

Al. 5 et 6

Le délai de remboursement pourra être prolongé dans certains cas, notamment lorsque l'on ignore si les prétentions d'une personne sont justifiées ou lorsqu'il existe des droits de disposition particuliers. De même, le remboursement pourra être reporté s'il n'est pas objectivement nécessaire qu'il soit rapide (p. ex. pour les petits montants). Ce report permettra de concentrer les capacités de traitement sur les déposants dont

les frais en cours liés à la couverture de besoins vitaux nécessitent un prompt remboursement. Le report ne devra toutefois pas excéder plus de 90 jours à compter de la réception des instructions de paiement. Il pourra arriver, à titre exceptionnel, que les remboursements soient repoussés à une date indéterminée, en particulier en cas de relations juridiques floues ou de restrictions légales.

Le système d'autorégulation pourra prévoir une liste exhaustive des cas exceptionnels (*exception list*), mais ceux-ci devront être proportionnels au montant à rembourser. Ce système devra garantir que la plupart des dépôts puissent être remboursés rapidement en dépit des exceptions.

Art. 37j^{bis} Compensation, prétentions et cession légale

L'art. 37j^{bis} reprend l'art. 37j, al. 2 à 4, LB sans en changer la teneur.

Art. 37k Échange d'informations

Al. 2

L'expression «délégué à l'assainissement» est supprimée comme à l'art. 37j, car le système de garantie des dépôts ne s'appliquera pas à l'assainissement.

Disposition transitoire

Un délai transitoire de cinq ans sera accordé au système d'autorégulation, et donc à l'organisme de garantie des dépôts, afin que celui-ci ait suffisamment de temps pour exécuter les préparatifs nécessaires et ainsi être prêt à rembourser les dépôts garantis dans un délai de sept jours à compter de la réception des instructions de paiement.

4.3 Modification d'autres actes

4.3.1 Loi sur l'émission de lettres de gage

Art. 40 Contrôle et gestion de la couverture

Selon l'al. 1 en vigueur, la FINMA peut ordonner la remise des valeurs de couverture uniquement lorsqu'une centrale ou un membre viole les prescriptions de façon grave et répétée ou compromet sérieusement la confiance qui lui est faite. Ces exigences sont relativement élevées et empêchent l'autorité de surveillance d'intervenir en temps opportun pour protéger le système. En vertu du nouvel al. 1, la FINMA pourra prendre des mesures et nommer un chargé d'enquête ou ordonner la remise des valeurs de couverture lorsqu'un membre violera les prescriptions légales (notamment celles qui régissent les fonds propres). Grâce à la possibilité supplémentaire de nommer un chargé d'enquête, la FINMA pourra vérifier si la tenue du registre des gages est conforme en faisant des contrôles mieux ajustés à la situation et aux risques.

Al. 2

En vertu du droit en vigueur, la gestion des valeurs de couverture peut être confiée à un chargé d'enquête, aux frais de la centrale ou du membre concernés, jusqu'à ce que la situation soit rétablie. Cette compétence de la FINMA sera caduque du fait de la modification de l'al. 1. Le nouvel al. 2 se bornera à préciser les tâches qui ressortiront au chargé d'enquête dans le cadre du mandat. Celui-ci devra non seulement gérer les valeurs de couverture, mais également les contrôler. Ce faisant, il devra notamment s'assurer du respect permanent des prescriptions légales et réglementaires concernant ces valeurs.

Art. 40a Séparation entre prêts et couverture*Remarques générales*

Les modifications clarifieront les aspects liés aux lettres de gage et apporteront de la transparence lors de la liquidation d'une banque en faillite, augmentant ainsi la sécurité juridique pour tous les participants (FINMA, administrateur d'insolvabilité, centrales d'émission de lettres de gage, banques membres, créanciers de lettres de gage, agences de notation et BNS). Les faillites bancaires sont des tâches complexes qui doivent être réglées rapidement. Un processus de liquidation clairement défini au préalable pour la partie séparable et spécifique aux lettres de gage d'une banque membre réduit la complexité globale et laisse suffisamment de temps pour trouver des solutions appropriées. Il diminue également le risque de cessions réalisées dans l'urgence à perte. Une réglementation claire contribue aussi à la qualité élevée d'une lettre de gage et permet aux banques de conserver un accès au marché des capitaux par l'intermédiaire du système des lettres de gage, même lors de périodes difficiles, voire de crises. Cet accès peut se révéler vital lorsque les autres sources de financement ne sont disponibles que de manière limitée dans cette situation. Lors de la crise financière la plus récente, la lettre de gage suisse a brillamment démontré son utilité dans la gestion de crises. Moyennant quelques adaptations au système suisse des lettres de gage, le processus exposé à l'art. 40a AP-LB correspond pour l'essentiel aux principes appliqués dans les principaux États étrangers (notamment européens) à la procédure de liquidation des titres de créance garantis.

Al. 1

Le système suisse des lettres de gage repose sur deux principes centraux, à savoir la couverture et l'équilibre. Tout prêt qui y figure doit être couvert, et les couvertures doivent toujours s'élever au moins au même montant que les créances résultant du prêt, intérêts compris. Le cadre légal strict des opérations sur lettres de gage se traduit par une structure de bilan presque parfaite des centrales d'émission. Par défaut, une lettre de gage et le prêt correspondant présentent la même valeur nominale et la même échéance; seules les conditions de taux diffèrent. Étant donné qu'elles s'engagent auprès des investisseurs en lettres de gage, les centrales d'émission ont besoin de recevoir les fonds provenant des prêts sur lettres de gage dans leur intégralité et en temps voulu. C'est pourquoi ces prêts sont protégés contre des mesures telles que le report des échéances, le sursis ou les mesures de capitalisation (*bail-in*).

Bien que la loi régleme déjà explicitement les dispositifs destinés à préserver les principes de couverture et d'équilibre dans les cas où les banques membres rencontreraient des difficultés financières, il n'existe aucune disposition expresse en cas de faillite. Le processus de remboursement des créances défini dans la législation sur les lettres de gage doit être conservé même lorsqu'une banque membre fait faillite. Or le système pourrait être menacé si une centrale d'émission n'était plus en mesure d'honorer ses engagements envers ses investisseurs. Dans ce contexte, l'art. 40a, al. 1, proposé dans le présent projet définit les conséquences immédiates de l'ouverture d'une faillite. Si une banque membre est déclarée en faillite, la FINMA ordonnera une séparation entre les prêts et la couverture, dans laquelle les intérêts et remboursements encaissés seront inclus. De plus, l'ouverture de la faillite n'entraînera pas l'exigibilité des prêts, car ceux-ci seront protégés de l'insolvabilité. Cette protection et le remboursement continu à partir de la masse de couverture maintiendront les principes de couverture et d'équilibre dans tout le système des lettres de gage. De ce fait, ils renforceront sensiblement la capacité de résistance des centrales d'émission et du système dans son ensemble.

La protection contre l'insolvabilité est une condition indispensable à l'octroi de moyens de financement durables. Si les prêts accordés devaient être remboursés avant leur échéance en cas de faillite d'une banque membre et que le cours des intérêts était interrompu, la centrale présenterait un défaut de couverture qui ne lui serait certes pas imputable, mais qui ne serait pas admis en vertu de l'art. 14 en relation avec l'art. 12 LLG. Il faudrait continuer de rémunérer les lettres de gage à moyen et à long termes, tandis que les recettes du prêt équivalant à ces dépenses ne seraient plus perçues. À cela s'ajouteraient des craintes concernant la stabilité du système. Comme la pratique l'a déjà démontré, le système des lettres de gage peut contribuer au sauvetage de banques membres en difficulté, à condition que la centrale d'émission ait à tout moment la certitude que ses prêts soient remboursés du mieux possible dans leur intégralité et dans les délais.

Al. 2

L'al. 2 prévoit que la FINMA nommera une personne chargée de la gestion des prêts et de la couverture, dont le paiement des intérêts et de l'amortissement. Cette personne devra exécuter son mandat de telle sorte que l'administration de l'insolvabilité puisse dégager du panier de couverture un actif résiduel aussi élevé que possible et exempt d'engagements après le remboursement intégral des prêts sur lettres de gage (cf. al. 4).

Le mandataire devra prendre toutes les mesures propres à garantir le respect des obligations découlant des prêts, y compris le paiement des intérêts et de l'amortissement, dans leur intégralité et dans les délais impartis. Il devra s'assurer que les actifs seront toujours gérés dans le panier de couverture, que les actifs issus de ce panier seront détenus séparément et que les fonds générés par les actifs intégreront le panier de couverture tout en restant soumis à son seul pouvoir de disposition. Par ailleurs, il incombera au mandataire de rembourser à temps les intérêts au moyen du panier de couverture et de respecter les échéances liées aux prêts sur lettres de gage. Le cas échéant, il devra réaliser des actifs et obtenir ainsi des fonds pour continuer d'honorer ces prêts ou pour les rembourser avant l'échéance.

En pratique, cela signifie que dès l'ouverture de la faillite d'une banque membre, les intérêts et l'amortissement des prêts sur lettres de gage seront payés au moyen du panier de couverture existant. Celui-ci pourra également être utilisé pour un remboursement accéléré des prêts, à condition que les principes d'équilibre et de couverture soient respectés dans l'ensemble du système. Selon le cas, la personne nommée par la FINMA disposera alors de trois instruments: premièrement, un remboursement anticipé au sens de l'art. 12, al. 2, LLG (lettres de gage de même nature données en paiement à la centrale); deuxièmement, un transfert des prêts sur lettres de gage à une banque tierce en échange d'une indemnisation de la banque reprenant la dette, cet établissement honorant alors les obligations légales et réglementaires des prêts repris; et troisièmement, un transfert «symétrique» des prêts et de la part correspondante du panier de couverture à une banque tierce. Le transfert des couvertures servira d'indemnisation pour la reprise de la dette. Une éventuelle différence de valeur devra être compensée (cf. al. 3 et 4).

Al. 3

Conformément à l'al. 3, la FINMA aura la compétence d'autoriser le transfert partiel ou total des prêts et de la couverture. Cet instrument est essentiel pour que le mandataire de la FINMA puisse exécuter les tâches qui lui seront dévolues en vertu de l'al. 2 (cf. commentaire de l'al. 2).

Al. 4

L'al. 4 précisera qu'un décompte de l'utilisation de la couverture devra être établi après le remboursement ou le transfert des prêts.

4.3.2 Code des obligations

Art. 1186 Conventions dérogatoires

Étant donné que plusieurs États, dont la Suisse, ont relevé considérablement leurs exigences en matière de fonds propres après la crise financière, les banques helvétiques d'importance systémique sont désormais tenues de placer des volumes plus importants de titres de créance sous la forme d'instruments de *bail-in* pouvant être convertis ou devant être amortis en cas de crise. Les deux grandes banques doivent également pouvoir placer ces instruments sur les marchés des capitaux étrangers et les proposer au public. Selon les analyses qu'elles ont réalisées, le marché américain des capitaux, notamment, est essentiel en la matière. Étant le plus grand marché de capitaux du monde, il offre en effet la «profondeur» requise et est connu de très nombreux acquéreurs de ces instruments.

Aux États-Unis, l'émission publique d'emprunts doit reposer sur une inscription auprès de l'*United States Securities and Exchange Commission* (SEC). Les instruments de dette enregistrés par la SEC doivent notamment être conformes au *Trust Indenture Act* (TIA), qui prévoit, entre autres, des règles concernant la prise de décision des créanciers de l'emprunt. À cet égard, il existe des divergences entre les dispositions du TIA et les art. 1157 ss CO:

- La convocation d'une assemblée des créanciers au sens de l'art. 1166 CO sursoit à l'exercice des droits exigibles appartenant aux créanciers de l'emprunt.

Elle incombe au débiteur (art. 1165, al. 1, CO). Celui-ci est protégé par le sursis, mais il n'est pas lié par lui. En revanche, les dispositions du TIA [*section* 36(b)] prévoient que le droit au paiement du capital ou des intérêts ne peut être restreint qu'avec l'accord des créanciers.

- En vertu de l'art. 1170, al. 1, ch. 1, CO, les créanciers réunis en assemblée générale peut décider l'ajournement du paiement d'intérêts pour cinq ans au plus (avec une possibilité de prolongation pour deux nouvelles périodes de cinq ans au maximum), alors que la *section* 316(a)(2) TIA ne fixe qu'une durée maximale de trois ans.

Ces divergences entre le TIA et les dispositions des art. 1157 ss CO empêchent notamment une entité suisse visée à l'art. 126a, al. 1, let. b et d, OFR d'offrir des *bail-in bonds* au public aux États-Unis. La modification de l'art. 1186 CO, selon lequel les prescriptions relatives à la communauté des créanciers sont impératives aujourd'hui en cas d'emprunts par obligations au sens des art. 1157 ss CO, permettra de gommer ces divergences. Compte tenu de la situation actuelle sur les marchés des capitaux, les dispositions de procédure figurant à l'art. 1186 CO ne sont plus à jour. La modification proposée dans le présent projet les libéralise en ce sens qu'elle prévient tout conflit avec les dispositions applicables sur des marchés de capitaux extérieurs à la Suisse. Les entreprises suisses, et notamment les banques, pourront ainsi avoir accès à ces marchés.

4.3.3 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Art. 173b, al. 2

La modification de l'art. 173b, al. 2, LP est liée à celles qui sont proposées concernant le droit de l'insolvabilité bancaire.

Déjà modifié dans le cadre de la LEFin et devant entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2020, l'al. 1 dispose que le juge de la faillite devra transmettre le dossier à la FINMA dans certaines réquisitions de faillite. Celle-ci sera tenue ensuite de procéder conformément aux lois spéciales. Cette disposition sera reprise telle quelle.

L'al. 2 qui sera ajouté indiquera de manière explicite que la compétence de la FINMA en matière de faillite s'appliquera seulement aux débiteurs qui, en vertu des lois sur les marchés financiers citées à l'art. 1 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)³⁶, opèrent sur le marché financier suisse avec l'autorisation requise.

Cette disposition distinguera clairement les compétences en matière de faillite qui reviendront à la FINMA, d'une part, et celles qui relèveront des autorités cantonales, d'autre part, et renforcera par conséquent la protection générale des créanciers. Une compétence sectorielle et une compétence générale existent dans ce domaine depuis l'introduction de la compétence spéciale de la FINMA en matière de faillite. Le droit en vigueur ne réglementant pas expressément la distinction entre compétence sectorielle et compétence générale, il y a eu quelques incertitudes dans la pratique. Or ces

³⁶ RS 956.1

problèmes d'interprétation peuvent retarder une faillite et, au final, avoir des conséquences dommageables pour les créanciers.

Dans la pratique, la FINMA fait une interprétation relativement large de sa compétence en matière de faillite, qu'elle lie à l'activité soumise à autorisation exercée plutôt qu'à l'existence de l'autorisation concernée. Cette pratique a été contestée plusieurs fois devant les tribunaux. Elle présente notamment un inconvénient lorsqu'il existe un motif de faillite (p. ex. un surendettement), mais que le recourant conteste l'obligation d'avoir une autorisation pour l'activité qu'il exerce.

La nouvelle disposition qui est proposée dans le présent projet liera explicitement cette compétence de la FINMA à l'existence d'une autorisation plutôt qu'à celle d'une activité soumise à autorisation. Ainsi, elle permettra d'éviter les problèmes de répartition des pouvoirs entre la FINMA et les autorités cantonales ainsi que les inconvénients qui en résultent. La FINMA sait si une entreprise dispose d'une autorisation et peut prouver facilement l'existence de cette dernière lors de l'ouverture d'une faillite. La disposition qui sera ajoutée restreindra, à juste titre, la compétence de la FINMA en matière de faillite aux cas dans lesquels les connaissances particulières de cette autorité seront requises, à savoir lorsque l'entreprise concernée a des liens avec le reste du marché financier et que cela doit être pris en compte lors de la faillite. Ces connaissances ne sont pas nécessaires lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre une entreprise opérant illégalement dans le secteur financier. N'ayant pas l'autorisation requise, cette entreprise n'est pas reliée au reste du marché financier.

Dans l'ensemble, la nouvelle disposition accroîtra la protection des créanciers. La FINMA pourra continuer à prendre les mesures qui s'imposent dès que les détenteurs d'une autorisation ne rempliront plus les exigences en matière de fonds propres (et non uniquement en cas de surendettement). En revanche, les entreprises opérant illégalement dans le secteur financier relèveront exclusivement de la compétence des autorités cantonales, celles-ci conduisant la procédure selon les règles de la LP. Par conséquent, ces débiteurs pourront également être poursuivis par voie de faillite par certains créanciers.

4.3.4 Loi sur les titres intermédiés

Art. 11a Ségrégation

Al. 1

Selon la LTI en vigueur, les dépositaires qui entretiennent une relation contractuelle directe avec des investisseurs (dépositaires principaux ou banques dépositaires) ne sont pas tenus de séparer dans leurs comptes leurs titres propres et ceux des titulaires de compte (tiers). Cette obligation ne ressort pas non plus des normes comptables. La nouvelle loi imposera explicitement une ségrégation comptable des titres des dépositaires et de ceux de tiers. Ce mode de tenue des comptes est aujourd'hui une pratique courante.

Al. 2

Si les titres sont détenus auprès d'un sous-dépositaire en Suisse, les dépositaires devront également séparer leurs titres propres et ceux de tiers, c'est-à-dire les faire

comptabiliser sur des comptes de titres distincts auprès du sous-dépositaire. Par conséquent, les sous-dépositaires seront eux aussi tenus de proposer la possibilité d'une comptabilisation séparée. De manière générale, une «ségrégation collective des clients», soit une séparation entre les titres propres et ceux de tiers, sera suffisante. Aucune ségrégation individuelle par client ne sera exigée. La LFINMA prévoit déjà une obligation correspondante pour les dépositaires centraux (art. 69 LFINMA). Au final, l'obligation de ségrégation ne dépendra plus de la longueur de la chaîne de garde. Tous les participants de cette chaîne seront soumis au contraire aux mêmes conditions (*level playing field*).

Compte tenu de la ségrégation collective des clients, les titres de ces derniers ne pourront plus servir à honorer des droits de compensation ou des droits de garantie du sous-dépositaire à l'égard du dépositaire. Cette mesure permettra donc de renforcer la protection des titulaires de compte qui, selon le droit en vigueur, ne sont pas à l'abri des conséquences d'un découvert. De plus, la ségrégation améliorera la vue d'ensemble des relations juridiques et contribuera à accélérer la procédure en cas de faillite du dépositaire.

Al. 3

Dans la pratique, la majeure partie des titres intermédiés, papiers-valeurs et droits-valeurs détenus par l'intermédiaire de dépositaires suisses proviennent d'émetteurs étrangers et sont donc également conservés par des dépositaires à l'étranger. Le droit en vigueur autorise cette pratique sans autres formalités, le consentement du titulaire du compte n'étant pas requis (art. 9, al. 1, LTI; ce consentement est impératif uniquement si le dépositaire à l'étranger n'est pas soumis à une surveillance adéquate). Les dépositaires étrangers sont assujettis à la législation du pays dans lequel ils sont situés. En cas de détention de titres à l'étranger, les dépositaires suisses seront tenus de convenir d'une ségrégation collective des clients avec le premier maillon étranger de la chaîne de garde pour que les titulaires de compte suisses bénéficient d'une protection équivalente à celle d'une conservation des titres auprès d'un sous-dépositaire en Suisse. Non seulement cette réglementation améliorera la situation juridique des investisseurs, mais elle encouragera également la détention de titres dans des États disposant de législations reconnues qui imposent déjà une séparation correspondante des valeurs patrimoniales. Dans ces pays, cette obligation n'a entraîné aucun coût supplémentaire pour les dépositaires.

Al. 4 et 5

Dans certains cas, il se peut que le droit étranger ou des raisons opérationnelles ne permettent pas de conclure avec le sous-dépositaire à l'étranger la convention visée à l'al. 3. Le dépositaire suisse sera alors tenu de prendre d'autres mesures pour offrir un niveau de protection comparable aux titulaires de compte. Les mesures qui s'imposent devront être déterminées au cas par cas.

Les dépositaires suisses seront exemptés de l'obligation susmentionnée dans les cas énumérés à l'al. 5 de manière exhaustive: premièrement, lorsqu'en raison de leurs caractéristiques, les titres intermédiés devront être détenus dans un pays étranger précis (car les titres émis dans un État doivent impérativement y être détenue) et, deuxième-

ment, lorsque le titulaire du compte donne explicitement au dépositaire suisse l'instruction de détenir des titres intermédiés auprès d'un sous-dépositaire dans un État donné.

Al. 6

L'al. 6 régira les obligations d'information des dépositaires, car les titulaires de compte ignorent souvent les risques inhérents à la détention de titres. Ils devront donc être informés que les titres intermédiés sont détenus généralement auprès d'un sous-dépositaire et que celui-ci peut avoir son siège à l'étranger, auquel cas le droit de l'État correspondant s'applique. Si les titres sont détenus auprès d'un sous-dépositaire étranger, le dépositaire devra expliquer aux titulaires de compte les risques liés à cette détention (p. ex. statut juridique éventuellement moins favorable que dans le droit suisse en cas de faillite du dépositaire étranger). Conformément au principe de proportionnalité, les dépositaires pourront fournir les informations relatives aux risques sous une forme générale. Cela ne les libérera cependant pas de l'obligation d'informer individuellement les titulaires de compte si ceux-ci l'exigent. Enfin, le dépositaire devra indiquer les coûts liés à la détention de titres intermédiés (let. d). Ces coûts pourront être mentionnés de manière forfaitaire, comme cela est régulièrement convenu dans des contrats. Les dépositaires ne seront alors pas tenus de les ventiler par position pour chaque titulaire de compte (p. ex. en frais de garde des dépôts, courtages et frais de conseil).

Les renseignements pourront être donnés sous une forme standardisée, c'est-à-dire au moyen d'une feuille d'information ou par voie électronique (p. ex. sur un site Internet).

Art. 11b Transmission de données à des sous-dépositaires étrangers

Al. 1

Si la détention de titres auprès d'un sous-dépositaire n'est pas soumise à la LTI, le titulaire du compte n'acquiert, par l'inscription au crédit de son compte de titres (suisse), que des droits au moins équivalents aux droits obtenus par le dépositaire (art. 10, al. 2, LTI). Les droits et obligations des titulaires de compte peuvent changer en fonction de la législation applicable à la détention de titres à l'étranger. Les législations étrangères peuvent notamment prévoir que les dépositaires enregistrent les droits relatifs aux titres intermédiés et que les données doivent être conservées. La communication de données de clients au dépositaire étranger est contraire à l'obligation de garder le secret en vigueur en Suisse, notamment le secret bancaire. Dans la pratique, les dépositaires suisses sont donc contraints de demander à leurs titulaires de compte de les délier individuellement du secret bancaire, ce qui constitue une tâche coûteuse et chronophage. En vertu de l'art. 11b AP-LTI qui sera ajouté, si la détention de titres intermédiés auprès d'un sous-dépositaire n'est pas soumise à la loi, le dépositaire suisse pourra transmettre au sous-dépositaire étranger toutes les données dont ce dernier devra disposer en vertu du droit qui lui sera applicable. Une libération individuelle du secret bancaire ne sera donc plus nécessaire.

À cet égard, l'art. 11b AP-LTI constituera une *lex specialis* par rapport à l'art. 42c, al. 1 à 4, LFINMA. La transmission de données ne dépendra donc pas de ces dispositions, de sorte que les conditions prévues à l'art. 42c LFINMA pour la transmission d'informations par des assujettis ne devront pas être réunies. Par ailleurs, l'art. 271 du Code pénal suisse (CP)³⁷ et l'art. 47 LB ne s'appliqueront plus aux cas relevant de l'art. 11b AP-LTI.

Al. 2

Selon les circonstances, le droit étranger peut disposer que les dépositaires étrangers doivent permettre aux autorités ou à des services tiers de l'État concerné d'accéder aux données de clients qui leur ont été transmises. Les titulaires de compte devront être informés de cette possibilité au préalable et en toute transparence pour qu'ils puissent s'opposer en temps opportun à l'acquisition de certains titres intermédiés ou à leur détention à l'étranger.

4.3.5 Loi sur l'infrastructure des marchés financiers

Remarques générales

L'art. 34, al. 2, LIMF définit qui peut être admis en tant que participant à une bourse ou à un système multilatéral de négociation (*multilateral trading facility* [MTF]) par la plate-forme de négociation correspondante. Outre les négociants en valeurs mobilières, il s'agit des autres assujettis à la surveillance de la FINMA, des participants étrangers autorisés par la FINMA et de la BNS. La pratique a montré que cette délimitation était trop restrictive et que l'exclusion de certains participants qui en découle ne répondait probablement pas à la volonté du législateur. La modification de l'art. 34 LIMF proposée dans le présent projet se justifie, car l'accès des pouvoirs publics aux plates-formes de négociation (des pensions de titres) contribue en cas de crise à renforcer la stabilité de la place financière suisse au même titre que les dispositions sur l'insolvabilité bancaire.

La situation juridique actuelle peut être illustrée comme suit: SIX Repo SA exploite une plate-forme de négociation qui comprend notamment le segment «Marché suisse des pensions de titres». Celui-ci est actuellement le seul accès aux opérations de pensions de titres et autres opérations d'*open market* de la BNS. Cette plate-forme de négociation est considérée comme un MTF depuis mars 2017. Dès lors, plusieurs (anciens) participants n'ont pas pu y accéder en raison des critères d'admission fixés à l'art. 34, al. 2, LIMF. Or ce n'était pas la volonté du législateur. Dans le message concernant la LIMF, le Conseil fédéral partait du principe que l'entreprise SIX Repo SA serait soumise à la LIMF en tant que système organisé de négociation (*organised trading facility* [OTF]) et que le groupe de participants serait dès lors ouvert. La décision stratégique de SIX Repo SA consistant à déposer une demande d'autorisation en qualité de MTF n'a été prise qu'après l'entrée en vigueur de la LIMF en juin 2015. Ce cas de figure n'avait pas été étudié lors du processus législatif. Le Parlement n'avait pas conscience que la formulation trop stricte des critères de participation fixés à

³⁷ RS 311.0

l'art. 34, al. 2, LIMF empêcherait certains participants (existants) d'accéder au marché des pensions de titres.

Ainsi, la loi exclut en particulier la Trésorerie fédérale, qui est rattachée à l'Administration fédérale des finances (AFF), la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) et les fonds de compensation AVS/AI/APG (Compenswiss). Ces établissements ont toutefois besoin d'avoir un accès direct aux MTF et à la plate-forme de négociation de SIX Repo SA pour pouvoir continuer d'exercer leur mandat légal. La nouvelle disposition comblera cette lacune et apportera une sécurité juridique qui permettra également à cette plate-forme de négociation d'admettre d'autres participants répondant aux exigences légales.

Art. 34 Admission des participants

Al. 2, let. e (Confédération)

Rattachée à l'AFF, la Trésorerie fédérale gère les liquidités et la trésorerie de la Confédération. L'AFF a besoin d'un accès direct garanti à la plate-forme de négociation de SIX Repo SA ainsi qu'à d'autres MTF pour les deux motifs suivants:

- Placement sûr des liquidités excédentaires: la Trésorerie fédérale doit placer les capitaux non utilisés comme moyens de paiement de manière à offrir toute garantie et à porter intérêt aux conditions du marché (art. 62, al. 1, de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances [LFC]³⁸). La LIMF doit donc lui accorder un accès étendu aux segments du marché monétaire garanti. Le marché non garanti ne constitue pas une solution de rechange équivalente à cause des risques qu'il fait courir.
- Garantie de la constante solvabilité: en vertu de l'art. 60, al. 1, LFC, la Trésorerie doit veiller à la constante solvabilité de la Confédération. En cas de difficultés budgétaires à court terme, elle doit également pouvoir lever rapidement des volumes de fonds importants sur le marché. Selon l'art. 11, al. 2, de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (LBN)³⁹, la Confédération ne peut pas solliciter un découvert auprès de la BNS. Eu égard à la taille du budget fédéral et à la volatilité des flux de paiement, un accès aux segments du marché monétaire suisse est dès lors indispensable à la Trésorerie fédérale. Il conditionne l'exécution du mandat légal de cette entité, à savoir garantir la constante solvabilité de la Confédération.

Al. 2, let. f (CNA)

Établissement autonome de droit public soumis à la haute surveillance de la Confédération, la CNA participe depuis 2010 à la plate-forme de négociation de SIX Repo SA. Il est important pour la CNA d'avoir accès aux MTF et, en particulier, à la plate-forme de négociation précitée, car celle-ci lui permet d'exécuter des opérations de placement

³⁸ RS 611.0

³⁹ RS 951.11

et de garantir la disponibilité des liquidités. La CNA a recours au marché suisse des pensions de titres pour les deux types d'opération suivants:

- Placement sûr des liquidités excédentaires: s'élevant à 4,2 milliards de francs, les recettes annuelles provenant des primes sont encaissées en majeure partie en début d'année, tandis que les prestations d'assurance d'un montant équivalent sont fournies tout au long de l'année. En vertu de l'art. 90 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)⁴⁰, la CNA est tenue d'avoir des liquidités pour financer toutes les rentes et les prestations d'assurance de courte durée. Les fonds qui ne sont pas nécessaires aux besoins courants doivent être placés dans le but de produire un rendement.
- Acquisition de liquidités en cas de crise: la CNA gère actuellement un portefeuille de l'ordre de 50 milliards de francs portant sur des secteurs très divers. Elle couvre à hauteur de 90 % tous les risques de change qui en découlent. À cet effet, elle utilise aussi des dérivés de crédit et des dérivés sur taux d'intérêt. Elle doit garantir toutes ces opérations au moyen de sûretés et compenser les fluctuations de valeur quotidiennement. En cas de crise, cette compensation nécessiterait des liquidités à court terme de plusieurs milliards. Seul l'accès au marché suisse des pensions de titres permettrait à la CNA d'honorer les paiements correspondants à tout moment, même dans des situations extrêmes.

Al. 2, let. g (Compenswiss)

Les fonds de compensation AVS/AI/APG (Compenswiss) participent depuis 2006 à la plate-forme de négociation de SIX Repo SA. La participation à cette plate-forme et à d'autres MTF est également importante pour Compenswiss, qui peut ainsi mener à bien ses tâches publiques.

Établissement de droit public de la Confédération doté de la personnalité juridique, Compenswiss gère les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et de l'APG (ci-après «fonds»). Sa tâche principale consiste à administrer ces fonds de manière sûre afin que les assurances sociales correspondantes puissent honorer leurs obligations de paiement à tout moment. Servant de réserve de liquidités pour les assurances sociales, les fonds doivent détenir en permanence la majeure partie de leurs actifs sous la forme de liquidités. Le marché suisse des pensions de titres est essentiel en la matière, car il permet non seulement de placer des ressources, mais également de contracter des emprunts. Il permet en outre de maîtriser aussi efficacement que possible les grandes fluctuations de liquidités liées à la mensualité des rentes et à la forte saisonnalité des contributions publiques et des cotisations des employés.

Al. 3

En vertu du nouveau droit, les plates-formes de négociation pourront admettre d'autres organisations (p. ex. la BRI) si celles-ci sont chargées de tâches publiques dont l'exécution requiert une participation (let. a), si elles disposent d'une trésorerie professionnelle (let. b) et si la plate-forme garantit que ces organisations remplissent des conditions techniques et opérationnelles (et financières, notamment) équivalentes

⁴⁰ RS 832.20

à celles des négociants en valeurs mobilières (let. c). On est en présence d'une trésorerie professionnelle lorsque l'organisation concernée charge au moins une personne disposant des qualifications requises dans le domaine financier de gérer les ressources financières de l'entreprise de façon constante. Le fait que l'exécution de tâches publiques requiert une participation sera déterminant pour l'admission de ces organisations. Cela ne signifie pas pour autant que ces dernières devront prouver pour chaque opération qu'elles exécutent une tâche publique.

5 Conséquences économiques

5.1 Conséquences pour les groupes concernés

5.1.1 Insolvabilité bancaire

Conséquences pour les banques

La banque qui doit être assainie a vivement intérêt à faire rapidement table rase du passé et à garantir la sécurité juridique de l'établissement restructuré, dont la viabilité peut pâtir de longues procédures de recours. Les chances d'assainissement augmenteront du fait que les délais de recours passeront de 20 à dix jours et que les recours formés contre l'homologation du plan d'assainissement pourront aboutir uniquement à une indemnisation.

En l'état actuel des choses, les autres modifications proposées en matière d'insolvabilité bancaire n'auront guère d'impact pécuniaire pour les banques. Des charges d'intérêts plus élevées ne pourront pas être exclues pour les établissements dont les *bail-in bonds* sont en circulation (cela concerne principalement les banques d'importance systémique), car ceux-ci ne seront plus considérés comme subordonnés sur le plan structurel et les investisseurs pourront dès lors exiger une prime de risque plus importante. Ce serait le cas si, en plus des *bail-in bonds* et des créances envers les collaborateurs, la société mère d'un groupe avait d'autres engagements de même rang excédant 5 % de la valeur des *bail-in bonds*. À l'heure actuelle, aucune banque ne dépasse ce seuil, de sorte que toutes les créances de deuxième rang (selon l'art. 30c, al. 5, let. b) seraient exclues et, dès lors, converties en même temps que les autres créances visées à la let. c.

Conséquences pour les centrales d'émission de lettres de gage

La lettre de gage est un instrument de placement négocié en bourse qui est émis en Suisse au nom d'une banque membre par deux établissements (la Centrale de lettres de gage des banques cantonales suisses et la Banque des lettres de gage d'établissements suisses de crédit hypothécaire). Ayant déjà démontré sa résistance aux crises, elle est considérée par la BNS comme pouvant être prise pension. En d'autres termes, elle peut être déposée à titre de sûreté auprès de la BNS et utilisée sur le marché des pensions de titres. La loi impose déjà aux banques de renforcer leur couverture auprès de l'une des deux centrales d'émission de lettres de gage lorsque le produit des intérêts provenant des hypothèques est inférieur aux charges d'intérêts liées aux prêts sur lettres de gage. De plus, la LLG exige qu'une banque remplace immédiatement les

actifs menacés. Par conséquent, les hypothèques assorties d'un amortissement ne peuvent d'ores et déjà pas faire l'objet de lettres de gage. La modification de la LLG exposée dans le présent rapport ajoutera un élément de protection, puisque la FINMA pourra transférer les valeurs de couverture à un autre sujet de droit en cas de faillite d'une banque membre. Pour des raisons inhérentes à la stabilité du marché financier, ce transfert ne pourra avoir lieu qu'après l'ouverture de la faillite, sous peine de détériorer encore la situation financière de la banque concernée et de compromettre la poursuite des activités de cette dernière.

Conséquences pour les créanciers et les propriétaires des banques (investisseurs)

Les prescriptions régissant la procédure de recours seront remaniées pour les créanciers et les propriétaires des banques. Le délai applicable au dépôt d'un recours étant réduit de moitié, ceux-ci auront moins de temps qu'à l'heure actuelle pour le formuler. Étant donné que les personnes investissant dans des instruments de capital tels les *bail-in bonds* sont généralement des investisseurs qualifiés, il n'est pas possible de conclure d'emblée que des délais plus courts causeront l'échec d'un recours. Ceux-ci seront brefs pour les investisseurs non qualifiés. La partie qui formera un recours contre l'homologation d'un plan d'assainissement ne pourra pas exiger l'abrogation ou la modification de ce plan, mais pourra réclamer uniquement une indemnisation. Si elle est accordée par un tribunal, cette indemnisation sera financée principalement par des droits de participation conservés à cette fin.

En cas d'application de la disposition dérogatoire prévue à l'art. 30c, al. 6, AP-LB, les *bail-in bonds* admis dans les créances de deuxième rang conformément à l'art. 30c, al. 5, let. b, AP-LB seront convertis en fonds propres en même temps que les autres créances. Tous les emprunts émis sous la forme de *senior bonds* seront également admis au titre des autres créances, ce qui réduira le risque de défaillance pour les détenteurs de *bail-in bonds*. Les détenteurs de *senior bonds* courront au contraire des risques supplémentaires puisque la loi actuelle impose d'abord la conversion de tous les emprunts d'un rang inférieur (y c. les *bail-in bonds*). S'ils sont au courant de l'augmentation des risques, les détenteurs de *senior bonds* exigeront des primes de risque plus élevées. S'ils n'en sont pas informés à temps, il n'est pas exclu en cas de crise que les risques de procès s'accroissent et remettent en question l'assainissement d'une banque d'importance systémique. Pour garantir le bon fonctionnement du marché des capitaux et prévenir tout risque de procès en cas de crise, il est indispensable que les banques informent les créanciers conformément à la norme internationale sur la capacité totale d'absorption des pertes. Lorsqu'elles émettront une obligation, elles devront fournir aux créanciers des renseignements sur les conditions et les risques réels liés à cette obligation. À cet égard, elles seront notamment tenues d'indiquer le montant des engagements en cours ainsi que leur échéance et leur position réelle dans la hiérarchie des créances (soit le montant qui serait converti en même temps ou de manière anticipée).

5.1.2 Garantie des dépôts

Aperçu des ouvrages traitant de la garantie des dépôts

Avantages économiques

Afin de comprendre les avantages économiques de la garantie des dépôts, nous présenterons tout d'abord ce dispositif à l'aide du modèle simple de DIAMOND et DYBVG (1983), qui est souvent cité dans la littérature correspondante. Il faut aussi tenir compte d'autres ouvrages de référence pour se faire une image plus complète de l'utilité de cet instrument.

Selon la littérature économique, la garantie des dépôts vise à garantir les liquidités des clients en cas de faillite d'une ou de plusieurs banques⁴¹. Pour simplifier, on suppose que les banques jouent le rôle d'intermédiaire entre les épargnants et les investisseurs: elles acceptent les dépôts des clients, qui peuvent être retirés à tout moment, et les transfèrent sous la forme de crédits aux entreprises, qui les utilisent pour financer des projets illiquides de longue durée⁴². Dans ce rôle, les banques font donc le lien entre les entrepreneurs audacieux et les investisseurs frileux. Cette activité bancaire est toujours associée à une prise de risque volontaire (ou non), la banque devant évaluer régulièrement si elle est en mesure de supporter les conséquences⁴³. La frilosité des investisseurs peut faire courir le risque à une banque de devoir soudain faire face à des sorties de dépôts supérieures aux attentes⁴⁴. Cette évolution serait contreproductive pour la banque apportant le financement, car celle-ci devrait se désengager des investissements de manière anticipée pour satisfaire les demandes de liquidités des déposants et ne pourrait dès lors vraisemblablement pas encaisser les rendements escomptés. Dans ce modèle, le comportement des déposants détermine le sort de la banque ou des banques. Dès qu'ils se doutent que d'autres vont retirer leurs dépôts plus tôt que prévu, les déposants jugent raisonnable, dans une situation semblable au dilemme du prisonnier, de participer eux aussi à la panique bancaire et de récupérer leurs fonds. Les derniers de la file repartiront les mains vides, car les réserves de liquidités de la banque ne suffiront pas à satisfaire toutes les prétentions. Une garantie légale des dépôts est une mesure de confiance qui peut atténuer le risque lié au manque de liquidités des banques.

Cette explication de DIAMOND et DYBVG est cependant incomplète. Les banques pourraient tout aussi bien écarter elles-mêmes ce risque grâce à un financement reposant sur une meilleure congruence des échéances. Selon la règle d'or du bilan, les investissements durables requièrent un financement à long terme (p. ex. à l'aide

⁴¹ CALOMIRIS et JAREMSKI (2016) opposent à cette explication économique un motif d'économie politique et apportent de nombreuses preuves étayant leur thèse. D'après celle-ci, la garantie des dépôts sert des intérêts individuels tout en accroissant les risques pour l'État.

⁴² Dans la réalité, les banques peuvent aussi octroyer des crédits sans utiliser les dépôts des clients.

⁴³ L'évaluation de la capacité à supporter un risque peut varier d'une banque à l'autre.

⁴⁴ Cette explication s'appuie sur DIAMOND et DYBVG (1983).

d'obligations ou d'actions)⁴⁵. L'explication est irréaliste, car la panique bancaire se produirait totalement par hasard, pour des motifs quelconques. Or la garantie des dépôts peut très bien être la réponse à des explications plus complètes et plus réalistes.

Les banques ne se contentent pas de surmonter les éventuelles pénuries de liquidités des clients ou d'investir des fonds dans des projets prometteurs; elles contribuent également à réduire l'asymétrie de l'information et, dès lors, à améliorer le fonctionnement des marchés. Selon CALOMIRIS et KAHN (1991), le financement des banques fondé sur des dépôts à vue peut être attrayant et résulter d'un comportement typique de l'économie de marché pour gommer l'asymétrie de l'information. Les déposants obtiennent ainsi un moyen de pression pour éviter autant que possible que la direction de la banque n'agisse pas dans leur intérêt. En l'espèce, la crainte d'une panique bancaire incite la direction de la banque à plus de discipline. Une soudaine récession économique amène les déposants à craindre des pertes bancaires et à réévaluer les risques de leurs dépôts, ce qui peut les conduire à retirer ces derniers des banques⁴⁶. Par conséquent, une panique bancaire peut également être déclenchée par des chocs de l'économie réelle qui entament la confiance du public dans le système bancaire et contre lesquels un individu ne peut se prémunir seul sans frais excessifs. Là aussi, une garantie des dépôts peut être une mesure économique pour éviter une panique bancaire aux coûts élevés. Dans cette explication, il est intéressant de noter que contrairement à l'interprétation populaire de la récession mondiale de 2008 et 2009, les récessions ne proviennent pas de la défaillance d'une ou de plusieurs banques. Le rapport de causalité peut aussi être inversé en ce sens qu'une baisse (considérable) de la demande ou récession peut entraîner une défaillance bancaire⁴⁷.

Coûts économiques

La garantie légale des dépôts ne constitue pas une mesure économique produisant un effet placebo et n'est pas exempte d'effets secondaires. S'ils attestent l'influence positive de cette mesure, les ouvrages économiques montrent aussi que celle-ci entraîne certains coûts. L'État intervient dans les mécanismes disciplinaires du marché, modifiant durablement le comportement des acteurs (aléa moral ou *moral hazard*)⁴⁸. La garantie étatique des dépôts affaiblit les initiatives encourageant les clients à agir de manière responsable et à réduire leur risque de liquidité individuel, par exemple, en répartissant judicieusement leurs dépôts entre plusieurs établissements et en retirant effectivement les fonds qu'ils détiennent auprès de banques menacées d'insolvabilité. De même, la garantie de l'État décharge la direction de la banque de sa responsabilité, puisque celle-ci peut compter sur un sauvetage au moyen de la garantie des dépôts ou d'un dispositif similaire. Cela incite au final tant les déposants que la direction de la banque à adopter un comportement plus audacieux et plus insouciant et atténue l'effet positif de la garantie des dépôts. Plus l'État intervient dans les mécanismes du marché

⁴⁵ Cf. JACKLIN et BHATTACHARYA (1988)

⁴⁶ Cf. CALOMIRIS et GORTON (1991)

⁴⁷ D'après la datation officielle du *National Bureau of Economic Research* (NBER), la grande récession a commencé aux États-Unis à la fin de 2007, soit plusieurs mois avant que la faillite de Lehman Brothers n'ait dû être prononcée à l'automne 2008 et que le système financier mondial n'encoure un risque de contagion.

⁴⁸ Cf. DIAMOND et DYBIVIG (1983)

(en d'autres termes, plus la garantie étatique des dépôts est généreuse), plus les coûts économiques sont lourds (tout comme les conséquences d'incitations inopportunes)⁴⁹. Le montant réel de ces coûts n'est pas prévisible; l'expérience peut, au mieux, fournir quelques indices en la matière.

Les preuves empiriques qui soutiennent la thèse de l'aléa moral lié à la garantie des dépôts ont été accumulées depuis les années 20. À l'exception de celle des États-Unis, aucune législation ne prévoyait une telle garantie jusque dans les années 60. La garantie des dépôts n'existe, sous une forme ou sous une autre, dans de nombreux pays industrialisés ou en développement que depuis les années 80, sa mise en place ayant souvent été décidée après une crise financière⁵⁰. De plus, le taux de couverture de l'assurance a progressé dans de nombreux pays. ANGINER, DEMIRGÜC-KUNT et ZHU (2014) ont analysé les risques que plus de 4100 banques cotées en bourse dans quelque 100 pays différents ont pris pendant les trois années qui ont précédé la crise financière de 2008 et 2009 et les trois années qui l'ont suivie. Selon cette analyse, les banques qui pouvaient se fonder avant la crise sur un système de garantie des dépôts plus généreux étaient exposées à des risques plus élevés. Cependant, elles se sont révélées plus stables durant la crise que des établissements similaires situés dans des pays sans mécanisme de garantie analogue. Basés sur les données de plus de 60 pays pour la période allant de 1980 à 1997, les résultats de l'analyse de DEMIRGÜC-KUNT et DETRAGIACHE (2002) mettent eux aussi en évidence le lien qui existe entre la garantie des dépôts et la hausse des risques systémiques, notamment dans les pays dotés d'une structure institutionnelle relativement faible. Enfin, les banques américaines présentaient des résultats similaires vers le début du 20^e siècle, soit avant que la FDIC ne soit créée et alors que seuls quelques États proposaient une garantie des dépôts. CALOMIRIS et JAREMSKI (2016) ont trouvé des preuves empiriques d'une augmentation du risque systémique consécutive à l'instauration de la garantie des dépôts. En contrepartie, les banques bénéficiant d'une garantie étatique présentaient un avantage concurrentiel et affichaient une progression des dépôts largement supérieure à celle des autres banques.

Conséquences pour les banques

Tous les établissements membres d'esisuisse, c'est-à-dire l'ensemble des banques et des négociants en valeurs mobilières gardant des dépôts garantis, seront concernés par les mesures proposées, dont les effets sont exposés ci-après en détail et de manière individuelle.

Délai de remboursement

En vertu de la nouvelle loi, les banques et les négociants en valeurs mobilières concernés devront définir et exécuter en temps voulu des préparatifs de grande ampleur pour que le liquidateur de la faillite puisse rembourser les dépôts garantis dans un délai de sept jours. Ces mesures auront un coût pour les établissements en question.

⁴⁹ Cf. ANGINER, DEMIRGÜC-KUNT et ZHU (2014)

⁵⁰ Cf. ANGINER, DEMIRGÜC-KUNT et ZHU (2014)

Basée sur une estimation réalisée par neuf banques⁵¹, l'extrapolation à l'ensemble des établissements bancaires se traduit par des coûts uniques de l'ordre de 80 à 100 millions de francs et des frais récurrents de quelque 18 à 20 millions par an. Dans les deux cas, il s'agit principalement de coûts informatiques et de charges de personnel. Les frais inhérents à une application concrète (p. ex. frais d'impression et d'expédition) ne sont pas compris dans ce calcul. En revanche, les coûts facturés par les prestataires informatiques représentent un quart du total des frais. Les montants indiqués ne seront donc pas seulement à la charge des banques, mais devront également être supportés par des tiers. On ne peut néanmoins exclure que ces derniers répercutent, au moins partiellement, leurs frais sur les banques.

Dépôt de titres

Grâce au dépôt anticipé de titres, on s'assure que la banque insolvable participera également au remboursement des dépôts garantis lorsque le cas se présentera, et que cette charge n'incombera pas uniquement aux établissements bailleurs de fonds. Étant donné que le système en vigueur ne prévoit des versements à l'organisme de garantie qu'en cas de recours à ce dernier, les banques ayant recours à la garantie des dépôts ne peuvent logiquement mettre aucun fonds à disposition, alors qu'elles sont responsables de la situation. Lors de la procédure de faillite, les fonds utilisés sont remboursés à la garantie des dépôts à partir de la masse en faillite. Or des pertes ne peuvent être totalement exclues, ce qui occasionne des frais aux établissements membres. À l'heure actuelle, l'intégralité de ces frais est supportée par les banques qui s'en sortent.

Le système TCM (*Triparty Collateral Management*) de SIX Securities Services sera utilisé pour le dépôt de titres. Les banques qui ont déjà un *Collateral Pool Account* auprès de SIX pourront participer à ce système, soit actuellement 139 établissements, qui détiennent plus de 95 % des dépôts garantis. Les quelque 133 autres banques et négociants en valeurs mobilières qui sont tenus de verser des contributions (y c. les succursales de banques étrangères) auront accès au TCM soit par l'intermédiaire de leur banque mère, soit en accordant des prêts en espèces à esisuisse.

S'élevant au total à 1 077 000 francs, les coûts annuels directs du système TCM comprennent une cotisation de base fixe, des émoluments variables et des frais liés aux taux d'intérêt négatifs. La cotisation de base s'inscrit à 1200 francs par an et par établissement, soit un total de 246 000 francs pour les 205 banques qui sont déjà affiliées au TCM ou qui envisagent d'y adhérer. Les émoluments variables dépendent du montant des titres déposés, dont ils représentent 1,6 point de base. Le respect des exigences légales pour des dépôts garantis atteignant 450 milliards de francs (état à la fin de l'année 2017) requièrent le dépôt de titres ou d'espèces d'environ 3,6 milliards, soit 0,8 % du total des dépôts garantis. Un émolument de 1,6 point de base prélevé sur cette somme équivaut, pour les banques, à des coûts variables récurrents de quelque 576 000 francs.

Les 67 établissements qui n'ont actuellement aucun *Collateral Pool Account* auprès de SIX devront accorder un prêt en espèces à esisuisse. Il est prévu que cet organisme détienne ces espèces sur un compte de virement auprès de la BNS, sur lequel aucun

⁵¹ Le sondage a été mené auprès de deux banques de catégorie 1, trois banques de catégorie 2, deux banques de catégorie 3 et deux banques de catégorie 4. Aucune banque de la catégorie 5 n'y a participé.

découvert n'est admis. S'il était calculé sur la base des taux d'intérêt actuels, un intérêt équivalant à - 0,75 % (SARON®) serait prélevé sur ce prêt en espèces, qui s'élèverait au total à 34 millions de francs, et serait répercuté sur les banques concernées. Dans la situation actuelle, celles-ci devraient donc supporter des coûts annuels supplémentaires d'environ 255 000 francs.

Relèvement du taux de couverture

À la fin de 2017, le taux de couverture s'établissait à 1,33 % des dépôts garantis. Son relèvement à 1,6 % se traduira par une hausse de 20,3 % des contributions dues par les membres d'esisuisse. Les frais liés à l'obligation de couvrir ces engagements par des fonds propres augmenteront dans la même proportion pour chaque banque. À cet égard, il convient de préciser que le taux de couverture et, partant, les coûts que les banques doivent assumer en lien avec l'obligation précitée n'ont cessé de fléchir depuis la dernière modification de 2008, la baisse correspondante étant supérieure à 30 % (taux de couverture de 1,33 % au lieu de 1,92 %). En passant à 1,6 %, le taux de couverture retrouvera son niveau de 2012.

Actuellement, les douze établissements dont les dépôts garantis dépassent 6 milliards de francs peuvent en tenir compte dans le calcul du ratio de liquidités à court terme (*liquidity coverage ratio* [LCR]) en tant que dépôts de détail stables assortis d'un taux de sortie de 5 %. La limite supérieure du système fixée à 6 milliards de francs ne doit toutefois pas être franchie. Si le taux de couverture est relevé à 1,6 %, cette limite, déterminée sur la base des chiffres actuels, passera à 7,2 milliards. Lors du calcul du LCR, les établissements concernés pourront alors faire valoir leurs dépôts garantis à titre de dépôts stables dans les limites de ce nouveau montant.

Exigences en matière de liquidités et taux de sortie des dépôts stables selon les normes de Bâle III sur les liquidités

Le dépôt de titres ou d'espèces auprès du TCM ou l'octroi de prêts en espèces à esisuisse et l'abrogation simultanée des exigences en matière de liquidités modifieront le calcul du LCR. À l'heure actuelle, des liquidités équivalant à la moitié des contributions dues doivent être détenues en permanence et prises en compte à titre de sortie dans le calcul du LCR (50 % des facilités de crédit et de liquidité envers la garantie des dépôts suisse selon l'annexe 2, ch. 8.1.5, OLiQ). En vertu des nouvelles dispositions, cette sortie ne sera plus incluse dans le calcul du LCR, de sorte que les coûts de liquidité des banques diminueront. Dans le même temps, les HQLA nantis ou le prêt en espèces à esisuisse ne seront plus pris en compte comme HQLA dans le LCR. Par conséquent, le numérateur et le dénominateur de ce ratio seront modifiés dans une même proportion, de sorte que le LCR ne changera que légèrement.

Actuellement, le calcul du LCR se fonde sur un taux de sortie de 5 % pour les dépôts de détail stables entièrement couverts par la garantie des dépôts suisse. Chaque banque fait valoir ses dépôts garantis à titre de dépôts stables assortis d'un taux de sortie de 5 % dans les limites du montant maximal autorisé. La FINMA peut réduire ce taux à 3 %, soit au taux admis par le Comité de Bâle pour un système de garantie des dépôts particulièrement sûr. Les critères⁵² sur lesquels elle base sa décision sont les suivants:

⁵² Cf. rapport explicatif du 17 janvier 2014 relatif à la révision de l'ordonnance sur les liquidités, p. 17

- préfinancement du système par des prélèvements périodiques sur les banques ayant des dépôts garantis;
- disponibilité de moyens suffisants pour assurer un accès rapide à des financements supplémentaires en cas de forte ponction sur les réserves du système (p. ex. garantie de l'État explicite et juridiquement contraignante ou autorisation permanente d'emprunter auprès de l'État); et
- garantie que les déposants auront accès aux dépôts couverts dans un délai de sept jours ouvrables au plus à compter du déclenchement du système de garantie.

La FINMA et la BNS estiment que les mesures proposées ne suffiront pas à remplir ces critères (notamment en l'absence de garantie de l'État juridiquement contraignante au cas où le taux de couverture de la garantie des dépôts serait dépassé), de sorte que le taux de sortie restera fixé à 5 %. Cela aura des répercussions sur les coûts de liquidité et de fonds propres des banques, qui, par rapport à la situation actuelle, augmenteront de manière récurrente dans l'ensemble de 15 millions de francs par an.

Tableau: coûts découlant de la réglementation relative à la garantie des dépôts

	Coûts uniques (en millions de francs)	Coûts récurrents (en millions de francs)
Réduction du délai de remboursement	80-100	18-20
Dépôt de titres	0	1,077
Relèvement du taux de couverture	Non applicable	Non applicable
Exigences en matière de liquidités	Non applicable	15

Conséquences pour esisuisse

Le projet de loi mis en consultation réduira le risque qu'esisuisse ne dispose pas de réserves suffisantes en cas de crise. De plus, cet organisme de garantie aura accès à un compte de virement auprès de la BNS, sur lequel aucun découvert n'est admis et où les prêts en espèces octroyés par les banques seront gardés. Ce compte ne sera exposé à aucun risque de défaillance, contrairement aux comptes qu'esisuisse a à l'heure actuelle auprès de banques d'importance systémique.

Conséquences pour les clients

Devant moins se soucier de la stabilité de leurs dépôts, les clients des banques feront partie des principaux bénéficiaires du projet. Les dispositions légales les assureront qu'ils récupéreront leurs dépôts rapidement et facilement en cas de crise. De plus, lors des périodes calmes, ils pourront prendre moins de mesures préventives en vue d'une éventuelle crise. L'amélioration de la protection des déposants présentera les mêmes avantages pour tous les clients. Ceux dont les dépôts excèdent le montant maximal légal de 100 000 francs seront remboursés sans délai jusqu'à cette limite, comme dans le droit en vigueur. Toute somme dépassant cette limite pourra être utilisée pour le *bail-in* de la banque concernée. Les clients dont les dépôts sont inférieurs au maximum légal de la garantie des dépôts seront indemnisés immédiatement jusqu'à concurrence du montant calculé sur la base du taux de couverture.

5.1.3 Ségrégation

Conséquences pour les banques

Selon les renseignements fournis par les banques, la chaîne de garde des titres négociés en Suisse comprend en général deux ou trois maillons, ce qui signifie qu'il y a au plus un sous-dépositaire. Dans de tels cas, la séparation entre les titres propres et ceux des clients est déjà garantie. Les chaînes de garde peuvent cependant être composées de quatre, voire de cinq maillons. Celles qui s'étendent au-delà des frontières de la Suisse (on compte à partir du premier dépositaire à l'étranger) comportent d'ordinaire également trois maillons. En moyenne, 70 % à 90 % des chaînes transfrontalières mènent dans l'UE, aux États-Unis ou en Asie, la part la plus importante (entre 40 % et 70 %) revenant à l'UE.

Le projet mis en consultation ne concernera pas toutes les banques de la même manière. Selon un sondage mené auprès de dix des quelque 250 banques de Suisse, dont les deux grandes banques et certains établissements de petite taille ou de taille moyenne, cinq appliquent déjà une ségrégation systématique en Suisse et quatre veillent à ce que le premier sous-dépositaire à l'étranger en fasse autant. On constate à cet égard que les banques opérant sur le plan international séparent d'ores et déjà une part bien plus importante de leurs titres intermédiés, alors que ce n'est pas ou peu le cas des établissements axés sur le marché intérieur. Cela tient principalement au fait que les clients des banques opérant à l'échelle internationale, en particulier les clients institutionnels anglo-saxons ou provenant de l'UE, exigent par défaut une séparation stricte des comptes ou sont tenus de la réclamer en vertu de la législation de leur pays.

La ségrégation des titres propres et de ceux des clients entraîne également des coûts pour les banques. Le sondage précité a révélé que les cinq établissements pratiquant déjà cette séparation en Suisse avaient supporté des coûts de mise en conformité s'élevant au total à 3,5 millions de francs. Il s'agissait principalement de charges informatiques uniques. Les cinq autres banques qui n'exécutent pas encore une ségrégation collective des clients tablent, en fonction de leur taille, sur des coûts de mise en conformité uniques allant de 5000 à 20 000 francs, pour les établissements de petite taille ou de taille moyenne, et jusqu'à 400 000 francs, pour une grande banque. Il ne devrait y avoir aucun coût d'exploitation récurrent consécutif à la mise en œuvre des nouvelles règles, car la ségrégation des titres propres constituera un processus unique pour tous les sous-dépositaires, et tout changement ultérieur de sous-dépositaire devrait entraîner peu de frais supplémentaires. Incombant aux banques indépendamment des mesures de ségrégation proposées, les coûts liés à d'autres activités (p. ex. la mise à jour et la maintenance des logiciels ou la surveillance du respect des règles de ségrégation en vigueur) ne pourront pas être imputés à la réglementation mise en consultation. Il conviendra cependant de tenir compte des frais liés à l'obligation de conclure une convention avec le premier sous-dépositaire étranger. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la nouvelle réglementation ne touchera pas de la même manière les établissements axés sur le marché intérieur et ceux qui opèrent à l'échelle internationale. De ce fait, les premiers devraient assumer la plupart des coûts de réglementation.

Des obligations d'information supplémentaires seront assignées aux banques, qui devront dès lors indiquer de manière standardisée à leurs clients les risques liés à la conservation des titres. Il incombera à chaque banque de répondre aux questions spécifiques de ses clients. Cette charge accrue n'est pas quantifiable.

La nouvelle disposition concernant la transmission de données à des sous-dépositaires étrangers se traduira par un allègement pour les banques. En effet, celles-ci n'auront plus besoin de demander le consentement de chaque client avant de fournir des données. Elles pourront justifier cette transmission en s'appuyant sur la loi.

Conséquences pour les clients

La ségrégation renforcera la protection des clients. Elle imposera à la banque de déterminer les titres des clients séparément des siens, ce qui facilitera la revendication des clients en cas de faillite. Dès lors, tous les clients titulaires d'un dépôt de titres bénéficieront dans une même mesure des avantages de la ségrégation, indépendamment de leur origine ou du nombre de titres en dépôt. Dans le cas des chaînes de garde s'étendant à l'étranger, il convient toutefois de noter que la ségrégation n'offrira aucune protection en cas de faillite, car cette protection relèvera du droit du pays correspondant.

Il n'est pas exclu que l'obligation de protéger les données soit violée à l'étranger en cas de transmission de données à des sous-dépositaires étrangers. Ce serait par exemple le cas si le sous-dépositaire étranger remettait les informations reçues à une autorité étrangère sans en informer le client concerné. En outre, il est difficile de poser des limites tout en veillant au respect du secret bancaire.

5.2 Conséquences pour la place économique suisse et la concurrence

5.2.1 Attrait de la place économique et concurrence

La confiance que les clients d'une banque accordent à une place financière dépend considérablement des prestations et de la sécurité qui y sont proposées. Le projet mis en consultation entend maintenir la confiance élevée que les clients suisses et étrangers témoignent à la place financière helvétique. Le renforcement de la protection des déposants et des investisseurs accroîtra la sécurité juridique et la compétitivité de cette place financière. Une étude scientifique récente étaye cet argument. Elle montre que les pays assurant une meilleure protection des déposants enregistrent des dépôts plus importants de clients étrangers que les États proposant une protection plus faible.

Il est plus judicieux de combler les lacunes liées à la protection des déposants en profitant d'un environnement stable et, si possible, ordinaire tel qu'il existe aujourd'hui plutôt que de prendre des mesures d'urgence dans une situation de crise, comme par le passé. La procédure retenue permettra aux banques et à la garantie des dépôts d'accroître progressivement le niveau de protection.

Les mesures proposées n'auront guère d'incidences sur la concurrence entre les établissements financiers en Suisse. L'ensemble des banques et des négociants en valeurs

mobilières qui y ont des dépôts privilégiés seront tenus de s'affilier à un système d'autorégulation qui veillera à garantir les dépôts. Les mesures s'appliqueront donc à tous les membres d'esisuisse à hauteur de leurs dépôts garantis. Elles n'entraîneront aucune distorsion de la concurrence pour ce qui concerne l'acceptation de dépôts bancaires.

5.2.2 Octroi de crédits et croissance économique

Même si, dans les économies modernes, des crédits peuvent être octroyés par l'intermédiaire d'une expansion du bilan sans qu'un apport préalable de dépôts soit nécessaire, les opérations bancaires classiques passent d'abord par l'acceptation de fonds, puis par l'octroi de crédits. On parle alors de transformation des échéances. Dès lors, les possibilités financières liées à l'octroi de crédits dépendent en partie notamment de la taille des dépôts. Dans une situation de crise en particulier, un retrait massif des fonds déposés peut restreindre l'octroi de crédits par les banques et renforcer ainsi les effets négatifs sur l'économie réelle. Toute mesure augmentant la confiance dans la sécurité des dépôts et réduisant la probabilité d'une panique bancaire peut contribuer à stabiliser l'octroi de crédits par les banques en période de crise et, en fin de compte, la croissance économique générale.

5.2.3 Risques pour l'économie

La définition d'un délai fixe pour le remboursement aux déposants, le relèvement du plafond du système et le dépôt de titres par l'intermédiaire du système TCM offriront une garantie accrue aux déposants quant à une restitution rapide et sûre de leurs fonds. Une confiance élevée dans le bon fonctionnement du système de garantie des dépôts diminuera le risque de panique bancaire et, en cas de recours à cette garantie, celui d'une contagion. En 2014, le FMI est arrivé à la même conclusion dans son rapport sur la stabilité du secteur financier suisse.

En novembre 2018, les dépôts garantis de douze banques dépassaient le plafond actuel du système, fixé à 6 milliards de francs. Les cinq banques d'importance systémique étaient celles qui détenaient le plus grand nombre de ces dépôts. À la fin de 2017, ceux-ci s'inscrivaient à 84,7 milliards dans l'établissement financier le plus grand et à 450 milliards à l'échelle du système bancaire suisse. Le plafond actuel du système est donc proportionnellement plus faible que lors de l'adoption des mesures d'urgence en 2008. Le risque que la garantie des dépôts ne dispose pas de ressources suffisantes au moment opportun est aujourd'hui sensiblement supérieur à ce qu'il était en 2008. Le fait de relever le plafond à 1,6 % du total des dépôts garantis permettrait de retrouver le niveau de 2012.

5.3 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Si le risque économique devait augmenter à cause d'un aléa moral accru, la Confédération serait la première à en pâtir, puis, en fin de compte, les cantons et les communes.

Si la protection accrue des clients et de la direction des banques incite à plus d'insouciance, la probabilité d'une défaillance bancaire progressera en dépit du relèvement récent des exigences en matière de fonds propres. La Confédération et les cantons courront un risque dans la mesure où, dans un cas extrême, l'État pourra être contraint de sauver un ou plusieurs établissements. Hormis ce risque, incertain et non quantifiable, le projet mis en consultation n'aura aucune incidence sur la Confédération, les cantons et les communes.

5.4 Adéquation de l'exécution

Concernant la garantie des dépôts, la solution consistant à déposer des titres auprès de SIX par l'intermédiaire du système TCM permettra aux banques de continuer à gérer leurs titres de manière flexible. Sans cela, esisuisse devrait créer des postes supplémentaires pour la gestion de fortune. De même, il est judicieux de proposer que les établissements bancaires informent leurs clients sur les risques spécifiques liés à la conservation de titres uniquement sur demande plutôt que de manière forfaitaire, de sorte que tous aient accès aux mêmes renseignements.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

La révision de la LB se fonde, tout comme cette dernière, sur l'art. 98 Cst.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet mis en consultation n'a aucun lien avec les obligations internationales de la Suisse.

6.3 Délégation de compétences législatives

Le projet ne comprend aucune nouvelle délégation de compétences législatives.

7 Bibliographie utilisée pour l'analyse d'impact de la réglementation

- ANGINER, DEMIRGÜC-KUNT et ZHU, 2014, «How does deposit insurance affect bank risk? Evidence from the recent crisis.» *Journal of Banking and Finance*, p. 312 à 321.
- BOOT et THAKOR, 1993, «Self-interested bank regulation.» *American Economic Review*, p. 206 à 212.
- CHARLES CALOMIRIS et SOPHIA CHEN, 2018, «The spread of deposit insurance and the global rise in bank asset risk since the 1970s.» *NBER working paper 24936*.
- CHARLES CALOMIRIS et STEPHEN HABER, 2014, *Fragile by design: the political origin of banking crisis and scarce credit*. Princeton University Press.
- CALOMIRIS et GORTON, 1991, «The origins of banking panics: models, facts and bank regulation.» Dans *The Financial Markets and Financial Crisis*, de Hubbard. Princeton University Press.
- CALOMIRIS et JAREMSKI, 2016, «Deposit Insurance: Theorie and Facts.» *Annual Review of Financial Economics*, p. 97 à 120.
- CALOMIRIS et JAREMSKI, 2016, «Stealing Deposits: Deposit Insurance, Risk-Taking and the Removal of Market Discipline in Early 20th Century Banks.» *NBER Working Paper 22692*.
- CALOMIRIS et KAHN, 1991, «The role of demandable debt in structuring optimal banking arrangements.» *American Economic Review*, p. 497 à 513.
- DEMIRGÜC-KUNT et DETRAGIACHE, 1997, «The Determinants of Banking Crisis - Evidence from Developing and Developed Countries.» *IMF Working Paper 97/106*.
- DEMIRGÜC-KUNT et DETRAGIACHE, 2002, «Does deposit insurance increase banking system stability? An empirical investigation.» *Journal of Monetary Economics*, p. 1373 à 1406.
- DIAMOND et DYBVIIG, 1983, «Bank Runs, Deposit Insurance and Liquidity.» *The Journal of Political Economy*, p. 401 à 419.
- Fonds monétaire international, mai 2014, «Switzerland, Financial Sector Stability Assessment - IMF Country Report No. 14/143.»
- JACKLIN et BHATTACHARYA, 1988, «Distinguishing panics and information-based bank runs: welfare and policy implications.» *Journal of Political Economy*, p. 568 à 592.
- KLEIMEIER, QI et SANDER, 2017, «Deposit Insurance in Times of Crises: Safe Haven or Regulatory Arbitrage?» *Working Paper*.

