



19 juin 2020

Procédure de consultation concernant la modification de la loi sur les banques (insolvabilité, garantie des dépôts, ségréga- tion)

Rapport sur les résultats de la consultation

Table des matières

1	Contexte	3
2	Procédure de consultation	3
3	Principaux résultats de la consultation	4
4	Autorisation pour la banque d'exercer son activité (art. 3g, al. 3, AP-LB)	5
5	Dispositions concernant l'assainissement (art. 25 à 32 AP-LB)	5
5.1	Remarques générales.....	5
5.2	Mesures protectrices et procédure d'assainissement (art. 26, al. 2, 28, al. 2 et 4, 30, al. 2 et 3, AP-LB).....	5
5.3	Plan d'assainissement (art. 30b, 31, 31d et 32 AP-LB)	6
5.4	Mesures de capitalisation (art. 30c AP-LB).....	6
5.4.1	Principe des mesures de capitalisation et exceptions (art. 30c, al. 1 à 3, AP-LB) ..	6
5.4.2	Conditions préalables de la conversion et de la réduction de créances et droits sociaux (art. 30c, al. 4 et 7, AP-LB).....	7
5.4.3	Ordre de conversion et de réduction des créances et disposition dérogatoire (art. 30c, al. 5 et 6, AP-LB).....	8
5.5	Contrepartie en cas de transfert et compensation en cas de mesures de capitalisation (art. 31b et 31c AP-LB)	10
6	Liquidation par voie de faillite de banques insolubles (art. 34, 37 et 37e AP-LB)	10
7	Procédure de recours (art. 37g^{bis} à 37g^{quater} AP-LB)	11
8	Garantie des dépôts (art. 37h à 37k AP-LB)	12
8.1	Principe de la garantie des dépôts (art. 37h AP-LB).....	12
8.2	Organisme de garantie des dépôts	13
8.3	Remboursement à partir des actifs liquides disponibles (art. 37b AP-LB)	14
8.4	Délai de mise en œuvre de la garantie des dépôts et délai de remboursement (art. 37i et 37j AP-LB).....	14
8.5	Compensation, prétentions et cession légale (art. 37j ^{bis} AP-LB).....	14
8.6	Plans d'urgence/TBTF (art. 37h, al. 3, let. d, en relation avec l'al. 3 ^{bis} , AP-LB)	15
9	Autres actes	15
9.1	Loi sur l'émission de lettres de gage (art. 40 et 40a AP-LLG).....	15
9.2	Code des obligations (art. 1186 CO).....	16
9.3	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 173b AP-LP).....	16
9.4	Loi sur les titres intermédiés (LTI).....	16
9.5	Loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)	17
10	Liste des participants	18

1 Contexte

La modification de la loi sur les banques (LB; RS 952.0) qui fait l'objet du présent rapport couvre les trois thèmes suivants:

- **Insolvabilité bancaire:** la LB fixe seulement les grandes lignes de la procédure d'assainissement applicable aux banques. Les détails sont précisés dans l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA; RS 952.05). Afin d'accroître la sécurité juridique, il est prévu d'inscrire dans la loi notamment les instruments qui, à l'instar des mesures de capitalisation (par ex. conversion de fonds de tiers en fonds propres ou *bail-in*), portent atteinte aux droits des propriétaires et des créanciers de la banque. La modification concomitante de la loi sur l'émission des lettres de gage (LLG; RS 211.423.4) renforcera aussi le fonctionnement du système suisse des lettres de gage en cas d'insolvabilité ou de faillite d'une banque membre.
- **Garantie des dépôts:** conformément au projet de loi mis en consultation, les banques ne devront plus garantir la moitié des contributions auxquelles elles sont tenues au titre de la garantie des dépôts sous forme de liquidités supplémentaires, mais devront déposer à cette fin des titres ou des espèces en francs suisses auprès d'un dépositaire. Si une banque qui est tenue de verser des contributions ne respecte pas ses obligations lorsque le cas se présente, l'organisme de garantie des dépôts utilisera les titres que celle-ci a déposés. Cette solution évite une révision du système de garantie des dépôts et la création d'un fonds de garantie devant être alimenté par les banques. Le délai applicable au remboursement des dépôts garantis au délégué à l'assainissement ou au liquidateur de la faillite nommé par la FINMA sera réduit de vingt à sept jours. Ces dépôts devront ensuite être restitués aux clients de la banque dans un délai de sept jours après réception des instructions de paiement.
- **Ségrégation des titres intermédiés:** la modification proposée de la loi sur les titres intermédiés (LTI; RS 957.1) obligera tous les dépositaires à séparer leurs propres titres de ceux de leurs clients. Si la chaîne de garde s'étend à l'étranger, le dernier dépositaire suisse sera tenu de prendre des mesures pour protéger les titres intermédiés comptabilisés auprès du sous-dépositaire étranger. Le projet prévoit également une amélioration de l'information des clients.

2 Procédure de consultation

La procédure de consultation a duré du 8 mars au 14 juin 2019. Ont été invités à y participer les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national, les associations faîtières de l'économie qui œuvrent au niveau national et les milieux intéressés.

Ont donné leur avis (par ordre alphabétique des sigles):

- 23 cantons: Argovie (AG), Appenzell Rhodes-Intérieures (AI), Appenzell Rhodes-Extérieures (AR), Berne (BE), Bâle-Campagne (BL), Bâle-Ville (BS), Fribourg (FR), Genève (GE), Grisons (GR), Lucerne (LU), Neuchâtel (NE), Nidwald (NW), Obwald (OW), Saint-Gall (SG), Schaffhouse (SH), Soleure (SO), Schwyz (SZ), Thurgovie (TG), Tessin (TI), Uri (UR), Vaud (VD), Zoug (ZG), Zurich (ZH);
- 5 partis politiques: Parti démocrate-chrétien (PDC), PLR, Les Libéraux-Radicaux (PLR), Parti socialiste suisse (PS), Parti vert/libéral (pvl), Union démocratique du centre (UDC);
- 5 associations faîtières de l'économie: Association suisse des banquiers (ASB), économiquesuisse, Travail.Suisse, Union suisse des arts et métiers (usam), Union syndicale suisse (USS);

- 25 représentants des milieux intéressés: Association des banques étrangères en Suisse (ABES), Association de banques suisses de gestion (ABG), Association de banques privées suisses (ABPS), Associazione consumatrici della Svizzera italiana (ACSI), Association Suisse des Gérants de Fortune (ASG), Baker McKenzie Zurich (Baker McKenzie), Bär&Karrer AG (Bär&Karrer), Banque cantonale de Zurich (BCZ), Banque des lettres de gage d'établissements suisses de crédit hypothécaire SA (BLG), Coordination des banques domestiques (CBD), Centrale de lettres de gage des banques cantonales suisses SA (CLG), Centre Patronal (CP), Credit Suisse SA (CS), esisuisse, EXPERTSuisse – Association suisse des experts en audit, fiscalité et fiduciaire (EXPERTSuisse), Fondation pour la protection des consommateurs (FPC), Fédération romande des consommateurs (FRC), Université de Saint-Gall (HSG), Association Modernisation Monétaire (MoMo), Raiffeisen Suisse (Raiffeisen), SIX Swiss Exchange SA (SIX), Union des Banques Cantonales Suisses (UBCS), UBS SA (UBS), Vischer AG (Vischer), Association prévoyance suisse (VVS).

Les cantons de Glaris et du Valais ainsi que l'Association des Communes Suisses, l'Union des villes suisses, l'Union patronale suisse, le Fonds de compensation AVS/AI/APG et la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents ont fait savoir qu'ils ne se prononceraient pas sur le projet mis en consultation.

Les remarques principales sont présentées ci-dessous. Le lecteur qui souhaite connaître les détails peut consulter la liste des différents avis.

3 Principaux résultats de la consultation

La majorité des cantons, des partis politiques, des associations faîtières des milieux économiques et des représentants du secteur sont globalement satisfaits du projet mis en consultation (AI, AR, BE, BL, BS, GE, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, TG, TI, VD, UR, ZG, PDC, PLR, PS, pvl, UDC, ASB, economiesuisse, Travail.Suisse, usam, USS, ABG, ABPS, ASG, Baker McKenzie, Bär&Karrer, BLG, CLG, CS, MoMo, UBCS, UBS). De manière générale, les participants à la consultation estiment que les modifications proposées permettent non seulement d'améliorer le texte et de mettre à jour le droit en vigueur, mais qu'elles sont également judicieuses et contribuent à la sécurité juridique. Ils sont également d'avis que ces adaptations renforceront encore la confiance dans la place financière suisse. Seuls les cantons d'AG et de SZ émettent des réserves sur le projet dans son ensemble. L'ABG, l'ABPS et CS ne se sont exprimés que sur certains points du projet et se rallient pour le reste au point de vue de l'ASB.

Les remarques se répartissent comme suit entre les trois thèmes couverts par la modification:

- Dispositions relatives à l'assainissement et en particulier aux mesures de capitalisation (art. 30c AP-LB): ces dispositions visent des entreprises organisées sous forme de sociétés anonymes, et les banques qui ont le statut juridique de coopérative ou qui sont régies par des dispositions du droit public cantonal ou par le droit fédéral ne pourront pas bénéficier des mesures proposées. Les banques cantonales doivent avoir la possibilité d'émettre des *bail-in bonds*. Des réserves sont également faites sur le traitement privilégié des créances lors d'un *bail-in* et sur la disposition régissant les simples structures de holding (*clean holdings*, art. 30c, al. 5 et 6, AP-LB).
- Dépôt de titres et conséquences sur la garantie des dépôts: un grand nombre de participants à la consultation souhaitent que les exigences en matière de fonds propres et de liquidités ne génèrent pas de coûts supplémentaires.
- Transmission des données lors de la ségrégation des titres intermédiés: à cet égard, les participants à la consultation demandent notamment de prévoir que les dépositaires suisses puissent transmettre directement les données à d'autres dépositaires suisses ou à des dépositaires étrangers ainsi qu'à d'autres organes et sociétés.

4 Autorisation pour la banque d'exercer son activité (art. 3g, al. 3, AP-LB)

Certains approuvent explicitement la nouvelle norme de délégation habilitant le Conseil fédéral à édicter les conditions d'autorisation que les sociétés du groupe significatives devront respecter pour pouvoir exercer leur activité (AG, AI, SH, Travail.Suisse, ACSI, MoMo, VVS). Baker McKenzie indique cependant que ces prescriptions ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire. D'autres participants estiment que cette disposition va trop loin et que l'obligation de financement doit se limiter aux fonctions essentielles de la société de services (UBS). D'aucuns demandent des règles plus précises concernant les notions «dotation financière» et «organisation» (ASB et ABG) et en proposent l'inscription dans une ordonnance. Selon Bär&Karrer, la loi doit disposer clairement que les exigences dépendent de la portée des services essentiels fournis par la société à des établissements individuels ayant une importance systémique au sein du groupe financier.

5 Dispositions concernant l'assainissement (art. 25 à 32 AP-LB)

5.1 Remarques générales

Beaucoup de participants à la consultation sont favorables aux nouvelles dispositions légales sur l'assainissement, estimant en particulier que celles-ci renforceront la sécurité juridique (AG, AI, SH, PDC, PS, pvl, UDC, ASB, Travail.Suisse, usam, USS, ABG, ABPS, ASG, Baker McKenzie, Bär&Karrer, CP, CS, MoMo, UBS, Vischer).

Une critique générale porte sur le fait que le projet est surtout taillé sur mesure pour les banques organisées sous forme de sociétés anonymes de droit privé (NW, SG, TG, ZG, ZH, PLR, UDC, ASB, usam, ABG, ABPS, ASG, BCZ, CBD, CS, PostFinance, Raiffeisen et UBCS; voir les explications ci-dessous).

5.2 Mesures protectrices et procédure d'assainissement (art. 26, al. 2, 28, al. 2 et 4, 30, al. 2 et 3, AP-LB)

Le canton d'AI et Baker McKenzie approuvent explicitement les nouvelles dispositions des art. 26, 28 et 30. Une grande majorité des participants (AG, GR, NW, SG, SH, TG, VD, ZG, ZH, ASB, economiesuisse, usam, Bär&Karrer, BCZ, MoMo, PostFinance, Raiffeisen, UBCS, Vischer) émettent certaines réserves, auxquelles il y a lieu de répondre ci-après.

Vischer invite le Conseil fédéral à préciser le texte de l'art. 26, al. 2, AP-LB de façon que les mesures ne doivent pas être publiées si leur exécution ou la protection de tiers ne le requièrent pas.

Le canton d'AG estime que l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) ne peut disposer de la compétence de rendre des décisions finales au sens de l'art. 28, al. 2, AP-LB à l'encontre des banques de droit public, ni porter atteinte au patrimoine administratif d'un canton. À son avis, les autorités cantonales compétentes doivent impérativement être intégrées dans la procédure d'assainissement. Le canton d'OW relève qu'il faut surtout instaurer une réglementation spéciale pour les banques cantonales bénéficiant d'une garantie de l'État, de manière à prévenir les conflits de compétences, d'une part, et à éviter que l'État doive assumer les pertes des établissements soumis à un régime cantonal, d'autre part (AG, BE et ZG défendent des avis similaires). Quoi qu'il en soit, le PDC plaide pour que le droit de l'insolvabilité tienne compte de la garantie de l'État.

De nombreux participants à la consultation demandent que les instruments d'assainissement (par ex. conversion et réduction de créances; voir également le ch. 5.4.2 ci-dessous) soient

aussi mis à la disposition des banques qui ne sont pas organisées sous forme de sociétés anonymes, à savoir les coopératives et les structures qui relèvent du droit public cantonal (AG, GR, NW, OW, SG, SH, SZ, TG, ZG, ZH, PDC, PLR, UDC, ASB, economiesuisse, usam, ABG, ABPS, ASG, BCZ, CBD, Raiffeisen, UBCS) ou du droit fédéral (PostFinance), et que l'art. 28, al. 2, AP-LB soit complété en ce sens (voir également le ch. 5.4.2). Pour l'ABG, il paraît toutefois important de veiller à ce que le propriétaire d'une banque organisée selon le droit public (canton) ne soit pas mieux loti que les propriétaires d'une banque de droit privé.

Certains approuvent expressément l'art. 30, al. 2 et 3, AP-LB, selon lequel une banque et une autre société (AI, Baker McKenzie), de même que des coopératives (Raiffeisen), pourront se réunir en un nouveau sujet de droit. Les cantons de TG et de ZG souhaitent également sur ce point que la souveraineté des cantons à l'égard des banques cantonales soit prise en compte. Selon Bär&Karrer, il faut préciser que tous les cas de figure ne constituent pas une succession universelle et qu'il est aussi possible qu'une partie seulement du patrimoine soit transférée, ou que les actions d'une banque soient reprises sans que cela n'entraîne une fusion.

5.3 Plan d'assainissement (art. 30b, 31, 31d et 32 AP-LB)

Plusieurs participants à la consultation approuvent explicitement les dispositions relatives au plan d'assainissement (AG, AI, SH, Travail.Suisse, MoMo) ou y sont favorables (Baker McKenzie). Baker McKenzie juge peu claires les conséquences d'une violation des dispositions de fond ou d'erreurs formelles en rapport avec l'art. 30b AP-LB. À son avis, ce genre de violation ne doit pas être un motif de recours, et le texte doit indiquer expressément qu'il est possible de compléter un plan d'assainissement après coup. Le canton de VD propose une disposition attribuant formellement à la FINMA la compétence d'établir le plan d'assainissement. L'ASB, Bär&Karrer et UBS souhaitent que ce plan mentionne par ailleurs les éventuelles atteintes aux droits des propriétaires.

L'ACSI, Bär&Karrer, la FPC et la FRC demandent que l'art. 31, al. 1, AP-LB reprenne les conditions actuelles relatives à l'application de mesures protectrices. Baker McKenzie trouve opportun l'art. 31, al. 1, let. b, AP-LB, qui prévoit l'extension du principe de précaution aux passifs et à l'assainissement requis ainsi que l'interdiction de plans d'assainissement moins favorables aux créanciers que l'ouverture d'une faillite (*no creditors worse off than in liquidation*).

Bär&Karrer estime qu'il est inutile d'énumérer à l'art. 31d, al. 2, AP-LB les effets juridiques immédiats du plan d'assainissement.

5.4 Mesures de capitalisation (art. 30c AP-LB)

5.4.1 Principe des mesures de capitalisation et exceptions (art. 30c, al. 1 à 3, AP-LB)

D'aucuns approuvent pleinement les différentes mesures de capitalisation qui pourront être prévues dans le cadre du plan d'assainissement (AI, VD, Travail.Suisse, BCZ). Baker McKenzie est globalement favorable à ce que la réglementation à cet égard soit inscrite dans la loi, et Raiffeisen est satisfaite des précisions apportées sur ces mesures. L'ACSI, la FPC et la FRC sont plus réservées et refusent catégoriquement les mesures de capitalisation énoncées à l'art. 30c. Elles les jugent particulièrement désavantageuses pour les créanciers d'une banque, faisant valoir que ceux-ci devront accepter le transfert de leurs actifs sans pouvoir s'y opposer. Ces associations de consommateurs estiment donc que les mesures proposées ne devront être ordonnées qu'en dernier recours, à savoir si l'insolvabilité d'une banque ne peut être évitée autrement.

Le canton de TG demande au Conseil fédéral de préciser l'art. 30c AP-LB de façon que les mesures de capitalisation ne s'appliquent pas aux banques cantonales bénéficiant d'une garantie de l'État.

Des précisions sont également souhaitées sur le traitement privilégié des créances visé à l'art. 30c, al. 2, let. d, AP-LB. Cette disposition exclut de la conversion et de la réduction de créances les créances nées d'engagements que la banque est habilitée à contracter pendant la durée des mesures prévues à l'art. 26, al. 1, let. e à h, ou pendant une procédure d'assainissement. D'après l'ASB, economiesuisse, Bär&Karrer et UBS, seules les créances approuvées par le délégué à l'assainissement ou par la FINMA doivent être privilégiées en vue de l'assainissement. Le cabinet d'avocats Baker McKenzie considère en revanche que le traitement privilégié de certaines créances et le pouvoir d'appréciation de la FINMA sont utiles. Il ajoute qu'afin d'exclure des créances particulièrement sensibles en cas de crise, il y a lieu, conformément à ce que prévoit la directive européenne sur le redressement des banques, de ne pas limiter ce pouvoir de la FINMA aux créances nées de livraisons de marchandises et de prestations de services (voir le commentaire de l'al. 3 ci-dessous). D'autres participants souhaitent eux aussi davantage de flexibilité, afin que la FINMA puisse appliquer des solutions pragmatiques (ASB, economiesuisse, Bär&Karrer).

L'ASB et CS estiment que l'**art. 30c, al. 3, AP-LB** est judicieux et répond aux principes d'égalité de traitement et de différenciation, mais qu'il est formulé de manière trop restrictive (Bär&Karrer partage cet avis). Selon eux, il faut accorder une flexibilité accrue à la FINMA en cas de crise, tout en faisant respecter l'interdiction des discriminations et le principe du maintien des fonctions d'importance systémique. Sur le fond, UBS est également favorable à cette règle, mais demande l'exclusion d'autres créances et une interprétation stricte de la notion d'exclusion. UBS ajoute qu'il faut éviter toute contradiction avec les exigences énoncées à l'art. 8 LB.

5.4.2 Conditions préalables de la conversion et de la réduction de créances et droits sociaux (art. 30c, al. 4 et 7, AP-LB)

Selon economiesuisse, l'art. 30c, al. 4, AP-LB doit prévoir une possibilité d'assainissement qui ne dépende pas de la forme juridique. Certains participants à la consultation estiment que les banques revêtant d'autres formes juridiques, telles les coopératives (Raiffeisen) et les banques cantonales (AG, GR, ZG), doivent bénéficier d'une réglementation équitable (GR). S'agissant des compétences de l'assemblée des créanciers ou encore de la conversion et de la réduction de créances (art. 30c, al. 4, AP-LB), d'aucuns estiment que la forme juridique d'une banque et les exigences qui en découlent posent la question de savoir comment les règles doivent être appliquées aux banques dont la forme juridique n'est pas régie par le droit de la société anonyme, et comment ces banques peuvent les respecter. En ce qui concerne les banques cantonales organisées selon le droit public, les mêmes participants à la consultation se demandent aussi, ne fût-ce que du point de vue du droit constitutionnel (art. 47 Cst.), dans quelle mesure la FINMA sera habilitée, en sa qualité propre, à porter atteinte au droit public et au patrimoine administratif d'un canton, à ordonner des mesures de capitalisation fondées sur la LB et à rendre ainsi des décisions concernant des banques cantonales. Ils jugent qu'en cas de crise, les autorités compétentes du canton doivent aussi être intégrées dans le processus d'assainissement (BCZ, partiellement en accord avec les cantons d'AG, de NW, de SG et de ZG ainsi que l'UBCS). À cet égard, economiesuisse et l'usam relèvent que les conditions énoncées à l'art. 30c, al. 4, AP-LB sont formulées de façon trop restrictive. Trois cantons estiment qu'ils doivent pouvoir continuer à exercer leurs droits de propriétaires et que les mesures ordonnées ne doivent pas les en déposséder (AG, GR, SH). Selon la BCZ, il faut légiférer clairement en matière de forme juridique, en tenant dûment compte de la situation particulière des banques qui n'ont pas le statut de société anonyme, ainsi que des spécificités de leur capital social. Les cantons de NW, SG et ZG, ainsi que la BCZ et l'UBCS, font remarquer que la forme juridique peut aussi être régie par une convention contractuelle. D'après six participants à la consultation (AG, NW, SG, ZG, BCZ, UBCS), le capital de dotation ne pourra pas être réduit et, par conséquent, les banques n'auront pas la possibilité de prendre des mesures de conversion et de réduction de créances, ni d'émettre des *bail-in bonds*, de sorte que la concurrence sera faussée. Les cantons de NW, SG et ZG, ainsi que la BCZ et l'UBCS, estiment que l'AP-LB doit être modifié pour que toutes les banques revêtant une importance systémique sur

le plan national puissent bénéficier des possibilités énoncées à l'art. 30c, al. 4, AP-LB. La BCZ et l'UBCS, ainsi que les cantons de NW, SG et ZG et l'usam dans une moindre mesure, réclament que toutes les banques puissent émettre des *bail-in bonds* et que, par conséquent, la FINMA soit habilitée, en cas d'assainissement, à convertir des *bail-in bonds* en instruments de dette ayant la forme de fonds propres de base supplémentaires ou de fonds propres complémentaires, y compris pour les banques cantonales régies par le droit public cantonal. Le canton de ZH demande expressément que la BCZ puisse elle aussi émettre des *bail-in bonds*. En outre, plusieurs participants à la consultation trouvent que l'AP-LB, en particulier la disposition relative à la réduction préalable et entière du capital social, prévoit des restrictions en matière de *bail-in* (NW, SG, ZG, UBCS) et d'émission de *bail-in bonds* (BCZ) inutilement plus strictes que les législations étrangères.

PostFinance souhaite également que l'art. 30c, al. 4, let. b, AP-LB tienne compte de la forme juridique de la banque pour prévenir un conflit normatif avec les rapports de propriété définis à l'art. 14, al. 2, de la loi sur l'organisation de la Poste (RS 783.1). Ne pouvant pas bénéficier des mesures énoncées à l'art. 30c, al. 4, let. b, AP-LB, PostFinance estime que la FINMA doit avoir la possibilité d'accorder des dérogations aux banques qui ne sont pas en mesure de respecter les conditions visées dans cet article ou dans d'autres prescriptions légales (voir le ch. 5.2 ci-avant concernant l'art. 28 AP-LB). Pour l'art. 30c, al. 4, let. b et c, PostFinance propose que les instruments de dette destinés à absorber les pertes en cas de mesures d'insolvabilité (*bail-in bonds*) soient entièrement convertis en fonds propres ou que la créance et le capital social soient entièrement réduits. Elle pense en outre que la FINMA doit pouvoir accorder des dérogations à l'al. 4, notamment en raison de la forme juridique d'une banque ou des obligations que le droit fédéral impose à celle-ci.

À propos des conditions énoncées à l'al. 4, Baker McKenzie explique qu'il est juste de privilégier les dépôts sans distinction, mais que la réduction entière du capital social lors du *bail-in* est discutable. Baker McKenzie estime par ailleurs que l'approche basée sur une réduction entière assortie d'une compensation (*wipe out and compensation*) ne correspond pas aux évolutions internationales.

Selon la HSG, le succès d'un assainissement repose sur le fait que les anciens actionnaires sont privés de leurs droits de souscription lors de la réduction, puis lors de l'augmentation subséquente du capital social. La haute école estime dès lors que ce principe doit être précisé explicitement dans la loi. Baker McKenzie souhaite également que le droit de souscription soit régi par la loi. Il insiste en revanche sur le fait que la FINMA doit avoir la possibilité de faire participer les anciens actionnaires à l'assainissement en leur octroyant un droit de souscription.

L'art. 30c, al. 7, AP-LB prévoit que la FINMA peut suspendre provisoirement la totalité des droits sociaux des nouveaux propriétaires. Or, CS estime que cette réglementation doit se borner à suspendre les droits de vote, et Bär&Karrer demande que la formulation de cet alinéa soit modifiée (suppression de l'expression «la totalité des»).

5.4.3 Ordre de conversion et de réduction des créances et disposition dérogatoire (art. 30c, al. 5 et 6, AP-LB)

Une partie des participants à la consultation est explicitement favorable à ce que la hiérarchie des créances soit réglée à l'al. 5 (AG, AI, SG, ZG, Travail.Suisse, MoMo). Selon l'ASB et la BCZ, cette disposition permet d'harmoniser la législation suisse avec la réglementation européenne, et apporte clarté et sécurité juridique. L'ASB note toutefois que cet alinéa régit l'ordre des créanciers dans le cadre d'un assainissement, mais qu'il ne dit rien de cet ordre en cas de faillite. Baker McKenzie se déclare satisfait de ce que cet ordre soit précisé dans la loi, mais préférerait que l'approche *wipe out and compensation* soit remplacée par une possibilité de dilution, ce qui atténuerait le problème d'une éventuelle compensation devant être accordée

aux anciens actionnaires par les détenteurs de *bail-in bonds*. D'autres demandent la suppression de l'al. 5, let. b (Bär&Karrer, CS, PostFinance). À leurs yeux, le fait de prévoir des règles différentes pour le *bail-in* et la faillite comporte un risque de non-respect de la condition selon laquelle le plan d'assainissement ne peut être moins favorable aux créanciers que l'ouverture de la faillite (*no creditor worse off*). Parallèlement, le cabinet d'avocats Bär&Karrer fait remarquer qu'il peut être tout à fait sensé de se focaliser sur les *bail-in bonds* afin de permettre un assainissement rapide dans les situations où le plan respecte la condition *no creditor worse off*. Il est d'avis qu'il serait fondé de renoncer à une subordination obligatoire des *bail-in bonds* tant en cas de faillite qu'en cas de *bail-in* dans les cas suivants: si les *bail-in bonds* qui ne sont pas émis par la société mère du groupe doivent être subordonnés sur le plan contractuel, si les *bail-in bonds* internes doivent également être subordonnés sur le plan contractuel, et s'il est possible malgré tout de convertir ou de réduire d'abord les *bail-in bonds* de la société mère du groupe.

CS se montre critique à l'égard de cette disposition. Il pense qu'il pâtira immédiatement et durablement de la subordination légale des *bail-in bonds*, d'une part, et de la dérogation insuffisamment structurée accordée aux simples structures de holding (*clean holdings*), d'autre part. Il explique de plus que le tableau des modalités d'application de la capacité totale d'absorption des pertes (*total loss-absorbing capacity*, TLAC) n'exige pas la subordination légale et présente cette approche seulement comme l'une des trois solutions reconnues en Suisse. La banque ajoute que l'Union européenne (UE) donne la priorité à la subordination légale surtout parce que de nombreux groupes bancaires sont organisés sous forme de structures comprenant une maison mère. Reconnue depuis longtemps en Suisse sur les plans légal et réglementaire, la subordination contractuelle ou structurelle correspond selon CS à la pratique des deux grandes banques lorsque celles-ci émettent des instruments de *bail-in*, raison pour laquelle la subordination légale des *bail-in bonds* proposée à l'al. 5, let. b, et à l'al. 6 est inutile, génère de grandes incertitudes et doit être purement et simplement abandonnée.

UBS exprime son accord avec la règle énoncée à l'al. 6. La banque explique qu'elle a déjà créé une nouvelle holding non opérationnelle, dédiée uniquement à la détention et au financement de participations, afin d'améliorer la capacité d'assainissement du groupe. Elle précise que cette holding a notamment été fondée pour que les activités opérationnelles et l'activité d'emprunt puissent être exécutées dans des unités distinctes et pour qu'il soit possible d'émettre en particulier des *bail-in bonds* non subordonnés sur le plan contractuel puisque ceux-ci le sont sur le plan structurel. Selon UBS, dans la mesure où ces instruments sont émis par la holding, les créances des détenteurs de *bail-in bonds* sont automatiquement subordonnées économiquement à celles des créanciers des filiales opérationnelles de la banque. À ses yeux, la limite fixée à 5 % pour les autres types de créances de la holding n'est donc en principe pas nécessaire, mais UBS pourrait l'accepter si les dérogations proposées étaient acceptées en parallèle.

L'ASB demande que les obligations TLAC soient aussi exclues du calcul, indépendamment de la clause des 5 % énoncée à l'al. 6.

CS considère en revanche que le concept de simple structure de holding prévu à l'al. 6 est inutile, inapplicable et contraire aux dispositions du tableau des modalités d'application («passifs exclus») établi par le Conseil de stabilité financière (CSF). À son avis, cette disposition énonce les exigences matérielles que la société mère du groupe doit respecter pour pouvoir émettre des titres en faisant valoir une subordination purement structurelle. Au nom de la sécurité juridique, il est également souhaitable selon CS de se fonder sur le moment où les *bail-in bonds* sont émis pour déterminer si la limite des 5 % est respectée, même s'il est difficile, voire impossible de calculer ce seuil le jour même de l'émission. CS pense que cette disposition peut conduire à ce que les *bail-in bonds* soient soumis à des régimes différents selon que la limite des 5 % ait été tout juste dépassée ou non le jour de l'émission. Si l'al. 6 devait être maintenu tel quel et qu'il continue de prévoir la subordination légale des instruments de *bail-*

in, CS estime qu'il faudrait logiquement harmoniser les dérogations qui découlent de cette obligation pour les sociétés ne dépassant pas la limite des 5 % avec les dispositions du tableau du CSF. Il ajoute qu'il faudra, dans ce cas, déterminer au préalable les conséquences fiscales de cette réglementation.

Bär&Karrer fait également part de certaines critiques à propos de l'al. 6, à savoir que cette disposition est difficilement compréhensible, inapplicable et peu pertinente d'un point de vue pratique. Il juge que l'al. 5, let. b, ne sera pas appliqué en définitive parce que cette disposition n'est pertinente que pour les *bail-in bonds* des sociétés mères de groupes et que celles-ci profiteront régulièrement de la dérogation énoncée à l'al. 6. Bär&Karrer demande donc la suppression de l'al. 5, let. b, ainsi qu'un assouplissement de la focalisation du *bail-in* pour les *bail-in bonds*, dont il est question à l'al. 6.

5.5 Contrepartie en cas de transfert et compensation en cas de mesures de capitalisation (art. 31b et 31c AP-LB)

Certains participants à la consultation (AG, AI, SH, Travail.Suisse, MoMo) approuvent explicitement la disposition qui prévoit une contrepartie appropriée en cas de transfert d'une partie des actifs, des passifs ou des contrats à un autre sujet de droit ou à une banque relais (art. 31b AP-LB).

L'ASB et Raiffeisen critiquent notamment le caractère incertain des modalités de compensation pour les coopératives, dans la mesure où les droits de participation ne peuvent pas être attribués automatiquement dans ces dernières. En outre, Raiffeisen estime que le statut des créanciers du capital de conversion et des *bail-in bonds* par rapport aux propriétaires et aux autres créanciers n'est pas clair en cas de substance résiduelle. Selon Bär&Karrer, il y a lieu de fixer une contrepartie dans tous les cas de figure, et il n'est pas opportun de se limiter à un transfert «partiel».

Certains participants à la consultation sont favorables à la compensation prévue à l'art. 31c AP-LB en cas de mesures de capitalisation (AG, AI, SG, Travail.Suisse, Baker McKenzie, MoMo). Le cabinet d'avocats Bär&Karrer souligne que par manque de temps, les mesures de capitalisation ne peuvent être évaluées dans certains cas qu'après l'assainissement. Il est d'avis en l'occurrence que la compensation soit réservée, et ajoute qu'il faut préciser qu'il ne s'agit pas de l'évaluation initiale prévue dans le plan d'assainissement. Bär&Karrer indique encore qu'il ne faut pas procéder à l'évaluation visée à l'art. 31, al. 1, let. b, car celle dont il est question ici porte sur les instruments de participation de la banque. Enfin, le canton de VD propose une modification terminologique dans la version française, de manière à éviter toute confusion avec l'art. 120 ss. CO (à propos du terme «compensation»).

6 Liquidation par voie de faillite de banques insolubles (art. 34, 37 et 37e AP-LB)

Baker McKenzie estime que les dispositions relatives à la faillite de banques insolubles sont judicieuses et renforcent la sécurité juridique. D'autres participants à la consultation approuvent explicitement la réglementation proposée (AG, AI, SH, PS, Travail.Suisse, MoMo).

Le cabinet d'avocats Bär&Karrer souligne que selon la doctrine dominante, la FINMA peut rendre des décisions qui s'écartent de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), mais pas des dispositions de la LB. Il estime que cette distinction doit être exprimée plus clairement dans l'art. 34, al. 2, AP-LB (avis similaire du canton de VD).

En ce qui concerne les engagements contractés lors de l'exécution de mesures protectrices ou pendant la procédure d'assainissement (art. 37 AP-LB), plusieurs participants à la consultation demandent non seulement que l'on reformule plus clairement la version française (VD

à propos de la notion «engagements que la banque était habilitée à contracter»), mais également que l'on modifie cette disposition et l'art. 30c, al. 2, AP-LB, en précisant qu'il s'agit d'engagements pris en accord avec la FINMA ou un mandataire nommé par la FINMA (ASB, Bär&Karrer, UBS).

En ce qui concerne la distribution et la clôture de la procédure, le canton de VD souhaite que la FINMA puisse aussi approuver des comptes intermédiaires et ainsi valider notamment les honoraires des mandataires lorsque la procédure de liquidation s'étend sur de très longues périodes.

7 Procédure de recours (art. 37g^{bis} à 37g^{quater} AP-LB)

Certains participants à la consultation approuvent expressément les dispositions relatives aux recours contre l'homologation du plan d'assainissement (AG, AI, SH, VD, Travail.Suisse, MoMo). Baker McKenzie est satisfait de l'exclusion de toute indemnisation monétaire, qu'il juge contraire à l'objectif d'assainissement et susceptible de déstabiliser la banque. L'ASG souhaite en revanche qu'il soit aussi possible d'accorder une indemnisation sous forme pécuniaire au nom d'un renforcement des droits des créanciers. Le cabinet d'avocats Bär&Karrer est d'avis qu'il faut laisser au tribunal le soin de déterminer la forme d'indemnisation appropriée. Il pense que dans certains cas, une indemnisation en espèces est plus judicieuse que l'attribution d'actions, d'autres droits de participation, d'options ou de bons de récupération.

L'ASG estime que la limitation des voies de droit et des moyens de recours prévue aux art. 37g^{bis} et 37g^{ter} AP-LB est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution, et demande donc la modification des dispositions correspondantes. Selon d'autres participants à la consultation, le texte doit préciser que les recours formés par les créanciers et les propriétaires contre l'homologation du plan d'assainissement peuvent être approuvés seulement si ce dernier leur est moins favorable que l'ouverture immédiate de la faillite (ASB, economiesuisse). L'ASB juge que l'AP-LB ne porte pas sur les recours formés par la banque concernée ou par certains membres de ses organes, de sorte que ces personnes ne peuvent être indemnisées qu'en valeur. UBS souhaite que le projet soit modifié de manière à ce que la banque ait le droit de recourir contre l'homologation du plan d'assainissement. Pour Bär&Karrer, des tiers autres que les créanciers et les propriétaires (par ex. organes concernés) ont aussi qualité pour recourir. Selon UBS, il faut en outre préciser qu'a contrario, les recours visés à l'art. 37g^{ter} sont soumis aux règles de contestation ordinaires.

Vischer demande que le texte limite le droit de recours aux cas où un plan des réalisations doit être publié.

Selon Baker McKenzie, les dispositions de l'art. 37g^{quater} AP-LB, qui régissent l'effet suspensif et les délais, correspondent pour l'essentiel au droit en vigueur et sont judicieuses.

Le cabinet d'avocats Bär&Karrer estime que l'art. 37g^{quater} AP-LB restreint la protection juridique contre des décisions de la FINMA relevant du droit de l'insolvabilité, et juge que cette restriction n'est pas nécessaire. Il pense que l'octroi de l'effet suspensif ne doit être exclu que pour les recours contre l'homologation du plan d'assainissement. Bär&Karrer indique en outre que le délai de recours de dix jours manque son objectif, notamment lorsqu'il concerne l'homologation du plan d'assainissement. Pour justifier sa critique, il fait valoir qu'il est généralement compliqué de motiver ces recours et que la publication des grandes lignes du plan d'assainissement suffit pour que le délai commence à courir. Le canton de VD souhaite que l'art. 37g^{quater} renvoie à l'art. 22a, al. 1, de la loi fédérale sur la procédure administrative.

Les associations de protection des consommateurs (ACSI, FPC, FRC) expriment leur opposition claire à l'art. 37g^{quater}, al. 2 et 3, AP-LB. Elles expliquent que cette disposition limite trop la marge de manœuvre des personnes et entités concernées, raison pour laquelle le délai de

recours de 30 jours devrait être maintenu, avec une notification individuelle aux personnes et entités concernées.

Plusieurs participants à la consultation s'expriment en faveur du droit de recours accordé aux créanciers et aux propriétaires à l'art. 37^gter AP-LB (AG, AI, SG, Travail.Suisse, ACSI, FPC, FRC, MoMo). Baker McKenzie (et l'ASG de manière similaire) demande que la loi régitte clairement la qualité pour défendre, que la question des plaintes collectives soit examinée, et que des recours puissent être formés contre l'état de collocation en l'absence d'action en contestation à cet égard. L'ASG souhaite en outre que des recours puissent aussi être formés contre le refus de dresser l'inventaire des actifs et des prétentions en matière de responsabilité en particulier. Le délai de recours de dix jours est perçu de différentes manières. Les uns estiment qu'il est trop court (VD), tandis que d'autres s'en félicitent et renvoient à l'art. 17 LP (Vischer). Selon Vischer, il y a lieu d'analyser si le fait que la contestation doive porter sur une décision de la FINMA est dans l'intérêt des personnes et entités concernées, et si un raccourcissement des voies de droit accroîtrait l'efficacité de celles-ci.

8 Garantie des dépôts (art. 37h à 37k AP-LB)

8.1 Principe de la garantie des dépôts (art. 37h AP-LB)

Un grand nombre de participants à la consultation approuvent l'orientation générale de l'AP-LB ainsi que le texte dans son ensemble (AG, AI, SH, ABES, CP). Les avis positifs concernent notamment le raccourcissement des délais de remboursement et le mode de financement (ZH, PDC, UDC), ainsi que le relèvement du plafond du système (VD, PS, pvl, UDC, ASB, Travail.Suisse, USS, ABPS, ACSI, CBD, CP, esisuisse, FRC, Raiffeisen). Quatre participants trouvent que le nouveau texte protège mieux les déposants et renforce la confiance dans le système financier suisse (VD, PDC, pvl, ABG). L'ASG note également avec satisfaction l'inscription de cette réglementation sobre dans la loi. Baker McKenzie estime que l'application juridique du système de garantie des dépôts proposé est justifiée. De son côté, esisuisse relève que les préparatifs proposés permettent de mieux remplir les exigences de l'Association internationale des assureurs-dépôts (*International Association of Deposit Insurers*), du Fonds monétaire international (FMI) et du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire.

Certains demandent que le délai transitoire passe de cinq à deux ans (PS, USS).

Selon esisuisse, le **financement ex ante** qui est proposé et reconnu internationalement renforce la garantie des dépôts et qu'il est mesuré et équilibré. Cette association indique que ce mode de financement présente l'avantage de laisser les fonds dans les banques et d'éviter que ceux-ci ne soient retirés de l'économie nationale. UBS est favorable au système de garantie des dépôts remanié, même s'il entraîne certains coûts. À son avis, un fonds accumulé exclusivement par anticipation génère un surcroît de travail et des frais disproportionnés pour les banques. L'ABES se félicite elle aussi en particulier du fait que le choix ne s'est pas porté sur un fonds ex ante.

D'autres participants à la consultation préfèrent un fonds ex ante à la réglementation proposée. Selon Travail.Suisse, un fonds de ce type empêche les effets procycliques et constitue une solution moins onéreuse. Le pvl estime que le Conseil fédéral n'a pas assez bien expliqué pourquoi il a écarté la solution d'un fonds ex ante et demande que l'on traite cette question de façon à pouvoir peser soigneusement les avantages et les inconvénients des différents systèmes de financement. Les associations de protection des consommateurs (ACSI, FPC, FRC) regrettent que l'idée d'un financement au moyen d'un fonds ex ante ait été rejetée. Elles soulignent que ce système garantirait directement les liquidités nécessaires au remboursement rapide des fonds aux déposants. Enfin, elles relèvent que le système proposé offre une sécurité moindre en cas de crise financière.

Étant donné que la protection des déposants sera assurée financièrement par le dépôt de titres, de nombreux participants à la consultation (AG, NW, SG, ZG, ASB, economiesuisse, usam, ABG, ABPS, BCZ, CBD, Raiffeisen, UBCS) réclament une modification des règles relatives à la couverture en fonds propres et à l'obligation pour les banques de détenir des liquidités et demandent que ces nouvelles règles respectent le principe de la **neutralité des coûts**. Au nom de la clarté et de la sécurité juridique, ils prient le Conseil fédéral d'expliquer en détail comment l'ordonnance sur les fonds propres et l'ordonnance sur les liquidités (LCR, NSFR, HQLA notamment) seront adaptées. Beaucoup proposent une réglementation détaillée allant dans le sens des avis qu'ils ont émis. Le PDC et le PLR signalent la nécessité de régler la question des effets de la protection des déposants sur la réglementation *too big to fail* (TBTF) et vice versa pour les banques d'importance systémique. Selon le canton de ZH, il faut éviter de faire peser un double fardeau sur ces banques. L'association esisuisse signale que la modification de la loi entraînera des frais supplémentaires pour les membres de l'organisme de garantie des dépôts et que le Conseil fédéral est tenu d'indiquer en quoi cette révision n'aura pas d'incidences sur les coûts. L'ASG est favorable à ce que la pondération des risques soit abaissée à 20 % pour les positions envers la garantie des dépôts.

D'aucuns voudraient que la terminologie de l'art. 37h AP-LB soit modifiée et que celui-ci renvoie à l'art. 33, al. 1, LB (NW, SG, ZG, ASB, Bär&Karrer, BCZ, UBCS). Selon Bär&Karrer, le nouvel alinéa 3^{bis} qui est proposé mentionne des spécificités qui pourraient être reprises dans l'OIB-FINMA au lieu de figurer dans la loi.

Quelques participants à la consultation (NW, SG, ZG, esisuisse, ASG, BCZ, UBCS) réclament une **définition** claire des notions «dépôts garantis» et «déposant bénéficiant de la garantie» ou, le cas échéant, l'inscription dans la loi d'une délégation de la compétence correspondante, si possible au législateur. Selon esisuisse, l'absence de définition causera des incertitudes juridiques considérables et évitables lors de l'exécution de la loi et dans des cas concrets. Six participants à la consultation (NW, SG, ZG, esisuisse, BCZ, UBCS) estiment qu'il faut préciser comment la notion «dépôts garantis» doit être comprise en relation avec l'art. 37a, al. 4, LB et spécifier qui est le déposant en présence d'une relation multipartite. L'association esisuisse souligne en outre expressément qu'un éventuel ayant-droit économique ne peut prétendre directement à la garantie des dépôts, et que seule la prétention du détenteur de la créance est garantie.

L'association esisuisse ajoute que la let. c, ch. 1, traite d'avoirs à vue, et que le terme «espèces» pourrait porter à confusion. Elle propose également de mentionner à l'al. 3^{bis}, let. a, que les préparatifs comprennent notamment la mise en place d'une infrastructure appropriée pour traiter à temps les instructions de remboursement des déposants.

Le relèvement de l'**engagement maximal** à un taux de couverture de 1,6 % est accueilli favorablement. D'après esisuisse, cet engagement respecte la norme internationale, mais ne doit pas être augmenté davantage. Le PS et l'USS jugent le taux de couverture de 1,6 % trop faible et demandent que celui-ci soit porté à 2,5 %. L'ACSI et la FRC demandent que l'on ne descende pas en dessous d'un taux de 1,6 %.

8.2 Organisme de garantie des dépôts

Le pvl estime que le Conseil fédéral doit répondre aux critiques des organisations internationales (dont le FMI), selon lesquelles esisuisse dépend trop de ses membres, à savoir des établissements financiers, et montrer en détail dans quelle mesure il a tenu compte de ces critiques.

L'ASG réclame un organisme indépendant. Les gestionnaires de fortune indépendants estiment que le dispositif actuel, fondé sur l'autorégulation, est insuffisant et qu'il faut aussi de nouvelles règles en matière de gouvernance. L'ASG rejette l'idée d'un organisme piloté par

une association de banques. Elle trouve que le monopole d'esisuisse est contraire à la Constitution et juge l'art. 37h peu clair et imprécis.

8.3 Remboursement à partir des actifs liquides disponibles (art. 37b AP-LB)

Plusieurs participants à la consultation (NW, SG, ZG, ASB, BCZ, esisuisse, UBCS) souhaitent que l'art. 37b AP-LB soit modifié sur le plan linguistique («comptabilisés» au lieu de «détenus»). Exception faite de cette demande, les règles de remboursement à partir des actifs disponibles sont approuvées (AG, AI, SH, ZH, pvl, Travail.Suisse, Baker McKenzie, MoMo).

L'association esisuisse craint que l'art. 37b, al. 2, AP-LB n'aboutisse à des résultats inappropriés et réclame la précision suivante: lorsqu'il est clair que l'ensemble des dépôts garantis au sens de l'art. 37h, al. 1, AP-LB pourront être remboursés en priorité, les autres dépôts privilégiés doivent l'être ensuite.

8.4 Délai de mise en œuvre de la garantie des dépôts et délai de remboursement (art. 37i et 37j AP-LB)

L'ABES juge approprié le délai de sept jours applicable au remboursement des dépôts garantis au liquidateur de la faillite (art. 37i AP-LB). Elle souligne cependant que ce délai constitue un minimum du point de vue opérationnel, compte tenu des défis que les banques doivent relever. MoMo estime que les possibilités techniques actuelles permettent d'effectuer les remboursements plus rapidement.

Différentes réserves et propositions de modifications ont été faites à propos de l'art. 37j AP-LB. En ce qui concerne la liste des déposants, le canton de VD demande que la FINMA fixe, à tout le moins dans une ordonnance ou dans des directives, des principes juridiques déterminant les bénéficiaires et le montant des dépôts privilégiés.

Là où les uns estiment que le délai de sept jours applicable au remboursement des dépôts par le liquidateur aux déposants est extrêmement court (VD), d'autres pensent que ce nombre de jours est adéquat (ZH, PS, Travail.Suisse), voire constitue aussi un minimum sur le plan opérationnel (ABES).

Selon Bär&Karrer et esisuisse, qui défend un avis similaire, il y a lieu de préciser à l'al. 4 que les créances qui restent après le remboursement des dépôts garantis doivent continuer à être colloquées dans le cadre de la procédure de faillite. Certains soulignent par ailleurs qu'en cas de ressources insuffisantes, les dépôts garantis doivent eux aussi être remboursés seulement au prorata et demandent que cette précision figure explicitement dans la loi (NW, SG, ZG, ASB, BCZ, UBCS, UBS).

Pour ce qui est de l'al. 5, le canton de VD demande que la FINMA fixe, en coordination avec esisuisse, des directives sur le traitement des dépôts privilégiés de déposants qui exercent une fonction dirigeante. Il souhaite en outre que ces dépôts soient identifiés dans une liste des dépôts dont le remboursement est retardé ou différé.

8.5 Compensation, prétentions et cession légale (art. 37j^{bis} AP-LB)

Bär&Karrer réclame une précision de la disposition afin que les organismes de garantie étrangers bénéficient également de la cession légale. Plusieurs participants à la consultation estiment que les créances de l'organisme de garantie étranger doivent aussi être reconnues dans le droit suisse lorsque cet organisme effectue un remboursement en vertu d'une législation étrangère et reprend les droits du déposant à hauteur du remboursement (ASB, BCZ, UBS et

UBCS par analogie). L'ASB, la BCZ et UBS relèvent que si la cession légale n'est pas reconnue, des déposants de filiales étrangères pourront faire de nouveau valoir leurs prétentions dans le cadre de la procédure de faillite menée en Suisse contre la maison mère.

8.6 Plans d'urgence/TBTF (art. 37h, al. 3, let. d, en relation avec l'al. 3^{bis}, AP-LB)

D'après l'ASB, la BCZ, Raiffeisen et UBS, il est important pour le secteur que la relation entre la protection des déposants et la réglementation TBTF soit explicitée de manière détaillée et que les exigences de la réglementation TBTF remplies grâce aux plans d'urgence soient dûment prises en compte. L'association economiesuisse défend un avis similaire.

Plusieurs participants à la consultation expliquent que l'obligation de maintenir les fonctions d'importance systémique interfère avec la garantie des dépôts, dont le but est la liquidation. Ils estiment que les mesures et le plan de stabilisation des banques d'importance systémique peuvent être mis en œuvre plus tôt que les préparatifs liés à la garantie des dépôts. Ils insistent sur le fait qu'il faut éviter de faire peser un **double fardeau** sur les banques d'importance systémique et demandent à cette fin que le plan de stabilisation et le plan d'urgence soient pris en compte dans les exigences (ASB, economiesuisse, BCZ, UBCS, UBS). Les cantons de NW, SG et ZG, ainsi que l'UBCS, proposent que les banques d'importance systémique prévoient non seulement des **plans d'urgence et de stabilisation**, mais également un **plan global** des préparatifs qui ne traite pas de la garantie des remboursements. La BCZ est elle aussi favorable à l'élaboration d'un plan global, dans lequel chaque banque d'importance systémique peut tenir compte de ses spécificités en toute logique et qui ne doit pas porter sur la garantie des remboursements. Cet établissement ajoute que le plan global ne doit pas non plus être vérifié régulièrement dans le cadre des audits auxquels les banques sont soumises. Plusieurs participants à la consultation jugent qu'il faut étendre la **période prévue** pour l'exécution des préparatifs liés à la garantie des dépôts (NW, SG, ZG, ASB, BCZ, UBCS). Selon economiesuisse et UBS, il faut par conséquent prévoir la possibilité de prolonger les délais accordés aux banques d'importance systémique (TBTF) en matière de garantie des dépôts, afin que celles-ci puissent les adapter à leur plan d'urgence. Selon economiesuisse, cette disposition doit figurer dans une ordonnance.

9 Autres actes

9.1 Loi sur l'émission de lettres de gage (art. 40 et 40a AP-LLG)

De nombreux participants à la consultation approuvent explicitement les modifications qu'il est prévu d'apporter à la LLG (AG, AI, NW, SG, SH, VD, ZG, ZH, PDC, PS, Travail.Suisse, Baker McKenzie, MoMo), car ces dispositions renforcent la stabilité du système des lettres de gage (PS) et augmentent la clarté, la transparence et la sécurité juridique de ce dernier (Travail.Suisse). Les cantons de NW, SG et ZG, ainsi que la BCZ et l'UBCS, soulignent que les lettres de gage remplissent une fonction économique importante sur la place financière suisse dans le cadre du refinancement des banques. Ils sont favorables à l'AP-LLG, car ils jugent essentiel que le fonctionnement des centrales d'émission de lettres de gage et la valeur des lettres de gage soient respectés et protégés aussi en cas d'insolvabilité bancaire.

L'ASB est elle aussi satisfaite des propositions, mais demande que le texte de l'art. 40 AP-LLG soit précisé («viole les prescriptions légales qui concernent les fonds propres», «compromet (...) la confiance», «remise»). Selon la BLG et la CLG, le projet doit en outre préciser qu'en temps normal, le liquidateur de la faillite et le mandataire nommé par la FINMA sont deux personnes différentes et autonomes que la FINMA désigne simultanément en leur confiant des mandats explicites. Elles ajoutent que l'art. 40 AP-LLG vise le cas d'une banque qui fait

probablement face à des difficultés considérables, mais qui n'est pas en faillite, et que la couverture des prêts par la centrale de lettres de gage doit protéger la banque des pertes lorsqu'une banque membre devient insolvable.

Selon la BLG et la CLG, il faut préciser à l'art. 40a, al. 1, AP-LLG que toute créance figurant dans le système doit être couverte, la valeur de couverture devant toujours s'élever au moins au même montant que la créance nominale provenant d'un prêt. Les intérêts de la couverture devraient eux aussi être au minimum égaux à ceux du prêt à couvrir. En outre, les recettes d'intérêts issues des prêts devraient correspondre aux charges d'intérêts liées aux lettres de gage, des écarts n'étant possibles qu'au profit de la centrale d'émission de lettres de gage.

9.2 Code des obligations (art. 1186 CO)

La modification proposée est accueillie favorablement (AG, AI, SH et VD) et considérée comme judicieuse. Selon Travail.Suisse, elle prévient tout conflit avec les dispositions applicables sur les marchés de capitaux à l'étranger et permet aux entreprises suisses, et notamment aux banques, d'avoir ainsi accès à ces marchés. Baker McKenzie estime que le texte de l'al. 1 doit être précisé afin que l'on sache ce que l'on entend par «majorité de créanciers». Ce participant à la consultation pense toutefois qu'il faut plutôt parler de «majorité du capital» dans ce contexte.

9.3 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 173b AP-LP)

Certains se déclarent expressément favorables à la proposition énoncée à l'art. 173b AP-LP (AG, AI, SH, VD et Travail.Suisse). Vischer demande que l'on vérifie si les interactions actuelles entre la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP, RS 281.1), la LB et le droit administratif général sont appropriées en cas de faillite bancaire. Bär&Karrer souhaite que le texte dispose aussi qu'une réquisition de faillite introduite par un créancier en application des dispositions de la LP peut constituer un motif suffisant d'ouverture de faillite par la FINMA.

9.4 Loi sur les titres intermédiés (LTI)

D'une manière générale, les participants à la consultation accueillent favorablement **l'obligation de ségrégation** (art. 11a) prévue pour les déposataires, celle-ci correspondant notamment à la pratique actuelle (UBS) et constituant, comme la conclusion obligatoire d'un accord avec le sous-dépositaire étranger, un standard international (ASB, ABG, ABPS, BCZ, UBCS). Les participants relèvent également que le projet permet d'améliorer la protection des investisseurs (PLR, pvl, PS, economiesuisse, ABES, ACSI, CP, FPC, FRC, UBCS) et de combler la brèche qui subsiste dans la législation actuelle en cas de faillite d'un établissement (SH, Travail.Suisse, USS, ASG, SIX). Le PS, Travail.Suisse et l'USS demandent toutefois que l'on examine un renforcement de la protection des investisseurs dans le cas où la distraction des titres n'est pas possible, par exemple au moyen d'un défraiement, à l'instar des systèmes existant aux États-Unis, dans l'UE ou à Singapour (PS, USS). Selon SIX, l'AP-LTI augmente la sécurité juridique pour les établissements suisses actifs à l'étranger, concorde avec les règles européennes et devrait ainsi exercer une influence positive sur le processus d'équivalence avec l'UE.

La BCZ et l'UBCS jugent raisonnables l'obligation faite au déposataire de **conclure une convention** avec le premier sous-dépositaire étranger (art. 11a, al. 3) et la limitation de cette obligation au premier maillon de la chaîne de garde. Pour l'ABES, les mesures que le déposataire doit prendre pour offrir un niveau de protection comparable au titulaire du compte en l'absence d'une convention avec un sous-dépositaire à l'étranger doivent elles aussi être limitées au premier maillon de la chaîne de garde. L'UBCS souhaite encore que la FINMA publie une liste des sous-dépositaires qui remplissent les exigences en matière de ségrégation.

Les avis sont moins tranchés en ce qui concerne les dispositions relatives à l'**information des clients** (art. 11a, al. 6). UBS s'interroge sur le bien-fondé d'une réglementation en la matière puisque les obligations d'information des clients sont d'ores et déjà régies par la loi fédérale sur les services financiers (LSFin; RS 950.1). L'UDC demande que les ressources engagées pour l'information des clients correspondent à l'utilité de cette information. Les informations doivent par ailleurs pouvoir être transmises de manière standardisée et sous forme électronique, par analogie avec l'art. 9, al. 3, LSFin (SH, TG, UDC, usam). Bär&Karrer suggère de limiter l'obligation d'information aux cas extraordinaires soumis à des risques spécifiques, par exemple lorsque le sous-dépositaire est situé dans un État n'accordant pas la possibilité de prendre des mesures de protection au sens de l'art. 11a, al. 4. Le PDC, l'ASB, economiesuisse, l'usam, l'ABPS, l'ABG et UBS refusent les dispositions, relevant que le Parlement a décidé expressément et en toute connaissance de cause de ne pas intégrer cette obligation à la LSFin. À leurs yeux, cette obligation n'apporte aucune réelle plus-value au client, d'autant moins que les informations relatives à la détention de titres seront à l'avenir incluses dans la brochure sur les risques de l'ASB, mais génère des frais importants pour les banques qui seront assumés en fin de compte par les clients (Bär&Karrer). Si ces dispositions devaient être maintenues, le PDC exige qu'elles soient plus détaillées et que la transmission des données soit précisée. L'obligation de donner, sur demande du titulaire du compte, des informations «sur les **risques spécifiques** liés à la détention de titres concernée» (art. 11a, al. 6, let. c) va trop loin pour l'ASB, la BCZ, l'UBCS et UBS, qui en demandent la suppression. L'ASB, la BCZ, l'UBCS et UBS refusent également l'obligation de communiquer les **coûts** liés à la détention de titres (art. 11a, al. 6, let. d), l'estimant insuffisamment claire. UBS relève à cet égard que les banques publient d'ores et déjà les frais de dépôt.

Les dispositions concernant la **transmission de données** à des sous-dépositaires étrangers (art. 11b) obtiennent l'accord de principe de plusieurs participants à la consultation, qui estiment toutefois que ces dispositions doivent être modifiées, notamment parce qu'elles ne tiennent pas compte des relations échelonnées entre plusieurs sous-dépositaires qui sont fréquentes en pratique (ASB, economiesuisse, ABES, ABG, Baker McKenzie, BCZ, UBCS, UBS). Le cadre des destinataires potentiels des données devrait ainsi être étendu à d'autres sous-dépositaires de la chaîne de garde, le dépositaire ayant la possibilité de transmettre directement à sa chaîne de garde les données dont chaque sous-dépositaire a besoin pour remplir ses tâches (le canton de SH et l'usam défendent un avis similaire). L'information des clients prévue à l'art. 11b, al. 2, devrait ici aussi pouvoir être effectuée de manière standardisée, physiquement ou électroniquement, à l'instar de ce que prévoit la LSFin (SH, ASB, usam, ABG, BCZ, UBCS). Pour la BCZ et l'UBCS, la formulation «selon le droit [...] en vigueur» peut engendrer la nécessité de clarifier les dispositions du droit étranger applicable, alors que le dépositaire devrait pouvoir se fier aux indications données par le sous-dépositaire. Ils relèvent également qu'il n'existe souvent pas d'obligation légale, mais des prescriptions définies sur une base contractuelle.

9.5 Loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)

Certains se déclarent explicitement favorables à la modification proposée (AG, AI, SH, TG, VD, ABES, Baker McKenzie, CP, MoMo et SIX).

La modification de la LIMF n'appelle qu'une remarque de la part du canton de BE. Celui-ci relève que l'art. 34 LIMF ne mentionne pas les trésoreries cantonales, alors qu'une grande partie d'entre elles remplissent les conditions de l'art. 34, al. 3. Pour des raisons de clarté, cet état de fait devrait également être pris en compte, par exemple dans le message.

10 Liste des participants

1. Cantons

1.	Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino	TI
2.	Chancellerie d'État du Canton de Fribourg	FR
3.	Chancellerie d'État du Canton de Genève	GE
4.	Chancellerie d'État du Canton de Neuchâtel	NE
5.	Chancellerie d'État du Canton de Vaud	VD
6.	Chancellerie d'État du Canton du Valais	VS
7.	Kantonskanzlei des Kantons Appenzell Ausserrhoden	AR
8.	Landeskanzlei des Kantons Basel-Landschaft	BL
9.	Ratskanzlei des Kantons Appenzell Innerrhoden	AI
10.	Staatskanzlei des Kantons Aargau	AG
11.	Staatskanzlei des Kantons Basel-Stadt	BS
12.	Staatskanzlei des Kantons Bern	BE
13.	Staatskanzlei des Kantons Glarus	GL
14.	Staatskanzlei des Kantons Luzern	LU
15.	Staatskanzlei des Kantons Nidwalden	NW
16.	Staatskanzlei des Kantons Obwalden	OW
17.	Staatskanzlei des Kantons Schaffhausen	SH
18.	Staatskanzlei des Kantons Schwyz	SZ
19.	Staatskanzlei des Kantons Solothurn	SO
20.	Staatskanzlei des Kantons St. Gallen	SG
21.	Staatskanzlei des Kantons Thurgau	TG
22.	Staatskanzlei des Kantons Zug	ZG
23.	Staatskanzlei des Kantons Zürich	ZH
24.	Standeskanzlei des Kantons Graubünden	GR
25.	Standeskanzlei des Kantons Uri	UR

2. Partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale

26.	Parti démocrate-chrétien	PDC
27.	Parti socialiste suisse	PS

28.	Parti vert'libéral	pvl
29.	PLR.Les Libéraux-Radicaux	PLR
30.	Union démocratique du centre	UDC

3. Associations faitières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national

31.	Association des Communes Suisses	ACS
32.	Union des villes suisses	UVS

4. Associations faitières de l'économie qui œuvrent au niveau national

33.	Association suisse des banquiers	ASB
34.	economiesuisse	economiesuisse
35.	Travail.Suisse	Travail.Suisse
36.	Union patronale suisse	UPS
37.	Union suisse des arts et métiers	usam
38.	Union syndicale suisse	USS

5. Représentants des milieux intéressés

39.	Association de banques privées suisses	ABPS
40.	Association de banques suisses de gestion	ABG
41.	Association des banques étrangères en Suisse	ABES
42.	Association Modernisation Monétaire	MoMo
43.	Association prévoyance suisse	VVS
44.	Association Suisse des Gérants de Fortune	ASG
45.	Associazione consumatrici della Svizzera italiana	ACSI
46.	Baker McKenzie Zurich	Baker McKenzie
47.	Banque cantonale de Zurich	BCZ
48.	Banque des lettres de gage d'établissements suisses de crédit hypothécaire SA	BLG
49.	Bär & Karrer AG	Bär&Karrer
50.	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents	Suva

Procédure de consultation concernant la modification de la loi sur les banques
(insolvabilité, garantie des dépôts, ségrégation)

51.	Centrale de lettres de gage des banques cantonales suisses SA	CLG
52.	Centre Patronal	CP
53.	Coordination des banques domestiques	CBD
54.	Credit Suisse SA	CS
55.	esisuisse	esisuisse
56.	EXPERTsuisse – Association suisse des experts en audit, fiscalité et fiduciaire	EXPERTsuisse
57.	Fédération romande des consommateurs	FRC
58.	Fondation pour la protection des consommateurs	FPC
59.	Fonds de compensation AVS/AI/APG	compenswiss
60.	Raiffeisen Suisse	Raiffeisen
61.	SIX Swiss Exchange SA	SIX
62.	UBS SA	UBS
63.	Union des Banques Cantonales Suisses	UBCS
64.	Université de Saint-Gall	HSG
65.	Vischer AG	Vischer