



Berne, le 08.04.2022

Modification de l'ordonnance sur les banques

(insolvabilité, garantie des dépôts, ségrégation
et capacité d'assainissement et de liquidation)

Rapport explicatif
en vue de l'ouverture de la procédure de
consultation

Table des matières

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | Contexte | 3 |
| 1.1 | Généralités | 3 |
| 1.2 | Solutions étudiées et solution retenue | 3 |
| 1.2.1 | Insolvabilité, garantie des dépôts et ségrégation | 3 |
| 1.2.2 | Capacité d'assainissement et de liquidation | 3 |
| 2 | Comparaison avec le droit étranger | 4 |
| 2.1 | Insolvabilité, garantie des dépôts et ségrégation | 4 |
| 2.2 | Capacité d'assainissement et de liquidation | 4 |
| 3 | Présentation du projet | 5 |
| 3.1 | Insolvabilité | 5 |
| 3.2 | Garantie des dépôts | 6 |
| 3.3 | Capacité d'assainissement et de liquidation | 6 |
| 3.4 | Autres thèmes | 7 |
| 4 | Commentaires des dispositions | 8 |
| 4.1 | Ordonnance sur les banques | 8 |
| 4.2 | Ordonnance sur l'émission de lettres de gage | 22 |
| 4.3 | Ordonnance sur les fonds propres | 24 |
| 4.4 | Ordonnance sur les liquidités | 28 |
| 4.5 | Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA | 29 |
| 5 | Conséquences | 31 |
| 5.1 | Conséquences économiques | 31 |
| 5.1.1 | Banques..... | 31 |
| 5.1.2 | Stabilité financière (capacité d'assainissement et de liquidation)..... | 35 |
| 5.1.3 | Clients (garantie des dépôts)..... | 35 |
| 5.1.4 | Investisseurs (insolvabilité) | 36 |
| 5.2 | Conséquences pour la Confédération | 36 |
| 6 | Aspects juridiques | 36 |
| 6.1 | Constitutionnalité | 36 |
| 6.2 | Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse | 36 |
| 6.3 | Délégation de compétences législatives | 36 |
| 7 | Entrée en vigueur | 36 |

1 Contexte

1.1 Généralités

Le 17 décembre 2021, le Parlement a adopté une modification de la LB¹. Celle-ci contient désormais des dispositions sur l'insolvabilité des banques, renforce la garantie des dépôts et veille à une ségrégation complète des titres intermédiés dans la chaîne de dépôt.

Les dispositions d'exécution que le Conseil fédéral propose d'introduire dans l'OB² définissent et précisent, pour l'essentiel, la garantie des dépôts et les exigences envers les sociétés du groupe significatives. L'ordonnance sur l'émission de lettres de gage fait aussi l'objet d'une précision. Les changements réalisés dans la loi dans le domaine de l'insolvabilité ne nécessitent qu'une légère modification de l'ordonnance, tandis que ceux qui concernent la ségrégation n'ont pas besoin d'y être transposés. Le projet mis en consultation comprend également une révision des dispositions de l'OB relatives à la capacité d'assainissement et de liquidation et au système de remise pour les banques d'importance systémique actives au niveau international. Le Conseil fédéral avait déjà annoncé cette révision dans son rapport du 3 juillet 2019 concernant l'examen prévu pour l'art. 52 LB et dans ses commentaires du 27 novembre 2019 relatifs à la modification de l'ordonnance sur les fonds propres (OFR). Dans le sillage de ces modifications de l'OB et surtout en raison de celles-ci, d'autres ordonnances sur les marchés financiers font l'objet d'adaptations mineures (cf. commentaire des dispositions pour de plus amples informations à ce sujet).

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

1.2.1 Insolvabilité, garantie des dépôts et ségrégation

Dans son message du 19 juin 2020 concernant la modification de la LB³, le Conseil fédéral avait déjà examiné en détail les solutions dont il disposait pour modifier la loi⁴. Il a toujours veillé à cet égard à ne pas remettre fondamentalement en question le cadre juridique suisse éprouvé et équilibré dans les domaines concernés, mais à y apporter des modifications spécifiques de manière ciblée. Il suit ce même principe pour les dispositions des ordonnances qu'il présente ici, dans la mesure où la loi lui accorde une marge de manœuvre. De plus amples informations sur les éventuelles solutions étudiées figurent dans le commentaire des dispositions (chap. 4).

1.2.2 Capacité d'assainissement et de liquidation

La solution proposée incitera à garantir la capacité d'assainissement et de liquidation des banques d'importance systémique actives au niveau international visées à l'art. 124a OFR (*global systemically important banks*, G-SIB) en fixant des exigences complémentaires concernant les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes et des majorations pour la détention de liquidités. L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) pourra relever les exigences si les obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation qu'elle a identifiés ne sont pas éliminés dans le délai imparti. Une autre solution aurait consisté à supprimer purement et simplement le système de remise, mais la FINMA n'aurait alors disposé d'aucune base légale explicite pour évaluer cette capacité et sanctionner les entraves à la liquidation. Cette solution a été abandonnée, car les autorités (Département fédéral des

¹ Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (FF 2021 3001; RS 952.0)

² Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (RS 952.02)

³ FF 2020 6151

⁴ FF 2020 6151 6171 ss

finances [DFF] et FINMA) ont estimé qu'elle ne répondait pas aux objectifs. De plus, la solution retenue assure aux banques concernées la sécurité de la planification et la sécurité juridique, car les règles inscrites dans le projet exposent les critères sur lesquels la FINMA se fondera pour évaluer la capacité d'assainissement et de liquidation d'une G-SIB.

2 Comparaison avec le droit étranger

2.1 Insolvabilité, garantie des dépôts et ségrégation

En ce qui concerne l'insolvabilité bancaire, la garantie des dépôts et la ségrégation, les dispositions de la présente révision du droit bancaire pertinentes pour une comparaison avec le droit étranger figurent déjà pour l'essentiel dans la LB révisée. Nous renvoyons donc à ce propos à la comparaison détaillée avec les juridictions étrangères et les normes internationales qui a été réalisée dans le message sur la modification de la LB⁵.

2.2 Capacité d'assainissement et de liquidation

Pour ce qui est de la capacité d'assainissement et de liquidation, le message cité ne comprend pas de comparaison avec le droit étranger, car la loi n'avait pas besoin d'être remaniée sur ce point. Tout comme la prescription qu'elle remplace, la modification proposée de l'OB s'appuie sur la réglementation de la LB en vigueur (art. 9, al. 2, let. a, ch. 3), selon laquelle les banques d'importance systémique doivent notamment disposer de fonds propres qui les incitent à limiter leur degré d'importance systémique et améliorent leur capacité à être assainies ou liquidées tant en Suisse qu'à l'étranger.

À l'échelle internationale, l'évaluation régulière de la capacité d'assainissement et de liquidation (des G-SIB principalement) par les autorités de surveillance est régie par les *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* du Conseil de stabilité financière (CSF)⁶. Celui-ci publie également des directives sur différents thèmes et les intègre au processus d'évaluation correspondant lorsque cela est approprié et opportun⁷.

Plusieurs États, dont l'Union européenne (UE), le Royaume-Uni et les États-Unis, ont défini des cadres juridiques pour concrétiser, améliorer et vérifier la capacité d'assainissement et de liquidation de leurs banques. Les autorités disposent ainsi de compétences diverses pour, le cas échéant, contrôler et sanctionner l'absence de progrès au niveau de la capacité d'assainissement et de liquidation d'un établissement bancaire. Ces compétences permettent dans certaines circonstances de vastes interventions dans la structure juridique et commerciale, tandis que le projet de la Suisse repose sur des incitations liées à des sanctions financières, d'une part, et à la publication de l'état de cette capacité des banques, d'autre part:

- Dans l'UE, le Conseil de résolution unique (CRU) établit au sein de l'Union bancaire un plan de liquidation pour chaque banque relevant de sa compétence. Les banques devraient atteindre leur pleine capacité d'assainissement et de liquidation d'ici à la fin de 2023. Le CRU a concrétisé au début de 2021 ses attentes en la matière⁸. Il procède à une évaluation et informe le public de l'état de cette capacité ainsi que des étapes requises jusqu'à ce que celle-ci soit complète. Il exige des mesures correctrices lorsqu'il

⁵ FF 2020 6151 6160 ss

⁶ <https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/>

⁷ Cf. www.fsb.org > Home > Publications > Policy Documents > Policy Areas = Resolution and Crisis Management.

⁸ Fehler! Linkreferenz ungültig.<https://www.srb.europa.eu/en/content/expectations-banks>

constate des obstacles durables à la liquidation ou l'absence de progrès dans leur élimination par une banque. Des progrès importants peuvent être récompensés lors de la définition des exigences relatives à la dotation en fonds propres et en fonds de tiers en vue d'une liquidation⁹. En présence d'obstacles à la liquidation, les mesures destinées à les éliminer sont fixées en fonction du degré de gravité. Elles peuvent aller bien au-delà d'une majoration des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou de la dotation en liquidités. À cet égard, l'Union bancaire dispose elle aussi d'un système incitatif.

- Au **Royaume-Uni**, la Banque d'Angleterre a publié les règles relatives à la capacité d'assainissement et de liquidation (*Resolvability Assessment Framework, RAF*)¹⁰ en juillet 2019. Celles-ci contraignent les banques assujetties à exposer dans les grandes lignes le niveau de cette capacité à l'autorité de régulation prudentielle (*Prudential Regulatory Authority, PRA*), à la Banque d'Angleterre et au public. Cette dernière informe également le public, établissement par établissement, sur l'état de cette capacité et sur le respect des exigences définies en vertu du RAF (*resolution outcomes*)¹¹. Au Royaume-Uni, l'incitation à améliorer la capacité d'assainissement et de liquidation résulte principalement de la transparence et de la visibilité subséquente. De plus, la direction des établissements bancaires doit répondre directement de l'atteinte de cette capacité.
- Enfin, aux **États-Unis**, la réserve fédérale (*Federal Reserve, Fed*) et l'organisme de garantie des dépôts bancaires (*Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC*) exigent déjà depuis 2013 que certaines catégories de banques présentent un plan de liquidation à intervalles réguliers. Ces dernières y exposent leur capacité d'assainissement et de liquidation à l'aune de critères définis. À l'issue de leur examen, les autorités présentent leurs conclusions non seulement aux établissements bancaires, mais également au public¹². Cette visibilité constitue une première incitation à améliorer constamment la capacité d'assainissement et de liquidation. La Fed et la FDIC peuvent décider conjointement, entre autres, de relever les exigences en matière de fonds propres et de liquidités lorsque leur audit révèle qu'un plan de liquidation n'est pas crédible ou qu'une liquidation ne sera pas facilitée en vertu de la loi pertinente (*US Bankruptcy Code*), c'est-à-dire qu'elle sera entravée¹³. Si, en dépit de ces obligations, la banque concernée ne remédie pas aux défauts de son plan de liquidation dans un délai de deux ans, les autorités peuvent prononcer des mesures encore plus strictes à son encontre et l'obliger à vendre certains actifs, voire à abandonner totalement certaines activités commerciales.

3 Présentation du projet

3.1 Insolvabilité

Les nouvelles dispositions sur l'insolvabilité bancaire n'exigent pour l'essentiel qu'une exécution au niveau de l'ordonnance, à savoir la désignation des instruments de dette visés à l'art. 30b, al. 6, LB qui sont réduits avant que le capital social soit entièrement réduit, pour autant qu'ils soient émis par une banque cantonale et qu'ils prévoient une compensation ultérieure appropriée des créanciers (cf. commentaire de l'art. 47f OFR¹⁴).

⁹ https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/mrel_policy_may_2021_final_web.pdf

¹⁰ <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/paper/2019/bank-of-englands-approach-to-assessing-resolvability-ps.pdf?la=en&hash=AF9041FF6E98967DF923DBF7A39FA18166691578>

¹¹ <https://www.bankofengland.co.uk/quarterly-bulletin/2020/2020-q4/the-resolvability-assessment-framework>

¹² <https://www.federalreserve.gov/supervisionreg/resolution-plans.htm>

¹³ <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/12/part-243>

¹⁴ Ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres (RS 952.03)

3.2 Garantie des dépôts

En ce qui concerne la garantie des dépôts, la loi modifiée (art. 37a, al. 7, LB) délègue au Conseil fédéral la définition des dépôts privilégiés et des déposants privilégiés. L'ordonnance précise cette délégation et clarifie par la même occasion les questions relatives à la gestion des créances privilégiées des fondations du pilier 3a et des fondations de libre passage (art. 42a à 42d P-OB). De même, le moment de l'adhésion à un système d'autorégulation est clairement défini (art. 42e P-OB). Par ailleurs, l'ordonnance précise les préparatifs que les banques doivent effectuer dans le cadre de leur activité ordinaire pour tenir compte des prescriptions légales (art. 42g et 42i P-OB), l'accent étant mis sur l'infrastructure informatique, le personnel, les processus standardisés et la tenue d'une liste des déposants et de l'aperçu sommaire. Conformément au principe de proportionnalité, les obligations en matière de préparatifs sont légèrement différentes pour les banques d'importance systémique ayant un plan d'urgence, comme les établissements bancaires de très petite taille (art. 42h P-OB). En plus des dispositions sur le remboursement des dépôts (art. 43 et 44 P-OB), l'ordonnance comprend une réglementation de la communication entre la FINMA et l'organisme de garantie (art. 44a P-OB). La conception, sans incidence sur les coûts, du nouveau préfinancement du système de garantie des dépôts prévu à l'art. 37h, al. 7, LB est régi dans l'OFB et l'OLi¹⁵.

3.3 Capacité d'assainissement et de liquidation

Eu égard à leur taille, les G-SIB visées à l'art. 124a OFB représentent un risque important pour l'économie suisse et pour la stabilité financière si elles rencontrent des difficultés. L'insolvabilité d'une G-SIB, qui entraînerait un assainissement ou une liquidation, peut nuire à la Suisse. Déjà en vigueur, la réglementation du plan d'urgence (cf. p. ex. art. 60 ss OB) veille au maintien des fonctions d'importance systémique pour la Suisse en cas de risque d'insolvabilité. Elle ne garantit cependant pas encore la capacité globale d'assainissement et de liquidation des G-SIB, qui est l'objet des présentes modifications. Cette capacité est une condition *sine qua non* pour désamorcer le risque *too big to fail*. Conformément au système actuel, la FINMA accorde aux G-SIB des remises sur les exigences en matière de fonds supplémentaires visées aux art. 132 et 133 OFB (fonds *gone concern*) lorsque ces établissements améliorent très vraisemblablement leur capacité d'assainissement et de liquidation (cf. art. 65, al. 1, OB dans sa version en vigueur). Ce système a démontré son efficacité puisqu'il incite de manière adéquate les G-SIB à améliorer leur capacité d'assainissement et de liquidation. En l'état actuel des choses, les G-SIB devraient atteindre prochainement leur remise maximale; l'effet incitatif des remises s'atténuera donc. Dans le rapport du 3 juillet 2019 concernant l'examen prévu pour l'art. 52 LB et dans ses commentaires du 27 novembre 2019 relatifs à la modification de l'OFB, le Conseil fédéral envisageait d'abroger ce système de remise en 2022.

En lieu et place des remises actuelles, le régime prévu dans la présente révision permettra à la FINMA de relever les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou de détention de liquidités lorsque les banques ne peuvent pas garantir suffisamment leur capacité d'assainissement et de liquidation. Comme dans le système de remise actuel, la FINMA évaluera chaque année cette capacité à l'aune de critères fixés dans le projet, en se basant sur les données que les G-SIB devront lui fournir. Les obstacles à l'assainissement ou à la liquidation qu'elle découvrira seront examinés et éliminés rapidement dans le cadre d'un processus de surveillance ordinaire. Si la banque ne les élimine pas dans le délai imparti, la FINMA pourra alors accroître les exigences par voie de décision et les publier en conséquence. Par ailleurs, le projet crée une base légale explicite afin que la FINMA puisse à l'avenir informer régulièrement le public de l'état du plan de stabilisation, du plan d'urgence et du plan de liquidation de toutes les banques d'importance systémique.

Comme c'est le cas actuellement, les banques devront garantir leur capacité d'assainissement et de liquidation en s'appuyant sur les critères définis dans ce projet. Les justificatifs établis à

¹⁵ Ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (RS 952.06)

cet effet continueront d'être évalués par la FINMA et discutés avec les banques dans le cadre du processus de surveillance. Les autorités estiment que l'instauration de ce nouveau régime de majorations ne modifiera pas considérablement les processus en vigueur.

En outre, les fonds propres supplémentaires que la FINMA peut exiger de toutes les banques d'importance systémique en vertu de l'art. 131b P-OFR seront pris en compte dans le calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes.

3.4 Autres thèmes

- OB:
 - Sous certaines conditions, il sera possible de procéder à un classement dynamique des établissements bancaires, raison pour laquelle les critères fixés à l'annexe 3 sont remaniés (art. 2, al. 4 et 5, OB). Cette dynamisation vise à mettre régulièrement à jour les seuils introduits en 2012 dans les circulaires de la FINMA et en 2016 dans l'OB afin de tenir compte de la croissance du système bancaire. En pratique, cette modification pourra avoir des conséquences sur le volume de fonds propres à détenir et sur l'intensité de la surveillance.
 - De nouvelles dispositions concernant la dotation en capital et en liquidités, l'organisation et la garantie d'une fourniture durable des prestations (art. 66a à 66c OB) sont définies en relation avec les exigences légales relatives aux sociétés du groupe significatives des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse.
- OFR/OLiq: par la modification qu'il propose à l'annexe 2, ch. 5.2, OFR ainsi qu'à l'art. 18, al. 3, et à l'annexe 2 OLiq, le Conseil fédéral met en œuvre les nouvelles obligations visées à l'art. 37h, al. 7, LB concernant la neutralisation des effets des nouvelles formes de financement sur les exigences en matière de liquidités et de fonds propres. Comme le Conseil national et le Conseil des États l'ont suggéré, le calibrage proposé tient également compte des exigences du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB). Il ne peut toutefois pas être exclu que le projet ait des effets considérables au cas par cas.
- OLG¹⁶: le projet précise les dispositions applicables à l'administration de la couverture, en particulier à la désignation et à la conservation de cette dernière. Il précise également les tâches que le chargé d'enquête nommé par la FINMA exécute dans la collaboration avec les centrales d'émission de lettres de gage. Cette personne informera régulièrement les centrales sur l'avancement de la procédure et leur fournira tous les renseignements nécessaires à l'exécution de leurs tâches (art. 21a P-OLG).
- Oém-FINMA¹⁷: cette ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. La perception des taxes et des émoluments opérée depuis lors a révélé que certaines dispositions de l'Oém-FINMA devaient être révisées. Les modifications proposées visent à apporter les changements requis. Elles n'entraîneront aucune hausse des coûts, car la FINMA n'assurera pas de nouvelles tâches.

¹⁶ Ordonnance du 23 janvier 1931 sur l'émission de lettres de gage (RS 211.423.41)

¹⁷ Ordonnance du 15 octobre 2008 sur les émoluments et les taxes de la FINMA (RS 956.122)

4 Commentaires des dispositions

4.1 Ordonnance sur les banques

Art. 2, al. 4 et 5

Al. 4

Conformément aux dispositions en vigueur dans le droit bancaire, le classement d'une banque a des conséquences sur le volume de fonds propres qu'elle doit détenir et sur d'autres réglementations conçues de manière proportionnée. De plus, l'intensité de la surveillance exercée par la FINMA découle elle aussi de ce classement. Selon l'al. 4, dans certains cas justifiés, la FINMA pourra effectuer ce classement en dérogeant aux seuils fixés à l'annexe 3. Dans la pratique en vigueur, qui est conservée telle quelle, la FINMA peut déjà le faire dans des cas dûment motivés et après un accord de principe de l'établissement concerné. Cette pratique sera inscrite dans l'ordonnance, comme il se doit. Un classement dérogatoire se justifiera notamment lorsqu'un nouveau classement n'est pas durable, les données fondant le classement sont lacunaires, des dépendances au sein d'un groupe financier doivent être prises en considération ou le classement standard est injustifié en termes de risques. Si le classement dérogatoire d'un établissement se traduit par un relèvement du volant de fonds propres, la FINMA accordera des délais transitoires spécifiques à cet établissement.

Un classement ne sera pas réputé durable en présence de chiffres plus récents que les indicateurs de fin d'année utilisés aux fins de son établissement ou en présence d'autres développements prévisibles. Par exemple, les données sur lesquelles la FINMA s'est fondée pour alléger les obligations d'annonce peuvent être lacunaires. Les dépendances au sein d'un groupe bancaire seront prises en compte en particulier lorsqu'un classement basé sur des données diverge pour un établissement individuel assumant le rôle de société-mère (ou une position similaire) et pour le groupe financier. Dans ce cas, la catégorie retenue à des fins prudentielles sera déterminée d'après le volant de fonds propres le plus élevé, sans que cela n'affecte les autres banques et maisons de titres du groupe. En d'autres termes, celles-ci resteront assujetties à l'obligation de remplir les objectifs de fonds propres découlant de leur classement individuel. Un classement pourra, par exemple, être injustifié par rapport aux risques que l'établissement concerné représente s'il ne reflète pas de manière appropriée l'acquisition récente des activités d'un établissement tiers.

Al. 5

Les seuils seront dynamisés en fonction des développements. Cette opération s'appuiera sur le volume total du marché que l'ensemble des banques ayant leur siège en Suisse réalisent pour chacun des critères fixés à l'annexe 3 (total du bilan, dépôts garantis et actifs sous gestion). Les seuils dynamisés seront arrondis de manière appropriée. Le critère des fonds propres minimaux ne sera pas soumis à cette dynamisation. Il devra toutefois conserver une cohérence suffisante par rapport aux autres critères.

Le statu quo est la solution la plus proche de la dynamisation des seuils qui est proposée pour la classification des banques. Sur le plan conceptuel, la dynamisation suggérée par le secteur semble toutefois appropriée dans une perspective à plus long terme. La situation actuellement tendue en matière de risques ne plaide pas contre une mise à jour des seuils, car seules quelques banques rejoindront de nouvelles catégories (cf. chap. 5 «Conséquences»). Une autre solution étudiée et débattue consisterait à dynamiser les seuils en fonction de l'évolution du produit intérieur brut (PIB). Cette variable aurait l'avantage de réagir moins sensiblement aux changements affectant les différentes banques que les marchés totaux ne peuvent le faire dans le cas des grands établissements. De même, le PIB pourrait servir d'indicateur de la capacité de l'économie à assumer les risques dans la perspective de crises bancaires. Il est en revanche sujet à des fluctuations qui ne sont pas liées directement au système bancaire.

Or, celles-ci influeraient sur la classification des banques si le PIB était associé à cette dernière. Les représentants du secteur ont donc préféré une dynamisation des seuils fondée sur les marchés totaux. Que la dynamisation repose sur le PIB ou sur les marchés totaux, cela n'a pas de grande importance pour la première modification des seuils. Une dynamisation basée sur les marchés totaux est dès lors préconisée.

Le critère des fonds propres minimaux sera exclu de la dynamisation, car les modifications seront d'ordre réglementaire. Par conséquent, elles se produiront de manière saccadée et ne seront pas soumises à une progression naturelle. De plus, l'évolution des fonds propres minimaux est rarement le facteur principal d'un changement de catégorie des banques.

Annexe 3

Lors d'une première vague de dynamisation, les seuils de tous les critères, sauf celui des fonds propres minimaux, seront adaptés à la croissance du marché total concerné, c'est-à-dire la valeur totale dans la population des banques titulaires d'une autorisation de la FINMA. Extrapolée jusqu'à la fin de 2021, cette croissance est prise en compte depuis le milieu de l'année 2016 (seuils fixés pour la première fois dans l'OB entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016). Pour le reste, le tableau est modifié sur le plan formel afin qu'il soit plus lisible.

Art. 12, al. 2^{bis}

Les contrats ou types de contrats devant répondre aux exigences du nouvel al. 2^{bis} sont déjà définis à l'art. 56 OIB-FINMA¹⁸. La modification proposée attribue explicitement à la FINMA la compétence pour définir les dispositions d'exécution techniques appropriées et confère à cette compétence un caractère adapté à la hiérarchie des normes.

Titre suivant l'art. 42

Chapitre 4a Dépôts et déposants privilégiés

Art. 42a Dépôts privilégiés

Cette disposition matérialise l'art. 37a, al. 7, LB, qui octroie explicitement au Conseil fédéral la compétence pour définir plus précisément les dépôts privilégiés. La réglementation proposée s'appuie sur l'actuel art. 25 OIB-FINMA et sur la pratique correspondante. Les notions «dépôts privilégiés» (cf. art. 37a, al. 1, LB) et «dépôts du public» (cf. art. 5 OB) poursuivent des objectifs différents et ne sont dès lors pas similaires. La première vise à protéger la liquidité et le déposant, tandis que les dépôts du public permettent de déterminer le type d'activités nécessitant une autorisation en qualité de banque. Les dépôts privilégiés englobent donc également des dépôts qui ne sont pas des dépôts du public selon l'art. 5 (p. ex. avoirs sur les comptes des collaborateurs de la banque).

Al. 1

Let. a

Conformément à la pratique en vigueur, le type d'engagements privilégiés sera limité, ceux-ci devant apparaître au bilan de la banque. De plus, le privilège vaudra uniquement pour les soldes figurant sur des comptes libellés dans une monnaie émise par un État ou par une banque centrale (ch. 1) ou pour les soldes figurant sur des comptes qui sont libellés en or, en argent, en platine ou en palladium et qui confèrent au déposant un droit exclusif ou un autre droit à une prestation dans une monnaie émise par un État ou par une banque centrale (ch. 2). L'ordonnance exclura ainsi de la notion de dépôts privilégiés les produits désignés sous forme de matières premières ou de parts de cryptomonnaies, par exemple.

Si une procédure d'insolvabilité révèle que la banque n'a, à tort, pas comptabilisé un dépôt, le chargé d'enquête, le délégué à l'assainissement ou le liquidateur de la faillite compétent selon

¹⁸ Ordonnance de la FINMA du 30 août 2012 sur l'insolvabilité bancaire (RS 952.05)

la procédure (ci-après le «liquidateur de la faillite» à des fins de simplification) l'intégrera dans les comptes a posteriori. Comme l'actuel art. 25 OIB-FINMA le prévoit déjà, il agira de la même façon en présence d'obligations de caisse qui, par erreur, n'ont pas été comptabilisées ou déposées (cf. let. b ci-dessous).

Les limites de crédit accordées au déposant, mais non versées sur son compte ne constituent pas un solde en compte, même si le déposant a dû fournir une sûreté.

Du point de vue de la protection des déposants, il est justifié de privilégier les comptes libellés en métaux précieux bancaires, car ces valeurs sont établies et très répandues sur le marché, et les clients les utilisent souvent comme réserves pour un besoin à court terme. C'est la raison pour laquelle il est précisé que le déposant devra au moins avoir un autre droit à une prestation dans une monnaie émise par un État ou par une banque centrale.

Let. b

Comme dans la pratique actuelle, les obligations de caisse comptabilisées comme telles dans le bilan de la banque et déposées auprès d'elle au nom du déposant seront privilégiées.

Let. c et d

Ces dispositions incluent dans les dépôts privilégiés les opérations dites *inflight*, c'est-à-dire les mouvements de compte qui sont encore en cours au moment de la prescription des mesures protectrices visées à l'art. 26, al. 1, let. e à h, LB ou de l'ouverture de la faillite. Il s'agit par exemple aussi de paiements réalisés au moyen d'un dépôt dans un coffre de jour ou de nuit. La clarification proposée dans le projet éliminera les incertitudes dues dans le passé au traitement de ces opérations. Étant donné que le recensement permanent de ces opérations occasionnerait une charge disproportionnée, celles-ci ne figureront pas dans la liste des déposants (cf. aperçu sommaire visé à l'art. 42i, al. 2, let. c) et seront exclues du remboursement immédiat.

Al. 2

Comme c'est déjà le cas en pratique, la notion de compte englobe les dépôts à terme et les avoirs au jour le jour (p. ex. fonds à échéance fixe) que la banque ne désigne pas nécessairement en tant que compte ou qui n'ont pas leur propre numéro de compte.

Al. 3

Les dépôts visés aux let. a à c ne sont pas des dépôts privilégiés en vertu du droit en vigueur (cf. art. 25, al. 2, OIB-FINMA). La *let. f* précise que les dépôts représentant des avoirs en déshérence au moment de l'ouverture de la faillite ne seront pas privilégiés. Ils n'auront pas besoin d'être protégés en vertu de la garantie des dépôts.

Al. 4

Le projet dispose que les intérêts courus sur les dépôts privilégiés seront aussi privilégiés, mais que, par dérogation à l'art. 37b, al. 1, LB, ils ne seront pas remboursés à partir des actifs liquides disponibles. Ils ne figureront pas sur la liste des déposants, mais seront mentionnés dans l'aperçu sommaire (cf. art. 42i, al. 2, let. d), ce qui contribuera à un remboursement rapide des dépôts garantis.

Art. 42b Montant privilégié

Al. 1 et 2

Cette disposition précise l'interdiction de compensation définie à l'art. 37b, al. 1, et, pour les dépôts garantis, à l'art. 37^{bis} LB. Tous les avoirs qu'un déposant détient auprès de la banque seront crédités à ce dernier. Il sera exclu de les compenser au moyen des dettes envers la banque. Conformément au principe général du droit des poursuites, les soldes des comptes en monnaies étrangères seront convertis en francs suisses au cours interbancaire en vigueur au moment de l'ouverture de la faillite.

Art. 42c Déposants privilégiés

Al. 1

Une créance sur la banque qui relève des dépôts privilégiés fait de son cocontractant légitime un déposant privilégié. Par conséquent, un bénéficiaire ou un ayant droit économique ne pourra pas être le déposant, même s'il est connu de la banque. Lorsque le cocontractant est une personne morale à fonder, celle-ci sera considérée comme le déposant, même si elle est créée par une seule personne physique.

Al. 2

D'après le message du Conseil fédéral du 12 mai 2010 concernant la modification de la LB (garantie des dépôts)¹⁹, la protection des déposants inscrite dans la LB sert des objectifs à la fois économiques et sociaux. Elle vise, d'une part, à protéger le système financier et à prévenir toute crise de confiance pouvant déboucher sur des retraits massifs (*bank run*) et, d'autre part, à permettre aux clients des banques de disposer rapidement de leur argent pour couvrir leurs besoins quotidiens et, du même coup, éviter, ou du moins atténuer, les effets d'une crise financière sur la vie économique. Vue sous cet angle, la garantie des dépôts vise en premier lieu à protéger les épargnants des conséquences d'une fermeture soudaine des guichets de la banque. On peut débattre de la notion d'épargnant pour savoir qui bénéficie de cette protection, mais il est indéniable que la garantie des dépôts ne peut pas avoir pour objectif la protection d'autres banques, d'autres maisons de titres ou d'autres intermédiaires financiers soumis à surveillance, pour lesquels le montant garanti de 100 000 francs a de toute façon une importance marginale. Ces personnes seront donc exclues de la notion de déposant privilégié. Pour ce qui est de l'application de cette exclusion, les banques n'auront aucune peine à identifier les personnes concernées dans leurs livres.

Al. 3

Selon l'art. 24 OIB-FINMA en vigueur, une pluralité de créanciers donne lieu à une distinction entre les créances qui sont la propriété commune de plusieurs créanciers (p. ex. communautés d'héritiers) ou qui ont ce caractère (p. ex. communauté de propriétaires par étage) et les créances solidaires (p. ex. découlant du compte commun d'un couple marié). Dans le premier cas, c'est-à-dire la propriété commune de plusieurs créanciers, la communauté est traitée comme un créancier distinct des ayants droit, les différents déposants ayant droit au privilège intégral de 100 000 francs pour leurs éventuels autres comptes auprès de la banque, indépendamment de leur part au compte de la communauté. Dans le second cas, c'est-à-dire les créances solidaires, les déposants doivent faire imputer leur part à la communauté solidaire dans leur droit résultant d'un autre compte éventuel. Ainsi, chaque créancier solidaire ne recevra pas un privilège dépassant 100 000 francs. Lors de la répartition du droit solidaire, on présume de manière irréfragable que chaque créancier solidaire a la même part.

Ce traitement des différentes communautés de créanciers et, surtout, l'inscription régulière des participants sur la liste des déposants privilégiés s'accompagnent d'un travail d'investigation considérable pour les banques et constituent un obstacle considérable au remboursement rapide des dépôts privilégiés en cas de crise. Dans la pratique, la question de la délimitation et de la répartition des différents droits dans les rapports internes et externes du groupe de personnes se pose régulièrement. Or, cela contrevient à la protection des déposants, qui vise à garantir aux personnes concernées un remboursement rapide de leur argent. Le nouvel al. 3 résout ce problème en conférant à chaque déposant un privilège unique de 100 000 francs sur son propre compte, indépendamment de ses autres droits inhérents à des groupes de créanciers de toute forme, comme c'est le cas dans la réglementation actuelle de la propriété commune de plusieurs créanciers. Le projet revient ainsi à la réglementation initiale de l'art. 15, al. 2, LB dans sa version de 1934 («un seul et même livret ne donnant droit qu'une fois au privilège [...], quel que soit le nombre de ses titulaires»).

¹⁹ FF 2010 3645 3651

Al. 4

En cas d'insolvabilité bancaire, les conséquences juridiques prévues dans le droit des États étrangers pour les dépôts comptabilisés chez eux diffèrent de celles qui découlent de la législation suisse. La séparation claire, définie à l'al. 4, des dépôts en Suisse et des dépôts à l'étranger évitera les problèmes de conflit de lois, par exemple en matière de protection des données. Même s'ils devraient concerner, dans la pratique, un très petit nombre de déposants, ces conflits ont le potentiel pour prolonger et renchérir sensiblement la procédure d'insolvabilité. La disposition proposée vise une clarification rapide des relations et un prompt remboursement des dépôts tant privilégiés que garantis.

Art. 42d Créances privilégiées des fondations du pilier 3a et des fondations de libre passage

Al. 1

Les fondations du pilier 3a ou les fondations de libre passage doivent placer sous forme de dépôts d'épargne auprès d'une banque les fonds investis dans le cadre d'une solution d'épargne ou de compte (art. 5, al. 1, OPP²⁰ et art. 19, al. 1, OLP²¹). Le privilège des créances découle de l'art. 37a, al. 5, LB, celles-ci étant considérées, en vertu de la fiction juridique, comme les dépôts de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés dans le calcul du montant du droit privilégié. Conformément à l'al. 1 proposé, les banques devront obtenir de chaque institution une déclaration confirmant que ces fondations documentent la répartition éventuelle des droits de leurs preneurs de prévoyance lorsque les fonds sont placés auprès de plusieurs banques. Dans le cadre du reporting, les banques doivent d'ores et déjà mettre à disposition les données correspondantes pour effectuer le calcul conformément à la règle dite des 125 % (art. 37a, al. 6, LB). Le moment venu, l'obligation de documenter les créances susmentionnées issues de la prévoyance professionnelle permettra de déterminer rapidement si celles-ci sont privilégiées auprès d'une banque insolvable et le montant correspondant.

Al. 2

À la dernière phrase de l'art. 37a, al. 5, LB, le législateur a décidé que les avoirs de prévoyance seraient privilégiés indépendamment des autres dépôts. Dans cette perspective, l'al. 2 proposé précise qu'un déposant disposera chaque fois d'un privilège distinct s'il possède des dépôts du 2^e pilier ou du pilier 3a auprès de la même banque par l'intermédiaire de plusieurs fondations. Cette précision est nécessaire, car les modèles d'affaires des fondations de prévoyance et des banques ont changé depuis l'édiction de l'art. 37a, al. 5, LB. Il est de plus en plus fréquent qu'une banque accepte les fonds de différentes fondations de prévoyance.

Insérer après le titre du chapitre 5

Art. 42e Adhésion à un système d'autorégulation

En vertu de l'art. 37h, al. 1, LB, il est dans l'intérêt de la protection des déposants que les banques n'acceptent pas de dépôts privilégiés avant d'avoir adhéré au système d'autorégulation de la garantie des dépôts. La disposition proposée obligera donc les banques à déposer en temps opportun une demande d'adhésion à ce système, indépendamment du processus d'autorisation.

Art. 42f Prêt en espèces à l'organisme de garantie

La possibilité d'accorder un prêt en espèces a été créée afin que les petites banques bénéficient d'une autre forme de garantie pour les contributions auxquelles elles sont tenues, car elles n'ont souvent pas assez de titres pouvant être déposés. Le projet précise donc que seules les banques des catégories 4 et 5 pourront faire usage de cette forme de garantie.

²⁰ Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (RS 831.461.3)

²¹ Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage (RS 831.425)

Art. 42g Préparatifs: dispositions générales

Al. 1

Cette disposition précise les obligations légales relatives aux préparatifs que les banques devront effectuer en vue du remboursement des dépôts garantis (cf. art. 37h, al. 3, let. d, et al. 4, LB).

Les *let. a et b* visent à ce que l'infrastructure nécessaire et les canaux de communication correspondants soient disponibles et opérationnels aux fins de la garantie des dépôts, même après l'ouverture de la faillite. Les banques pourront ainsi s'appuyer sur les canaux de communication convenus avec les clients. Le processus et les préparatifs devront être documentés sous une forme appropriée.

La liste des déposants visée à la *let. c* est précisée à l'art. 42i. À noter à cet égard que les informations ne figurant pas dans cette liste seront mentionnées dans l'aperçu sommaire.

L'aperçu sommaire dont il est question à la *let. d* recensera tous les dépôts privilégiés qui compromettraient le remboursement rapide des dépôts garantis s'ils figuraient dans la liste des déposants sous une forme mise à jour en permanence.

Al. 2

L'organe de révision devra vérifier le degré de préparation à des intervalles appropriés pour s'assurer que les préparatifs requis ont bien été exécutés.

Art. 42h Préparatifs: dispositions spéciales applicables aux banques d'importance systémique et aux petites banques

Al. 1

Les banques d'importance systémique seront assujetties à la garantie des dépôts, comme les autres établissements bancaires. À la différence de ceux-ci, elles devront cependant garantir le maintien ininterrompu des fonctions d'importance systémique en cas de menace d'insolvabilité, à savoir notamment les activités de dépôt et de crédit en Suisse et le trafic des paiements (art. 9, al. 2, let. d, LB). Elles devront donc établir des plans d'urgence qui garantissent, entre autres, la poursuite de leur activité de dépôt en Suisse (art. 10, al. 2, LB en relation avec les art. 60 ss OB). Dans le cas d'une banque d'importance systémique menacée d'insolvabilité, l'accent ne sera donc pas mis sur la mise en œuvre de la garantie des dépôts, mais sur celle du plan d'urgence avec poursuite de l'activité bancaire. En ce qui concerne les banques d'importance systémique, la garantie des dépôts se matérialisera uniquement dans le cas improbable où le plan d'urgence se révélera irréalisable ou les mesures de restructuration et d'assainissement engagées échoueront contre toute attente et une faillite devra être prononcée ultérieurement.

Dans ce contexte, il n'est ni nécessaire ni proportionné d'exiger de manière durable et illimitée qu'une infrastructure destinée à répondre à toutes les obligations de la garantie des dépôts soit conservée en tout temps malgré l'existence d'un plan d'urgence applicable au moins une fois et l'obligation de poursuivre l'activité de dépôt. Une telle exigence serait également contraire à l'objectif légal de maintien de l'activité au lieu d'une liquidation. Les vastes mesures que les banques d'importance systémique doivent prendre, conformément à la loi, pour garantir le maintien des fonctions d'importance systémique, par exemple en matière de fonds propres, de liquidités et d'organisation, sont telles que la survenance d'un cas de garantie des dépôts est improbable.

En principe, l'assainissement d'un établissement bancaire consécutif à la mise en œuvre du plan d'urgence reposera sur plusieurs mesures de restructuration, dont l'application nécessitera une période d'assainissement plus ou moins longue en fonction de la taille et du modèle d'affaires de la banque d'importance systémique concernée. Ce modèle d'affaires et le volume de l'activité de dépôt de la banque pourront alors être sensiblement modifiés. Eu égard à la période d'assainissement vraisemblablement prolongée, on disposera en général d'assez de

temps pour n'entreprendre les préparatifs qu'ultérieurement, lorsque l'assainissement laisse entrevoir qu'une liquidation est plus probable que la poursuite de l'activité de la banque malgré des prévisions initialement favorables à l'assainissement. Le délégué à l'assainissement ou la FINMA fixeront ce moment en fonction de la situation concrète, en prenant notamment en compte le modèle d'affaires, l'état des liquidités et le nombre de déposants concernés.

Les exigences visées à l'art. 42g, al. 1, let. c et d (liste des déposants et aperçu sommaire), sont des conditions essentielles au bon fonctionnement de la garantie des dépôts. Il semble dès lors approprié que les banques d'importance systémique doivent elles aussi y répondre. Comme la restructuration d'une grande banque présentant un modèle d'affaires national plus complexe, l'établissement concret et la mise à jour de la liste des déposants requerront un certain temps et ne pourront quasiment être exécutés qu'en fin de semaine, après la fermeture des bureaux.

En ce qui concerne les préparatifs visés à l'art. 42g, al. 1, let. a et b, il ne sera donc pas nécessaire que les banques d'importance systémique aient déjà l'infrastructure correspondante et des processus standardisés. Pendant le délai transitoire de cinq ans accordé pour la satisfaction des exigences relatives au système d'autorégulation visé dans les dispositions transitoires de la LB, ces établissements devront établir et tenir à jour un plan de mise en œuvre pour le cas improbable où un assainissement échouerait. Ce plan exposera les différentes étapes de la mise en œuvre, l'infrastructure requise pour la communication entre la banque et les déposants et pour le traitement des instructions de paiement, ainsi que les ressources nécessaires (personnel, etc.). En d'autres termes, il faudra veiller à ce que ces établissements aient les ressources nécessaires en cas de mise en œuvre de la garantie des dépôts et soient capables d'exploiter l'infrastructure requise en temps opportun et d'exécuter à court terme les processus pour pouvoir respecter les délais de remboursement légaux. L'applicabilité de ce plan devra donc être vérifiée.

Al. 2

Conformément au principe de proportionnalité, les banques de très petite taille qui ont moins de 2500 déposants au total bénéficieront d'allègements pour les préparatifs opérationnels. Étant donné qu'elles sont assujetties à l'obligation d'établir une liste des déposants et un aperçu sommaire, elles pourront garantir leurs opérations de remboursement même sans préparatifs plus importants.

Art. 42i Liste des déposants et aperçu sommaire

Al. 1

Pour établir la liste des déposants visée à l'al. 1, la banque ou la maison de titres devra bien évidemment disposer des moyens techniques qui sont nécessaires, en particulier, au respect des délais visés à l'art. 37i, al. 2, LB en cas de mise en œuvre de la garantie des dépôts.

Cette liste mentionne les dépôts et les déposants pour lesquels le délai de remboursement est prolongé ou suspendu (art. 37j, al. 5, LB). Les exclusions sont définies dans le système d'autorégulation de la garantie des dépôts (art. 37j, al. 6, LB). Le projet de système d'autorégulation prévoit les exclusions suivantes:

- blocage dû à la loi, un ordre des autorités ou des investigations en cours (p. ex. loi sur le blanchiment d'argent, arrestation, sanction, saisie);
- blocage dû à des relations de droit civil avec des tiers telles que nantissement, sûreté ou cession (p. ex. compte de garantie de loyer, compte de consignation de capital lors de la création d'une société, sûreté liée à une garantie).

La liste des déposants mentionnera uniquement les dépôts privilégiés qui sont également garantis. Il ne s'agira donc que de dépôts comptabilisés en Suisse (art. 37h, al. 1, LB).

Al. 2

L'aperçu sommaire visé à l'art. 37h, al. 4, let. d, LB indiquera les dépôts privilégiés qui ne sont pas garantis et qui, de ce fait, ne figurent pas dans la liste des déposants. Par conséquent, la *let. a* précise que les dépôts comptabilisés auprès d'un comptoir à l'étranger seront inscrits dans l'aperçu sommaire, ce qui évitera tout conflit avec d'éventuelles obligations de garder le secret prescrites par le droit d'un État autre que la Suisse.

Les avoirs de prévoyance placés auprès de fondations du pilier 3a ou de fondations de libre passage seront certes privilégiés, dans chaque cas, jusqu'à 100 000 francs par preneur de prévoyance en vertu de la fiction juridique énoncée à l'art. 37a, al. 5, LB, mais ils ne seront pas garantis. Ces fondations ne sont d'ailleurs pas des déposants privilégiés (art. 42c). Dès lors, la *let. b* indique que ni les créances directes des preneurs de prévoyance ni les créances indirectes des fondations de prévoyance ne seront inscrites dans la liste des déposants.

Concernant les opérations *inflight* (let. c) et les intérêts courus sur les dépôts privilégiés (let. d), nous renvoyons au commentaire de l'art. 42a.

Al. 3

L'organisme de garantie définira le format de la liste des déposants durant la période transitoire de cinq ans prévue par la loi.

Art. 43 Plan de remboursement

L'al. 1 en vigueur n'est plus nécessaire puisque son principe a été transposé dans la loi (art. 37j, al. 1, LB) et que les créances à inscrire dans la liste des déposants sont déjà décrites à l'art. 42i P-OB. La numérotation des alinéas de cet article est donc modifiée, et la notion «livres» est remplacée par «liste des déposants», qui a été introduite dans la loi.

Art. 44 Remboursement des dépôts privilégiés

Il n'est pas indispensable que les dépôts privilégiés soient remboursés en une seule fois. La loi autorise également un processus dynamique dans lequel l'organisme de garantie exige, au besoin, les fonds manquants pour rembourser les dépôts et les avoirs qui ne sont plus requis sont éventuellement restitués sous forme d'acompte. Dès qu'il est clair que les créances des première et deuxième classes pourront être réglées dans leur intégralité, des acomptes seront versés à l'organisme de garantie et aux créanciers correspondants.

Les hypothèques, les prêts, les dépassements du déposant ainsi que les intérêts et émoluments non comptabilisés ne seront pas compensés à titre de remboursement, indépendamment du fait qu'ils soient cumulés, exigibles ou échus (ce qui ressort déjà de l'interdiction de compensation prévue dans la loi; cf. commentaire de l'art. 42b). Si la compensation n'est pas exclue de manière contractuelle, le déposant pourra, après l'ouverture de la faillite, compenser les dépôts au moyen des créances de l'entité en faillite au moment de leur échéance.

Les créances libellées dans une monnaie étrangère seront réglées en francs suisses au cours en vigueur au moment de l'ouverture de la faillite.

Al. 1 et 2

Hormis quelques modifications linguistiques, les dispositions correspondent aux al. 1 et 2 en vigueur. Il sera exclu en pratique de faire clairement la distinction entre le remboursement des dépôts privilégiés visés à l'art. 37b LB qui est effectué au moyen des fonds disponibles et le remboursement des dépôts privilégiés exécuté par l'organisme de garantie. Il faudra plutôt partir du principe qu'il s'agit d'un calcul mixte reposant toutefois sur un plan de remboursement.

Al. 3

Cette disposition garantit qu'un remboursement sera exécuté à partir des comptes destinés à couvrir des prétentions, conformément à leur objectif, uniquement avec l'accord de l'ayant droit ou lorsque la loi ou un contrat l'autorise.

Al. 4

La prescription qui figure à la dernière phrase de l'art. 25, al. 3, OIB-FINMA est transférée dans une ordonnance du Conseil fédéral, ce qui est plus correct du point de vue de la systématique.

Art. 44a Information de l'organisme de garantie

Al. 1

Le Conseil fédéral a confié à esisuisse, l'organisme de garantie, le mandat politique d'informer sur le système de garantie des dépôts applicable à la place financière. De vastes mesures de communication devront donc être préparées en vue de la mise en œuvre de cette garantie pendant une crise. Par conséquent, la FINMA informera dès que possible l'organisme de garantie de la survenance probable d'un cas de mise en œuvre, afin que cet organisme puisse planifier les mesures.

Al. 2

L'organisme de garantie prendra les mesures qui s'imposent pour éviter les conflits d'intérêts et garantir la confidentialité.

Insérer avant la section 2

Art. 63a Opérations de couverture en relation avec des bail-in bonds

Les opérations de couverture sont des opérations sur produits dérivés qui sont liées à la gestion des risques de change et qui sont comptabilisées au niveau de la société holding. Selon l'évolution des taux d'intérêt et des cours de change et suivant les attentes du marché en la matière, la valeur de marché de ces dérivés peut fluctuer et passer d'une créance à un engagement, et inversement. C'est la raison pour laquelle les engagements qui découlent d'opérations de couverture en relation avec l'émission de *bail-in bonds* ne seront pas pris en compte dans le calcul du plafond de 5 % visé à l'art. 30b, al. 8, LB.

Titre précédant l'art. 64

Section 2 Capacité d'assainissement et de liquidation

Comme nous l'avons indiqué au chiffre 3.3, la nouvelle réglementation ne vise pas en premier lieu à améliorer fondamentalement la capacité d'assainissement et de liquidation, mais entend de manière générale permettre aux banques de conserver durablement la capacité atteinte, de procéder aux modifications qui s'imposent et de comprendre les développements et enseignements éventuels au niveau international afin de garantir cette capacité sur le long terme. Le titre précédant l'art. 64, à savoir «Amélioration de la capacité d'assainissement et de liquidation» est donc raccourci et devient «Capacité d'assainissement et de liquidation».

Art. 64 Plan de stabilisation et plan de liquidation

Les al. 1 à 4 demeurent inchangés. L'al. 5 est abrogé, et sa teneur est transférée à l'art. 65, al. 1.

Art. 65 Garantie de la capacité d'assainissement et de liquidation en Suisse et à l'étranger des banques d'importance systémique actives au niveau international

Les G-SIB devront prendre toutes les mesures qui s'imposent pour garantir leur capacité d'assainissement et de liquidation, en particulier développer leurs propres moyens (*capabilities*) et éliminer les éventuels obstacles à la liquidation, afin que la FINMA puisse assainir ou liquider l'ensemble du groupe en cas de crise. L'article définit le processus par lequel les G-SIB prouveront leur capacité d'assainissement et de liquidation et la possibilité, pour la FINMA, de décider de majorations. L'al. 1 énonce que les G-SIB devront garantir cette capacité et la prouver à l'aide d'une documentation dans laquelle elles présenteront les mesures qu'elles ont préparées ou déjà exécutées pour répondre aux critères correspondants visés à l'65a, al. 2. Par analogie avec le plan d'urgence (cf. art. 60, al. 4, OB), elles devront en particulier annoncer au

préalable à la FINMA les modifications significatives de leur structure, de leur organisation ou de leur modèle d'affaires et remettre une preuve mise à jour lorsque la FINMA le demandera.

Art. 65a Évaluation de la capacité d'assainissement et de liquidation en Suisse et à l'étranger des banques d'importance systémique actives au niveau international

Al. 1

La FINMA évaluera la capacité d'assainissement et de liquidation des G-SIB en s'appuyant sur la preuve visée à l'art. 65 et, en particulier, sur les critères énumérés à l'al. 2.

Al. 2

Les différents critères sont commentés ci-après. Comme nous l'avons mentionné au chiffre 2.2, les directives du CSF seront prises en compte dans l'évaluation de la capacité d'assainissement et de liquidation des G-SIB. Tous les critères ont en commun de soutenir une stratégie de liquidation crédible et réalisable.

Let. a

Les banques devront examiner régulièrement leur organisation en vue de la mise en œuvre de la stratégie de liquidation préconisée. Cette stratégie devra donc être soutenue par l'organisation sur le plan tant juridique qu'opérationnel. Le cas échéant, la complexité de l'organisation concernée devra être réduite, ce qui impliquera en particulier de diminuer le nombre de sociétés au sein du groupe financier. De plus, la structure opérationnelle devra être adaptée à la structure juridique.

La délégation des fonctions d'importance systémique d'une entité suisse et la création d'une structure de holding ont permis aux G-SIB suisses de mettre en place les conditions d'application de la stratégie de liquidation centralisée (*single point of entry*)²². La structure existante de ces banques, à savoir une société holding et une société-mère qui est sa filiale et à laquelle les différentes filiales bancaires sont rattachées, ainsi que la gestion centralisée des liquidités sont conformes aux exigences d'une éventuelle liquidation.

Let. b

Les banques devront disposer de capacités d'absorption des pertes suffisantes en vue de leur résolution. Une capacité appropriée d'absorption des pertes et de recapitalisation devra garantir le respect des conditions d'autorisation. Les sociétés-mères auront une capacité d'absorption des pertes adéquate pour éponger leurs propres pertes opérationnelles et recapitaliser les filiales. Les banques devront posséder un mécanisme interne crédible, applicable et coordonné sur le plan international pour pouvoir supporter les pertes du groupe. Elles devront définir des scénarios montrant comment des mesures de recapitalisation permettront de compenser les pertes enregistrées par les filiales.

Let. c

Les exigences concernant la quantité de liquidités à détenir sont définies sur la base de l'OLiQ. Sur le plan qualitatif, les banques devront être en mesure d'évaluer le besoin de liquidités pour toute la période de liquidation de 90 jours définie dans l'OLiQ, d'identifier de manière fiable et rapide ce besoin dans chaque société du groupe en tenant compte des éventuelles restrictions de transfert et de montrer comment ce besoin pourra être couvert (capacité de couverture). Les banques devront garantir un reporting interne et externe approprié envers la FINMA. En particulier, elles devront pouvoir lui rendre compte des indicateurs de liquidités qu'elle a fixés

²² La stratégie de liquidation centralisée est préconisée par la FINMA pour l'assainissement et la liquidation des groupes financiers d'importance systémique. Elle consiste en une procédure dirigée de manière centralisée par l'autorité de surveillance et d'insolvabilité du pays d'origine, qui intervient au niveau de la plus haute entité du groupe. À l'inverse, la résolution d'un groupe financier fondée sur une stratégie dite *multiple points of entry* concerne plusieurs filiales juridiquement indépendantes les unes des autres.

pour déterminer la survenance du risque d'insolvabilité (*point of non-viability*, PONV)²³. Les sûretés disponibles au sein du groupe devront être identifiées de façon rapide et centralisée et pouvoir être mobilisées sans encombre.

Let. d

Les banques devront disposer des capacités et des ressources nécessaires (au sens d'une dotation en liquidités et en capital) pour pouvoir identifier et documenter comme il se doit les services bancaires et les prestations de soutien et pour pouvoir continuer de les proposer jusqu'à la fin de l'assainissement, conformément à la stratégie de liquidation correspondante. De plus, elles devront être en mesure de fournir ces prestations en cas de besoin (réduit) pendant la phase de restructuration, de les adapter de manière ciblée et de les cesser de manière ordonnée et progressive. Cela implique que les entités de services juridiquement indépendantes soient dirigées séparément de l'activité bancaire opérationnelle, si cela est nécessaire et opportun pour l'exécution de la stratégie de liquidation.

Let. e

Les banques devront identifier les infrastructures des marchés financiers qui fournissent des services nécessaires à la poursuite de l'exploitation du groupe financier pendant et après une restructuration ou pendant la liquidation. Elles devront exécuter des préparatifs de grande envergure pour garantir le libre accès aux systèmes de négoce, de compensation (*clearing*), de dépôt, de règlement et de paiement proposés par les infrastructures des marchés financiers. Ces préparatifs englobent en particulier l'évaluation des ressources financières nécessaires à l'exécution des affaires courantes avec l'infrastructure des marchés financiers concernée avant et pendant une liquidation ainsi que la possibilité de transférer des services à une autre infrastructure des marchés financiers.

Let. f

Un financement vertical intragroupe au sens d'une trésorerie centralisée n'est pas préjudiciable à une liquidation. En cas de financement vertical ascendant (financement de la société-mère par les filiales), les banques devront prouver que ce système de financement n'accélénera pas la contagion au sein du groupe en cas de crise. Les interdépendances horizontales seront en principe interdites. Si elles résultent de motifs impératifs, elles devront être présentées en toute transparence.

Let. g

Les banques seront en mesure d'effectuer de manière suffisamment précise et rapide, au niveau tant du groupe que des filiales, les évaluations ainsi que les rapports financiers et réglementaires nécessaires en cas d'assainissement ou de liquidation. Cela englobe notamment la définition du PONV et de la capacité requise pour absorber les pertes ainsi que la réalisation des évaluations nécessaires au test dit *no creditor worse off* (NCWO)²⁴. Les banques devront être organisées de façon à pouvoir exécuter ce processus sur une base hebdomadaire en cas de crise, pendant une période prolongée. De plus, elles devraient mettre en place un processus de prévisions afin de calculer de manière fiable en cas de crise les principaux chiffres-clés avec un horizon de 30 à 90 jours.

Let. h

Les banques seront tenues d'effectuer tous les préparatifs nécessaires à l'application de la stratégie centralisée de la FINMA. Lors de l'exécution d'un *bail-in*, elles devront en particulier

²³ Le PONV est le moment où une insolvabilité est susceptible de se produire, c'est-à-dire le moment où l'on constate qu'une banque n'est plus solvable en l'absence de mesures supplémentaires.

²⁴ Lors d'un test NCWO, on examine si une mesure de liquidation (soit, en premier lieu, un *bail-in*) ne mettrait pas les créanciers de la banque à liquider dans une situation pire qu'une ouverture immédiate de la faillite.

prendre les mesures qui s'imposent pour amortir et éliminer rapidement et sans conflit le capital auprès du dépositaire, convertir les instruments de *bail-in* et distribuer en conséquence auprès du dépositaire les nouvelles actions émises.

Les banques devront pouvoir élaborer et appliquer sans encombre des scénarios présentant le déroulement du *bail-in*, depuis les mesures préparatoires jusqu'à l'exécution. Ceux-ci documenteront en particulier les interfaces avec les places boursières et les dépositaires. Par ailleurs, les banques devront pouvoir fournir en peu de temps les données nécessaires pour calculer la capacité de recapitalisation et le rapport de conversion.

Let. i

Après un *bail-in*, la banque devra disposer d'une stratégie de restructuration de son modèle d'affaires et veiller à ce que cette stratégie puisse être appliquée dans des circonstances concrètes en fonction de plusieurs possibilités.

L'objectif est de rendre suffisamment vraisemblable la capacité de survie de la banque à long terme grâce aux divers préparatifs et au succès de la restructuration. Cela implique notamment une stratégie de réduction des activités de négoce et la capacité des banques à effectuer cette réduction.

Pour ce qui est des fonctions transversales, l'al. 2 ne mentionne aucun critère distinct dont la FINMA évaluera la satisfaction pour déterminer la capacité d'assainissement ou de liquidation d'un établissement. En cas de liquidation, il sera important qu'une banque ait pris des dispositions concernant des fonctions transversales telles que le gouvernement d'entreprise (p. ex. réglementation des compétences des organes et des personnes), la communication, les capacités de rendre compte ou la préservation des technologies de l'information. La FINMA examinera certains aspects de ces fonctions lorsqu'elle évaluera la satisfaction des critères mentionnés précédemment. Ces thèmes faisant en outre partie des plans de stabilisation et des plans d'urgence des banques, la FINMA les évaluera dans ce contexte.

Art. 65b Mesures de la FINMA en présence d'obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation des banques d'importance systémique actives au niveau international

Al. 1

Les exigences accrues éventuellement décidées par la FINMA sur la base de cet alinéa ne seront pas applicables aux entités suisses des G-SIB, car celles-ci seront soumises aux prescriptions régissant le plan d'urgence, qui visent à maintenir les fonctions présentant une importance systémique pour la Suisse, mais pas à garantir la capacité (globale) d'assainissement et de liquidation. L'ampleur de ces exigences dépendra de la gravité des obstacles à la liquidation qui auront été identifiés. La publication éventuelle du niveau des exigences servira à inciter les banques à éviter ces obstacles. Les remises accordées dans le régime en vigueur s'appliquent uniquement aux fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes. Les exigences en matière de liquidités pourront toutefois être relevées à cause de ces obstacles. L'art. 25, al. 1, OLiQ mentionné à l'al. 1 correspond à la disposition qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} juin 2022.

Al. 2

L'al. 2 correspond sur le fond à l'art. 133, al. 5, OFR en vigueur. Celui-ci est transféré de l'OFR à l'OB car, par dérogation aux remises actuelles, les exigences accrues concerneront non seulement les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes, mais également la dotation en liquidités. La FINMA pourra consulter des autorités étrangères aussi bien pour évaluer les obstacles que pour déterminer le montant des autres fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes visées par l'OFR et celui des majorations prévues dans l'OLiQ.

Section 3 Information du public
Art. 66

L'art. 66 en vigueur n'est plus nécessaire, car les mesures visant à améliorer la capacité d'assainissement et de liquidation n'y seront plus mentionnées. Elles seront remplacées par les critères visés à l'art. 65a, al. 2, que la FINMA utilisera pour évaluer la capacité d'assainissement et de liquidation. Le nouvel art. 66 définit pour l'essentiel ce que la FINMA publie déjà régulièrement. Celle-ci fournit des renseignements sur les constats importants qu'elle effectue en relation avec les thèmes mentionnés. Elle ne publie pas ces informations sans avoir auditionné au préalable les banques concernées.

Titre suivant l'art. 66

Section 4 Sociétés du groupe significatives des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse

Remarque préliminaire sur la nouvelle section 4 et les dispositions des art. 66a à 66c OB

À l'heure actuelle, la FINMA considère que cinq sociétés ont la qualité de sociétés du groupe significatives au sens de l'art. 2^{bis}, al. 1, let. b, LB. Deux d'entre elles fournissent des services à des banques suisses d'importance systémique qui sont assujetties à la surveillance de la FINMA. Celle-ci peut désigner d'autres sociétés du groupe significatives ou en retirer certaines de la liste correspondante. Les dispositions de l'OB relatives aux sociétés du groupe significatif portent uniquement sur les sociétés des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse. L'ajout du complément «ayant leur siège en Suisse» dans les dispositions de l'OB souligne clairement la qualité de ces sociétés, par opposition à l'art. 3g, al. 3, LB.

Une société du groupe significative doit pouvoir continuer à fournir les prestations importantes pendant l'assainissement ou la faillite, les adapter de manière ciblée et les cesser de manière ordonnée et progressive. L'importance d'une prestation dépend principalement de son utilité pour la réussite de l'assainissement ou de la liquidation d'une banque ou d'un groupe bancaire d'importance systémique. La réussite de l'assainissement passe non seulement par le maintien des fonctions d'importance systémique, mais également par la poursuite de toutes les fonctions prévues dans le plan d'assainissement.

En outre, les G-SIB qui ont leur siège en Suisse devront remplir les exigences relatives à la continuité des opérations visées à l'art. 65a, al. 2, let. d, OB. Ces exigences s'appliqueront à l'ensemble du groupe financier.

Lorsqu'elle évaluera le respect des prescriptions énoncées aux art. 66a à 66c OB, la FINMA tiendra dûment compte des normes internationales.

Art. 66a Capital et liquidités

Al. 1

La fourniture ininterrompue de services par les sociétés du groupe significatives (également appelées sociétés ou prestataires de services) sera essentielle à l'assainissement des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse et à l'applicabilité du plan d'urgence visé à l'art. 9, al. 2, let. d, LB. Les exigences en matière de capital et de liquidités devront donc garantir que ces sociétés demeureront en tout temps capables de poursuivre l'activité (*going concern*) et de fournir des services aux banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse.

Al. 2

La FINMA fixera individuellement les exigences auxquelles les sociétés du groupe significatives devront satisfaire en matière de capital et de liquidités. À cet effet, elle tiendra compte de l'étendue et du type de services importants que ces sociétés doivent fournir au groupe en cas d'assainissement ou de liquidation de la faillite.

Elle pourra ordonner la rétrocession des services fournis par les sociétés du groupe significatives lorsque la société suisse devient autonome ou est cédée.

Art. 66b Organisation

Les sociétés du groupe significatives des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse devront avoir une structure d'entreprise (gouvernance) autonome. Celle-ci se composera de dirigeants indépendants dotés d'une expérience suffisante. Ces personnes seront responsables des affaires courantes liées à la fourniture des services et veilleront à ce que ceux-ci continuent d'être fournis même en cas d'assainissement ou de liquidation.

Le maintien ordonné des services implique par ailleurs que l'organe de direction soit, dans la mesure du possible, exempt de tout conflit d'intérêts. En particulier, la société du groupe significative devra s'assurer qu'elle n'emploie pas un nombre excessif de responsables rémunérés par d'autres sociétés du groupe. De plus, elle devra veiller à préserver ses intérêts en cas de conflit d'intérêts au sein du groupe financier. La FINMA précisera les exigences correspondantes au cas par cas en tenant compte des normes internationales (soit le document du 18 août 2016 du CSF intitulé *Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution*).

Art. 66c Garantie de la fourniture durable des prestations de services

Let. a

Les sociétés du groupe significatives des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse devront établir un catalogue de prestations qui recense les services importants fournis au groupe financier. La FINMA précisera les exigences correspondantes au cas par cas en tenant compte des normes internationales (soit le document du 18 août 2016 du CSF intitulé *Guidance on Arrangements to Support Operational Continuity in Resolution*).

Let. b

Les contrats liés à la fourniture des services importants pour le groupe financier devront comprendre des clauses garantissant le maintien de cette fourniture en cas d'assainissement ou de faillite. De plus, leur transmissibilité devra être prévue.

Let. c

Lorsqu'une société du groupe significative d'une banque d'importance systémique ayant son siège en Suisse est tributaire des services d'un prestataire étranger, cette dépendance devra être surveillée et des solutions de repli correspondantes devront être garanties.

Art. 69a Disposition transitoire de la modification du ...

Al. 1

Conformément à la disposition transitoire de la loi (ch. III), les exigences relatives au système d'autorégulation devront être remplies dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur de la modification de la LB. Après ce long délai transitoire, il semble opportun que les organes de révision examinent, au cours de la sixième année, la partie principale du système d'autorégulation, à savoir les préparatifs visés à l'art. 37h, al. 3, let. d, LB.

Al. 2

Les banques, l'organisme de garantie et le sous-dépositaire auront besoin d'environ un an pour garantir l'apport des contributions dues (nantissement de sûretés ou prêt à esisuisse). Au cours de cette année, le nouveau système d'autorégulation en matière de garantie des dépôts devra être défini par les banques et approuvé par la FINMA. Ensuite, l'organisme de garantie devra conclure de nouveaux contrats de prêt ou de dépôt de titres avec toutes les banques, le sous-dépositaire devant participer à la conclusion des contrats de dépôt de titres. Ces travaux juridiques et opérationnels pourront commencer seulement une fois que le Conseil fédéral aura adopté l'OB modifiée. C'est la raison pour laquelle cet alinéa accorde aux banques un

délai de onze mois à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Ce délai n'est sciemment pas fixé à la fin de l'année, car les banques sont occupées à cette période par le traitement de fin d'année.

Al. 3 et 4

Les établissements concernés ne devront pas apporter la preuve de leur capacité d'assainissement ou de liquidation visée à l'art. 65 avant la fin de juin 2024. Jusque-là, la FINMA pourra continuer à accorder des remises sur la base du système actuel. Il n'est donc pas encore possible de relever les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou de dotation en liquidités visées à l'art. 65b, al. 1.

Un délai transitoire est prévu pour la première évaluation de la capacité d'assainissement et de liquidation fondée sur les nouvelles dispositions en la matière. Il s'appliquera également à la prise en compte du taux de 75 % (hors remise) pour le calcul de l'exigence relative aux fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (art. 69a, al. 3 et 4, OB et 148n, al. 1, OFR). Une autre disposition transitoire concerne l'inclusion des fonds propres supplémentaires au sens de l'art. 131b OFR dans le calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (art. 148n, al. 2, OFR).

Annexe 3

Cf. commentaire de l'art. 2, al. 4 et 5.

4.2 Ordonnance sur l'émission de lettres de gage

Art. 4, al. 2, et art. 5, al. 2

Ces alinéas sont caducs, car l'art. 658 du code des obligations, sur lequel ils se fondent, a été abrogé.

Art. 11, al. 1, let. a, ch. 10, et al. 7

Al. 1

Étant donné que la valeur de l'assurance-incendie n'a plus d'importance dans la pratique d'évaluation actuelle et que l'assurance bâtiment est même obligatoire dans de nombreux cantons, le chiffre 10 est abrogé. En outre, la présence d'une assurance bâtiment est déjà prévue dans le règlement d'évaluation que le Conseil fédéral doit approuver.

Al. 7

La délégation de la tenue des registres des gages aux banques constitue une marque de confiance du législateur, mais découle également des conditions techniques qui étaient en vigueur au moment de l'adoption de l'ordonnance. La modification proposée indique clairement que les centrales, en leur qualité de bailleuses de fonds, pourront vérifier les informations fournies par leurs membres et, le cas échéant, demander des informations supplémentaires sur les différentes couvertures. Dans le même temps, elles devront être en mesure d'obtenir les informations dont elles ont besoin pour remplir leurs obligations de rendre compte, par exemple.

Art. 14 Administration de la couverture

Al. 1 à 4

Les dispositions d'exécution régissant la conservation de la couverture sont primordiales dans le domaine de l'insolvabilité bancaire. L'art. 14 en vigueur date de 1949 et ne correspond plus à la pratique actuelle. L'al. 1 sera donc modifié et l'article, complété par les al. 2 à 4. Les nouvelles dispositions définiront, pour l'essentiel, les principaux éléments d'une conservation de la couverture adaptée aux lettres de gage (créances et valeurs de couverture mises en gage,

y c. les cédules hypothécaires de registre et les prêts), qu'il s'agisse de titres physiques ou électroniques conservés en propre ou par des tiers. Les exigences relatives à la conservation et à la désignation de la couverture seront fixées de telle sorte que les dispositions légales puissent être respectées même si la FINMA devait liquider une banque. L'élément central de la modification proposée réside dans le fait que la désignation et la conservation de la couverture seront conçues de manière à ce qu'il soit possible, sur prescription de l'autorité compétente, de séparer la couverture des lettres de gage et des prêts de celle des autres avoirs et d'en bloquer l'accès le plus rapidement possible tout en garantissant un niveau de sécurité élevé sur le plan des processus. La conservation par des tiers sera admise, mais elle ne devra pas compromettre la vitesse d'accès ni la sécurité de règlement. Le sous-dépositaire ou le fiduciaire seront donc tenus de garantir un accès inconditionnel et de conclure à cet effet avec le déposant un véritable contrat universel en faveur d'un tiers (al. 4). Au demeurant, le sous-dépositaire sera soumis par analogie aux mêmes exigences qu'une banque conservant une couverture en propre.

Art. 14a Couverture complémentaire

Al. 1

L'image selon laquelle une banque dépose une valise pleine d'espèces dans un coffre-fort pour d'autres couvertures ne correspond plus à la réalité. En pratique, la banque membre vire le montant convenu sur un compte de la centrale. Les avoirs en compte de virement auprès de la Banque nationale suisse (BNS) sont considérés comme un moyen de paiement légal. Les avoirs à vue auprès d'autres banques suisses (le cas échéant, également SIX TPA, Entris, etc.) peuvent être pris en considération à titre de couverture complémentaire, mais celle-ci doit, conformément à la loi, être remplacée dès que possible par une couverture ordinaire. La couverture complémentaire a donc, par essence, un horizon à court terme. Il va de soi que la banque effectuant le virement ne peut pas être celle qui gère le compte.

Al. 2

La disposition comprend une clarification importante pour la pratique.

Art. 18

Al. 1, ch. 1.1.4 et 1.2.2 à 1.2.11

La disposition est adaptée à la nouvelle terminologie utilisée sur le marché. Les placements hypothécaires englobent toutes les formes d'hypothèques dans l'actif disponible (hypothèques directes, garantie par gage immobilier, garantie par cession de sûretés). Il n'est donc plus utile de mentionner séparément les créances garanties par nantissement.

En 2005, la BNS a abandonné les extournes et le crédit lombard pour des opérations de pension. Ce changement a été inscrit à l'art. 5, al. 3, LLG²⁵ lors de l'entrée en vigueur de la LFINMA²⁶ le 1^{er} janvier 2009. Les possibilités de placement des centrales ont donc été étendues aux obligations cotées en bourse de débiteurs suisses. L'OLG ne tenant pas compte de cette modification, le projet proposé comble cette lacune.

Art. 20, phrase introductive, ch. 1.1, phrase introductive, et ch. 1.1.2

Cf. art. 18, al. 1.

Titre suivant l'art. 21

Va. Informations fournies par le mandataire en cas de mesures de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers

²⁵ Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (RS 211.423.4)

²⁶ Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1)

Remarque préliminaire sur la nouvelle section Va. et la disposition de l'art. 21a

La LLG révisée et le message qui s'y rapporte régissent déjà en détail les compétences de la FINMA et celles du mandataire pour ce qui concerne les mesures que la FINMA pourrait prendre contre une banque membre. Ces prescriptions légales contribuent surtout à stabiliser le système des lettres de gage. Étant donné qu'elles vont de soi, il est inutile, pour la plupart, de les préciser dans l'ordonnance. Il est notamment évident que conformément à ses tâches, la FINMA prendra des mesures contre une banque membre s'il existe un risque de conservation ou d'administration insuffisante de la couverture des prêts. Le message précise déjà que la FINMA et le mandataire nommé par elle doivent préserver les intérêts de la centrale à l'égard des valeurs de couverture en garantissant les obligations légales et réglementaires. Il décrit également la façon dont le mandataire peut accélérer la résolution du problème dans l'accomplissement de son mandat visé à l'art. 40a, al. 2, en relation avec l'al. 3, lorsque les conditions nécessaires sont réunies dans un cas concret et que les principes d'équilibre et de couverture sont respectés. Avant de transférer des prêts et la couverture, le mandataire doit demander l'approbation de la FINMA. En sa qualité de créancière, la centrale doit participer à la procédure. Enfin, l'art. 36, al. 4, LFINMA et l'art. 34, al. 1, LB en relation avec l'art. 262 LP²⁷ régissent de manière exhaustive la répartition des coûts en fonction du principe de causalité en cas de recours à un chargé d'enquête ou en cas de faillite.

Art. 21a

Al. 1 et 2

Ces alinéas garantissent que la centrale (à titre exceptionnel, les deux centrales) recevra toutes les informations nécessaires à l'exécution de ses tâches lorsque la FINMA devra faire appel à un chargé d'enquête, voire prononcer la faillite d'une banque membre. En cas de faillite d'une banque membre notamment, une communication ouverte entre le mandataire et la centrale concernée ou les deux centrales est importante pour permettre à cette dernière ou ces dernières de vérifier le respect du principe de couverture et du principe d'équilibre. Bien évidemment, la FINMA veillera comme il se doit à garantir la stabilité du système des lettres de gage dans le cadre de ses tâches prudentielles.

4.3 Ordonnance sur les fonds propres

Titre suivant l'art. 40

Titre 3 Fonds propres nécessaires et fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes

Titre suivant l'art. 47e

Chapitre 1b Fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes

Art. 47f Instruments de dette des banques cantonales au sens de l'art. 30b, al. 6, LB

Al. 1

À l'art. 47f, le Conseil fédéral met en œuvre le nouvel art. 30b, al. 6, LB sur les instruments de dette destinés à absorber les pertes en présence de mesures en cas d'insolvabilité des banques cantonales. Le Parlement avait encore remanié cette disposition sur la base d'une proposition du Conseil fédéral figurant dans le message.

Al. 2

Cette disposition fixe les exigences relatives aux instruments de dette des banques cantonales qui ont été introduits dans l'art. 30b, al. 6, LB. Elle permettra en principe aux établissements menacés d'insolvabilité d'émettre un instrument de dette qui, par dérogation à la hiérarchie des créanciers, pourra être amorti avant le capital de participation du canton. Ces instruments

²⁷ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

devront répondre aux exigences minimales définies à l'art. 47f, l'obligation d'une compensation ultérieure appropriée figurant déjà explicitement dans la LB.

L'al. 2 indique clairement que les exigences relatives aux instruments de dette mentionnés découlent des exigences imposées aux *bail-in bonds* (art. 126a OFR) en relation avec les exigences minimales que l'al. 2 définit spécialement pour les banques cantonales.

Les exigences minimales garantiront une compensation ultérieure appropriée, dont les principaux critères devront déjà être connus au moment de l'émission afin que les acquéreurs des instruments puissent en évaluer les risques.

La *let. a* fixe le principe suivant: la compensation à prévoir dans les conditions d'émission, soit la somme des paiements partiels exécutés sur la période à des fins de compensation, doit s'appuyer sur la valeur nominale amortie des *bail-in bonds*, sans que l'on doive envisager pour autant une compensation intégrale des créanciers. Cela correspond à la volonté du Parlement, qui n'a instauré explicitement qu'une compensation «appropriée» des créanciers. Dans ce cadre, les futurs paiements compensatoires sont liés aux conditions fixées dans le mécanisme et dans l'OFR, et l'obligation de compensation est limitée dans le temps (cf. *let. b* et *c*, ch. 3). Les conditions suspensives visent à garantir que la compensation ultérieure ne sera pas comptabilisée immédiatement dans les charges, ce qui annulerait les effets de la réduction de créance induite par l'assainissement (c.-à-d. le succès de ce dernier). Lors de l'approbation du plan d'assainissement, la FINMA devra cependant vérifier *ex ante*, en se basant sur l'évaluation de la plausibilité des hypothèses de ce plan, si une indemnisation intégrale au sens d'une valeur cible est réaliste sur la durée. Cette valeur cible repose sur les considérations suivantes: si les *bail-in bonds* sont amortis en cas d'assainissement, les créanciers contribuent alors, sans contrepartie directe, à assainir la banque cantonale à concurrence du montant intégral de leur créance amortie. De leur côté, les propriétaires de la banque cantonale (soit le canton et d'éventuels autres actionnaires ou participants) conservent leur part dans la banque cantonale une fois celle-ci assainie. En revanche, les créanciers participant au *bail-in* ne peuvent pas prendre part au succès de l'assainissement sous la forme de participations aux bénéfices futurs. Il est donc justifié de ne pas amputer les éventuelles compensations ultérieures dès l'émission des instruments de dette. En lieu et place, le montant de la compensation effective dépend de la performance à venir de la banque assainie pendant la durée de la compensation obligatoire, qui est d'au moins dix ans.

La *let. b* dispose que le délai et la procédure applicables à la compensation devront déjà être définis au moment de l'émission des instruments de dette. Le prospectus de ces derniers devra présenter en détail le plan d'assainissement et le modèle de compensation. La banque cantonale devra préciser comment elle garantit la protection des créanciers (art. 30c, al. 1, *let. b*, LB) ou si ceux-ci renoncent à cette protection dans l'instrument. Le débiteur de la compensation sera la banque cantonale (assainie) en tant qu'émettrice des *bail-in bonds*. En général, la compensation sera versée à partir des fonds librement disponibles de la banque cantonale au cours des années qui suivent un assainissement réussi. Elle sera effectuée au moyen de bons de récupération qui prendront la forme de titres obligataires.

La *let. c*, *ch. 1 à 3*, prévoit que la compensation devra être versée à partir des fonds librement disponibles, c'est-à-dire distribuables. Le droit à une compensation sera donc lié au fait que la banque cantonale dispose de fonds distribuables, les paiements compensatoires n'étant admis que s'ils respectent les exigences réglementaires minimales. En plus des ressources nécessaires sur le plan réglementaire, la banque cantonale assainie pourra constituer un volant de gestion approprié. Dans l'intérêt de l'établissement et de ses propriétaires, on tient ainsi compte du fait que l'obligation d'indemnisation ne doit pas compromettre le succès de l'assainissement. En contrepartie, les propriétaires devront s'effacer devant les créanciers en cas de distributions ou d'indemnisations de la banque cantonale, jusqu'à ce que ceux-ci soient indemnisés. Il ne serait pas approprié que le canton puisse profiter du succès de l'assainissement sous la forme de distributions avant que les créanciers du *bail-in*, qui ont perdu la totalité de leurs fonds à cause de l'assainissement, ne soient entièrement indemnisés.

Al. 3

Cette disposition garantit que les conditions définies à l'al. 2 pour l'émission des instruments de dette figureront dans un plan d'assainissement auquel le canton participe. L'objectif est de montrer aux créanciers d'une manière plausible et juridiquement sûre, dès la souscription de l'instrument de dette, comment leurs prétentions seront compensées en cas d'assainissement. Non seulement ce plan d'assainissement devra exposer le respect des exigences légales lors de l'amortissement prévu des créances, mais il devra préciser également et en particulier si et dans quelle mesure les créanciers ont renoncé de manière contraignante à leur droit, visé à l'art. 30c, al. 1, let. b, LB, de ne pas être placés par l'assainissement dans une position économiquement moins favorable que par la faillite.

Art. 127a, al. 1^{bis}

Eu égard à la réglementation des nouveaux instruments de *bail-in* des banques cantonales, la disposition proposée régira la prise en compte des *bails-in bonds* émis par les banques cantonales d'importance systémique. Ceux des banques sans importance systémique ne seront pas pris en compte, car il n'existe aucune exigence à ce propos.

Art. 132, al. 1 à 3 et 5

Al. 2

Cet alinéa est modifié à la let. a, ch. 2 et 3. Au lieu d'être reproduite à 100 % moins une remise, l'exigence totale sera équivalente à 75 % (sans remise). Ainsi, les deux G-SIB suisses pourront répondre aux exigences de la norme internationale sur les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes pour le ratio d'endettement maximal (*leverage ratio*). Selon les dispositions transitoires, l'équivalence de 75 % (sans remise) sera appliquée au premier établissement de la preuve de la capacité d'assainissement et de liquidation, conformément aux nouvelles dispositions de l'art. 148n, al. 1, OB.

En vertu de l'art. 131b OFR, la FINMA peut, dans des circonstances particulières et au cas par cas, exiger des fonds propres supplémentaires. Dans l'OFR, cet article figure au chapitre 3 (fonds propres nécessaires pour poursuivre l'exploitation ordinaire de la banque) du titre 5 (dispositions applicables aux banques d'importance systémique). À l'heure actuelle, ces fonds propres supplémentaires ne font pas partie de l'exigence totale sur laquelle repose le calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes des banques d'importance systémique. Pour que les risques devant être couverts par ces fonds propres supplémentaires soient également pris en compte dans la détermination de la capacité d'assainissement et de liquidation, ces fonds doivent intégrer la base de calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (chap. 4 du titre 5). Ce n'est pas le cas à l'heure actuelle, raison pour laquelle les fonds propres supplémentaires visés à l'art. 131b, al. 2, seront considérés dans la base de calcul. Cette modification concernera toutes les banques d'importance systémique. Les fonds propres supplémentaires selon l'art. 131b qui existent au moment de l'entrée en vigueur de l'OFR modifiée continueront de ne pas être pris en compte dans la base de calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (art. 148n, al. 2).

Al. 3

Hormis le renvoi à l'art. 132b (au lieu de l'art. 132a), cette disposition correspond à l'alinéa en vigueur.

Al. 5

L'al. 5 en vigueur sera transféré dans le nouvel art. 132a, al. 3.

Art. 132a Dispositions particulières applicables aux banques d'importance systémique actives au niveau international

Al. 1

Cet alinéa reproduit la norme visée à l'art. 133, al. 2, en vigueur, selon laquelle la part de fonds propres supplémentaires destinés à absorber les pertes des G-SIB ne doit pas être inférieure à 3,75 % pour la *leverage ratio* et à 10 % pour la part des positions pondérées en fonction des risques (part RWA) au niveau du groupe financier et de la société-mère. Conformément à la norme du CSF concernant la capacité totale d'absorption des pertes (*total loss absorbing capacity*, TLAC), le *leverage ratio* doit s'élever, depuis le 1^{er} janvier 2022, à 6,75 % de l'ensemble des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes. En Suisse, le *leverage ratio* minimal exigé en vue d'un *going concern* est de 3 % (art. 130, al. 1). Pour parvenir aux 6,75 % prescrit par la norme TLAC, l'exigence *gone concern* ne peut dès lors pas être inférieure à 3,75 %. La part RWA exigée repose sur une méthode de calcul analogue.

Al. 2

Cet alinéa comprend une partie de la norme définie dans l'art. 133, al. 3, en vigueur, selon laquelle l'abaissement des exigences posées aux G-SIB ne doit pas compromettre la mise en œuvre du plan d'urgence. Également mentionnée à l'art. 133, al. 3, en vigueur, l'interdiction du non-respect des normes internationales est caduque, car l'al. 1 garantit déjà le respect de la norme TLAC.

Al. 3

Cet alinéa correspond à l'art. 132, al. 5, en vigueur.

Art. 132b Dispositions particulières applicables aux banques disposant d'une garantie de l'État ou d'un mécanisme similaire

Cette disposition correspond à l'art. 132a en vigueur.

Art. 133 Autres fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes des banques d'importance systémique actives au niveau international

Remplaçant la réglementation actuelle des remises, ce nouvel article permettra à la FINMA de majorer les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes lorsqu'elle constatera des obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation d'une G-SIB. Cette possibilité concernera l'ensemble du groupe financier (art. 124, al. 3, let. b), la société-mère (art. 124, al. 3, let. c) ou d'autres entités importantes (art. 124, al. 3, let. d). En d'autres termes, les entités suisses des G-SIB ne seront pas concernées par cette réglementation, car elles sont soumises à un régime strict de préparation aux crises à travers le plan d'urgence, régime dans lequel la FINMA a plusieurs possibilités d'intervention. De plus, en renvoyant à l'art. 132, al. 4, l'article précise que les majorations des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes pourront être réduites de moitié à concurrence d'un tiers si elles sont couvertes par des fonds propres de haute qualité (fonds propres de base durs ou capital convertible répondant aux exigences applicables aux fonds propres de base supplémentaires).

Titre suivant l'art. 148m

Section 7 Disposition transitoire relative à la modification du ...

Art. 148n

Comme nous l'avons indiqué dans le commentaire de l'art. 132, al. 2, l'équivalence proposée de 75 % (sans remise) s'appliquera de manière transitoire au premier établissement de la preuve de la capacité d'assainissement et de liquidation pour calculer l'exigence de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes, conformément aux nouvelles dispositions de l'OB (al. 1). De plus, les fonds propres supplémentaires visés à l'art. 131b qui existeront au moment de l'entrée en vigueur de l'OFR modifiée ne seront toujours pas intégrés dans la base de calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (al. 2).

Remarque préliminaire sur l'annexe 2, ch. 5.2

Par l'intermédiaire de l'art. 37h, al. 7, LB, le Parlement enjoint au Conseil fédéral de neutraliser les effets des nouvelles formes de financement sur les exigences en matière de liquidités et de fonds propres. Cette obligation est transposée dans la modification proposée pour les fonds propres et les liquidités.

Annexe 2

Ch. 5.2

En application de l'art. 37h, al. 7, LB, la pondération-risque de 20 % qui existe à l'heure actuelle pour les engagements de versement irrévocables envers l'organisme de garantie sera maintenue (cf. annexe 2, ch. 5.2, OFR). L'engagement de versement destiné à la couverture au moyen de fonds propres sera conservé dans son intégralité pour les banques qui déposent des titres ou des francs suisses auprès d'un sous-dépositaire sûr. Pour les banques qui choisissent un prêt en espèces à l'organisme de garantie, l'engagement de versement devant être couvert par des fonds propres sera réduit du montant du prêt accordé à cet organisme.

Ch. 5.3

Ce chiffre fixe la pondération-risque applicable aux créances que l'octroi de prêts en espèces à l'organisme de garantie fera naître auprès des banques des catégories 4 et 5 (cf. art. 42f P-OB).

Ch. 5.4

On ignore encore si, après chaque mise en œuvre de la garantie des dépôts, les banques récupéreront les contributions qu'elles ont versées en vertu de leur obligation. Dans le cadre d'une approche par transparence (*look through approach*), il ne paraît guère possible de s'appuyer sur l'établissement qui met en œuvre cette garantie ou sur la substance concrète de cet établissement. Il semble plus judicieux de définir un critère pouvant être comparé à celui des créances sur une contrepartie défaillante ou en retard (cf. CRE 20.104 et 20.106 dans la norme minimale de Bâle valable à partir du 1^{er} janvier 2023).

4.4 Ordonnance sur les liquidités

Art. 18, al. 3, et annexe 2

Dans le cadre du ratio de liquidité à court terme (*liquidity coverage ratio*, LCR), le taux de sortie de l'engagement de versement irrévocable envers la garantie des dépôts suisse sera abaissé de 50 % à 10 % (dénominateur du LCR). Cette modification tient à ce que le nouveau préfinancement, équivalant à la moitié des contributions dues (art. 37h, al. 3, let. c, LB), devra également être pris en compte dans le numérateur du LCR avec une incidence sur les liquidités. Le poste correspondant s'intitulera «engagement de versement irrévocable envers l'organisme de garantie aux fins de la levée de fonds»; il correspond à un «autre engagement de financement conditionnel» au sens de la norme de Bâle sur le LCR (par. 132). Cet engagement conditionnel sera conservé dans son intégralité en cas de dépôt de titres et de francs suisses, tandis qu'il sera réduit du montant accordé à l'organisme de garantie en cas de prêt en espèces.

Art. 20b, al. 3, let. a

Une modification de l'OLiQ devrait entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2022. Celle-ci contient un art. 20b, dont l'al. 3, let. a, renvoie à l'art. 132a OFR en vigueur. Or comme nous l'avons indiqué précédemment, l'actuel art. 132a OFR deviendra l'art. 132b après la révision proposée ici, si bien qu'il est nécessaire de modifier le renvoi à cette disposition dans l'art. 20b, al. 3, let. a, OLiQ.

4.5 Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA

Préambule et art. 5, al. 1, let. b^{bis}

La FINMA peut effectuer elle-même un audit au sens des lois sur les marchés financiers sur les risques que l'assujetti peut faire porter aux créanciers, aux investisseurs, aux assurés ou au bon fonctionnement des marchés financiers (art. 24, al. 1 et 2, LFINMA). Les assujettis supportent les frais de l'audit (art. 24, al. 5, LFINMA). En percevant l'émolument prévu à l'art. 24 LFINMA, la FINMA répercute déjà les coûts liés aux audits qu'elle réalise elle-même auprès des assujettis. La modification proposée du préambule et la nouvelle disposition soulignent l'obligation actuelle de payer des émoluments, recensant ainsi toutes les activités soumises à émolument.

Art. 8, al. 3 et 5, art. 9 et 10

Les art. 8 à 10 régissent le calcul des émoluments, les majorations éventuelles ainsi que la facturation et la décision d'émolument pour toutes les activités énoncées à l'art. 5, al. 1. L'audit, qui figurera explicitement à l'art. 5, al. 1, let. b^{bis}, doit donc être mentionné dans les art. 8 à 10 au même titre que les autres activités soumises à émolument.

Les tarifs-cadres seront fixés en fonction du temps moyen consacré à une tâche de même nature. Dans des cas particuliers, une décision, une procédure ou un audit faisant l'objet d'un tarif-cadre pourront nécessiter une charge de travail sensiblement supérieure en raison de leur complexité ou de leur étendue extraordinaire. L'émolument sera alors déterminé d'après le temps effectif afin qu'il puisse être perçu conformément au principe de causalité (art. 8, al. 5).

L'émolument ordinaire pourra être majoré de 50 % au plus lorsque des tâches soumises à émoluments seront réalisées sur demande à titre urgent ou en dehors des heures de travail ordinaires. La FINMA informera au préalable les requérants de cette majoration afin que ceux-ci puissent décider de faire exécuter ou non la prestation majorée (art. 9).

Art. 16, al. 3

En vertu de l'art. 83, al. 1, OEFin²⁸, la FINMA peut exercer la surveillance courante des gestionnaires de fortune et des trustees qui font partie d'un groupe financier (sociétés du groupe au sens de la LEFin) exclusivement dans le cadre de la surveillance du groupe. L'établissement financier n'est alors pas tenu d'adhérer à un organisme d'autorégulation (OA), et les coûts correspondants ne s'appliquent pas. Dans ce genre de cas, la FINMA pose au groupe financier des exigences strictes pour la surveillance des sociétés du groupe et veille au respect de ces exigences. L'indemnisation des charges inhérentes à la surveillance directe et régulière des sociétés du groupe au sens de la LEFin nécessite une augmentation de la taxe de base applicable au groupe financier (al. 3). Le montant annuel de 3000 francs a été fixé en fonction des charges supplémentaires attendues par la FINMA.

Art. 18, al. 2

Les dispositions de l'Oém-FINMA relatives aux infrastructures des marchés financiers ont été remaniées le 1^{er} janvier 2016, ce qui a aussi nécessité une modification de l'art. 18, al. 2. Calculée auparavant sur la base des résultats de l'année précédant l'année de taxation, la taxe complémentaire sur le chiffre d'affaires réalisé sur les transactions sur valeurs mobilières est déterminée, depuis cette modification, d'après le nombre de transactions et le volume total. Lors de la rédaction du texte, la formulation concernant le calcul de la taxe complémentaire applicable aux infrastructures des marchés financiers a été reprise par erreur.

La présente disposition est donc modifiée afin que le critère de calcul corresponde de nouveau à celui qui était en vigueur avant le 1^{er} janvier 2016. Ainsi, le volume total des résultats de

²⁸ Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (RS 954.11)

l'année précédant l'année de taxation qui doivent être communiqués aux plates-formes de négociation conformément à l'OIMF-FINMA²⁹ sera de nouveau déterminant pour calculer la taxe complémentaire sur le chiffre d'affaires réalisé sur les transactions sur valeurs mobilières.

Art. 20, al. 1, let. e

La perception des taxes dues au titre de la surveillance des placements collectifs a révélé que la taxe de base par produit autorisé pouvait être réduite dans les activités de masse des placements collectifs en raison de la numérisation et de l'automatisation croissantes, d'autant que le nombre de placements collectifs autorisés a augmenté régulièrement. Par conséquent, la taxe de base annuelle pour les placements collectifs suisses et les placements collectifs étrangers sera fixée à 600 francs, au lieu de 750 francs actuellement.

Annexe

Ch. 1

La disposition proposée indique clairement que la réglementation bancaire englobe également les maisons de titres, conformément à la pratique en vigueur.

Ch. 1.1

Actuellement, l'autorisation d'exercer tant que succursale d'une banque ou d'une maison de titres étrangère est traitée comme une licence bancaire, car la charge est comparable. Cette équivalence devrait être indiquée explicitement par souci d'exhaustivité et de transparence.

Ch. 1.1a

Conformément au principe de causalité, l'émolument à payer pour ces autorisations sera fixé sur la base de valeurs moyennes représentatives dans un tarif-cadre allant de 5000 à 30 000 francs.

Ch. 1.2

Les perceptions d'émoluments les plus récentes ont révélé que le seuil du tarif-cadre est trop élevé. Celui-ci sera donc abaissé à 1000 francs.

Ch. 1.4

Le tarif-cadre actuel ne permet pas de couvrir les coûts. À l'avenir, la facturation sera réalisée en fonction des charges.

Ch. 1.6a

Il ressort que la charge moyenne est inférieure au tarif-cadre en vigueur. Celui-ci sera donc abaissé et variera de 200 à 4000 francs.

Ch. 1.10

Les perceptions d'émoluments les plus récentes ont révélé que le seuil du tarif-cadre est trop élevé. Celui-ci sera donc abaissé à 1000 francs.

Ch. 2.4

Eu égard aux charges enregistrées ces dernières années, le tarif-cadre peut être abaissé à un montant allant de 1000 à 10 000 francs. Plusieurs compartiments partiels sont autorisés simultanément dans une même décision. L'expérience a montré qu'une perception des émoluments par compartiment partiel n'est pas opportune dans les activités de masse. Globalement, cela se traduit par des charges plus basses et donc des émoluments plus faibles dans ces activités.

²⁹ Ordonnance de la FINMA du 3 décembre 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (RS 958.111)

Ch. 2.5

Eu égard aux charges enregistrées ces dernières années, le tarif-cadre peut être abaissé à un montant allant de 500 à 5000 francs.

Ch. 2.6

Eu égard aux charges enregistrées ces dernières années, le tarif-cadre peut être abaissé à un montant allant de 1000 à 10 000 francs. Plusieurs compartiments partiels sont autorisés simultanément dans une même décision. L'expérience a montré qu'une perception des émoluments par compartiment partiel n'est pas opportune dans les activités de masse. Globalement, cela se traduit par des charges plus basses et donc des émoluments plus faibles dans ces activités.

Ch. 2.7

Eu égard aux charges enregistrées ces dernières années, le tarif-cadre peut être abaissé à un montant allant de 300 à 5000 francs.

Ch. 2.11

Il est prévu d'adapter ce tarif-cadre aux charges enregistrées ces dernières années pour ce genre de procédures.

5 Conséquences

5.1 Conséquences économiques

5.1.1 Banques

5.1.1.1 Insolvabilité

Les modifications proposées en matière d'insolvabilité bancaire auront peu de conséquences sur les coûts des banques antérieurs à une crise. Les coûts varieront principalement en application des articles mentionnés ci-après:

- Art. 63a P-OB: eu égard à la volatilité de la valeur vénale des dérivés destinés à couvrir les risques de change, la banque concernée pourra avoir au fil du temps soit des engagements soit des créances. L'art. 63a P-OB atténue cette volatilité en excluant du plafond de 5 % visé à l'art. 30b, al. 8, LB les engagements qui découlent d'opérations de couverture en relation avec l'émission de *bail-in bonds*.
- L'art. 47f P-OFR précise la possibilité pour les banques cantonales d'émettre des instruments de dette destinés à absorber les pertes en présence de mesures en cas d'insolvabilité. Conformément à l'art. 30b, al. 6, LB, ces instruments pourront être réduits en cas de crise avant que le capital social soit entièrement réduit. Par dérogation à l'art. 30b, al. 5, let. b, LB et à la hiérarchie des créanciers, les pertes existantes seraient supportées en premier lieu par les créanciers, et non par le canton en sa qualité de propriétaire, si les instruments de dette étaient réduits. Étant donné que les instruments de financement visés à l'art. 30b, al. 6, LB ne sont pas convertis en actions, mais qu'ils sont réduits (c.-à-d. amortis), la loi exige qu'une compensation ultérieure appropriée des créanciers soit prévue. Par conséquent, si la banque se redresse et reprend ses affaires, des paiements compensatoires contrebalanceront au moins en partie la perte liée à la réduction de créance. Il s'agit cependant d'un droit de compensation conditionnel des créanciers pour ne pas compromettre l'effet favorable de l'assainissement. La banque cantonale aura donc le droit de n'effectuer aucun paiement compensatoire pour l'année correspondante

si la marche des affaires est défavorable. En outre, l'obligation de compensation s'éteindra à l'échéance d'un délai d'au moins dix ans. Le fait que ce droit à une compensation soit uniquement conditionnel et que l'obligation de paiement soit limitée dans le temps comporte des risques et des incertitudes pour les créanciers, dont l'ampleur n'est évaluable qu'au cas par cas, en fonction d'une situation de crise spécifique. On ne saurait exclure que ces risques soient pris en compte à travers des coupons d'intérêts plus élevés lors de l'émission des instruments de dette concernés. Les banques cantonales sans importance systémique ne seront pas tenues d'émettre ces instruments. Elles pourront continuer de se refinancer par l'intermédiaire des formes de financement usuelles, si bien que les dispositions d'exécution de l'art. 30b, al. 6, LB ne devraient entraîner aucun coût supplémentaire à leur niveau. Ces dispositions permettront aux banques cantonales d'importance systémique d'accumuler des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes selon les art. 132 ss OFR grâce à des instruments de *bail-in*, ce qui est souhaitable en vue de la stabilité du système.

5.1.1.2 Garantie des dépôts

Les préparatifs requis et le changement de régime en matière de garantie des dépôts occasionneront des coûts supplémentaires aux banques concernées. Ceux-ci ont déjà été exposés dans le message relatif à la modification de la LB. Les dispositions des art. 42a, 42c et 42f P-OB garantissent que ces coûts seront aussi faibles que possible pour les banques, sans pour autant compromettre l'objectif d'un remboursement rapide des dépôts garantis en cas de mise en œuvre de la garantie des dépôts. Les principaux points sont présentés ci-après:

- Seul le solde en compte comptabilisé sera privilégié. Il n'y aura donc aucune question technique complexe sur le décompte des intérêts courus et des émoluments, ce qui simplifiera l'établissement d'une liste des déposants par les banques.
- L'inscription régulière des opérations *inflight* (art. 42a, al. 1, let. c et d, P-OB) dans la liste des déposants aurait entraîné une charge disproportionnée pour les banques. La réglementation retenue (art. 42a, al. 1, let. c et d, P-OB) permettra de réduire les frais courants de ces établissements.
- Le traitement actuel des différents groupes de créanciers (art. 24 OIB-FINMA) et, surtout, l'inscription régulière correcte des personnes concernées dans la liste des déposants privilégiés s'accompagnent d'un vaste travail d'investigation pour les banques. La disposition visée à l'art. 42c, al. 3, P-OB simplifiera sensiblement la gestion régulière des données et réduira les charges de conseil.
- Dans le cas extrêmement rare où le client d'une banque détiendrait simultanément un dépôt auprès d'un comptoir suisse et d'un comptoir étranger d'une même banque, il sera considéré comme un déposant propre, indépendant tant par le comptoir suisse que par le comptoir étranger. Les banques n'auront donc plus de questions techniques et juridiquement complexes à traiter en matière de consolidation et de coordination.
- À la différence des autres établissements, les banques d'importance systémique sont tenues d'établir un plan d'urgence. L'art. 42h, al. 1, P-OB tient compte de cette spécificité pour les préparatifs.
- Les banques de très petite taille qui ont moins de 2500 clients et pas plus de 100 clients par poste équivalent plein temps seront partiellement exemptées des préparatifs opérationnels prévus dans le système d'autorégulation (art. 42h al. 2, P-OB). Elles devront cependant établir une liste des déposants. Compte tenu de l'existence de cette liste, le remboursement effectué par ces entités de taille restreinte pourra être garanti sur le plan opérationnel même sans préparatifs plus importants.

Le message relatif à la modification de la LB commente déjà les conséquences, pour les banques, du nouveau préfinancement de la garantie des dépôts. Pour ce qui est de la solution mise en œuvre dans l'ordonnance, on peut préciser ce qui suit:

- la couverture en fonds propres constituée au moyen d'un dépôt de titres n'aura aucune incidence sur les coûts, les banques autorisées à octroyer un prêt en espèces supporteront globalement des coûts faibles de quelques centaines de milliers de francs;
- le taux de sortie de 10 % proposé pour les exigences en matière de liquidités occasionnera lui aussi des coûts supplémentaires de quelques centaines de milliers de francs seulement.

5.1.1.3 Capacité d'assainissement et de liquidation

Le processus d'évaluation sur lequel la FINMA fonde actuellement sa décision d'accorder des remises aux G-SIB sera remplacé par un régime dans lequel la FINMA visera à identifier les éventuels obstacles à la liquidation. Ce nouveau processus occasionnera une charge initiale modeste tant pour les banques que pour la FINMA. Ensuite, il n'entraînera aucune charge matérielle supplémentaire par rapport au régime en vigueur. Si la FINMA identifie des obstacles à la liquidation d'une G-SIB et que celle-ci n'y remédie pas, la FINMA pourra décider en vertu de l'art. 65b, al. 1, P-OB de relever les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou de dotation en liquidités. Cela engendrera des coûts qui sont difficiles à chiffrer *ex ante*. Pour en donner un ordre de grandeur, on suppose que la majoration des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes qui sera imposée aux banques sera équivalente à la remise maximale théoriquement possible. Les coûts découleront en premier lieu des frais supplémentaires liés à l'acquisition de fonds de tiers sous la forme de *bail-in bonds* par rapport aux autres fonds de tiers (qui ne sont pas des *bail-in bonds*). Selon cette hypothèse, les coûts annuels supplémentaires pour les fonds de tiers seront de l'ordre de 50 millions de francs pour une G-SIB. À noter que l'ampleur réelle des exigences complémentaires dépendra de la gravité des obstacles à la liquidation qui auront été identifiés (cf. commentaire des art. 65 ss P-OB). En d'autres termes, ces coûts pourront être bien plus élevés en présence d'obstacles majeurs³⁰. Ces adaptations ne concernent pas les banques d'importance systémique axées sur le marché intérieur (ZKB, Raiffeisen, Postfinance).

L'extension de la base de calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes aux exigences en matière de fonds propres supplémentaires visées à l'art. 131b P-OFR s'appliquera à toutes les banques d'importance systémique. Il n'est actuellement pas possible de définir le montant des fonds propres supplémentaires dont la FINMA décidera à l'avenir ni d'en déterminer les conséquences.

5.1.1.4 Ordonnance sur l'émission de lettres de gage

Les modifications proposées dans l'OLG sont liées à d'autres projets réglementaires (mise en œuvre des normes finales de Bâle III) et à une harmonisation avec la pratique en vigueur. En soi, elles n'auront donc guère de conséquences sur les coûts supportés par les banques, comme l'atteste l'analyse de l'incidence éventuelle sur les coûts en relation avec les articles ci-après:

- Art. 11, al. 7, P-OLG: cet alinéa crée la base juridique qui permettra aux centrales, en vertu de leur obligation de gestion des risques et de reporting, de demander aux banques membres de leur accorder un droit de consultation sur leurs données (p. ex. registre des gages) et, si nécessaire, d'obtenir d'autres renseignements. Les banques membres devront détenir ces informations sur un support électronique et en garantir l'échange avec la centrale compétente au moyen d'interfaces informatiques. Ces travaux informatiques engendreront des coûts totaux inférieurs à 5 millions de francs pour les centrales et les banques membres. Étant donné que la nouvelle disposition ne représente pas *de facto* une obligation supplémentaire pour les entités concernées et les travaux informatiques

³⁰ Il est également possible que les exigences complémentaires décidées par la FINMA soient plus faibles. Si celle-ci fixe des exigences complémentaires équivalentes aux remises qui n'avaient pas encore été accordées à la fin de 2021, les coûts seront inférieurs à 10 millions de francs.

mentionnés sont déjà exécutés (p. ex. conformément aux exigences des normes finales de Bâle III ou en vue du reporting régulier aux investisseurs), l'al. 7 ne fera pas augmenter les charges des centrales et des banques membres.

- Art. 14 et 14a P-OLG: ces articles précisent les dispositions d'exécution en vigueur relatives à la désignation et à la conservation de la couverture des lettres de gage et des prêts. Ils n'entraîneront aucun coût supplémentaire, car ils visent simplement à inscrire dans le droit une pratique qui est déjà appliquée par les établissements concernés.

5.1.1.5 Classification dynamique des banques

Concernant la dynamisation des seuils en vue de la classification des banques, il convient d'opérer une distinction entre les conséquences à court terme et les conséquences à long terme.

La première modification des seuils induite par la révision proposée de l'OB aura des conséquences à court terme. D'après les données actuellement disponibles, elle se traduira par le transfert de six banques dans une catégorie de surveillance moins stricte. Parmi celles-ci, trois établissements passeront de la catégorie 3 à la catégorie 4. Ce changement leur permettra de réaliser des économies notables, car ils pourront alors bénéficier des simplifications accordées aux banques particulièrement liquides et biens capitalisées des catégories 4 et 5 visées aux art. 47a ss OFR. Toutefois, un retour prochain en catégorie 3 est probable pour deux de ces trois banques qui rejoindront la catégorie 4, car une faible croissance du bilan est suffisante à cet effet. Les trois autres banques seront transférées de la catégorie 4 à la catégorie 5. Ce changement devrait être moins pertinent pour les établissements concernés, car les conditions réglementaires et le régime de surveillance des catégories 4 et 5 sont relativement similaires.

La modification des seuils pourra avoir des conséquences à long terme. On peut cependant s'attendre à ce que le développement dynamisé des seuils soit progressif et à ce que les modifications en découlant ne concernent que peu d'établissements, comme dans le cas présent. Si la nouvelle pratique de dynamisation est conservée de manière stricte et durable, des scénarios incluant de vastes changements de catégorie non justifiés du point de vue du risque sont envisageables: ce serait par exemple le cas si certains établissements enregistraient une forte croissance ou arrivaient sur le marché ou, à l'inverse, réduisaient sensiblement leurs activités ou quittaient le marché. La classification des autres établissements pourrait alors être modifiée sans qu'ils n'y soient pour rien. Chaque vague de dynamisation devant être approuvée par le Conseil fédéral, des excès semblables à ceux qui viennent d'être mentionnés seront néanmoins exclus.

Globalement, la classification dynamique des banques ne devrait occasionner que des allègements restreints, qui concerneraient uniquement quelques établissements à chaque fois.

5.1.1.6 Sociétés du groupe significatives

L'art. 66a P-OB précise que la FINMA fixera, en vertu de l'art. 3g, al. 3 et 4, LB, la dotation en capital et en liquidités des sociétés du groupe significatives des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse. Cet article ne s'appliquera qu'à deux établissements, car seules deux des cinq sociétés auxquelles la FINMA a accordé jusqu'à présent la qualité de sociétés du groupe significatives au sens de l'art. 2^{bis}, al. 1, let. b, LB fournissent des services à des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse. Ces deux banques n'auront aucune charge supplémentaire, car la disposition proposée ne crée *de facto* aucune nouvelle obligation pour les entités concernées. Elle ne fait qu'inscrire dans le droit les exigences qui s'appliquent à l'heure actuelle.

5.1.2 Stabilité financière (capacité d'assainissement et de liquidation)

La défaillance d'une G-SIB pourrait nuire considérablement à l'économie et au système financier suisses, voire compromettre la stabilité financière internationale. Pour éviter cela, les G-SIB suisses devront prendre les mesures qui s'imposent pour permettre à la FINMA de les assainir ou de les liquider de manière ordonnée en cas de crise. Condition *sine qua non*, la capacité d'assainissement et de liquidation contribuera sensiblement à désamorcer le risque *too big to fail*. Le projet proposé renforce la capacité d'assainissement et de liquidation des G-SIB.

L'extension de la base de calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes aux exigences en matière de fonds propres supplémentaires visées à l'art. 131b P-OFB concourra également à prévenir les effets défavorables sur la stabilité financière.

5.1.3 Clients (garantie des dépôts)

L'objectif d'un remboursement rapide des dépôts garantis en cas de mise en œuvre de la garantie est un avantage pour les clients des banques. Les dispositions des art. 42a à 42d P-OB s'appuient fortement sur la réglementation en vigueur et la pratique correspondante. Leurs conséquences sur les clients des banques (particuliers et entreprises) seront donc minimales et, selon le groupe de clients, globalement positives. Des effets négatifs ne sauraient toutefois être exclus dans certains cas. Les conséquences des différents éléments de la réglementation peuvent être exposées comme suit:

- Dans le passé, les opérations *inflight* (art. 42a, al. 1, let. c et d, P-OB) ont été sources d'incertitudes. La clarification proposée renforcera la sécurité juridique pour les clients des banques. Les créances découlant de ces opérations resteront privilégiées, mais elles ne devront pas figurer dans la liste des déposants et ne seront pas remboursées immédiatement. Ainsi, le règlement d'une grande partie des créances pourra être accéléré.
- Les dépôts des autres banques, maisons de titres et intermédiaires financiers assujettis ne conféreront plus aux clients la qualité de déposants privilégiés. Ce groupe de clients sera donc désavantagé par rapport à la situation actuelle. On peut toutefois supposer que le montant garanti de 100 000 francs n'aura qu'une importance marginale pour ce groupe et que celui-ci n'aura besoin ni d'une protection des liquidités ni d'une protection sociale.
- Un groupe de personnes détenant une créance liée à une ou plusieurs relations bancaires ou à un ou plusieurs comptes auprès de la même banque ne pourra faire valoir le montant maximal de 100 000 francs qu'une seule fois et pour l'ensemble du groupe (art. 42c, al. 3, P-OB). La situation des comptes concernés déterminera dans quelle mesure des créanciers solidaires seront avantagés par rapport au régime en vigueur. Les époux constituent le principal groupe de personnes détenant un compte commun. Par exemple, si un couple marié détient un compte commun auprès de la banque en faillite, le montant maximal privilégié et garanti auquel il a droit sera réduit, passant de 200 000 francs actuellement à 100 000 francs. En revanche, si chacun des époux possède un compte individuel auprès de la banque en faillite en plus du compte commun, le montant maximal total auquel le couple marié pourra prétendre s'étendra à tous les comptes, soit 300 000 francs au plus (100 000 francs pour chacun des trois comptes), contre 200 000 francs à l'heure actuelle. Les conséquences ne peuvent pas être chiffrées avec précision, car il n'existe aucune donnée sur la situation globale des comptes de tous les créanciers solidaires auprès de l'ensemble des banques. On peut supposer que la nouvelle réglementation avantagera certains créanciers solidaires, mais en désavantagera d'autres par rapport au régime en vigueur. D'après les données d'esisuisse, seuls près de 5 % des comptes des couples mariés présentent un solde compris entre 100 000 et 200 000 francs. De plus, il faut préciser que les créanciers solidaires pourront adapter leur situation de compte aux nouvelles dispositions et optimiser ainsi le privilège de leurs dépôts. La nouvelle réglementation est plus compréhensible et favorise la sécurité juridique. Le remboursement sera accéléré, ce qui bénéficiera à tous les déposants.

5.1.4 Investisseurs (insolvabilité)

Compte tenu des modifications proposées à l'art. 47f P-OFR en matière d'insolvabilité bancaire, les pertes existantes en cas d'amortissement des instruments de dette visés à l'art. 30b, al. 6, LB seront supportées en premier lieu par les créanciers institutionnels, et non par les propriétaires des banques cantonales concernées. Les risques énoncés dans le chapitre sur les conséquences pour les banques pourront dès lors se concrétiser pour les créanciers détenant ces instruments de dette. D'un autre côté, ces créanciers pourront exiger une rémunération plus élevée pour compenser le risque encouru.

5.2 Conséquences pour la Confédération

Les modifications proposées n'auront pas d'incidences sur les finances et sur l'état du personnel de la Confédération.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Les prescriptions des ordonnances modifiées du Conseil fédéral se fondent sur les dispositions légales qui sont mentionnées dans le préambule des actes et auxquelles il est renvoyé sous chaque titre d'article. En ce qui concerne la constitutionnalité de la base légale, nous renvoyons aux commentaires figurant dans le message³¹.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet n'aura aucune incidence sur les obligations internationales de la Suisse.

6.3 Délégation de compétences législatives

L'art. 12, al. 2^{bis}, P-OB octroie une nouvelle compétence réglementaire à la FINMA, qui pourra ainsi définir plus précisément les contrats soumis à l'obligation visée dans le même alinéa.

7 Entrée en vigueur

Les modifications de la loi et des ordonnances du Conseil fédéral devraient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

³¹ FF 2020 6151 6222