



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

FF 2024
www.fedlex.admin.ch
La version électronique
signée fait foi



Rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques comprenant l'examen prévu par l'art. 52 de la loi sur les banques

du 10 avril 2024

Résumé

Contexte

À la mi-mars 2023, la crise que traversait Credit Suisse s'est nettement aggravée. Le risque de défaillance qui menaçait d'emporter d'un instant à l'autre cette banque d'importance systémique active au niveau international (globally systemically important bank [G-SIB]) a pu être écarté moyennant, entre autres, des prêts d'aide sous forme de liquidités accordés par la Banque nationale suisse (BNS) et l'acquisition de Credit Suisse par UBS annoncée le 19 mars 2023. Le Conseil fédéral et la Délégation des finances des Chambres fédérales ont permis de mettre en place cette solution en autorisant l'octroi de garanties de l'État à la BNS et à UBS par droit de nécessité. En l'espèce, l'objectif du Conseil fédéral était d'assurer la stabilité du système financier et de réduire au minimum les coûts pour l'économie et pour les contribuables. Cet objectif a été atteint. Les prêts d'aide sous forme de liquidités octroyés par la BNS sur la base du droit de nécessité ont été remboursés et les garanties de l'État levées en août 2023.

L'ampleur et la dynamique de la crise qui a causé l'effondrement de Credit Suisse, le fait qu'après la crise qu'UBS a connue en 2008, l'État a de nouveau dû apporter son aide à une G-SIB, le recours au droit de nécessité et le fait que la Suisse ne compte aujourd'hui plus qu'une seule G-SIB d'envergure accrue exigent de procéder à une analyse approfondie des événements survenus ainsi qu'à une évaluation complète du dispositif too big to fail (TBTF) en vigueur. Preuve en sont les nombreuses interventions sur la thématique TBTF qui ont été déposées au Parlement, en particulier dans le sillage de la crise qui a emporté Credit Suisse.

Contenu et structure du rapport

Dans le présent rapport consacré à la crise qui a emporté Credit Suisse, le Conseil fédéral s'attache en particulier à identifier les mesures qui s'imposent pour améliorer la résilience et la stabilité des banques d'importance systémique (systemically important banks [SIB]) et de la place financière suisse, et, partant, pour réduire encore les risques pour l'économie et pour les contribuables.

Le Conseil fédéral exécute également, dans ce rapport, les analyses prévues dans le message du 29 mars 2023 sur le supplément Ia au budget 2023 et répond aux postulats que lui ont transmis les Chambres fédérales au sujet du dispositif TBTF et d'autres questions pertinentes. Enfin, le Conseil fédéral s'acquitte dans le présent rapport de son obligation au titre de l'art. 52 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)¹, voulant qu'il examine régulièrement la réglementation des SIB en comparaison internationale.

Le présent rapport se fonde sur des analyses internes et externes approfondies. Après une introduction, il se divise en trois parties. La partie I porte sur le contexte, la nécessité d'agir et les mesures recommandées. La partie II consiste en un examen complet du contexte et en des analyses détaillées qui justifient la nécessité d'agir et les

¹ RS 952.0

mesures recommandées. Elle procède à une évaluation approfondie du dispositif TBTF et des autres thèmes liés à la gouvernance d'entreprise ainsi qu'à la surveillance, dont l'importance pour la stabilité de la place financière s'est confirmée. La partie III se compose de documents de référence.

Lors de l'élaboration des dispositions de lois et d'ordonnances relatives au dispositif TBTF, il faudra aussi tenir compte du résultat des travaux de la Commission d'enquête parlementaire (CEP) «Gestion par les autorités – fusion d'urgence de Credit Suisse», instituée par les Chambres fédérales. La CEP examine actuellement le rôle et le comportement des autorités compétentes dans la crise qui a emporté Credit Suisse.

Constatations et nécessité d'agir

Pour le bon fonctionnement de l'économie suisse et la qualité de la place économique, il est d'une importance capitale que la place financière soit stable et diversifiée et qu'elle ait sa place dans le contexte international. C'est pourquoi le Conseil fédéral applique la stratégie en matière de la place financière qu'il a adoptée le 4 décembre 2020. Il estime que la stabilité et la résilience sont des conditions essentielles de l'attrait, de l'innovation, de la pérennité et de l'interconnexion mondiale d'une place financière. La Suisse a la particularité d'avoir sur son territoire une G-SIB de très grande envergure par rapport à son produit intérieur brut (PIB). Cela lui impose d'appliquer un cadre réglementaire clair, convaincant et efficace.

Au regard de l'analyse réalisée, le Conseil fédéral arrive à la conclusion que bon nombre des mesures instaurées aux niveaux national et international pour renforcer la stabilité financière ont en général porté leurs fruits. Il estime par ailleurs que les objectifs actuels du dispositif TBTF – réduire les risques pour le système financier suisse, assurer le maintien des fonctions économiques importantes des SIB et éviter le recours à une aide de l'État – demeurent pertinents.

L'analyse montre cependant aussi que le dispositif actuel est lacunaire et qu'il y a clairement besoin d'agir pour développer et renforcer la réglementation en vigueur. Plus précisément, il s'agit de poursuivre les trois axes prioritaires suivants:

- axe prioritaire 1: renforcement du dispositif de prévention;
- axe prioritaire 2: renforcement du dispositif de liquidité;
- axe prioritaire 3: élargissement du dispositif de lutte contre les crises.

Ces trois axes prioritaires se décomposent en six champs d'action dans lesquels il est proposé de prendre des mesures concrètes.

Ces mesures visent en principe les SIB et, pour quelques-unes d'entre elles, plus particulièrement les G-SIB. Certaines des mesures proposées, qui portent notamment sur la gouvernance d'entreprise et les instruments de surveillance des marchés financiers (FINMA), concernent toutefois aussi les autres établissements financiers.

Le développement souhaité de la réglementation en vigueur vise globalement à renforcer la responsabilité individuelle (non seulement des banques et des organes bancaires, mais aussi des clients) et à éviter un recours trop important à l'État. Les mesures devront être mises en œuvre de manière proportionnée et efficace. Le dispo-

sitif TBTF devra être autant que possible axé sur la mise en pratique et comparable aux réglementations internationales.

Force est de constater que les situations de crise restent par nature imprévisibles. Par conséquent, la possibilité qu'a dans certaines situations de crise le Conseil fédéral d'agir dans l'intérêt du pays en vertu de la Constitution (Cst.)², notamment en ayant recours au droit de nécessité, ne peut ni ne doit être catégoriquement exclue, même s'il faut s'en passer par principe dans toute la mesure du possible.

Il s'agit en outre de s'épargner les coûts élevés qu'engendrerait l'adoption d'une réglementation axée sur une crise en particulier si l'on ne sait pas bien en quoi cette réglementation contribuera à prévenir et à maîtriser de futures crises. Le présent rapport s'articule donc autour de mesures fondées sur des principes propres à renforcer la résilience et la stabilité des SIB et de la place financière suisse dans son ensemble.

Champs d'action et mesures proposées

Axe prioritaire 1: renforcement du dispositif de prévention

La crise qui a emporté Credit Suisse a été causée par les irrégularités et les incidents récurrents qu'a connus l'établissement pendant des années malgré l'intensification de la surveillance et des procédures d'enforcement de la FINMA et qui ont finalement dégénéré, en mars 2023, en une grave crise de confiance.

Le premier axe prioritaire dans le développement du dispositif TBTF consiste à renforcer la prévention et à réduire la probabilité qu'une SIB se retrouve dans une situation aussi critique que Credit Suisse.

Les exigences en matière de fonds propres et de liquidités constituent des éléments décisifs de la résilience et de la stabilité d'une SIB. Ils ne peuvent toutefois pas à eux seuls la garantir. Les établissements financiers doivent non seulement répondre à des exigences réglementaires concrètes, mais aussi définir de manière responsable notamment leur orientation à long terme (par ex. en matière de stratégie, de gouvernance et de culture d'entreprise). La réglementation et la surveillance ne sauraient se substituer à cette responsabilité individuelle. Cela étant, l'on pourrait encore renforcer les incitations à pratiquer une bonne gouvernance d'entreprise. Toutefois, plus les répercussions de la défaillance d'un établissement financier sur la stabilité financière, l'économie et les contribuables sont graves, plus le rôle de la réglementation et de la surveillance, généralement subsidiaire, devient pertinent.

Le Conseil fédéral a défini les trois champs d'action suivants, visant à compléter et à renforcer de manière ciblée le dispositif existant:

- **Champ d'action 1 «Gouvernance d'entreprise et surveillance»:** il s'agit de promouvoir la gouvernance d'entreprise des SIB et de renforcer la surveillance exercée par la FINMA. Concrètement, il convient notamment de mettre en place un régime de responsabilité (senior managers regime) et des mesures concernant la rémunération variable (par ex. des délais de blocage et des clauses de restitution). L'objectif est que la gestion des risques soit appropriée et responsable. Par ailleurs, la FINMA doit pouvoir intervenir de manière

² RS 101

plus efficace dans ce domaine, notamment grâce à des outils supplémentaires (par ex. extension de l'obligation de renseigner et d'annoncer).

- **Champ d'action 2 «Exigences en matière de fonds propres»:** il convient de se pencher sur les exigences en matière de fonds propres applicables aux SIB, en particulier en ce qui concerne les lacunes mises en évidence lors de la crise qui a emporté Credit Suisse. À cet effet, les exigences en matière de fonds propres doivent être plus strictes pour les SIB, des éléments prospectifs doivent être introduits dans les suppléments de fonds propres du pilier 2 spécifiques à chaque établissement et la couverture des participations étrangères au moyen de fonds propres doit être renforcée. Les exigences resteront toutefois alignées sur la réglementation et la pratique internationales et devront préserver la compétitivité.
- **Champ d'action 3 «Intervention précoce et stabilisation»:** il faut renforcer les possibilités et les obligations de la FINMA en matière d'intervention précoce, ainsi qu'étendre les mesures de stabilisation que les SIB peuvent être tenues de prendre. Une banque en difficulté devra être stabilisée le plus rapidement possible au moyen de mesures prises à temps selon des critères clairs. Il faut aussi notamment examiner la prise en considération d'indicateurs de marché qui déclencherait les interventions précoces.

Axe prioritaire 2: renforcement du dispositif de liquidité

Les banques sont vulnérables aux crises de liquidité en raison de leur fonction de transformation des échéances, qui consiste, d'une part, à accepter des dépôts disponibles à tout moment ou à court terme et, d'autre part, à accorder des crédits à plus long terme. Les sorties de liquidités que le secteur bancaire américain et Credit Suisse ont enregistrées à l'automne 2022 et au printemps 2023 ont ajouté une dimension et une complexité sans précédent au problème, tant par leur ampleur que par leur vitesse.

À l'avenir, le dispositif applicable aux SIB et aux banques de façon générale devra tenir davantage compte de cette dynamique accrue. Le champ d'action suivant a donc été identifié:

- **Champ d'action 4 «Garantie des liquidités en cas de crise»:** le système de garantie des liquidités des SIB en période de crise et de l'ensemble du secteur bancaire doit être considérablement renforcé.

En l'espèce, la première ligne de défense vise à accroître la quantité de liquidités propres détenues par les banques, ce que prévoient déjà les exigences particulières en matière de liquidités auxquelles les SIB devront pleinement satisfaire d'ici à la fin de 2024. En application des prescriptions légales, l'efficacité de ces exigences sera réexaminée en 2026 au plus tard. Au niveau international, la Suisse entend faire en sorte que les ratios et exigences de liquidités soient réexaminés et modifiés à la lumière des enseignements tirés.

Au titre de la deuxième ligne de défense, il s'agit d'étendre fortement les possibilités d'approvisionnement en liquidités de la banque centrale en tant que prêteuse ultime (lender of last resort [LoLR]). Au regard de cet objectif, il convient de s'attacher, dans le cadre de la mise en œuvre du postulat 23.3445 «Examen des instruments de la BNS» et compte tenu du mandat que la Constitution confère à la BNS, à examiner les con-

ditions-cadres légales qui s'appliquent actuellement au prêteur ultime et à les étoffer le cas échéant. Parmi les principaux éléments propres à renforcer le dispositif du prêteur ultime figure aussi l'élargissement des préparatifs attendus des banques, notamment par l'instauration de nouvelles obligations.

La troisième ligne de défense est la possibilité d'inscrire un mécanisme public de garantie des liquidités (public liquidity backstop [PLB]) dans la loi, le but étant de pouvoir, en cas de besoin, soutenir avec des aides sous forme de liquidités garanties par l'État un assainissement ou une liquidation par voie de faillite tout en maintenant les fonctions d'importance systémique définies dans le plan d'urgence. Au niveau international, le PLB fait partie intégrante des instruments de lutte contre les crises affectant le secteur bancaire. Le Conseil fédéral a adopté en septembre 2023 le message y afférent à l'attention du Parlement.

Axe prioritaire 3: élargissement du dispositif de lutte contre les crises

Il est impossible d'exclure tout risque d'insolvabilité d'une banque. En cas de crise, les SIB doivent pouvoir sortir du marché de manière ordonnée. Cela est essentiel au bon fonctionnement du marché financier et de l'économie. Le champ d'action suivant en découle:

- **Champ d'action 5 «Planification de la liquidation»:** il faut améliorer encore la planification de la liquidation et, partant, la capacité de liquidation d'une SIB.

Il ressort des analyses que la liquidation, en particulier si elle concerne une G-SIB, présente des risques à prendre au sérieux tels que des risques juridiques et des risques liés à la mise en œuvre sur le plan tant national qu'international qui doivent être encore davantage réduits. C'est pourquoi il s'agit notamment d'étoffer les solutions envisageables en cas de liquidation et d'élaborer des stratégies de liquidation en fonction des différents scénarios de crise. La capacité de liquidation sera en outre renforcée par des exigences ciblées en matière de fonds propres.

Enfin, le champ d'action suivant a été identifié:

- **Champ d'action 6 «Organisation de crise et collaboration des autorités»:** il faut aussi renforcer l'organisation de crise des autorités et la collaboration entre ces dernières.

De l'avis du Conseil fédéral, l'organisation de crise a globalement fonctionné dans le cas de Credit Suisse puisqu'une solution qui a permis de stabiliser rapidement la situation a été mise en place. Cependant, en prévision de futures crises et en comparaison internationale, il convient d'examiner s'il est nécessaire de renforcer les rôles et les responsabilités et de régler plus clairement la collaboration entre la FINMA, la BNS et le Département fédéral des finances (DFF) notamment, ainsi que les compétences décisionnelles de ces autorités. Les résultats des travaux de la CEP seront pris en compte à cet effet.

Perspectives

Le Conseil fédéral estime que les mesures proposées forment un tout et qu'elles ont été choisies en tenant compte de l'effet obtenu lorsqu'elles sont prises dans leur intégralité. Leur mise en œuvre permettra de réduire considérablement la probabilité qu'une nouvelle crise touche une SIB en Suisse. Si une telle crise se produit quand même, la capacité de stabilisation et de liquidation d'une SIB sera nettement accrue. Les modalités concrètes des différentes mesures proposées seront déterminantes à cet égard.

En transposant ces différentes mesures dans ses lois et ordonnances, la Suisse ne renforcera pas seulement sa propre place financière et bancaire et, donc, son économie, mais aussi la stabilité du système financier mondial. C'est pourquoi elle entend les défendre également au sein des organes internationaux compétents.

Table des matières

Résumé	2
Structure du rapport	21
1 Introduction	22
1.1 Contexte	22
1.2 Mandat	23
1.3 Délimitation du champ d'analyse par rapport à la CEP	24
1.4 Procédure	25
PARTIE I Contexte, nécessité d'agir et mesures recommandées	26
2 Contexte	26
2.1 Importance de la place financière suisse et dispositif TBTF	26
2.2 Le dispositif TBTF en bref	27
2.3 Effets du dispositif TBTF dans le cas de Credit Suisse	32
3 Nécessité d'agir	36
3.1 Appréciation des questions de fond liées au dispositif TBTF	36
3.1.1 Principes	36
3.1.2 Objectifs du dispositif TBTF	37
3.1.3 Importance systémique	37
3.1.4 Bilan	38
3.2 Axes prioritaires et champs d'action	38
3.2.1 Renforcement du dispositif de prévention	38
3.2.2 Renforcement du dispositif de liquidité	40
3.2.3 Élargissement du dispositif de lutte contre les crises	40
4 Train de mesures proposé	41
4.1 Critères et vue d'ensemble des mesures	41
4.2 Mesures par champ d'action	47
4.2.1 Gouvernance d'entreprise et surveillance	47
4.2.1.1 Contexte et objectifs	47
4.2.1.2 Mesures proposées	48
4.2.2 Exigences en matière de fonds propres	51
4.2.2.1 Contexte et objectifs	51
4.2.2.2 Mesures proposées	52
4.2.3 Intervention précoce et stabilisation	54
4.2.3.1 Contexte et objectifs	54
4.2.3.2 Mesures proposées	54
4.2.4 Garantie des liquidités pendant la crise	55
4.2.4.1 Contexte et objectifs	55
4.2.4.2 Mesures proposées	56
4.2.5 Planification de la liquidation	58
4.2.5.1 Contexte et objectifs	58

4.2.5.2	Mesures proposées	58
4.2.6	Organisation de crise et collaboration des autorités	60
4.2.6.1	Contexte et objectifs	60
4.2.6.2	Mesure proposée	60
4.3	Prochaines étapes et aperçu des modalités de mise en œuvre des mesures	60
PARTIE II	Contexte et analyse	62
5	Credit Suisse: crise et mesures de lutte contre la crise	62
5.1	Genèse de la crise	62
5.2	Mesures prises par les autorités jusqu'au 15 mars 2023	65
5.3	Mesures prises par les autorités à partir du 15 mars 2023	67
5.4	Solutions non retenues le 19 mars 2023	73
5.4.1	Introduction d'une procédure d'assainissement	74
5.4.2	Liquidation du groupe financier par voie de faillite et mise en œuvre du plan d'urgence suisse	75
5.4.3	Nationalisation temporaire de Credit Suisse	75
5.4.4	Bilan	76
6	Définition et portée de l'importance systémique	76
7	Exigences en matière de fonds propres	78
7.1	Introduction	78
7.2	Contexte	79
7.2.1	Exigences TBTF en matière de fonds propres valables de 2012 à 2016	79
7.2.2	Exigences TBTF à partir du 1 ^{er} juillet 2016	81
7.2.3	Modifications de la réglementation TBTF de 2018 et de 2019	82
7.2.3.1	Pondération-risque des participations dans le secteur financier	82
7.2.3.2	Spécification des exigences <i>gone concern</i> pour les SIB non actives au niveau international	83
7.2.4	Remplacement du système de remise pour les G-SIB à partir du 1 ^{er} janvier 2023	83
7.2.5	Exigences en vigueur concernant les SIB	84
7.3	Comparaison internationale	85
7.3.1	Exigences en matière de fonds propres applicables à UBS et aux banques étrangères comparables	85
7.3.2	Exigences en matière de fonds propres applicables aux banques mères	89
7.3.2.1	Classification des exigences dans le contexte international	89

	7.3.2.2	Exigences applicables aux banques mères selon l'OFR par rapport aux normes minimales de Bâle	89
7.4		Évaluation	95
	7.4.1	Effets positifs lors de la crise	95
	7.4.1.1	Niveau des exigences en matière de fonds propres et exigences quant à la qualité des fonds propres	95
	7.4.1.2	Composante progressive	96
	7.4.1.3	Fonds propres AT1	97
	7.4.1.4	Capacité de <i>bail-in</i>	97
	7.4.1.5	Exigences en matière de publication	97
	7.4.2	Enseignements tirés de la crise et nécessité d'agir	97
	7.4.2.1	Les indicateurs de fonds propres reflètent une situation à un moment donné	97
	7.4.2.2	La capitalisation des banques mères: un point faible critique	98
	7.4.2.3	Évaluation prudente et valeur des postes du bilan	100
	7.4.2.4	Rôle d'absorption des pertes des fonds propres AT1 dans le <i>going concern</i>	101
7.5		Mesures envisageables	102
	7.5.1	Relèvement des exigences en matière de fonds propres par la déduction des participations ou le relèvement de la pondération-risque des participations de la banque mère	102
	7.5.2	Intégration de composantes prospectives dans les suppléments de fonds propres du pilier 2 spécifiques à chaque établissement	104
	7.5.3	Relèvement général de l'exigence de base (LR et/ou part RWA)	105
	7.5.4	Relèvement de l'exigence en matière de fonds propres en augmentant la composante progressive	106
	7.5.5	Structure du capital plus simple et plus intuitive	107
	7.5.6	Évaluation prudente et valeur des postes du bilan	107
	7.5.7	Instruments AT1	108
	7.5.7.1	Renforcement de la fonction de porteur de risque du <i>going concern</i>	108
	7.5.7.2	Autorisation exclusive d'instruments convertibles	108
	7.5.7.3	Remplacement des exigences AT1 par des exigences CET1 équivalentes	109
	7.5.8	Maintien du traitement fiscal actuel des fonds propres et des fonds de tiers	109
	7.5.8.1	Digression: traitement fiscal des fonds propres et des fonds de tiers	109

7.5.8.2	Maintien de l'exonération actuelle de l'impôt anticipé	111
7.5.9	Bilan et train de mesures proposé dans le domaine des exigences en matière de fonds propres	112
8	Exigences en matière de liquidités	114
8.1	Introduction	114
8.2	Contexte	115
8.2.1	Exigences applicables aux SIB de 2013 à 2022	116
8.2.2	Nouvelles exigences applicables aux SIB en vigueur depuis juillet 2022	116
8.3	Comparaison internationale	118
8.4	Évaluation	120
8.4.1	Effets positifs lors de la crise	120
8.4.1.1	Dotation en liquidités plus élevée qu'en 2007–2008	120
8.4.1.2	Scénarios plus réalistes découlant des prescriptions TBTF en matière de liquidités	121
8.4.1.3	Obligations de <i>reporting</i> plus sévères	121
8.4.1.4	Exigences concernant la publication des majorations de liquidité TBTF	122
8.4.2	Enseignements tirés de la crise et nécessité d'agir	122
8.4.2.1	Accroissement insuffisant de la dotation en liquidités	122
8.4.2.2	Obtention de liquidités d'urgence et mesures prévues par le plan d'urgence en cas de pénurie de liquidités	123
8.4.2.3	Disponibilité et transmissibilité des liquidités au sein du groupe	123
8.4.2.4	Utilisation du volant de liquidités et stigmatisation	124
8.4.2.5	Fonction du LCR et du NSFR	124
8.4.2.6	Taux de sortie insuffisants dans le LCR	125
8.4.2.7	Prise en compte insuffisante des exigences en matière de devises	125
8.4.2.8	Fourniture d'informations	125
8.5	Mesures envisageables	125
8.5.1	Réexamen des exigences internationales en matière de liquidités	126
8.5.2	Simplification de la diversification des sources de financement	129
8.5.3	Fourniture d'informations	129
8.5.4	Bilan et train de mesures couvrant les trois lignes de défense dans le domaine des liquidités	130
9	Prêteur ultime	130

9.1	Contexte	130
9.1.1	Définition du prêteur ultime	130
9.1.2	Aides ordinaires sous forme de liquidités de la BNS	131
9.1.2.1	Facilité pour resserrements de liquidités	131
9.1.2.2	Facilité intrajournalière	131
9.1.3	Aide extraordinaire sous forme de liquidités: l'ELA de la BNS	131
9.1.3.1	But et modalités	131
9.1.3.2	Éventail des sûretés ELA	133
9.1.3.3	Préparatifs pour l'octroi d'une ELA	134
9.2	Comparaison internationale	135
9.2.1	ELA	135
9.2.2	Établissements pouvant bénéficier d'une aide sous forme de liquidités	136
9.2.3	Condition de solvabilité	136
9.2.4	Sûretés	137
9.2.5	Comparaison internationale des facilités	137
9.3	Évaluation	139
9.3.1	Mise en œuvre opérationnelle de l'ELA et besoins en devises étrangères	139
9.3.2	Étendue des possibilités d'octroi de liquidités par le prêteur ultime	139
9.3.3	Utilisation de l'ELA et stigmatisation	142
9.3.4	Défis liés aux G-SIB	143
9.3.5	Interaction avec la première et la troisième ligne de défense	144
9.3.6	L'ELA pour les banques sans importance systémique	146
9.4	Mesures envisageables	147
9.4.1	Extension des possibilités d'octroi de liquidités par le prêteur ultime	147
9.4.2	Obligation pour les banques d'effectuer des préparatifs en vue d'utiliser les facilités de liquidité	149
9.4.3	Développement de l'accès aux facilités des banques centrales étrangères	150
9.4.4	Atténuer le problème de la stigmatisation	151
9.4.5	Transférabilité accrue de l'aide sous forme de liquidités au sein du groupe bancaire	152
9.4.6	Bilan et train de mesures couvrant les trois lignes de défense dans le domaine des liquidités	152
10	Mécanisme public de garantie des liquidités	152
10.1	Contexte	152
10.2	Comparaison internationale	154
10.2.1	Conseil de stabilité financière	154
10.2.2	UE	156

10.2.3	Royaume-Uni	156
10.2.4	États-Unis	156
10.3	Évaluation	157
10.3.1	Nécessité d’inscrire un PLB dans la loi	157
10.3.2	Banques couvertes	158
10.3.3	Conditions de l’assainissement	160
10.3.4	Distorsions de la concurrence	160
10.3.5	Compensation: forfait <i>ex ante</i> ou indemnisation <i>ex post</i>	162
10.3.6	Privilège des créances	163
10.3.7	Obligations de l’emprunteuse	164
10.4	Mesures envisageables	164
10.4.1	Inscription d’un PLB pour les SIB dans le droit ordinaire	164
10.4.2	Bilan et train de mesures couvrant les trois lignes de défense dans le domaine des liquidités	165
11	Système de protection des déposants	167
11.1	Contexte	167
11.2	Comparaison internationale des garanties de dépôts	168
11.2.1	UE	168
11.2.2	États-Unis	168
11.3	Évaluation	169
11.3.1	Plafond du système	169
11.3.2	Financement <i>ex post</i>	170
11.3.3	Délai de remboursement	170
11.3.4	Contribution à la gestion des crises	170
11.3.5	Limite individuelle de 100 000 francs	171
11.4	Mesures envisageables	171
11.4.1	Introduction	171
11.4.2	Aides de l’État pour la garantie des dépôts	172
11.4.3	Réduction du délai de remboursement	172
11.4.4	Relèvement de la limite individuelle	173
11.4.5	Création d’un fonds <i>ex ante</i>	173
11.4.6	Garantie des avoirs de prévoyance	173
11.4.7	Bilan et train de mesures proposé pour le système de protection des déposants	174
12	Stabilisation	174
12.1	Contexte	174
12.1.1	Bases réglementaires	174
12.1.2	Cas de Credit Suisse	176
12.2	Comparaison internationale	178
12.2.1	Comité de Bâle sur le contrôle bancaire	178
12.2.2	Conseil de stabilité financière	178
12.2.3	UE	178
12.2.4	États-Unis	179

12.3	Évaluation	179
12.4	Mesures envisageables	181
12.4.1	Exigences accrues posées au plan de stabilisation	181
12.4.2	Renforcer les possibilités d'intervention précoce de la FINMA	182
12.4.3	Bilan et train de mesures proposé pour la stabilisation	183
13	Liquidation	183
13.1	Contexte	183
13.1.1	Généralités	183
13.1.2	Aperçu des mesures d'assainissement	184
13.1.2.1	Bail-in	185
13.1.2.2	Transfert de patrimoine et réunion	186
13.1.3	Stratégie de liquidation applicable aux G-SIB suisses	187
13.1.3.1	«Plan A»: poursuite de l'activité de la banque grâce à un <i>bail-in</i> mis en œuvre de façon centralisée	187
13.1.3.2	«Plan B»: scission et déclenchement du plan d'urgence	188
13.1.4	Évaluation du <i>bail-in</i>	189
13.1.4.1	Le <i>bail-in</i> , un instrument utile contre la perte de confiance	189
13.1.4.2	Risques de contagion	190
13.1.4.3	Conditions de garantie d'une activité irréprochable	190
13.1.4.4	Moment de l'intervention et coordination	190
13.1.4.5	Sécurité juridique	191
13.1.4.6	Complexité liée à l'ordre d'exécution du <i>bail-in</i>	192
13.1.4.7	<i>Bail-in bonds</i> émis par les banques cantonales	194
13.1.4.8	Transfert de valeur des anciens actionnaires aux détenteurs de <i>bail-in bonds</i>	194
13.1.4.9	Problèmes liés aux activités transfrontalières	196
13.1.4.10	Délai de préparation restreint et base de données	197
13.1.5	Transfert de patrimoine et réunion	198
13.1.5.1	Description	198
13.1.5.2	Cas de Credit Suisse	198
13.1.6	Liquidation ordonnée	199
13.1.6.1	Description	199
13.1.6.2	Cas de Credit Suisse	200
13.1.7	Plan d'urgence	200
13.1.7.1	Objectif du plan d'urgence	200
13.1.7.2	Effets dans le cas de Credit Suisse et sur la nouvelle UBS	201
13.1.8	Stratégie de liquidation: approche SpoE ou MPoE	202
13.1.9	Groupe de gestion de crise	203
13.1.10	Nationalisation temporaire	204

13.1.10.1	Description	204
13.1.10.2	Cas de Credit Suisse	205
13.1.10.3	Questions juridiques et techniques	205
13.1.11	Fonds de liquidation	206
13.1.11.1	Description	206
13.1.11.2	Effets dans le cas de Credit Suisse	206
13.2	Comparaison internationale	206
13.2.1	Bail-in	206
13.2.2	Nationalisation temporaire	208
13.2.2.1	Comparaison avec le droit étranger	208
13.2.2.2	Exemples pratiques	209
13.2.3	Fonds de liquidation	210
13.3	Évaluation	211
13.3.1	Bail-in	211
13.3.2	Transfert de patrimoine et réunion	212
13.3.3	Liquidation ordonnée	213
13.3.4	Plan d'urgence	214
13.3.5	Stratégie de liquidation: approche SPoE ou MPoE	214
13.3.6	Groupe de gestion de crise	215
13.3.7	Nationalisation temporaire	215
13.3.8	Fonds de liquidation	216
13.4	Mesures envisageables	216
13.4.1	D'avantage de solutions de liquidation	216
13.4.2	Élaboration d'un plan de liquidation pour la banque mère	217
13.4.3	Modification de l'approche SPoE	217
13.4.4	Accroissement de la sécurité juridique du <i>bail-in</i>	217
13.4.5	Réglementation explicite de la nationalisation temporaire	218
13.4.6	Création d'un fonds de liquidation	219
13.4.7	Bilan et train de mesures proposé dans le domaine de la liquidation	220
14	Mesures structurelles	221
14.1	Contexte	221
14.1.1	Introduction	221
14.1.2	Expériences tirées de la crise de Credit Suisse	221
14.1.3	Interdépendances opérationnelles et financières	223
14.1.4	Double structure de holding	224
14.2	Comparaison internationale	227
14.2.1	États-Unis	227
14.2.2	Royaume-Uni	227
14.2.3	UE	228
14.3	Évaluation	228
14.4	Mesures envisageables	229
14.4.1	Structure organisationnelle plate	229
14.4.2	Clean holding	230

14.4.3	Système de séparation des activités bancaires	232
14.4.4	Limitation de la taille	234
14.4.5	Scission	235
14.4.6	Bilan et train de mesures proposé dans le domaine des mesures structurelles	235
15	Gouvernance d'entreprise	236
15.1	Introduction	236
15.2	Exigences en matière de gouvernance d'entreprise dans le droit des marchés financiers	238
15.2.1	Contexte	238
15.2.1.1	Objectif des exigences en matière de gouvernance d'entreprise	238
15.2.1.2	Normes en vigueur sur la gouvernance d'entreprise	238
15.2.1.3	Rôle de la surveillance en matière de gouvernance d'entreprise	239
15.2.1.4	Circulaire de la FINMA	239
15.2.2	Comparaison internationale	240
15.2.2.1	CSF	240
15.2.2.2	Comité de Bâle sur le contrôle bancaire	241
15.2.2.3	Royaume-Uni	241
15.2.2.4	UE	242
15.2.3	Évaluation	242
15.2.4	Mesure envisageable	242
15.2.5	Digression: responsabilité des organes de direction dans la législation suisse en vigueur	243
15.2.5.1	Introduction	243
15.2.5.2	Droit de la société anonyme	243
15.2.5.3	Droit pénal	246
15.2.5.4	Droit public	250
15.2.5.5	Autorégulation	250
15.3	Responsabilité individuelle	251
15.3.1	Contexte	251
15.3.2	Comparaison internationale	252
15.3.2.1	Approches des autres juridictions	252
15.3.2.2	Guide du Conseil de stabilité financière	255
15.3.3	Évaluation	255
15.3.4	Mesure envisageable	256
15.3.4.1	Objectif d'un régime de responsabilité	256
15.3.4.2	Documentation des responsabilités	256
15.3.4.3	Personnes assujetties au régime de responsabilité	257
15.3.4.4	Critère de diligence	257
15.3.4.5	Lien avec les systèmes de rémunération	257
15.3.4.6	Questions à clarifier pour la mise en œuvre	257

15.4	Rémunérations	258
15.4.1	Contexte	258
15.4.1.1	Réglementation dans le droit privé	259
15.4.1.2	Réglementation dans le droit des marchés financiers	259
15.4.1.3	Imposition des rémunérations	261
15.4.2	Comparaison internationale	261
15.4.2.1	Conseil de stabilité financière	261
15.4.2.2	Principales réglementations nationales	262
15.4.3	Évaluation	264
15.4.4	Mesures envisageables	265
15.4.4.1	Bases légales sur les exigences en matière de systèmes de rémunération	265
15.4.4.2	Répression des comportements inappropriés grâce à des mesures visant la rémunération	266
15.4.4.3	Conditions claires pour le versement des rémunérations variables	266
15.4.4.4	Extension du report des rémunérations variables grâce à l'introduction de délais de blocage	266
15.4.4.5	Mise en place de clauses de restitution (<i>clawbacks</i>)	267
15.4.4.6	Limitation des rémunérations variables	267
15.5	Bilan et train de mesures proposé dans le domaine de la gouvernance d'entreprise	268
16	Dispositif de surveillance et autres thèmes liés	269
16.1	Introduction	269
16.2	Information du public	270
16.2.1	Contexte	270
16.2.1.1	Information du public prévue à l'art. 22 LFINMA	271
16.2.1.2	Publication d'une décision en matière de surveillance prévue à l'art. 34 LFINMA	272
16.2.2	Comparaison internationale	272
16.2.2.1	Allemagne	272
16.2.2.2	Royaume-Uni	273
16.2.2.3	États-Unis	274
16.2.2.4	Singapour	274
16.2.3	Évaluation	274
16.2.4	Mesure envisageable	275
16.2.5	Bilan	276
16.3	Sanctions administratives pécuniaires	276
16.3.1	Contexte	276
16.3.1.1	Introduction	276

16.3.1.2	Rejet précédent de l'introduction pour la FINMA d'une compétence de prononcer des amendes administratives	277
16.3.1.3	Rapport du Conseil fédéral sur les sanctions administratives pécuniaires	278
16.3.2	Comparaison internationale	280
16.3.2.1	Allemagne	280
16.3.2.2	Royaume-Uni	280
16.3.2.3	États-Unis	281
16.3.3	Évaluation	281
16.3.4	Mesures envisageables	282
16.3.4.1	Compétence de la FINMA de prononcer des amendes administratives à l'égard des personnes morales	282
16.3.4.2	Compétence de la FINMA de prononcer des amendes administratives à l'égard des personnes physiques	283
16.3.4.3	Compétence de l'ASR de prononcer des sanctions administratives pécuniaires à l'égard des entreprises de révision	283
16.3.5	Bilan	284
16.4	Autres instruments permettant d'établir la responsabilité des établissements et des individus	285
16.4.1	Interdiction d'exercer	285
16.4.1.1	Contexte	285
16.4.1.2	Comparaison internationale	287
16.4.1.3	Évaluation	288
16.4.1.4	Mesures envisageables	288
16.4.2	Confiscation	289
16.4.2.1	Contexte	289
16.4.2.2	Comparaison internationale	289
16.4.2.3	Évaluation	290
16.4.2.4	Mesure envisageable	290
16.4.3	Examen des garanties d'une activité irréprochable	290
16.4.3.1	Contexte	290
16.4.3.2	Comparaison internationale	291
16.4.3.3	Évaluation	292
16.4.3.4	Mesures envisageables	292
16.4.4	Obligation de renseigner et d'annoncer	293
16.4.4.1	Contexte	293
16.4.4.2	Comparaison internationale	294
16.4.4.3	Évaluation	295
16.4.4.4	Mesures envisageables	295
16.4.5	Lancement d'alertes et droit de dénoncer	295
16.4.5.1	Contexte	295
16.4.5.2	Comparaison internationale	299

16.4.5.3	Évaluation	299
16.4.5.4	Mesures envisageables	300
16.4.6	Bilan	300
16.5	Recours aux sociétés d'audit	301
16.5.1	Contexte	301
16.5.1.1	Problématique	301
16.5.1.2	Liens économiques et problèmes en résultant	302
16.5.1.3	Mécanismes de contrôle	302
16.5.2	Comparaison internationale	303
16.5.3	Évaluation	304
16.5.4	Mesures envisageables	304
16.5.4.1	Renforcement des mécanismes de contrôle	304
16.5.4.2	Désignation directe par la FINMA	305
16.5.4.3	Suppression de la surveillance dualiste	306
16.5.5	Bilan	307
16.6	Durée des procédures	307
16.6.1	Contexte	307
16.6.2	Comparaison internationale	308
16.6.3	Évaluation	308
16.6.4	Mesures envisageables	308
16.6.4.1	Exclusion du recours devant le Tribunal fédéral	309
16.6.4.2	Introduction de délais dans la procédure de recours	309
16.6.4.3	Abandon de l'examen de l'opportunité dans la procédure de recours	309
16.6.4.4	Retrait de l'effet suspensif d'un recours contre une décision de la FINMA	310
16.6.5	Bilan	310
16.7	Compétences du conseil d'administration de la FINMA	310
16.7.1	Contexte	310
16.7.2	Évaluation	312
16.7.3	Mesures envisageables et bilan	312
16.8	Dotations en ressources de la FINMA	312
17	Compétences et collaboration des autorités en matière de stabilité financière	313
17.1	Contexte	313
17.1.1	Introduction	313
17.1.2	Cadre institutionnel actuel en Suisse	314
17.2	Comparaison internationale	314
17.3	Évaluation	315
17.4	Mesures envisageables et bilan	316
	Listes des figures, des tableaux et des encadrés	317
	Expertises	318

Interventions parlementaires	319
Sigles et abréviations	322

Structure du rapport

Dans le présent rapport, le Conseil fédéral décrit le train de mesures qu'il propose de mettre en œuvre pour renforcer les banques d'importance systémique (*systemically important bank* [SIB]) et la stabilité financière. Le rapport est conçu de telle manière qu'après une introduction, les mesures dont le Conseil fédéral recommande la mise en œuvre figurent dans la première partie, qui forme un ensemble compact pouvant être lu à part. Faisant également du mandat, de plus amples informations, des analyses détaillées et les champs dans lesquels la nécessité d'intervenir a été identifiée suivent dans une deuxième partie. La troisième et dernière partie contient quant à elle des tables et des vues d'ensemble.

Le présent rapport est structuré comme suit:

La *partie I* décrit le contexte et présente les principales conclusions qui s'imposent et le train de mesures proposé par le Conseil fédéral. Elle donne à son chapitre 2 un aperçu du dispositif TBTF en vigueur et de ses effets dans le cas de Credit Suisse. Le chapitre 3 présente la position du Conseil fédéral sur les questions de fond liées à ce dispositif et décrit les mesures à prendre et les champs dans lesquels il faut agir. Quant au chapitre 4, il énonce les mesures qu'il est recommandé de prendre pour renforcer la stabilité des SIB et de la place financière. En d'autres termes, la *partie I* contient les informations les plus importantes du rapport et peut être lue indépendamment des chapitres qui suivent.

Structurée par thème, la *partie II* contient de nombreuses informations contextuelles et analyses. Le chapitre 5 décrit le déroulement de la crise où s'est enfoncé Credit Suisse et les événements qui ont conduit à son acquisition par UBS avec le soutien des autorités. Le chapitre 6 définit la notion d'importance systémique. Les chapitres 7 à 17 consistent en une présentation et une évaluation complètes du dispositif TBTF en vigueur. Ils traitent notamment la gouvernance d'entreprise et la surveillance, deux éléments dont la crise a révélé l'importance pour la stabilité de la place financière. L'efficacité de la réglementation actuelle est également examinée à l'aune du cas de Credit Suisse. Les modifications juridiques envisageables sont discutées et, en application de l'art. 52 LB, une comparaison est dressée avec la réglementation internationale. D'autres analyses portent sur les exigences en matière de fonds propres (ch. 7), les exigences en matière de liquidités (ch. 8), les aides sous forme de liquidités (ch. 9 et 10), la protection des déposants (ch. 11), la stabilisation (ch. 12), la liquidation (ch. 13), les mesures structurelles (ch. 14), la gouvernance d'entreprise (ch. 15), d'autres questions de surveillance (ch. 16), ainsi que les compétences des autorités dans le domaine de la stabilité financière (ch. 17).

La *partie III* dresse la liste des travaux préparatoires qui ont servi à la rédaction du présent rapport. Elle comporte notamment la liste des figures, des tableaux et des encadrés, et fournit une vue d'ensemble des expertises commandées et des interventions parlementaires. La liste des sigles et des abréviations utilisés figure à la fin du rapport.

Rapport

1 Introduction

1.1 Contexte

La crise financière mondiale de 2007–2008 a montré que les difficultés ou la défaillance d'une banque d'importance systémique (*systemically important bank* [SIB]) pouvaient considérablement ébranler le système financier et gravement nuire à l'ensemble de l'économie, du fait de l'impossibilité de substituer à court terme les services qu'elle fournit ainsi que de sa taille, de sa position sur le marché et de son imbrication dans le système financier. Une fois la crise passée et suivant les développements internationaux, le Conseil fédéral et le Parlement ont adopté les mesures qui s'imposent pour désigner les SIB et les réglementer en conséquence.

Le dispositif dit *too big to fail* (TBTF) a pour but, d'une part, de réduire la probabilité de survenance et d'atténuer les conséquences d'une crise bancaire et, d'autre part, d'éviter le recours à des aides publiques pour le sauvetage d'un établissement bancaire. Dans le sillage de la crise financière de 2007–2008, de nombreux États (dont l'Allemagne, les États-Unis, l'Irlande, l'Islande et le Royaume-Uni) ont dépensé au total près de 3500 milliards de dollars d'argent public pour sauver leurs banques³.

Malgré toutes les mesures prises au niveau tant national qu'international, une autre SIB suisse, Credit Suisse, s'est retrouvée en difficulté en mars 2023. Sans la batterie de mesures décidées par des intervenants extérieurs, elle aurait subi le 20 mars 2023 au plus tard une faillite désordonnée, lourde de conséquences pour l'économie suisse et les marchés financiers internationaux.

Dans ce contexte, le Conseil fédéral a exécuté les 16 et 19 mars 2023, après avoir consulté l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et la Banque nationale suisse (BNS), des mesures propres à éviter de graves dommages pour l'économie suisse et la stabilité des marchés financiers internationaux. L'acquisition de Credit Suisse par UBS, soutenue par des mesures de la Confédération, de la FINMA et de la BNS, a permis de stabiliser rapidement la situation. Les garanties contre les risques accordées dans ce cadre par la Confédération ont pris fin en août 2023, après quelques mois seulement.

Tant l'ampleur de la crise où s'est enfoncé Credit Suisse que le recours au droit de nécessité pour répondre au besoin d'une nouvelle aide publique et le maintien en Suisse d'une seule banque d'importance systémique active sur le plan international (*global systemically important bank* [G-SIB])⁴ plus grande que jamais demandent une analyse approfondie afin d'identifier les mesures propres à renforcer encore la stabilité de la place financière suisse.

³ IGAN et al., *The Long Shadow of the Global Financial Crisis: Public Interventions in the Financial Sector*, IMF Working Paper WP/19/164, juillet 2019.

⁴ Par souci de simplification, le présent rapport utilise de manière indifférenciée le terme international «G-SIB» et l'expression du droit suisse «SIB active au niveau international», cf. ch. 2.2 (notamment note de bas de page 19).

Comme le dispositif TBTF en vigueur, la présente analyse et les éventuelles mesures qu'il est recommandé de prendre pour renforcer la stabilité du secteur financier se concentrent sur les SIB. Il sera expressément mentionné les cas pour lesquels un champ d'application différent est prévu, par exemple pour les questions de gouvernance d'entreprise, c'est-à-dire lorsqu'un tel élargissement est nécessaire afin de répondre aux postulats transmis par le Parlement, pour tenir compte des enseignements tirés de la crise qui a emporté Credit Suisse ou en cas de délimitation difficile du champ d'application d'une mesure.

1.2 Mandat

Le présent rapport se base sur les mandats suivants:

- **Mandat inscrit dans le message du 29 mars 2023 concernant le supplément Ia au budget 2023**⁵: par la voie de ce message, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF) d'analyser en profondeur, dans le délai d'un an, les événements ayant conduit à l'acquisition de Credit Suisse par UBS et à l'adoption de mesures par l'État, ainsi que d'examiner en détail la réglementation TBTF en vigueur. Il était prévu que le DFF exécute ce mandat avec la participation des départements, de la Chancellerie fédérale et de spécialistes externes et tienne compte des éventuelles analyses commandées par le Parlement, à l'instar des travaux de la Commission d'enquête parlementaire (CEP) «Gestion par les autorités – fusion d'urgence de Credit suisse»;
- **Interventions parlementaires**: le présent rapport répond également aux nombreuses questions et demandes des parlementaires concernant la réglementation TBTF suisse et le cas de Credit Suisse. Une vue d'ensemble est disponible à la page 319 du présent rapport. Au moment de la publication du présent rapport, le Parlement a transmis au Conseil fédéral les postulats (po.) énumérés ci-après. Ceux-ci sont aussi traités dans le présent rapport:
 - «Responsabiliser davantage les cadres supérieurs des marchés financiers avec des outils allégés» (po. 21.3893 déposé par le conseiller national Gerhard Andrey),
 - «Sanctions efficaces de la FINMA à l'encontre des établissements financiers manquant à leurs obligations» (po. 21.4628 déposé par la conseillère nationale Prisca Birrer-Heimo),
 - «Examen d'une possible action en justice à l'égard des organes dirigeants de Credit Suisse» (po. 23.3439 déposé par la Commission des affaires juridiques du Conseil national [CAJ-N]),
 - «Applicabilité de la réglementation (too big to fail) pour les grandes banques internationales» (po. 23.3440 déposé par la CAJ-N),
 - «Approbation ultérieure des crédits d'engagement urgents permettant à la Confédération d'octroyer à la BNS une garantie contre la défaillance

⁵ Conseil fédéral, *message concernant le supplément Ia au budget 2023*, 29 mars 2023, p. 17.

- et à UBS une garantie contre les pertes (23.007). Questions à examiner selon la Commission des finances du Conseil des États» (po. 23.3441 déposé par la Commission des finances du Conseil des États [CdF-E]),
- «Approbation ultérieure des crédits d’engagement urgents permettant à la Confédération d’octroyer à la BNS une garantie contre la défaillance et à UBS une garantie contre les pertes (23.007). Questions à examiner selon la Commission des finances du Conseil national» (po. 23.3442 déposé par la CdF-N),
 - «Avenir de la place financière suisse» (po. 23.3443 déposé par la Commission de l’économie et des redevances du Conseil national [CER-N]),
 - «Reconsidérer et modifier la réglementation «too big to fail» pour les cas de panique bancaire et autres événements» (po. 23.3446 déposé par la CER-N),
 - «Analyse des facteurs déterminants susceptibles d’avoir conduit à la faillite de Credit Suisse» (po. 23.3447 déposé par la CER-N);

Le Conseil fédéral établira un rapport distinct sur des postulats que le Parlement lui a également transmis après l’acquisition de Credit Suisse par UBS. Il s’agit des postulats «Recours au droit de nécessité» (po. 23.3438 déposé par la CAJ-N), «Fusion UBS-Credit Suisse. Évaluation de l’importance du point de vue du droit de la concurrence et de l’économie nationale» (po. 23.3444 déposé par la CER-N) et «Examen des instruments de la BNS» (po. 23.3445 déposé par la CER-N). Les conclusions importantes pour la place financière seront prises en compte dans les travaux de suivi.

Le présent rapport examine également d’autres interventions parlementaires, dont celles que le Parlement n’a pas traitées entièrement au moment de la publication du présent rapport ou celles qui ont été classées par exemple en raison de leur retrait ou de leur rejet par les Chambres fédérales. Ces interventions sont également énumérées à la page 319 du présent rapport.

- **Mandat figurant à l’art. 52 LB:** en application de l’art. 52 LB, le Conseil fédéral examine tous les deux ans les dispositions applicables aux SIB en comparant leur mise en œuvre avec celle des normes internationales correspondantes à l’étranger. Il en fait rapport à l’Assemblée fédérale et détermine les dispositions de lois et d’ordonnances qui doivent être modifiées. Le 4 juin 2021, il a adopté le quatrième rapport d’évaluation⁶ à l’intention du Parlement. Le présent rapport est le cinquième qu’il publie en application du mandat légal précité.

1.3 Délémitation du champ d’analyse par rapport à la CEP

Le 8 juin 2023, le Parlement a adopté un arrêté⁷ instituant une CEP chargée d’examiner la gestion par les autorités de la fusion d’urgence de Credit Suisse avec UBS. L’enquête parlementaire porte sur la gestion exercée, au cours des dernières années,

⁶ FF 2021 1487

⁷ FF 2023 1369

par le Conseil fédéral, l'administration fédérale et les autres organes auxquels ont été confiées des tâches de la Confédération en rapport avec ladite fusion, pour autant que ceux-ci soient soumis à la haute surveillance parlementaire. La CEP est chargée d'examiner la légalité, l'opportunité et l'efficacité des activités des autorités et organes précités, ainsi que leur collaboration entre eux et avec des tiers.

Les modifications du dispositif TBTF devront aussi tenir compte des conclusions de la CEP, qui ne sont pas encore disponibles à l'heure actuelle. Cela vaut notamment pour le remaniement éventuel du cadre institutionnel régissant la collaboration et le rôle des diverses autorités.

1.4 Procédure

Les travaux préparatoires du présent rapport ont été réalisés sous la direction du DFF, avec la participation de la BNS, de la FINMA, du Secrétariat d'État à l'économie et d'autres services de l'administration fédérale. La délégation du Conseil fédéral chargée des questions financières, la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances et les CER ont toutes été informées de l'avancement des travaux et consultées à ce sujet à deux reprises au moins. Un échange a également eu lieu avec la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique.

Le présent rapport s'appuie sur de nombreuses analyses externes, dont les suivantes:

- *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, rapport du groupe d'experts «Stabilité des banques»⁸;
- expertises externes commandées par le DFF (voir p. 318);
- examen par les pairs du Conseil de stabilité financière (CSF) portant sur la réglementation TBTF de la Suisse⁹;
- *2023 Bank Failures: Preliminary lessons learnt for resolution*, rapport du CSF¹⁰;
- *Report on the 2023 banking turmoil*, rapport du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB)¹¹.

Le présent rapport tient également compte d'analyses que la BNS et la FINMA ont réalisées en toute indépendance. Il s'agit notamment du rapport 2023 de la BNS sur la stabilité financière et du rapport *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)* de la FINMA¹².

⁸ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023.

⁹ FSB, *Peer Review of Switzerland*, 29 février 2024.

¹⁰ CSF, *2023 Bank Failures: Preliminary lessons learnt for resolution*, 10 octobre 2023.

¹¹ CBCB, *Report on the 2023 banking turmoil*, octobre 2023.

¹² BNS, *Rapport sur la stabilité financière 2023*, juin 2023, et FINMA, *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023.

PARTIE I Contexte, nécessité d’agir et mesures recommandées

2 Contexte

2.1 Importance de la place financière suisse et dispositif TBTF

Les banques, les assurances, les infrastructures des marchés financiers, les gestionnaires de fortune et les autres sociétés de services financiers exercent des fonctions fondamentales pour la société et l’économie. Sans un secteur financier qui fonctionne bien, la consommation, le commerce, les investissements, la couverture des risques et la prévoyance vieillesse seraient impensables.

La Suisse dispose d’une place financière diversifiée à vocation internationale. Une place bancaire d’envergure internationale en fait notamment partie. Numéro un mondial de la gestion de fortune internationale, elle fournit également des services financiers à la population suisse, dont les opérations de dépôt et de crédit et le trafic des paiements.

Le secteur bancaire est très important pour l’économie suisse puisqu’il contribue directement, pour près de 5 %, à la création de valeur sur le marché intérieur. En 2022, il employait quelque 108 000 personnes et en 2021, il a rapporté aux pouvoirs publics environ 9 milliards de francs de recettes au titre de l’impôt sur les bénéfices et de l’impôt sur les revenus¹³. De par son imbrication dans le tissu économique du pays, le secteur financier suisse fait aussi profiter d’autres branches de son activité, si bien que son poids économique est bien supérieur aux chiffres-clés qui précèdent.

Dans sa stratégie du 4 décembre 2020¹⁴, le Conseil fédéral a souligné son ambition de voir la place financière suisse continuer à faire partie des centres financiers qui donnent le ton à l’échelle internationale. À ses yeux, la stabilité et la résilience sont des conditions essentielles de l’attrait, de l’innovation, de la pérennité et de l’interconnexion mondiale d’une place financière¹⁵.

En comparaison internationale, le secteur bancaire suisse se distingue par sa taille relativement importante par rapport à l’économie globale du pays et par la position dominante de quelques banques. À la fin de 2022, les actifs de tout le secteur bancaire atteignaient environ 3600 milliards de francs, soit plus de quatre fois et demie le produit intérieur brut (PIB) de la Suisse, et les actifs des cinq banques principales repré-

¹³ Secrétariat d’État aux questions financières internationales, *Place financière suisse – chiffres-clés 2023*, 1^{er} mai 2023.

¹⁴ Conseil fédéral, *Leadership mondial, ancrage en Suisse: politique pour une place financière suisse tournée vers l’avenir*, 4 décembre 2020.

¹⁵ En ce qui concerne la place financière suisse, deux stratégies de mise en œuvre ont été élaborées: 1) rapport du Conseil fédéral du 2 février 2022 «*Finance numérique: champs d’action 2022+*» ainsi que 2) rapport du Conseil fédéral du 16 décembre 2022 «*Finance durable en Suisse – Champs d’action 2022–2025 en vue d’assurer à la place financière une position de leader en matière de développement durable*». En recommandant l’adoption de la motion 23.3881 Andrey «Rendre les flux financiers plus compatibles avec les objectifs fixés par l’Accord de Paris», le Conseil fédéral soutient sur le principe la stratégie visant à aborder la question de la compatibilité climatique des flux financiers, au-delà de la problématique TBTF.

sentait presque 60 % des actifs totaux. À fin de l'année 2023, les actifs de la plus grande banque – à savoir UBS après sa réunion avec Credit Suisse – dépassaient 1400 milliards de francs et représentaient ainsi quasiment 180 % du PIB de la Suisse (voir figure 2).

Une place financière d'envergure constituée de banques d'importance systémique actives au niveau international (G-SIB) donne des avantages considérables à la Suisse¹⁶. Celles-ci fournissent non seulement une contribution directe à la création de valeur, mais renforcent également l'approvisionnement de l'économie réelle en ressources financières. En outre, elles garantissent le raccordement aux systèmes de paiement internationaux et assurent des couvertures de change, des prestations sur le marché des capitaux et le financement des exportations, ainsi que le soutien en matière de création d'entreprises, d'entrée en bourse ou de fusion. Les G-SIB fournissent en outre des services essentiels aux autres banques du pays (par ex. conservation de titres ou traitement international des devises). Ce faisant, elles favorisent l'indépendance de l'économie réelle par rapport aux décisions d'autres juridictions et protègent l'accès des entreprises à ces services.

La taille et la complexité des banques augmentant toutefois les risques en cas de crise, il va de soi que les établissements concernés obéissent à une réglementation plus stricte et à une surveillance accrue. En raison de la taille du secteur bancaire suisse et de son imbrication dans le système financier mondial, des conditions-cadres propres à garantir la stabilité financière sont donc de première importance pour la Suisse.

Ce constat est aussi valable en lien avec la problématique du TBTF. Celle-ci tient dans le fait qu'une crise risque d'interrompre l'exécution des fonctions d'importance systémique et de compromettre la stabilité financière d'une SIB. En pareil cas, un État ne peut laisser une SIB disparaître, à moins d'accepter des coûts économiques considérables. C'est pourquoi les SIB doivent répondre non seulement aux exigences applicables à l'ensemble des banques, mais également à des exigences réglementaires supplémentaires, à savoir le dispositif TBTF.

2.2 Le dispositif TBTF en bref

Toutes les banques actives en Suisse sont soumises à une réglementation complète et assujetties à la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). La réglementation et la surveillance des marchés financiers en général et des banques en particulier ont pour but de protéger les créanciers et les investisseurs et de garantir le bon fonctionnement des marchés financiers (voir art. 4 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA]¹⁷).

En outre, les SIB exerçant sur le territoire suisse sont soumises à une réglementation spéciale, à savoir le dispositif TBTF, définie à l'art. 7, al. 2, LB. Ce dispositif poursuit les trois objectifs suivants:

¹⁶ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023.

¹⁷ RS 956.1

- (1) réduire les risques pour la stabilité du système financier suisse;
- (2) assurer le maintien des fonctions économiques importantes;
- (3) éviter le recours à une aide de l'État.

Pour atteindre ces objectifs, le Conseil fédéral et le Parlement ont édicté des dispositions particulières pour les SIB après la crise financière de 2007–2008, reprenant ainsi les recommandations formulées le 30 septembre 2010 par la commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale¹⁸. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2012¹⁹, puis ont fait l'objet de développements. Leur introduction, leur examen régulier et leur développement ont été effectués sur la base des normes internationales reconnues.

Selon les prescriptions légales, la première chose à faire est d'identifier les SIB. L'importance systémique est appréciée en fonction de la taille et de l'imbrication de la banque dans le système financier et dans l'économie, ainsi que du caractère substituable à court terme des prestations de services de l'établissement. Les fonctions d'importance systémique comprennent notamment les opérations de dépôt, de crédit et de paiement (art. 8 LB) exécutées sur le marché intérieur. Il appartient à la BNS de désigner les SIB. À la fin de 2023, UBS était considérée comme une G-SIB²⁰ et le groupe Raiffeisen, Postfinance et la banque cantonale de Zurich (Zürcher Kantonalbank [ZKB]), comme des SIB non actives au niveau international²¹.

Les SIB doivent satisfaire à des exigences accrues en matière de fonds propres et de liquidités et sont tenues de préparer des plans de stabilisation et de liquidation (voir à cet égard les notions importantes définies dans l'encadré 1. La stabilisation (*recovery*) comprend les mesures que la banque a adoptées pour sortir d'une crise au plus vite et par ses propres moyens. La liquidation (*resolution*) englobe une stratégie primaire, qui consiste en l'assainissement ou, en d'autres termes, en la restructuration ordonnée par la FINMA en vue de la poursuite au moins partielle de l'activité, et une solution de rechange en cas d'échec de l'assainissement, soit la liquidation par voie de faillite.

Le dispositif TBTF comprend concrètement les exigences suivantes:

¹⁸ Commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, rapport final, 30 septembre 2010.

¹⁹ RO 2012 811

²⁰ Conformément à l'art. 124a de l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres (OFR; RS 952.03), sont considérées comme des SIB actives au niveau international les banques désignées comme G-SIB par le Conseil de stabilité financière (CSF). En cas de retrait de la liste du CSF, la FINMA peut tout de même continuer de considérer une SIB comme une SIB active au niveau international. En 2011, le CSF et le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB) ont inscrit Credit Suisse et UBS sur la liste des établissements financiers d'importance systémique mondiale. En juin 2023, Credit Suisse a été biffé de la liste du CSF et du CBCB comme de la liste suisse des SIB, après son acquisition formelle par UBS. Voir CSF, 2023 *List of Global Systemically Important Banks (G-SIBs)*, 27 novembre 2023.

²¹ La définition des SIB repose sur l'importance que ces établissements revêtent pour l'économie nationale. Cette définition ne recouvre pas les banques cantonales, à l'exception de la ZKB. Or compte tenu de l'importance régionale de ces établissements, tout indique que leurs difficultés et en particulier leur défaillance nuiraient à leur canton d'appartenance (voir aussi chapitre 6).

- **Fonds propres:** les SIB doivent disposer de davantage de fonds propres que les autres banques afin de pouvoir mieux absorber les pertes éventuelles dans le cadre de l'activité courante (fonds *going concern*). Elles satisfont en général à cette obligation en constituant des fonds propres de base durs (*common equity tier 1* [CET1]). Elles peuvent également y répondre en partie au moyen de fonds propres de base supplémentaires (additional tier 1 [AT1]). Par ailleurs, les SIB doivent détenir des fonds pour absorber les pertes en cas de liquidation (fonds *gone concern*).

Ces exigences accrues en matière de fonds *going concern* et de fonds *gone concern* s'appliquent aussi au pourcentage (part RWA) des positions actives pondérées en fonction des risques (*risk weighted assets* [RWA]) et au ratio d'endettement maximal non pondéré (*leverage ratio* [LR]). Les exigences concernant tant les RWA que le LR comprennent en outre des suppléments progressifs, liés à la taille et à la part de marché d'une SIB.

- **Liquidités:** les SIB doivent détenir des liquidités supplémentaires par rapport aux autres banques pour absorber les chocs de liquidité et couvrir les besoins de liquidités en vue d'un assainissement ou d'une liquidation par voie de faillite. En complément de leurs fonds propres, elles peuvent recourir en cas de crise à l'aide extraordinaire sous forme de liquidités (*emergency liquidity assistance* [ELA]) que la BNS leur fournit en qualité de prêteuse ultime (*lender of last resort* [LoLR]). Sur la base d'une initiative lancée en 2019 par la BNS, les liquidités prévues dans le cadre de l'ELA, qui étaient jusqu'à ce jour réservées aux SIB, peuvent être octroyées à toutes les banques qui en ont besoin, à condition qu'elles aient préparé à cet effet les sûretés hypothécaires nécessaires²². Le Conseil fédéral a en outre proposé de créer un instrument supplémentaire, à savoir le mécanisme public de garantie des liquidités (*public liquidity backstop* [PLB]) qui, en cas de liquidation d'une SIB, sera disponible à certaines conditions, comme source potentielle de liquidités complétant l'ELA.
- **Planification de la stabilisation:** les SIB doivent exposer dans un plan de stabilisation les mesures qui leur permettront de se stabiliser durablement en cas de crise et de poursuivre leur activité sans intervention de l'État. La FINMA évalue et approuve le plan de stabilisation.
- **Planification de la liquidation (assainissement ou liquidation par voie de faillite et déclenchement du plan d'urgence):** la FINMA indique pour chaque SIB, dans un plan de liquidation, comment mener à bien l'assainissement ou la liquidation par voie de faillite qu'elle est susceptible d'ordonner. À cet effet, les SIB lui fournissent chaque année les informations nécessaires. En cas d'assainissement, l'accent est mis sur la poursuite au moins partielle de l'activité de la banque. La FINMA est habilitée en pareil cas à convertir certaines créances en capital-actions de la banque (*bail-in*).

²² Voir par exemple l'exposé de Martin SCHLEGEL, *Le rôle de prêteur ultime de la Banque nationale suisse: un pilier de la stabilité financière*, 9 novembre 2023.

Au cas où il n'existerait manifestement aucune perspective d'assainissement ou si ce dernier a échoué en tant que stratégie primaire de la procédure de liquidation, la FINMA ouvre une liquidation par voie de faillite afin de désintéresser tous les créanciers de manière égale, dans l'ordre de leur rang. La planification d'urgence entre également en ligne de compte en pareil cas. Il s'ensuit que dans le cadre de la planification d'une liquidation, les SIB doivent prouver au moyen d'un plan d'urgence qu'elles peuvent, en cas de crise, continuer à exercer sans interruption leurs fonctions d'importance systémique.

Encadré 1 Notions importantes

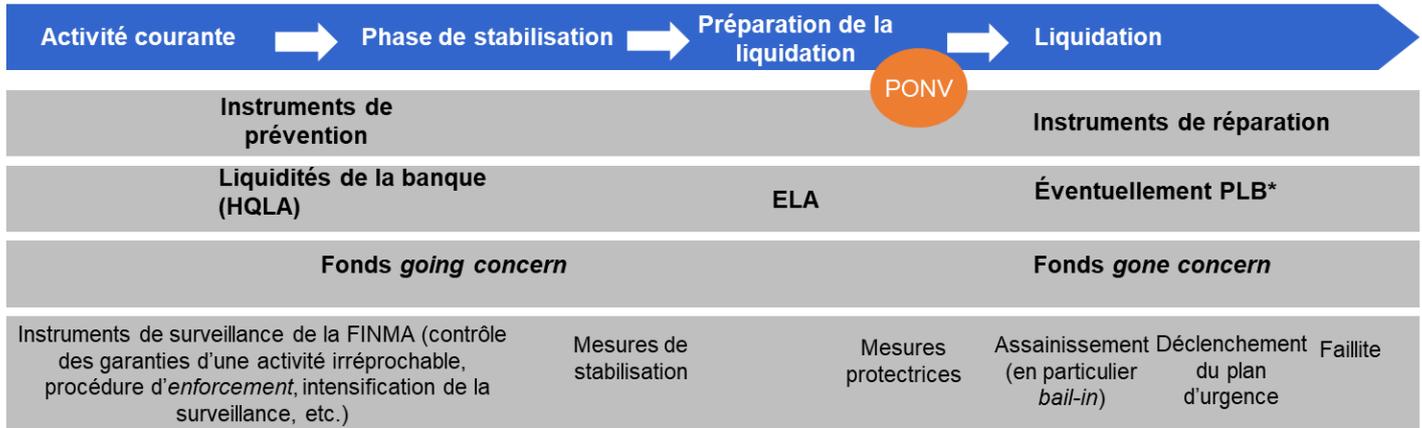
- **Stabilisation (*recovery*):** mesures qu'une SIB prend pour sortir d'une crise aussi vite que possible et par ses propres moyens. Chaque SIB établit un **plan de stabilisation**, qui doit être approuvé par la FINMA;
- **Liquidation (*resolution*):** procédure incluant deux volets, à savoir l'assainissement de la SIB (voir ci-dessous) et, en cas d'échec de l'assainissement, la liquidation par voie de faillite et la mise en œuvre du plan d'urgence (voir ci-dessous). Pour chaque SIB, la FINMA établit un **plan de liquidation** dans lequel elle précise comment exécuter l'assainissement ou la liquidation par voie de faillite qu'elle a ordonnés;
- **Assainissement:** volet primaire de la procédure de liquidation. L'assainissement consiste en la restructuration de la SIB, que la FINMA ordonne pour garantir la poursuite au moins partielle de l'activité de la banque;
- **Plan d'urgence:** partie intégrante du plan de liquidation qu'une SIB doit établir pour la partie de l'activité qu'elle exerce en Suisse. Dans le plan d'urgence, une SIB montre comment elle peut, en cas de crise, exercer sans interruption les fonctions qui ont une importance systémique en Suisse (par ex. accès aux dépôts et au trafic des paiements).

La figure 1 présente les instruments propres à chaque phase d'une crise, depuis l'activité courante jusqu'à la liquidation d'une SIB. Si une crise éclate, ces instruments ne doivent pas nécessairement être mis en œuvre durant la phase représentée. Une liquidation par voie de faillite pourra par exemple avoir lieu sans assainissement préalable.

Les instruments de prévention produisent leurs effets dans le cadre de l'activité courante. Outre la dotation exigée en fonds propres et en liquidités, ils comprennent les instruments de la FINMA, comme l'examen des garanties d'une activité irréprochable, la surveillance accrue des risques identifiés dans une banque ou, le cas échéant, des procédures d'*enforcement* contre la banque ou ses organes. La phase dite de stabilisation correspond à la période située entre l'activité courante et les interventions de la FINMA pendant la phase de liquidation.

Figure 1

Instruments attribués à titre indicatif aux diverses phases d'une crise



* Le 6 septembre 2023, le Conseil fédéral a adopté le message concernant l'instauration d'un PLB pour les SIB

Source : SFI

2.3 Effets du dispositif TBTF dans le cas de Credit Suisse

Introduit en 2012 et développé progressivement depuis, le dispositif TBTF a notamment renforcé la résilience des SIB. Cette capacité de résistance accrue s'est avérée dans les situations économiques compliquées, notamment durant la pandémie de COVID-19 ou face aux difficultés que Credit Suisse a rencontrées à l'automne 2022.

En mars 2023, Credit Suisse subissait une telle crise de confiance qu'il aurait connu une faillite désordonnée le 20 mars, sans les mesures mises en place par des intervenants extérieurs (pour une description plus détaillée, voir le ch. 5). Les 16 et 19 mars 2023, le Conseil fédéral a adopté un train de mesures empêchant cette faillite et rendant possible l'acquisition de Credit Suisse par UBS, et donc une stabilisation rapide des marchés financiers.

Ce train de mesures comprenait notamment deux garanties de la Confédération: la première, de 100 milliards de francs au plus, a été mise à la disposition de la BNS pour la couverture des prêts sous forme de liquidités octroyés à Credit Suisse. La seconde garantie, plafonnée à 9 milliards de francs, devait permettre d'absorber les pertes liées à un portefeuille déterminé d'actifs à liquider, qu'UBS avait repris de Credit Suisse, dès lors que ces pertes excédaient le montant de 5 milliards de francs à la charge d'UBS. La BNS a soutenu cette acquisition en allouant une importante aide sous forme de liquidités d'un montant maximal de 168 milliards de francs. Cette aide a été octroyée en francs, en dollars et en euros.

L'acquisition de Credit Suisse par UBS et les mesures d'accompagnement prises par l'État ont permis ensemble de stabiliser le système financier de manière rapide et durable. Le train de mesures qui a été mis en œuvre a donc eu l'effet escompté, comme cela a aussi été souligné sur la scène internationale. Toutefois, le dispositif TBTF a fait l'objet de critiques tant en Suisse que dans le reste du monde puisque la solution retenue dans le cas de Credit Suisse n'est pas celle qui est prévue par ce dispositif, à savoir l'exécution de la stratégie de liquidation définie au préalable.

Certains ont conclu à l'inefficacité de la réglementation TBTF en temps de crise. S'il ne s'étonne pas de cette critique compte tenu du contexte, le Conseil fédéral la juge toutefois par trop réductrice pour les raisons suivantes:

- Pour maîtriser une crise, il faut toujours prendre la mesure la mieux adaptée aux circonstances, indépendamment du temps de préparation et du coût des différentes solutions, sachant qu'il peut en définitive être nécessaire de déroger aux solutions préparées. Dans chaque crise, il est extrêmement précieux de pouvoir choisir entre plusieurs solutions et estimer les perspectives de réussite et les conséquences de chaque solution par rapport à une autre. C'est ce qui s'est passé dans le cas de Credit Suisse.
- Ne se limitant pas à la planification de la liquidation, le dispositif TBTF décrit ci-dessus a contribué dans une large mesure à la mise en place de la solution retenue. Ses effets sont présentés plus en détail ci-après.
- Enfin, la réglementation TBTF a eu un effet indirect important en ce sens que les exigences en matière de fonds propres qu'il contient ont contribué à réduire la taille des deux G-SIB suisses depuis la crise financière de 2007–2008

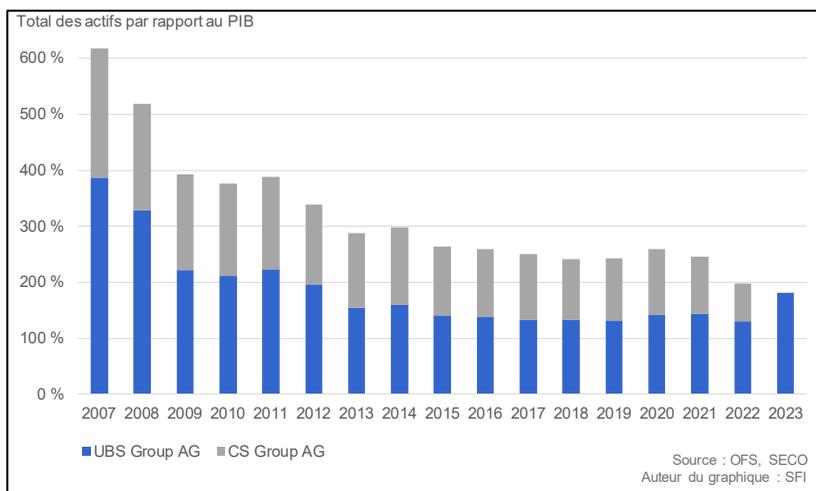
(voir figure 2). La part que le total de leur bilan représente en comparaison avec le PIB de la Suisse a nettement diminué depuis. Ce constat vaut aussi pour la nouvelle UBS, même si cet établissement s'est de nouveau considérablement agrandi depuis l'acquisition de Credit Suisse. Dans le cas de Credit Suisse, la réduction de la taille du bilan a au moins contribué à maîtriser la crise, même si la somme du bilan n'est pas le seul critère ni l'élément déterminant en période de crise.

En lien avec la crise qui a emporté Credit Suisse, l'effet du dispositif TBTF peut être analysé comme suit:

- **Fonds propres:** les exigences en matière de fonds propres ont renforcé la résilience des SIB. Ce constat est aussi vrai pour Credit Suisse, qui aurait été incapable de maîtriser autant de revers sans les fonds propres supplémentaires qu'il devait détenir en vertu de la réglementation TBTF. Comme nous l'avons déjà mentionné, la progressivité des exigences en matière de fonds propres a en outre contribué à ce que Credit Suisse réduise nettement le total de son bilan.

Figure 2

Évolution de la taille des G-SIB suisses par rapport au PIB



Faisant partie du dispositif TBTF introduit tant au niveau international qu'en Suisse, l'amortissement des emprunts AT1 est un autre instrument que Credit Suisse a utilisé pendant la crise. Il était absolument nécessaire pour stabiliser Credit Suisse et garantir le succès de la solution retenue. En outre, étant donné que l'État est venu en aide à l'établissement, les créanciers privés ont dû participer à la maîtrise de la crise, comme le prévoient les dispositions contractuelles relatives aux emprunts AT1 conformément à la réglementation correspondante du CBCB et de la Suisse.

Si l'acquisition de Credit Suisse par UBS n'avait pas pu être réalisée ou si les autorités avaient jugé un assainissement plus opportun, des fonds de quelque 55 milliards de francs auraient par ailleurs été disponibles grâce aux exigences *gone concern*.

Pour le reste, les exigences en matière de fonds propres prévues dans le dispositif TBTF en vigueur sont telles qu'UBS, après l'acquisition de Credit Suisse, devra continuer à répondre à des exigences croissant en fonction de la taille de son bilan.

L'analyse révèle aussi des faiblesses. Ainsi, les exigences en matière de fonds propres n'ont, par principe, pas de caractère prospectif. La dotation en fonds propres de la banque mère²³ (Credit Suisse AG) a aussi montré ses limites puisqu'elle a considérablement restreint la marge de manœuvre de l'établissement.

Une fois amortis dans le cadre de l'aide de l'État, les instruments AT1 ont certes rempli le rôle qui leur a été assigné par les dispositions contractuelles, le droit suisse et les normes internationales. On peut toutefois se demander pourquoi ces instruments n'ont pas été en mesure d'absorber les pertes plus tôt, à savoir dans le cadre de l'activité courante (voir ch. 7.5.7).

- **Liquidités:** dans le domaine des liquidités, la capacité de résistance des SIB s'est nettement améliorée, en particulier sous l'effet des mesures supplémentaires prises par la FINMA. C'est ce qui a par exemple permis à Credit Suisse de faire face au retrait sans précédent, au quatrième trimestre 2022, de 138 milliards de francs de dépôts de clients²⁴.

L'analyse livre des enseignements importants sur les liquidités. D'une ampleur et d'une rapidité jamais éprouvées jusque-là, les sorties de liquidités causées par l'effondrement de la confiance envers Credit Suisse se sont encore accélérées en mars 2023, allant jusqu'à menacer la grande banque d'une insolvabilité immédiate.

L'ELA accordée par la BNS s'est aussi révélée largement insuffisante pour résoudre la crise. Aussi a-t-il fallu recourir au droit de nécessité pour octroyer à Credit Suisse une nouvelle aide publique sous forme de liquidités. Cette situation a démontré la nécessité et l'opportunité d'un PLB, que le Conseil fédéral avait proposé de mettre en place avant même le début de la crise. Nous renvoyons à ce sujet à l'analyse des chapitres 8 à 10.

- **Planification et mise en œuvre de la stabilisation:** en application du dispositif TBTF, Credit Suisse avait élaboré un plan de stabilisation. Celui-ci contenait les mesures que Credit Suisse devait exécuter pour se redresser de lui-même en cas de crise.

L'analyse révèle toutefois un potentiel d'amélioration au niveau de la planification et de la mise en œuvre de la stabilisation. L'application et l'effet de cet élément du dispositif TBTF en temps de crise doivent être réexaminés, au

²³ En ce qui concerne la notion de banque mère, voir l'encadré 3.

²⁴ Credit Suisse Group AG, *Annual Report 2022*, pp. 67 et 276.

moins dans le cas concret de Credit Suisse. Les mesures de stabilisation exécutées par la banque étaient loin d'être suffisantes pour plusieurs raisons.

Leur exécution a notamment manqué de préparation. En outre, chaque mesure mise en œuvre n'a pas eu l'effet escompté sur l'état des liquidités et des fonds propres. Ensuite, il a manqué à la direction de Credit Suisse la volonté d'appliquer l'ensemble des mesures inscrites dans le plan de stabilisation et à la FINMA, le pouvoir d'ordonner à la direction de déclencher ce plan dans son ensemble. Enfin, les organes de conduite supérieurs ne connaissaient pas la situation réelle de la banque ou n'avaient pas la volonté d'agir sur la base des éléments portés à leur connaissance. Il apparaît donc dans cette phase de la crise que la poursuite de l'activité de la banque ou les mesures à prendre ont fait l'objet d'intérêts ou d'avis divergents, suivant qu'elles étaient considérées du point de vue de la direction, des créanciers ou des autorités. Nous renvoyons à ce sujet à l'analyse du chapitre 12.

- **Planification de la liquidation (assainissement ou liquidation par voie de faillite et mise en œuvre du plan d'urgence):** en cas de crise, le dispositif TBTF prévoit avant tout l'assainissement de la SIB concernée. Dans le cas concret de Credit Suisse, l'assainissement faisait partie des solutions étudiées le week-end du 18 et 19 mars 2023. S'il avait été retenu, il aurait consisté en une restructuration fondée sur le plan d'assainissement de la FINMA et en une réorientation du modèle d'affaires. Le déclenchement du plan d'urgence pour la filiale suisse et la mise en faillite du groupe Credit Suisse ont aussi été examinés par principe, comme solution de rechange en cas d'échec de l'assainissement.

Dans la situation qui avait cours à la mi-mars, les autorités concernées ont estimé qu'une procédure d'assainissement présentait des inconvénients et des risques considérables par rapport à la solution finalement retenue. La perte de confiance envers Credit Suisse était telle qu'une nouvelle augmentation de capital associée à une nouvelle annonce concernant la réorientation du modèle d'affaires n'aurait vraisemblablement pas suffi à rétablir la confiance nécessaire.

Bien que Credit Suisse n'ait pas fait l'objet d'une liquidation, la crise a livré des enseignements importants dans ce domaine. Elle a notamment montré que les perspectives de succès d'une stratégie de liquidation préparée varient d'une crise à l'autre. En outre, la liquidation comporte des incertitudes et des risques considérables (ch. 5.4 et 13).

3 Nécessité d’agir

3.1 Appréciation des questions de fond liées au dispositif TBTF

3.1.1 Principes

Dans sa stratégie du 4 décembre 2020²⁵, le Conseil fédéral a souligné son ambition de voir la place financière suisse continuer à faire partie des centres financiers qui donnent le ton à l’échelle internationale. À ses yeux, cette stratégie n’a rien perdu de son actualité. En publiant le présent rapport, le Conseil fédéral réaffirme en particulier l’objectif qu’il a défini dans sa stratégie en matière de place financière, à savoir que la Suisse soit un lieu d’implantation attrayant pour les établissements financiers actifs au niveau mondial (voir ch. 2.1). Aussi le présent rapport se concentre-t-il sur le cadre réglementaire optimal et les instruments de surveillance les mieux à même de renforcer la stabilité et la résilience, deux qualités essentielles d’une place financière innovante, durable et interconnectée sur le plan mondial.

À cet effet, le Conseil fédéral entend poursuivre le renforcement et le développement du dispositif TBTF sur la base des analyses réalisées dans le présent rapport, afin d’accroître en particulier la responsabilité individuelle (non seulement des banques et de leurs organes, mais aussi des clients) et d’éviter un recours trop important à l’État et notamment à ses aides.

La place financière doit s’appuyer en premier lieu sur la responsabilité des établissements financiers, de leurs organes, des investisseurs et des clients. Toutefois, plus les répercussions de la défaillance d’un établissement financier sur la stabilité financière, l’économie et les contribuables sont graves, plus le rôle de la réglementation et de la surveillance, généralement subsidiaire, devient pertinent.

Il est recommandé de renforcer et de développer le dispositif TBTF de manière proportionnée et effective (voir ch. 4.1). De plus, le nouveau dispositif TBTF devra rester aussi axé que possible sur la mise en pratique et favoriser les comparaisons avec la réglementation internationale.

À noter enfin que le renforcement des exigences réglementaires ne permet pas de prévenir l’ensemble des crises. Les situations de crise sont imprévisibles, et il est impossible d’en connaître à l’avance les moindres détails. Ainsi, même un nouveau renforcement du dispositif TBTF ne saurait prévenir toute éventualité.

La Suisse promeut une réglementation libérale se limitant à définir des principes et la complète par la possibilité de recourir au droit de nécessité pour résoudre les cas d’espèce qui n’ont pas pu être prévus. Ces modalités permettent d’agir en période de crise et de trouver la solution la mieux à même de répondre à chaque cas de figure.

La maîtrise d’une crise passe par l’introduction des dispositions nécessaires dans le droit ordinaire (législation solide en cas de crise). En parallèle, il sera indispensable à l’avenir que le pouvoir exécutif ait des instruments lui donnant la marge de manœuvre nécessaire pour réagir à une crise. C’est pourquoi la possibilité constitutionnelle de

²⁵ Conseil fédéral, *Leadership mondial, ancrage en Suisse: politique pour une place financière suisse tournée vers l’avenir*, 4 décembre 2020.

recourir au droit de nécessité lorsque l'intérêt du pays l'exige ne peut pas être et ne sera pas exclue de manière catégorique, même s'il faut s'en passer par principe dans toute la mesure du possible.

3.1.2 Objectifs du dispositif TBTF

De l'avis du Conseil fédéral, les objectifs actuels du dispositif TBTF (voir ch. 2.2) – à savoir réduire les risques pour la stabilité du système financier suisse, assurer le maintien des fonctions importantes pour l'économie nationale et éviter le recours à une aide de l'État – demeurent importants et appropriés.

La crise qui a emporté Credit Suisse a toutefois mis en évidence des contradictions entre ces objectifs. En cas de crise, la préservation de la stabilité financière, le maintien des fonctions importantes pour l'économie nationale ou encore l'évitement de coûts très élevés pour les contribuables peuvent notamment s'opposer à la nécessité d'éviter le recours à une aide de l'État. Dans la crise qui a touché Credit Suisse, des concessions ont été faites sur l'atteinte du troisième objectif pour garantir celle des deux premiers. Ces concessions se justifient lors d'une crise par le fait que les aides publiques sous forme de garanties contre les risques peuvent se révéler essentielles pour éviter de sérieux dommages à l'économie nationale en ce sens qu'elles stabilisent l'établissement concerné et instaurent un climat de confiance.

Malgré tout, le troisième objectif – éviter le recours à une aide de l'État – doit être maintenu dès lors qu'il consacre un principe réglementaire important. Au même titre que les risques pouvant être encourus par les contribuables, il convient de réduire autant que possible les incitations à prendre des risques excessifs sur la base de garanties explicites ou implicites.

Dans l'ensemble, le présent rapport confirme l'opportunité des objectifs de l'actuel dispositif TBTF.

3.1.3 Importance systémique

La base sur laquelle repose la réglementation TBTF constitue une définition adéquate de l'importance systémique et fournit les critères nécessaires à la désignation des SIB. La crise qui a secoué le secteur bancaire américain en 2023 a montré que la défaillance de banques sans importance systémique peut aussi remettre en cause la stabilité d'un marché financier. Ce constat pose la question de savoir si la définition actuelle de l'importance systémique et les critères servant à la désignation des SIB sont encore appropriés. Dans l'analyse qu'il livre au chapitre 6, le Conseil fédéral conclut qu'aucune modification ne s'impose à cet égard.

3.1.4 Bilan

Se fondant sur les analyses approfondies du présent rapport, le Conseil fédéral fait le constat suivant sur les questions de fond liées au dispositif TBTF:

- La stratégie actuelle du Conseil fédéral en matière de place financière reste pertinente (voir ch. 2.1 et 3.1.1);
- Les objectifs du dispositif TBTF sont confirmés et seront maintenus sans modification (voir ch. 2.2 et 3.1.2);
- De même, la définition de l'importance systémique et les critères de désignation des SIB énoncés aux art. 7 et 8 LB sont confirmés et seront maintenus tels quels (voir ch. 3.1.3 et ch. 6).

Ce constat est essentiel pour la définition de la future réglementation TBTF.

3.2 Axes prioritaires et champs d'action

Sur la base de l'analyse complète et des enseignements tirés de la crise qui a emporté Credit Suisse, le Conseil fédéral juge indispensable d'agir sur les trois axes prioritaires suivants pour développer le dispositif TBTF:

Premièrement, le *dispositif de prévention* a besoin d'être renforcé pour réduire encore la probabilité d'une crise bancaire. Il faut ainsi augmenter les exigences à l'égard des SIB lorsque c'est pertinent, et améliorer la surveillance et l'*enforcement* dont ces établissements font l'objet.

Deuxièmement, le *dispositif de liquidité* doit encore être renforcé en temps de crise. Le cas de Credit Suisse a rappelé l'extrême importance de l'approvisionnement en liquidités en cas de crise. Elles ont entraîné des sorties de liquidités d'une ampleur et d'une vitesse sans précédent, dont il faudra dûment tenir compte dans le dispositif TBTF.

Troisièmement, il convient d'élargir le *dispositif de lutte contre les crises*. Une nouvelle crise ne peut être exclue. Or si UBS se trouvait à son tour en difficulté, il ne serait vraisemblablement pas possible de lui appliquer la solution d'acquisition retenue dans le cas de Credit Suisse. En outre, la liquidation prévue dans le dispositif TBTF n'ayant pas été réalisée dans le cas de Credit Suisse, des doutes ont été émis sur le bon fonctionnement des plans d'urgence, et il s'agira de les dissiper.

Les chapitres qui suivent reviennent plus en détail sur les trois axes mentionnés ci-dessus et décrivent les six champs d'action identifiés par le Conseil fédéral.

Bien que le présent rapport se concentre sur les SIB et le dispositif TBTF, le champ d'application de chaque mesure est analysé, justifié et déterminé séparément.

3.2.1 Renforcement du dispositif de prévention

La crise qui a emporté Credit Suisse a été causée par les incidents et les irrégularités que la banque a répétés pendant des années malgré l'intensification de la surveillance

et des procédures d'*enforcement* de la FINMA et qui ont finalement empêché la banque d'éviter la faillite par ses propres moyens en mars 2023.

Les exigences en matière de fonds propres et de liquidités permettent certes d'augmenter la résilience et la stabilité d'une SIB, mais elles ne suffisent pas à prévenir une crise. Les SIB doivent non seulement satisfaire à ces exigences réglementaires ainsi qu'à d'autres, mais il leur incombe aussi de se fixer un cap à long terme (par ex. stratégie, gouvernance et culture d'entreprise). Cette responsabilisation individuelle passe par des objectifs clairs en matière de gouvernance d'entreprise et par la surveillance de leur mise en œuvre par la direction de l'entreprise.

Le premier axe prioritaire consiste à réduire la probabilité qu'une SIB se retrouve dans une situation critique en raison d'une mauvaise gestion. Le Conseil fédéral a identifié ici *trois champs d'action* pour renforcer la prévention:

- **Champ d'action 1 «Gouvernance d'entreprise et surveillance»:** premièrement, il s'agit de promouvoir la gouvernance d'entreprise des SIB en particulier et de renforcer la surveillance de la FINMA. Il convient d'une part d'exiger la mise en place d'une gestion des risques appropriée et responsable. D'autre part, il faut clarifier les tâches et les compétences de la FINMA afin que celle-ci puisse intervenir efficacement dans le domaine de la gouvernance. Des mesures de ce genre auraient pu être utiles même dans le cas de Credit Suisse, car elles visent le développement des banques à long terme.
- **Champ d'action 2 «Exigences en matière de fonds propres»:** deuxièmement, les exigences en matière de fonds propres et, partant, la base de fonds propres des SIB doivent être renforcées sur le plan quantitatif et qualitatif au moyen de modifications ciblées. Il s'agit en particulier de combler les lacunes mises en évidence lors de la crise qui a emporté Credit Suisse. À cet effet, les exigences en matière de fonds propres doivent être appliquées avec davantage de rigueur et renforcées de manière ciblée, notamment pour les SIB. Des éléments prospectifs doivent être introduits dans les suppléments de fonds propres du pilier 2 spécifiques à chaque établissement. Ces exigences resteront toutefois définies sur la base de la réglementation et de la pratique internationales, dans un souci d'équilibre entre stabilité et compétitivité. Enfin, il faut tenir compte de la situation particulière de la Suisse, qui a sur son territoire une G-SIB de très grande envergure par rapport à son PIB.
- **Champ d'action 3 «Intervention précoce et stabilisation»:** troisièmement, il faut renforcer les possibilités et les tâches de la FINMA en matière d'intervention précoce, ainsi que l'applicabilité des mesures de cette autorité, et étendre les mesures de stabilisation que les SIB peuvent être tenues de prendre. Une banque en difficulté devra être stabilisée dans le cadre du *going concern*, au moyen de mesures prises à temps qui lui permettent de répondre aux exigences. Au besoin, la FINMA pourra intervenir tôt et ordonner les mesures qui s'imposent.

La réglementation visant à renforcer la surveillance et l'intervention précoce de la FINMA sera aussi modifiée sur la base des éventuelles remarques de la CEP sur l'épuisement des moyens légaux en vigueur.

3.2.2 Renforcement du dispositif de liquidité

Le deuxième axe prioritaire concerne la manière de réagir à l'ampleur et à la rapidité des possibles sorties de liquidités en cas de crise. Les banques sont vulnérables aux crises de liquidité en raison de leur fonction de transformation des échéances, qui consiste à accepter des dépôts à court terme et à accorder des crédits à plus long terme.

Les sorties de liquidités que le secteur bancaire américain et Credit Suisse ont vécues à l'automne 2022 et au printemps 2023 ont été sans précédent, tant par leur ampleur que par leur vitesse. Associés aux possibilités de transactions bancaires en ligne, le rythme élevé, la portée et la diffusion par voie numérique d'informations pas toujours vérifiées augmentent l'importance absolue de consolider la confiance à l'égard du système bancaire et de garantir un approvisionnement suffisant en liquidités comme élément essentiel de cette confiance. À l'avenir, le dispositif TBTF devra tenir davantage compte des scénarios dans lesquels des liquidités sortent très rapidement et en très grande quantité. Il en résulte le champ d'action suivant:

- **Champ d'action 4 «Garantie des liquidités en cas de crise»:** il faut garantir encore davantage les liquidités des SIB et de l'ensemble du secteur bancaire en période de crise.

La première ligne de défense consiste à consolider les sources de liquidités propres aux banques. C'est ce que prévoient déjà les exigences particulières en matière de liquidités que le Conseil fédéral a adoptées en juin 2022²⁶ à l'intention des SIB et qui doivent être entièrement remplies d'ici à la fin de 2024. Sur la base des enseignements tirés récemment des énormes sorties de liquidités, il convient en outre de réexaminer et de remanier au niveau international les ratios et exigences de liquidités appliqués à l'échelle mondiale. La deuxième et la troisième ligne de défense représentent les possibilités d'élargir le rôle de prêteur ultime (LoLR) de la BNS en permettant à cet établissement de fournir des liquidités à toutes les banques qui en ont besoin, et la possibilité d'inscrire un PLB dans le droit ordinaire.

La garantie des liquidités est non seulement un instrument indispensable pour surmonter une crise, mais elle a aussi un effet préventif. Plus le marché sait de source sûre que les liquidités nécessaires peuvent être garanties en cas de crise – non seulement et surtout par les sources de liquidités propres aux banques, mais aussi par la banque centrale et au besoin au moyen d'un PLB –, plus la confiance envers la banque augmente. La probabilité de survenance d'une crise (grave) diminue d'autant.

3.2.3 Élargissement du dispositif de lutte contre les crises

Il est impossible d'exclure tout risque d'insolvabilité d'une SIB. Or quand une SIB est défaillante, il est essentiel au bon fonctionnement du marché qu'elle puisse en sortir de manière ordonnée. Le Conseil fédéral en conclut encore que la planification de la liquidation et une bonne organisation des autorités restent essentielles sinon in-

²⁶ RO 2022 359

dispensables à la gestion des crises, et qu'il convient de renforcer ces instruments. Il en résulte le champ d'action suivant:

- **Champ d'action 5 «Planification de la liquidation»:** il faut élargir la palette des instruments et des solutions disponibles pour la planification de la liquidation afin d'améliorer la préparation d'un assainissement ou d'une liquidation par voie de faillite avec maintien des fonctions d'importance systémique définies dans le plan d'urgence.

Afin d'améliorer encore cette planification et, partant, la capacité de liquidation d'une SIB, il convient de réduire au minimum les risques liés à une liquidation, élevés selon les circonstances, en particulier les risques juridiques encourus tant au niveau international que sur le plan suisse. En outre, il faut étendre les solutions de liquidation disponibles et préparer dans ce domaine des stratégies adaptées aux différents scénarios de crise.

Enfin, le champ d'action a été identifié:

- **Champ d'action 6 «Organisation de crise et collaboration des autorités»:** il faut renforcer l'organisation de crise des autorités et la collaboration entre ces dernières.

De l'avis du Conseil fédéral, l'organisation de crise a bien fonctionné dans l'ensemble dans le cas de Credit Suisse, puisqu'elle a débouché sur une solution qui a permis de stabiliser rapidement la situation. Mais dans l'optique d'autres crises et en comparaison internationale, il est judicieux d'examiner si et dans quelle mesure il faut renforcer les rôles et les responsabilités et réglementer plus efficacement et clairement l'ancrage institutionnel, la répartition des tâches et la collaboration entre la FINMA, la BNS et le DFF notamment et les compétences décisionnelles de ces autorités. Les conclusions de la CEP seront prises en compte à cet effet.

4 Train de mesures proposé

4.1 Critères et vue d'ensemble des mesures

Le Conseil fédéral propose le train de mesures ci-après. Les différentes mesures qui le composent ont été sélectionnées sur la base des critères suivants:

- **Efficacité:** les mesures doivent contribuer substantiellement au renforcement de la stabilité financière en étant efficaces non seulement dans une crise semblable à celle qui vient d'emporter Credit Suisse, mais également dans divers autres scénarios. Elles doivent en particulier garantir la stabilité, qui constitue l'une des forces et des qualités de la place financière suisse.
- **Proportionnalité:** les mesures doivent être adaptées et nécessaires afin d'atteindre les objectifs, et doivent en outre présenter un rapport avantageux entre l'effet souhaité sur la stabilité financière et l'ampleur de l'atteinte à la liberté économique des établissements concernés.
- **Focalisation:** les mesures doivent s'attaquer aussi précisément que possible à la question du TBTF et s'appliquer à des établissements autres que les SIB

seulement si leur exécution vise par exemple le maintien de la compétitivité ou le renforcement général de la stabilité du secteur bancaire ou financier. Il convient d'éviter autant que possible les effets collatéraux indésirables. Aucune mesure ne doit s'adresser à un secteur autre que le secteur financier.

- **Intégration dans le contexte international:** les mesures doivent être compatibles avec la réglementation internationale et tenir compte des travaux entrepris à l'échelle mondiale, voire contribuer à les faire progresser.

Les paragraphes qui suivent résument les mesures proposées par le Conseil fédéral, selon une structure correspondant aux six champs d'action identifiés.

Le tableau 1 donne une vue d'ensemble des mesures ayant fait l'objet d'un examen détaillé dans le présent rapport (même si une mise en œuvre n'est pas recommandée pour toutes), et les accompagne notamment des indications suivantes:

- **Proposition de mise en œuvre: oui, examiner, non.** Une partie des mesures examinées font l'objet d'une recommandation d'application immédiate. D'autres paraissent judicieuses mais requièrent un examen plus poussé: il convient par exemple de prendre en compte les éventuelles conclusions de la CEP, ou d'effectuer certains travaux et de les étudier dans le cadre de la coopération internationale. Enfin, d'autres mesures sont déconseillées sur la base des analyses approfondies exposées dans le présent rapport.
- **Proposition concernant le champ d'application: SIB, toutes les banques, tous les établissements financiers.** Même si la plupart des mesures visent en particulier les SIB, certaines mesures concernent l'ensemble du secteur bancaire, voire d'autres établissements financiers, dès lors qu'elles visent à renforcer la stabilité de la place financière dans son ensemble compte tenu des critères mentionnés précédemment et qu'il serait inopportun et difficile à justifier de limiter aux SIB le champ d'application de ces mesures (par ex. compétence en matière d'amendes).
- **Niveau de mise en œuvre: loi, ordonnance, normes internationales.** Les mesures accompagnées de l'indication correspondante demandent une modification de loi. Devant être inscrites dans une ordonnance, d'autres mesures nécessitent un processus moins lourd et peuvent donc être mises en œuvre plus rapidement. Le niveau auquel il est prévu de mettre en œuvre la mesure 12 indique ce que le Conseil fédéral attend de la FINMA et ne constitue donc pas une modification du cadre réglementaire. Dans certains cas, il apparaît plus judicieux que les mesures soient décidées à l'échelle internationale. Les mesures concernées sont présentées dans l'encadré 2.

Pour de plus amples informations sur l'ensemble des mesures examinées, notamment sur d'autres mesures dont la mise en œuvre est déconseillée, nous renvoyons aux chapitres correspondants de la *partie II* du présent rapport.

Tableau 1

Train de mesures

Mesure	Proposition de mise en œuvre	Champ d'application	Niveau de mise en œuvre	Chapitre
1 Préciser les exigences en matière de gouvernance d'entreprise en renforçant les bases légales (par ex. exigences envers le conseil d'administration, responsabilité en matière de culture d'entreprise)	Oui	SIB Examiner pour d'autres banques	Loi	15.2.4
2 Mettre en place un régime garantissant une attribution plus claire des responsabilités (mise en œuvre proportionnée: au moins à l'échelon du conseil d'administration et de la direction, et éventuellement à d'autres échelons)	Oui	SIB Examiner pour d'autres banques	Loi	15.3.4
3 Renforcer les bases légales et les exigences relatives aux systèmes de rémunération (en particulier conception des rémunérations variables, clauses de restitution, délais de blocage)	Oui	SIB Examiner pour d'autres banques	Loi	15.4.4
4 Donner le pouvoir à la FINMA de prononcer des sanctions administratives pécuniaires contre les personnes morales assujetties à sa surveillance	Examiner	Établissements financiers	Loi	16.3.4.1
5 Mettre en place une information étendue au public sur les procédures menées par la FINMA	Oui	Établissements financiers	Loi	16.2.4
6 Aligner l' interdiction d'exercer sur l'interdiction de pratiquer et étendre la confiscation de gains illicites à d'autres personnes physiques	Oui	Établissements financiers	Loi	16.4.1.4 et 16.4.2.4
7 Inscire dans la loi l' assujettissement de l'établissement à l'obligation de garantir une activité irréprochable et renforcer les bases légales relatives aux mutations au sein des organes	Oui	Banques	Loi	16.4.3.4
8 Faciliter le travail de collecte des informations de la FINMA en étendant l' obligation de renseigner et d'annoncer	Oui	Établissements financiers	Loi	16.4.4.4
9 Accroître l' efficacité de la surveillance en accélérant les procédures (par ex. entrée en force immédiate des décisions de la FINMA)	Examiner	SIB	Loi	16.6.4
10 Renforcer la surveillance dualiste au moyen de prescriptions plus strictes sur le recours à des sociétés d'audit (par ex. exigences en matière d'indépendance, nomination directe)	Examiner	Établissements financiers	Loi	16.5.4

Gouvernance d'entreprise et surveillance

	Mesure	Proposition de mise en œuvre	Champ d'application	Niveau de mise en œuvre	Chapitre
Gouvernance d'entreprise et surveillance	11 Supprimer la surveillance dualiste (ne plus recourir à des sociétés d'audit et accroître les ressources de la FINMA)	Examiner	SIB	Loi	16.5.4
	12 Garantir une dotation adéquate de la FINMA en ressources humaines (dans le cadre de la structure de financement actuelle et sur la base des conclusions de la CEP)	Oui	FINMA	Attente du Conseil fédéral envers la FINMA	16.8
	13 Modifier les compétences du conseil d'administration de la FINMA en ce qui concerne les affaires de grande portée , sur la base des conclusions de la CEP	Examiner	FINMA	Loi	16.7.3
Exigences en matière de fonds propres	14 Introduire des éléments prospectifs dans les suppléments de fonds propres du pilier 2 spécifique à chaque établissement (en particulier sur la base de tests de résistance dont il convient d'examiner la forme qui se prête à la publication des résultats)	Oui	SIB	Ordonnance	7.5.2
	15 Modifier les exigences en matière de fonds propres destinés à couvrir les participations étrangères dans un groupe financier et renforcer ainsi la capitalisation des banques mères	Oui	SIB	Ordonnance	7.5.1
	16 Relever les suppléments progressifs (aussi bien LR que part RWA)	Non	SIB	Ordonnance	7.5.4
	17 Procéder à un relèvement généralisé des fonds propres exigés en imposant un LR plus élevé	Non	SIB	Ordonnance	7.5.3, 7.5.5
	18 Renforcer les dispositions réglementaires relatives à l' évaluation prudente et au maintien de la valeur de certaines positions du bilan	Oui	Banques	Ordonnance	7.5.6
	19 Renforcer la fonction de porteur de risque des instruments AT1 dans le cadre du <i>going concern</i> (par ex. définir des critères clairs pour le déclenchement des paiements des coupons)	Oui	Banques	Ordonnance / normes internationales	7.5.7
	20 Supprimer les instruments AT1 ou n'en autoriser que la conversion sur le plan réglementaire et interdire tous les instruments comportant un abandon de créances (<i>write-offs</i>)	Non	Banques	Ordonnance	7.5.7
21 Maintenir l'exonération de l' impôt anticipé pour les instruments de capital TBTF	Oui	SIB	Loi	7.5.8	

	Mesure	Proposition de mise en œuvre	Champ d'application	Niveau de mise en œuvre	Chapitre
Intervention précoce et stabilisation	22 Renforcer les possibilités d' intervention précoce de la FINMA en inscrivant dans la loi les mesures, les possibilités d'application et le moment de l'intervention	Oui	Banques	Loi	12.4.2
	23 Renforcer la planification de la stabilisation au moyen de critères et d'exigences réglementaires plus clairs	Oui	SIB	Ordonnance	12.4.1
Garantie des liquidités en cas de crise	24 Prendre part aux travaux de normalisation menés sur la scène internationale et s'engager dans ce cadre en faveur d'un réexamen des exigences en matière de liquidités (LCR, NSFR) auxquelles toutes les banques doivent satisfaire	Oui	Banques	Normes internationales	8.5.1
	25 Renforcer les exigences relatives aux informations sur l'état des liquidités à fournir à l'autorité de surveillance	Oui	Banques	Ordonnance	8.5.3
	26 Prévoir des restrictions réglementaires aux retraits de dépôts par les clients	Non	Banques	Ordonnance	8.5.1
	27 Simplifier la diversification des sources de financement dans une loi sur les titres de créance couverts (covered bonds) , en tenant compte des incidences sur le rôle de prêteur ultime et le PLB	Examiner	Banques	Loi	8.5.2

	Mesure	Proposition de mise en œuvre	Champ d'application	Niveau de mise en œuvre	Chapitre
Garantie des liquidités en cas de crise	28 Réexaminer et, le cas échéant, modifier le cadre réglementaire dans l'optique d'une nette extension des possibilités d'approvisionnement en liquidités dont dispose le prêteur ultime (LoLR) et définir des exigences en matière de préparation de sûretés par les banques	Oui	Banques	Loi	9.4
	29 Inscrire le PLB pour les SIB dans le droit ordinaire	Oui	SIB	Loi	10.4.1
	30 Étendre et renforcer la protection des déposants (par ex. en relevant les limites de la garantie des dépôts ou en mettant en place une garantie publique subsidiaire)	Non	Banques	Loi	11.4
Planification de la liquidation	31 Élargir les options de liquidation possibles (par ex. «liquidation ordonnée»)	Oui	SIB	Loi	13.4.1
	32 Élaborer un plan de liquidation pour la banque mère	Oui	SIB	Loi	13.4.2
	33 Accroître la sécurité juridique du <i>bail-in</i> , notamment sur le plan international, ou s'engager en faveur de cet accroissement	Oui	SIB	Normes internationales	13.4.4
	34 Créer un fonds de liquidation pour le financement d'une liquidation	Non	SIB	Loi	13.4.6
	35 Réglementer explicitement la nationalisation temporaire en tant qu'instrument de dernier recours	Non	SIB	Loi	13.4.5
	36 Mettre en place des restrictions générales concernant la structure de groupe (par ex. séparation des activités bancaires ou limitations de taille)	Non	Banques	Loi	14.5.3, 14.5.4
Organisation de crise et collaboration des autorités	37 Optimiser les responsabilités, les compétences et la collaboration des autorités en période de crise	Examiner	FINMA, BNS, DFF	Loi	17.4

Encadré 2 Mesures à mettre en œuvre sur le plan international

Se fondant sur les enseignements tirés des difficultés de Credit Suisse et sur les analyses les plus récentes, la Suisse s'engage aussi sur le plan international en faveur du développement des normes en vigueur. Le présent encadré décrit les mesures concernées.

Exigences en matière de fonds propres: obtenir dans le cadre du CBCB 1) que la fonction d'absorption des pertes des instruments AT1 dans le cadre de l'activité courante (*going concern*) soit renforcée, et 2) que la capitalisation des banques mères soit plus transparente.

Exigences en matière de liquidités: obtenir dans le cadre du CBCB que les ratios de liquidité tiennent compte des enseignements tirés de la crise bancaire de 2023. Les normes relatives aux liquidités doivent être modifiées en ce sens qu'elles renforcent la résilience d'une banque devant faire face à une crise (LCR) et la stabilité de la structure de financement (NSFR).

- LCR: définir des taux de sorties plus restrictifs et renforcer la fonction de tampon du LCR;
- NSFR: modifier la pondération du financement stable disponible par rapport aux dépôts de clients, afin de favoriser la prolongation des délais et la stabilité des dépôts.

Liquidation: le succès d'un *bail-in* appliqué à une G-SIB dépend des normes internationales en vigueur et de la structure du système juridique concerné. Il convient donc d'accroître la sécurité juridique du *bail-in* dans le cadre du CSF et de travaux bilatéraux. À cet effet, il s'agit en particulier 1) d'atténuer les problèmes liés aux activités transfrontalières dans le cadre d'un *bail-in*, et 2) de rendre plus transparente la détention de *bail-in bonds*.

La Suisse s'associe sur le principe aux travaux de suivi de la crise de mars 2023 proposés par le CSF et se concentrera en priorité sur ce sujet dans le cadre de ses travaux avec le CSF.

4.2 Mesures par champ d'action

Les mesures sont numérotées dans le tableau 1. La dernière colonne du tableau renvoie au chapitre consacré à l'analyse (partie II du rapport) pour chacune d'entre elle.

4.2.1 Gouvernance d'entreprise et surveillance

4.2.1.1 Contexte et objectifs

Comme les crises bancaires les plus récentes l'ont démontré, les lacunes en matière de gouvernance d'entreprise, en particulier en matière de gestion des risques et de

culture d'entreprise (par ex. propension au risque excessive, absence de culture de la responsabilité), figurent parmi les causes principales des crises bancaires.

Il revient à la direction de l'entreprise de définir et de respecter les règles de gouvernance. La réglementation et la surveillance ne suffisent pas à faire en sorte qu'une entreprise pratique une gestion responsable et durablement exemplaire, et elles ne devraient d'ailleurs pas être la seule raison pour une entreprise d'adopter un tel comportement. Toutefois, plus les répercussions de la défaillance d'un établissement financier sur la stabilité financière, l'économie et les contribuables sont graves, plus le rôle de la réglementation et de la surveillance, généralement subsidiaire, devient pertinent. Le cas de Credit Suisse a notamment montré que la FINMA n'a pas été assez efficace pour empêcher les lacunes en matière de gouvernance. À cela s'ajoute qu'il faut parfois des années jusqu'à ce que les voies de recours contre une décision de la FINMA soient épuisées.

Dans ce contexte, il convient d'accroître les incitations à une bonne gestion d'entreprise, dans les SIB notamment, en répartissant plus clairement les responsabilités et en repensant les exigences relatives aux systèmes de rémunération. Il faut renforcer la surveillance et son efficacité, afin de promouvoir la responsabilité individuelle, de mieux influencer sur la culture du risque des banques et de prévenir ou de sanctionner plus efficacement les comportements fautifs. L'analyse détaillée de ces thèmes figure aux chapitres 15 et 16.

Il faut veiller à la proportionnalité des mesures qui seront mises en œuvre. Les exigences seront ajustées à la taille, à la complexité et au profil de risque des banques.

4.2.1.2 Mesures proposées

Mesure 1: préciser les exigences auxquelles les SIB et, éventuellement, toutes les banques doivent satisfaire en matière de gouvernance d'entreprise.

Les exigences auxquelles les banques devront satisfaire en matière de gouvernance d'entreprise s'inscriront dans un cadre normatif moderne, précisant les activités de surveillance prévues sur ce plan. Ces exigences viseront à garantir les bases d'une conduite et d'un contrôle de l'activité appropriés. Pour les banques, l'accent devra être mis sur la gestion des risques, le contrôle interne et la culture d'entreprise partagée. Le conseil d'administration et la direction jouent un rôle important à cet égard. Il faudra notamment préciser les exigences concernant les connaissances spécialisées du conseil d'administration, le rôle de la présidence de ce conseil et la responsabilité en matière de culture d'entreprise.

Mesure 2: imposer notamment aux SIB de mettre en place un régime de responsabilité des dirigeants (*senior managers regime*) modéré.

Un régime de responsabilité des dirigeants attribue des responsabilités concrètes aux dirigeants de l'échelon hiérarchique le plus élevé. Son instauration permettra à la FINMA d'identifier plus facilement les personnes fautives et de leur demander des comptes.

Mesure 3: renforcer les bases légales régissant les exigences et les interventions dans le domaine des rémunérations des SIB et, éventuellement, de toutes banques.

Afin de prévenir les incitations inopportunes (*moral hazard*), les exigences devront garantir l'orientation des systèmes de rémunération vers la réussite économique durable d'un établissement et l'impossibilité de promouvoir une prise de risque compromettant cette réussite. La FINMA devra avoir le pouvoir de faire respecter les exigences en la matière. L'atteinte de ces objectifs nécessite par exemple de réglementer les délais de blocage applicables aux composantes variables de la rémunération, de lier le versement de rémunérations variables au respect de critères tels que la réussite économique durable et de mettre en place des clauses de restitution efficaces (*claw-backs*) permettant d'exiger le remboursement de composantes de rémunération déjà versées²⁷. Par contre, la limitation ou l'interdiction des rémunérations variables sont jugées inopportunes. L'expérience²⁸ en a montré les inconvénients et les effets indésirables (notamment augmentation des salaires fixes).

Les mesures 1 à 3, et en particulier la mesure 2, qui concerne la mise en place d'un régime de responsabilité des dirigeants, s'appliqueront en priorité aux SIB, étant donné que l'échec de ces entreprises pourra, le cas échéant, avoir des conséquences de grande portée. Lors de la mise en œuvre, il faudra toutefois examiner l'opportunité de les appliquer à des banques d'une autre catégorie ou à toutes les banques et d'en varier, le cas échéant, le niveau d'exigences en fonction de la taille de l'établissement concerné.

Mesure 4: donner le pouvoir à la FINMA de prononcer des sanctions administratives pécuniaires (amendes) contre des personnes morales.

Largement utilisé sur la scène internationale, cet instrument permettra à la FINMA de sanctionner les violations du droit de la surveillance au niveau de l'établissement. La création de cette compétence de sanction risque cependant de compromettre le respect des obligations de coopération que les assujettis ont envers la FINMA et, par conséquent, d'affaiblir l'activité de surveillance de cette autorité. Il faudra donc procéder à des vérifications approfondies avant la mise en œuvre de la mesure.

En revanche, la mise en place d'une mesure habilitant la FINMA à prononcer des amendes contre des personnes physiques est pour l'heure déconseillée, car les examens doivent porter en priorité sur les sanctions administratives pécuniaires à l'encontre des personnes morales. Si la FINMA avait la compétence de prononcer une amende contre des individus, cela risquerait d'entraver les clarifications de la FINMA dans le cadre des procédures d'*enforcement* et nuirait gravement à l'efficacité de la surveillance. Cette mesure serait donc contre-productive. En outre, les amendes susceptibles d'être prononcées par la FINMA contre des individus pourraient ne pas produire d'effet, puisqu'elles conduisent à des rémunérations encore plus élevées ou qu'elles sont financées par des solutions d'assurance et qu'elles perdent ainsi leur effet incitatif. La FINMA dispose déjà d'instruments de sanction très sévères à l'encontre

²⁷ RUIGROK et LIN, p. 36.

²⁸ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 35; RUIGROK et LIN, p. 4.

des individus, dont l'interdiction d'exercer ou de pratiquer, le retrait de l'attestation d'une activité irréprochable ou la confiscation des gains illicites.

Mesures 5 à 8: accroître l'efficacité de la surveillance 1) en inscrivant dans la loi le principe d'une information systématique du public sur les procédures d'enforcement, 2) en modifiant des instruments tels que l'interdiction d'exercer ou la confiscation de gains, 3) en assujettissant légalement les banques à l'obligation de garantir une activité irréprochable et d'obtenir une autorisation pour les mutations au sein d'organes, et 4) en facilitant le travail de la FINMA en lien avec la collecte d'informations auprès des assujettis.

La FINMA ne s'écartera du principe d'informer le public sur les procédures d'enforcement achevées que dans des cas exceptionnels (par ex. pour des raisons de protection de la personnalité ou à cause d'autres procédures en cours). En outre, la loi habilitera la FINMA à informer sur les enquêtes en cours et le lancement de procédures. Cette mesure exercera en particulier une action préventive puisque les établissements financiers et les cadres du plus haut niveau devront s'attendre à ce que toute violation du droit de la surveillance soit publiée. Cette mesure incitera donc à respecter le droit de la surveillance et encouragera la responsabilité individuelle.

L'alignement de l'interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA sur l'interdiction de pratiquer au sens de l'art. 33a LFINMA permettra à la FINMA de prononcer aussi une interdiction d'exercer en cas de violation grave des règlements internes d'un établissement. En outre, les possibilités liées à la confiscation de gains (art. 35 LFINMA) seront étendues à des personnes physiques autres que les personnes exerçant une fonction dirigeante.

S'appliquant aux banques, les obligations légales de garantir une activité irréprochable et d'obtenir une autorisation pour les mutations au sein d'organes s'inspireront de mesures qui existent déjà dans d'autres secteurs et soutiendront l'activité de surveillance de la FINMA.

Enfin, l'obligation de renseigner et d'annoncer visée à l'art. 29 LFINMA sera étendue à d'autres acteurs, afin que la FINMA puisse obtenir des informations de meilleure qualité pour enquêter sur d'éventuelles violations du droit de la surveillance. L'analyse montre aussi qu'il faut remédier au manque de protection des lanceurs d'alerte. Or, lorsqu'il a examiné la motion 23.3844 Noser, le Conseil national a de nouveau refusé de réglementer ce domaine, ce qui indique qu'aucune solution consensuelle n'est encore en vue au Parlement. Par conséquent, il n'est pas recommandé d'introduire une mesure de protection des lanceurs d'alerte dans le seul droit des marchés financiers.

Mesure 9: examiner la possibilité d'accélérer la procédure d'exécution des décisions prudentielles.

Étant donné que l'exécution rapide de certaines décisions de la FINMA, en particulier celles qui concernent les SIB, est déterminante pour garantir la stabilité financière, il est souhaitable de modifier autant que possible le droit de la procédure administrative pour accélérer les procédures correspondantes. L'accélération des procédures constitue un remaniement profond du droit de la procédure administrative. C'est pourquoi une analyse détaillée s'impose à cet égard.

Mesures 10 et 11: examiner des prescriptions plus strictes sur le recours à des sociétés d'audit pour renforcer le système de surveillance dualiste.

Le système de surveillance dualiste des marchés financiers implique le recours à des sociétés d'audit. Il est donc souhaitable de renforcer les mécanismes de contrôle en relevant par exemple les exigences relatives à l'indépendance de ces sociétés. Si la FINMA nommait directement des sociétés d'audit, celles-ci bénéficieraient d'une indépendance accrue. Cependant, cette solution présenterait aussi des inconvénients (possible lancement d'appels d'offres conformes aux règles des marchés publics, travail de sélection incombant à la FINMA), qu'il faut examiner en profondeur avant la mise en œuvre de la mesure.

Le système dualiste utilisé pour la surveillance des SIB sera en outre réexaminé dans son ensemble. Sa suppression pourrait accroître l'efficacité et l'efficience de la FINMA et renforcer la surveillance directe exercée par cette autorité, ce qui serait particulièrement important dans le cas des SIB.

Mesures 12 et 13: doter la FINMA de ressources adéquates et examiner les compétences du conseil d'administration de la FINMA en lien avec les affaires de grande portée.

Il incombe à la FINMA de déterminer les ressources humaines nécessaires à l'exécution de ses tâches et de se les procurer. Le Conseil fédéral juge essentiel que la FINMA se dote du personnel nécessaire d'un point de vue quantitatif et qualitatif, en tenant compte de l'extension recommandée de ses instruments de surveillance et dans le respect des structures de financement en place. Les éventuelles conclusions de la CEP seront par ailleurs prises en compte dès lors qu'elles montrent jusqu'à quel point des mesures s'imposent au niveau de la dotation en ressources.

Selon la LFINMA, le conseil d'administration est chargé de statuer sur les «affaires de grande portée». À cet égard, il s'agira d'analyser les avantages et les inconvénients de l'actuelle répartition des tâches entre le conseil d'administration et la direction dans le but de garantir l'efficacité de la surveillance. Il faudra également tenir compte des éventuelles conclusions de la CEP dans ce domaine.

4.2.2 Exigences en matière de fonds propres

4.2.2.1 Contexte et objectifs

Bien qu'elles aient démontré leur efficacité sur le fond, les exigences en matière de fonds propres prévues dans le dispositif TBTF comportent quelques faiblesses, que les difficultés de Credit Suisse ont fait ressortir. Il convient de citer ici le caractère peu prospectif des exigences, l'assez faible capitalisation des banques mères des groupes financiers internationaux, ainsi que la contribution insuffisante des instruments AT1 à la stabilisation d'une SIB avant l'apparition du risque d'insolvabilité (*point of non-viability* [PONV]). La qualité et la transparence des exigences en matière de fonds propres sont essentielles, de même que l'application cohérente de ces exigences. En outre, l'effet incitatif que les fonds propres requis peuvent avoir sur la croissance du

bilan d'une banque a encore gagné en importance dans le contexte actuel, où il ne reste en Suisse plus qu'une G-SIB.

De l'avis du Conseil fédéral, il est nécessaire de répondre le plus efficacement possible aux critiques susmentionnées, en renforçant les exigences en matière de fonds propres et en veillant à les inscrire autant que possible dans le contexte international. L'analyse détaillée des exigences en matière de fonds propres figure au chapitre 7.

4.2.2.2 Mesures proposées

Mesures 14 à 17: relever de manière ciblée les exigences en matière de fonds propres auxquelles les SIB doivent satisfaire.

En premier lieu, il faut étendre le supplément de fonds propres spécifique pour chaque SIB, que la FINMA fixera sur la base de tests de résistance et de sa surveillance courante, par des éléments prospectifs. À cet effet, elle tiendra compte des éléments comme par ex. la rentabilité et les risques inhérents au modèle d'affaires, d'indicateurs de marché (par ex. capitalisation boursière, notations, primes de CDS) et, le cas échéant, de critères liés à la conduite de l'entreprise (par ex. complexité, gouvernance). Dans ce contexte, il convient d'examiner la meilleure manière de publier les résultats des tests de résistance.

Ensuite, les exigences imposées aux SIB pour les fonds propres de la banque mère seront renforcées de manière ciblée, notamment par un relèvement des fonds propres nécessaires à la couverture des participations étrangères. Lors d'une crise, cette mesure aura pour effet d'accroître la marge de manœuvre. En cas de couverture insuffisante, la cession à perte de participations étrangères fait baisser la dotation en fonds propres et peut empêcher l'application de mesures de stabilisation. Elle peut également entraver l'exécution des mesures de cantonnement (*ring-fencing*) prises par les autorités étrangères, telles que le relèvement des exigences réglementaires ou la mise en place de restrictions de la transférabilité du capital et des liquidités envers les filiales ou les succursales d'une banque suisse à l'étranger. En outre, le relèvement des exigences en matière de fonds propres garantira une couverture en fonds propres solide au cas où une SIB accroîtrait considérablement son activité à l'étranger. Alors que cette mesure s'appliquera à toutes les SIB, elle ne touchera en réalité que les G-SIB qui possèdent des structures complexes et dans lesquelles les participations étrangères affichent un niveau élevé. Elle aboutira donc à une augmentation du ratio de fonds propres non pondérés (*leverage ratio*) pour la banque mère et l'ensemble du groupe financier. Sur le plan international, cette mesure contribuera également à améliorer la transparence concernant la dotation en capital des banques mères.

Il n'est en revanche pas recommandé de relever la composante progressive des exigences en matière de fonds propres applicables aux SIB. Cette composante a déjà une influence considérable à l'heure actuelle. En outre, les mesures décrites ci-dessus visent précisément les G-SIB, qui seront tenues de procéder à une nette augmentation de leurs fonds propres. Par contre, le relèvement de la composante progressive toucherait indifféremment toutes les unités du groupe financier en Suisse.

Il n'est pas non plus recommandé de procéder à un relèvement généralisé du ratio d'endettement maximal (LR), comme cela a été diversement proposé, cette solution ne tenant pas dûment compte des risques encourus par les SIB. Les exigences décrites ci-dessus accroîtront déjà les exigences en matière de fonds propres, mais le feront d'une manière ciblée et extrêmement ajustée aux risques. Il ne serait en outre guère possible de limiter au SIB l'obligation de relever le LR dans une large mesure. Toutes les banques devraient y être soumises pour des raisons d'équité.

Mesures 18 à 20: renforcer de manière ciblée la base de fonds propres des SIB.

Il s'agit notamment de vérifier et de renforcer la réglementation des actifs dont la valeur n'est pas suffisante lors de crises (par ex. coûts informatiques inscrits à l'actif, créances fiscales latentes) et des positions comptabilisées à leur juste valeur qui sont difficiles à évaluer (parce qu'elles sont dépourvues de prix de marché à jour ou de paramètres d'évaluation observables). De même, les exigences actuelles auxquelles les SIB doivent satisfaire en matière de fonds propres devront être appliquées de manière conséquente (par ex. pour les «filtres réglementaires»).

Il faudra par ailleurs renforcer les instruments AT1 en tant que capital porteur de risque dans le cadre de l'activité courante (*going concern*), soit avant que la banque concernée ne présente un risque d'insolvabilité (PONV). La suspension des paiements de coupons et des rachats doit encore être plus clairement réglementée. Un relèvement des seuils de déclenchement (*trigger*) devra aussi être analysé pour que les instruments AT1 puissent être pris en compte au titre de fonds propres. Ce relèvement consoliderait les fonds AT1 dans leur fonction de fonds *going concern*, comme les normes internationales le prévoient. Ces clarifications concernant les instruments AT1 devront aussi avoir lieu au niveau international.

Par contre, il n'est pas recommandé de supprimer les instruments AT1 et de les remplacer par des fonds propres de base durs tant que rien n'est entrepris dans ce sens à l'échelle internationale. De même, la réglementation ne doit pas prévoir que seuls les instruments convertibles sont admis en tant que fonds AT1 et exclure de ceux-ci les instruments comportant un abandon de créances (*write-off bonds*). La suppression ou la modification des instruments AT1 créerait une divergence fondamentale entre les exigences suisses en matière de fonds propres et le cadre réglementaire international, avec tous les inconvénients qui s'ensuivent.

Mesure 21: maintenir l'exonération de l'impôt anticipé pour les instruments de capital TBTF.

L'exonération de l'impôt anticipé accordée pour les instruments de capital TBTF garantit aux banques de pouvoir émettre ces instruments à des conditions concurrentielles en Suisse. Elle sera maintenue (voir ch. 7.5.8.2).

4.2.3 Intervention précoce et stabilisation

4.2.3.1 Contexte et objectifs

Plus une banque s'enfonce dans la crise et plus sa stabilisation devient difficile. Il est par conséquent essentiel de définir des critères clairs et de déterminer les mesures que la banque est tenue de prendre ou les interventions que la FINMA peut envisager. Dans le cas concret de Credit Suisse, il est apparu que le plan de stabilisation préparé par la banque n'était pas assez efficace, et les interventions de la FINMA fondées sur le droit de la surveillance n'ont pas non plus permis de stabiliser la situation.

Afin de réduire la probabilité qu'une SIB présente un risque d'insolvabilité (PONV), il convient donc d'agir tant sur les capacités des banques à se stabiliser elles-mêmes que sur les possibilités d'intervention précoce de la FINMA et la mise en pratique de ces possibilités. L'analyse détaillée de ces thèmes figure au chapitre 12.

4.2.3.2 Mesures proposées

Mesure 22: étendre et réglementer plus clairement dans la loi les possibilités et le devoir d'intervention précoce de la FINMA auprès des banques.

La LB définit les mesures protectrices (par ex. possibilité de donner des instructions aux organes ou de remplacer des organes) que la FINMA peut prendre lorsqu'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée, qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants ou qu'elle ne satisfait plus aux prescriptions en matière de fonds propres. À l'avenir, la FINMA pourra s'appuyer sur des critères clairs pour ordonner l'exécution de ces mesures durant la phase de stabilisation. Les mesures en question sont celles qui font partie des instruments généraux de la FINMA et celles qui sont prévues dans le plan de stabilisation. La réglementation des assurances énonce aussi les mesures protectrices que la FINMA peut prendre en cas de violation des exigences réglementaires ou lorsque les intérêts des assurés ne sont pas garantis (voir par ex. art. 51 de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances [LSA]²⁹).

Les raisons ou le moment d'une intervention précoce seront définis le plus clairement possible. À cet effet, il convient également d'examiner l'utilisation d'indicateurs de marché et de tests de résistance pour déclencher des interventions précoces et, le cas échéant, de préciser la définition du seuil d'insolvabilité (PONV) ainsi que celle de la phase de stabilisation.

Mesure 23: renforcer les capacités des SIB à se stabiliser elles-mêmes en cas de crise et inscrire les exigences correspondantes dans la loi.

L'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB)³⁰ soumettra tant l'élaboration du plan de stabilisation par la banque que son approbation par la FINMA à des exigences

²⁹ RS 961.01

³⁰ RS 952.02

concrètes (pour ce qui concerne par ex. le déclenchement du plan de stabilisation, ou l'ampleur et l'applicabilité des mesures de stabilisation).

Il incombera à la banque de prouver qu'elle remplit les exigences relatives au plan de stabilisation (par analogie avec les dispositions concernant le plan d'urgence). Comme dans le cas du plan d'urgence, la FINMA pourra prendre des mesures pour combler d'éventuelles lacunes (en exigeant par ex. des fonds propres ou des liquidités supplémentaires).

4.2.4 Garantie des liquidités pendant la crise

4.2.4.1 Contexte et objectifs

Les sorties de liquidités sans précédent subies par Credit Suisse et par quelques banques aux États-Unis ont mis en évidence l'importance d'une garantie complète des liquidités en période de crise. La diffusion instantanée et étendue d'informations peut entraîner des sorties de liquidités rapides et très élevées, en particulier si la banque concernée est déjà dans la tourmente.

Le cas de Credit Suisse a mis en évidence les critères (volume insuffisant des sûretés préparées, stigmatisation sur le marché, sûretés présentes au mauvais endroit au sein du groupe) qui ont une influence sur le volume des liquidités fournies par la banque centrale en tant que prêteuse ultime (LoLR). Enfin, le droit ordinaire ne prévoyait pas de PLB pour les SIB, même si un projet allant dans ce sens était déjà en chantier.

Avoir des liquidités suffisantes en période de crise permet non seulement de maintenir l'établissement en vie, mais fait également partie intégrante de l'assainissement ou de la liquidation par voie de faillite.

Un train de mesures légal visant à assurer des liquidités suffisantes à des fins de prévention et de garantie pendant une crise est donc un instrument clé du dispositif TBTF. Il renforce la garantie des liquidités incombant aux SIB, accroît considérablement les possibilités d'approvisionnement en liquidités dont le prêteur ultime dispose et, en tant qu'instrument subsidiaire de dernier recours, permet l'octroi de garanties publiques dans le cadre d'un PLB. Le PLB apparaît comme un instrument clé propre à instaurer un climat de confiance à un moment où l'information est diffusée immédiatement et sans filtre par voie numérique et où les transactions bancaires en ligne sont exécutées en temps réel.

L'analyse détaillée des garanties de liquidité figure aux chapitres 8 à 10.

4.2.4.2 Mesures proposées

Mesures 24 à 27: revoir les exigences en matière de liquidités 1) en réexaminant de manière critique celles qui figurent dans les normes internationales, 2) en relevant celles que le droit suisse impose aux banques pour ce qui concerne la fourniture d'informations et 3) en examinant l'opportunité de légiférer sur les titres de créance couverts (*covered bonds*). Il faut éviter de soumettre les retraits de dépôts à des restrictions réglementaires.

Les exigences particulières en matière de liquidités (en tant que première ligne de défense) auxquelles les SIB doivent satisfaire ont été considérablement relevées lors de la révision la plus récente de l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiQ)³¹. Avant d'être entièrement remplis d'ici à la fin de 2024, ces exigences renforcent déjà la détention de liquidités de chaque banque³². En application des prescriptions légales de la OLiQ, l'efficacité de ces exigences sera réexaminée en 2026 au plus tard. Il est outre prévu que les autorités suisses promeuvent, d'une part, le réexamen des normes internationales qui définissent les exigences en matière de liquidités devant être satisfaites par toutes les banques et, d'autre part, un renforcement de ces exigences basé sur des données empiriques. Il s'agira notamment d'analyser les paramètres du ratio de liquidité à court terme (*liquidity coverage ratio* [LCR]) relatifs aux sorties et, certains facteurs de pondération du ratio de financement (*net stable funding ratio* [NSFR]). La définition de paramètres uniformes étant importante pour garantir les comparaisons internationales et des conditions de concurrence équitables pour toutes les banques. Si le droit suisse imposait unilatéralement aux banques suisses un calcul du LCR plus strict que les normes internationales, cela pourrait poser problème en particulier en période de crise, car les banques suisses présenteraient un LCR plus faible pour une dotation en liquidités équivalente (et seraient moins bien évaluées sur marché).

Pour ce qui concerne la législation nationale, il faudra encore relever les exigences relatives aux informations que les banques doivent fournir à la FINMA sur leurs liquidités. L'autorité de surveillance a absolument besoin de données récentes et qualitativement fiables pour identifier assez tôt et maîtriser une crise liée à des problèmes de liquidité.

Pour simplifier la diversification des sources de financement, il convient d'examiner l'opportunité et l'utilité de légiférer sur les titres de créance couverts (*covered bonds*), en s'inspirant en particulier de loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG)³³. Dans ce contexte, il faut veiller à ce que les dispositions légales régissant les *covered bonds* n'entraînent pas de risques nouveaux ou supplémentaires pour l'État et les contribuables, en tenant compte en particulier des liens entre, d'une part, les *covered bonds* et, d'autre part, les mesures relevant du prêteur ultime ainsi que le PLB garanti par l'État.

Par contre, il faut éviter de soumettre le retrait de dépôts à des restrictions réglementaires pour réduire les sorties de liquidités en cas de crise, car cette mesure constitue-

³¹ RS 952.06

³² RO 2022 359

³³ RS 211.423.4

rait une atteinte excessive aux possibilités de retrait de la clientèle bancaire et à la compétence de la banque en matière de modèle d'affaires. Il n'appartient pas à la réglementation de lier les déposants à une banque. De plus, une telle mesure pourrait encore renforcer la perte de confiance et conduire les clients à retirer leurs dépôts par anticipation, ce qui accentuerait potentiellement la crise.

Mesure 28: réexaminer et, le cas échéant, modifier le cadre réglementaire en vue d'une nette extension des possibilités d'approvisionnement en liquidités dont le prêteur ultime dispose.

Les facilités ordinaires et extraordinaires devront suffire à couvrir aussi largement et efficacement que possible les besoins de liquidités en cas de crise. Dans le cadre de la mise en œuvre du postulat 23.3445 «Examen des instruments de la BNS», on examinera en détail comment et dans quelle mesure il est possible d'étendre de manière ciblée les possibilités d'approvisionnement en liquidités de la BNS, en tenant compte à cet effet du mandat constitutionnel de cette dernière et des nouvelles interactions entre les facilités et le PLB qu'il est prévu de mettre en place. Cet examen inclura une analyse et, le cas échéant, une modification du cadre juridique qui s'applique à l'heure actuelle au rôle de prêteur ultime et se penchera sur l'opportunité de créer de nouvelles facilités ou de remanier les facilités qui existent déjà. L'analyse montre également que la réglementation devrait soumettre les banques à l'obligation de se préparer à demander des liquidités à un prêteur ultime en veillant au respect d'un rapport adéquat entre les coûts et l'utilité d'une telle mesure.

L'augmentation de l'apport potentiel en liquidités passe aussi par un meilleur accès aux facilités des banques centrales étrangères. Enfin, il s'agit de renforcer la possibilité de transférer des aides sous forme de liquidités au sein d'un même groupe bancaire.

Pour réduire le problème de stigmatisation, il convient en outre d'examiner les modifications pouvant être apportées aux obligations de publication des banques et de la BNS, en tenant compte des prescriptions correspondantes à l'étranger.

Mesure 29: inscrire explicitement le PLB pour les SIB dans la loi.

Comme le Conseil fédéral l'a proposé dans son message au Parlement, la possibilité de recourir à un PLB n'existera qu'en cas d'assainissement. En contrepartie, les SIB seront tenues de s'acquitter régulièrement d'un forfait *ex ante*³⁴.

Le Conseil fédéral estime qu'une extension du PLB aux banques sans importance systémique ne permettrait pas d'atteindre l'objectif visé. En effet, ces banques font courir moins de risques à la stabilité financière que les SIB, en raison de leur plus petite taille, de leur imbrication moindre dans le système financier et de la possibilité accrue de substituer les prestations qu'elles fournissent. Elles ne sont dès lors pas soumises aux exigences réglementaires supplémentaires applicables aux SIB. Si la possibilité d'un apport en liquidités par le prêteur ultime est étendue à toutes les banques de Suisse, le PLB sera encore moins pertinent aux petites banques.

34 FF 2023 2165

Mesure 30: ne pas étendre la protection des déposants.

Il ressort de l'analyse que l'extension de la garantie des dépôts pourrait, avec d'autres mesures, renforcer la protection des déposants en général. Ces possibilités étaient déjà connues lors de la modification de la LB relative à la garantie des dépôts et à l'insolvabilité entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023³⁵, mais le législateur les a délibérément écartées.

Modifier la protection des déposants n'apporte guère de réponse ciblée à la question du TBTF. Or l'objectif prioritaire du dispositif TBTF reste de garantir le maintien des fonctions d'importance systémique et donc l'accès des déposants à leurs avoirs. La garantie des dépôts n'entre pas en ligne de compte. Ainsi, tout en occasionnant des coûts élevés, elle n'atténuera que légèrement la question du TBTF. C'est pourquoi d'autres mesures seront prises en lieu et place de la modification de la protection des déposants.

4.2.5 Planification de la liquidation

4.2.5.1 Contexte et objectifs

La crise où s'est enfoncé Credit Suisse a montré que les chances de succès d'une stratégie de liquidation (à savoir assainissement ou liquidation par voie de faillite avec maintien des fonctions d'importance systémique définies dans le plan d'urgence) diffèrent beaucoup selon la crise. Plus les stratégies préparées sont souples et comportent de solutions possibles, plus les instruments sont complets et les obstacles restants ont manifestement été levés, et plus les chances de succès d'une liquidation augmentent.

Il s'agit donc de réduire au minimum les incertitudes, risques ou obstacles liés à une liquidation et de compléter en cas de crise les solutions possibles et les instruments préparés, pour garantir qu'une liquidation constitue un instrument crédible et réalisable à des risques acceptables, quelle que soit la crise. En particulier, aucun doute ne doit subsister quant à la capacité de liquidation de la seule G-SIB que la Suisse possède encore. L'analyse détaillée de la planification de la liquidation figure au chapitre 13.

4.2.5.2 Mesures proposées

Mesures 31 à 34: notamment pour les SIB actives au niveau international, 1) élaborer différentes stratégies de liquidation garanties juridiquement, 1) soumettre la banque mère à l'obligation d'établir un plan de liquidation, et 3) renforcer la sécurité juridique d'un *bail-in*.

L'extension des solutions d'assainissement implique non seulement que la FINMA exécute des travaux préparatoires, mais également que le législateur procède à des modifications juridiques afin d'accroître la sécurité juridique d'une «liquidation ordonnée» (c'est-à-dire d'un assainissement visant non pas à maintenir l'activité d'une

³⁵ RO 2022 732

SIB, mais à la faire cesser au bout de quelques années). En outre, il est nécessaire de remanier les stratégies de liquidation à intervalles réguliers en tenant compte des modifications apportées au modèle d'affaires et des nouvelles réalités et, dans la mesure du possible, de tester ces stratégies régulièrement: il s'agit de vérifier à l'avance la collaboration entre les autorités et de l'inclure dans les tests. Sur le plan national, ces stratégies doivent prévoir l'octroi de liquidités et le recours à un éventuel PLB.

En outre, il incombe aux G-SIB de démontrer comment une éventuelle banque mère peut être liquidée sur une période de quelques années. Par conséquent, le plan de liquidation doit garantir la stabilité financière visée par le dispositif TBTF, tandis que le plan d'urgence a pour but de maintenir les fonctions d'importance systémique. Le plan de liquidation doit également prévoir la possibilité de réduire les interdépendances au sein du groupe et viser la mise en place d'une structure simple (*clean holding*) qui facilite la liquidation, soit l'entité la plus haut placée sans aucun engagement financier représentant un obstacle à une liquidation.

Sur le plan international, l'objectif est d'accroître la sécurité juridique d'un *bail-in*, qui consiste en la conversion de fonds de tiers en fonds propres dans le cadre d'un assainissement. Cela soulève aussi des questions de droit étranger, sur lesquelles la Suisse n'a que peu d'influence.

La structure du secteur bancaire suisse, qui se caractérise par une concentration extrême, dicte par ailleurs de rejeter la création d'un fonds de liquidation.

Mesure 35: ne pas mettre en place de base légale disposant une nationalisation temporaire en vue du maintien des fonctions d'importance systémique.

La norme du CSF prévoit la possibilité d'une nationalisation temporaire, dont la mise en œuvre a été examinée pour Credit Suisse. En cas de crise, la nationalisation temporaire constituerait un instrument de dernier recours et pourrait être appliquée uniquement en vue du maintien des fonctions d'importance systémique en Suisse. Or cette solution comporterait des incitations inopportunes aussi bien pour les SIB que pour les autorités et ferait courir des risques trop élevés à l'État. À supposer que la mise en œuvre du plan d'urgence nécessite des liquidités supplémentaires, il est en outre déjà prévu d'introduire un PLB, comme instrument de dernier recours.

Mesure 36: ne pas imposer des restrictions de grande ampleur à la structure du groupe des banques (par ex. séparation des activités bancaires ou limitations de taille).

Les interdépendances financières et opérationnelles qui existent à l'intérieur d'un groupe financier sont un défi pour la stabilisation ou la liquidation d'une banque. Celui-ci doit être surmonté au moyen des mesures de stabilisation et de liquidation (par ex. plan de liquidation de la banque mère) et des mesures relatives aux fonds propres (par ex. modification de la couverture en fonds propres pour les participations étrangères). Comme l'a montré la faillite de la banque d'investissement Lehman Brothers, les établissements dont les activités bancaires sont clairement séparées les unes des autres ne sont pas entièrement protégés contre les crises. Le Conseil fédéral estime en outre que des mesures structurelles de grande ampleur constitueraient une atteinte disproportionnée à la liberté économique.

4.2.6 Organisation de crise et collaboration des autorités

4.2.6.1 Contexte et objectifs

Action et réaction: l'intervention des autorités dans une crise est donc aussi empreinte d'une grande incertitude. Une bonne organisation de crise, des tâches claires, une attribution des responsabilités et de leur prise en charge, ainsi qu'une collaboration efficace sont essentielles.

L'objectif est de prendre les mesures qui s'imposent au moment opportun. Pour cela, il faut définir, mettre en place et entretenir des structures et de règles optimales en dehors des périodes de crise (par ex. échange d'informations efficace, collaboration propre à instaurer un climat de confiance). Des compléments d'information sur ce thème figurent au chapitre 17.

4.2.6.2 Mesure proposée

Mesure 37: examiner la manière de régler plus clairement et de renforcer la collaboration et le processus de décision des autorités.

Plusieurs expertises proposent de réformer le cadre institutionnel de la surveillance, de la liquidation et de la gestion de crise des SIB. Elles suggèrent notamment de rapprocher les surveillances macroprudentielle et microprudentielle en confiant la surveillance des SIB à la BNS, et de renforcer la collaboration des autorités en cas de crise en créant par exemple un conseil de stabilité. Les travaux de la CEP devront être pris en compte lors de l'évaluation et de l'élaboration concrète de cette mesure.

4.3 Prochaines étapes et aperçu des modalités de mise en œuvre des mesures

Le train de mesures faisant l'objet du présent rapport induira des modifications de lois et d'ordonnances. Le Conseil fédéral entend le mettre en œuvre rapidement. Les conclusions pertinentes de la CEP seront prises en compte lors de l'élaboration concrète des différentes mesures.

Afin d'en garantir une mise en œuvre rapide, le Conseil fédéral prévoit de diviser le train de mesures en deux séries: la première série comportera des modifications d'ordonnances que le Conseil fédéral peut adopter de son propre chef, tandis que la seconde série fera l'objet d'un message et de modifications légales. Le Conseil fédéral a déjà soumis un message au Parlement concernant la mise en place d'un PLB, lequel fait partie du train de mesures proposé³⁶.

De l'avis du Conseil fédéral, les mesures proposées forment un tout qui permettra de développer et de compléter de manière ciblée le dispositif TBTF actuel.

³⁶ FF 2023 2165

La mise en œuvre de ce train de mesures proposé permettra de réduire considérablement la probabilité qu'une nouvelle crise touche une SIB en Suisse. La responsabilité des banques y est prescrite. Si une crise éclate quand même, la capacité de stabilisation et de liquidation d'une SIB sera nettement améliorée.

En mettant en œuvre les mesures proposées, la Suisse renforcera non seulement sa propre place financière et bancaire et, donc, son pôle économique, mais contribuera également à accroître la stabilité du système financier mondial. C'est pourquoi elle entend les défendre également au sein des organes internationaux compétents.

PARTIE II Contexte et analyse

Les chapitres qui suivent contiennent les informations contextuelles et les analyses sur lesquelles reposent les mesures proposées dans la *partie I* (au ch. 4 notamment). Outre une description de la crise qui a emporté Credit Suisse, la présente analyse dresse une évaluation complète du dispositif TBTF. Il traite aussi d'autres thèmes, comme la gouvernance d'entreprise et la surveillance, qui sont apparus essentiels pour la stabilité de la place financière et qui ont fait l'objet de nombreuses interventions parlementaires.

Tandis que la *partie I* est structurée en fonction de la nécessité d'agir qui a été identifiée, la *partie II* consiste en un état des lieux par thème (d'abord dispositif TBTF, puis d'autres thèmes). Concrètement, la seconde partie du présent rapport analyse en détail la définition de l'importance systémique (ch. 6), les exigences en matière de fonds propres (ch. 7), les exigences en matière de liquidités (ch. 8), les aides sous forme de liquidités (ch. 9 et 10), la protection des déposants (ch. 11), la stabilisation (ch. 12), la liquidation (ch. 13), les mesures structurelles (ch. 14), la gouvernance d'entreprise (ch. 15), d'autres questions de surveillance (ch. 16) et les compétences institutionnelles en matière de stabilité financière (ch. 17).

Dans la mesure où cela est judicieux, les différents chapitres présentent une structure uniforme. Ils comprennent d'abord une partie contextuelle qui explique la réglementation en vigueur et dresse une comparaison avec le droit international. Ensuite, ils contiennent une évaluation des éventuelles lacunes et énumèrent les mesures qui s'imposent pour combler ces lacunes. Enfin, les mesures envisageables sont présentées et analysées individuellement, avant d'être examinées dans le contexte général du thème discuté.

5 Credit Suisse: crise et mesures de lutte contre la crise

5.1 Genèse de la crise

La crise qui a emporté Credit Suisse en mars 2023 est le résultat d'incidents et de dysfonctionnements répétés qui ont entaché la réputation de la banque au fil des ans et qui ont fini par déclencher une grave crise de confiance.

C'est en particulier à partir de 2018 que Credit Suisse a régulièrement fait l'objet de scandales et d'indiscrétions. Il y avait des indices clairs d'une culture d'entreprise déficiente, d'une gestion des risques inappropriée et d'un manque de pouvoir de décision et de responsabilité des dirigeants. Ces lacunes se sont par exemple manifestées à travers l'affaire du Mozambique, les filatures d'employés ou les affaires Greensill

et Archegos (voir ch. 5.2)³⁷. D'autres exemples révélateurs sont les nombreux changements inattendus qui ont eu lieu au sein du conseil d'administration et de la direction de la banque, surtout à partir de 2021, à l'instar du départ du président du conseil d'administration au début de 2022. Credit Suisse a souvent annoncé une refonte de sa banque d'investissement dans le but de réduire les risques et de générer des revenus plus stables. Mais ces plans de restructuration n'ont jamais été mis en œuvre de manière convaincante, et les revenus de la banque sont restés globalement volatils.

Tout cela a progressivement érodé la confiance des investisseurs et des clients dans la banque. Durant plusieurs années, la réputation et la rentabilité de Credit Suisse se sont dégradées à un rythme toujours plus soutenu, entraînant dans leur chute le cours des actions de la banque (voir figure 3).

L'agence Moody's a certes rehaussé d'un cran sa note de crédit en décembre 2020, mais c'est l'exception qui confirme la règle puisque les notations à long terme du groupe Credit Suisse établies par les trois grandes agences de notation Fitch, Moody's et S&P sont restées stables entre 2018 et le printemps 2022. C'est seulement en mai et en août 2022 que la note du groupe Credit Suisse a été revue à la baisse, d'abord par Fitch et S&P en mai, puis par Fitch et Moody's en août. Les agences ont invoqué le manque de rentabilité et la propension au risque de la banque ainsi que ses faiblesses dans la gestion des risques. Ces dégradations ont notamment augmenté les coûts liés à l'obtention de liquidités.

En juillet 2022, la banque a annoncé un changement immédiat de CEO et une réorientation stratégique globale de sa banque d'investissement, précisant toutefois qu'elle ne communiquerait concrètement sur cette réorientation qu'en octobre. L'établissement se donnait jusqu'en 2025 pour réduire les coûts et les risques de sa banque d'investissement. S'il a bien accueilli ce plan de restructuration, le marché a cependant jugé que sa mise en œuvre était très risquée. Au début de novembre 2022, S&P a abaissé d'un cran sa notation à long terme du groupe Credit Suisse, invoquant les risques de mise en œuvre. Au même moment, Moody's et Fitch ont confirmé leurs notations précédentes, tout en soulignant les perspectives négatives dues aux risques considérables liés à la mise en œuvre de la nouvelle stratégie.

Dès l'automne 2022, la liquidité de la banque a été mise sous pression. En octobre notamment, la crise de confiance croissante a abouti à des sorties de liquidités d'une ampleur historique, faisant diminuer les dépôts de clients de 138 milliards de francs³⁸ au quatrième trimestre.

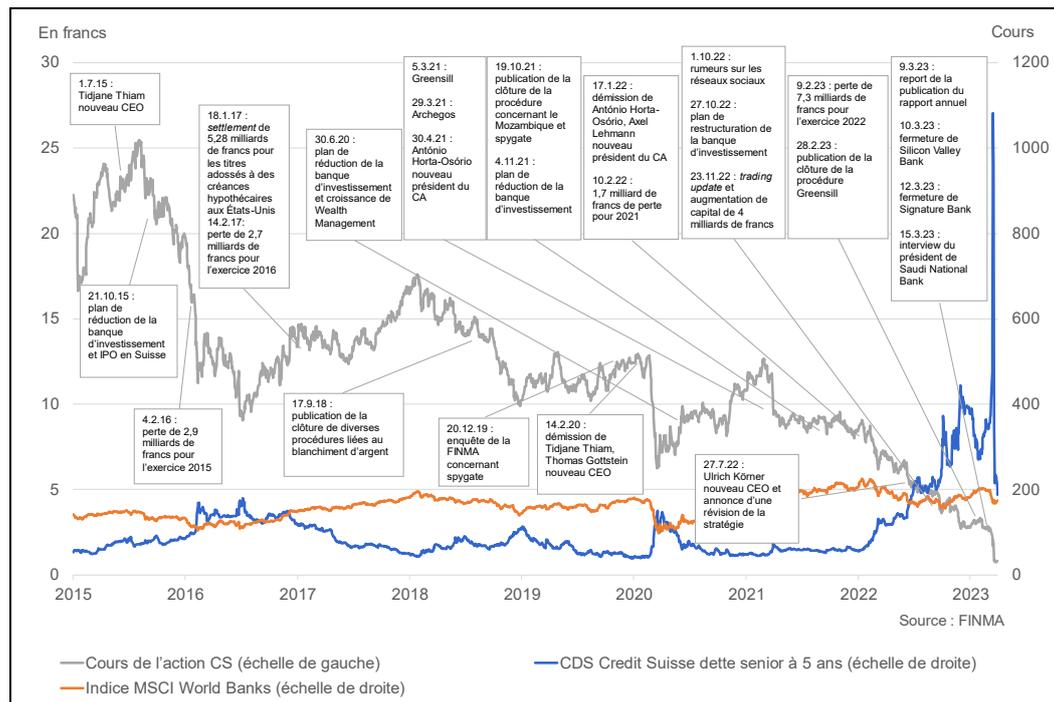
³⁷ Communiqués de la FINMA:

- Crédits au Mozambique: la FINMA clôt la procédure à l'encontre de Credit Suisse, 19 octobre 2021;
- Affaire des filatures de Credit Suisse: la FINMA constate de graves violations du droit de la surveillance, 19 octobre 2021;
- La FINMA clôt la procédure «Greensill» à l'encontre de Credit Suisse, 28 février 2023;
- La FINMA clôture la procédure «Archegos» à l'encontre de Credit Suisse, 24 juillet 2023.

³⁸ Credit Suisse Group AG, *Annual Report 2022*, pp. 67 et 276.

Figure 3

Évolution du cours de l'action et des CDS du groupe Credit Suisse



Ces sorties ont pu être absorbées dans un premier temps grâce aux importantes réserves constituées par la banque³⁹.

Afin de financer les mesures de restructuration prévues, la banque est parvenue à augmenter son capital de 4 milliards de francs au début de décembre 2022. Les pertes opérationnelles et les coûts liés à la réorientation stratégique se sont toutefois traduits par une perte annuelle de 7,3 milliards de francs. En outre, le plan de restructuration prévoyait des pertes sur plusieurs trimestres.

Au début de l'année 2023, Credit Suisse ne respectait toujours pas ses prévisions de rentabilité. De plus, les indices d'une gouvernance et d'une organisation déficientes se sont de nouveau multipliés⁴⁰. Des signes de stabilisation se sont toutefois manifestés, car la banque a par exemple pu émettre des emprunts à long terme pour un montant de 4 milliards de francs et reconstituer quelque peu ses réserves de liquidités en janvier et février 2023.

Dès le mois de mars 2023, les événements négatifs se sont enchaînés rapidement. Aux États-Unis, dans un contexte de hausse des taux d'intérêt, plusieurs banques ont subi des pertes considérables. Après la défaillance de Silicon Valley Bank et First Republic Bank et les difficultés rencontrées par Signature Bank, l'incertitude a gagné les marchés financiers mondiaux. Les ennuis de Credit Suisse ont défrayé la chronique et se sont ajoutés à un contexte de marché difficile. Le 9 mars 2023, la banque a repoussé la publication de son rapport annuel 2022 à cause de points encore en suspens avec l'autorité américaine de surveillance des marchés boursiers (Securities and Exchange Commission [SEC]). Ce rapport est finalement paru le 14 mars 2023. Credit Suisse avait dû y formuler des réserves sur les faiblesses matérielles de son contrôle interne de l'information financière⁴¹. Par ailleurs, les propos du président de Saudi National Bank, le principal actionnaire de Credit Suisse, qui excluait catégoriquement tout nouvel investissement dans la banque, se sont répandus comme une trainée de poudre le 15 mars 2023.

Alors même que Credit Suisse subissait déjà une grave perte de confiance, les doutes sur sa capacité de survie se sont brusquement accrus. Sa valeur boursière et la valeur marchande de titres de créance particulièrement risqués, comme les obligations AT1, se sont effondrées, et une nouvelle hémorragie de liquidités a frappé l'établissement. Miné par une crise de confiance aiguë, celui-ci risquait de devenir insolvable à la fin du week-end des 18 et 19 mars 2023.

5.2 Mesures prises par les autorités jusqu'au 15 mars 2023

En réponse aux multiples problèmes constatés, la FINMA a, dès 2012, intensifié ses activités de surveillance et d'*enforcement* auprès de Credit Suisse. Au total, elle a

³⁹ Voir FINMA, *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023, pp. 66 s.

⁴⁰ Voir par exemple le communiqué de la FINMA, *La FINMA clôt la procédure «Greensill» à l'encontre de Credit Suisse*, 28 février 2023.

⁴¹ Credit Suisse Group SA, *Annual Report 2022*, pp. 50 ss.

effectué 43 investigations en prévision d'éventuelles procédures d'*enforcement*, prononcé 9 blâmes, déposé 16 dénonciations pénales et conclu 14 procédures d'*enforcement* (soit 11 contre l'établissement et 3 contre des personnes physiques). Sur ces 14 procédures, 11 ont été ouvertes à partir de 2018⁴².

Comme la FINMA l'explique en détail dans son rapport du 19 décembre 2023, ses interventions auprès de Credit Suisse ont porté sur divers problèmes. Par exemple, elle a dénoncé à diverses reprises un manque de transparence à son égard sur le style de conduite et la culture du risque, une connaissance lacunaire des problèmes et des risques et une culture d'entreprise inappropriée dans certains secteurs. La FINMA a également exigé la correction de diverses faiblesses inhérentes au système de rémunération (par ex. incitations inopportunes [*moral hazard*]) et obtenu une réduction des rémunérations variables. Quant à la gestion des risques et au système de contrôle interne, elle a ordonné des mesures empiétant parfois sur l'activité opérationnelle de la banque, comme des restrictions commerciales temporaires ou des réductions des distributions aux actionnaires. Enfin, la FINMA a soumis Credit Suisse à des exigences supplémentaires en matière de fonds propres et de liquidités.

En réponse à l'aggravation de la crise de confiance, la FINMA a exigé à partir d'octobre 2022 des mesures de stabilisation supplémentaires, sur la base des données fournies quotidiennement par Credit Suisse, mais ne correspondant pas forcément à la situation en temps réel de la banque. Ces mesures s'appliquaient aussi bien aux liquidités qu'à la dotation en fonds propres. Il s'agissait en outre de trouver et de préparer d'autres stratégies, au cas où les mesures prises n'auraient pas suffi.

La BNS était aussi en contact permanent avec Credit Suisse, afin d'examiner les aides sous forme de liquidités qui pouvaient être octroyées en cas de besoin.

Outre ces activités de la FINMA et de la BNS, les échanges entre le DFF, la BNS et la FINMA concernant Credit Suisse se sont intensifiés à partir d'août 2022. L'organisation de crise⁴³ qui a été instituée comprend deux organes, le *Comité directeur* (CD) et le *Comité de gestion des crises financières* (CG). Le CD assure la coordination stratégique du dispositif de crise et décide, le cas échéant, d'une intervention. Il se compose du chef du DFF, qui dirige le comité, du président de la Direction générale de la BNS et du président du conseil d'administration de la FINMA. Le CG est responsable de la coordination des mesures préparatoires et de la gestion des crises. Il se compose du directeur de la FINMA, qui dirige le comité, du secrétaire d'État du DFF, de du vice-président de la Direction générale de la BNS et du directeur de l'Administration fédérale des finances (AFF).

Dès l'automne 2022, les réunions régulières du CG ont permis de faire le point sur la situation de Credit Suisse, notamment sur le respect ou non des ratios de liquidité. En outre, les participants à ces réunions ont évalué les mesures et interventions possibles, au cas où la situation générale devait empirer (voir ch. 5.4). Au total, 24 réunions formelles du CG ont eu lieu entre août 2022 et mars 2023, tandis que les réunions techniques organisées en accompagnement ont été beaucoup plus nombreuses. Le CG a

⁴² FINMA, *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023, p. 6.

⁴³ DFF, FINMA et BNS, *Memorandum of Understanding relatif à la collaboration tripartite des autorités suisses compétentes en matière de marchés*, 2 décembre 2019.

rendu compte de son action à son organe décisionnel, à savoir le CD, qui lui-même s'est réuni 14 fois pendant cette période.

Compte tenu des importantes sorties de liquidités, le CG a examiné, dès le début d'octobre 2022, l'opportunité de mettre en place un PLB pouvant être déployé rapidement et lancé les travaux préparatoires nécessaires à cet effet. Le PLB avait été identifié comme un instrument pouvant avoir une importance clé, indépendamment du recours à un instrument faisant partie intégrante du dispositif TBTF (assainissement ou liquidation par voie de faillite) ou à d'autres solutions (cession). Le 11 janvier 2023, le CD a décidé que la BNS procéderait aux clarifications utiles à la mise en œuvre d'aides supplémentaires sous forme de liquidités (ELA+)⁴⁴ et que le DFF examinerait les modalités de recours à un PLB en dehors d'un assainissement.

La possibilité d'une nationalisation temporaire, même partielle, de Credit Suisse (Suisse) – pas de Credit Suisse Group dans son ensemble – a également été discutée par le CG dès octobre 2022, mais n'a pas été jugée prioritaire. Le 11 janvier 2023, le CD a chargé le DFF d'examiner cette possibilité. Aussi bien un PLB qu'une nationalisation temporaire ont joué un rôle dans les réflexions en vue de la stabilisation de la banque et de la gestion d'une grave crise comme celle qui s'est présentée en mars 2023.

Le 15 mars 2023, la FINMA et la BNS ont publié un communiqué commun⁴⁵. La FINMA y confirmait que Credit Suisse remplissait toujours les exigences en matière de fonds propres et de liquidités. En outre, la BNS y annonçait qu'elle fournirait des liquidités à Credit Suisse au moyen d'une ELA si cela était nécessaire. Presque au même moment, Credit Suisse a décidé d'informer le marché de son intention de recourir immédiatement à l'aide de la BNS.

À partir du 15 mars 2023, la possibilité d'une acquisition de Credit Suisse par UBS a été évoquée avec cette dernière. Les grandes lignes d'une acquisition de l'établissement par un acteur de l'économie privée avaient déjà fait l'objet de longues discussions et de préparatifs entre les autorités et Credit Suisse, dès la fin de l'automne 2022.

5.3 Mesures prises par les autorités à partir du 15 mars 2023

Répondant à la demande que Credit Suisse lui a adressée le soir du 15 mars 2023, la BNS a débloqué, le 16 mars 2023, des liquidités sous forme d'ELA et de facilités pour resserrements de liquidités (FRL)⁴⁶ pour un montant de 48 milliards de francs.

Comme le resserrement de liquidités menaçait l'existence même de Credit Suisse, le Conseil fédéral a créé le 16 mars 2023, par la voie d'une ordonnance fondée sur le

⁴⁴ Le signe «+» renvoie aux prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités accordés par la BNS en complément à l'ELA ordinaire.

⁴⁵ Communiqué de la BNS et de la FINMA, *La FINMA et la BNS prennent position sur les incertitudes du marché*, du 15 mars 2023.

⁴⁶ La définition détaillée de cette notion figure au ch. 9.1.2.

droit de nécessité (ci-après «ordonnance de nécessité»)⁴⁷, la base permettant à la BNS d'accorder une ELA+ à Credit Suisse et à UBS⁴⁸. Par cette voie, il a également créé les bases légales du PLB. Une fois l'ELA épuisée, la BNS a accordé à Credit Suisse, le 17 mars 2023, une aide supplémentaire de 20 milliards de francs sur la base d'une ELA+. Sans ce prêt, Credit Suisse serait devenu insolvable le 17 mars 2023, le recours au PLB n'étant possible que le 19 mars, après l'adoption de ce mécanisme par la Délégation des finances des Chambres fédérales (DéliFin).

Les prêts ELA et ELA+ ont fourni ensemble les liquidités nécessaires jusqu'au week-end des 18 et 19 mars 2023, durant lequel les autorités ont pu définir et mettre en œuvre une solution de stabilisation durable de Credit Suisse. Tous les faits pouvant être analysés montraient clairement que la banque ne pourrait plus redonner confiance aux marchés par ses propres moyens et que, sans les mesures décidées par les autorités, elle risquait l'insolvabilité à la fin du week-end de 18 et 19 mars 2023. Dans ce contexte, les autorités ont examiné minutieusement toutes les solutions possibles (voir ch. 5.4). La coordination stratégique des mesures prises le week-end des 18 et 19 mars 2023 incombaît au CG.

Les autorités sont parvenues à la conclusion que, dans les circonstances du moment, l'acquisition de Credit Suisse par UBS était la solution qui permettait le mieux d'atteindre l'objectif visé, à savoir stabiliser le marché aussi rapidement que possible et à moindres coûts pour l'État et les contribuables (voir ch. 5.4.4). Dans ce contexte, le Conseil fédéral a adopté le 19 mars 2023 de nouvelles mesures fondées sur le droit de nécessité (voir ci-après). Associées aux décisions du 16 mars 2023, ces mesures ont garanti la solvabilité de Credit Suisse et facilité son acquisition par UBS. Toutes ces mesures visaient à préserver la stabilité financière et à protéger l'économie et les contribuables suisses.

Une fois ces mesures déployées, le DFF a pris des décisions concernant les rémunérations, et la Confédération, représentée par la cheffe du DFF, a signé un contrat de garantie avec UBS.

Le tableau 2 récapitule les principales mesures et actions des autorités fédérales. Les diverses mesures sont décrites plus en détail ci-après.

⁴⁷ Ordonnance du 16 mars 2023 sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique (RS 952.3).

⁴⁸ Même si elle n'avait pas fait l'acquisition de Credit Suisse, il fallait qu'UBS ait aussi la possibilité de recourir à ces liquidités pour faire face aux réactions du marché qui étaient à prévoir. En fin de compte, UBS n'a pas fait usage de cette possibilité.

Tableau 2

Aperçu des principales mesures et actions mises en œuvre par les autorités fédérales

Mesure	Décisions du Conseil fédéral en 2023	Décisions de la DélFin	Actions du DFF / de la FINMA / de la SNB
Aide extraordinaire sous forme de liquidités (ELA) et facilité pour resserrements de liquidités (FRL)	(Instruments déjà à disposition)		BNS: mise à disposition d'un montant de 38 milliards de francs par la voie d'une ELA et d'un montant de 10 milliards de francs par la voie d'une FRL (16 mars 2023)
Aide supplémentaire sous forme de liquidités (ELA+)	Mise en place de l'instrument par voie d'ordonnance (16 mars 2023) Définition d'un montant total de 100 milliards de francs à la disposition de Credit Suisse et d'UBS (19 mars 2023)		BNS: mise à disposition d'un premier montant de 20 milliards de francs (17 mars 2023) et d'un autre de 30 milliards de francs (20 mars 2023) par la voie d'une ELA+
Prêt d'aide sous forme de liquidités de la BNS assortie d'une garantie de la Confédération contre le risque de défaillance (PLB)	Mise en place de l'instrument par voie d'ordonnance (16 mars 2023) Proposition à la DélFin d'un crédit d'engagement de 100 milliards de francs (16 mars 2023)	Adoption d'un crédit d'engagement de 100 milliards de francs (19 mars 2023)	DFF: conclusion d'un contrat de garantie au nom de la Confédération portant sur un montant maximal de 100 milliards de francs en faveur de la BNS (19 mars 2023) BNS: mise à disposition du montant sollicité (70 milliards de francs) dans le cadre du PLB (20 mars 2023) Résiliation du contrat le 11 août 2023
Octroi d'une garantie contre les pertes	Mise en place de l'instrument par voie d'ordonnance (19 mars 2023) Proposition à la DélFin d'un crédit d'engagement de 9 milliards de francs (19 mars 2023)	Adoption d'un crédit d'engagement de 9 milliards de francs (19 mars 2023)	DFF: conclusion d'un contrat de garantie avec UBS, au nom de la Confédération, portant sur un montant de 9 milliards de francs (9 juin 2023) Résiliation du contrat le 11 août 2023
Dérogations à la loi sur la fusion	Mise en place de dérogations spécifiques par voie d'ordonnance (19 mars 2023)		

Mesure	Décisions du Conseil fédéral en 2023	Décisions de la DélFin	Actions du DFF / de la FINMA / de la SNB
Autorisation de la réunion	(Règle en vigueur)		FINMA: autorisation de la réunion à la place de la COMCO
Amortissement des instruments AT1	Confirmation dans l'ordonnance de nécessité (19 mars 2023) que le droit en vigueur et les clauses contractuelles autorisent l'amortissement des instruments AT1		FINMA: décisions notifiant à Credit Suisse l'obligation d'amortir les instruments AT1 (en temps utile) (la radiation elle-même a en revanche été effectuée par le Credit Suisse)
Décision du DFF concernant les rémunérations	Art. 10a LB: le Conseil fédéral ordonne des mesures en matière de rémunération. Précision dans l'ordonnance de nécessité que le DFF rend une décision à cet égard (16 mars 2023)		DFF: décision notifiant à Credit Suisse l'obligation de suspendre le versement des rémunérations variables (21 mars 2023) DFF: décision notifiant à Credit Suisse l'obligation de supprimer ou réduire les rémunérations variables (23 mai 2023) DFF: décision incitant UBS à valoriser au mieux les actifs de Credit Suisse (23 mai 2023)
Garantie du risque de défaillance	Attribution d'un mandat à la BNS et à la FINMA en vue de la réduction des risques (ordonnance du 16 mars 2023)		
Accès aux données et aux informations en vertu de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans) ⁴⁹	Exclusion de l'accès aux données et aux informations en vertu de la LTrans (ordonnance du 16 mars 2023)		

⁴⁹ RS 152.3

Par la voie de l'ordonnance de nécessité, le Conseil fédéral a créé les instruments suivants pour renforcer la dotation en liquidités:

- **Aides supplémentaires sous forme de liquidités assorties d'un privilège des créances (ELA+; introduction le 16 mars 2023):** la BNS a reçu la possibilité d'accorder des prêts à une SIB ou à un établissement faisant partie d'un groupe financier d'importance systémique, en complément des ELA qu'elle pouvait déjà octroyer. Ces ELA+ ont été garanties au moyen d'un privilège des créances en faveur de la BNS. Le Conseil fédéral a été habilité à fixer le montant maximal des ELA+ pouvant être versées, après consultation de la BNS. Dans le cas d'espèce, il a plafonné à 100 milliards de francs le montant destiné aux deux grandes banques ensemble. Credit Suisse a eu recours deux fois à l'ELA+, à raison de 20 milliards de francs le 17 mars 2023, puis de 30 milliards de francs le 20 mars 2023. Le 11 août 2023, UBS a fait savoir que Credit Suisse avait remboursé la totalité des montants empruntés au titre de l'ELA+⁵⁰.
- **Prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS assortis d'une garantie de la Confédération contre le risque de défaillance (PLB; introduction les 16 et 19 mars 2023):** dans le cadre du PLB, la BNS a octroyé à Credit Suisse des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités assortis d'une garantie de la Confédération contre le risque de défaillance. Ces prêts s'accompagnaient d'un privilège des créances. Le Conseil fédéral a décidé le 16 mars 2023 de demander à la DélFin la validation d'un crédit d'engagement urgent de 100 milliards de francs, dans le but de constituer la garantie en cas de défaillance en faveur de la BNS. La DélFin a approuvé la demande le 19 mars 2023. Le 20 mars 2023, la BNS a ainsi accordé à Credit Suisse, dans le cadre du PLB, des liquidités à hauteur de 70 milliards de francs. Credit Suisse a intégralement remboursé les aides au titre du PLB à la fin de mai 2023. Le contrat de crédit-cadre entre la BNS et Credit Suisse a été résilié le 11 août 2023⁵¹.

Il convient de distinguer ces instruments nouvellement créés de la FRL, établie de longue date à la BNS, ainsi que de l'ELA, au moyen duquel la BNS peut au besoin mettre des liquidités à la disposition de toutes les SIB, en échange de sûretés (hypothèques et titres). Le 16 mars 2023, Credit Suisse avait reçu de la BNS, au titre de la FRL et de l'ELA, une aide sous forme de liquidités de 48 milliards de francs. Cette aide n'entre pas dans le train de mesures d'urgence de la Confédération, mais fait partie des instruments réguliers de la BNS. Considérés dans leur ensemble, ces trois instruments (ELA, ELA+ et PLB) ont constitué une aide sous forme de liquidités assez puissante pour garantir la solvabilité de Credit Suisse jusqu'à son acquisition par UBS, tout en lui permettant d'exercer sans interruption ses fonctions d'importance systémique.

⁵⁰ Communiqué d'UBS, *UBS Group AG hat den Garantievertrag und Public Liquidity Backstop freiwillig beendet; Credit Suisse AG hat ELA+ Darlehen vollständig zurückbezahlt*, 11 août 2023.

⁵¹ Communiqué du DFF, *Credit Suisse / UBS: fin de toutes les garanties de la Confédération*, 11 août 2023.

En prévision de l'acquisition de Credit Suisse par UBS, les mesures suivantes ont en outre été prises:

- **Octroi d'une garantie contre les pertes (introduction le 19 mars 2023):** en acquérant Credit Suisse, UBS a également repris un portefeuille d'actifs ne correspondant pas à son cœur de métier et n'entrant pas dans son profil d'affaires et de risque. Les valeurs de ce portefeuille devaient être liquidées progressivement. Cependant, il n'a pas été possible d'évaluer avec suffisamment de précision les risques afférents à ce portefeuille en l'espace de quatre jours en mars 2023. La Confédération s'était déjà déclarée prête, dans le cadre de l'acquisition, à assumer une partie des pertes éventuelles dues à la réalisation de ces actifs, sur la base de l'art. 14a de l'ordonnance de nécessité. Si la liquidation des actifs avait abouti à une perte, UBS aurait dû en absorber la première partie, soit 5 milliards de francs au maximum. La Confédération aurait pris à sa charge les pertes dépassant ce montant, à concurrence de 9 milliards de francs. Le 9 juin 2023, le DFF et UBS ont signé le contrat de garantie qui détaillait les éléments clés du recours éventuel à la garantie de la Confédération⁵². Celui-ci a pris fin le 11 août 2023⁵³.
- **Dérogations à la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus)⁵⁴:** l'art. 10a de l'ordonnance de nécessité prévoit quelques dérogations à la LFus. Ainsi, les opérations réalisées en vue de l'acquisition de Credit Suisse par UBS n'étaient pas soumises à une décision des assemblées générales des deux groupes financiers concernés. La stabilisation étant urgente, la tenue des deux assemblées générales n'aurait pas été possible en temps utile. La stabilisation immédiate servait l'intérêt du pays et était nécessaire pour éviter d'importants dommages économiques, non seulement pour la place financière, mais aussi pour la place industrielle.
- **Autorisation de la réunion:** sur la base de l'art. 10, al. 3, en relation avec l'art. 32, al. 2, de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels⁵⁵, la FINMA, se substituant à la Commission de la concurrence (COMCO), avait déjà autorisé la réalisation provisoire de la réunion.
- **Amortissement des instruments AT1:** le contrat relatif aux instruments AT1 émis par Credit Suisse prévoyait que ces instruments seraient amortis dans leur intégralité à la survenance d'un événement déclencheur (*trigger*), notamment en cas d'octroi d'une aide publique extraordinaire. Se fondant sur la clause contractuelle correspondante, sur le droit en vigueur et sur l'ordonnance de nécessité, la FINMA a ordonné à Credit Suisse d'amortir ses emprunts AT1, ce que la banque a fait conformément à ses obligations contractuelles. Les créanciers privés ont ainsi participé aux risques liés à l'acquisition à hauteur d'environ 16 milliards de francs en termes nominaux, sachant que, peu avant leur amortissement, les emprunts en question ne représentaient plus

⁵² Communiqué du Conseil fédéral, *La Confédération et UBS signent un contrat de garantie contre les pertes*, 9 juin 2023.

⁵³ Communiqué du DFF, *Credit Suisse / UBS: fin de toutes les garanties de la Confédération*, 11 août 2023.

⁵⁴ RS 221.301

⁵⁵ RS 251

qu'un tiers de leur valeur nominale. La participation des créanciers privés ne découlait pas seulement des clauses contractuelles, mais elle était également indispensable d'un point de vue matériel pour stabiliser Credit Suisse, garantir la stabilité des systèmes financiers suisse et international et éviter des dommages à l'économie suisse.

- **Mesures en matière de rémunérations:** dans l'ordonnance de nécessité qu'il a édictée le 16 mars 2023, le Conseil fédéral a précisé que le DFF était chargé d'ordonner des mesures en matière de rémunérations au sens de l'art. 10a LB. Le 21 mars 2023, le DFF a signifié par voie de décision à Credit Suisse que l'établissement devait suspendre le versement de certaines rémunérations variables à ses collaborateurs⁵⁶. Le 23 mai 2023, le DFF a rendu une décision définitive à l'encontre de Credit Suisse, auquel il a enjoint de supprimer toutes les rémunérations variables encore dues aux membres de ses trois échelons de conduite les plus élevés ou de les réduire de 50 ou de 25 %⁵⁷. Le même jour, il a demandé à UBS de remanier le système de rémunération des personnes chargées de la réalisation des actifs de Credit Suisse couverts par la garantie de la Confédération, afin d'encourager ces personnes à réduire les pertes au minimum lors de la réalisation de ces actifs.
- **Assujettissement de la BNS et de la FINMA à l'obligation de réduire les risques:** en application de l'art. 7 de l'ordonnance de nécessité, la BNS et la FINMA doivent veiller dans la mesure du possible à réduire les risques que la Confédération encourt du fait des garanties du risque de défaillance qu'elle octroie en lien avec les prêts d'aide sous forme de liquidités.
- **Accès aux données et informations en vertu de la LTrans:** à l'art. 6, al. 3, de l'ordonnance de nécessité, le Conseil fédéral avait exclu l'accès aux données et aux informations en vertu de la LTrans, afin de réduire le risque d'entraîne à l'échange d'informations entre les acteurs concernés. Il a supprimé cette disposition lors de la modification du 6 septembre 2023⁵⁸ de l'ordonnance qui est entrée en vigueur le 15 septembre 2023.

5.4 Solutions non retenues le 19 mars 2023

Dès la fin de l'été 2022, et plus encore à partir du mois d'octobre, les échanges entre les autorités compétentes se sont intensifiés au sein du CD et du CG (voir ch. 5.2). Les solutions stratégiques présentées ci-dessous ont été préparées dans ce cadre.

À noter que dans chacune d'elles, la BNS et la Confédération auraient dû mettre à disposition des aides sous forme de liquidités basées sur le droit de nécessité, par analogie avec les mesures qui ont effectivement été adoptées (voir ch. 5.3).

⁵⁶ Communiqué du DFF, *Le Conseil fédéral prend des décisions sur les rémunérations variables de Credit Suisse*, 21 mars 2023.

⁵⁷ Communiqué du DFF, *Le DFF prononce des mesures concernant les rémunérations chez Credit Suisse et UBS*, 23 mai 2023.

⁵⁸ RO 2023 495

5.4.1 Introduction d'une procédure d'assainissement

L'assainissement est un élément clé de la réglementation TBTF (voir ch. 13.1). La FINMA peut ordonner une procédure d'assainissement lorsque les conditions de l'art. 25, al. 1, LB sont réunies et qu'il paraît vraisemblable qu'un assainissement aboutira ou que certains services bancaires pourront être maintenus (art. 28, al. 1, LB).

Un assainissement prévoit des mesures de restructuration qui comprennent une réorientation de la banque et que la banque devra mettre en œuvre par la suite. Ces mesures doivent aussi décrire la façon de rétablir immédiatement et de manière crédible la rentabilité et les mesures nécessaires à cet effet, qui impliquent généralement le redimensionnement de la banque et une réduction de son activité.

Des mesures de capitalisation sont nécessaires pour garantir la mise en œuvre des mesures de restructuration dans un court laps de temps. Elles consistent en l'amortissement total du capital-actions et des instruments AT1. Ensuite, les *bail-in-bonds* des obligataires concernés doivent être totalement ou en partie convertis en actions, de sorte que ces créanciers détiennent désormais l'intégralité de la banque. Les mesures de gouvernance prévoient le remplacement du président du conseil d'administration par une personne capable de renforcer la confiance dans un assainissement durable. En outre, il convient de nommer une direction digne de confiance et capable d'agir ainsi qu'un chargé d'assainissement et de suspendre les droits des actionnaires pendant un certain temps⁵⁹.

Dans la situation qui était celle à la mi-mars 2023, les autorités ont estimé qu'une procédure d'assainissement comportait des inconvénients bien plus élevés que l'acquisition de la banque par UBS. Ainsi, ses chances de succès étaient jugées nettement plus incertaines que celles de la solution retenue. La perte de confiance subie par Credit Suisse avant le week-end des 18 et 19 mars était telle qu'une nouvelle augmentation de capital, le recours à un chargé d'assainissement et la nomination d'un nouveau président à la tête du conseil d'administration paraissaient tout à fait insuffisants pour rétablir la confiance nécessaire.

En particulier, il n'était pas sûr que la réorientation stratégique prévue dans le plan de stabilisation convainque les marchés et les clients le lundi matin, alors que la confiance dans la banque avait été mise à mal pendant des mois, voire des années, et que toutes les mesures annoncées n'avaient pas eu l'effet escompté. Sur le fond, la réorientation prévue aux fins de l'assainissement aurait consisté en la mise en œuvre d'une stratégie qui avait déjà été communiquée à l'été 2022, mais dont l'annonce et l'exécution au cours des mois précédents n'avaient manifestement pas réussi à inverser la tendance. En outre, dans le cas concret, la composition de l'équipe dirigeante de la banque aurait été la même le lundi matin. On ne pouvait dès lors exclure le risque d'une réaction hostile du marché, et la nécessité d'engager rapidement une liquidation par voie de faillite. À l'inverse, l'acquisition de Credit Suisse par UBS, qui avait déjà réorienté son modèle d'affaires avec succès, paraissait bien plus appropriée pour instaurer le climat de confiance souhaité.

⁵⁹ La FINMA décrit le plan de stabilisation mis au point le 19 mars 2023 dans le rapport *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, du 19 décembre 2023, pp. 72 ss.

Par ailleurs, l'assainissement de Credit Suisse et notamment l'exécution d'un *bail-in* auraient comporté des risques juridiques et des risques de mise en œuvre, non seulement en Suisse, mais aussi et surtout au niveau international⁶⁰. Dans ce cas, l'État aurait aussi dû intervenir en prenant des mesures de grande envergure sur la base du droit de nécessité (notamment PLB ou nationalisation temporaire; voir ch. 5.4.3).

Globalement, l'assainissement d'une G-SIB comportait des risques considérables en mars 2023 – moment de grande incertitude sur les marchés financiers. En cas d'échec, il aurait fallu prononcer la faillite du groupe et déclencher simultanément le plan d'urgence.

5.4.2 Liquidation du groupe financier par voie de faillite et mise en œuvre du plan d'urgence suisse

La réglementation TBTF prévoit qu'une faillite peut être ouverte à l'encontre d'une SIB menacée d'insolvabilité (art. 25, al. 1, let. c, LB). Dans le cas d'espèce, chaque entité juridique du groupe financier aurait ainsi été mise en faillite, à l'exception de Credit Suisse (Suisse) SA, qui exerçait les fonctions d'importance systémique. L'entité suisse aurait continué de fonctionner après la mise en œuvre du plan d'urgence (voir art. 9, al. 2, let. d, LB), au moins pendant une période limitée (par ex. jusqu'à ce qu'un acquéreur se présente).

Allant de pair avec le déclenchement du plan d'urgence, la faillite du groupe aurait selon toute vraisemblance considérablement déstabilisé les marchés. En outre, il aurait été plus qu'incertain que l'entité suisse, séparée du reste du groupe, soit capable de regagner la confiance des marchés et de survivre. Il faut donc considérer la faillite comme une solution subsidiaire à un assainissement du groupe, étant donné qu'elle est envisageable seulement si l'assainissement du groupe n'offre aucune chance de succès ou a déjà échoué (*ultima ratio*). Pour une analyse plus détaillée de cette solution, nous renvoyons au ch. 13.1.7.

5.4.3 Nationalisation temporaire de Credit Suisse

Le DFF avait également examiné la question d'une nationalisation temporaire de tout le groupe Credit Suisse⁶¹, bien que cette mesure ne soit pas prévue dans le dispositif TBTF de la Suisse.

En cas de nationalisation, le Conseil fédéral aurait décidé sur la base du droit de nécessité de faire de la Confédération l'actionnaire unique de Credit Suisse. Cette décision aurait constitué une intervention de l'État beaucoup plus importante que le soutien accordé à l'acquisition de Credit Suisse par UBS, car la Confédération aurait dû assumer la conduite du groupe et supporter tous les risques de cette G-SIB.

⁶⁰ Voir ch. 13.1.4 et FINMA, *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023, p. 76 s.

⁶¹ À l'automne 2022, le CD avait même discuté de la possibilité que l'État prenne des parts dans le capital de Credit Suisse, mais cette mesure a été rejetée.

Cette solution n'a pas été examinée en priorité dans les travaux préparatoires, pour des motifs d'ordre institutionnel et juridique ainsi que pour des considérations relatives aux risques potentiellement élevés pour les contribuables. Toutefois, compte tenu de la gravité de la situation lors du week-end des 18 et 19 mars 2023, elle a été étudiée comme solution de rechange. Pour une analyse plus détaillée de cette solution, nous renvoyons au chap. 13.1.10.

5.4.4 Bilan

Durant le week-end des 18 et 19 mars 2023, trois possibilités entraînent en ligne de compte pour résoudre les problèmes aigus de Credit Suisse. Elles consistent en l'acquisition par UBS, en l'exécution de la procédure prévue dans le dispositif TBTF, à savoir l'assainissement ou la liquidation par voie de faillite avec mise en œuvre du plan d'urgence, ou en la nationalisation temporaire. Sans les mesures prises par les autorités, Credit Suisse aurait été menacé d'insolvabilité dès le lundi 20 mars 2023, à l'ouverture de la Bourse.

Après avoir soigneusement pesé les avantages et les inconvénients ainsi que les chances et les risques de chaque possibilité, le Conseil fédéral et les autres autorités concernées sont arrivés à la conclusion qu'une acquisition de Credit Suisse par UBS soutenue par les autorités constituait la meilleure solution pour atteindre les objectifs, à commencer par la stabilisation la plus rapide possible des marchés, et donc la limitation des coûts pour l'économie et les contribuables.

6 Définition et portée de l'importance systémique

Pour juger de l'importance systémique d'une banque en Suisse, il faut se référer aux art. 7 et 8 LB, qui énumèrent les critères servant à désigner les SIB. Selon l'art. 7, al. 1, LB, une SIB est une banque dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses. L'art. 8, al. 2, LB précise que l'importance systémique d'une banque est appréciée en fonction de sa taille, de son imbrication dans le système financier et dans l'économie, ainsi que du caractère substituable à court terme de ses prestations de services.

La définition de l'importance systémique qui figure actuellement dans la loi correspond à celle qu'en donne le CBCB⁶². De plus, aucun nouvel élément ne vient remettre en cause la définition utilisée en Suisse⁶³. C'est pourquoi le Conseil fédéral juge cette définition toujours opportune.

La crise qui a secoué le secteur bancaire américain de mars à mai 2023 a toutefois montré que la défaillance de banques sans importance systémique peut aussi nuire à la stabilité financière. Ce constat pose la question de savoir comment évaluer l'importance systémique des banques dans ce contexte.

⁶² CBCB, *SCO40 – Global Systemically Important Banks*, en vigueur depuis le 9 novembre 2021.

⁶³ Voir aussi BRUNETTI, ch. 1.

Lors de cette crise, les autorités américaines n'ont pas qualifié de SIB des établissements réputés sans importance systémique. À l'inverse, elles ont adopté une réglementation dérogatoire des risques systémiques afin de prévenir la contagion de l'ensemble du système⁶⁴.

Si plusieurs banques sans importance systémique ont des difficultés en même temps ou successivement sur une courte période, l'ampleur grandissante de la crise peut compromettre la stabilité financière alors même que chaque banque prise individuellement ne peut être qualifiée de SIB. Le risque de déstabilisation des systèmes financiers peut, lors de chaque crise, être déterminé suivant que la défaillance touche une SIB, dont l'importance systémique a été définie à l'avance, ou plusieurs banques sans importance systémique.

L'économie d'un pays n'est incapable de supporter la défaillance d'une banque que si la taille de l'établissement et son imbrication dans le système financier et dans l'économie dépassent une certaine mesure et si ses prestations de services ne sont pas substituables à court terme. Étant donné que les banques sans importance systémique ne satisfont pas, par définition, à ces conditions, leur faillite est prononcée en dernier recours, à l'instar d'autres entreprises, sans faire courir de risque à l'économie.

Lorsqu'un établissement obtient le statut de SIB au sens du dispositif TBTF, il doit respecter des exigences supplémentaires importantes, notamment en matière de fonds propres, de liquidités et de planification d'urgence (voir art. 9 LB). En outre, la crise qui a emporté Credit Suisse a clairement montré la nécessité de doter les autorités d'instruments supplémentaires (par ex. PLB) pour maîtriser la défaillance d'une SIB. Il serait cependant contraire au principe de proportionnalité de soumettre toutes les banques aux exigences supplémentaires prévues pour les SIB.

Dans le même ordre d'idée, il faut éviter d'étendre des instruments du dispositif TBTF, comme le PLB, à des établissements autres que les SIB⁶⁵: le risque que la défaillance de plusieurs banques sans importance systémique compromette la stabilité financière ne peut donc être évalué qu'au cas par cas. Il est impossible de le traiter adéquatement par une extension du dispositif TBTF. Les instruments faisant partie de ce dispositif (par ex. PLB) ont été créés sous cette forme pour les SIB et assortis d'exigences réglementaires spécifiques. Ils n'ont pas été conçus pour remédier aux difficultés de banques sans importance systémique.

La garantie des dépôts permet en outre de limiter les conséquences d'une faillite pour les déposants, notamment ceux des banques sans importance systémique.

Outre la stabilité financière nationale et internationale, une crise peut compromettre l'économie d'une région. Dans ce contexte, il convient de citer en particulier les banques cantonales, qui détiennent parfois une part importante du marché dans leur canton d'appartenance. C'est ainsi que dans 17 banques cantonales sur 24, le total du bilan dépasse le produit intérieur brut (PIB) annuel du canton d'appartenance. Les cantons assument ici des risques considérables, en fonction de la situation du marché et de la garantie de l'État octroyée à leur banque cantonale.

⁶⁴ BRUNETTI, p. 12.

⁶⁵ En ce qui concerne les banques pouvant recourir au PLB, voir ch. 10.3.2.

Le CSF poursuit ses travaux sur les thèmes liés à l'importance systémique. La Suisse entend y participer activement.

7 Exigences en matière de fonds propres

7.1 Introduction

Les exigences en matière de fonds propres définissent le minimum de fonds propres que les banques doivent détenir pour couvrir de manière appropriée les risques de pertes issus de leur activité, le but étant d'éviter qu'une banque devienne insolvable, même en cas de pertes substantielles. Depuis 2012, ces exigences sont plus élevées pour les SIB que pour les autres banques. Elles portent d'une part sur les fonds dits *going concern*, destinés à absorber les pertes résultant de l'activité courante, et de l'autre sur les fonds dits *gone concern*, destinés à absorber les pertes en cas de liquidation.

Les exigences en matière de fonds propres sont de deux ordres: une exigence axée sur les risques sous forme de pourcentage des positions actives pondérées en fonction du risque et une exigence exprimée sous forme de ratio d'endettement maximal (*leverage ratio* [LR]) non pondéré. Elles se répartissent par ailleurs entre fonds propres minimaux et volants de fonds propres, cette dernière exigence devant être remplie en plus de la première. En cas de passage en dessous du seuil requis, la banque doit indiquer les mesures et le délai prévus pour reconstituer le volant de fonds propres. Les exigences auxquelles doivent satisfaire les SIB (exigence pondérée en fonction des risques et exigence en matière de LR) comprennent en outre des suppléments progressifs liés à leur taille et à leur part de marché.

Les établissements doivent satisfaire aux exigences au moyen des fonds propres pris en compte, qui correspondent à différentes qualités. Les fonds propres de base durs (CET1), qui comprennent notamment le capital social libéré, constituent la plus haute qualité. Les fonds propres de base supplémentaires (AT1) sont pour leur part des fonds de tiers du point de vue du bilan, mais constituent des fonds propres d'un point de vue réglementaire et servent aussi à absorber les pertes dans le cadre de l'activité courante (*going concern*). En outre, les SIB doivent détenir des fonds permettant d'absorber les pertes en cas de liquidation (fonds *gone concern*, par ex. sous la forme de *bail-in bonds*). La capacité totale d'absorption des pertes (*total loss absorbing capacity* [TLAC]) correspond à la somme des fonds *going concern* et *gone concern*. Elle comprend la totalité des fonds propres et des fonds de tiers pouvant être mis à contribution, en cas d'assainissement ou de liquidation par voie de faillite d'une SIB, en vue de l'absorption des pertes et d'une recapitalisation.

7.2 Contexte

Les premières exigences suisses en matière de fonds propres applicables aux SIB ont été édictées le 1^{er} mars 2012 dans la LB et le 1^{er} juin 2012 dans l'ordonnance sur les fonds propres (OFR)⁶⁶. Elles ont depuis fait l'objet de trois révisions importantes:

- 1) la première, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016, a notamment durci les exigences en matière de LR et instauré une exigence distincte, sur le plan formel, concernant les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes pour les SIB;
- 2) la deuxième, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, a instauré, pour toutes les banques au niveau de chaque établissement, le passage de l'obligation de déduire les participations à consolider du capital réglementaire à la pondération-risque des participations⁶⁷ et la détermination des exigences quantitatives fixées pour les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes pour les SIB non actives au niveau international;
- 3) la troisième a instauré, le 1^{er} janvier 2023 dans l'OB, un changement de système pour les SIB actives au niveau international, concernant les exigences quantitatives applicables aux fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes. Jusque-là, la FINMA pouvait réduire ces exigences si une SIB améliorait très vraisemblablement sa capacité d'assainissement et de liquidation. Ce système de remise a été remplacé par la possibilité, pour la FINMA, d'exiger d'autres fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes en cas d'obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation.

7.2.1 Exigences TBTF en matière de fonds propres valables de 2012 à 2016

Des dispositions spéciales applicables aux SIB ont été instaurées pour la première fois dans l'OFR du 1^{er} juin 2012, aux art. 124 à 135. Les exigences pondérées en fonction des risques, exprimées en pourcentage d'actifs pondérés en fonction des risques (*risk weighted assets* [RWA]), se répartissaient entre une exigence de base, un volant de fonds propres et une composante progressive.

Ces exigences étaient complétées par la nécessité de satisfaire un volant dit anticyclique valable pour toutes les banques. L'exigence en matière de LR, non pondérée, a été instaurée au même moment, uniquement pour les SIB dans un premier temps⁶⁸.

Aux points de vue quantitatif et qualitatif, les exigences pondérées en fonction des risques consistaient en la somme:

⁶⁶ RS 952.03

⁶⁷ Les deux G-SIB (Credit Suisse et UBS) devaient pondérer les participations en fonction des risques à compter de 2017 déjà, conformément à des décisions au cas par cas de la FINMA.

⁶⁸ L'exigence en matière de LR a été étendue aux banques sans importance systémique le 1^{er} janvier 2018.

- de l'exigence de base, soit 4,5 % des RWA, à détenir sous la forme de fonds propres de base durs⁶⁹;
- du volant de fonds propres, soit 8,5 % des RWA, dont 5,5 % au moins sous forme de fonds propres de base durs et 3,5 % au plus sous forme de capital convertible⁷⁰, dont la conversion est déclenchée lorsque les fonds propres de base durs pris en compte passent en dessous de 7 % des RWA (seuil de déclenchement [*trigger*] défini par contrat); et
- de la composante progressive, soit une exigence variable correspondant à au moins 1 % des RWA, à détenir sous la forme de capital convertible avec un seuil de déclenchement de 5 %.

La composante progressive se composait de deux suppléments distincts, liés l'un à la part de marché⁷¹ en Suisse et l'autre à la taille globale du groupe financier, après déduction d'un assouplissement à définir par la FINMA pour les mesures visant à améliorer la capacité globale d'assainissement et de liquidation du groupe financier. Elle devait atteindre au moins 1 % des RWA.

Les exigences pondérées en fonction des risques (4,5 + 8,5 + 1) s'élevaient donc au moins à 14 % des RWA plus le volant anticyclique⁷². Les exigences en matière de LR s'élevaient à au moins 3,36 % de l'engagement total⁷³.

Il est rapidement apparu que la réglementation TBTF de la Suisse – qui a légiféré relativement tôt – s'écartait de la norme internationale du CBCB sur deux points:

- le capital convertible devait, sur le plan international, correspondre à la qualité AT1, alors que l'OFB autorisait aussi, initialement, celle du capital *tier 2*⁷⁴; et
- le seuil de déclenchement le plus bas pour le capital convertible était fixé à 5,125 % de CET1 sur le plan international, contre 5 % en Suisse.

⁶⁹ Le volant anticyclique devait lui aussi être détenu sous la forme de fonds propres de base durs.

⁷⁰ Dans cette première réglementation TBTF suisse, le capital convertible pouvait représenter aussi bien les fonds propres complémentaires (*tier 2*) que les fonds propres de base supplémentaires (*additional tier 1* [AT1]) (art. 127, al. 3, OFB: «satisfaire au minimum aux exigences en matière de capital complémentaire»).

⁷¹ En fonction de la part la plus élevée entre les dépôts d'épargne et les crédits de moins d'un an.

⁷² Dans l'hypothèse où la composante progressive correspond à l'exigence minimale de 1 % des RWA.

⁷³ À l'époque, l'OFB prévoyait que l'exigence en matière de LR devait s'élever à 24 % des exigences pondérées en fonction des risques (hors volant anticyclique). Par conséquent, cette exigence était d'au moins 3,36 % de l'engagement total (24 % x 14 %). L'engagement total pris en compte pour le calcul du LR se compose des éléments suivants:

⁷⁴ positions au bilan, dérivés, opérations de financement de titres et positions hors bilan. Les AT1 sont des instruments de dette perpétuels uniquement assortis d'une possibilité de résiliation par la banque (par analogie avec le fonds propres de base durs, l'investisseur n'a droit à aucun remboursement). À l'inverse, les *tiers 2* ont une durée de vie limitée, qui peut encore être raccourcie par la banque.

7.2.2 Exigences TBTF à partir du 1^{er} juillet 2016

La révision des dispositions valable à partir du milieu de l'année 2016 comprenait un ensemble de changements. Sur le plan conceptuel, elle a instauré une distinction entre deux exigences:

- les fonds propres nécessaires pour poursuivre l'activité courante de la banque (désignés sur le plan international comme exigences *going concern*); et
- les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (exigences *gone concern*).

S'agissant des fonds propres nécessaires pour poursuivre l'activité courante de la banque:

- l'exigence en matière de LR a été fixée à 4,5 %;
- la qualité requise des fonds propres a été portée au niveau des fonds propres de base durs et des instruments AT1 avec un seuil de déclenchement d'au moins 7 % des CET1 (donc suppression du capital complémentaire [*tier 2*]);
- la somme des exigences pondérées en fonction des risques composée des fonds propres minimaux et du volant de fonds propres a été portée à 12,86 % des RWA; et
- la composante progressive a été calibrée pour les deux G-SIB, de manière à générer, au moment du calibrage, des exigences supplémentaires de 1,44 % des RWA et de 0,5 % du LR pour chaque G-SIB, soit au total 14,3 % des RWA et 5 % du LR.

Les exigences concernant les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (exigences *gone concern*) ne s'appliquaient qu'aux seules G-SIB et étaient en principe équivalentes aux exigences en matière de fonds propres nécessaires pour poursuivre l'activité courante de la banque (exigences *going concern*).

La révision de 2016 a instauré la possibilité de satisfaire aux exigences concernant les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes au moyen de *bail-in bonds*, conformément à la norme internationale du CSF relative aux fonds destinés à absorber les pertes⁷⁵. Les exigences *gone concern* ont été abaissées, au moyen de remises accordées aux groupes financiers pour les mesures visant à améliorer leur capacité (totale) d'assainissement et de liquidation.

Il en résultait théoriquement pour les deux G-SIB une exigence totale (à savoir avant remises) de 28,6 % des RWA et de 10 % du LR.

⁷⁵ Communiqué du CSF, *FSB issues final Total Loss-Absorbing Capacity standard for global systemically important banks*, 9 novembre 2015.

Pour les SIB, cette nouvelle réglementation a eu pour conséquence (moyennant des dispositions transitoires⁷⁶):

- la disparition de la possibilité, inexistante sur le plan international, de prendre en compte les instruments de capital convertible à seuil de déclenchement bas (5 % des CET1) comme fonds propres *going concern*; et
- l’abandon du capital convertible du niveau de qualité *tier 2* comme élément permettant de satisfaire aux exigences en matière de fonds propres nécessaires pour poursuivre l’activité courante de la banque.

7.2.3 Modifications de la réglementation TBTF de 2018 et de 2019

7.2.3.1 Pondération-risque des participations dans le secteur financier

Jusqu’à cette modification de l’ordonnance entrée en vigueur en 2019, l’art. 32 OFR exigeait de toutes les banques considérées individuellement qu’elles déduisent de leurs fonds propres de base durs les participations détenues dans des sociétés à consolider au niveau du groupe opérant dans le secteur financier. La mise en œuvre de cette règle stricte constituait un important défi pour Credit Suisse et UBS, qui détenaient des participations très élevées, de respectivement 75 milliards et 45 milliards de francs. La FINMA leur avait par conséquent octroyé des assouplissements conformément à l’art. 125 OFR, de sorte que la déduction totale des participations n’a jamais été appliquée. La modification de l’OFR entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019 a remplacé cette règle en instaurant pour toutes les banques une couverture par les fonds propres des participations à consolider fondée sur la pondération des risques.

La FINMA a accordé aux deux G-SIB une réglementation transitoire de 10 ans, valable jusqu’au 1^{er} janvier 2028, selon laquelle la pondération-risque des participations suisses prend 5 points de pourcentage par an afin de passer des 200 % initiaux aux 250 % finaux. S’agissant des participations étrangères, elle prend 20 points de pourcentage par an pour passer de 200 à 400 %. En 2023, après cinq augmentations, la pondération-risque était ainsi de 225 % pour les participations suisses et de 300 % pour les participations étrangères.

Les G-SIB doivent publier ce mécanisme chaque trimestre dans les *«regulatory disclosures subsidiaries»*, ce qui permet de calculer avec précision les besoins annuels en fonds propres supplémentaires de chaque banque. Chez Credit Suisse, les dispositions transitoires avaient établi à nettement plus de 1 milliard de francs de fonds propres de base durs les besoins annuels en fonds propres supplémentaires.

Le passage au système moins strict de la pondération-risque des participations a permis de supprimer les assouplissements visés à l’art. 125 OFR. Cette disposition imposait à la FINMA d’accorder un assouplissement des exigences de fonds propres à l’échelon de l’établissement individuel lorsque la satisfaction des exigences (ordi-

⁷⁶ Valables en principe jusqu’au 31 décembre 2019 au plus tard, des dérogations étant possibles selon la conception spécifique de l’instrument de fonds propres.

naires) à l'échelon de l'établissement individuel conduisait à un dépassement des exigences au niveau du groupe financier. Un tel dépassement se serait produit si les exigences avaient été les mêmes aux deux échelons et qu'il avait fallu couvrir avec des fonds propres des positions intragroupes⁷⁷. Les deux G-SIB avaient déjà fait valoir en 2011 auprès de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États (CER-E) qu'en l'absence d'assouplissements, une exigence totale pondérée en fonction des risques identique à l'échelon de l'établissement individuel et à celui du groupe (19 %⁷⁸) aurait *de facto* entraîné un niveau d'exigence de 26 % pour Credit Suisse et de 23 % pour UBS à l'échelon du groupe⁷⁹. L'art. 125 OFR relatif aux assouplissements, voulu politiquement et créé en 2012, n'a été abrogé que lors de la modification de la réglementation TBTF de 2019.

7.2.3 Spécification des exigences *gone concern* pour les SIB non actives au niveau international

Depuis 2019, l'OFR prévoit des exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes pour les SIB non actives au niveau international également. Ces exigences *gone concern* correspondent à 40 % des exigences en matière de fonds propres nécessaires pour poursuivre l'activité courante de la banque (exigences *going concern*).

La FINMA a par ailleurs décrété que pour qu'un plan d'urgence soit exécutable, la banque devait présenter une capacité de recapitalisation suffisamment élevée. Parmi les SIB non actives au niveau international, deux remplissaient ce critère début 2023⁸⁰.

7.2.4 Remplacement du système de remise pour les G-SIB à partir du 1^{er} janvier 2023

La révision de l'OB entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023 a remplacé l'octroi aux G-SIB de remises pour l'amélioration de leur capacité d'assainissement et de liquidation par un nouveau système car les G-SIB ayant atteint la remise maximale possible, l'ancien système avait perdu son effet incitatif. Ce changement a entraîné plusieurs ajustements dans l'OFR.

D'une part, l'exigence *gone concern* est passée de 100 % de l'exigence *going concern* moins une remise à un pourcentage fixe de 75 %. Ces 75 % constituent un plancher

⁷⁷ À l'échelon de l'établissement individuel, les créances internes au groupe doivent être couvertes par des fonds propres (elles entraînent en outre une augmentation du bilan agrégé). Sur une base consolidée, ce genre de créance ou d'engagement disparaît et n'a donc pas besoin d'être couvert par des fonds propres.

⁷⁸ Dans son rapport final du 20 septembre 2010, la commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale proposait une couverture en fonds propres pondérée en fonction des risques de 19 % au total.

⁷⁹ SCHÖCHLI, *26 statt 19 Prozent?*, article de la NZZ, 12 mai 2011.

⁸⁰ Communiqué de la FINMA, *La FINMA évalue à nouveau les plans de recovery et de résolution des établissements d'importance systémique*, 26 avril 2023.

qui permet de garantir le respect des exigences de la norme du CSF concernant la TLAC en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022.

D'autre part, la FINMA peut désormais exiger d'autres fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes lorsqu'elle constate des obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation, ce qui incite les banques à maintenir cette capacité. Cette règle concerne l'ensemble du groupe financier et la banque mère. L'entité suisse, en tant qu'elle exerce les fonctions d'importance systémique, est soumise aux exigences du plan d'urgence.

7.2.5 Exigences en vigueur concernant les SIB

En 2022, UBS présentait une exigence *going concern* de 14,3 % des RWA et de 5 % du LR (hors volant anticyclique de fonds propres et fonds propres supplémentaires exigés au titre du pilier 2⁸¹)⁸². Cette exigence comprenait, pour la part de marché et pour la taille de la banque correspondant à son engagement total, des suppléments représentant chacun 0,72 % (RWA) et 0,25 % (LR).

Étant donné la nouvelle taille d'UBS, les suppléments s'élèveraient à 1,44 % (RWA) et 0,5 % (LR) pour la part de marché⁸³ et à 1,44 % (RWA) et 0,5 % (LR) pour l'engagement total, soit à 2,88 % (RWA) et 1 % (LR), ce qui correspond à un doublement. L'exigence *going concern* se monte ainsi à 15,74 % (RWA) et 5,5 % (LR). La FINMA a accordé à UBS un délai de transition allant jusqu'en 2030 pour satisfaire à toutes les exigences de l'OFr découlant de l'acquisition de Credit Suisse.

Sur les trois SIB non actives au niveau international, seul le groupe Raiffeisen a dû respecter un supplément lié à la part de marché, en raison des dépôts d'épargne. Hormis cela, les exigences de ces trois établissements sont équivalentes. Les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes applicables aux SIB non actives au niveau international sont régies par la disposition transitoire visée à l'art. 148j, let. e, OFr et se montent en 2023 à 3,2 % pour la part RWA et à 1,05 % pour le LR.

Le 29 novembre 2023, le Conseil fédéral a adopté la modification de l'OFr visant à mettre en œuvre le dispositif finalisé de Bâle III et en a fixé l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2025⁸⁴. La réforme vise principalement à adapter les exigences de fonds propres en fonction du risque, en prévoyant une couverture en fonds propres plus importante pour les positions plus risquées que pour celles qui présentent un risque moindre. Le tableau 3 présente les exigences en matière de fonds propres applicables aux SIBs à fin 2026.

⁸¹ Suppléments spécifiques à l'établissement.

⁸² UBS, *résultats du 3^e trimestre 2023*, 7 novembre 2023, p. 42.

⁸³ On suppose qu'UBS se trouve dans la tranche P5 selon l'annexe 9 OFr. Le DFF ne connaît pas les calculs exacts de la FINMA.

⁸⁴ RO 2024 13

Tableau 3

Exigences en matière de fonds propres applicables aux SIB

Banque ¹	Exigences <i>going concern</i>		Exigences <i>gone concern</i>	
	RWA	LR	RWA	LR
UBS	15,74 %	5,5 %	11,81 %	4,125 %
Raiffeisen	13,22 %	4,63 %	5,29 %	1,85 %
ZKB	12,86 %	4,5 %	5,14 %	1,8 %
PostFinance	12,86 %	4,5 %	5,14 %	1,8 %

¹ Les exigences sont représentées hors suppléments exigés au titre du pilier 2 et du volant anticyclique de fonds propres. La FINMA a accordé à UBS un délai de transition courant jusqu'en 2030 pour satisfaire aux exigences qui se sont durcies depuis l'acquisition de Credit Suisse. Les exigences *gone concern* des SIB non actives au niveau international sont représentées à fin 2026 sans tenir compte de la réglementation transitoire.

Source : FINMA

7.3 Comparaison internationale

7.3.1 Exigences en matière de fonds propres applicables à UBS et aux banques étrangères comparables

Les exigences en matière de fonds propres sont comparées ci-après en considérant les RWA et le LR (voir figure 4 et figure 5). Les figures comparent les normes du CBCB, les exigences qui s'appliquaient à UBS et Credit Suisse avant l'acquisition et les exigences qui s'appliqueront hypothétiquement à UBS (si sa taille et sa part de marché restent identiques) à l'expiration du délai de transition, soit à compter de 2030. Les figures illustrent également les exigences dans l'UE, au Royaume-Uni et aux États-Unis en se basant sur des banques comparables à UBS⁸⁵ (UE: Deutsche Bank; Royaume-Uni: Barclays; États-Unis: Morgan Stanley). Conformément à la répartition des G-SIB en diverses catégories établie par le CSF, Deutsche Bank et Barclays sont, comme UBS, dans la tranche 2 (*bucket 2*), tandis que Morgan Stanley se trouve dans la tranche 1 (*bucket 1*)⁸⁶.

Il convient de noter ce qui suit concernant les figures:

- le capital total représente les exigences *going concern*; la TLAC (ou le MREL) correspond à la totalité des fonds destinés à absorber les pertes, composés des fonds *going concern* et *gone concern*;
- les exigences se basent sur les chiffres publiés au 1^{er} trimestre 2023; aucune exigence relative aux volants anticycliques n'est intégrée;

⁸⁵ Cela correspond à la procédure appliquée jusqu'à présent pour les rapports établis conformément à l'art. 52 LB.

⁸⁶ CSF, *2023 List of Global Systemically Important Banks (G-SIBs)*, 27 novembre 2023.

- la norme internationale du CBCB vaut pour des banques ayant un modèle d'affaires et une taille comparables à UBS et Credit Suisse.

Il ressort de cette comparaison que les exigences *going concern*, volant compris (à savoir le capital total), applicables aux deux G-SIB suisses avant l'acquisition étaient légèrement inférieures à celles en vigueur à l'étranger. La part de CET1 exigée est également un peu moins importante. En revanche, les G-SIB suisses peuvent utiliser davantage d'instruments AT1 pour remplir les exigences en matière de volant de fonds propres que leurs homologues étrangères.

En ce qui concerne les exigences *gone concern* définies pour les G-SIB, la Suisse satisfait à la norme minimale internationale en matière de TLAC. Au vu des exigences en matière de volant de fonds propres, il ressort de cette comparaison que l'UE et le Royaume-Uni possèdent des exigences similaires, tandis que les États-Unis fixent des exigences légèrement moins élevées.

Figure 4

Comparaison internationale des exigences en matière de fonds propres pondérées en fonction des risques applicables aux G-SIB suisses et à des banques comparables de l'UE, du Royaume-Uni et des États-Unis au 1^{er} mars 2023

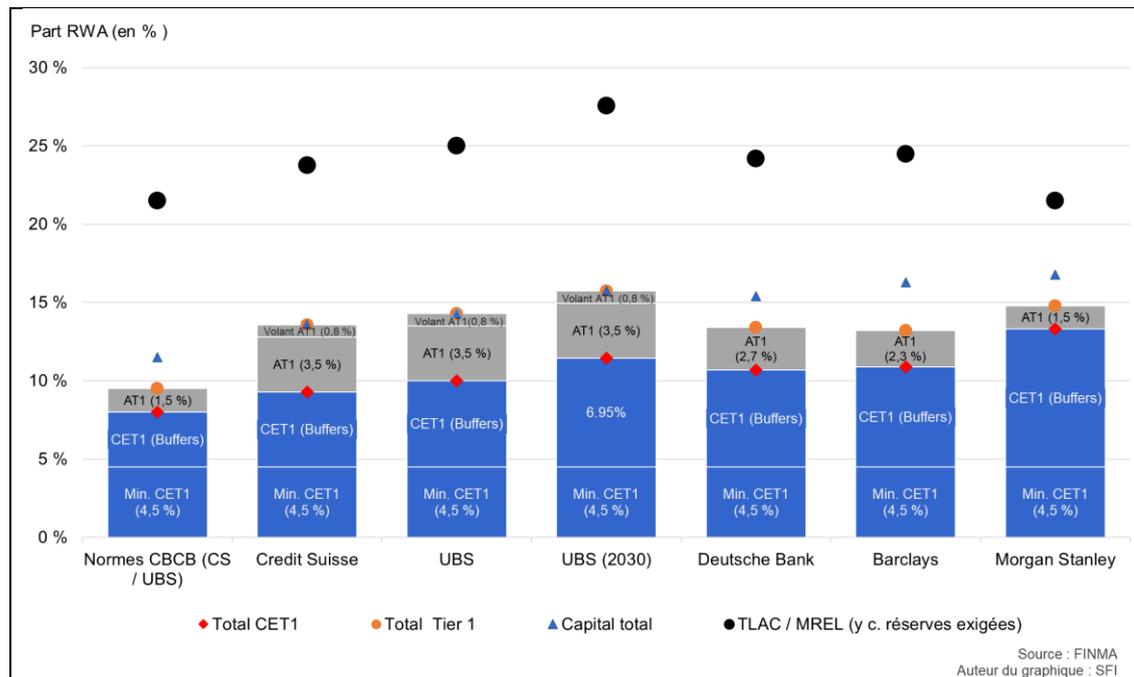
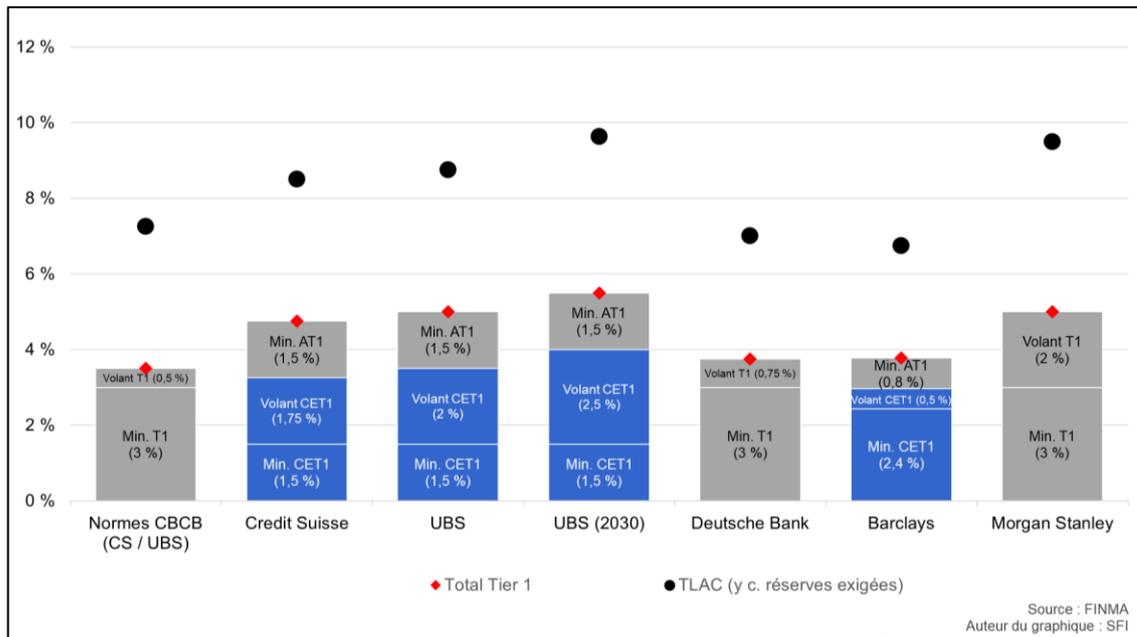


Figure 5

Comparaison internationale des exigences en matière de LR applicables aux G-SIB suisses et à des banques comparables de l'UE, du Royaume-Uni et des États-Unis au 1^{er} mars 2023



À la suite de sa réunion avec Credit Suisse, UBS sera soumise, à l'expiration du délai de transition en 2030, à des exigences *going concern* similaires et à des exigences en matière de TLAC nettement plus élevées dans l'ensemble par rapport aux banques étrangères comparables, en raison du doublement des suppléments pour la part de marché et pour l'engagement total.

Contrairement aux exigences pondérées en fonction des risques, les exigences en matière de LR, non pondérées, sont plus élevées en Suisse que celles applicables aux banques étrangères comparables.

7.3.2 Exigences en matière de fonds propres applicables aux banques mères

7.3.2.1 Classification des exigences dans le contexte international

Les banques mères des deux G-SIB suisses attirent plus l'attention que leurs homologues étrangères pour les deux motifs suivants:

- D'une part, les filiales étrangères des deux banques mères revêtent une importance élevée par rapport à l'ensemble du groupe. Une part importante des activités commerciales, des risques, des rendements et du capital se trouve dans les filiales aux États-Unis et (dans le cas de Credit Suisse) au Royaume-Uni. D'autres G-SIB possèdent des filiales en dehors de la juridiction de leur pays d'origine, mais ces filiales sont proportionnellement plus petites que celles des deux établissements suisses.
- D'autre part, les banques mères exercent elles-mêmes des activités bancaires de grande envergure et ne sont pas des pures sociétés holdings. D'autres juridictions (par ex. les États-Unis et le Royaume-Uni) prévoient des restrictions en la matière (voir commentaire relatif à la *clean holding* au ch. 14.4.2).

7.3.2.2 Exigences applicables aux banques mères selon l'OFB par rapport aux normes minimales de Bâle

Les normes minimales de Bâle ne contiennent pas de prescriptions expresses concernant les exigences en matière de fonds propres applicables aux banques mères des groupes bancaires internationaux. On peut cependant déduire de leurs prescriptions générales relatives au traitement des participations non consolidées un certain nombre d'approches. Par exemple, il faut déduire les investissements dans des titres de participation (CET1, AT1 ou *bail-in*) de la composante correspondante des fonds propres de la banque mère⁸⁷. On peut, dans certaines circonstances, affecter au capital-actions

⁸⁷ Banque des règlements internationaux, *Basel Framework, Definition of Capital*, CAP 30.30.

(CET1) des filiales une pondération-risque de 250 % jusqu'à concurrence de 10 % des fonds propres de base de la banque mère⁸⁸.

Le CSF prévoit, pour les banques mères des groupes bancaires internationaux, une déduction des instruments de TLAC interne ou du moins une approche prudentielle d'une sévérité équivalente, qui implique entre autres de déduire les participations des fonds propres⁸⁹.

Le régime de fonds propres applicable aux banques mères en Suisse a été conçu sur la base de ces prescriptions des normes minimales de Bâle. Le niveau des exigences en matière de fonds propres applicables aux banques mères correspond selon l'art. 124 OFR à celui des exigences applicables à l'échelon le plus élevé du groupe financier. Le calcul des fonds propres nécessaires pour les banques mères se distingue surtout de la perspective consolidée par le traitement des positions internes du groupe. Alors que pour les banques mères en tant qu'établissements individuels toutes les participations et positions internes du groupe (prêts et engagements) sont inscrites au bilan, ces dernières, et partant, les fonds propres qui y sont liés, n'apparaissent pas dans la perspective consolidée. Le bilan établi dans la perspective consolidée est par conséquent moins important, ce qui réduit la base de calcul des fonds propres nécessaires et donc les exigences en matière de fonds propres.

Les exigences combinées à l'échelon de l'établissement individuel ont ainsi dépassé les exigences à l'échelon du groupe financier, ce qui a conduit la FINMA à accorder des assouplissements en vertu de l'ancien art. 125 OFR (voir ch. 7.2.3.1). Il a cependant fallu octroyer des assouplissements très importants, afin d'éviter que les exigences combinées à l'échelon de l'établissement individuel ne dépassent les exigences à l'échelon du groupe. En conséquence, avant l'abrogation de l'art. 125 OFR, les assouplissements accordés à Credit Suisse valaient de fait pour toutes les participations.

Comme on l'a vu au ch. 7.2.3.1, la FINMA a mis en place en 2018 une pondération graduelle jusqu'au 1^{er} janvier 2028 afin d'atteindre progressivement 400 % pour les participations étrangères et 250 % pour les participations suisses. Compte tenu des exigences spécifiques applicables aux SIB, les deux banques mères seront ainsi contraintes de couvrir environ 60 % de leurs participations par des fonds propres (après expiration des délais de transition; voir encadré 3).

⁸⁸ Banque des règlements internationaux, *Basel Framework, Definition of Capital*, CAP 30.31.

⁸⁹ CSF, *Guiding Principles on the Internal Total Loss-absorbing Capacity of G-SIBs (<Internal TLAC>)*, 6 juillet 2017, p. 13, notamment le principe 10: «*To avoid possible double counting, authorities should consider applying an internal TLAC deduction approach or an equivalently robust supervisory approach*».

Encadré 3 Couverture en fonds propres des filiales

Selon les dispositions en matière de fonds propres, une banque doit couvrir ses activités (notamment ses actifs) par des fonds propres. Le montant des fonds propres est déterminé sur la base des risques (*risk weighted assets* [RWA]).

Ce principe vaut pour le groupe (comptes consolidés du groupe) et pour chacune de ses entités qui possède une licence bancaire (soit la banque mère ou maison mère et les filiales en Suisse et à l'étranger).

Les structures des groupes se caractérisent par des interdépendances financières entre les entités qui se présentent sous la forme de positions intragroupe et jouent un rôle dans la couverture en fonds propres. À noter que les participations à l'échelon des banques mères sont une source importante de fonds propres pour les filiales.

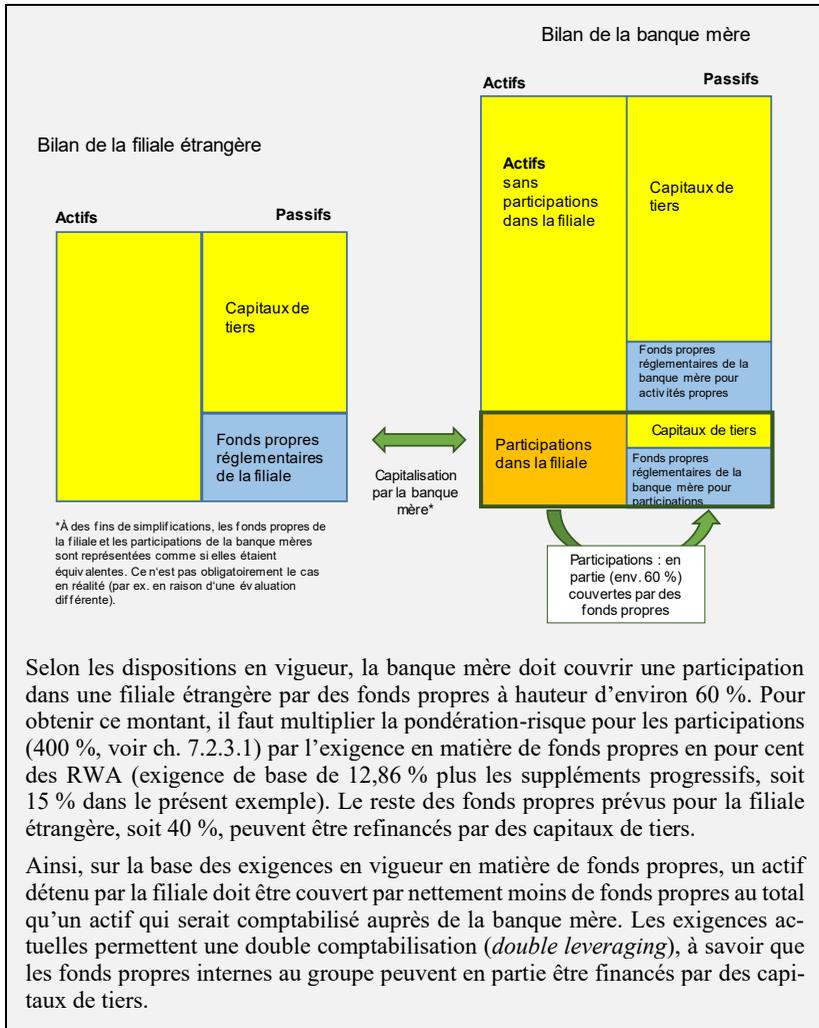
Structure des groupes des G-SIB en Suisse

Le groupe bancaire UBS, à l'instar de celui de Credit Suisse, possède une structure à la tête de laquelle se trouve une holding (voir figure 7, figure 9 et ch. 14). Dans les deux cas, à l'échelon juste en dessous se situe une entité centrale, la banque mère, qui d'une part effectue des opérations bancaires et, d'autre part, détient des participations dans diverses filiales en Suisse et à l'étranger. L'entité suisse, qui assume les fonctions d'importance systémique en Suisse, est l'une de ces filiales.

Réglementation actuelle concernant une couverture partielle en fonds propres

L'exemple ci-après d'un groupe bancaire qui, outre l'entité supérieure à sa tête, se compose d'une banque mère et d'une filiale étrangère entièrement détenue par cette dernière vise à expliquer de manière simplifiée la couverture en fonds propres telle que l'exige la législation en vigueur.

La filiale étrangère doit couvrir ses activités par des fonds propres en respectant les exigences réglementaires en matière de fonds propres du pays dans lequel elle se trouve. Les fonds propres en question proviennent essentiellement de la banque mère et sont inscrits à l'actif de cette dernière en tant que participations (voir schéma ci-après).



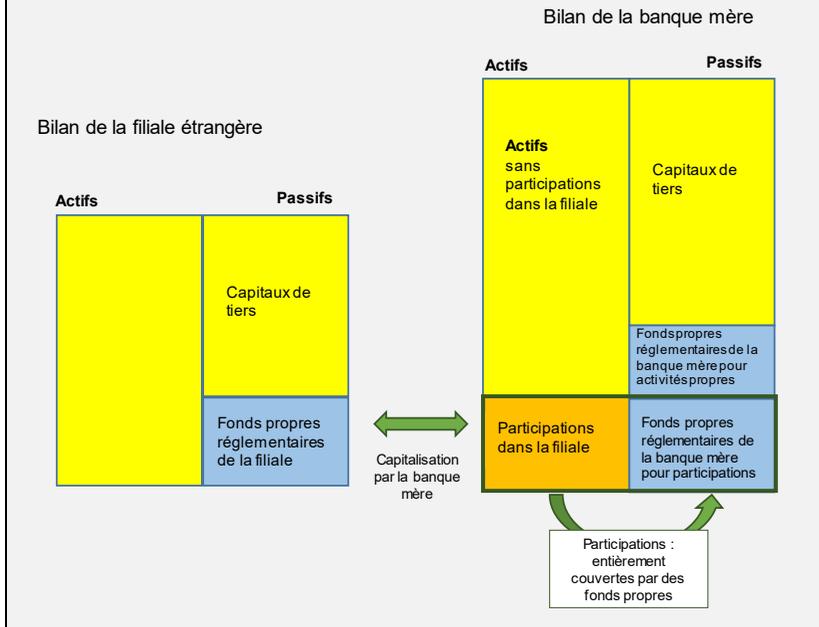
Relèvement de la couverture en fonds propres des participations

Le remaniement de la couverture en fonds propres des participations qui est exposé au ch. 7.5.1 du présent rapport et que le Conseil fédéral propose de mettre en œuvre (mesure 15) augmentera la capitalisation de la banque mère et atténuera les incitations à la création de structures sociales complexes.

Comme dans l'exemple présenté dans le graphique qui suit, le relèvement de la couverture en fonds propres pourra consister à assurer une couverture en fonds propres de toutes les participations inscrites à l'actif de la banque mère.

Cette couverture intégrale pourra être obtenue au moyen d'une *réduction pour participation*, qui consiste à déduire la valeur des participations des fonds propres de la banque mère pris en compte. Dans le même temps, les participations ne sont plus pondérées en fonction des risques et n'augmentent donc pas les RWA.

À titre de solution de rechange, il sera possible de couvrir en fonds propres toutes les participations dans des filiales étrangères en augmentant la pondération-risque de la couverture des participations correspondantes.



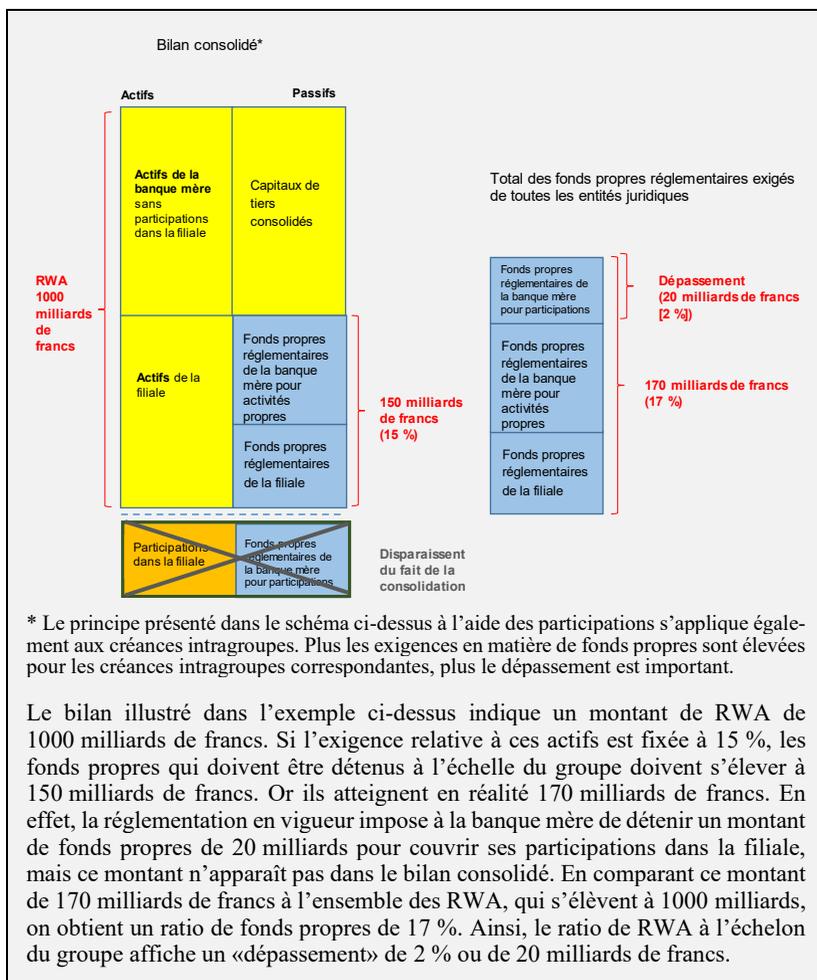
Exigences en matière de fonds propres au niveau du groupe (échelon consolidé) et dépassement

Les exigences en matière de fonds propres applicables aux positions internes du groupe, telles que les participations au niveau de la banque mère, entraînent un effet de «dépassement» au niveau du groupe. Cet effet, qui conduit à des ratios de fonds propres déclarés excédant nettement les exigences au niveau du groupe, est important et augmente à mesure que les exigences sont relevées et que la complexité de la structure du groupe augmente. Le «dépassement» est ainsi une conséquence délibérée de la régulation. Il est expliqué ci-après et illustré par des chiffres fictifs, sur la base de l'exemple exposé précédemment.

Lors du calcul des fonds propres exigés au niveau du groupe, soit sur une base consolidée, les actifs et les passifs de la banque mère et de la filiale (des filiales) sont regroupés. Les créances et les engagements intragroupes sont alors compensés. De même, dans un bilan consolidé, les participations à l'actif de la banque mère disparaissent. Comme le total des actifs est ainsi réduit, les fonds propres requis pour le groupe bancaire consolidé selon l'OFR diminuent également par rapport à la somme des fonds propres requis pour la banque mère et la filiale.

Dans l'ensemble, la somme des fonds propres exigés des différentes entités juridiques est supérieure aux fonds propres requis à l'échelle du bilan consolidé du groupe. Ce phénomène est appelé «dépassement» de fonds propres pour le groupe.

Le respect des exigences dans les différentes entités du groupe bancaire avant la consolidation conduit automatiquement à ce que l'exigence consolidée au niveau du groupe soit dépassée. Cet effet existe en principe déjà aujourd'hui et augmente avec une couverture accrue ou complète des participations ainsi qu'en cas d'agrandissement de la filiale.



7.4 Évaluation

7.4.1 Effets positifs lors de la crise

7.4.1.1 Niveau des exigences en matière de fonds propres et exigences quant à la qualité des fonds propres

Les exigences en matière de fonds propres applicables aux SIB suisses se fondent sur les normes internationales. Comme le montrent la figure 4 et la figure 5, les G-SIB

suisses sont même plutôt soumises à des exigences plus élevées que les G-SIB d'autres juridictions. Les exigences spéciales applicables aux G-SIB suisses et les volants de fonds propres qui en découlent à l'échelon du groupe ont renforcé la résilience des deux grandes banques⁹⁰. Ces volants ont notamment permis à Credit Suisse de faire face à plusieurs revers sur une période prolongée et de supporter d'importantes pertes. Il était par ailleurs impératif qu'UBS soit solidement capitalisée pour acquérir Credit Suisse.

En même temps, Credit Suisse a visé et UBS vise encore un ratio CET1 plus élevé que le minimum requis par la réglementation⁹¹. C'est une façon de prendre en considération les attentes du marché quant à une capitalisation adéquate en CET1 des G-SIB. Afin, malgré une série de mauvais résultats trimestriels, de satisfaire ces attentes et d'atteindre ses propres objectifs en matière de CET1 qui s'y rattachaient, Credit Suisse a notamment limité les distributions de dividendes, suspendu les rachats d'actions et effectué en 2022 une augmentation de capital. Cette dernière devait aussi contribuer au financement du plan de restructuration.

7.4.1.2 Composante progressive

Tant les exigences en matière de fonds propres pondérées en fonction des risques que les exigences non pondérées applicables aux SIB comprennent une composante progressive, composée de suppléments liés à la part de marché en Suisse et à la taille totale du groupe financier. Ces composantes ont très probablement contribué à réduire nettement le bilan des G-SIB ces dernières années (voir figure 2) et donc à atténuer le problème du TBTF.

L'effet de la composante progressive est aussi substantiel dans le cadre de l'acquisition de Credit Suisse par UBS: du fait de cette composante, la réunion des deux G-SIB engendre pour UBS une augmentation probable de 10 % des exigences en matière de TLAC (voir figure 4 et figure 5) à remplir après le délai de transition allant jusqu'à 2030 octroyé par la FINMA.

⁹⁰ Pour Credit Suisse, la FINMA a défini, sur la base des résultats de tests de résistance, un objectif de fonds propres plus élevé que l'exigence réglementaire.

⁹¹ Au 1^{er} trimestre 2023, UBS présentait un ratio CET1 de 13,9 % alors que l'exigence était de 10 % (sans tenir compte des exigences liées au volant anticyclique de fonds propres). Pour le 4^e trimestre 2022, elle avait annoncé viser un ratio CET1 de 13 %. Au 1^{er} trimestre 2022, Credit Suisse affichait un ratio CET1 de 13,8 % alors que l'exigence était aussi de 10 % (là aussi sans tenir compte des exigences liées au volant anticyclique de fonds propres ni du supplément – de 0,67 % à l'époque – exigé au titre du pilier 2). Dans le cadre de sa transformation stratégique, Credit Suisse avait annoncé viser un ratio CET1 d'au moins 13 % pour la période 2023–2025 et d'au moins 13,5 % à partir de 2026 (l'exigence étant alors de 9,3 % et le ratio CET1 de 12,6 %).

7.4.1.3 Fonds propres AT1

En amortissant ses instruments AT1, mesure prévue dans les clauses contractuelles de ceux-ci en cas d'aide publique, Credit Suisse a employé un outil majeur instauré avec la réglementation TBTF et, au niveau international, dans la norme Bâle III.

L'amortissement des AT1 effectué par Credit Suisse a répondu à deux objectifs importants pour lesquels cet outil a été introduit dans la réglementation TBTF: d'une part, la stabilisation de Credit Suisse a ainsi été assurée aussi par des capital-risqueurs privés dans le cadre d'une aide publique apportée à une SIB. D'autre part, la constitution de fonds propres de base durs correspondante a été décisive pour dégager une marge de manœuvre absolument nécessaire pour absorber les pertes persistantes de Credit Suisse et mettre en œuvre les mesures visant à garantir la stabilité du système financier national et international.

7.4.1.4 Capacité de *bail-in*

La capacité de *bail-in* existante aurait permis d'accroître encore les fonds propres CET1 de Credit Suisse au moyen d'un *bail-in* (partiel) si les autorités avaient privilégié un assainissement ou si la solution de l'acquisition par UBS avait échoué. Cela dit, disposer d'une capacité de *bail-in* d'un volume suffisant (*gone concern*) est une condition nécessaire mais non suffisante pour l'assainissement réussi d'une SIB.

7.4.1.5 Exigences en matière de publication

Les exigences concernant la publication des indicateurs de fonds propres ont pour effet d'assagir la politique de distribution des banques en les incitant à afficher un volant supérieur aux exigences réglementaires. En temps de crise, cet effet peut toutefois se révéler négatif (par ex. sous la forme de suppléments de refinancement plus élevés ou d'une volatilité accrue des cours) lorsqu'il limite fortement les perspectives de bénéfices susceptibles d'être distribués.

7.4.2 Enseignements tirés de la crise et nécessité d'agir

7.4.2.1 Les indicateurs de fonds propres reflètent une situation à un moment donné

La conformité des fonds propres aux exigences réglementaires ne suffit pas à garantir la confiance dans la banque⁹². En effet, les indicateurs réglementaires reflètent la dotation en capital d'une banque à un moment précis en fonction des définitions régle-

⁹² Le groupe d'experts «Stabilité des banques» constate également dans son rapport du 1^{er} septembre 2023 (p. 70) que, même si Credit Suisse respectait les exigences réglementaires, des suppositions justifiées ont circulé selon lesquelles la banque était moins bien capitalisée que ne l'indiquaient les chiffres agrégés.

mentaires, sont parfois difficiles à interpréter et ne sont pas entièrement axés sur l'avenir.

Dans cette perspective, se focaliser sur les indicateurs réglementaires est trop restrictif car on omet de prendre en compte des facteurs plus prospectifs (tels que la capitalisation boursière, les primes pour couverture de défaillance [*credit default swap* (CDS)], la rentabilité, les tests de résistance, la gestion d'entreprise ou le modèle d'affaires) et les informations qu'ils contiennent. Or ces facteurs fournissent parfois des signaux différents sur la résistance d'un établissement.

Dans le cas de Credit Suisse, la FINMA avait certes exigé des suppléments en fonction d'un examen prospectif du profil de risque de la banque, lesquels ont accru les exigences en matière de fonds propres. Il manque toutefois des règles claires concernant les suppléments spécifiques à un établissement, qui déploient immédiatement leurs effets sans pouvoir être retardés par des litiges interminables. Il en va autrement dans le domaine des liquidités, puisque l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiq)⁹³ prévoit expressément depuis sa dernière révision des majorations spécifiques aux établissements.

Dans le même cadre, une augmentation des fonds propres devrait aussi permettre de couvrir des risques accrus encourus par une SIB en raison d'une gestion des risques ou d'une gestion d'entreprise faibles.

7.4.2.2 La capitalisation des banques mères: un point faible critique

Le calibrage des exigences en matière de fonds propres s'est longtemps focalisé sur le groupe consolidé afin de garantir des conditions de concurrence équitables (*level playing field*) sur le plan international (voir ch. 7.2.3.1 à propos de l'ancien art. 125 OFR). Si les établissements individuels sont également soumis à ces exigences, différents allègements étaient et sont toujours prévus, notamment pour les banques mères.

L'un d'entre eux consiste à dispenser la banque mère de couvrir l'intégralité de ses participations par des fonds propres (voir encadré 3)⁹⁴. Les banques peuvent ainsi économiser des fonds propres en transférant des activités commerciales dans des filiales.

⁹³ RS 952.06

⁹⁴ À l'origine, l'OFR prévoyait la couverture intégrale des participations en exigeant que celles-ci soient déduites des fonds propres (ancien art. 32, let. j, OFR). Compte tenu du montant très élevé des participations de Credit Suisse et d'UBS (respectivement 75 et 45 milliards de francs), la mise en œuvre de cette règle stricte constituait un défi important pour les deux établissements. La FINMA leur avait par conséquent octroyé des assouplissements conformément à l'art. 125 OFR, de sorte que la déduction totale des participations n'a jamais été appliquée. Avec la révision de 2018 et l'entrée en vigueur de la nouvelle OFR au 1^{er} janvier 2019, la déduction a été remplacée par une pondération des participations en fonction des risques (voir annexe 4, ch. 1.6 et 1.7, OFR). La pondération en fonction des risques a permis de couvrir les participations avec une proportion moindre de fonds propres (environ 50 % après l'expiration du délai de transition, selon des estimations de l'époque). Sur le plan international, le CSF recommande une couverture intégrale de la TLAC interne par la TLAC externe ou une méthode de déduction équivalente (voir ch. 7.3.2.2).

Concrètement, la banque mère peut financer une partie des fonds propres d'une filiale au moyen de fonds de tiers obtenus à moindres coûts. Étant donné la structure de groupe verticale complexe des deux grandes banques suisses, les allègements de ce type attirent en général moins l'attention du public. Ils font d'ailleurs moins problème en dehors des périodes de crise, car le groupe est alors plutôt considéré dans sa globalité. En temps de crise, le regard peut rapidement dériver du groupe vers les établissements individuels et mettre en évidence la capitalisation de ces entités. Si la banque mère doit absorber les pertes d'une filiale, celles-ci ne sont que partiellement couvertes par des capitaux propres.

Dans une grande banque internationale telle que Credit Suisse, la structure complexe du groupe et les allègements accordés ont affaibli la capitalisation de la banque mère sur le plan structurel, faisant passer celle-ci du rang d'atout à celui de faiblesse pour la vigueur du groupe. Le marché en a pris conscience progressivement.

Durant la crise qui a emporté Credit Suisse, pendant laquelle les participations étrangères en particulier ont dû être réévaluées puis fortement amorties, la couverture en fonds propres fragmentaire de ces participations a aussi réduit de manière critique la marge de manœuvre stratégique. Bien que cela aurait favorisé la stabilisation et soulagé la banque au cours de la crise, il a été impossible de céder les participations étrangères au vu des conséquences difficilement supportables que cela aurait eu sur la dotation en capital de la banque mère. Ainsi, la vente de secteurs d'activité étrangers aurait entraîné de nouveaux amortissements des participations, mais comme ces participations n'étaient pas entièrement couvertes par des fonds propres au sein de la banque mère, celle-ci n'aurait rapidement plus respecté les exigences en matière de fonds propres.

Le même effet se serait produit si des autorités étrangères avaient pris des mesures de cantonnement (*ring-fencing*), c'est-à-dire si elles avaient décidé de détacher du groupe les filiales locales pour les fermer, au lieu de soutenir un assainissement de l'ensemble du groupe sous la direction de la FINMA. Les participations correspondantes auraient alors plus que probablement perdu toute valeur dans le bilan de la banque mère, qui aurait donc subi une perte à hauteur de ces participations. Comme la banque mère n'était tenue de détenir des fonds propres que pour une partie des participations, elle aurait été confrontée à un manque de capital substantiel. En cas de liquidation par voie de faillite (par ex. en cas de déclenchement du plan d'urgence), les clients et les créanciers de la banque mère auraient subi des pertes importantes, tandis que ceux des filiales auraient été mieux lotis.

Les imbrications au sein d'un groupe permettent aussi une double comptabilisation (*double leveraging*), qui peut conduire à une optimisation malsaine de la situation en matière de fonds propres, par exemple lorsque des fonds de tiers sont empruntés sur le marché et distribués en interne sous forme de fonds propres. Le *double leverage ratio*, qui mesure ce rapport, s'en trouve augmenté. La FINMA avait certes réussi à conclure un accord avec Credit Suisse afin de limiter le *double leveraging*, mais il manque des dispositions claires au niveau de la loi ou de l'ordonnance pour limiter ou interdire une telle optimisation.

7.4.2.3 Évaluation prudente et valeur des postes du bilan

La capacité des fonds propres de base durs à supporter les pertes peut manquer de transparence pour les acteurs du marché, car elle est influencée par des normes d'évaluation prudentielles et des filtres réglementaires qui sont pertinents pour toute une série d'actifs dans le bilan des banques tels que participations, logiciels, créances fiscales latentes (*deferred tax assets* [DTA]), actifs détenus jusqu'à l'échéance (*held to maturity* [HTM]), etc.

À cela s'ajoutent des incertitudes concernant les positions comptabilisées à leur juste valeur qui sont difficiles à évaluer (parce qu'elles sont dépourvues de prix de marché à jour ou de paramètres d'évaluation observables). À cet égard, les normes minimales de Bâle prévoient un dispositif d'évaluation prudente (*prudent valuation adjustments* [PVA]). Les ajustements effectués par UBS après l'acquisition de Credit Suisse témoignent de la grande marge d'appréciation dont disposent les banques: UBS a en effet procédé sur les positions comptabilisées à leur juste valeur de Credit Suisse à des corrections qui ont réduit les fonds propres CET1 de 2,2 milliards de francs. Ces corrections ont été nettement plus importantes que les PVA de 271 millions de francs que Credit Suisse avait déclarés fin 2022.

Lors de l'acquisition de Credit Suisse, UBS a augmenté de 4,5 milliards de dollars les provisions comptables pour risques juridiques et réduit de 2 milliards la valeur des logiciels. Elle a en outre procédé à des corrections de valeur de 4,5 milliards de dollars sur les promesses de crédit et les garanties de Credit Suisse. Ces ajustements ont globalement réduit le CET1 de 16,8 milliards de dollars lors de l'acquisition. Il s'agit majoritairement de corrections de valeur devenues nécessaires dans le sillage de la réunion des deux groupes bancaires⁹⁵.

Dans l'UE, les règles de calcul des PVA sont plus rigides qu'en Suisse: depuis 2014, les grandes banques doivent en la matière y adopter l'approche dite principale (*core approach*). Cela consiste, en cas d'incertitude sur la juste valeur d'une position, à calibrer les PVA de manière à obtenir une évaluation prudente, sûre à 90 %. Du fait de ces règles plus strictes, les pairs européens présentent des PVA relativement élevés.

⁹⁵ Ce chiffre inclut une compensation de 5 milliards de dollars que la FINMA a accordée essentiellement pour des corrections de valeur liées aux taux d'intérêt de crédits. UBS doit procéder à la réduction à zéro intégrale et linéaire de cette compensation d'ici au 30 juin 2027. Dans le sillage de l'acquisition de Credit Suisse, UBS a donc converti à la norme comptable IFRS qu'elle utilise elle-même les actifs et les passifs que Credit Suisse avait inscrits au bilan selon la norme comptable US GAAP. Selon la norme IFRS 3 «Regroupement d'entreprises», en cas de regroupement, l'acquéreur doit évaluer tous les actifs identifiables acquis et les passifs repris, y compris les engagements conditionnels, à leur juste valeur à la date d'acquisition ou d'exécution. Concrètement, il en a résulté des ajustements de l'évaluation des actifs et des passifs (*fair value adjustments*) de -14,7 milliards de dollars, des provisions supplémentaires destinées à couvrir d'éventuelles pertes dues à des litiges ou à des questions réglementaires ou autres de -4,5 milliards de dollars, des corrections de valeur des actifs incorporels de -0,9 milliard de dollars, et des ajustements de la juste valeur d'actifs et de passifs non financiers de -0,6 milliard de dollars. À cela s'ajoutent des ajustements d'un montant de -4,1 milliards de dollars dus au passage de la norme US GAAP à la norme IFRS. En tout, l'acquisition a entraîné des corrections de valeur de -24,8 milliards de dollars net dans les fonds propres réglementaires. Les fonds propres de base durs réglementaires ont fondu de -16,8 milliards de dollars.

Chez HSBC, Barclays, Deutsche Bank, Société Générale et BNP Paribas, la médiane de ces ajustements s'élevait fin 2022 à 1,6 milliard de dollars.

Les règles européennes sont aussi plus strictes que les suisses s'agissant de la possibilité de déduire les logiciels. Les banques de l'UE peuvent certes prendre en compte au titre des CET1 leurs logiciels portés à l'actif du bilan, mais ils doivent les amortir intégralement dans un délai maximal de trois ans pour le calcul des fonds propres, indépendamment du traitement comptable. Pour les banques suisses, seules les normes comptables s'appliquent à ce sujet.

Ce genre de différence prend un relief particulier par rapport au niveau d'endettement élevé des banques. Avec un ratio d'endettement de 5 à 6 %, les corrections d'évaluation, même faibles, ont des conséquences lourdes pour l'état des fonds propres d'une banque.

7.4.2.4 Rôle d'absorption des pertes des fonds propres AT1 dans le *going concern*

Du point de vue réglementaire, les emprunts des banques ne peuvent être pris en compte au titre de fonds propres AT1 et servir ainsi à remplir les exigences en matière de fonds propres qu'en respectant un ensemble de conditions strictes. En Suisse, ces conditions sont définies dans l'OFB et se basent strictement sur la norme du CBCB. Outre de nombreuses autres conditions fixées aux art. 27 et 29 OFB, un emprunt peut être pris en compte au titre de fonds propres AT1:

- s'il est à durée illimitée et que la banque ne suscite aucun espoir de remboursement (art. 27, al. 1, let. b, OFB); et
- si le contrat prévoit que les instruments amortissables sont amortis et les instruments convertibles convertis en actions au plus tard avant le recours à une aide des pouvoirs publics ou lorsque la FINMA l'ordonne afin d'éviter une insolvabilité.

Comme l'expose le CBCB dans ses conclusions sur les crises bancaires de 2023⁹⁶, la pratique qui s'est toutefois développée sur le marché au niveau international consiste à rembourser ou remplacer régulièrement, voire à la première occasion, les obligations à durée illimitée selon les exigences réglementaires. Cette pratique a suscité des attentes inadéquates pouvant avoir des conséquences fatales en cas de crise.

En effet, Credit Suisse voulait par exemple éviter d'envoyer un signal négatif aux marchés en omettant, même dans des conditions défavorables, de rappeler les instruments à la première échéance possible pour les remplacer par d'autres, plus chers. Toujours dans la crainte de la réaction des marchés, Credit Suisse a également renoncé à reporter le paiement des coupons, alors que les clauses contractuelles l'y auraient autorisé et que cela aurait pu fortement contribuer à soulager une trésorerie sous pression durant la phase de stabilisation, sachant que cette possibilité est réglée de manière contraignante dans les documents contractuels.

⁹⁶ CBCB, *Report on the 2023 banking turmoil*, 5 octobre 2023.

Les instruments de capital AT1 n'ont donc pas pu contribuer autant que prévu à stabiliser l'activité courante de la banque au début de la crise et notamment pendant l'année 2022. Au contraire, compte tenu des attentes du marché, ils ont encore renforcé la pression financière qui pesait sur la banque. Il est à supposer que ce problème n'est pas propre à Credit Suisse et se posera à nouveau durant les prochaines crises, ce qui implique de le traiter dans un cadre international (voir aussi les conclusions du CBCB).

Les clauses contractuelles définies lors de l'émission d'instruments AT1 peuvent prévoir un amortissement ou une conversion en fonds propres au choix de l'émetteur si un événement déclencheur (*trigger*) survient. Credit Suisse avait décidé, probablement au vu des préférences du marché, d'émettre des instruments comportant un abandon de créances (*write-off bonds*). En mars 2023, l'ensemble des emprunts AT1 en cours étaient de ce type. Les investisseurs savaient ou devaient savoir que les instruments de Credit Suisse prévoyaient un amortissement intégral. Les conditions contractuelles des emprunts AT1 Credit Suisse le mentionnaient en divers endroits, en soulignant l'importance des risques. Une partie des investisseurs AT1, malgré les primes de risque élevées visant à compenser les risques importants, ont toutefois eu l'air surpris de découvrir que les obligations devaient servir dans certains cas à absorber des pertes, comme le précisaient les conditions contractuelles conformément aux exigences réglementaires applicables au capital AT1.

Un autre aspect, qui a été peu évoqué dans le cadre de la crise de Credit Suisse, est celui du seuil de ratio CET1: selon les clauses contractuelles, le passage sous ce seuil entraîne «automatiquement» l'amortissement ou la conversion des emprunts. L'OFR, en conformité avec la norme du CBCB, précise que ce seuil doit être fixé à au moins 5,125 %. Concernant les emprunts AT1 de Credit Suisse, le seuil était en partie de 5,125 % et en partie de 7 % pour le ratio CET1 critique.

Les marchés semblent cependant attendre un ratio CET1 plus élevé et pourraient retirer leur confiance à une G-SIB à partir d'un ratio bien plus élevé. Le cas de Credit Suisse a en effet parfaitement montré qu'une G-SIB n'inspirant pas confiance pouvait risquer la faillite à partir d'un ratio CET1 bien supérieur. Dans ce contexte, une réévaluation critique des exigences réglementaires en matière de fonds propres AT1 s'impose au niveau international.

7.5 Mesures envisageables

7.5.1 Relèvement des exigences en matière de fonds propres par la déduction des participations ou le relèvement de la pondération-risque des participations de la banque mère

Le traitement des filiales à consolider au niveau du groupe est central eu égard à la capitalisation de la banque mère. Une mesure envisageable au niveau des fonds propres serait d'ajuster la couverture de l'ensemble des participations ou spécifiquement des participations étrangères, afin de renforcer la banque mère.

La variante la plus stricte et à la portée la plus vaste consisterait à déduire à nouveau entièrement les participations des fonds propres pris en compte, comme le prévoyait par le passé le dispositif TBTF. La mise en œuvre rigoureuse de cette variante aurait pour conséquence que les participations seraient entièrement couvertes par des fonds propres. Une autre possibilité serait d'augmenter la pondération-risque des participations, et de renforcer ainsi la capitalisation, partiellement ou dans une mesure similaire.

Cette mesure, qui permettrait de renforcer la banque mère, présente plusieurs avantages majeurs:

- Elle garantirait que les fonds propres transmis aux filiales ne puissent pas servir dans le même temps à couvrir d'autres risques au niveau de la banque mère, ou uniquement dans une bien moindre mesure. Cela augmenterait la marge de manœuvre stratégique en cas de crise en permettant, au besoin, la cession de participations dont la valeur a chuté sans que cette cession ait de grandes conséquences sur les fonds propres de la banque mère. L'effet serait particulièrement important au niveau des participations étrangères, ce qui plaide en faveur d'une augmentation ciblée de la couverture par les fonds propres des participations étrangères. Cela permettrait en même temps d'atténuer les conséquences sur les fonds propres de la banque mère d'éventuelles mesures de cantonnement (*ring-fencing*) prises par des autorités étrangères.
- Une augmentation de la couverture par les fonds propres des participations est de nature à inciter les banques aux structures complexes à réduire les imbrications internes et à ajuster si nécessaire la structure de leur groupe. Les ajustements de ce type augmenteraient encore les chances de succès des procédures d'assainissement. Cet impact souhaité dans le dispositif TBTF serait particulièrement important dans le cadre d'une mise en œuvre ciblée sur les participations étrangères, car il faut mettre en doute la valeur de ces dernières en cas de crise, en raison de la possibilité que les autorités de surveillance locales mettent en place un cantonnement (*ring-fencing*⁹⁷), voire une réduction progressive des opérations (*wind down*). Si ces participations sont considérées comme sans valeur en cas de crise, la banque mère doit être en mesure de supporter une perte équivalente. Dans le cas contraire, la banque mère, ses clients et ses créanciers subiraient d'importantes pertes au cours de la procédure de liquidation par voie de faillite (par ex. en cas de déclenchement du plan d'urgence), alors que les clients et créanciers des filiales seraient mieux lotis. Par conséquent, il faut déduire les participations étrangères des fonds propres pris en compte ou augmenter en conséquence leur pondération-risque.
- Comme exposé aux ch. 7.2.3.1 et 7.3.2.2, la mesure pourrait conduire au niveau du groupe financier à aller bien plus loin que les exigences à satisfaire en se concentrant sur le groupe consolidé (voir aussi l'encadré 3). Dans le passé, des assouplissements avaient donc été accordés pour que les G-SIB suisses

⁹⁷ On parle de *ring-fencing* lorsqu'une autorité de surveillance étrangère (par ex. en raison d'un manque de confiance dans la stabilité d'une banque) impose des exigences réglementaires plus élevées aux entités juridiques d'une G-SIB qui sont domiciliées sur son territoire ou limite la transférabilité du capital et des liquidités.

n'aient pas à détenir au niveau du groupe bien plus de fonds propres que les autres G-SIB. Il conviendrait de peser à nouveau les intérêts d'après les expériences faites pendant la crise de Credit Suisse.

- La mesure devrait être introduite pour toutes les SIB. En se concentrant sur les participations étrangères, elle concernerait dans les faits de manière très ciblée les SIB disposant d'un engagement élevé à l'étranger, à savoir les banques mères des G-SIB. Du point de vue de la concurrence, la limitation aux SIB présente toutefois l'inconvénient d'introduire une inégalité de traitement entre les SIB d'une part et les banques sans importance systémique dont l'engagement à l'étranger est important d'autre part.

Il serait possible de parvenir à une couverture intégrale par des fonds propres en déduisant les participations (étrangères) des fonds propres réglementaires ou en augmentant en conséquence la pondération-risque de ces participations. Dans la dernière variante, l'augmentation pourrait être progressive. Le calibrage de la pondération-risque conduisant à une couverture à 100 % des participations constituerait une mesure aussi forte qu'un changement de système vers une déduction complète. Dans ce cas, il faudrait évaluer de manière approfondie quel système offre les plus grands avantages.

Sur le plan international aussi, la Suisse s'engage pour renforcer la transparence sur la dotation en capital des banques mères.

7.5.2 Intégration de composantes prospectives dans les suppléments de fonds propres du pilier 2 spécifiques à chaque établissement

Il serait aussi envisageable d'inscrire expressément dans les bases légales que la FINMA est compétente pour fixer de manière systématique des suppléments de fonds propres du pilier 2 spécifiques à chaque établissement, qui intègrent des composantes prospectives. La FINMA vérifierait à intervalles réguliers, sur la base de tests de résistance et dans le cadre de son activité de surveillance ordinaire, si les exigences en matière de fonds propres prévues dans l'OFR pour les SIB sont suffisantes ou s'il faut prévoir d'autres exigences sous la forme de suppléments de fonds propres du pilier 2 spécifiques à chaque établissement. Pour ce faire, elle prendrait par exemple en considération:

- des facteurs spécifiques aux entreprises tels que le modèle d'affaires, la gestion d'entreprise, la complexité et la capacité de liquidation);
- des éléments tels que la rentabilité, les tests de résistance, les plans stratégiques et les profils de risques actuel et futur (y c. faiblesses ou carences de la gestion des risques);
- des indicateurs de marché tels que la capitalisation boursière, les primes CDS et les notations.

Cette mesure offre plusieurs avantages évidents. Elle intégrerait dans le système de couverture par les fonds propres un élément prospectif et renforce la sécurité juridique

concernant la mise en œuvre par la FINMA. Elle peut être appliquée selon les banques et les risques ainsi que de manière proportionnelle, et s'inscrit dans le cadre réglementaire et prudentiel international.

La publication des résultats est un paramètre à approfondir en ce qui concerne les tests de résistance prospectifs. Elle peut en principe avoir un effet disciplinant, mais la publication de résultats négatifs peut renforcer les crises. Dans le domaine particulièrement sensible des liquidités, le législateur a renoncé, lors de l'instauration des exigences TBTF, à la nécessité de publier les majorations spécifiques aux établissements, sur la base de la même réflexion.

7.5.3 Relèvement général de l'exigence de base (LR et/ou part RWA)

Un relèvement général substantiel des exigences en matière de fonds propres est également envisageable. Il a ainsi été demandé, notamment dans des interventions parlementaires⁹⁸, de relever nettement les exigences en matière de LR applicables aux G-SIB. Une autre possibilité consiste à relever l'exigence de base pondérée en fonction des risques (fonds propres minimaux et volant de fonds propres).

Le LR est conçu, en plus des exigences en matière de fonds propres pondérées en fonction des risques, comme un moyen simple de limiter l'endettement (*backstop*). Ce moyen n'est cependant pas contraignant, car il ne tient pas compte du détail des risques encourus par la banque. Un relèvement substantiel des seules exigences en matière de LR mettrait à mal le système actuel et devrait donc être associé à une nette augmentation des exigences en matière de fonds propres pondérées en fonction des risques.

L'avantage de cette mesure est que chaque augmentation des exigences en matière de fonds propres renforcerait la résistance des SIB. Celles-ci pourraient mieux absorber les pertes éventuelles, ce qui réduirait leur risque de faillite. Le durcissement des exigences réduirait du même coup la probabilité que survienne une crise financière (co-)occasionnée par une SIB suisse, qui mettrait en péril la stabilité des marchés financiers avec à la clé des conséquences potentiellement graves pour l'économie.

Cela dit, il faut garder à l'esprit que les SIB suisses sont en concurrence avec des banques suisses ou étrangères selon les champs d'activité. Étant donné que les exigences en matière de fonds propres entraînent des coûts pour la banque, il faut aussi veiller à la proportionnalité en définissant ces exigences. Il est difficile de donner un avis définitif sur les effets précis qu'aurait un relèvement des exigences en matière de fonds propres.

D'une manière générale, les coûts supportés par les banques concernées et leur clientèle sont en balance avec les avantages d'une stabilité financière accrue. Étant donné ses effets majoritairement positifs sur la stabilité financière, l'expertise Ammann et al.⁹⁹ considère un relèvement à la fois substantiel et mesuré des exigences comme une

⁹⁸ Par ex. motion 21.3910.

⁹⁹ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, p. 46.

solution appropriée, compréhensible et transparente. Pour le groupe d'experts «Stabilité des banques» par contre, il n'y a pas lieu de relever les exigences en matière de fonds propres.

Comparée aux autres mesures d'augmentation des fonds propres envisageables, l'augmentation générale de l'exigence en matière de fonds propres renforce le dispositif TBTF de manière moins ciblée, ce qui ne plaide pas en sa faveur. Tout relèvement substantiel des exigences en matière de fonds propres devrait concerner non seulement les SIB, mais aussi d'autres catégories de banques pour des raisons de répercussions sur la concurrence et de proportionnalité. Les exigences en matière de fonds propres pour le secteur bancaire suisse dans son ensemble sont cependant déjà en train d'être révisées en profondeur pour accroître leur sensibilité aux risques, dans le cadre de la mise en œuvre du dispositif Bâle III finalisé. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que la Suisse procède seule de son côté à un remaniement général plus poussé des exigences en matière de fonds propres applicables à toutes les banques¹⁰⁰.

7.5.4 Relèvement de l'exigence en matière de fonds propres en augmentant la composante progressive

Une autre possibilité consiste à relever les suppléments progressifs liés à la taille et à la part de marché des SIB tant en ce qui concerne la part RWA que le LR (art. 129, al. 2, et annexe 9 OFR). Toutes autres choses égales par ailleurs, le relèvement de la composante progressive se répercuterait, pour les SIB et notamment pour les G-SIB, sur les exigences applicables au groupe financier et sur celles applicables à chaque entité du groupe en Suisse.

Le renforcement de la progressivité pourrait inciter les SIB et en particulier les G-SIB à ne pas se développer excessivement, ce qui les contraindrait à accroître leurs fonds propres de manière disproportionnée. Cela permettrait de réduire les risques pour l'économie suisse. En ce sens, cette mesure aurait un impact plus ciblé qu'un relèvement substantiel général des fonds propres.

Il faut toutefois noter que les suppléments progressifs ont aujourd'hui déjà des conséquences considérables sur les exigences en matière de fonds propres. Cette mesure semble moins pressante, car dans l'ensemble, l'augmentation de la couverture des participations des banques mères contribuerait de manière plus ciblée au renforcement du dispositif TBTF.

L'augmentation des suppléments progressifs agirait en outre sur la concurrence en Suisse. Les SIB et notamment les filiales suisses des G-SIB sont soumises à des exigences proportionnellement plus élevées que les autres banques sur le marché national également. S'il peut être justifié que les filiales suisses des G-SIB soient soumises à des exigences plus strictes que les SIB non actives au niveau international ou les autres banques axées sur le marché intérieur suisse, cela pourrait ne plus être le cas si les suppléments progressifs venaient à augmenter.

¹⁰⁰ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, p. 82.

7.5.5 Structure du capital plus simple et plus intuitive

Une autre mesure envisageable consiste à simplifier les exigences en matière de fonds propres pondérées en fonction des risques, en se limitant par exemple à deux composantes: une exigence minimale (par ex. ratio CET1 de 10 %) et un volant unique (au moins 3 % des RWA en CET1). Il faudrait toutefois veiller à ce que les exigences quantitatives ne baissent pas par rapport à aujourd'hui.

L'un des avantages de cette solution, c'est qu'elle offre une traçabilité et une vérification simples du respect de ces exigences et une restitution transparente de la capacité à absorber les pertes. L'un de ses inconvénients, c'est qu'il faudrait renoncer à la composante progressive, et donc au moyen d'inciter les G-SIB à ne pas se développer excessivement, ce qui les contraindrait à accroître leurs fonds propres de manière disproportionnée. Inconvénient supplémentaire: on s'écarterait des normes internationales, ce qui rendrait les comparaisons des exigences plus difficiles. Cette mesure ne renforce pas le dispositif TBTF de manière ciblée. Il faudrait en outre résoudre la question d'une mise en œuvre proportionnelle appropriée pour les SIB par rapport aux autres banques.

7.5.6 Évaluation prudente et valeur des postes du bilan

Il est possible d'améliorer la qualité et la transparence des fonds propres réglementaires en durcissant les règles en matière d'ajustements d'évaluation prudents (*prudent valuation adjustments* [PVA]). On peut renforcer le traitement réglementaire des actifs présentant une valeur insuffisante en temps de crise tels que logiciels, créances fiscales latentes (*deferred tax assets* [DTA]) ou charges latentes sur des actifs détenus jusqu'à l'échéance (*held to maturity* [HTM]).

Dans ce contexte, on peut notamment vérifier si les banques suisses mettent en œuvre avec suffisamment de prudence les prescriptions du CBCB concernant l'évaluation prudente¹⁰¹ ou s'il faut durcir les règles à cet égard dans la réglementation suisse, à l'instar des règles de l'UE, par exemple.

Cette mesure est de nature à renforcer la transparence et ainsi la confiance des marchés dans la dotation en fonds propres des banques et notamment des SIB. La réduction des mauvaises surprises du fait des réévaluations en cas de crise constitue un autre avantage. Les fonds propres seraient par ailleurs relevés dans certains domaines ciblés, touchant les banques qui, comme Credit Suisse, exploitent de manière agressive la marge de manœuvre en matière d'évaluation.

¹⁰¹ Banque des règlements internationaux, *Basel Framework, Prudent valuation guide*, CAP50.

7.5.7 Instruments AT1

7.5.7.1 Renforcement de la fonction de porteur de risque du *going concern*

Le but de cette mesure est de garantir, comme le prévoient les normes internationales, que les instruments AT1 remplissent mieux qu'aujourd'hui leur fonction de porteur de risque dans le *going concern*.

Au niveau international, ce but peut notamment être atteint en adaptant les pratiques prudentielles collectives. Si le remplacement des emprunts AT1 par l'émetteur n'est plus permis qu'exceptionnellement et ne constitue donc plus la norme, les attentes vont aussi évoluer sur le marché. Il sera alors davantage possible, en cas de crise, de renoncer au renouvellement onéreux de ces obligations sans pour autant envoyer un signal inhabituel de faiblesse.

Il est aussi envisageable de préciser et renforcer dans les exigences réglementaires les conditions à remplir pour que des emprunts puissent être pris en compte au titre de fonds propres AT1. Il serait par exemple possible de garantir une meilleure capacité d'absorption des pertes dans le *going concern* et en phase de stabilisation:

- en interdisant les paiements de coupons et les rachats en cas de pertes persistantes, selon des critères clairs (deux trimestres de suite, par ex.); ou
- en relevant le *trigger*, par exemple à un ratio de CET1 d'au moins 10 %.

Cette réflexion doit également être menée au niveau international, car l'idéal serait de mettre en œuvre une telle adaptation à l'échelle mondiale. Le CBCB prévoit lui aussi un renforcement de la fonction de porteur de risque des instruments AT1 comme mesure phare¹⁰².

7.5.7.2 Autorisation exclusive d'instruments convertibles

Cette mesure consiste à modifier les exigences réglementaires de sorte à autoriser uniquement les instruments AT1 convertibles, et donc à interdire les instruments AT1 comportant un abandon de créances (*write-off bonds*), en réponse aux critiques parfois émises quant au fait que, sous certaines conditions dans le cadre juridique actuel, la hiérarchie des créanciers n'est pas celle à laquelle on peut s'attendre dans la plupart des autres situations pour les emprunts AT1 amortissables. Il serait aussi possible d'adapter simplement la pratique de la FINMA.

Cette mesure ne renforcerait cependant pas la fonction de porteur de risque des instruments AT1 et ne contribuerait donc guère à renforcer le dispositif TBTF. En outre, cela supposerait de prendre en considération différentes questions de mise en œuvre, notamment en ce qui concerne les banques détenues par l'État. Avec une telle mesure, la Suisse choisirait de faire cavalier seul et de déroger aux normes du BCBC.

¹⁰² CBCB, *Report on the 2023 banking turmoil*, octobre 2023.

7.5.7.3 Remplacement des exigences AT1 par des exigences CET1 équivalentes

Cette mesure vise à accroître la qualité de fonds propres nécessaire pour satisfaire aux exigences *going concern*, tout en maintenant le montant et la structure des exigences en vigueur en matière de fonds propres. Concrètement, les exigences *going concern* ne seraient plus satisfaites que par des CET1, tandis que les instruments AT1 ne pourraient plus être comptabilisés.

Un avantage de cette solution, c'est qu'elle rendrait les exigences plus simples et plus transparentes. Les problèmes soulevés quant à la capacité d'absorption des pertes des instruments AT1 dans le *going concern* seraient alors de fait résolus par leur suppression. L'amélioration de la qualité des fonds propres permettrait en outre d'accroître la confiance des bailleurs de fonds (déposants compris) dans les banques. S'agissant du coût des fonds propres par rapport aux fonds de tiers, l'expertise Ammann et al. estime que les différences seraient négligeables¹⁰³.

En appliquant une telle mesure, la Suisse s'écarterait toutefois grandement de la norme internationale et de la pratique au sein d'autres juridictions. Les conséquences se feraient sentir sur l'ensemble du secteur bancaire. Les indicateurs de fonds propres seraient plus difficiles à comparer et les conditions de concurrence seraient moins équitables, en particulier pour les banques actives au niveau international.

7.5.8 Maintien du traitement fiscal actuel des fonds propres et des fonds de tiers

7.5.8.1 Digression: traitement fiscal des fonds propres et des fonds de tiers

Les entreprises peuvent couvrir leur besoin de financement au moyen de nouveaux fonds propres venant de l'extérieur (financement par émission de droits de participation) ou de l'intérieur, à savoir à l'aide de bénéfices non distribués (autofinancement), ou au moyen de fonds de tiers (financement par emprunt).

La charge fiscale pesant sur ces différents modes de financement dépend du type d'investisseurs. Pour les investisseurs étrangers et certains investisseurs suisses tels que des investisseurs institutionnels, qui ne sont pas imposables en tant que ménage, seule la charge fiscale au niveau de l'entreprise est pertinente. En revanche, pour les personnes physiques domiciliées en Suisse, la charge fiscale au niveau des ménages joue un rôle en plus de la charge préalable induite par l'impôt au niveau des entreprises.

Le tableau 4 présente les impôts grevant les différents modes de financement au niveau des entreprises et des ménages.

Au niveau des entreprises, aucun impôt ne grève le financement par emprunt, car les intérêts correspondants sont déductibles, en tant que charges, de la base de calcul de l'impôt sur le bénéfice. En revanche, si le financement repose sur les fonds propres,

¹⁰³ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 42.

cette base de calcul ne diminue pas, si bien qu'en cas de bénéfices, un tel financement est soumis à l'impôt sur le bénéfice, auquel s'ajoute l'impôt sur le capital. Le droit de timbre d'émission sur les fonds propres n'est prélevé que sur les fonds propres sous-crits hors de l'entreprise, c'est-à-dire sur le financement par émission de droits de participation. Il n'affecte pas l'autofinancement.

Tableau 4

Impôts au niveau des entreprises et des ménages

	Financement par des fonds propres		Financement par des fonds de tiers (financement par emprunt)
	Financement par émission de droits de participation	Autofinancement	
Au niveau des entreprises	Impôt sur le bénéfice	Impôt sur le bénéfice	
	Impôt sur le capital	Impôt sur le capital	
	Droit de timbre d'émission sur les fonds propres		
	Impôt anticipé sur les dividendes		Impôt anticipé sur les intérêts
Au niveau des ménages	Impôt sur le revenu provenant des bénéfices distribués	Impôt sur les gains en capital (généralement exonérés en Suisse)	Impôt sur le revenu des intérêts

Source : AFC

Ainsi, le financement par émission de droits de participation apparaît donc comme le mode de financement le plus onéreux pour les entreprises, suivi par l'autofinancement, alors que le financement par emprunt s'accompagne dans une large mesure d'une exonération d'impôt ou d'un dégrèvement.

L'impôt anticipé grève les investisseurs suisses uniquement en raison de la valeur temps de l'argent entre le moment de la perception et celui du remboursement intégral. Le financement par émission de droits de participation est touché par l'impôt anticipé sur les dividendes, tandis que le financement par emprunt est touché par l'impôt anticipé sur les intérêts. Pour les investisseurs étrangers, la charge induite par l'impôt anticipé dépend de la convention contre les doubles impositions (CDI) que la Suisse a conclue avec l'État partenaire concerné. En l'absence de CDI, cet impôt est perçu pleinement (35 %). Avec les CDI, la Suisse vise une absence d'imposition des intérêts, raison pour laquelle de nombreuses CDI prévoient un remboursement intégral de l'impôt anticipé et aucun impôt résiduel. En ce qui concerne les investissements directs, aucun impôt résiduel n'est en principe prélevé sur les dividendes (excepté pour les États-Unis: impôt résiduel de 5 %). En revanche, l'impôt résiduel sur les dividendes provenant de portefeuilles d'investissements est de 15 % dans les CDI types.

Au niveau des ménages, l'impôt sur la fortune grève de manière identique les différents modes de financement. Les intérêts des fonds de tiers sont intégralement pris en compte pour l'impôt sur le revenu, qui grève donc entièrement le financement par emprunt. C'est également le cas du financement par émission de droits de participa-

tion si l'investisseur ne peut pas bénéficier d'une imposition partielle des bénéfices distribués. Des impôts sont dus au niveau des ménages également en cas d'autofinancement, étant donné que le fait de conserver des bénéfices augmente la valeur de l'entreprise. En général, les gains en capital sont exonérés en Suisse, de sorte que l'autofinancement n'est frappé, au niveau des ménages, que par l'impôt sur la fortune grevant la cession de titres de participation.

La charge cumulée au niveau des entreprises et des ménages fait ressortir que, du fait de l'exonération des gains en capital, l'autofinancement est la forme de financement la moins onéreuse. Pour les investisseurs pouvant bénéficier d'une imposition partielle des bénéfices distribués (parce qu'ils détiennent au moins 10 % des fonds propres), le financement par émission de droits de participation arrive en deuxième position. Pour les investisseurs qui ne peuvent pas bénéficier d'une imposition partielle, l'ordre est légèrement différent parce que le financement par emprunt est souvent plus avantageux que le financement par émission de droits de participation en raison de la charge préalable induite par l'impôt sur le bénéfice et de l'imposition complète des dividendes.

Le tableau 5 ci-dessous résume le mode de financement à privilégier pour les différents types d'investisseurs compte tenu de la charge fiscale. Le mode de financement le plus avantageux est toujours mentionné en premier, le moins avantageux en dernier.

Tableau 5

Attrait des modes de financement en fonction du type d'investisseurs

Type d'investisseurs	Investisseurs étrangers et investisseurs institutionnels suisses	Personnes physiques domiciliées en Suisse pouvant bénéficier d'une imposition partielle	Personnes physiques domiciliées en Suisse ne pouvant pas bénéficier d'une imposition partielle
Attrait	1. Financement par emprunt	1. Autofinancement	1. Autofinancement
	2. Autofinancement	2. Financement par émission de droits de participation*	2. Financement par emprunt
	3. Financement par émission de droits de participation	3. Financement par emprunt*	3. Financement par émission de droits de participation

* Tendence qui ne se vérifie pas forcément dans tous les cantons.

Source : AFC

7.5.8.2 Maintien de l'exonération actuelle de l'impôt anticipé

Actuellement, les revenus des instruments TBTF (par ex. *bail-in bonds* ou *write-off bonds*) sont exonérés de l'impôt anticipé. Selon les directives prudentielles, les SIB doivent émettre les instruments TBTF par l'entremise d'une entité ayant son siège en Suisse. Vu le besoin de fonds par rapport à la taille de la place financière suisse, tous les fonds ne peuvent être placés auprès d'investisseurs suisses, tant s'en faut. L'exonération de l'impôt anticipé vise à garantir que les banques puissent émettre des instruments TBTF en Suisse à des conditions compétitives. Ce point est essentiel, parce

que les effets sur la stabilité financière pourraient être négatifs si les possibilités de se procurer des fonds sont insuffisantes.

Jusqu'ici, le Parlement renouvelait cette exonération à chaque fois pour une durée déterminée (le délai actuel court jusqu'en 2026), étant donné qu'une réforme complète de l'impôt anticipé était envisagée dans le but de renforcer, sur le plan économique, le marché des capitaux de tiers. Tous les investisseurs devaient être exonérés de l'impôt anticipé sur les obligations. Une nouvelle prolongation de la validité des exonérations existantes dans le cadre de l'impôt anticipé pour les intérêts issus des instruments TBTF se serait révélée sans objet avec l'entrée en vigueur de cette réforme, dans la mesure où elle aurait permis de mettre en place des conditions concurrentielles pour tous les emprunts, y compris les instruments TBTF. Lors de la votation du 25 septembre 2022, le peuple a cependant rejeté la modification de la loi du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé¹⁰⁴.

Dès lors, une prolongation du régime d'exonération pour une durée indéterminée est nécessaire, afin d'éviter toute répercussion négative sur la stabilité financière. Le maintien du privilège accordé à ces instruments par rapport aux autres obligations d'entreprises est donc conforme à l'intérêt général et, de ce fait, constitutionnel.

Une prolongation intermédiaire du régime d'exonération est en outre nécessaire afin d'éviter un vide juridique entre le 1^{er} janvier 2027 et l'entrée en vigueur du projet de loi basé sur les mesures proposées dans le présent rapport.

7.5.9 Bilan et train de mesures proposé dans le domaine des exigences en matière de fonds propres

Il convient en premier lieu de se demander si des mesures doivent réellement être prises au vu de l'analyse ou des nouveaux enseignements tirés sur le dispositif TBTF. Le Conseil fédéral répond par l'affirmative pour plusieurs raisons. Même si de nombreux éléments ont fait leurs preuves et que la capitalisation n'était, du moins à première vue, pas au cœur de la crise de Credit Suisse, le contexte n'est plus le même et de nouveaux enseignements ont été tirés.

Un train de mesures cohérent doit contribuer efficacement à prévenir les crises et, notamment pour des raisons de compétitivité, s'inscrire dans le contexte international. Dans le domaine des exigences en matière de fonds propres, il doit en outre offrir un équilibre entre les critères d'un bon rapport coût-utilité et une certaine universalité, c'est-à-dire l'efficacité dans divers scénarios (de crise) et diverses structures de banque. Si le relèvement général des exigences en matière de fonds propres, au moyen d'une adaptation des exigences en matière de LR ou des exigences pondérées en fonction des risques, améliore la capacité de résistance de toutes les banques, sa contribution au renforcement du dispositif TBTF risque de manquer de précision et d'efficacité. Il faut donc privilégier les mesures visant le renforcement et la transparence des exigences en matière de fonds propres applicables aux SIB, qui en outre clarifient les structures bancaires complexes et offrent une marge de manœuvre en cas de crise.

¹⁰⁴ FF 2021 3002

La crise ayant emporté Credit Suisse a montré qu'une SIB peut très bien se trouver au bord de la faillite alors même qu'elle remplit les exigences en matière de fonds propres, notamment en raison du caractère peu prospectif des exigences. Il faut par conséquent enrichir le train de mesures d'un instrument prospectif qui tienne compte de divers facteurs axés sur l'avenir et couvre par conséquent un large éventail thématique.

Une mesure de ce type s'intègre dans le cadre international et peut être mise en œuvre aussi bien en fonction des risques que des établissements, ce qui semble pertinent au vu des différences entre les SIB suisses. Concrètement, il s'agit de définir des suppléments spécifiques (suppléments au titre du pilier 2) pour chaque SIB sur la base de tests de résistance. La publication des différents scénarios de résistance et des résultats permettra par ailleurs de rendre plus transparente la capitalisation des banques concernées. Il faudra inscrire ce test de résistance dans la loi.

L'analyse a montré que les banques mères, en particulier, manquent de fonds propres pour que l'établissement puisse, en cas de crise, prendre des mesures de mitigation efficaces (vente d'entités commerciales étrangères notamment, par ex.). La capitalisation de la banque mère constitue en outre généralement un point faible potentiel dans le dispositif TBTF, en particulier dans le scénario d'une liquidation. La mesure de renforcement de la capitalisation des banques mères la plus efficace et la plus ciblée consiste donc à augmenter substantiellement la pondération-risque pour les participations étrangères au sein d'un groupe financier, une autre possibilité étant de déduire ces participations. Cela inciterait les SIB à réduire les imbrications internes et augmenterait les chances de succès des procédures d'assainissement.

Il s'agit d'un élément central du train de mesures, dont l'application stricte conduirait à relever substantiellement les fonds propres, notamment au niveau des groupes des G-SIB. La mise en œuvre stricte de cette mesure n'a jusqu'à présent pas été retenue dans le dispositif TBTF en raison des répercussions potentiellement importantes. Dans le nouveau contexte, où il ne reste plus qu'une seule G-SIB encore plus significative par rapport au PIB, une dotation en fonds propres renforcée supérieure à la moyenne internationale serait peut-être souhaitable et enverrait aussi un signal de solidité au sein du secteur de la gestion de fortune mondiale.

Par ailleurs, une mesure pertinente et ciblée porte sur le traitement des actifs pratiquement sans valeur en cas de crise, qu'il s'agira de durcir. La qualité de la couverture par les fonds propres s'en trouvera améliorée, notamment en cas de crise.

Les mesures présentées sont de nature à augmenter considérablement les fonds propres des SIB et notamment de la seule G-SIB restante. Il convient ici de tenir compte du fait que les suppléments progressifs actuellement appliqués ont déjà fortement augmenté les exigences pour UBS. La mise en œuvre du dispositif finalisé de Bâle III ainsi que la fin de certains allègements accordés à Credit Suisse («filtre réglementaire») obligent aussi UBS à respecter des exigences plus élevées et donc à détenir plus de fonds propres.

Pour des raisons de proportionnalité, de correspondance avec le cadre international, de viabilité économique ainsi que de ciblage de l'action, il convient donc de renoncer à d'autres mesures quantitatives étudiées, telles que le relèvement général des exigences en matière de LR ou l'augmentation des suppléments progressifs.

L'analyse pose, en dernier lieu, la question des mesures éventuelles dans le domaine des instruments AT1. Eu égard aux efforts internationaux, il faut avant tout renforcer la fonction de porteur de risque du *going concern*, par exemple en interdisant les paiements de coupons et les rachats en cas de pertes persistantes ou en relevant le seuil de déclenchement (*trigger*).

Afin de préserver la compétitivité des émissions suisses, il faut en outre prolonger au-delà de 2026 l'exonération, dans le cadre de l'impôt anticipé, des intérêts sur les instruments TBTF (voir ch. 7.5.8.2).

8 Exigences en matière de liquidités

8.1 Introduction

La stabilité d'une SIB exige non seulement une dotation suffisante en fonds propres et en moyens supplémentaires pour absorber les pertes, mais aussi une dotation en liquidités suffisante et des sources de liquidités solides.

La transformation des échéances est l'une des fonctions essentielles des banques, qui consiste à consentir aux ménages et aux entreprises, par exemple, des crédits à long terme tout en investissant dans des actifs illiquides par comparaison. Les banques reçoivent simultanément de leurs clients des dépôts à vue pouvant être retirés à court terme. Si un nombre plus important que prévu de clients retire ses dépôts à vue pour un montant global important, toute banque, même solvable, risque de se retrouver en difficulté. En effet, ses actifs sont durablement immobilisés, par exemple sous la forme de crédits octroyés, et ne sont donc pas disponibles à court terme pour honorer les retraits des déposants. La banque est donc vulnérable face aux risques de liquidité parce qu'en cas de crise, elle serait contrainte de vendre ses actifs illiquides moyennant des pertes importantes.

La réglementation en vigueur prévoit deux lignes de défense pour assurer les sources de liquidités.

Exigences en matière de liquidités (première ligne): les SIB doivent – comme toutes les banques – couvrir leurs besoins en liquidités en puisant dans leur portefeuille et en s'approvisionnant sur le marché. C'est pourquoi elles doivent, conformément aux exigences minimales fixées dans l'OLiQ, constituer une réserve de liquidités suffisante pour pouvoir assumer leurs obligations de paiement en période de crise. Depuis le 1^{er} janvier 2024, les SIB doivent en outre détenir des volants de liquidités supplémentaires par rapport aux autres banques (exigences réglementaires en matière de liquidités appliquées aux établissements TBTF). Par conséquent, la mesure consistant à renforcer la détention de liquidités par les banques à titre de première ligne de défense est déjà mise en œuvre.

Prêteur ultime (LoLR; deuxième ligne): dans certaines situations, ces exigences en matière de liquidités n'empêchent pas que les liquidités d'une SIB soient insuffisantes pour couvrir ses besoins en la matière. C'est pourquoi, à titre de deuxième ligne de défense, pour autant que les conditions soient réunies, il est possible d'obtenir davantage de liquidités au moyen de l'ELA de la BNS. Cette aide n'est cependant accordée qu'en échange de garanties suffisantes (voir art. 5, al. 2, let. e, en relation avec l'art. 9,

al. 1, let. e, de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale [LBN]¹⁰⁵). Les bases légales en vigueur ne précisant toutefois pas ce qu'il faut entendre par «suffisantes», il revient à la BNS de définir cette notion.

Mécanisme public de garantie des liquidités (PLB; troisième ligne): le projet du 6 septembre 2023 de modification de la LB¹⁰⁶ vise à fournir aux SIB une troisième ligne de défense sous la forme d'un PLB]. Ce mécanisme est nécessaire car malgré les deux premières lignes de défense, il n'est pas exclu qu'une banque, même solvable, doive faire face à des sorties de liquidités excédant les sûretés disponibles. La vitesse à laquelle les informations sont transmises numériquement et la rapidité des opérations bancaires en ligne, en particulier, accroissent la volatilité, générant ainsi de nouveaux défis. Ces problèmes de liquidités exposent la SIB à un risque de faillite, même si, par ailleurs, elle remplit les exigences réglementaires en matière de fonds propres et est solvable.

Le PLB vise à accroître *ex ante* la confiance des acteurs du marché dans la poursuite de l'exploitation de la SIB concernée. Il doit aussi permettre de fournir, temporairement et sous certaines conditions, les liquidités nécessaires pour exécuter l'assainissement ou la faillite de l'établissement et maintenir, dans le même temps, ses fonctions d'importance systémique.

Les chapitres qui suivent commentent séparément ces trois lignes de défense. Ils commencent par approfondir la question des exigences en matière de liquidités avant de débattre de la conception du prêteur ultime et du PLB.

8.2 Contexte

Les leçons de la crise financière de 2007–2008 ont incité la Suisse à modifier les exigences applicables aux banques en matière de liquidités et à instaurer des exigences spécifiques en la matière pour les SIB. Le régime révisé des liquidités est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. La Suisse a ainsi modifié rapidement après la crise les prescriptions en matière de liquidités datant de 1988, en instaurant des exigences plus strictes et mieux adaptées aux risques. Elle a agi sans attendre les développements internationaux, qui ont finalement abouti au ratio de liquidités (*liquidity coverage ratio* [LCR]) du CBCB.

Pour les SIB, le régime instauré en 2013 (et enrichi ultérieurement d'un ratio de financement (*net stable funding ratio* [NSFR])) a été remplacé par un nouveau plan de régulation qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2022.

Les chapitres qui suivent présentent d'abord les exigences en matière de liquidités auxquelles les SIB doivent satisfaire, puis celles qui s'appliquent à l'ensemble des banques (LCR, NSFR).

¹⁰⁵ RS 951.11

¹⁰⁶ FF 2023 2165

8.2.1 Exigences applicables aux SIB de 2013 à 2022

L'un des éléments-clés du régime des liquidités instauré en 2013 dans l'OLiQ pour les SIB était un scénario de crise qui associait une crise générale des marchés financiers à une perte de confiance des créanciers envers les banques. Les exigences en matière de liquidités imposaient que toute SIB soit en mesure de couvrir les sorties de trésorerie attendues sur 7 jours et sur 30 jours dans l'éventualité d'un tel scénario. Les SIB devaient notamment détenir une réserve appropriée en actifs liquides de premier ordre. Sur le plan conceptuel, ce régime anticipait de nombreux aspects du LCR instauré ultérieurement pour toutes les banques. Il partait cependant d'un scénario plus conservateur, en définissant un volant de liquidités plus vaste.

L'art. 52 LB prévoit un examen périodique des dispositions applicables aux SIB. Dans son rapport d'évaluation du 3 juillet 2019¹⁰⁷, le Conseil fédéral a chargé le DFF de procéder à une analyse approfondie des exigences en matière de liquidités applicables aux SIB. Cette analyse, menée en collaboration avec la FINMA et la BNS, a révélé que les exigences particulières en matière de liquidités que l'OLiQ imposait aux SIB depuis 2013 étaient insuffisantes et n'augmentaient pas toujours les liquidités détenues par rapport aux exigences relatives au LCR de 100 %, qui valent pour toutes les banques. La résistance accrue des SIB face aux chocs de liquidités exigée par la LB n'était donc pas garantie, et leurs besoins de liquidités en cas d'assainissement ou de liquidation n'étaient pas suffisamment couverts.

L'OLiQ a donc été révisée et le Conseil fédéral a mis en vigueur, le 1^{er} juillet 2022, un nouveau régime des liquidités assorti de nouvelles exigences que les établissements concernés doivent respecter intégralement d'ici à fin 2024¹⁰⁸. Pendant la période de transition de juillet 2022 à décembre 2024, les exigences en matière de liquidités fixées par la FINMA dans le cadre de la surveillance doivent être respectées.

8.2.2 Nouvelles exigences applicables aux SIB en vigueur depuis juillet 2022

La nouvelle réglementation¹⁰⁹ applicable aux SIB repose sur le LCR valable pour toutes les banques. Elle exige notamment que les SIB soient parées pour affronter une crise de liquidités de 90 jours (au lieu de 30 précédemment), en liant au scénario de

¹⁰⁷ FF 2019 5165

¹⁰⁸ Ce régime prévoit des exigences de base et des exigences supplémentaires spécifiques à l'établissement (voir chapitre ci-après). Les exigences de base doivent être remplies depuis le 1^{er} janvier 2024. Pour les exigences supplémentaires spécifiques à l'établissement, les établissements qui doivent constituer des liquidités bénéficient d'une période de transition jusqu'au 31 décembre 2024 pour augmenter progressivement leurs liquidités. Jusqu'à cette date, les exigences individuelles majorées en matière de liquidités fixées par la FINMA sont déterminantes, pour autant qu'elles ne soient pas inférieures aux exigences de base.

¹⁰⁹ Les nouvelles exigences de l'OLiQ applicables aux SIB sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2022, mais les banques ne doivent s'y conformer que depuis le 1^{er} janvier 2024 (RO 2022 359). Voir communiqué, Banques d'importance systémique: le Conseil fédéral adopte des modifications de l'ordonnance sur les liquidités, 3 juin 2022.

crise du LCR de 30 jours prévu par l'ancienne OLiQ un scénario supplémentaire de 60 jours.

Au-delà du scénario de 30 jours, la nouvelle réglementation soumet les SIB à des exigences de base et à des exigences supplémentaires spécifiques à l'établissement.

Les exigences de base couvrent les risques qui sont insuffisamment pris en compte dans les dispositions valables pour toutes les banques. D'une part, elles anticipent une réduction des entrées (donc une prolongation) pour les crédits arrivant à échéance¹¹⁰, et d'autre part, les SIB doivent détenir suffisamment d'actifs pouvant être pris en compte pour couvrir le besoin de liquidités qui résulte du risque d'une accumulation des sorties de trésorerie immédiatement à partir du 31^e jour (risques de seuil) et d'un scénario de crise avec un horizon de 90 jours.

Le scénario de liquidation de 60 jours s'appuie sur l'hypothèse d'une stabilisation progressive de la situation de la banque concernée après constatation du risque d'insolvabilité (PONV) par la FINMA au 30^e jour du scénario de crise et des mesures immédiates prises par la FINMA. Les exigences en matière de liquidités supposent donc que la SIB concernée surmontera la crise et poursuivra ses activités malgré un modèle d'affaires peut-être réduit ou modifié, comme l'illustrent les sorties nettes décroissantes de trésorerie entre le 31^e et le 90^e jour dans le scénario de 60 jours.

Les exigences découlant de l'horizon de 90 jours peuvent être remplies au moyen de titres supplémentaires moins liquides ou n'étant pas contrôlés par la gestion centrale des liquidités, en plus des actifs liquides de haute qualité (*high quality liquid assets* [HQLA], visés à l'art. 15 OLiQ) pris en compte dans le LCR. L'OLiQ définit cependant des décotes plus élevées pour ces actifs.

Outre les exigences de base renforcées, la FINMA peut fixer des exigences supplémentaires spécifiques à l'établissement. L'art. 25 OLiQ fournit une liste non exhaustive des éléments à couvrir, qui comprennent notamment les risques résultant des faits suivants:

- besoin de liquidité intrajournalière;
- marges initiales (*initial margins*);
- exigences de marge pour les opérations de financement de titres négociées hors bourse et réglées par l'intermédiaire d'une contrepartie centrale;
- rachat de ses propres instruments de créance (*debt buy-back*);
- financement significatif d'une société du groupe par des filiales;
- répartition des liquidités au sein du groupe financier non proportionnelle aux risques;
- besoin de liquidités pour un éventuel assainissement ou une éventuelle liquidation;
- gestion insuffisante du risque de liquidité.

¹¹⁰ Parce qu'on suppose que la banque ne perdra pas de clients et conservera l'intégralité de son portefeuille de crédits et d'hypothèques malgré la crise. En outre, une banque ne peut pas réduire considérablement le volume des crédits en un délai court sans qu'il en résulte des effets négatifs pour l'économie réelle.

Lorsqu'elle fixe les exigences, la FINMA prend en considération, entre autres, les évaluations des différents éléments faites par les banques. Les banques peuvent demander à la FINMA de prendre en compte, afin de couvrir les majorations, d'autres mesures leur permettant d'obtenir des liquidités en cas de crise. Le total de ces décotes ne peut pas être supérieur à celui des majorations.

Les SIB ne sont pas tenues de toujours satisfaire pleinement aux nouvelles exigences TBTF en matière de liquidités sur une base quotidienne pour atteindre l'objectif d'un volant de liquidités. On prend ici en compte une moyenne glissante: il suffit que la moyenne journalière du besoin de liquidités découlant des exigences sur la période glissante de trois mois qui prend fin à la date de référence soit couverte à tout moment par la moyenne journalière des actifs pouvant être pris en compte sur la même période.

Cette règle permet de mieux compenser les fluctuations journalières ou à court terme. Les exigences doivent cependant être couvertes sur une base quotidienne à 80 % au moins par les actifs pouvant être pris en compte. Par ailleurs, la nécessité de publier les exigences TBTF supplémentaires a été abandonnée afin de faciliter l'utilisation du volant en cas de crise de liquidités¹¹¹.

Les SIB doivent remplir les nouvelles exigences de base depuis le 1^{er} janvier 2024. Pour les exigences supplémentaires spécifiques à l'établissement, les établissements qui doivent constituer des liquidités bénéficient d'une période de transition jusqu'au 31 décembre 2024. Jusqu'à cette date, les exigences individuelles majorées en matière de liquidités fixées par la FINMA sont déterminantes, pour autant qu'elles ne soient pas inférieures aux exigences de base. Les exigences majorées de la FINMA constituent une solution transitoire visant à renforcer les liquidités des SIB et, notamment, à garantir que les actifs hautement liquides détenus ne diminuent pas pendant la période de transition vers le nouveau régime.

8.3 Comparaison internationale

La réglementation suisse en matière de liquidités applicable aux SIB est sévère par rapport au reste du monde. En effet, aucune des grandes juridictions internationales que sont le Royaume-Uni, les États-Unis ou l'UE ne possède d'exigences réglementaires de base applicables à partir du 30^e jour d'un scénario de crise de liquidités. Au Royaume-Uni et dans l'UE notamment, l'accent est mis sur la capacité des modèles à estimer le besoin de liquidités, et non sur la constitution d'un volant ex ante. Ces juridictions disposent d'un PLB au cas où, lors de la phase d'assainissement ou de liquidation, les besoins excéderaient la trésorerie existante des banques.

Le Royaume-Uni prévoit plusieurs majorations au titre du pilier 2 pour les risques non couverts par le LCR. Cette composante est comparable aux majorations spécifiques aux établissements de la réglementation suisse. Dans ce cadre, l'autorité de réglementation prudentielle (*Prudential Regulation Authority* [PRA]) applique elle aussi un

¹¹¹ DFF, *Commentaires relatifs à la modification de l'OLiQ*, 3 juin 2022, p. 7.

scénario de crise de 90 jours¹¹². Tout comme en Suisse, le montant des majorations n'est pas public.

Aux États-Unis, les dispositions relatives aux plans de liquidation (*Title I*) exigent notamment en matière de liquidités la modélisation du besoin de liquidités de toutes les entités opérationnelles sur une période de liquidation d'au moins 60 jours à compter de la survenance de la faillite ou de la mise en œuvre de mesures de liquidation ordonnées par les autorités, ainsi que la détention du volant de liquidités correspondant¹¹³.

Dans l'UE, le scénario de crise utilisé par la Banque centrale européenne (BCE) comporte un horizon de 180 jours¹¹⁴. L'UE, comme le Royaume-Uni, n'a pas strictement défini d'exigences réglementaires en matière de liquidités pour une phase d'assainissement ou de liquidation. Les autorités établissent d'éventuelles exigences supplémentaires au cours du processus de surveillance.

En examinant les HQLA détenus fin 2022 par les banques internationales comparables aux G-SIB suisses par rapport à leur engagement total¹¹⁵, on constate que les ratios affichés par Credit Suisse et par UBS sont comparables à ceux des G-SIB étrangères (voir tableau 6). À cette date, les SIB suisses n'étaient cependant pas encore tenues de respecter les nouvelles exigences de l'OLiQ.

Credit Suisse affichait à la fin de 2022, après la crise du mois d'octobre, un ratio HQLA¹¹⁶/engagement total comparable à ceux de Morgan Stanley et de Deutsche Bank. Seule Barclays arrivait au niveau d'UBS, avec un ratio de 23 %. Le ratio de Credit Suisse avant les sorties d'octobre était nettement supérieur (27 %) à celui atteint par les autres banques fin 2022.

¹¹² Banque d'Angleterre, Prudential Regulation Authority, *Statement of Policy on Pillar 2 liquidity*, juin 2019.

¹¹³ Le *resolution liquidity execution need* (RLEN; besoin de liquidités pour exécuter la liquidation) englobe les *minimum operating liquidity* (liquidités minimales pour l'exploitation) et le *peak funding need* (PFN; besoin de financement maximum). Le RLEN doit être recalculé quotidiennement pour chaque jour de la période de liquidation. Dès qu'il n'est plus couvert par les liquidités existantes, la direction de la société holding doit prendre les mesures nécessaires. Par conséquent, le RLEN comprend aussi un volant de gestion. Les *intermediate holding companies* (IHC) américaines des banques étrangères sont elles aussi soumises, dans leur plan de liquidation américain, à l'obligation de calculer le RLEN. Voir *Guidance for Resolution Plan Submissions of Certain Foreign-Based Covered Companies*, 9 décembre 2020.

¹¹⁴ ECB Banking Supervision, *Methodological note on ECB Sensitivity analysis of Liquidity Risk – Stress Test 2019*, février 2019.

¹¹⁵ L'engagement total correspond au dénominateur du ratio d'endettement maximal, c'est-à-dire à la somme des positions au bilan et hors bilan.

¹¹⁶ Dans le cas de la Suisse, les HQLA reposent sur la moyenne journalière pondérée sur 3 mois.

Tableau 6

**Rapport entre les HQLA et l'engagement total: comparaison internationale
(date de référence: 31 décembre 2022)**

En milliards de francs	Credit Suisse	UBS	Deutsche Bank ²	Barclays ^{3,4}	Morgan Stanley ⁵
HQLA	120	223	217	360	223
ET ¹	651	959	1233	1576	1305
HQLA / ET	18 %	23 %	18 %	23 %	17 %

¹ Engagement total

² Taux de change : EUR / CHF 0,99384

³ Taux de change : GBP / CHF 1,12373

⁴ Le Royaume-Uni a exclu les avoirs de la banque centrale de l'engagement total LR. Pour les besoins de la comparaison, ces avoirs sont pris en compte dans le tableau ci-dessus.

⁵ Taux de change : USD / CHF 0,93253

Source : FINMA

8.4 Évaluation

8.4.1 Effets positifs lors de la crise

8.4.1.1 Dotation en liquidités plus élevée qu'en 2007–2008

Credit Suisse présentait une dotation en liquidités nettement plus élevée que lors de la crise financière de 2007–2008. Cela tenait notamment aux exigences spécifiques de la FINMA visant à affronter les risques de liquidité accrus à l'échelon individuel de la banque.

Au troisième trimestre 2022, Credit Suisse affichait un LCR de 192 % à l'échelon du groupe. Cela correspondait à 227 milliards de francs de HQLA, soit 32 % du total du bilan de 700 milliards de francs. Cette dotation solide en liquidités a permis de résister à la première vague extraordinaire de sorties d'octobre 2022. Le LCR se maintenait à un niveau élevé du point de vue du groupe, y compris par comparaison avec les concurrents étrangers.

Fin décembre 2022, le LCR était descendu à 140 %, ce qui correspondait à 120 milliards de francs de HQLA détenus, lesquels représentaient plus de 20 % du total du bilan de 531 milliards de francs.

Il est difficile d'établir une comparaison historique directe avec la situation de Credit Suisse en matière de liquidités en 2007, car on ne disposait pas à l'époque de définition des HQLA. Une comparaison approximative est néanmoins possible: selon son rapport annuel, le groupe avait à sa disposition en 2007 pour 60 milliards de francs d'actifs liquides acceptés par les banques centrales, outre des liquidités à hauteur de 38 milliards de francs, pour un total du bilan de 1360 milliards de francs¹¹⁷. La somme des liquidités équivalait ainsi à 7 % du total du bilan. Dans ce même rapport, Credit

¹¹⁷ Credit Suisse Group SA, *Geschäftsbericht 2007*, pp. 99 et 178.

Suisse estimait que le volume de ses liquidités excédait largement les exigences réglementaires.

On peut en conclure globalement que du point de vue des liquidités, grâce aux nouvelles exigences réglementaires et aux mesures supplémentaires de la FINMA, la résistance des SIB était en 2022 nettement plus élevée qu'en 2007, leurs actifs liquides représentant une part du total du bilan plus de quatre fois plus élevée.

Du point de vue économique, l'augmentation de la dotation en liquidités renforce la stabilité des marchés financiers. La confiance des investisseurs dans la place économique suisse devrait donc augmenter et contribuer à la création de valeur et d'emplois, du fait de ses effets positifs sur les apports de capital et de connaissances.

8.4.1.2 Scénarios plus réalistes découlant des prescriptions TBTF en matière de liquidités

Les composantes TBTF réglementaires prévues dans l'OLiQ couvrent des risques importants qui sont apparus chez Credit Suisse. À titre d'exemple, on a vu clairement qu'une crise des liquidités peut durer bien plus longtemps que 30 jours ou que le besoin de liquidité intrajournalière peut être soumis à des fluctuations très fortes. On a notamment vu augmenter le besoin de marge pendant la crise du COVID-19. Le fait que les nouvelles prescriptions en matière de liquidités autorisent des exigences supplémentaires spécifiques aux établissements permet à la FINMA de calibrer ces exigences en tenant compte des enseignements de la crise actuelle.

8.4.1.3 Obligations de reporting plus sévères

Pour pouvoir évaluer correctement la situation d'une banque en matière de liquidités, la FINMA a impérativement besoin d'informations récentes tant sur les HQLA détenus que sur les sorties potentielles. L'art. 28 OLiQ oblige à cet égard les SIB à présenter mensuellement leur situation en matière de liquidités et à fournir les informations correspondantes dans les 15 jours suivant le dernier jour du mois. L'art. 17b, al. 5, OLiQ prévoit en outre que la FINMA peut non seulement imposer aux banques ne satisfaisant pas aux exigences du LCR de lui annoncer de manière rapide ce qu'il en est plusieurs fois par mois, mais aussi définir des annonces supplémentaires sur la situation des liquidités, en fonction de la durée et de l'ampleur du non-respect des exigences du LCR. Afin de permettre le recours aux volants de liquidités constitués en cas de crise, l'art. 26 OLiQ précise qu'un non-respect des exigences particulières TBTF en matière de liquidités est admis en cas de circonstances extraordinaires.

La possibilité d'accélérer la fréquence des annonces signifie que les banques doivent disposer en permanence de systèmes permettant d'établir rapidement l'état de la situation. Les G-SIB doivent pouvoir fournir à tout moment, avec un décalage aussi réduit que possible, des informations mises à jour quotidiennement que les régulateurs étrangers soient eux aussi en mesure d'interpréter. C'est dans cette optique que la FINMA a élaboré, avec des autorités de surveillance étrangères importantes des G-SIB, un modèle de compte rendu (*liquidity crisis template*) qui peut être activé en

cas de problème, même avant que les exigences réglementaires ne soient plus respectées. Ce modèle a été mis en place avant la crise de Credit Suisse, ce qui s'est révélé particulièrement utile.

8.4.1.4 Exigences concernant la publication des majorations de liquidité TBTF

Il faut absolument que les volants de liquidités constitués par les banques en période de prospérité puissent être employés en cas de crise sans créer de stigmatisation. La crise de Credit Suisse l'a confirmé. De ce point de vue, il paraît donc judicieux de maintenir la pratique actuelle et de ne pas exiger, dans la réglementation, la publication des exigences découlant des majorations TBTF.

8.4.2 Enseignements tirés de la crise et nécessité d'agir

8.4.2.1 Accroissement insuffisant de la dotation en liquidités

L'accroissement de la dotation en liquidités de Credit Suisse n'a pas suffi à empêcher la large perte de confiance et, en fin de compte, la menace d'insolvabilité. En outre, certaines contreparties ont réduit leurs limites tandis que les agents de règlement et les centrales de compensation se mettaient à exiger des garanties en liquidités plus élevées.

Quatre constatations s'imposent plus particulièrement:

- premièrement, avec les structures de financement en place, le besoin de liquidité en cas de crise de confiance aiguë était plus important qu'on ne l'avait pensé jusqu'alors;
- deuxièmement, les difficultés ne tenaient pas toujours aux titres HQLA mais aussi à l'encaisse en numéraire et aux avoirs après des banques centrales;
- troisièmement, il n'y pas eu de déclenchement automatique de mesures précoces, car la réglementation des liquidités ne prévoit pas de seuils en deçà desquels une intervention est obligatoire; et
- quatrièmement, la préparation de liquidités d'urgence sous forme de sûretés admises par les banques centrales s'est révélée insuffisante (voir ch. 9.4.2).

Une partie de ces éléments sont déjà largement pris en compte dans les exigences en matière de liquidités nettement plus strictes que les SIB devront appliquer intégralement d'ici à fin décembre 2024. En outre, compte tenu des constats faits dans le monde entier, il est nécessaire de poursuivre l'examen et d'envisager un renforcement de la dotation en liquidités des banques¹¹⁸. Afin de garantir des conditions de concurrence équitables (*level playing field*), ce renforcement doit tenir compte des efforts de réglementation internationaux dans ce domaine.

¹¹⁸ Voir Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, p. 41.

L'expertise Amman et al. conclut à ce propos que ce serait une erreur d'augmenter encore les exigences en matière de liquidités applicables aux SIB¹¹⁹. Doter la banque de liquidités suffisantes pour résister à une panique bancaire (*bank run*) serait insoutenable du point de vue de la gestion d'entreprise et non pertinent économiquement, car cela engendrerait pour la banque un coût d'opportunité trop élevé tout en réduisant fortement sa capacité à accorder des crédits. Selon l'expertise Ammann et al., pour couvrir un besoin de liquidité extrême, il faut donc recourir soit à d'autres moyens, soit à un prêteur ultime¹²⁰.

8.4.2.2 **Obtention de liquidités d'urgence et mesures prévues par le plan d'urgence en cas de pénurie de liquidités**

Du point de vue des liquidités d'urgence, la crise de Credit Suisse a montré que les sûretés disponibles pour les liquidités d'urgence des banques centrales ou en tout cas l'accès de la banque à ces liquidités n'avaient pas été suffisamment préparés (voir aussi le commentaire relatif au prêteur ultime). Les préparatifs en vue de l'utilisation des facilités de la BNS et de banques centrales étrangères constituent une étape non négligeable.

De même, les mesures génératrices de liquidités des plans d'urgence en cas de pénurie de liquidités (*contingency funding plans*) étaient insuffisantes pour restaurer les volants de liquidités après les fortes sorties de l'automne 2022. Credit Suisse a donc manqué de possibilités de générer des liquidités parce que certaines des mesures prévues étaient inapplicables (obtention de nouveaux dépôts), n'ont eu qu'une efficacité limitée (émission de titres de créance), ont tardé à déployer leurs effets ou n'ont été mises en œuvre qu'à regret afin de protéger l'activité de la banque (réduction du besoin de financement, notamment résiliation de prêts accordés avec à la clé une réduction des actifs au bilan).

8.4.2.3 **Disponibilité et transmissibilité des liquidités au sein du groupe**

Dans le cas de Credit Suisse, les exigences en matière de liquidités étaient focalisées, comme pour les fonds propres, sur une approche centrale de trésorerie pour l'ensemble du groupe financier. L'entité la plus importante à cet égard était la banque mère, car c'est là que les liquidités étaient gérées et distribuées au sein du groupe. La crise a révélé à l'échelon de la banque mère un important besoin de volants et une pénurie de sûretés. Face à cette situation difficile, la banque a notamment pris des mesures de précaution sous la forme de volants de gestion supplémentaires et de li-

¹¹⁹ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 40. Le *Group of Thirty (G30)* se montre lui aussi critique envers une augmentation des exigences en matière de liquidités. Voir *Bank Failures and Contagion: Lender of Last Resort, Liquidity, and Risk Management*, 9 janvier 2024, p. 2.

¹²⁰ Voir aussi *Group of Thirty (G30)*, *Bank Failures and Contagion: Lender of Last Resort, Liquidity, and Risk Management*, 9 janvier 2024, p. 2.

liquidités liées localement (*trapped liquidity*). Cela a eu pour conséquence, entre autres, qu'au niveau de la banque mère, le LCR ne pouvait plus passer au-dessous de 100 % en cas de crise idiosyncrasique.

De même, certaines entités ont eu besoin d'une forte dotation en liquidités à des fins opérationnelles, besoin certes couvert en partie par la liquidité intrajournalière conformément aux modèles internes de la banque, mais en partie seulement, car il était nettement plus élevé en raison des liquidités exigées dans les entités étrangères par le régulateur concerné. Il faut dès lors remettre en cause l'hypothèse, prévue par le dispositif de Bâle en vigueur et constituant la base de la mise en œuvre suisse, selon laquelle seules les liquidités qui sont détenues en vertu d'exigences locales et qui dépassent les sorties résultant du scénario doivent être exclues du LCR du groupe comme étant liées localement. Lorsque la crise n'affecte pas également toutes les entités, certaines d'entre elles conservent des liquidités qui peuvent certes être réglementairement prises en compte dans le groupe, mais qui ne sont pas disponibles au bon endroit pour couvrir les sorties et qui ne peuvent pas non plus être transférées facilement au sein du groupe en cas de nécessité. Outre les exigences locales, les limites internes du groupe peuvent jouer un rôle à cet égard.

8.4.2.4 Utilisation du volant de liquidités et stigmatisation

Pendant la crise, Credit Suisse considérait qu'il fallait absolument éviter que le LCR passe sous la barre des 100 % pour ne pas envoyer au marché des signaux négatifs supplémentaires (risque de stigmatisation).

Le LCR ayant été développé comme volant à utiliser en cas de crise, ne pas pouvoir passer au-dessous de l'exigence en la matière en raison d'attentes réelles ou supposées du marché, et donc ne pas pouvoir activer la fonction de volant, pose problème.

8.4.2.5 Fonction du LCR et du NSFR

Il faut aussi retenir que, comme dans le domaine des fonds propres, les indicateurs de liquidités réglementaires et la dotation élevée en liquidités n'ont pas permis, en reflétant la situation à un moment donné, de restaurer la nécessaire confiance des clients. Le respect des prescriptions en matière de liquidités n'a pas permis d'éviter ni d'arrêter la panique bancaire (*bank run*).

Le NSFR n'a pas non plus joué le rôle de sentinelle prévu comme indicateur d'un financement suffisamment stable, notamment, sans doute, parce qu'il était focalisé sur le financement à court terme sur le marché des capitaux comme source de risque principale: alors que le NSFR considère cette forme de financement comme instable, il ne reflète pas suffisamment le risque de sorties de fonds, puisqu'il attribue aux dépôts des clients une stabilité excessive.

8.4.2.6 Taux de sortie insuffisants dans le LCR

Le LCR prévoit pour certains dépôts (en particulier les plus volumineux d'entre eux) des taux de sortie nettement inférieurs aux valeurs observées. En outre, Credit Suisse détenait une forte proportion des dépôts de clients à vue ou avec un délai de résiliation court, ce qui a facilité les sorties rapides. Les nouvelles exigences TBTF prévoient certes expressément plusieurs facteurs de risque tels que le besoin de liquidité intrajournalière ou le besoin de liquidités pour un éventuel assainissement ou une éventuelle liquidation, mais le besoin en liquidités a augmenté pour d'autres raisons encore. Force a été de constater, notamment, que la transformation numérique, en l'occurrence les réseaux sociaux et les nouvelles technologies bancaires, a modifié le comportement des déposants en accélérant les retraits et en favorisant certaines réactions grégaires qui peuvent contribuer à déstabiliser une banque déjà affaiblie.

8.4.2.7 Prise en compte insuffisante des exigences en matière de devises

S'agissant des exigences en matière de devises, le LCR suisse était jusqu'à présent fortement focalisé sur la vue d'ensemble agrégée de toutes les devises et la vue en francs. Le LCR dans d'autres devises significatives n'est pas lié à une exigence expresse de montant.

La crise ayant emporté Credit Suisse a montré que la BNS a dû fournir à plusieurs reprises aux banques des liquidités en dollars à cause de besoins accrus dans ce domaine. Cela semble indiquer que la part en dollars des passifs d'une banque, par exemple Credit Suisse, devait être significative et aurait dû être surveillée au moyen d'un plancher de LCR spécifique en dollars.

8.4.2.8 Fourniture d'informations

En cas de crise, les incertitudes liées à la qualité des données et les retards affectant la fourniture de celles-ci constituent des obstacles considérables au rétablissement de la situation, qu'il faut par conséquent éviter. Il faut notamment que certaines données spécifiques, qui doivent être communiquées aux autorités dans le cadre du *reporting* journalier des liquidités (concernant, par ex., les sorties de fonds du jour ou l'état prévisible des liquidités au cours des semaines à venir) soient fournies dans une qualité fiable (voir ch. 12.1.2). On pourrait par conséquent durcir les exigences réglementaires dans ce domaine.

8.5 Mesures envisageables

Les chapitres qui suivent présentent l'éventail des mesures envisageables dans le domaine des liquidités, chacune étant jugée selon ses avantages et ses inconvénients. Les mesures sont également analysées dans leur ensemble, avec les mesures des chapitres «Prêteur ultime» et «Mécanisme public de garantie des liquidités», en fonction de

leurs interdépendances. Le ch. 10.4.2 tire le bilan des trois lignes de défense concernant les liquidités et propose un train de mesures concret.

8.5.1 Réexamen des exigences internationales en matière de liquidités

L'OLiQ récemment révisée prévoit déjà des mesures supplémentaires en ce qui concerne les exigences particulières en matière de liquidités posées aux SIB. Elle entraîne donc un net durcissement de ces exigences, qui sont particulièrement élevées en comparaison internationale. Si les risques de liquidité ne sont pas ou pas assez couverts par le LCR et les exigences de base, la FINMA peut en outre, en vertu de l'OLiQ révisée, fixer des majorations spécifiques à chaque SIB.

Sur le plan international, les exigences en matière de liquidités doivent être réexaminées et encore relevées en lien avec le LCR et le NSFR applicables à l'ensemble des banques. En leur qualité d'unités de mesure pour toutes les banques, le LCR et le NSFR font partie des normes internationales de régulation des liquidités. Il est important de leur appliquer des méthodes de calcul uniformes pour permettre leur comparaison internationale et des conditions de concurrence équitables. Si lors d'une crise, le LCR et le NSFR d'une banque sont inférieurs au seuil de 100 % exigé dans les normes internationales, les marchés risquent rapidement de réagir de manière négative. Dans l'agitation qui entoure la prise de décisions, la priorité des marchés ne réside en général par dans l'évaluation de la rigueur des critères nationaux qu'il faut respecter pour atteindre le seuil précité. Des exigences nationales strictes sont par conséquent de nature à créer des conditions de concurrence inéquitables pour les banques.

Il faut donc examiner les mesures envisageables dans ce domaine à l'aune d'une harmonisation des normes internationales. Le CBCB estime lui aussi qu'il est nécessaire, après les événements de mars 2023, de revoir la conception et la mise en œuvre opérationnelle des exigences en matière de liquidités prévues par les normes internationales¹²¹.

Lors des travaux qui porteront sur les normes internationales, la Suisse s'engagera concrètement en faveur d'un réexamen critique des exigences en matière de liquidités dans les domaines suivants:

- **Vérification des coefficients de sortie du LCR:** dans le domaine du LCR, on s'est rendu compte que les taux de sortie prévus par la réglementation pour certaines catégories de dépôts (en particulier les plus volumineux d'entre eux) ont été dépassés, alors que pour d'autres catégories, ils n'étaient pas atteints. On pourrait procéder à des modifications pour certaines catégories (par ex. à une augmentation pour les dépôts importants). En relevant les coefficients de sortie du LCR pour les sources de financement à court terme, on incitera aussi les banques à jouer sur la rémunération afin d'encourager leurs clients à privilégier les dépôts d'épargne ou à terme de longue durée par rapport aux dépôts à vue.

¹²¹ CBCB, *Report on the 2023 banking turmoil*, octobre 2023, pp. 24 s.

- **Utilisation des volants de liquidités:** la crise où s’est enfoncé Credit Suisse a montré que le LCR ne pouvait, dans les faits, pas passer sous la barre des 100 %, en raison de la stigmatisation que cela implique. La fonction de volant de cet indicateur n’a donc pas pu être activée. Les liquidités correspondantes devraient cependant pouvoir être utilisées de manière flexible en cas de crise, pour permettre aux SIB d’absorber les chocs de liquidités et de respecter leurs obligations de paiement même dans les situations exceptionnellement difficiles. Les normes internationales relatives au LCR pourraient par exemple être adaptées, afin de prévoir que les 100 % exigés se répartissent entre une partie servant de volant, pouvant donc expressément être utilisée, et une exigence minimale qui doit être respectée en tout temps.
- **Exigences minimales concernant la proportion de numéraire et d’avoirs auprès des banques centrales du LCR:** lorsque l’entité étrangère d’une banque n’a pas accès aux facilités de la banque centrale correspondante, il se peut que sa capacité à liquider des actifs soit limitée. Dans le cadre du LCR, une exigence minimale concernant la proportion des HQLA représentée par l’encaisse en numéraire et par les avoirs auprès des banques centrales peut avoir un effet réducteur sur les risques, à condition que l’entité concernée possède un compte à la banque centrale en question.

La crise qui a emporté Credit Suisse en mars 2023 a aussi montré que les agents de règlement et les centrales de compensation (étrangers surtout) se sont mis à exiger des garanties en liquidités plus élevées. Il paraît difficile d’instaurer une mesure nationale qui soit efficace dans ce domaine étant donné que de nombreuses affaires commerciales relèvent d’agents de règlement et de centrales de compensation étrangers. Ce genre de mesure nécessiterait une coordination internationale.

- **LCR en devises significatives:** en vertu de l’art. 17a, al. 4, OLiQ, la FINMA peut, dans des cas particuliers dûment justifiés, fixer des planchers pour les LCR en devises significatives. La crise de Credit Suisse a cependant montré qu’au-delà de cette disposition, il faut envisager de fixer un plancher réglementaire dans ce domaine. On pourrait instaurer un plancher contraignant pour les LCR en devises significatives, notamment en dollars, importante monnaie de refinancement, afin de réduire les déséquilibres entre les devises.
- **Traitement des exigences en matière de liquidités dans les entités étrangères:** l’exigence actuelle selon laquelle seules les liquidités qui sont détenues en vertu d’exigences locales (*trapping*) et qui dépassent les sorties résultant du scénario doivent être enregistrées comme étant liées localement suppose que la crise se manifeste d’une manière comparable dans toutes les entités. Il faut la remettre en cause. Les cas dans lesquels les liquidités ne sont pas intégralement transférables au sein du groupe financier devraient entraîner une exclusion plus sévère (voire totale) des liquidités détenues localement à l’échelon du groupe. Cela pourrait avoir pour conséquence, à l’extrême, une double tenue des exigences en matière de liquidités de l’entité concernée (ou de la dotation en liquidités de l’entité ne pouvant pas être imputée sur les exigences du groupe): à l’échelon de l’entité et à l’échelon du groupe.

- **Plafonds pour les sources de financement à court terme dans le LCR:** pour renforcer la structure de financement et réduire les risques de panique bancaire (*bank run*), il est possible de prescrire directement aux banques des limites en plafonnant les financements à court terme ou en restreignant les retraits de dépôts. Cela restreindrait toutefois excessivement les possibilités offertes à la clientèle des banques et représenterait une intrusion excessive dans le modèle d'affaires des banques. La réglementation ne doit pas lier les déposants à une banque et les exposer ainsi à un risque qu'ils n'assureraient pas d'eux-mêmes. La banque peut contrôler les échéances de son passif en proposant des produits de type dépôts d'épargne. Au lieu d'intervenir directement dans les possibilités de conception des produits en fixant des limites, on peut veiller, par une réglementation appropriée, à créer des incitations positives. Ainsi, les sources de financement dont l'échéance est supérieure à 30 jours sont déjà traitées favorablement dans le LCR. Les exigences particulières en matière de liquidités incitent encore davantage les SIB à opter pour un financement à long terme et allongent l'échéance à plus de 90 jours. En outre, le NSFR doit garantir que la stabilité du financement d'une banque à l'horizon d'un an est assurée. Les banques répondent à ces incitations réglementaires en proposant des produits spécifiques (par ex. au niveau des comptes d'épargne et des dépôts à terme).

Dans ce contexte, une variante plus légère est envisageable afin de limiter les financements manquant de stabilité: on pourrait fixer pour certaines sources de financement à court terme des plafonds dans le LCR que les banques ont le droit de dépasser, auquel cas des coefficients de sortie du LCR plus élevés s'appliqueraient. Cette solution, tout en laissant aux banques une certaine souplesse dans le choix des financements, les incite à opter pour une base de financement diversifiée et donc plus stable.

- **Exigences concernant l'encours minimal en actifs non HQLA admis par les banques centrales:** en cas de crise, seule la liquidation d'actifs non HQLA permet d'améliorer de façon significative le LCR déclaré. On pourrait à cet égard imposer aux banques de s'assurer qu'ils conservent un volume minimal de sûretés éligibles pour obtenir une aide extraordinaire sous forme de liquidités.
- **Définition d'une exigence en matière de HQLA par rapport au total du bilan ou au *leverage exposure*:** on pourrait instaurer dans le domaine des liquidités un indicateur moins dépendant des hypothèses de sortie et moins manipulable, à l'instar du ratio de levier: cet indicateur pourrait être défini par rapport à la part des HQLA dans le total du bilan ou dans l'exposition à l'endettement (*leverage exposure*).
- **Renforcement de la stabilité de la structure financière: coefficients ASF du NSFR:** dans le cas de Credit Suisse, le NSFR a révélé des problèmes dans la structure de financement en ne garantissant pas à celle-ci une stabilité suffisante. En effet, son paramétrage est trop focalisé sur les problèmes potentiels liés au financement sur le marché de gros (*wholesale funding*) et prend trop peu en compte le fait que les dépôts de clients ne sont pas non plus toujours stables. On pourrait modifier les coefficients de financement stable disponible

(*available stable funding* [ASF]) pour les dépôts de clients, notamment en ce qui concerne les dépôts très importants, afin d'encourager la prolongation des délais et la stabilité des dépôts.

- **Majorations spécifiques aux établissements dans le cadre du NSFR:** les nouvelles exigences applicables aux SIB en matière de liquidités qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2024 permettent à la FINMA de fixer des majorations spécifiques aux établissements pour les risques de liquidité qui ne sont pas ou pas suffisamment pris en compte par le LCR et par les exigences de base. La FINMA n'ayant pas de possibilité équivalente dans le cadre du NSFR, on pourrait imaginer de lui en ménager une en cas de risques affectant la structure de financement (en cas de diversification insuffisante du financement, par ex.).

8.5.2 Simplification de la diversification des sources de financement

Afin de faciliter la diversification des sources de financement, on pourrait envisager, en s'inspirant de la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG), l'instauration d'une loi générale sur les titres de créance couverts (*covered bonds*). Il faudra veiller dans ce cadre à ce que cette loi simplifie la diversification des sources de financement pour les banques sans engendrer de risques inédits ou supplémentaires pour l'État et les contribuables. Il faudra notamment tenir compte des interdépendances entre les titres de créance couverts, d'une part, et les mesures dans le domaine du prêteur ultime et le mécanisme public de garantie des liquidités prévu, d'autre part.

La LLG n'admet comme sûretés que les créances hypothécaires. Une loi sur les *covered bonds* permettrait d'y ajouter des actifs supplémentaires. L'émission de titres de créance couverts permettrait aux banques d'exploiter une nouvelle forme de financement à long terme, comme des crédits d'entreprise, et de réduire leur dépendance à l'égard des dépôts et de l'aide de la BNS et de la Confédération en cas de crise. Il faudrait cependant délimiter le terrain par rapport à la LLG. L'existence d'une loi sur les *covered bonds* ferait passer ces titres au rang de HQLA, ce qui augmenterait leur attrait dans le cercle des acheteurs potentiels et aiderait les banques à se conformer aux exigences en matière de liquidités. Il pourrait en résulter des imbrications supplémentaires entre les banques.

8.5.3 Fourniture d'informations

L'actualité et la fiabilité des données sont essentielles pour que les autorités puissent identifier à un stade précoce et juguler une crise de liquidité. Bien que l'art. 7 OLiQ le requière déjà implicitement, on gagnerait en clarté et en sécurité en inscrivant explicitement dans l'ordonnance les aptitudes requises pour traiter et fournir les données. On pourrait aussi améliorer les possibilités pour les banques de simuler rapidement des scénarios changeants.

8.5.4 Bilan et train de mesures couvrant les trois lignes de défense dans le domaine des liquidités

Le commentaire correspondant figure au ch. 10.4.2.

9 Prêteur ultime

9.1 Contexte

9.1.1 Définition du prêteur ultime

La BNS a notamment pour tâches d’approvisionner en liquidités le marché monétaire en francs suisses (art. 5, al. 2, let. a, LBN) et de contribuer à la stabilité du système financier (art. 5, al. 2, let. e, LBN). Du fait de ces attributions, elle joue le rôle de prêteur ultime¹²² en cas de crise. Le recours au prêteur ultime est la deuxième ligne de défense lorsqu’une banque ne dispose plus de liquidités propres suffisantes en cas de crise pour couvrir ses besoins.

En leur qualité de prêteuses ultimes, les banques centrales ont pour fonction, dans les situations de crise, de maintenir la stabilité du système financier par l’apport de liquidités. Si une banque ne parvient plus à se refinancer sur le marché, les banques centrales peuvent, dans le cadre de cette fonction de prêteur ultime et à certaines conditions, lui fournir une aide sous forme de liquidités en échange de sûretés. En Suisse, le principal instrument permettant de fournir une aide extraordinaire sous forme de liquidités est l’ELA.

La notion de prêteur ultime peut cependant aussi être considérée dans un sens élargi, c’est-à-dire que la fonction de prêteur ultime ne se limite pas à l’octroi d’ELA¹²³. Elle peut alors inclure l’utilisation adéquate de l’éventail de facilités étendu dont dispose une banque centrale et qui englobe les facilités ordinaires, à savoir, pour la Suisse, la facilité pour resserrements de liquidités (FRL) et la facilité intrajournalière. Dans le présent rapport, la notion de prêteur ultime renvoie à l’octroi d’une aide sous forme de liquidités durant une crise au titre de facilités ordinaires ou extraordinaires.

Il est incontesté qu’une banque centrale doit seulement intervenir comme prêteur ultime à titre subsidiaire, lorsque le financement par le marché n’est plus possible. Il faut en outre distinguer de ce rôle les opérations de politique monétaire régulièrement exécutées.

¹²² Concernant la notion de prêteur ultime, voir le dossier thématique sur la BNS *La BNS et son rôle de prêteur ultime*.

¹²³ TUCKER, p. 30, note 27.

9.1.2 Aides ordinaires sous forme de liquidités de la BNS¹²⁴

9.1.2.1 Facilité pour resserrements de liquidités

À titre de facilité ordinaire, la BNS met une FLR à la disposition des banques afin de leur permettre de faire face à court terme à un manque inattendu de liquidités. Les banques font face à des resserrements de liquidités en particulier lorsqu'il y a des retards dans les paiements attendus et qu'elles ne peuvent pas lever les fonds nécessaires à temps sur le marché interbancaire. Le recours à la FRL peut se faire au moyen de pensions de titres au taux spécial jusqu'au prochain jour bancaire ouvrable (*overnight*). La conclusion d'une pension de titres au taux spécial suppose qu'une limite a été ouverte au préalable par la BNS et que cette limite est couverte en permanence à 110 % au moins par des titres éligibles. Ces titres sont des actifs liquides de haute qualité (HQLA)¹²⁵. La limite détermine le montant maximal de liquidités qu'une banque peut obtenir.

9.1.2.2 Facilité intrajournalière

La BNS propose aussi la facilité intrajournalière: elle met à la disposition des banques, sans intérêts, des liquidités au moyen de pensions de titres afin de faciliter le déroulement du trafic des paiements et les transactions sur devises. La facilité intrajournalière doit être couverte à au moins 110 % par des titres que la BNS admet dans ses pensions. Les liquidités obtenues doivent être remboursées au plus tard à la fin du même jour ouvrable bancaire.

9.1.3 Aide extraordinaire sous forme de liquidités: l'ELA de la BNS

9.1.3.1 But et modalités

Si les liquidités d'une banque suisse ne suffisent pas et que celle-ci ne peut plus se refinancer sur le marché, la BNS peut mettre des liquidités à sa disposition sous forme d'ELA. Cette option doit exister, car il n'est ni réaliste ni pertinent d'un point de vue économique que les banques doivent disposer d'un volume de liquidités leur permettant de faire face sans aide extérieure, par exemple, à une panique bancaire (*bank run*) quelle que soit son ampleur¹²⁶. S'il est prioritaire que les banques prennent leurs propres mesures de prévention, le rôle de prêteur ultime de la banque centrale est pertinent et nécessaire d'un point de vue économique.

¹²⁴ BNS, *Directives générales de la Banque nationale suisse du 25 mars 2004* (état le 5 mai 2023), ch. 2.2.

¹²⁵ Voir ch. 9.2.5 pour plus de détails.

¹²⁶ Voir AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 24, et *Group of Thirty (G30), Bank Failures and Contagion: Lender of Last Resort, Liquidity, and Risk Management*, 9 janvier 2024, p. 2.

Il faut distinguer l'ELA des facilités ordinaires de la BNS, qui sont garanties par des HQLA. Ces facilités servent à assurer le bon fonctionnement des systèmes de paiement sans numéraire (art. 5, al. 2, let. c, LBN) et permettent aux banques d'augmenter leurs liquidités dans un bref délai afin qu'elles puissent satisfaire à leurs obligations de paiement en tout temps. Cela peut aussi s'avérer utile durant une crise.

Cependant, en cas de crise aiguë, une aide sous forme de liquidités octroyée en échange de HQLA, soit en échange d'actifs déjà très liquides, a en général une utilité limitée et n'améliore par exemple pas les ratios de liquidités de la banque¹²⁷. L'ELA, octroyée en sus de ces facilités ordinaires garanties par des HQLA, vise à ce que la BNS puisse, en cas de crise, accorder des liquidités à une banque en échange d'autres sûretés, notamment des sûretés moins liquides et moins négociables. Il faut éviter que des banques solvables se trouvent en incapacité de paiement simplement parce que leurs actifs illiquides ne peuvent pas être réalisés à temps ou que cette opération ne peut être effectuée qu'à un coût élevé.

La LBN dispose que les prêts doivent être suffisamment garantis (art. 9, al. 1, let. e, LBN). La notion juridique de garanties suffisantes est vague dans la loi et ménage délibérément une «grande marge d'appréciation» à la BNS, selon le message¹²⁸.

Les modalités de l'octroi de l'ELA sont précisées dans les directives de la BNS relatives à ses instruments de politique monétaire¹²⁹. Selon celles-ci, l'octroi de l'ELA est soumis aux conditions suivantes:

- La banque ou le groupe bancaire faisant la demande doit être important pour la stabilité du système financier. Cette condition ne renvoie pas à la définition légale d'une banque d'importance systémique au sens de l'art. 7 LB. La BNS peut donc accorder une ELA également à des banques sans importance systémique.
- La banque qui demande le crédit doit être solvable¹³⁰.
- L'aide en liquidités doit être complètement couverte en tout temps par des sûretés suffisantes¹³¹.

Ainsi, la BNS peut utiliser l'instrument de l'ELA pour contribuer à la stabilité de la place financière et participer à sa stabilisation. Elle ne dispose cependant pas de la compétence de donner des instructions et ne peut donc pas ordonner à une banque de préparer l'ELA ou d'y recourir. Même si une banque a préparé les sûretés nécessaires, elle ne peut pas prétendre à l'octroi d'une aide sous forme de liquidités de la BNS en cas de crise. La BNS décide de l'octroi au cas par cas, dans les limites de son pouvoir d'appréciation.

¹²⁷ L'utilité limitée de l'aide sous forme de liquidités octroyée en échange de HQLA s'explique par le fait que la banque peut généralement elle-même monétiser ceux-ci sur le marché. Néanmoins, on peut envisager des scénarios dans lesquels la banque n'a plus accès au marché et utilise les HQLA pour obtenir des liquidités de la banque centrale.

¹²⁸ FF 2002 5645, 5750.

¹²⁹ BNS, *Directives générales de la Banque nationale suisse sur ses instruments de politique monétaire du 25 mars 2004* (état le 5 mai 2023), ch. 6.

¹³⁰ La condition de solvabilité peut être remplacée par un plan de liquidation crédible rétablissant la solvabilité de la banque.

¹³¹ Art. 9, al. 1, let. e, LBN.

9.1.3.2 Éventail des sûretés ELA

La BNS accepte un plus large éventail de sûretés pour les ELA que pour les facilités ordinaires, notamment des sûretés qui ne répondent pas aux critères des HQLA, et qui sont donc d'une qualité moindre ou illiquides¹³².

Compte tenu de leur volume important, de leur valeur intrinsèque et de la standardisation, les hypothèques sur des immeubles sis en Suisse représentent une importante composante des sûretés ELA. En échange de l'ELA, la BNS accepte les sûretés hypothécaires des ménages et des entreprises jusqu'à 100 % des valeurs de nantissement (*loan to value*). Ainsi qu'on l'attend d'une deuxième ligne de défense, l'éventail des hypothèques acceptées est nettement plus large que celui admis pour les lettres de gage qu'une banque utilise pour se refinancer sur le marché. La BNS accepte en effet également les hypothèques sur les immeubles commerciaux (centrales d'émission de lettres de gage: uniquement hypothèques sur les immeubles résidentiels) et les immeubles jusqu'à 100 % de la valeur de nantissement (centrales d'émission de lettres de gage: jusqu'à 80 %)¹³³. Les hypothèques correspondent à environ 85 % du volume des crédits domestiques¹³⁴.

Outre les hypothèques, d'autres titres, qui ne se limitent pas aux HQLA, sont aussi acceptés comme sûretés en échange de l'ELA. La BNS accepte notamment les actions, les titrisations (par ex. titres adossés à des créances hypothécaires et titres adossés à des actifs), les obligations à faible notation ou libellées en monnaies étrangères. En outre, il faut tenir compte d'aspects opérationnels comme la transférabilité à la BNS. Grâce à l'intégration de dépositaires étrangers par la BNS, il est aussi possible d'utiliser pour l'ELA des titres comptabilisés à l'étranger.

Par contre, les crédits domestiques non garantis par une hypothèque (par ex. les crédits en compte courant aux entreprises, les crédits d'investissement, etc.) ne peuvent pas directement servir de sûreté. Ils doivent d'abord être titrisés.

De plus, la BNS accepte les crédits étrangers titrisés comme sûretés en échange de l'ELA¹³⁵. Cependant, elle n'accepte pas la reprise directe (non titrisée) de crédits étrangers, notamment en raison du risque de cantonnement (*ring-fencing*)¹³⁶ en cas de défaillance d'une banque ainsi que des risques imprévisibles liés aux lois locales et à la réalisation sur place.

Des marges de sécurité sont ménagées sous forme de décotes dans toutes les catégories de sûretés pour tenir compte des risques de fluctuation de valeur (exemple: une créance hypothécaire de 100 permet d'accorder des liquidités ELA à concurrence de 80,

¹³² BNS, La BNS et son rôle de prêteur ultime, 4^e question: «Comment la BNS détermine-t-elle les garanties pour une aide extraordinaire sous forme de liquidités?»

¹³³ Banque des lettres de gage, *Pfandbriefbank Pool du 31 janvier 2022*, graphiques 4.3 et 4.6.

¹³⁴ BNS, *Remarques introductives de la Direction générale*, conférence de presse, 21 septembre 2023, p. 5.

¹³⁵ Les crédits étrangers sont des crédits conclus avec des clients étrangers, des juridictions étrangères ou des crédits comptabilisés à l'étranger.

¹³⁶ Dans le présent rapport, les mesures de cantonnement désignent des exigences réglementaires ou des restrictions relatives aux sorties de fonds plus sévères que les autorités étrangères imposent à une filiale ou à une succursale d'une banque suisse.

la décote étant alors de 20). Les décotes varient selon la sûreté. La BNS les fixe pour chaque catégorie de sûretés en se fondant sur une analyse spécifique. Par exemple, les décotes pour un portefeuille d'hypothèques bien diversifié se situent entre 10 et 15 %. Ces décotes se rapportent aux crédits hypothécaires, déduction faite des apports non privilégiés des emprunteurs hypothécaires concernés. Cette déduction s'explique par le fait qu'en cas de défaillance de la banque, les emprunteurs hypothécaires disposant de dépôts non privilégiés peuvent demander à la BNS que ceux-ci soient pris en compte dans la dette hypothécaire¹³⁷.

9.1.3.3 Préparatifs pour l'octroi d'une ELA

Afin de tenir compte du fait qu'il s'agit d'un instrument d'urgence et d'atténuer les incitations inopportunes (*moral hazard*), il n'est pas possible de simplement recourir à l'ELA, contrairement à ce qui est le cas avec les facilités ordinaires. La banque doit en effet faire une demande spécifique et la Direction générale de la BNS doit l'approuver dans les limites de son pouvoir d'appréciation. L'une des conditions pour que la BNS octroie une ELA est que la banque soit solvable et viable ou que des mesures aient été engagées pour rétablir sa solvabilité et assurer sa viabilité. Pour l'évaluation de la solvabilité découlant d'une demande d'ELA, la BNS doit obtenir une attestation de solvabilité de la FINMA.

Les processus ELA sont consignés dans des protocoles d'entente (*Memorandum of Understanding* [MoU])¹³⁸ et testés régulièrement avec toutes les SIB. De tels MoU ont été conclus avec les cinq (désormais quatre) SIB. Les tests couvrent la fourniture des sûretés (titres, hypothèques), leur gestion (par ex. substitutions) et le versement des liquidités (en francs et en devises étrangères). Pour que les résultats des tests soient le plus réaliste possible, les tests sont réalisés en production, c'est-à-dire que les sûretés sont effectivement transférées à la BNS et que les documents légaux prévus à cet effet sont utilisés. Grâce à ces tests, la BNS s'assure que le recours à l'ELA, qui est un processus complexe du point de vue opérationnel et pour lequel le temps joue un rôle clé, fonctionnera comme prévu au besoin.

Les mesures que doit prendre la banque pour assurer la transférabilité des sûretés sont de nature aussi bien légale qu'opérationnelle:

- Pour les hypothèques par exemple, la banque doit s'assurer, sur le plan légal, que les contrats avec sa clientèle permettent la cession d'une hypothèque à des tiers et que les cédules hypothécaires correspondantes peuvent être transférées à des tiers.
- Sur le plan opérationnel, la banque doit par exemple disposer de systèmes informatiques qui permettent de sélectionner les hypothèques prévues pour garantir l'ELA et d'éviter que les mêmes hypothèques soient utilisées pour garantir différentes opérations.

¹³⁷ Sont réputés apports privilégiés les avoirs déposés auprès des comptoirs suisses et étrangers des banques et des maisons de titres suisses, à concurrence du montant maximum de 100 000 francs par créancier.

¹³⁸ Ces MoU sont conclus entre la BNS et les banques et ne sont pas accessibles au public.

S'agissant des titres, les canaux de transfert *ad hoc* doivent être établis et testés.

Ces travaux préparatoires peuvent entraîner des coûts considérables pour la banque et prennent du temps, par exemple si la banque doit adapter un grand nombre de contrats clients ou si, pour assurer la transférabilité des sûretés, elle doit titriser des crédits qu'elle a octroyés. De ce fait, ces mesures ne peuvent pas être réalisées à court terme, au moment où une crise s'annonce. Elles requièrent une planification à long terme.

9.2 Comparaison internationale

9.2.1 ELA

Dans les autres espaces juridiques, les notions d'*emergency lending* ou d'*emergency liquidity assistance* (ELA) ne renvoient pas toujours à la même chose qu'en Suisse. À l'étranger, par exemple, il arrive que le ministère des finances participe à la décision d'octroi de liquidités extraordinaires par la banque centrale. Il peut en outre aussi assumer un risque de perte. Par ailleurs, comme indiqué plus haut, à l'étranger, la fonction de prêteur ultime peut aussi être assumée dans le cadre des facilités ordinaires.

De manière générale, on peut noter ce qui suit concernant l'ELA dans la zone euro, au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada:

- Dans la zone euro, l'ELA désigne comme en Suisse l'octroi de liquidités par la banque centrale, en dehors des facilités ordinaires, sous condition de solvabilité et de couverture suffisante¹³⁹.
- Au Royaume-Uni, l'ELA peut présenter une composante fiscale. Selon les instructions et sur mandat du ministère des finances et en contrepartie d'une prise en charge correspondante des risques par l'État, il est possible de déroger aux principes de solvabilité et de couverture suffisante¹⁴⁰.
- Aux États-Unis, les conditions pour l'octroi d'un prêt d'urgence (*emergency lending; Federal Reserve Act 13[3]*) sont la solvabilité et une garantie suffisante. De plus, cette facilité doit être mise à la disposition d'un large cercle d'acteurs (*broad based eligibility*). Dans le cas du *Bank Term Funding Program* instauré en mars 2023 à titre de prêt d'urgence, la banque centrale (Federal Reserve System [Fed]) a été indemnisée par un mécanisme de garantie (*backstop*) du Trésor américain pour avoir renoncé à une décote sur les sûretés

¹³⁹ L'ELA est en outre imputée à la banque centrale du pays et non au système euro. Cependant, l'octroi des liquidités reste soumis au contrôle de la BCE, en particulier du fait des effets qu'il pourrait avoir sur le marché monétaire, voir BCE, *explications relatives à ELA et à la politique monétaire*.

¹⁴⁰ Banque d'Angleterre, *Memorandum of understanding on resolution planning and financial crisis management*, p. 7, ch. 39, octobre 2017: «Where the Chancellor directs the Bank to conduct a support operation, either to the financial system as a whole or to one or more individual firms, the Bank will act as the Treasury's agent. The Bank will set up a Special Purpose Vehicle (SPV), separate from the Bank's balance sheet, to effect the support operation. The Bank and the Vehicle will be indemnified by the Treasury».

acceptées dans le programme¹⁴¹. Les facilités réservées à un seul établissement de même que l'octroi de liquidités sans couverture suffisante ou à des établissements insolvables sont exclus.

- Au Canada, l'ELA est octroyée afin d'aider une banque à surmonter un resserrement de liquidités persistant, à condition que celle-ci soit solvable et que la couverture soit suffisante. L'ELA permet de fournir des crédits plus importants et sur des durées plus longues que les facilités ordinaires permanentes. Lors d'une crise bancaire, elle peut aussi être utilisée durant la phase de stabilisation ou à des fins d'assainissement ou de liquidation et permettre le maintien des fonctions d'importance systémique¹⁴².

9.2.2 Établissements pouvant bénéficier d'une aide sous forme de liquidités

À l'instar de la BNS, les banques centrales étrangères n'accordent une aide sous forme de liquidités qu'aux banques ou entités bancaires soumises à la surveillance de l'espace juridique correspondant¹⁴³. Aux États-Unis, la Fed peut aussi, en accord avec le ministère des finances, fournir des aides sous forme de liquidités à des établissements non bancaires à titre de prêts d'urgence (*Federal Reserve Act 13[3]*).

9.2.3 Condition de solvabilité

L'exigence relative à la solvabilité de la banque est une exigence standard des banques centrales lorsque des aides extraordinaires sous forme de liquidités sont sollicitées en dehors des facilités ordinaires¹⁴⁴. Tout comme la BNS, la BCE et la Banque du Canada prévoient que la condition de solvabilité puisse être remplacée par un plan d'assainissement visant à rétablir la solvabilité. Aux États-Unis par contre, la Fed ne dispose que de possibilités limitées pour financer des banques financièrement faibles. C'est ainsi que les banques solvables mais financièrement faibles perdent l'accès à certaines facilités ordinaires. En revanche, aux États-Unis, le fonds de garantie des dépôts bancaires (*Federal Deposit Insurance Corporation [FDIC]*) assume un rôle prépondérant, puisqu'il acquiert les banques en difficulté et met temporairement les ressources nécessaires à disposition.

¹⁴¹ Communiqué du *Board of Governors of the Federal Reserve System*, *Federal Reserve Board announces it will make available additional funding to eligible depository institutions to help assure banks have the ability to meet the needs of all their depositors*, 12 mars 2023.

¹⁴² Banque du Canada, Octroi d'une aide d'urgence.

¹⁴³ Comité sur le système financier mondial (CGFS), *Designing frameworks for central bank liquidity assistance: addressing new challenges*, CGFS Papers n° 58, avril 2017, ch. 4.

¹⁴⁴ CGFS, *Designing frameworks for central bank liquidity assistance: addressing new challenges*, CGFS Papers n° 58, avril 2017, ch. 5 et 6.

9.2.4 Sûretés

L'exigence selon laquelle les banques centrales sont tenues de n'octroyer des aides sous forme de liquidités qu'en échange de sûretés obéit à l'un des principes mondialement reconnus qui régissent la fonction de prêteur ultime. Sous certains régimes, ces sûretés peuvent être complétées ou remplacées par des garanties contre les pertes accordées à la banque centrale par l'État¹⁴⁵. Diverses banques centrales étrangères disposent de facilités ordinaires grâce auxquelles, en cas de resserrement, les banques peuvent obtenir des liquidités en échange d'un large éventail de sûretés. Le prix de ces facilités, basé sur un intérêt supérieur au taux du marché, est en général conçu de manière à ce que la banque n'ait pas intérêt à obtenir des liquidités par cette voie dans des circonstances normales. Les établissements bancaires sont ainsi incités à se refinancer sur le marché en temps normaux (réduction des incitations inopportunes [*moral hazard*]).

9.2.5 Comparaison internationale des facilités

La comparaison des différents systèmes de prêteur ultime n'est pas aisée, car ceux-ci offrent la possibilité d'obtenir en cas de crise des aides sous forme de liquidités non seulement dans le cadre des facilités ordinaires mais aussi dans celui de l'ELA, qui permet d'accéder à des liquidités supplémentaires. Les facilités ordinaires sont plus faciles à comparer étant donné qu'il existe suffisamment d'informations publiques de qualité à leur sujet, ce qui n'est pas le cas pour l'ELA.

La comparaison entre les crédits et titres acceptés pour la facilité ordinaire de la BNS (FRL) et ceux du système euro, de la Banque d'Angleterre, de Fed et de la Banque du Canada montre que ces banques centrales acceptent un éventail de sûretés plus large (voir tableau 7). Par exemple, seuls les titres HQLA (qui n'incluent pas les hypothèques) sont comptabilisables dans le cadre de la FRL, alors que les sûretés acceptées par les banques centrales étrangères englobent les crédits et les titres n'étant pas des HQLA. De ce fait, les banques étrangères ont plus de possibilités que les établissements suisses de se procurer des liquidités au moyen des facilités ordinaires. Les crédits étrangers¹⁴⁶ et les actions sont exclus par toutes les banques centrales considérées dans le cadre des facilités ordinaires.

¹⁴⁵ CGFS, *Designing frameworks for central bank liquidity assistance: addressing new challenges*, CGFS Papers n° 58, avril 2017, ch. 5 et 6.

¹⁴⁶ Il s'agit en l'occurrence de crédits accordés à un client étranger, dans une juridiction étrangère ou de crédits comptabilisés à l'étranger.

Tableau 7

Comparaison internationale des sûretés acceptées; état en décembre 2023

		BNS		Eurosystème	Bank d'Angleterre	Fed	Banque du Canada	Eurosystème, Banque d'Angleterre, Fed ⁹ Facilités extraordinaires
		Facilité ordinaire	Facilité extraordinaire	Facilités ordinaires			Facilité ordinaire / extraordinaire ⁷	
		FRL	ELA	Facilité de prêt marginal	Fenêtre d'escompte	Fenêtre d'escompte	Mécanisme permanent de prise en pension / ELA ⁷	
Crédits	Hypothèques accordées aux ménages	Non	Oui	Non ²	Oui	Oui	Seulement pour l'ELA ⁸	Aucune information publique disponible ⁹
	Entreprises	Non	Si couverts par une hypothèque, d'autres crédits si titrisés	Oui	Oui	Oui	Oui	
	Autres crédits accordés aux ménages	Non	Si titrisés	Non ²	Oui	Oui	Oui	
	Crédits étrangers	Non	Si titrisés	Non ³	Si titrisés	Non ⁶	Non ³	
Titres	Actions	Non	Oui	Non	Non ⁵	Non ⁶	Non ³	
	Emprunts d'État	Oui ¹	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	
	Emprunts d'entreprises	Oui ¹	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	
	Titrisations	Oui ¹	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	
	Exigences concernant la devise et l'étranger	Émetteur de CH, UE, EEE, UK	Toutes les devises importantes sont acceptées, pour les titres étrangers, traitement possible par l'intermédiaire des dépositaires étrangers	Règlement dans la zone euro, libellés en euros ⁴	En général, uniquement des titres de UK, USA, EEE	Exigences plus sévères si pas en USD (par ex. pas de titres adossés à des actifs)	Seulement en CAD et en USD	

¹ HQLA² Exceptions dans le cas d'un *additional credit claim* (ACC): depuis 2011, les banques centrales nationales peuvent, à titre temporaire (temporary framework), accepter d'autres crédits. Une réévaluation du dispositif est prévue pour 2024. Les banques centrales nationales qui acceptent les hypothèques sont l'exception.³ Éventuellement possible sous forme titrisée⁴ Extension temporaire (temporary framework) aux USD, GBP, JPY⁵ Des mesures techniques ont été introduites au cas où il serait nécessaire d'y recourir.⁶ Possible dans certaines circonstances⁷ Cette colonne concerne tant la facilité ordinaire, soit le mécanisme permanent de prise en pension, que la facilité extraordinaire, soit l'ELA. La seule différence entre ces facilités réside dans l'acceptation des hypothèques comme sûretés. La Banque du Canada ne les accepte en effet que dans le cadre de l'ELA, comme indiqué à la note 8.⁸ Les hypothèques sont acceptées à titre de sûretés uniquement dans le cadre de l'ELA et seulement s'il n'y pas d'autres sûretés disponibles.⁹ Les sûretés prises en compte par la Fed dans le cadre des facilités extraordinaires sont déterminées au cas par cas. Il n'est donc pas possible de fournir ici des indications généralement applicables.Source : informations publiées par les banques centrales
Auteur du tableau : SFI

Si l'on considère l'éventail des sûretés acceptées à l'étranger pour les facilités ordinaires et celui des actifs acceptés par la BNS en contrepartie de la facilité extraordinaire qu'est l'ELA, il est difficile de procéder à une comparaison. En effet, dans le cadre de l'ELA suisse, les actions sont admises et les exigences quant au siège de l'émetteur et à la devise d'un titre sont généralement moins strictes. En revanche, la BNS, contrairement aux banques centrales étrangères, n'accepte les crédits non hypothécaires accordés aux entreprises et aux ménages que sous forme titrisée.

La comparaison des facilités extraordinaires, déterminante en fin de compte, est encore plus difficile. En raison du manque d'informations publiées sur le sujet, aucun détail n'est connu sur l'ELA proposée dans l'UE, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Il n'est donc pas possible de procéder à une comparaison détaillée des volumes de liquidités octroyés au titre de l'ELA. Au vu des informations disponibles, il est par ailleurs impossible d'établir une comparaison détaillée des décotes de risque appliquées par les banques centrales.

9.3 Évaluation

9.3.1 Mise en œuvre opérationnelle de l'ELA et besoins en devises étrangères

L'ELA, qui a été créée sur la base de la LBN, intégralement révisée en 2003, a été utilisée pour la première fois en Suisse à l'occasion de la crise qui a touché Credit Suisse (voir ch. 5 pour un descriptif détaillé de la crise en question). On a alors constaté que même si les processus d'octroi des liquidités au titre de l'ELA (ainsi que de l'ELA+ et du PLB) étaient complexes comme prévu, ils ont parfaitement fonctionné, d'autant plus que la BNS les avait déjà régulièrement répétés et testés avec les banques et qu'elle avait créé des canaux d'acquisition de devises étrangères¹⁴⁷.

Credit Suisse ayant perdu l'accès au marché *swap* des devises étrangères, la BNS a octroyé une large part de ces aides en devises étrangères. Le processus d'octroi de ces liquidités a pu être mis en œuvre avec succès.

9.3.2 Étendue des possibilités d'octroi de liquidités par le prêteur ultime

Face aux énormes sorties de capitaux enregistrées par Credit Suisse et aux garanties élevées en liquidités exigées par les agents de règlement et les centrales de compensation en mars 2023, la FRL et l'ELA venues compléter les liquidités propres à la banque se sont avérées insuffisantes. Il a fallu combler cette lacune au moyen de l'ELA+ sur la base du droit de nécessité et par l'activation d'un PLB. L'ELA+, qui a été créée sur la base du droit de nécessité à titre temporaire, ainsi que la FRL et l'ELA,

¹⁴⁷ La BNS peut émettre des francs suisses, mais elle ne peut pas émettre de la monnaie étrangère. Si elle ne dispose pas de réserves suffisantes de devises étrangères, elle doit tenter de les acquérir sur le marché ou auprès des banques centrales concernées.

qui elles existaient déjà, ont été déterminantes pour garantir le niveau de liquidités de Credit Suisse jusqu'au week-end des 18 et 19 mars 2023, ce qui a permis de mettre en place un dispositif visant à assurer la stabilité financière.

Pour éviter le recours au droit de nécessité, il aurait fallu des mesures de prévention plus rigoureuses, un financement plus solide, des possibilités accrues pour le prêteur ultime d'octroyer des liquidités et l'inscription du PLB dans la loi, telle que prévue (voir ch. 10). De plus, les sûretés préparées sur le plan opérationnel par Credit Suisse dans le cadre du dispositif en vigueur en vue d'une demande d'ELA n'étaient pas suffisantes. Il n'a par conséquent pas été possible de transférer à la BNS la totalité du volume des hypothèques comptabilisables de la filiale suisse. De plus, un important volume de crédits lombards¹⁴⁸ provenant de la banque mère n'a pas pu être utilisé parce que les titrisations requises par la BNS n'avaient pas été effectuées.

De plus, comme mentionné, la BNS n'a pas compétence pour ordonner à une banque de prendre des mesures opérationnelles pour préparer une ELA.

Par ailleurs, l'important volume d'actifs étrangers n'a pas pu être utilisé pour obtenir davantage de liquidités au moyen des facilités des banques centrales étrangères. Suite aux turbulences du mois de mars 2023, les autorités américaines ont encouragé les banques à intégrer davantage le guichet d'escompte (*discount window*) dans les plans de financement d'urgence¹⁴⁹.

Il convient toutefois de souligner que les besoins en liquidités de Credit Suisse dépassaient largement les besoins dont pu faire état d'autres banques jusque-là. La figure 6 compare l'aide sous forme de liquidités apportée à Credit Suisse à celle que les banques centrales ont fournie dans d'autres cas, le montant de l'aide étant indiquée en pourcentage du bilan¹⁵⁰. En moyenne, l'aide octroyée aux banques considérées atteint environ 6 % du bilan, le montant maximum alloué s'étant élevé à près de 15 %. Dans nombre de cas (notamment pour Hypo Real Estate, Fortis, RBS, HBOS et Commercial Paper Funding Facility de la Fed), l'aide sous forme de liquidités de la banque centrale était couverte intégralement ou en partie par des garanties de l'État. Dans les cas de

¹⁴⁸ Dans son rapport annuel de 2021, le groupe Credit Suisse fait état d'un volume d'environ 50 milliards de francs de crédits lombards (soit de crédits accordés à des particuliers et garantis par des titres). D'autres crédits cautionnés par des titres ont été accordés à des entreprises. Voir Credit Suisse Group SA, *Annual Report 2021*.

¹⁴⁹ Federal Reserve System, *Addendum to the Interagency Policy Statement on Funding and Liquidity Risk Management: Importance of Contingency Funding Plans*, 28 juillet 2023.

¹⁵⁰ La figure est issue de calculs internes qui se fondent sur les octrois de liquidités publiquement connus, mentionnés dans les sources suivantes: Fed (<https://www.federalreserve.gov/newsevents/reform-transaction-data.htm>), Bloomberg (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2011-08-21/wall-street-aristocracy-got-1-2-trillion-in-fed-s-secret-loans>), BNS (*Rapport sur la stabilité financière 2023* et communiqué du 8 novembre 2013 sur https://www.snb.ch/fr/publications/communication/press-releases/2013/pre_20131108), Ian Plenderleith (<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/news/2012/november/the-provision-of-emergency-liquidity-assistance-in-2008-9>), Bruegel (<https://www.bruegel.org/blog-post/emergency-liquidity-assistance-new-lease-life-or-kiss-death>), Banque nationale de Belgique (<https://www.nbb.be/doc/ts/publications/nbbreport/archives/bnb2008rat2.pdf>). D'une manière générale, une définition large de l'aide sous forme de liquidités a été adoptée: par exemple, les opérations menées à l'échelle du marché sous forme de mises aux enchères durant la crise financière mondiale sont prises en compte lorsque des informations correspondantes sur des établissements bancaires particuliers sont disponibles.

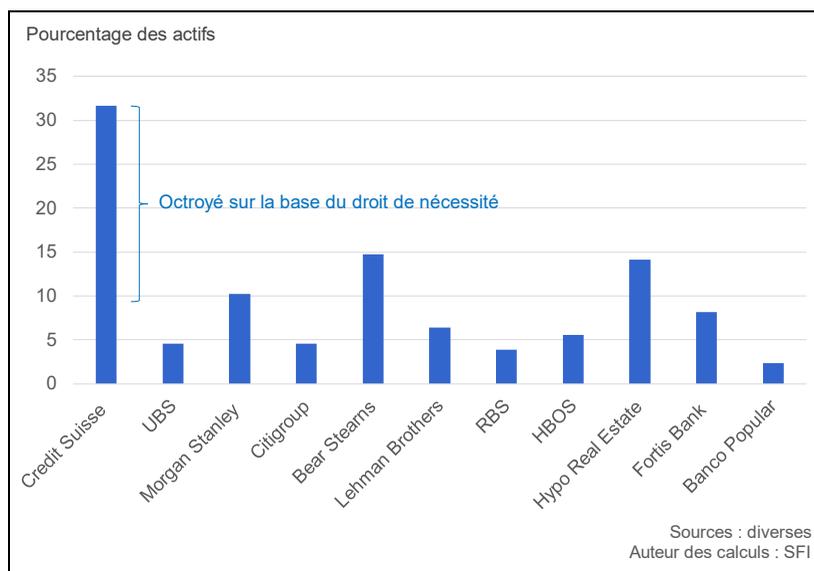
Lehman Brothers (6 % du bilan)¹⁵¹ et de Banco Popular (2 % du bilan), l'absence de sûretés répondant aux exigences de la banque centrale est considérée comme une des raisons ayant entraîné la faillite de ces établissements.

Credit Suisse a obtenu au total 48 milliards de francs ou 9 % de son bilan au titre de la FRL et de l'ELA. Si l'on tient aussi compte de l'ELA+ et du PLB accordés en vertu du droit de nécessité, l'aide fournie par la BNS totalise 168 milliards de francs, soit 32 % du bilan de Credit Suisse. Plus des deux tiers des aides reçues ont donc été accordées au moyen d'instruments créés sur la base du droit de nécessité.

La comparaison confirme que les besoins en liquidités de Credit Suisse s'élevaient à un niveau historiquement très élevé. La vitesse à laquelle les informations sont transmises numériquement et la rapidité des opérations bancaires en ligne risquent cependant d'accroître le volume des éventuelles sorties de liquidités. Le dispositif relatif au prêteur ultime, ainsi que la première et la troisième ligne de défense, devront donc tenir compte de tels scénarios extrêmes.

Figure 6

Aides sous forme de liquidités fournies par les banques centrales



¹⁵¹ Exposé de Ben S. BERNANKE, *Reflections on a Year of Crisis*, 21 août 2009: «Concerted government attempts to find a buyer for the company or to develop an industry solution proved unavailing, and the company's available collateral fell well short of the amount needed to secure a Federal Reserve loan of sufficient size to meet its funding needs».

9.3.3 Utilisation de l'ELA et stigmatisation

Tant la BNS (bilans mensuels, rapports trimestriels et rapports annuels) que la banque bénéficiant de l'aide (rapports périodiques, publication, selon le droit boursier, d'informations susceptibles d'influencer les prix) publient des informations qui font directement état d'un recours à des liquidités ELA ou qui fournissent à tout le moins des indices clairs en ce sens. En outre, lorsqu'ils sont importants, les montants obtenus, communiqués par d'autres canaux d'information, peuvent éventuellement retenir l'attention des autres acteurs du marché. D'importantes sorties de fonds (par ex. des retraits de dépôts) sont aussi visibles dans les rapports périodiques de la banque, même si le recours à l'ELA n'est pas divulgué. Outre les exigences légales et les dispositions du droit boursier, le risque d'une fuite d'information est toujours présent. Ainsi, les recours à l'ELA peuvent être gardés secrets tout au plus pendant une durée très limitée.

Selon les circonstances, la divulgation du fait qu'un établissement bancaire a sollicité une ELA auprès d'une banque centrale peut renforcer ou affaiblir celui-ci¹⁵²:

- L'effet peut être négatif si une seule banque obtient un montant important sans que des mesures d'accompagnement ne soient prises pour la renforcer ou lorsque le marché ou les déposants estiment que les mesures d'accompagnement prises sont insuffisantes. Dans un tel cas, le marché et les déposants interpréteront probablement l'octroi d'une ELA comme une faiblesse, ce qui amplifiera encore les sorties de capitaux et accroîtra les difficultés de la banque.
- On peut s'attendre à un effet positif si l'octroi de l'ELA intervient en réaction à un problème d'importance systémique ou si l'inscription dans un train de mesures global qui est considéré comme efficace par le marché et les déposants, s'il améliore la situation de la banque concernée et rétablit la confiance.

Craignant que le recours à des liquidités soit communiqué en temps inopportun sur le marché et qu'il soit interprété comme une faiblesse par le marché et les déposants, les banques hésitent à solliciter une ELA (stigmatisation). Une telle hésitation a d'ailleurs été constatée lors de la crise qui a touché Credit Suisse. Au lieu de recourir à l'ELA, les banques ont tendance à réaliser des actifs sur le marché à un moment défavorable, dans l'urgence (*fire sales*), enregistrant des pertes, ou à repousser les mesures de stabilisation gourmandes en liquidités.

Le problème de la stigmatisation n'est pas propre à l'ELA suisse, il concerne aussi les facilités des banques centrales étrangères. Une enquête du Bank Policy Institute, financé par des banques américaines, parvient à la conclusion que le problème de la stigmatisation touche aussi l'obtention de liquidités au moyen du guichet d'escompte de la Fed¹⁵³. L'ancien président de la Fed partage cet avis¹⁵⁴. Une étude menée par l'Independent Evaluation Office de la Banque d'Angleterre note que si une banque

¹⁵² Voir CGFS, *Designing frameworks for central bank liquidity assistance: addressing new challenges*, CGFS Papers n° 58, avril 2017, ch. 8.

¹⁵³ NELSON et WAXMAN, *Bank Treasurers' Views on Liquidity Requirements and the Discount Window*, Bank Policy Institute, 12 octobre 2021.

¹⁵⁴ Exposé de Ben S. BERNANKE, *Liquidity provision by the Federal Reserve*, 13 mai 2008.

obtient des liquidités par l'intermédiaire du guichet d'escompte, cela est considéré comme une mesure semblable à l'ELA¹⁵⁵.

Les liquidités sollicitées par l'intermédiaire du guichet d'escompte témoignent du problème de la stigmatisation. Depuis l'instauration de cette facilité en 2008, le guichet d'escompte de la Banque d'Angleterre n'a pas été sollicité une seule fois¹⁵⁶. À la Fed, le prêt maximal octroyé au moyen du guichet d'escompte des États-Unis et qui était en cours pendant la crise financière mondiale se montait seulement à environ 100 milliards de dollars (soit moins de 1 % du total des actifs bancaires américains). On constate un phénomène similaire en ce qui concerne la facilité de prêt marginal de la BCE¹⁵⁷.

En 2004, pour contrer le problème de la stigmatisation, la Fed a accru ses exigences de solidité pour le recours à des liquidités par l'intermédiaire du guichet d'escompte (*primary credit*). Les exigences ont été durcies pour souligner que des liquidités ne sont octroyées qu'à des banques solides, et ainsi réduire la stigmatisation inhérente à un tel octroi. Or, des études de la *Federal Reserve Bank* de New York sont parvenues à la conclusion que la stigmatisation persiste en ce qui concerne le guichet d'escompte¹⁵⁸ et qu'elle représente généralement un problème dans le contexte des facilités bilatérales, même lorsqu'il s'agit de facilités ordinaires¹⁵⁹.

9.3.4 Défis liés aux G-SIB

L'octroi d'ELA à des banques d'importance systémique actives au niveau international (*global systemically important bank* [G-SIB]) comporte davantage de défis que leur octroi à des SIB non actives au niveau international. Les G-SIB disposent de structures complexes et d'importantes entités étrangères. Habituellement, les sûretés acceptées par la BNS en échange de liquidités sont réparties asymétriquement au sein du groupe d'une G-SIB¹⁶⁰: la plupart des sûretés transférables à la BNS se trouvent dans les filiales suisses. Certes, les maisons mères ont accès à l'ELA fournie par la BNS, mais elles ne disposent actuellement, comparativement aux besoins potentiels, que d'une quantité très limitée de sûretés admises en échange de l'ELA. Or, en situa-

¹⁵⁵ Independent Evaluation Office de la Banque d'Angleterre, *Evaluation of the BoE's approach to providing sterling liquidity*, janvier 2018, p. 12 (ch. 2.2): «*Our external outreach exercise suggested that firms view it as akin to emergency liquidity assistance, to be used reluctantly in the event of a very severe stress — and possibly only after damaging actions have been taken [...]*».

¹⁵⁶ Base de données de la Banque d'Angleterre, accessible à l'adresse suivante: <https://www.bankofengland.co.uk>.

¹⁵⁷ Banque centrale européenne (entrepôt de données statistiques), accessible à l'adresse suivante: <https://sdw.ecb.europa.eu/>.

¹⁵⁸ ARMANTIER, et al., *History of Discount Window Stigma*, Liberty Street Economics, 10 août 2015.

¹⁵⁹ LEE et SARKAR, *Is there Discount Window Stigma in the United Kingdom?*, Liberty Street Economics, 12 septembre 2016: «*[We] conclude that bilateral lending by central banks may tend to become stigmatized to some extent, no matter how the lending facility is structured*».

¹⁶⁰ Voir aussi groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023; pp. 49 s.

tion de crise, comme cela a été le cas de Credit Suisse, le besoin de liquidités peut aussi être particulièrement élevé au niveau de la banque mère.

Une telle situation peut engendrer des difficultés concernant: a) le transfert de sûretés et de liquidités au sein du groupe et b) les actifs comptabilisés à l'étranger, comme l'a parfaitement illustré le cas de Credit Suisse:

- Le transfert de sûretés ou de liquidités à l'intérieur du groupe peut s'avérer compliqué: les contreparties de la BNS sont les entités suisses d'une G-SIB, soit la banque mère et sa filiale suisse. Cependant, la banque mère ne dispose jusque-là que d'un volume très restreint de sûretés utilisables. Le transfert des sûretés dont dispose la filiale vers la banque mère, puis vers d'autres entités du groupe est quant à lui limité, notamment en raison des directives du plan d'urgence (protection des fonctions d'importance systémique en Suisse). En outre, des restrictions supplémentaires peuvent être décidées par la direction, par exemple pour réduire l'exposition aux risques de la filiale suisse.
- Si les titres qui se trouvent à l'étranger peuvent aussi être fournis par l'intermédiaire des dépositaires étrangers, les crédits non hypothécaires suisses (un mélange hétérogène de crédits provenant de la gestion de fortune, de crédits en compte courant consentis aux entreprises et de crédits d'investissement) et les crédits étrangers ne peuvent pas être directement utilisés comme sûreté. La BNS ne les accepte que sous forme titrisée, ce qui implique que la banque doit préparer les structures de titrisation correspondantes. L'accès aux facilités étrangères est une autre possibilité de désamorcer le problème.

9.3.5 Interaction avec la première et la troisième ligne de défense

Concernant l'octroi de liquidités par le prêteur ultime (deuxième ligne de défense), des questions se posent quant à la délimitation des instruments et à leurs effets incitatifs, tant par rapport à la première qu'à la troisième ligne de défense.

S'agissant de la première ligne de défense (les liquidités propres que la banque fournit à titre de sûretés), le risque est que les banques, se reposant sur le prêteur ultime, négligent la gestion de leurs propres liquidités. Ce risque est toutefois contré par des exigences réglementaires posées aux liquidités propres de la banque (légalisation en matière de liquidités) et par une indemnisation de l'ELA qui est supérieure aux prix pratiqués sur le marché. Il apparaît en outre que la stigmatisation est un frein important à l'utilisation de l'ELA.

Le risque existe par ailleurs que le transfert de sûretés à la BNS et aux banques centrales étrangères en vue d'augmenter le volume de sûretés admises pour l'ELA soit insuffisamment préparé sur le plan légal (par ex. contrats clients) et opérationnel (par ex. systèmes informatiques). Jusqu'à présent, les banques ont généralement accordé trop peu d'importance aux avantages potentiels que cette préparation offre en cas de crise pour choisir d'en assumer les coûts. Ce manque de préparation permet à la banque de faire des économies en période calme, mais peut exiger une intervention plus importante de l'État en temps de crise. Il faut noter que jusqu'ici, rien n'incitait

les banques, sur le plan économique, à prendre des mesures préparatoires onéreuses, à l'exception de leur utilité potentielle en cas de crise.

Ce n'est qu'avec la révision des exigences en matière de liquidités, auxquelles devront satisfaire les SIB d'ici à la fin de l'année 2024, que de telles incitations ont été introduites dans le but d'accroître le volume de sûretés acceptées pour l'ELA. Une partie des créances hypothécaires préparées pour le recours à l'ELA peuvent par exemple être prises en compte pour remplir les exigences en matière de liquidités (voir art. 20a, al. 3, OLiq). Le projet de PLB prévoit aussi un autre mécanisme incitatif: les forfaits *ex ante* prélevés auprès des SIB seront réduits en fonction du montant des sûretés préparées aux fins de l'ELA (voir art. 32c, al. 4, P-LB¹⁶¹). Ces incitations devraient être efficaces.

L'introduction d'un PLB entraînera en outre des interactions entre la deuxième et la troisième ligne de défense. En cas de crise, le besoin de liquidités dépend principalement du volume et de la structure du passif du bilan de la SIB concernée, ainsi que de l'ampleur de la perte de confiance. Dans le cas de Credit Suisse, le besoin de liquidités a par conséquent été défini au moyen d'une analyse du passif du bilan: le besoin maximum potentiel correspondait à la somme des engagements susceptibles d'être retirés à court terme, plus une réserve de sécurité. On a ensuite déduit de ce chiffre le montant potentiel de l'ELA (et dans le cas du train de mesures adopté pour Credit Suisse, de l'ELA+) afin de calculer le montant du PLB.

L'introduction du PLB donnera lieu à une nouvelle configuration, ce qui implique que le montant de l'ELA influencera fortement la répartition entre l'ELA et le PLB des aides totales sous forme de liquidités requises, sans que le Conseil fédéral ou la Délégation des finances du Parlement, à qui incombe pourtant la décision concernant l'octroi des garanties nécessaires au PLB, puissent l'influencer.

En revanche, il faut noter que l'augmentation de la capacité de l'ELA n'a pas pour seule conséquence de diminuer le volume du PLB, qui peut être nécessaire dans le cadre d'un assainissement. En effet, en cas d'assainissement, davantage d'actifs seront utilisés pour l'octroi de l'ELA et, en cas de faillite, il y aura moins de fonds à disposition pour couvrir les créances issues du PLB.

Pour le Conseil fédéral, la répartition d'une potentielle aide sous forme de liquidités entre la deuxième et la troisième ligne de défense n'a donc rien d'une opération blanche. Les avantages d'une deuxième ligne de défense plus élevée, qui implique des besoins moins importants au titre de la troisième ligne de défense, sont évidents. La mise en œuvre de l'ELA présente des avantages du point de vue opérationnel en cas de crise, notamment parce qu'elle nécessite l'intervention d'un nombre réduit d'acteurs. Mais du point de vue de l'État surtout, il est préférable d'octroyer des liquidités en contrepartie de sûretés avant d'accorder des garanties.

En conclusion, en étendant les possibilités du prêteur ultime, on augmente aussi le potentiel total d'apports de liquidités au titre des deuxième et troisième lignes de défense, puisque davantage de sûretés sont préparées à l'intention de la BNS. Ces sûretés

161 FF 2023 2166

pourraient être à la disposition des autorités suisses en cas de crise, n'ayant pas déjà été réservées par d'autres créanciers¹⁶².

9.3.6 L'ELA pour les banques sans importance systémique¹⁶³

Les crises ayant touché Silicon Valley Bank, Signature Bank et First Republic Bank aux États-Unis en mars 2023 ont montré que, dans des circonstances déterminées, des banques de tailles variables et dont les modèles d'affaires différent peuvent se retrouver dans des situations où elles requièrent d'importantes quantités de liquidités très rapidement et risquent de déstabiliser le système financier. Au vu de ce qui précède, des cas pourraient se présenter, en Suisse également, où l'octroi de l'ELA à des banques sans importance systémique pourrait contribuer à la stabilité financière¹⁶⁴.

Les bases légales en vigueur ne précise pas quelles banques peuvent en principe bénéficier de l'ELA. Selon la LBN, la BNS peut «effectuer des opérations de crédit avec des banques et d'autres intervenants sur les marchés financiers». Alors que l'ELA avait été conçue pour les SIB, la BNS pourra au besoin fournir à toutes les banques des liquidités contre des hypothèques à titre de sûretés, grâce à la mise en application de l'initiative «Liquidités octroyées en échange de sûretés hypothécaires»¹⁶⁵. La mise en œuvre de cette initiative, lancée en 2019, a commencé l'année passée avec un projet-pilote. À la fin du mois de juillet 2023, la BNS a informé toutes les banques du projet.

Alors que les hypothèques représentent un poste illiquide très important du bilan des banques procédant à des opérations de crédit (85 % de l'ensemble des crédits accordés en Suisse sont des hypothèques¹⁶⁶), les banques qui n'ont pas ou peu d'activité hypothécaire par rapport à la taille de leur bilan (par ex. les banques de gestion de fortune) ne pourront pas bénéficier de ce programme ou n'en profiteront que dans une moindre mesure.

Une banque doit prévoir un à deux ans pour se préparer au processus. Durant la phase préparatoire, les banques participantes doivent notamment modifier certains processus internes, insérer des clauses de transfert dans leurs contrats clients et procéder au changement de créancier dans leurs cédules hypothécaires de registre. Il n'est pas possible de mettre en œuvre ces mesures à court terme, au moment où le besoin se fait sentir. Non seulement l'initiative susmentionnée contribuera à la stabilité financière,

¹⁶² Ce point est aussi souligné par Paul Tucker, qui est en outre d'avis que la délimitation entre la deuxième et la troisième ligne de défense devrait être clarifiée par le législateur vu son importance. TUCKER, p. 93.

¹⁶³ TUCKER, p. 92, recommandation 2.

¹⁶⁴ FMI, *Financial Stability Assessment Programm Switzerland 2019*, 26 juin 2019, par. 70: «The SNB should issue policies and procedures supporting its authority to provide ELA to any bank that is considered systemic and viable under certain circumstances».

¹⁶⁵ BNS, *Remarques introductives de la Direction générale*, conférence de presse, 21 septembre 2023, p. 4.

¹⁶⁶ BNS, *Remarques introductives de la Direction générale*, conférence de presse, 21 septembre 2023, p. 5.

mais elle accroîtra aussi l'efficacité de l'activité bancaire en favorisant la numérisation du réseau hypothécaire.

Plus les banques seront nombreuses à mettre en place les mesures préparatoires en vue de recourir à des liquidités, plus la BNS disposera de possibilités d'intervention en cas de besoin. Durant la phase de développement et avant la crise qui a emporté Credit Suisse, diverses banques ont refusé de participer comme banque pilote, notamment en raison des coûts et de la grande solidité dont faisait preuve leur établissement selon leur appréciation.

9.4 Mesures envisageables

Les chapitres qui suivent présentent l'éventail des mesures envisageables en ce qui concerne le prêteur ultime. Les mesures sont également analysées dans leur ensemble, en fonction de leurs interdépendances avec les mesures des chapitres 8 «Exigences en matière de liquidités» et 10 «Mécanisme public de garantie des liquidités». Le ch. 10.4.2 tire le bilan des trois lignes de défense concernant les liquidités et propose un train de mesures concret.

9.4.1 Extension des possibilités d'octroi de liquidités par le prêteur ultime

L'une des mesures envisageables consiste à étendre de façon significative les possibilités d'octroi de liquidités par la BNS en tant que prêteur ultime. Dans cette optique, il convient de s'attacher, dans le cadre de la mise en œuvre du postulat 23.3445 «Examen des instruments de la BNS» et compte tenu du mandat que la Constitution confère à la BNS, à examiner les conditions-cadres légales qui s'appliquent actuellement au prêteur ultime et à les étoffer le cas échéant. La BNS doit conjuguer son mandat consistant à approvisionner en liquidités le marché du franc suisse et à contribuer à la stabilité du système financier avec ses tâches destinées à garantir la stabilité des prix.

Sans préjuger de la nécessité de procéder à des adaptations, les réflexions en la matière doivent s'articuler autour de quelques principes importants:

- L'octroi de liquidités par le prêteur ultime est possible en contrepartie de sûretés.
- La fonction du prêteur ultime doit prendre en compte aussi bien les facilités ordinaires que les facilités extraordinaires.
- L'approvisionnement en liquidités par le prêteur ultime doit, dans la mesure du possible, pouvoir être évalué par les marchés, par d'autres autorités impliquées dans la surveillance ou l'assainissement le cas échéant, ainsi que par les banques concernées.
- Le rapport coûts/utilité pour les banques et la BNS doit être favorable.

En raison des nouvelles interactions entre les facilités accordées par le prêteur ultime et l'introduction prévue d'un PLB (ce dernier devenant une option lorsque les possi-

bilités offertes par le prêteur ultime sont épuisées), il conviendra d'évaluer, dans le cadre de la présente mesure, ce que signifie la notion de garanties suffisantes énoncée à l'art. 9, al. 1, let. e, LBN, et s'il est nécessaire de la préciser (notamment si elle doit être assortie d'obligations légales concrètes, voir ch. 9.4.2). Il semble incontesté que la notion de garanties suffisantes n'a pas la même signification dans le contexte de l'aide extraordinaire sous forme de liquidités que dans celui des opérations ordinaires relevant de la politique monétaire¹⁶⁷.

L'objectif est alors, au moment où une crise se profile, de garantir à temps les liquidités nécessaires de manière aussi efficiente et efficace que possible, également en échange de sûretés peu liquides et pas facilement négociables sur le marché. À cet effet, les banques disposent de facilités leur permettant de retirer rapidement des liquidités auprès du prêteur ultime en échange d'une large palette de sûretés.

Selon l'expertise TUCKER, l'octroi de liquidités par le prêteur ultime doit d'abord se faire par le biais des facilités ordinaires, qui permettent l'utilisation de sûretés moins liquides¹⁶⁸. Une telle possibilité pourrait être créée en introduisant de nouvelles facilités et en adaptant les facilités existantes¹⁶⁹. Il serait ainsi uniquement nécessaire de recourir à l'ELA à proprement parler subsidiairement aux facilités ordinaires. L'octroi de liquidités dans le cadre des facilités ordinaires s'effectue normalement sans qu'aucune question ne soit posée. Il n'est pas soumis, par exemple, à la condition que des mesures d'accompagnement soient adoptées.

Il convient de soigneusement peser les avantages et les inconvénients d'une extension des possibilités d'octroi des liquidités par le prêteur ultime. Accroître les possibilités d'obtenir des liquidités par l'intermédiaire des facilités de la BNS peut aider à lutter contre le problème de la stigmatisation, sans le pallier entièrement. Cela peut également inciter davantage les banques à préparer des sûretés. Le recours massif et précocement aux sûretés de la banque dans le cadre des facilités de la BNS comporte cependant aussi des inconvénients. Par exemple, il faut tenir compte d'éventuelles incitations inopportunes (*moral hazard*). En effet, lorsqu'une banque fait face à d'importantes sorties de liquidités parce qu'elle a adopté un comportement risqué ou pris une mauvaise décision, le recours aux facilités de la BNS constitue une sorte d'assurance. Dans un tel dispositif, il est donc important de clairement délimiter les possibilités et de garantir que même en cas de crise sévère entraînant d'éventuelles mesures d'assainissement, il y ait encore, outre les liquidités propres de la banque, suffisamment de sûretés admises par la banque centrale. Le but est de recourir au PLB le moins possible.

L'extension des possibilités d'octroi de liquidités par le prêteur ultime vise également à inciter les banques à préparer en avance, sur le plan légal et opérationnel, le recours potentiellement important aux facilités de liquidité (voir ch. 9.4.2).

¹⁶⁷ BNS, *Expertise sur l'admissibilité, sous l'angle du droit régissant l'institut d'émission, de la participation de la Banque nationale suisse au train de mesures destinées à renforcer le système financier*, 13 octobre 2008, p. 5.

¹⁶⁸ TUCKER, pp. 70 et 93.

¹⁶⁹ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, pp. 45 ss et 55.

Les travaux de la CEP pourraient par ailleurs donner lieu à une réattribution des responsabilités et des compétences dans le domaine de la stabilité financière, ce dont il faut aussi tenir compte. De plus, les tâches du prêteur ultime ont une influence sur d'autres autorités et il existe des rapports de dépendance entre les autorités intervenant en cas de crise^{170, 171}.

9.4.2 **Obligation pour les banques d'effectuer des préparatifs en vue d'utiliser les facilités de liquidité**¹⁷²

Pour que l'approvisionnement en liquidités puisse intervenir rapidement en cas d'urgence, il est indispensable que les banques effectuent d'importants préparatifs sur le plan légal et opérationnel (par ex. pour la commande de sûretés). Les banques doivent préparer les processus de recours aux facilités de liquidité sur le plan opérationnel, elles doivent les tester régulièrement et prendre les mesures nécessaires pour convertir les actifs de la banque de sorte que la BNS les considère comme une sûreté suffisante. Si une banque effectue les préparatifs adéquats, le volume potentiel de liquidités qu'elle peut obtenir sera nettement plus élevé.

Une manière d'étendre les possibilités dont dispose le prêteur ultime et de mieux les exploiter est d'instaurer des obligations réglementaires, pour les SIB du moins, les contraignant à prendre de telles mesures préparatoires¹⁷³. Le groupe d'experts «Stabilité des banques» plaide pour que des bases réglementaires soient élaborées afin que la FINMA puisse prescrire aux SIB de mettre suffisamment de sûretés transférables et non grevées à la disposition de la BNS et des banques centrales étrangères, au bon endroit dans le groupe, afin que l'accès à des liquidités supplémentaires soit garanti au besoin¹⁷⁴.

Une telle obligation consisterait par exemple à imposer aux SIB un volume minimum de garanties à préparer, en fonction de leurs engagements à court terme et déduction faite des HQLA détenus en plus des liquidités légalement requises.

Pour une banque, mettre en place des mesures en vue de recourir à des aides sous forme de liquidités implique des coûts, qui peuvent être considérables selon les circonstances. Le rapport entre les coûts et l'utilité des mesures imposées aux banques doit être raisonnable. Si de nouvelles obligations sont mises en œuvre, il faudra en tenir compte. En outre, les coûts peuvent aussi être influencés par les conditions-

¹⁷⁰ TUCKER, p. 55.

¹⁷¹ Voir aussi ch. 17.

¹⁷² Voir au sujet de ces éventuelles mesures, AMMANN et al., ch. 4.4.2., et TUCKER, p. 94, recommandation 5.

¹⁷³ Voir aussi *Group of Thirty (G30), Bank Failures and Contagion: Lender of Last Resort, Liquidity, and Risk Management*, 9 janvier 2024, p. 10.

¹⁷⁴ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, p. 55.

cadres¹⁷⁵. L'existence de conditions favorables dans les cantons, facilitant par exemple le changement coordonné d'un grand nombre de créanciers dans le cas de cédulas hypothécaires de registre ou la conversion de cédulas hypothécaires papier en cédulas de registre, peut notamment réduire les coûts de préparation d'une ELA garantie par des hypothèques.

Lors de l'instauration d'obligations concernant les préparatifs, l'hétérogénéité des modèles d'affaires des banques doit être prise en compte. Toutes les banques ne sont par exemple pas actives sur le marché hypothécaire intérieur. Si l'on introduit des obligations réglementaires, on veillera à ce qu'il soit plus facile de prévoir les conditions-cadres d'une facilité et d'un possible recours à des aides par exemple dans le cadre de facilités ordinaires.

Il faut en outre noter que le montant des sûretés dépend aussi de la possibilité de compenser (*netting*) les postes à l'actif et au passif à l'échelon des clients. En outre, les actifs ne peuvent être mis en gage qu'une seule fois. Par exemple, la prescription d'un volume minimum d'ELA peut entrer en concurrence avec les exigences en matière de garantie des dépôts. Selon la LB, celles-ci doivent détenir des actifs situés en Suisse à hauteur de 125 % de leurs dépôts privilégiés. Les sûretés qui servent à remplir cette exigence ne peuvent pas être simultanément utilisées pour obtenir des facilités de liquidité.

9.4.3 Développement de l'accès aux facilités des banques centrales étrangères

Une importante partie des actifs du groupe UBS se trouve à l'étranger. Plutôt que de préparer ces actifs pour les transférer à la BNS (par ex. crédits titrisés), il est aussi possible de les remettre aux banques centrales étrangères en se tenant à leurs directives.

Une manière d'inciter les banques à préparer l'accès aux aides sous forme de liquidités accordées par les banques centrales étrangères est de permettre que les sûretés pour un éventuel recours à des liquidités fournies par celles-ci soient prises en compte, au moins partiellement, pour l'octroi d'un nouveau volume minimum d'ELA, sous certaines conditions.

Développer l'accès à ces facilités permet d'augmenter le volume global d'aides sous forme de liquidités. En outre, l'apport direct de liquidités à l'étranger accroît la flexibilité en cas de crise tout en remédiant au problème du manque de transférabilité des liquidités entre les entités juridiques du groupe (approvisionnement local des unités commerciales). Les liquidités peuvent en effet être retirées directement dans la devise du pays concerné.

¹⁷⁵ L'expertise AMMANN et al. aborde la question de la création de conditions institutionnelles et techniques permettant d'augmenter la part des sûretés illiquides de haute qualité pouvant être utilisées pour obtenir des liquidités. AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 40.

9.4.4 Atténuer le problème de la stigmatisation

Le problème de la stigmatisation de l'ELA et, plus généralement, des aides sous forme de liquidités en période de crise, exposé au ch. 9.3.3, représente un important défi pour toutes les banques centrales et ne peut en principe pas être évité. Certaines mesures visant à atténuer le problème sont cependant envisageables. Elles pourraient en particulier se révéler utiles dans des situations moins graves que la crise de confiance envers Credit Suisse.

Le groupe d'experts «Stabilité des banques» est d'avis qu'une banque centrale devrait, à l'instar de la Banque d'Angleterre, mettre des liquidités supplémentaires à disposition en continu, en s'efforçant de rendre ces opérations aussi courantes que possible¹⁷⁶. L'objectif est donc que le marché ne considère pas le recours à une facilité comme extraordinaire.

La possibilité de recourir à des liquidités au moyen de facilités ordinaires pourrait réduire la stigmatisation. Fondamentalement, il faut banaliser autant que possible les opérations. Cela ne vaut toutefois que si le problème de liquidités ne résulte pas de causes fondamentales relevant de la stratégie commerciale ou organisationnelle de la banque et si les aides sous forme de liquidités permettent de le résoudre. S'il s'agit d'un problème de fond, des mesures d'accompagnement devront être prises en accord avec d'autres autorités. Les expériences faites à l'étranger, comme mentionné ci-dessus, montrent que les banques sont très réticentes à utiliser par exemple les facilités du guichet d'escompte, qui sont aussi associées à une stigmatisation.

Les risques inhérents à une publication des aides sous forme de liquidités doivent être pris au sérieux. Une mesure envisageable serait donc de modifier les obligations de publication. Paul Tucker par exemple est d'avis que le recours à l'ELA ne devrait être communiqué que si on estime que la divulgation de l'information n'entraînera pas de conséquences négatives pour la banque concernée¹⁷⁷. Celle-ci aurait ainsi plus de temps pour traiter la cause des sorties de fonds.

Pour que le recours à l'ELA reste confidentiel plus longtemps, il faut créer à cet égard une base légale en Suisse tant pour la BNS que pour les banques (concernant les rapports périodiques et la publicité événementielle), et adapter la réglementation au niveau international. Au moment de réviser les obligations de publication, il convient de mettre en balance les avantages d'une telle réglementation et l'exigence de transparence du marché envers les investisseurs. Il faut aussi tenir compte de l'obligation de la BNS de rendre des comptes, qui pourrait en principe aussi être satisfaite si la BNS retarde le moment où elle rend ses rapports¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, p. 48.

¹⁷⁷ TUCKER, p. 74.

¹⁷⁸ Si les dispositions relatives à l'obligation de la BNS d'établir des rapports sont modifiées, il faudra notamment tenir compte du fait que la distribution des bénéfices aux cantons et la décision de l'assemblée générale des actionnaires concernant la distribution de dividendes se basent sur les comptes annuels.

9.4.5 Transférabilité accrue de l'aide sous forme de liquidités au sein du groupe bancaire

Même si les maisons mères d'une G-SIB peuvent étendre leurs possibilités d'obtenir une ELA, il est peu probable qu'elles parviennent ainsi à corriger complètement les asymétries existantes au sein de la G-SIB. Un transfert de liquidités au sein du groupe peut, dans une certaine mesure, compenser de tels déséquilibres, même si, ainsi qu'il ressort du ch. 9.3.4, les effets d'une telle mesure sont limités dans la pratique.

Une mesure envisageable pour accroître la transférabilité des liquidités est de préparer des transactions garanties entre les entités juridiques. Certaines sûretés sont plus adaptées à servir de garanties internes et servent moins aux transactions externes (par ex. en raison d'asymétries concernant les informations relatives à des garanties complexes, de la protection des données et du secret bancaire). Une telle mesure permet d'améliorer la flexibilité en cas de crise. De plus, lors de transactions internes garanties, le risque demeure limité pour les contreparties au sein du groupe.

9.4.6 Bilan et train de mesures couvrant les trois lignes de défense dans le domaine des liquidités

Le commentaire correspondant figure au ch. 10.4.2.

10 Mécanisme public de garantie des liquidités

10.1 Contexte

La Suisse ne dispose pas d'un PLB explicitement inscrit dans la loi. L'instauration de ce mécanisme, lors de la crise qui a touché Credit Suisse, sur la base du droit de nécessité, et plus précisément des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., a montré que cet instrument pouvait contribuer à rétablir la confiance en cas de crise de liquidité. Le PLB prévu correspond aux normes internationales en la matière¹⁷⁹ et constitue la troisième ligne de défense, qui entre en jeu lorsque les liquidités propres de la banque (première ligne) et les liquidités octroyées par le prêteur ultime (deuxième ligne) ont été épuisées. On ne peut exclure qu'en dépit des deux premières lignes de défense, les sorties de liquidités soient supérieures aux sûretés disponibles même pour une banque en principe solvable. Il faut relever que la rapidité des retraits a fortement augmenté en raison des nouvelles possibilités numériques, ce qui ne fait que renforcer ce risque. Le PLB sert à consolider à titre prévisionnel la confiance des acteurs financiers dans la capacité d'une SIB à poursuivre ses activités avec succès. Il doit également permettre, dans certaines circonstances et de façon temporaire, de mettre à disposition les liquidités nécessaires pour procéder à un assainissement ou à une liquidation par voie de faillite tout en maintenant les fonctions d'importance systémique.

¹⁷⁹ FSB, *Guiding Principles on the temporary funding needed to support the orderly resolution of a global systemically important bank (GSIB)*, 18 août 2016.

Le 6 septembre 2023, le Conseil fédéral a adopté un message visant à mettre en place un PLB pour les SIB, afin de compléter le dispositif TBTF de la Suisse et d'appliquer ainsi la recommandation internationale¹⁸⁰. Les Chambres fédérales examinent le projet en question au moment de la parution du présent rapport.

Le PLB permet à la BNS d'octroyer à titre subsidiaire des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance de la Confédération (troisième ligne de défense) à une SIB en difficulté après que les liquidités de la banque, ses possibilités de refinancement sur le marché (première ligne de défense) et ses possibilités d'obtenir de la BNS une aide sous forme de liquidités ont été épuisées. L'octroi d'un PLB est soumis non seulement au principe de subsidiarité, mais aussi à certaines conditions, à savoir le lancement d'une procédure d'assainissement, la solvabilité de la banque, l'intérêt public et la proportionnalité de l'intervention de l'État.

Il n'existe aucun droit légal à l'octroi d'un PLB. Étant donné que les besoins en liquidités dépendent en grande partie de la SIB concernée, du déroulement de la crise et des mesures à prendre, la décision quant à l'octroi d'un PLB se prend au cas par cas. Le montant nécessaire pour la garantie du risque de défaillance est lui aussi déterminé au cas par cas. S'il octroie une garantie du risque de défaillance, le Conseil fédéral soumet le crédit d'engagement nécessaire à l'approbation de la Délégation des finances des Chambres fédérales selon la procédure d'urgence.

Plusieurs mesures visent à atténuer le risque encouru par la Confédération:

- *Forfait ex ante*: pour compenser le risque que la Confédération encourt en s'engageant à fournir à la BNS une garantie du risque de défaillance, le projet prévoit que les SIB devront s'acquitter d'un forfait *ex ante* en faveur du budget général de la Confédération. Ce forfait permettra également d'atténuer les distorsions de la concurrence entre les SIB et les établissements bancaires sans importance systémique. Il sera dû chaque année, indépendamment de l'octroi ou non d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance de la Confédération.
- *Privilège des créances*: afin de réduire pour la Confédération le risque de pertes lié à l'activation du PLB, un privilège des créances de la BNS découlant des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance est prévu.
- *Primes, intérêts et frais découlant de prestations de tiers*: une prime de mise à disposition reviendra à la Confédération pour l'octroi de la garantie du risque de défaillance, et des primes de risque seront versées à la Confédération et à la BNS pour les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance qui seront sollicités. Des intérêts seront par ailleurs versés à la BNS afin d'indemniser les coûts occasionnés par les prêts. Le montant des primes sera déterminé au cas par cas. Les éventuels frais découlant de prestations de tiers seront directement facturés à la SIB.

Afin d'éviter que l'octroi par la BNS de prêts d'aide sous forme de liquidités crée des incitations inopportunes (*moral hazard*), la SIB devra, tant qu'elle bénéficiera d'un

¹⁸⁰ FF 2023 2165

tel prêt assorti d'une garantie du risque de défaillance, non seulement verser des primes et des intérêts adéquats comme mentionné plus haut, mais aussi respecter diverses obligations, notamment:

- l'interdiction de verser des dividendes, d'octroyer et de rembourser des prêts aux propriétaires de la société mère du groupe et de rembourser des apports en capital; et
- l'interdiction d'effectuer des actes qui pourraient retarder ou compromettre le remboursement des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance.

Le non-respect des obligations aura des conséquences pénales.

D'autres mesures portant sur les rémunérations serviront par ailleurs à atténuer ces incitations inopportunes (*moral hazard*). Il sera par exemple explicitement possible d'exiger la restitution de rémunérations variables déjà versées. En outre, la FINMA pourra imposer des mesures exhaustives aux organes concernés (par ex. changement de conseil d'administration ou de direction).

Le simple fait qu'il soit possible d'octroyer un PLB peut déjà avoir un effet préventif sur le marché et empêcher, le cas échéant, que les banques ne soient prises d'assaut par les déposants. La création d'un tel instrument peut mettre en confiance les investisseurs et les clients et ainsi contribuer à ce que ceux-ci maintiennent ou engagent des relations d'affaires avec la banque concernée même en présence d'une crise. S'il s'agit d'une G-SIB, la confiance des autorités de surveillance étrangères dans sa capacité d'assainissement s'en trouvera renforcée, ce qui réduira le risque que ces autorités n'imposent des exigences réglementaires plus sévères aux entités juridiques des G-SIB domiciliées sur leur territoire ou qu'elles ne restreignent les possibilités de transférer des capitaux et des liquidités (on parle alors de mesures de cantonnement ou de *ring-fencing*). Une réglementation explicite en matière de PLB peut contribuer, par sa simple existence, à éviter le recours à un tel instrument.

Le projet contient des dispositions qui régissent des éléments autres que la mise en place du PLB dont le Conseil fédéral a défini les grandes lignes le 11 mars 2022. Ces dispositions concernent la possibilité pour la BNS d'octroyer des aides supplémentaires sous forme de liquidités (ELA+). Ces prêts ont permis de surmonter la phase critique jusqu'à l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance (PLB). La durée de validité pour l'octroi de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités s'étend jusqu'au 31 décembre 2027.

10.2 Comparaison internationale

10.2.1 Conseil de stabilité financière

Dans ses *Key Attributes*¹⁸¹, le CSF fixe les principes d'un régime de résolution efficace s'agissant d'établissements bancaires. L'objectif primordial de ces principes est

¹⁸¹ CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014.

de permettre une résolution (un assainissement ou une liquidation par voie de faillite dans le contexte suisse) pour les banques sans exposer les contribuables à des pertes. Les *Key Attributes* fixent aussi les principes d’approvisionnement en liquidités des G-SIB dans le cadre de leur résolution¹⁸². Le CSF a concrétisé les principes concernant l’approvisionnement en liquidités dans ses principes directeurs (*guiding principles*)¹⁸³ et, ce faisant, il y a introduit le concept de PLB.

Selon les principes directeurs, les liquidités nécessaires dans le cadre d’une résolution doivent prioritairement provenir de sources privées. La mise à disposition de liquidités par les autorités ne survient que si certaines conditions sont remplies et doit être aussi limitée que possible pour réduire les risques d’incitation inopportune (*moral hazard*). Selon les principes directeurs, le PLB sera utilisé seulement s’il est nécessaire et approprié à la mise en œuvre de la stratégie de résolution et renforce ainsi la stabilité financière. Le PLB vise à soutenir la confiance des marchés et à encourager les contreparties privées à continuer d’approvisionner la banque en liquidités pendant la résolution. En outre, le PLB doit être un mécanisme crédible quant à sa capacité à couvrir les besoins de liquidités probables de la banque durant la résolution et à son adéquation avec la mise en œuvre de la stratégie de résolution choisie par l’autorité compétente. Il doit en outre être suffisamment important pour permettre la résolution simultanée de plusieurs G-SIB. Il faut veiller à ne pas laisser à disposition les liquidités plus que le temps nécessaire pour maintenir les fonctions d’importance systémique critiques pendant une résolution en règle, mais elles doivent être disponibles aussi longtemps que nécessaire pour que la banque ait de nouveau accès aux sources de liquidités privées.

La possibilité de recourir à un PLB est entachée du risque d’incitation inopportune (*moral hazard*). Le PLB peut amener une banque à s’en remettre à l’approvisionnement en liquidités qu’il procure en situation de résolution et à négliger de prévoir les liquidités nécessaires à cet effet. Il faut réduire au minimum le risque d’incitation inopportune (*moral hazard*) par exemple en appliquant le principe de subsidiarité, qui implique des prescriptions suffisamment sévères en matière de liquidités. Les besoins de liquidités de la banque doivent surtout être couverts par des sources de liquidités privées. Il faut donc mettre en place des incitations financières afin d’encourager l’abandon rapide du PLB. Il faut aussi éviter que les pouvoirs publics ne subissent des pertes en raison du PLB. C’est pourquoi il faut prévoir des mécanismes *ex ante* ou *ex post* en vue de compenser les pertes éventuelles.

L’autorité responsable de la résolution établit pour les G-SIB de sa juridiction un plan de liquidités qui fait partie intégrante du plan de résolution. Les besoins de liquidités en cas de résolution y sont estimés et les sources de liquidités possibles y sont identifiées. Dans ce contexte, outre le financement par le marché privé et l’accès aux facilités de la banque centrale, la disponibilité d’un PLB est considérée comme un élément important pour assurer des liquidités suffisantes.

¹⁸² CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014, ch. 6.

¹⁸³ CSF, *Guiding principles on the temporary funding needed to support the orderly resolution of a global systemically important bank («G-SIB»)*, 18 août 2016.

10.2.2 UE

Le Conseil de résolution unique (CRU) est l'autorité de résolution centrale au sein de l'Union bancaire européenne. Avec les autorités de résolution nationales, le CRU constitue un élément du mécanisme de résolution unique (MRU), qui comprend aussi le Fonds de résolution unique (FRU). Toutes les banques de l'Union bancaire qui nécessitent une aide particulière en liquidités dans le cas d'une résolution peuvent bénéficier de ce fonds. Le FRU sert à garantir l'application effective des mesures de résolution. Il peut être utilisé tant à titre d'aide sous forme de liquidités que dans le cadre de mesures de capitalisation (octroi de crédits ou achat d'actifs).

Constitué sur une période qui a commencé en 2016 et s'est terminée en 2023¹⁸⁴, le FRU est financé par des contributions ex ante des banques des 21 États membres de l'Union bancaire. À la fin de 2023, l'objectif d'au moins 1 % des dépôts garantis des établissements de crédit avait été atteint dans tous les États membres de l'Union bancaire. Le CRU met en principe l'aide sous forme de liquidités à disposition sur la base d'une garantie. Au sein de l'Union bancaire, le Mécanisme européen de stabilité (MES) joue le rôle de dispositif commun d'assistance. Il est possible d'y avoir recours si les ressources du FRU ne suffisent pas à mettre en œuvre les mesures de résolution. À l'heure actuelle, il permet de quasiment doubler le volume du FRU.

10.2.3 Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, le *Resolution Liquidity Framework* de la Banque d'Angleterre donne la possibilité de fournir en cas de besoin des liquidités aux banques faisant l'objet d'une résolution conduite par la Banque d'Angleterre. Il s'agit d'un PLB sous forme d'aide en liquidités, fournie par la banque centrale, dont l'activation doit être préalablement approuvée par le ministère des finances (Trésor de Sa Majesté [HM Treasury]). Fondamentalement, l'aide sous forme de liquidités fournie dans le cadre du *Resolution Liquidity Framework* repose sur une garantie. Selon l'ampleur vraisemblable du soutien en liquidités, la Banque d'Angleterre demandera en outre une déclaration de dédommagement (*indemnity*) du Trésor de Sa Majesté. Ainsi, la Banque d'Angleterre se trouve en situation d'accorder pour toute la durée requise autant de liquidités que nécessaire à une banque en cours de résolution. Le secteur bancaire supporte les éventuelles pertes découlant de cette aide sous forme de liquidités.

10.2.4 États-Unis

Aux États-Unis, lorsqu'il s'agit d'établissements financiers importants et complexes, une banque relais créée dans le cadre de la stratégie de l'autorité de résolution (*Federal Deposit Insurance Corporation* [FDIC]) peut être approvisionnée en liquidités par un fonds de résolution (*orderly liquidation fund*, [OLF]). L'OLF est un fonds rattaché au Trésor américain (US Treasury) auprès duquel le FDIC peut emprunter les liquidi-

¹⁸⁴ Voir les informations publiées à ce sujet sur le site Internet du CRU, accessible à l'adresse suivante: <https://www.srb.europa.eu/en/single-resolution-fund>.

tés nécessaires à la résolution. Techniquement, soit le FDIC fournit une garantie envers un fournisseur de liquidités privé (promesse de garantie couverte par la possibilité d'accéder à l'OLF), soit il émet des obligations (couvertes par les actifs de la banque relais qu'il a établie) que le Trésor achète. Les liquidités fournies par l'OLF sont limitées, soit au maximum 10 % des actifs consolidés durant les 30 premiers jours, puis, jusqu'à 90 %, si le ministre des finances et l'autorité de résolution se sont mis d'accord sur un plan de remboursement s'étendant sur 60 mois au maximum. Le FDIC ne peut revendiquer des ressources de l'OLF qu'à des conditions très strictes. L'OLF n'est pas préfinancé et, de ce fait, il n'est pas un fonds ex ante. Dans la hiérarchie des créanciers, les créances liées aux prêts provenant de l'OLF sont prioritaires par rapport aux créances privées. Les ressources retirées de l'OLF doivent être complètement remboursées par le produit de la vente des actifs de la banque relais. Si des pertes sont enregistrées, certaines sociétés financières peuvent être appelées à rembourser ces ressources sur une durée de cinq ans.

10.3 Évaluation

10.3.1 Nécessité d'inscrire un PLB dans la loi

Le cas de Credit Suisse a montré que les instruments existants de la première et de la deuxième ligne de défense n'ont pas suffi à couvrir les sorties de capitaux. La possibilité, basée sur le droit de nécessité, d'obtenir de la BNS des aides supplémentaires sous forme de liquidités (ELA+) et des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération a permis d'éviter que Credit Suisse manque de liquidités. Les prêts d'aide sous forme de liquidités ont permis à Credit Suisse de gagner du temps et de poursuivre ses activités ordinaires jusqu'à son acquisition définitive par UBS de façon à ne pas compromettre ses fonctions d'importance systémique. Après l'acquisition de Credit Suisse par UBS, tant le contrat sur la garantie contre les pertes de la Confédération que celui passé avec la BNS concernant les prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par l'État ont été résiliés en date du 11 août 2023. La Confédération n'a donc assumé aucune perte et ses recettes provenant des garanties ont atteint quelque 200 millions de francs.

Dans le cas de Credit Suisse, le PLB a permis d'éviter des dommages considérables à l'économie suisse et au système financier suisse. L'utilité de cet instrument est donc avérée. Elle met en évidence la nécessité d'introduire le PLB dans la loi. Le rapport du groupe d'experts «Stabilité des banques»¹⁸⁵ et l'expertise TUCKER¹⁸⁶ soulignent également l'importance d'inscrire explicitement le PLB dans la loi.

Au cas où le Parlement refuserait le projet de loi concernant le PLB adopté par le Conseil fédéral, le groupe d'experts «Stabilité des banques» recommande d'instaurer un *central bank liquidity backstop* (CBLB).¹⁸⁷ Il s'agit de prêts d'aide sous forme de

¹⁸⁵ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, pp. 53 et 81.

¹⁸⁶ TUCKER, p. 71.

¹⁸⁷ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, pp. 53 s.

liquidités accordés par la BNS sans sûretés de la banque et sans garantie du risque de défaillance par l'État. En l'absence de sûretés fournies par la banque, le risque de pertes de la BNS ne serait donc pas couvert. Le groupe d'experts «Stabilité des banques» considère que la différence entre le CBLB et le PLB est minime du point de vue économique, puisque ces deux instruments sont des crédits que la BNS octroie sans recevoir de sûretés de la banque. Alors que la BNS bénéficie d'une garantie du risque de défaillance de la Confédération dans le cadre d'un PLB, elle n'en reçoit pas avec le CBLB. Toutefois, dans les deux cas, le risque économique serait supporté par l'État, c'est-à-dire soit par la Confédération, soit par la BNS, ce qui rend ces deux instruments équivalents sur le plan économique.

D'un point de vue institutionnel, le PLB et le CBLB présentent toutefois des différences importantes. Si le Parlement conserve sa souveraineté budgétaire et peut assumer une fonction de contrôle en ce qui concerne le PLB, le CBLB échappe à ce contrôle en raison de l'indépendance de la BNS prévue par la Constitution. En outre, la BNS prendrait des risques financiers en octroyant des liquidités sans garantie et la distinction entre aide sous forme de liquidités et aide en cas de risque d'insolvabilité s'estomperait. En situation de crise, l'indépendance de la BNS et de sa politique monétaire serait affectée et, en cas de pertes, sa crédibilité et ses possibilités d'action seraient menacées. Il est donc déconseillé de suivre la piste du CBLB. Si le groupe d'experts «Stabilité des banques» considère le CBLB comme une variante viable, il lui préfère également le PLB.

10.3.2 Banques couvertes

Les crises qui ont touché Silicon Valley Bank, Signature Bank et First Republic Bank aux États-Unis au printemps 2023 ont montré que dans certaines circonstances la faillite de banques sans importance systémique peut aussi menacer la stabilité financière. Il convient donc de se demander si la Suisse pourrait connaître des situations dans lesquelles l'extension du PLB aux banques sans importance systémique pourrait contribuer à la stabilité financière et s'il y a lieu de prévoir une extension du PLB pour de telles situations.

Le projet de loi du 6 septembre 2023 adopté par le Conseil fédéral prévoit d'instaurer un PLB destiné aux SIB. Cette limitation aux SIB est motivée par le fait que la faillite de ces banques peut gravement compromettre le système financier et causer d'importants dommages à l'économie suisse (voir ch. 2.2). Le Conseil fédéral ne recommande pas d'étendre le PLB aux banques sans importance systémique, ni, partant, d'étendre la définition de l'importance systémique¹⁸⁸. Certes, on peut imaginer des situations où une telle extension pourrait contribuer à la stabilité financière. Ce serait par exemple le cas en Suisse si plusieurs banques sans importance systémique se retrouvaient simultanément en difficulté et si les effets cumulés étaient considérables. Toutefois, instaurer un PLB pour ces banques serait de moindre utilité et supposerait des coûts plus élevés que la mise en place d'un PLB pour les SIB:

¹⁸⁸ Voir aussi en ce sens l'expertise BRUNETTI.

- Comparativement aux SIB, les banques sans importance systémique représentent des risques moindres pour la stabilité financière, car elles sont moins grandes et moins imbriquées dans le système financier, et les services qu’elles fournissent peuvent plus facilement être remplacés.
- Sur le plan réglementaire, les dispositions de Bâle III qui, contrairement à leur application internationale, couvrent tout le secteur bancaire, favorisent déjà la stabilité de l’ensemble des banques suisses. Le Conseil fédéral a adopté la mise en œuvre du dispositif finalisé de Bâle III en date du 29 novembre 2023¹⁸⁹. La transposition en droit suisse de ce dispositif vise principalement à accroître la couverture en fonds propres des opérations bancaires risquées, ce qui réduit la vulnérabilité de toutes les banques face aux crises et l’ampleur potentielle des dommages au système financier et à l’économie nationale en cas de crise. Par ailleurs, la surveillance axée sur les risques assurée par la FINMA tient compte de la taille, du modèle d’affaires et de l’exposition au risque des divers établissements.
- Dans l’évaluation de l’utilité d’une extension du PLB, les possibilités d’approvisionnement en liquidités que propose la BNS en sa qualité de prêteur ultime jouent aussi un rôle essentiel. En septembre 2023, la BNS a fait savoir qu’elle prévoyait de développer les possibilités de retrait de liquidités du secteur bancaire¹⁹⁰. À l’avenir, elle pourra au besoin accorder des liquidités à toutes les banques en échange d’hypothèques à titre de sûretés. Ainsi, les banques sans importance systémique pourront améliorer leur couverture en liquidités en cas de crise, même sans PLB.
- La possibilité de solliciter un PLB implique des coûts supplémentaires pour les banques. Les banques sans importance systémique devraient aussi s’acquitter d’un forfait pour indemniser le risque assumé par la Confédération pour l’octroi éventuel d’un PLB. En outre, le PLB proposé par le Conseil fédéral s’inscrit dans le dispositif TBTF. Il en résulte que toutes les banques susceptibles de faire valoir un droit au PLB sont soumises à des exigences réglementaires plus élevées en matière de fonds propres, de liquidités et de capacité de liquidation. Il faudrait étendre ces exigences aux banques sans importance systémique pour réduire le risque encouru par la Confédération, mais cette mesure contreviendrait au principe de proportionnalité s’agissant de la réglementation.
- Il faut corriger les distorsions de la concurrence entre les SIB ayant accès au PLB et les autres banques par le forfait *ex ante* prévu pour les SIB et non par une extension du PLB (voir ch. 10.3.4)¹⁹¹.

Globalement, le Conseil fédéral juge qu’il ne serait pas pertinent d’étendre le PLB aux banques sans importance systémique. Une garantie de l’État sous forme de liquidités ne devrait être envisagée que si l’intérêt public et la stabilité financière l’exigent. Le Conseil fédéral doute fortement qu’il existe un intérêt public suffisant qui justifierait une extension (même limitée) du PLB. Une telle justification serait absolument né-

¹⁸⁹ RO 2024 13

¹⁹⁰ BNS, *Remarques introductives, conférence de presse*, 21 septembre 2023.

¹⁹¹ BRUNETTI, ch. 1.

cessaire pour légitimer l'atteinte au principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et à la liberté économique (art. 27 en relation avec l'art. 94 Cst.) qui en résulterait. Ainsi que le message l'explique, il est objectivement justifié de restreindre l'octroi du PLB sur la base du critère de l'importance systémique¹⁹².

10.3.3 Conditions de l'assainissement

Conformément à l'art. 4 de l'ordonnance de nécessité du 16 mars 2023, les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance devaient être «adéquats et nécessaires à la poursuite de l'activité de l'emprunteuse». C'est pourquoi ils ont pu être octroyés en dehors d'une procédure d'assainissement. En revanche, l'art. 32a P-LB du projet de loi du 6 septembre 2023 prévoit que de tels prêts peuvent être octroyés à condition que la FINMA ait engagé une procédure d'assainissement ou que l'ouverture d'une telle procédure soit en préparation. Sur la base du projet de loi du 6 septembre 2023, on ne pourrait plus procéder comme en mars 2023 en présence d'un cas similaire. Cette limitation à la nécessité d'un assainissement est judicieuse, car cette condition correspond à la norme internationale et aux lignes directrices que le Conseil fédéral a adoptées en mars 2022 concernant le PLB. Par ailleurs, dans le cadre d'un assainissement, il est plus facile de piloter et de surveiller les mesures de soutien mises en place par l'État.

10.3.4 Distorsions de la concurrence

Des études montrent que, partout dans le monde, les SIB bénéficient d'une garantie implicite de l'État en raison de leur statut TBTF¹⁹³. Comme on part du principe que les SIB recevront le soutien de l'État en cas de difficultés, elles bénéficient notamment d'une meilleure notation et d'une réduction des coûts des fonds de tiers. Les estimations quant au montant de ces «subventions TBTF» sont très variables. Une étude du Fonds monétaire international (FMI) par exemple conclut que la valeur de la garantie implicite de l'État dont bénéficieraient les G-SIB en Suisse se situerait, en fonction de la méthode de calcul utilisée, entre 5 et 18 milliards de francs par an (si on se base sur les notifications) ou pourrait même atteindre 45 milliards de francs par an (si on se base sur les créances contingentes, soit la *Contingent Claims Analysis Approach*)¹⁹⁴. La valeur de la subvention TBTF varie dans le temps. Elle atteint son maximum en période de grande incertitude, lorsque la probabilité que l'État octroie son aide est la plus élevée. D'autres études parviennent à des montants inférieurs. Ainsi, selon une analyse réalisée en 2010 par le Boston Consulting Group, la valeur agrégée pour les

¹⁹² FF 2023 2165 p. 79 ss.

¹⁹³ Voir par exemple les études suivantes: ALLENSPACH, REICHMANN et RODRIGUEZ-MARTIN, *Are Banks still «Too Big to Fail?» – A market perspective*, SNB Working Paper 18/2021, octobre 2021; FMI, *Moving from Liquidity – to Growth-Driven Markets – Global Financial Stability Report*, avril 2014, pp. 101 à 132.

¹⁹⁴ FMI, *Moving from Liquidity – to Growth-Driven Markets – Global Financial Stability Report*, avril 2014, pp. 114 et 118.

deux grandes banques suisses se situe entre 2,3 et 3,4 milliards de francs par an¹⁹⁵. Ces études montrent qu'il n'est actuellement pas possible de déterminer précisément le montant de la subvention TBTF qui découle de la garantie implicite de l'État.

Afin de compenser les éventuels avantages découlant d'une garantie implicite de l'État et de réduire les risques dans le but d'assurer la stabilité financière, les SIB doivent répondre à des exigences réglementaires plus élevées en matière de liquidités, de fonds propres et de capacité de résolution que les établissements bancaires sans importance systémique. La valeur de la subvention TBTF peut encore augmenter en raison de l'inscription explicite du PLB dans la loi. Cela peut entraîner une distorsion de la concurrence en faveur de la SIB avant que celle-ci ait recours au PLB. Il ressort des études susmentionnées qu'il est impossible de quantifier précisément la distorsion de la concurrence qu'engendre un PLB.

Dans le projet de loi du 6 septembre 2023, le Conseil fédéral a prévu un forfait compensatoire *ex ante*. Celui-ci tiendra compte du risque de perte moyen qu'encourt la Confédération sur le long terme en octroyant une garantie du risque de défaillance et compensera un avantage concurrentiel résultant de la mise en place d'un mécanisme public de garantie des liquidités pour les SIB. Le forfait compensatoire est déterminé en fonction du risque. Ainsi, la base de calcul tiendra compte, pour chaque SIB, du risque lié au modèle d'affaires et, en particulier, des liquidités disponibles. Les forfaits versés par l'ensemble des SIB auraient atteint un total allant de 70 à 210 millions de francs en 2022¹⁹⁶. Hormis la perte exceptionnelle de Credit Suisse en 2022, ces montants représentent entre 0,6 et 1,8 % de la somme des bénéfices avant impôts réalisés par toutes les SIB en 2022¹⁹⁷.

Il n'est pas pertinent d'indemniser entièrement, par le versement d'un forfait, la garantie implicite de l'État que les études internationales susmentionnées ont mise en évidence. D'une part, parce qu'il est quasiment inenvisageable de répercuter les montants en question, qui se chiffrent en milliards, sur quatre SIB seulement, sans que cela ait des répercussions négatives considérables sur l'économie suisse. D'autre part, parce qu'il faut éviter que l'introduction d'un forfait compensatoire entraîne un désavantage concurrentiel. En effet, les SIB sont tenues de répondre à des exigences ré-

¹⁹⁵ Boston Consulting Group, «*Too big to fail*»: *Value of Implicit Government Guarantee in Europe*. Étude citée dans la FF **2011** 4365, 4436.

¹⁹⁶ La valeur inférieure de la fourchette des coûts est le chiffre obtenu avec un taux de 0,005 % appliqué à la base de calcul définie à l'art. 32c P-LB; la valeur supérieure est basée sur un taux de 0,015 %.

¹⁹⁷ À titre de comparaison, le cas de la Banque cantonale de Zurich (ZKB) est intéressant, car il s'agit d'une SIB qui bénéficie d'une garantie de l'État. De 2017 à 2022, la ZKB a versé chaque année environ 2,7 % de ses bénéfices (en moyenne 24 millions de francs par an) au canton de Zurich en contrepartie de la garantie octroyée. Il paraît approprié et logique que le forfait versé pour pouvoir bénéficier d'un PLB soit inférieur à l'indemnité versée pour l'octroi d'une garantie du canton. En effet, contrairement aux banques cantonales qui bénéficient d'une garantie de l'État, il n'est pas prévu que les SIB puissent légalement prétendre à l'octroi d'un PLB. Si elles recourent à un tel instrument, elles devront en outre verser des primes et des intérêts. Par ailleurs, le PLB, contrairement à la garantie du canton, ne couvre pas forcément tous les dépôts des clients de la banque concernée. A cela s'ajoute encore que les SIB doivent déjà répondre à des exigences réglementaires plus élevées en matière de liquidités, de fonds propres et de capacité de résolution que les autres banques (cantonales).

glementaires plus élevées que les établissements bancaires sans importance systémique, et doivent en outre verser des primes et des intérêts. Enfin, elles ne bénéficient d'aucun droit légal à l'octroi d'un PLB.

Il convient de contrer l'effet de distorsion de la concurrence de la garantie de l'État par la mise en place d'un cadre réglementaire adéquat. Le versement d'un forfait compensatoire doit donc être accompagné de réglementations qui garantissent la résilience des SIB et la mise en place de mesures de résolution appropriées afin d'éviter si possible de devoir puiser dans les ressources publiques en cas de crise bancaire (voir aussi ch. 13.4.4). Une étude du FMI suggère que des mesures réglementaires préventives permettent de réduire le montant de la subvention accordée aux SIB par l'État¹⁹⁸.

En raison de la quantité insuffisante d'informations publiquement accessibles, il n'est pas possible d'établir une comparaison quantitative fiable avec les indemnités prélevées dans les juridictions étrangères. De même, une comparaison exhaustive serait à considérer avec prudence, car les modalités spécifiques s'appliquant en matière d'indemnisation dans les différents pays devraient être considérées dans le cadre des systèmes nationaux d'imposition des banques et mises en relation avec ceux-ci (voir le *bank levy* prélevé à titre d'impôt au Royaume-Uni)¹⁹⁹.

10.3.5 Compensation: forfait *ex ante* ou indemnisation *ex post*

Selon les normes internationales, il faut éviter que les pouvoirs publics subissent des pertes en raison du PLB. C'est pourquoi les systèmes étatiques de garantie des liquidités doivent prévoir des mécanismes *ex ante* ou *ex post* en vue de compenser les pertes éventuelles²⁰⁰. Un mécanisme *ex ante* implique que la banque concernée devra verser le forfait compensatoire indépendamment de la survenue d'une crise. En revanche, dans le cas d'une indemnisation *ex post*, une indemnité sera versée uniquement si les pouvoirs publics enregistrent une perte au terme de la procédure de faillite de la banque concernée. L'indemnisation *ex post* serait prélevée auprès des banques restantes, et non auprès de la banque qui a causé la perte, puisque celle-ci est liquidée en cas de faillite.

Un forfait *ex ante* tient compte du fait que, lorsqu'une SIB est en difficulté et que les conditions juridiques sont remplies, d'une part la Confédération est en principe disposée à accorder à la BNS une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités que celle-ci octroie à cette SIB et, d'autre part, à assumer un certain risque de perte pour garantir la stabilité du système financier. La disposition de la Confédération à prendre de telles mesures déploie ses effets déjà avant la survenue d'une crise et aura par conséquent une valeur équivalente pour toutes les SIB. Elle devrait en outre mettre en confiance les investisseurs et les clients et ainsi contribuer à ce que ceux-ci maintiennent ou engagent des relations d'affaires avec la banque

¹⁹⁸ FMI, *Moving from Liquidity – to Growth-Driven Markets – Global Financial Stability Report*, avril 2014, p. 125.

¹⁹⁹ Trésor de sa Majesté, *Bank levy – changes to the scope and administration*, site Internet.

²⁰⁰ CSF, *Guiding Principles on the temporary funding needed to support the orderly resolution of a global systemically important bank (GSIB)*, 18 août 2016, ch. 4.

concernée même en présence d'une crise. Elle peut aussi empêcher, le cas échéant, que les banques ne soient prises d'assaut par les déposants. Il faut s'attendre en outre à ce qu'une SIB bénéficie d'une réduction des coûts des fonds de tiers sur le marché du fait de l'existence du PLB et du fait que celui-ci renforce la confiance. Ces éléments provoquent une distorsion de la concurrence en faveur des SIB. Il paraît donc justifié d'exiger que les SIB, qu'elles obtiennent ou non un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, versent un forfait en faveur du budget général de la Confédération afin de compenser ces distorsions. Les entreprises privées ne doivent pas pouvoir profiter sans contrepartie de la disposition de la Confédération à assumer des risques.

Le projet de loi du 6 septembre 2023 prévoit que les SIB devront s'acquitter d'un forfait *ex ante* en faveur du budget général de la Confédération. L'ajustement du forfait au risque vise à encourager les SIB à réduire les risques de liquidité et à éviter les incitations inopportunes (*moral hazard*)²⁰¹. Il faudra tenir compte, pour chaque SIB, du risque lié au modèle d'affaires et, en particulier, des liquidités disponibles. Il sera ainsi moins probable qu'une SIB dont la dotation en fonds propres pouvant être prise en compte est plus élevée que celle d'autres établissements aura recours à une garantie du risque de défaillance. Elle devra, par conséquent, s'acquitter d'un forfait moins élevé que d'autres établissements.

Le PLB pourrait aussi prévoir le remboursement, sous la forme d'une indemnité *ex post*, des pertes résiduelles enregistrées par les pouvoirs publics après la conclusion de la procédure de faillite. Le Conseil fédéral estime cependant que cette mesure n'est pas indiquée. Il doute en effet qu'elle soit réalisable d'un point de vue juridique parce que la base constitutionnelle manque pour la mettre en œuvre sous forme de redevance, du moins si celle-ci revêtait un caractère fiscal. En outre, cette mesure violerait le principe de causalité, car les coûts n'auraient pas été réglés par la banque les ayant occasionnés. Par ailleurs, une solution de ce genre ne tiendrait pas compte de l'avantage concurrentiel dont bénéficient les SIB par rapport aux banques sans importance systémique si elles ont la possibilité de recourir à un PLB. L'indemnisation *ex post* est largement répandue sur le plan international (par ex. aux États-Unis, au Royaume-Uni et dans l'UE). En général, la compensation éventuelle se répartit toutefois sur un nombre de banques plus élevé, ce qui n'est pas le cas en Suisse.

10.3.6 Privilège des créances

Le privilège des créances est un élément central du projet. Les éventuelles créances de la BNS qui résultent des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance sont attribuées à la troisième classe au sens de l'art. 219, al. 4, de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²⁰², c'est-à-dire à un rang inférieur aux créances de première et deuxième

²⁰¹ Afin de compenser les risques encourus par la Confédération et la BNS et de réduire les incitations inopportunes (*moral hazard*) liées à l'octroi d'un PLB, la SIB devra verser des intérêts et des primes adéquats et être soumise à des obligations pendant qu'elle bénéficiera du PLB, comme exposé au ch. 10.3.7.

²⁰² RS 281.1

classes, qui sont privilégiées en droit de la faillite (par ex. salaires du personnel, cotisations d'assurances sociales et dépôts privilégiés visés à l'art. 37a LB). Au sein de la troisième classe, les créances découlant de comptes de libre passage sous forme d'épargne pure et celles découlant de dépôts d'épargne sur des comptes de la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) qui sont supérieures à la part des dépôts privilégiés de 100 000 francs doivent être honorées avant les créances PLB. Toutes les autres créances de la troisième classe ont un rang inférieur aux créances PLB.

Un privilège des créances de la BNS découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance au sein de la troisième classe visée à l'art. 219, al. 4, LP n'a pas de répercussions négatives sur la garantie des dépôts, mais peut conduire à une réduction des remboursements des autres créances de cette classe dans une procédure de faillite. Étant donné que l'octroi de liquidités PLB à une SIB contribue considérablement à assainir effectivement la banque et permet, dans la plupart des cas, d'éviter une faillite, un PLB est dans l'intérêt de tous les créanciers, de même que le privilège nécessaire à cet effet.

10.3.7 Obligations de l'emprunteuse

La perspective d'un octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance peut constituer une incitation inopportune (*moral hazard*). Celle-ci peut mener la banque à adopter des comportements irresponsables et, partant, allant à l'encontre des intérêts publics, ce qui peut déclencher de nouveaux risques ou accroître des risques existants. Afin d'éviter que l'octroi par la BNS de prêts d'aide sous forme de liquidités crée des incitations inopportunes (*moral hazard*), la SIB devra, tant qu'elle bénéficiera d'un tel prêt assorti d'une garantie du risque de défaillance, non seulement verser des primes et des intérêts adéquats, mais aussi respecter diverses obligations. Le projet prévoit notamment l'interdiction de verser des dividendes, d'octroyer et de rembourser des prêts aux propriétaires de la société mère du groupe, et de rembourser des apports en capital. En outre, la SIB ne sera pas autorisée à effectuer des actes qui pourraient retarder ou compromettre le remboursement des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Le non-respect des obligations aura des conséquences pénales. Les mesures visant à réduire les incitations inopportunes (*moral hazard*) auront ainsi un plus grand pouvoir disciplinaire.

10.4 Mesures envisageables

10.4.1 Inscription d'un PLB pour les SIB dans le droit ordinaire

La crise qui a touché Credit Suisse a confirmé qu'il était nécessaire et pertinent d'introduire un PLB pour les SIB dans le droit ordinaire. Une mesure envisageable est donc d'inscrire le PLB dans la loi. Le 6 septembre 2023, le Conseil fédéral a adopté un message en ce sens et l'a transmis au Parlement.

10.4.2 Bilan et train de mesures couvrant les trois lignes de défense dans le domaine des liquidités

Bien que les mesures adoptées depuis la crise financière de 2007–2008 aient considérablement amélioré la dotation en liquidités des banques (ce qui a d’ailleurs pendant longtemps eu des effets positifs sur la situation de Credit Suisse), il convient de prendre des mesures supplémentaires concernant la garantie des liquidités. Credit Suisse a enregistré des sorties de liquidités d’une ampleur sans précédent. En raison notamment du développement des opérations bancaires en ligne et de la vitesse à laquelle les informations sont transmises, le dispositif de garantie des liquidités devra aussi s’adapter à des scénarios extrêmes de ce type.

Étant donné qu’il ne serait ni viable à l’échelle de l’entreprise ni judicieux du point de vue économique d’édicter pour chaque SIB ou chaque banque des exigences en matière de liquidités garantissant sa dotation en liquidités en cas de panique bancaire (*bank run*), il convient de renforcer les trois lignes de défense de la garantie des liquidités. Les mesures suivantes, axées sur les liquidités, sont présentées dans l’ordre chronologique de l’utilisation de ces lignes de défense en cas de crise.

- **Exigences en matière de liquidités** (première ligne de défense): l’OLiQ récemment révisée prévoit déjà des mesures supplémentaires en ce qui concerne les exigences particulières en matière de liquidités posées aux SIB. Elle entraîne donc un net durcissement de ces exigences, qui sont particulièrement élevées en comparaison internationale. Les exigences supplémentaires spécifiques aux établissements que l’OLiQ définit pour les SIB permettent de contrer précisément les éventuels risques non couverts liés aux liquidités. On renoncera donc à modifier encore les exigences en matière de liquidités posées aux SIB.

Toutefois, à la lumière des expériences récentes, il convient de contrôler et, éventuellement, d’adapter les ratios et les exigences de la législation en matière de liquidités qui s’appliquent à toutes les banques à l’échelle mondiale, à savoir le LCR et le NSFR. Comme il importe que ces indices soient calculés de manière uniforme pour assurer la comparaison internationale et des conditions de concurrence équitables, les modifications doivent être coordonnées à l’échelle internationale. Pour le LCR, il faut en particulier examiner les coefficients de sortie, le traitement des exigences en matière de liquidités dans les entités étrangères, les valeurs seuils pour limiter les diverses sources de financement à court terme et l’instauration d’un plancher fixé dans la loi pour assurer le respect du LCR en devises significatives. S’agissant du NSFR, il convient en particulier de vérifier certains coefficients de pondération.

Étant donné que l’actualité et la fiabilité des données sont essentielles pour identifier et juguler à un stade précoce une crise de liquidité, il est en outre recommandé, aux fins d’une mise en œuvre rapide, de spécifier dans la législation sur les liquidités les exigences posées aux banques concernant la mise à disposition d’informations relatives aux liquidités. Il faut renoncer à limiter dans la réglementation les retraits de dépôts aux fins de réduire les sorties de liquidités en cas de crise, car une telle mesure représenterait une intervention

trop forte dans le modèle d'affaires des banques et dans les possibilités de retrait qu'elles offrent à leur clientèle. Afin de faciliter la diversification des sources de financement, il faut en outre examiner s'il serait adéquat et pertinent d'édicter une loi sur les titres de créance couverts, notamment en tenant compte de l'actuelle loi sur l'émission de lettres de gage, des mesures concernant le prêteur ultime et du projet de PLB.

- **Prêteur ultime** (deuxième ligne de défense): les bases légales et conditions en vigueur seront examinées et, si cela s'avère nécessaire, précisées et étoffées dans le cadre de la mise en œuvre du postulat 23.3445 «Examen des instruments de la BNS». Le but est d'accroître les possibilités dont dispose le prêteur ultime pour octroyer des liquidités, que ce soit par l'intermédiaire de facilités ordinaires ou extraordinaires. Il convient ici de tenir compte non seulement du mandat constitutionnel de la BNS et des observations faites, mais aussi des interactions auxquelles donnera lieu l'instauration d'un PLB, de la mise en place de nouvelles facilités ou de la modification des facilités existantes, tout comme des éventuelles modifications institutionnelles qui découleront des conclusions de la CEP. L'inscription dans la législation d'une obligation pour les banques de préparer des sûretés contribue également au renforcement du dispositif du prêteur ultime. À cet égard, il faudra tenir compte de l'hétérogénéité des modèles d'affaires des banques et veiller à garantir un bon rapport coûts/utilité et une bonne prévisibilité.

Enfin, il convient d'examiner les possibilités de réduire la stigmatisation et d'améliorer la transférabilité des aides en liquidités au sein d'un groupe bancaire. En outre, les banques doivent autant que possible développer l'accès aux facilités des banques centrales étrangères.

- **Mécanisme public de garantie des liquidités** (troisième ligne de défense): avec l'instauration du PLB, le droit ordinaire offrira une troisième ligne de défense aux SIB. Le recours au PLB ne sera possible qu'en lien avec un assainissement et exigera que les SIB versent régulièrement un forfait *ex ante* à titre d'indemnisation. Afin de réduire le risque encouru par la Confédération, l'instrument prévoira un privilège des créances de la BNS. Afin de réduire les incitations inopportunes (*moral hazard*), les SIB devront verser des intérêts et des primes adéquats lors du recours à un PLB et respecter certaines conditions.

Cette mesure a déjà été soumise au Parlement par le message du 6 septembre 2023. L'extension d'un PLB aux banques sans importance systémique n'est pas jugée pertinente, car le Conseil fédéral estime que l'intérêt public qui la justifierait est insuffisant. Aucune mesure allant plus loin que le projet de loi présenté n'a été identifiée.

11 Système de protection des déposants

11.1 Contexte

Le système de protection des déposants²⁰³ poursuit deux buts fondamentaux. Premièrement, il doit contribuer à la stabilité du système financier en renforçant la confiance des déposants qui considéreront leurs dépôts bancaires en sécurité et seront moins susceptibles de succomber à la panique bancaire (*bank run*) en temps de crise. Deuxièmement, il doit protéger les déposants contre les pertes ou contre l'indisponibilité temporaire de leurs dépôts en cas de faillite de leur banque.

En Suisse, le système de protection des déposants se fonde sur trois niveaux. Le premier niveau consiste à verser les dépôts privilégiés sans délai, c'est-à-dire hors de la procédure ordinaire de liquidation, intégralement ou proportionnellement en recourant aux ressources liquides de la banque. A cet effet, selon la loi sur les banques, les établissements bancaires doivent disposer d'actifs situés en Suisse, à hauteur de 125 % de leurs dépôts privilégiés. Sont réputés dépôts privilégiés les dépôts comptabilisés auprès de comptoirs suisses et étrangers de banques suisses jusqu'à un montant maximal de 100 000 francs par déposant privilégié (art. 37a LB et 42c OB). Le système est activé en cas de faillite ou si la FINMA ordonne des mesures protectrices.

Si les ressources liquides de la banque ne suffisent pas au versement immédiat des dépôts privilégiés, on passe au deuxième niveau, soit à la garantie des dépôts. Celle-ci garantit le remboursement des dépôts privilégiés comptabilisés auprès de comptoirs suisses qui ne sont pas des avoirs de prévoyance (dépôts garantis)²⁰⁴.

La garantie des dépôts est assurée par un organisme d'autorégulation des banques (esisuisse) et financée par celles-ci au moyen de contributions lorsqu'il est nécessaire d'y recourir. La FINMA communique à esisuisse le montant qui doit être remboursé. esisuisse met alors le montant correspondant à la disposition de la personne chargée par la FINMA de l'enquête, de l'assainissement ou de la liquidation, dans les 7 jours à compter de la réception de la communication. Cette personne établit un plan de remboursement, demande immédiatement aux déposants mentionnés dans ce plan leurs instructions de paiement en vue du remboursement des dépôts garantis et procède, au plus tard le septième jour ouvré suivant la réception des instructions de paiement, au remboursement de la partie (restante) des dépôts privilégiés comptabilisés auprès de comptoirs suisses.

²⁰³ Dans le présent chapitre, une distinction est faite entre la protection des déposants et la garantie des dépôts. La garantie des dépôts est assurée par esisuisse. Cet organisme se charge, au besoin, de fournir les fonds nécessaires au remboursement des dépôts garantis en cas de crise. La protection des déposants inclut également la garantie des dépôts, mais recouvre une réalité plus vaste. Elle comprend notamment aussi les tâches exécutées par la FINMA afin d'assurer le remboursement des dépôts garantis et la réglementation de la faillite en ce qui concerne les déposants (en particulier le privilège des créances).

²⁰⁴ Sont privilégiés les avoirs suivants des banques suisses en Suisse et à l'étranger: comptes privés et comptes salaires, comptes d'épargne et comptes de placement, comptes courants, comptes de libre passage et comptes de prévoyance de même que les avoirs déposés dans les comptoirs étrangers. Les dépôts garantis sont un sous-ensemble des dépôts privilégiés et se limitent aux comptes privés, comptes salaires, comptes d'épargne, comptes de placement et comptes courants comptabilisés dans des comptoirs suisses.

La contribution d'esisuisse est limitée par le plafond du système, qui est fixé à 1,6 % de la somme des dépôts garantis, mais à 6 milliards de francs au minimum. Ce plafond était de 8 milliards de francs à la fin de 2022. esisuisse doit mettre le montant requis à disposition dans les 7 jours.

Le troisième niveau prévoit un privilège des créances pour les dépôts privilégiés qui n'ont pas pu être remboursés aux deux niveaux précédents. Le privilège des créances signifie que ces dépôts sont considérés comme des créances de deuxième classe dans le cadre de la procédure de liquidation ordinaire. Ils sont donc remboursés avant les créances de la troisième classe, soit avant celles des créanciers obligataires par exemple. Le remboursement de ces dépôts, qui survient dans le cadre d'une ou de plusieurs répartitions provisoires ou seulement après la clôture de la procédure de liquidation, peut donc être retardé ou engendrer des pertes pour les déposants.

Certaines banques cantonales bénéficient en outre d'une garantie de l'État (limitée ou non), ce qui contribue aussi à la protection de leurs déposants.

11.2 Comparaison internationale des garanties de dépôts

11.2.1 UE

Les États membres de l'UE ont leurs propres garanties de dépôts, qui sont soumises à la directive 2014/49/UE²⁰⁵. Celle-ci définit des réglementations et des exigences qui s'appliquent aux garanties de dépôts nationales et vise donc à atteindre un certain degré d'harmonisation entre les États membres. La limite individuelle est de 100 000 euros par déposant et établissement de crédit. En outre, à partir de 2024, le délai de remboursement ne peut pas excéder 7 jours ouvrés. Les systèmes de garantie des dépôts des États membres doivent être financés *ex ante* à hauteur d'au moins 70 % et atteindre un degré de couverture de 0,8 % des dépôts garantis de leurs établissements membres. Si les ressources de la garantie des dépôts ne suffisent pas, les systèmes de garantie des dépôts doivent disposer d'autres réglementations de financement appropriées.

11.2.2 États-Unis

Aux États-Unis, la tâche d'assurer la garantie des dépôts est assumée par le fonds américain de garantie des dépôts bancaires (*Federal Deposit Insurance Corporation* [FDIC]), une agence étatique. Le FDIC garantit les dépôts, surveille les établissements financiers et dispose de compétences concernant l'assainissement et la liquidation de ceux-ci.

La limite individuelle pour les dépôts garantis est de 250 000 dollars par client, catégorie de compte et établissement membre. Le FDIC possède un fonds de garantie des dépôts (*deposit insurance fund*) que les banques financent par des primes calculées

²⁰⁵ Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, JO L 173 du 12 juin 2014, p. 149.

selon les risques. À la fin de l'année 2022, ce fonds était doté de 123 milliards de dollars, ce qui correspond, pour un montant agrégé de 9900 milliards de dollars de dépôts garantis, à un taux de couverture de 1,3 %. À long terme, la FDIC vise un taux de couverture de 2,0 %. La FDIC dispose d'une garantie complète du gouvernement des États-Unis (*full faith and credit*) pour le cas où les ressources du fonds ne suffiraient pas. Pour éviter les risques systémiques, la FDIC peut recourir à une large palette de mesures (*systemic risk exception*). C'est ainsi qu'elle a pu garantir tous les dépôts de Silicon Valley Bank en mars 2023. Pendant la crise financière de 2007–2008, elle a aussi par exemple garanti les placements de Wachovias, pour un montant de 312 milliards de dollars, afin de permettre son acquisition par Citigroup.

11.3 Évaluation

Lors d'une procédure de faillite, la garantie des dépôts fournit une protection accrue aux déposants des banques et des maisons de titres gérant des comptes qui ont été autorisées par la FINMA. La garantie des dépôts renforce ainsi la confiance dans les dépôts bancaires en temps de crise et contribue à la stabilité financière.

Cela étant, le système actuel présente diverses limites et donc des points faibles qui sont exposés ci-après.

11.3.1 Plafond du système

Compte tenu du plafond actuel, la garantie des dépôts ne permettrait probablement pas de faire face à l'effondrement d'une grande banque ou de plusieurs banques de petite ou de moyenne taille. Au total, 11 banques détenaient chacune des dépôts garantis de plus de 8 milliards de francs à la fin de l'année 2022. Les dépôts garantis des SIB, considérées individuellement, étaient 4 à 13 fois plus élevés que le plafond du système.

Si les ressources de la garantie des dépôts ne suffisent pas à rembourser la totalité des dépôts garantis en cas de faillite, les dépôts garantis non remboursés sont assortis d'un privilège des créances et ils sont intégrés à la masse en faillite de la banque. Le déposant est ainsi exposé à un risque de perte et l'accès à cette partie du dépôt peut rester bloqué pendant longtemps.

Le plafond actuel du système et le manque de réglementation concernant les dépôts garantis qui se situent au-delà de ce plafond sont susceptibles de compromettre la crédibilité de la garantie des dépôts. Ce plafond peut conduire les déposants à douter que leurs avoirs seront effectivement remboursés à concurrence de la limite individuelle de 100 000 francs. Ce point faible est particulièrement marqué pour les SIB, car les dépôts garantis qu'elles gèrent sont plusieurs fois supérieurs au plafond du système.

11.3.2 Financement *ex post*

En Suisse, la garantie des dépôts est financée *ex post*: les contributions à la garantie des dépôts ne sont perçues que dans le cas où celle-ci est sollicitée. Cela peut accentuer l'éventuel manque de liquidités auquel font face les banques qui doivent verser une contribution. De plus, si les contributions fournies doivent être amorties, ces banques subissent des pertes. Cette situation peut générer une réaction en chaîne de sorte que d'autres banques se retrouvent dans l'incapacité de payer ou deviennent insolvables. Ainsi, le financement *ex post* déploie des effets procycliques susceptibles d'aggraver une crise et d'avoir des répercussions négatives sur la stabilité du système.

11.3.3 Délai de remboursement

Dans le système actuel, le délai de remboursement est de 14 jours au maximum. Ce délai se compose d'un délai de 7 jours permettant à esisuisse de prélever les fonds auprès de ses banques membres ou d'organiser la réalisation des actifs déposés. Ensuite, esisuisse vire les fonds à l'administrateur de la faillite, qui dispose à son tour d'un délai de 7 jours pour verser les fonds reçus aux déposants.

Selon la norme internationale²⁰⁶, le délai de remboursement ne devrait pas excéder 7 jours. La crise ayant touché Silicon Valley Bank aux États-Unis a montré que même un délai de 7 jours peut s'avérer trop long. C'est pourquoi, en mars 2023, le FDIC a garanti un versement le jour suivant.

Le délai de remboursement assez long du système suisse est dû au financement *ex post* associé à une procédure de remboursement complexe.

11.3.4 Contribution à la gestion des crises

La garantie suisse des dépôts n'est activée que si la disponibilité des dépôts garantis est restreinte en raison d'une faillite ou de mesures protectrices ordonnées par la FINMA. Elle sert alors uniquement à mettre à disposition les fonds en vue du remboursement des dépôts garantis. S'agissant d'une SIB toutefois, il n'est pas envisageable qu'en cas de crise, les dépôts garantis ne soient pas disponibles. Les opérations de dépôt sur le marché intérieur constituent en effet une fonction d'importance systémique, qui doit être maintenue pendant une certaine durée. C'est pourquoi, contrairement aux autres banques, les SIB ne sont pas tenues de procéder aux préparatifs (art. 42*h* OB) en vue d'établir un plan de remboursement, de contacter les déposants et d'assurer les remboursements. En revanche, elles doivent établir un plan qui définit comment les remboursements pourront être effectués au cas où l'assainissement échouerait. Ainsi, eu égard à l'objectif visé par le régime TBTF, à savoir le maintien des fonctions économiques importantes, le recours à la garantie des dépôts est très improbable lorsqu'une SIB est en difficulté.

²⁰⁶ IADI, *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*, novembre 2014.

11.3.5 Limite individuelle de 100 000 francs

Il faut s'assurer que les déposants puissent continuer d'accéder sans interruption à leurs dépôts et qu'ils puissent effectuer des paiements même en cas de crise. Simultanément, la fixation d'une limite pour les dépôts garantis vise à maintenir une certaine discipline sur le marché. La limite de 100 000 francs s'applique de la même manière à toute la clientèle. En réalité, on observe cependant de grandes différences entre les divers segments de clientèle. Par exemple, les clients commerciaux ont habituellement des avoirs considérablement plus importants, par exemple pour assurer le paiement des salaires ou l'acquisition de biens d'investissement. Comme une grande part de ces actifs n'est pas couverte par la garantie des dépôts, les entreprises ont davantage intérêt à les retirer rapidement en cas de crise. Les cas de Silicon Valley Bank et de Signature Bank aux États-Unis l'ont clairement montré en mars 2023.

Dans le domaine de la gestion de fortune également, la clientèle dispose habituellement de dépôts très importants et elle réagit davantage aux gros titres négatifs de la presse sur la stabilité d'une banque. Par exemple, Credit Suisse a annoncé des pertes de 61 milliards de francs d'actifs sous gestion (*Assets under Management* [AuM]) au premier trimestre 2023, à l'échelle du groupe. Sur ce montant, 47 milliards de francs (5 % des AuM) concernaient la gestion de fortune, alors que l'entité suisse n'était touchée qu'à hauteur de 5 milliards de francs, soit 1 % des AuM. La plupart des sorties de fonds étaient dues à des retraits de dépôts.

11.4 Mesures envisageables

Les chapitres qui suivent présentent l'éventail des mesures envisageables dans le domaine du système de protection des déposants, chacune étant jugée ses avantages et ses inconvénients. Les mesures sont également analysées dans leur ensemble, en fonction de leurs interdépendances. Le ch. 11.4.7 tire le bilan des chapitres qui le précèdent.

11.4.1 Introduction

Comme l'analyse l'indique, s'agissant d'une SIB, il n'est pas envisageable que les dépôts garantis ne soient plus disponibles en cas de crise puisque les opérations de dépôt doivent être maintenues pendant une certaine durée. Un PLB suffisamment doté peut assurer le versement sans interruption des dépôts en cas de besoin. De ce fait, pour les SIB, la garantie des dépôts dans sa forme actuelle ne peut contribuer qu'à titre subsidiaire à prévenir une panique bancaire (*bank run*) dans le cas où les déposants douteraient du maintien des fonctions d'importance systémique. Sous le régime TBTF, le rôle premier de la garantie des dépôts serait de contribuer à ce que les clients gardent confiance en une banque.

L'objectif prioritaire du régime TBTF en cas de crise est de garantir le maintien des fonctions d'importance systémique, si possible sans aides de l'État. L'analyse ci-avant met cependant aussi en évidence les points faibles de la garantie des dépôts s'agissant

des banques sans importance systémique. À cet égard, il convient de noter que ces points faibles et les mesures correspondantes étaient déjà connus lors de la modification de la LB concernant la garantie des dépôts et l'insolvabilité, mais que le législateur n'a pas mis ces mesures en œuvre en 2021.

11.4.2 Aides de l'État pour la garantie des dépôts

La contribution obligatoire des banques est limitée à 1,6 % de l'ensemble des dépôts garantis. Si en cas de recours à la garantie, les contributions ne suffisent pas à couvrir le montant nécessaire, seul un remboursement au prorata est effectué. Celui-ci risque donc d'être nettement inférieur au montant garanti de 100 000 francs. Cette problématique concerne surtout les grandes banques ou les cas qui impliqueraient simultanément plusieurs banques. Le Conseil fédéral peut adapter les exigences en matière de contribution si des circonstances particulières l'exigent (art. 37h, al. 5, LB). Il ne sera pas facile, si un recours à la garantie est nécessaire, de procéder à court terme au relèvement de l'obligation de contribution sur une telle base. Ce serait accroître encore la procyclicité déjà inhérente au système. Dans ce contexte, l'instauration d'aides de l'État rémunérées adéquatement en fonction des risques est envisagée. De telles aides correspondent aux normes internationales et aux recommandations du FMI²⁰⁷.

Actuellement, une contribution de 504 milliards de francs est nécessaire pour couvrir l'ensemble des dépôts garantis. La garantie correspondante devrait en tout cas être rémunérée *ex ante* par les banques sur la base des risques. Une telle garantie soulève des questions à plusieurs égards. Premièrement, elle ne serait pas conforme au troisième objectif du régime TBTF, selon lequel il faut éviter de recourir aux aides de l'État. Deuxièmement, une telle garantie ne suffirait probablement pas à rétablir la confiance dans la banque concernée, notamment parce que seuls les dépôts garantis seraient couverts. Des mesures supplémentaires seraient nécessaires, notamment le recours en parallèle à un PLB.

11.4.3 Réduction du délai de remboursement

S'agissant des SIB, un PLB suffisamment doté peut constituer une meilleure protection contre une panique bancaire (*bank run*) que la garantie de dépôt, car il permet d'assurer le versement des dépôts sans interruption. Même si le délai de remboursement est nettement réduit, la garantie des dépôts ne rassurera pas autant les déposants que le PLB.

²⁰⁷ Principle 9 – Sources and uses of funds: *The deposit insurer should have readily available funds and all funding mechanisms necessary to ensure prompt reimbursement of depositors' claims, including assured liquidity funding arrangements. Responsibility for paying the cost of deposit insurance should be borne by banks.* voir IADI Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems, 2014, p. 29.

11.4.4 Relèvement de la limite individuelle

La limite individuelle peut inciter certains déposants, en cas de crise, à retirer rapidement tous leurs dépôts ou la part de leurs dépôts qui dépasse la limite. Comme l'indique la comparaison avec les États-Unis (voir ch. 11.2.2), même une limite individuelle nettement plus élevée (250 000 dollars) n'est pas considérée comme suffisante, ce qui force les autorités à prévoir une garantie illimitée pour atteindre l'effet d'apaisement souhaité. En outre, il faut se demander dans quelle mesure un tel relèvement induit des incitations inopportunes (*moral hazard*).

11.4.5 Création d'un fonds *ex ante*

À l'instar d'autres pays, la Suisse peut aussi instituer un fonds *ex ante* pour remédier à l'effet procyclique de l'actuel financement *ex post*. Cette variante a déjà été envisagée dans le cadre de révisions antérieures de la garantie des dépôts, mais le législateur l'a rejetée à chaque fois.

11.4.6 Garantie des avoirs de prévoyance

Plusieurs interventions²⁰⁸ ont proposé un accroissement de la protection des déposants par une garantie supplémentaire des avoirs de libre passage et du pilier 3a. Dans le rapport qu'il a rédigé en décembre 2019 en exécution du postulat 17.3634 «Mieux protéger les avoirs de libre passage», le Conseil fédéral a déjà présenté diverses solutions à cet effet. Celles-ci consistent, en cas de faillite bancaire, en l'extension de la garantie des dépôts ou en la modification du privilège des créances défini dans le droit bancaire.

À la fin de 2022, les avoirs de prévoyance totalisaient 90 milliards de francs. S'ils sont pris en considération dans la garantie des dépôts, les actifs garantis passent de 504 à 590 milliards de francs à la même date de référence, entraînant un relèvement du plafond du système, qui passe de 8 à 9,4 milliards de francs. Une autre possibilité consiste à rembourser ces avoirs avant, à titre de dépôts privilégiés, en dehors de la collocation ou à relever la limite de 100 000 francs fixée dans le cadre du privilège des créances.

La modification la plus récente de la LB, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, portait aussi sur la garantie des dépôts et le privilège des créances. En revanche, elle ne prévoyait pas d'étendre la protection des déposants.

Le 6 mars 2024, le Parlement a accepté la motion 23.3604 «Améliorer la protection des avoirs de libre passage et du pilier 3a». Étant donné que son exécution aura une incidence sur la LB, le Conseil fédéral prévoit de traiter cette motion lors de la révision de la LB qui suivra les travaux liés au dispositif TBTF.

²⁰⁸ Motion 23.3604 ou postulat 17.3634.

11.4.7 Bilan et train de mesures proposé pour le système de protection des déposants

Le système de protection des déposants a connu des modifications substantielles avec l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023 de la LB révisée. Au cours de l'élaboration de ce projet et de son examen par le Parlement, de même que lors de projets de réforme antérieurs, des aspects essentiels de la protection des déposants ont fait l'objet de discussions, par exemple le plafond du système, les aides de l'État, le mode de financement (y compris la création d'un fonds ex ante), la procyclicité du système, le délai de remboursement, la limite individuelle des dépôts garantis et une meilleure couverture des avoirs de prévoyance²⁰⁹. Le législateur a décidé d'apporter des modifications uniquement en relation avec le plafond du système, le délai de remboursement et le mode de financement (dépôt de sûretés, mais pas de fonds ex ante).

Les événements entourant la crise qui a touché Credit Suisse ont montré que la perte de confiance et les importantes sorties de fonds que celle-ci a entraînées ne sont guère liées aux modalités de la protection des déposants. Cela est vrai pour autant que cette protection couvre seulement un certain montant, peu élevé, de ces dépôts, et non leur totalité. Même à titre préventif, la protection partielle des déposants ne pourra pas renforcer efficacement la confiance accordée à une banque. L'objectif du régime TBTF qui consiste à assurer le maintien des fonctions d'importance systémique et, ce faisant, l'accès des déposants à leurs avoirs ne dépend donc pas de la protection des déposants. S'agissant des SIB, il est assez improbable que l'on recoure à la garantie des dépôts au sens strict, puisqu'il faudrait d'abord épuiser toutes les possibilités offertes par les instruments du régime TBTF. En conséquence, la modification de la garantie des dépôts n'améliorera que très peu le problème TBTF. Pour les raisons mentionnées, le train de mesures TBTF présenté ne contient pas de mesure concernant la protection des déposants.

12 Stabilisation

12.1 Contexte

12.1.1 Bases réglementaires

Durant la phase de stabilisation (*recovery*), la crise qui touche une banque n'en est qu'à ses débuts. La situation n'est donc pas encore critique au point qu'un assainissement ou une liquidation par voie de faillite semble nécessaire. La banque ne peut certes plus fonctionner normalement, mais elle peut en principe encore surmonter la crise par ses propres moyens. Dans son plan de stabilisation, la SIB²¹⁰ présente les mesures qu'elle entend prendre pour se stabiliser durablement en cas de crise de manière à pouvoir poursuivre son activité sans intervention de l'État (art. 64, al. 1, OB).

²⁰⁹ Rapport du Conseil fédéral, *Mieux protéger les avoirs de libre passage*, 31 août 2017.

²¹⁰ En Suisse, seules les SIB sont tenues d'établir un plan de stabilisation. À l'échelle internationale, on discute actuellement, en particulier au sein du Conseil de stabilité financière, de la possibilité d'étendre cette obligation à d'autres banques. Il en va de même concernant le plan de liquidation.

La FINMA approuve le plan de stabilisation. Ceci a été fait pour toutes les SIB. L'approbation vise à garantir que les réflexions de la banque soient compréhensibles et fondées et qu'il existe des scénarios applicables pour les transactions d'une certaine importance (par ex. la vente de participations ou de filiales). L'obligation d'établir un plan de stabilisation permet de forcer la direction de la banque à anticiper les situations de crise. Cependant, les plans de stabilisation reposent sur des considérations stratégiques abstraites, alors qu'au moment où il s'agit de les appliquer, la crise évolue de manière très spécifique.

Outre un plan de stabilisation, toutes les banques disposent en interne d'un *contin-gency funding plan*, soit d'un plan de financement d'urgence (PFU). Ce document correspond au plan d'urgence de la banque prévu à l'art. 10 OLiq. Ce plan doit garantir que la banque puisse réagir avec succès à des pénuries de liquidités et de financement d'importances diverses tout en poursuivant ses activités. Le PFU couvre les aspects prioritaires que sont la gouvernance, le niveau d'urgence et les options d'amélioration des liquidités et du financement.

Les instruments de surveillance de la FINMA lui permettent aussi de prendre des mesures durant une phase de stabilisation. Par exemple, si une banque viole les dispositions de la LFINMA ou une des lois sur les marchés financiers, ou si d'autres irrégularités sont constatées, la FINMA est tenue de veiller au rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA). L'objectif de cette disposition est de garantir la protection des investisseurs ainsi que de maintenir la stabilité et l'intégrité du marché financier. De telles mesures peuvent donc être prises à la suite d'une violation des lois afférentes ou de la constatation d'autres irrégularités, la FINMA disposant d'une marge de manœuvre relativement large dans l'appréciation de ces dernières²¹¹.

L'art. 31 LFINMA est une disposition générale qui permet à la FINMA de prendre des mesures spécifiques, dans le respect des principes du droit administratif et sur la base de son appréciation, pour rétablir l'ordre légal. La FINMA peut recourir à toutes les mesures relevant du droit administratif (y c. les mesures provisionnelles et super-provisionnelles). De plus, elle peut imposer diverses sanctions relevant du droit administratif, notamment des mesures répressives, et des mesures relevant du droit de la surveillance (par ex. art. 32 ss LFINMA). Enfin, elle peut ordonner d'autres mesures, ne se fondant pas sur la LFINMA, mais sur d'autres lois sur les marchés financiers²¹².

Parmi les instruments de surveillance prévus par la LFINMA, il y a aussi la possibilité pour la FINMA de charger un spécialiste indépendant (chargé d'enquête) d'effectuer une enquête dans l'établissement d'un assujetti pour élucider un fait relevant de la surveillance ou pour mettre en œuvre les mesures de surveillance qu'elle a ordonnées (voir art. 36, al. 1, LFINMA). La FINMA peut aussi nommer un chargé d'enquête dans le cadre des mesures protectrices prévues à l'art. 26 LB.

Les compétences du chargé d'enquête doivent être clairement décrites dans l'acte d'institution. Il est par exemple possible de déléguer la compétence pour toutes les activités commerciales ou de procéder à une délégation différenciée, notamment en

²¹¹ ROTH PELLANDA et KOPP, ad art. 31 LFINMA, in: WATTER et BAHAR (éd.), *Basler Kommentar FINMAG/FinfraG*, 3^e édition, Bâle 2019, Cm. 1, 3 ss.

²¹² ROTH PELLANDA et KOPP, ad art. 31 LFINMA, in: WATTER et BAHAR (éd.), *Basler Kommentar FINMAG/FinfraG*, 3^e édition, Bâle 2019, Cm. 6 ss.

ce qui concerne l'influence exercée sur la gestion de l'établissement. Évidemment, l'activité du chargé d'enquête est aussi soumise au principe de proportionnalité.

Il convient de distinguer ces mesures de surveillance des mesures protectrices et des mesures de liquidation (voir ch. 13.1.1) prévues à l'art. 25 LB et ne s'appliquant qu'en cas de risque d'insolvabilité. Le risque d'insolvabilité est avéré s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants, ou si la banque n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la FINMA. Les mesures protectrices peuvent être ordonnées avant ou pendant une procédure d'assainissement ou de liquidation.

L'art. 26 LB énumère les mesures protectrices visant les banques menacées d'insolvabilité, mais la liste n'est pas exhaustive. La FINMA peut exercer une influence sur la gestion de la banque en donnant des instructions à ses organes, en leur retirant complètement ou partiellement leur pouvoir de représentation ou en les démettant de leurs fonctions. Elle peut aussi prendre des mesures ciblées dans le domaine opérationnel, par exemple en limitant l'activité de la banque ou le trafic des paiements, voire en fermant la banque. La FINMA a en outre la compétence d'accorder un sursis ou de proroger les échéances.

12.1.2 Cas de Credit Suisse

Le plan de financement d'urgence (PFU) de Credit Suisse Group SA de même que ceux de ses filiales prévoyaient différents niveaux d'urgence. On y avait défini des déclencheurs quantitatifs en fonction des exigences réglementaires relatives au capital et aux liquidités et ajustés précisément selon la propension au risque des unités concernées du groupe. Les PFU prévoyaient trois niveaux d'urgence. Le troisième niveau, le plus élevé, était activé lorsque les exigences réglementaires minimales en matière de liquidités n'étaient pas remplies ou que le volant de sécurité interne du pilier 2 était épuisé. Dans le cas de Credit Suisse, le niveau d'urgence 1 a été activé le 3 octobre 2022, le niveau d'urgence 2, le 5 octobre, et le niveau d'urgence 3, le 1^{er} novembre.

Sur ordre de la FINMA, une conférence téléphonique quotidienne, à laquelle participaient aussi des autorités de surveillance étrangères, a été organisée dès que le niveau d'urgence 1 a été atteint afin de faire le point sur les liquidités et le financement. Les discussions ont notamment porté sur les prévisions en matière de liquidités, les activités de refinancement, le comportement des clients et les mesures d'atténuation. Lors de ces échanges, il est apparu que la qualité des données transmises et les informations fournies par la banque étaient souvent insuffisantes. Les prévisions et les mesures d'atténuation des divisions ne correspondaient pas à la réalité et ont continuellement minimisé l'avancement de la crise.

Contrairement aux PFU, le plan de stabilisation de Credit Suisse n'a pas été activé. Il faut tout d'abord noter que le plan de stabilisation ne se déclenche pas automatiquement. Une décision de la direction est nécessaire. Lorsque les valeurs dépassent certains indicateurs, par exemple lorsque le niveau d'urgence 3 est atteint, la direction est tenue de prendre une décision, positive ou négative, quant à l'activation du plan de stabilisation. Dans le cas de Credit Suisse, il est apparu que la direction n'était pas

disposée à activer le plan de stabilisation alors même que les conditions formelles étaient remplies. La banque était réticente à l'activer en particulier parce qu'elle supposait que cela donnerait un signal négatif qui déstabiliserait encore davantage le système financier.

La loi ne régleme pas explicitement les conséquences juridiques pour le cas où, le seuil d'activation du plan de stabilisation étant atteint, la banque n'est pas disposée à le mettre en œuvre. La FINMA pourrait toutefois se fonder sur l'art. 31 LFINMA (rétablissement de l'ordre légal), formulé comme une disposition générale, qui lui permet en cas d'irrégularités d'ordonner des mesures spécifiques adaptées à la situation. L'activation du plan de stabilisation ou l'ordre d'exécuter une mesure prévue par ce plan pourrait en faire partie.

La FINMA pourrait ordonner une telle mesure à titre provisionnel lorsqu'il y a péril en la demeure (art. 30, al. 2, let. e, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA]²¹³). Dans un tel cas, il est possible de renoncer à une audition préalable de la banque concernée. Il faut noter que la FINMA est uniquement compétente pour prescrire aux organes de la banque concernée d'entreprendre tout ce qui est en leur pouvoir pour mettre en œuvre efficacement la mesure de stabilisation. Les éventuels obstacles à la mise en œuvre demeurent. Si une banque est contrainte par voie de décision de vendre un actif, il n'est pas garanti qu'elle trouve un acheteur.

Dans le cas de Credit Suisse, la FINMA a renoncé à ordonner l'activation du plan de stabilisation, notamment parce qu'elle craignait, comme la banque apparemment, les répercussions négatives que pouvait entraîner la stigmatisation associée à cette mesure. Le fait que, selon la FINMA, Credit Suisse essayait de façon crédible de mettre en œuvre certaines mesures prévues par le plan de stabilisation (par ex. réductions des coûts ou vente de certaines parties de la banque d'investissement) bien qu'il n'ait pas été activé, a aussi conduit la FINMA à prendre cette décision. Ces mesures s'inscrivaient dans la réorientation stratégique que la banque avait déjà annoncée à l'été 2022.

Le déploiement de ces mesures s'est toutefois achoppé à des difficultés imprévues. Les conditions qui prévalaient sur le marché empêchaient par exemple d'appliquer les prix de vente prévus dans le plan de stabilisation. D'autres mesures examinées par la banque n'ont pas pu être appliquées en raison de l'absence d'acheteurs ou d'obstacles opérationnels que la banque n'avait pas identifiés au préalable. En outre, les responsables de la banque n'étaient pas disposés à prendre certaines mesures qui allaient à l'encontre de leur stratégie de base (par ex. procéder à des ventes dans les divisions de la gestion de fortune ou de la banque universelle suisse).

12.2 Comparaison internationale

12.2.1 Comité de Bâle sur le contrôle bancaire²¹⁴

L'intervention précoce est un élément essentiel des principes de la surveillance bancaire²¹⁵. Elle a été définie dans les *Frameworks for early supervisory intervention*²¹⁶. L'ouvrage-cadre du CBCB précise que les banques doivent disposer d'un PFU et en fixe les modalités²¹⁷.

12.2.2 Conseil de stabilité financière

En 2011 et en 2014, le CSF a élaboré des bases pour la stabilisation et la liquidation. Ces *Key Attributes* prévoient notamment que les SIB disposent d'un plan de stabilisation²¹⁸. Ce plan doit prévoir des mesures crédibles pour divers scénarios de crise et définir une sélection de mesures adéquates et rapidement applicables pour répondre en particulier aux besoins en capital et en liquidités. Cette exigence générale est précisée dans un document d'aide du CSF.

12.2.3 UE

Les compétences d'intervention précoce de la BCE, soit celles du mécanisme de surveillance unique (MSU)²¹⁹, comprennent un large catalogue de mesures qui sont en principe susceptibles d'être appliquées à toutes les banques²²⁰. La BCE et les autorités nationales de surveillance peuvent notamment intervenir dans la politique de provisionnement des banques et donner des instructions quant à l'utilisation de certains actifs bancaires. Elles peuvent en outre intervenir dans la stratégie commerciale des banques en décidant de restreindre, limiter ou vendre certains domaines d'activité.

²¹⁴ Pour une vue d'ensemble des divers régimes d'intervention précoce voir SVORONOS, *Early interventions regimes for weak banks, FSI Insights on policy implementation No 6*, avril 2018 et le communiqué de la BRI, *Basel Committee issues final elements of the reforms to raise the quality of regulatory capital*, 13 janvier 2011.

²¹⁵ BCBS, *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace*, septembre 2012.

²¹⁶ BCBS, *Frameworks for early supervisory intervention*, mars 2018.

²¹⁷ BCBS, *Principles for Sound Liquidity Risk Management and Supervision*, septembre 2008.

²¹⁸ Voir CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014 et CSF, *I-Annex 4: Essential Elements of Recovery and Resolution Plans*, 4 novembre 2011.

²¹⁹ Le MSU est le système de surveillance bancaire de l'Europe. Il réunit la BCE et les autorités nationales de surveillance des pays participants.

²²⁰ Règlement (UE) N° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, JO L 287 du 29.10 2013, p. 63, art. 16.

Les art. 27 ss de la directive 2014/59/UE²²¹ relative au redressement et à la résolution des banques prévoient des mesures explicites d'intervention précoce que les autorités de surveillance peuvent appliquer, notamment lorsque les exigences en matière de fonds propres et de liquidités ne sont pas respectées ou qu'elles risquent de ne pas l'être. Dans un tel cas, les autorités compétentes peuvent par exemple: 1) exiger de l'organe de direction de l'établissement qu'il applique une ou plusieurs des dispositions ou mesures énoncées dans le plan de redressement, 2) destituer ou remplacer les membres de l'organe de direction et de la direction générale ou 3) exiger une modification de la stratégie commerciale de l'établissement.

Les art. 9 ss de la directive 2014/59/UE posent des exigences concrètes au plan de stabilisation (ou plan de redressement dans l'UE), décrivent les critères de son contrôle par l'autorité compétente et précisent que la banque doit disposer d'indicateurs qualitatifs et quantitatifs adéquats dont le non-respect entraîne des mesures concrètes. L'Autorité bancaire européenne (ABE) a défini ces indicateurs plus en détail²²².

12.2.4 États-Unis

Aux États-Unis, tant les interventions précoces que les plans de stabilisation sont compris sous le terme *prompt corrective actions*²²³. Les autorités de surveillance subdivisent les banques en difficulté en trois catégories (sous-capitalisation, sous-capitalisation importante, sous-capitalisation critique). Les mesures applicables dépendent de la catégorie concernée. Par exemple, les banques sous-capitalisées doivent présenter un plan leur permettant de régénérer du capital; leur accès au guichet d'escompte de la Fed peut être restreint ou leur croissance, limitée. Si une banque est significativement sous-capitalisée, les bonus peuvent être interdits, les versements de coupons sur les emprunts subordonnés, suspendus, ou les activités risquées, restreintes. Les banques faisant face à une sous-capitalisation critique doivent en principe être mises sous curatelle (*conservatorship*) ou sous séquestre (*receivership*). Dans ce contexte, une distinction est faite entre les mesures discrétionnaires et les mesures obligatoires.

12.3 Évaluation

Malgré son plan de stabilisation approuvé par la FINMA, Credit Suisse n'a pas été capable de se stabiliser de manière à pouvoir maintenir son activité commerciale sans

²²¹ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, JO L 173 du 12.6.2014, p. 190.

²²² ABE, *Guidelines on recovery plan indicators under Article 9 of Directive 2014/59/EU, Final Report*, 9 novembre 2011.

²²³ FDIC, *Chapter 5 – Prompt Corrective Action: Formal and Informal Enforcement Actions Manual*, juin 2022.

le soutien de l'État. Cela s'explique notamment par des raisons liées tant au plan de stabilisation qu'aux possibilités d'intervention précoce de la FINMA.

Plan de stabilisation:

- Les mesures prévues étaient insuffisantes et leur mise en œuvre s'est achoppée à des obstacles qui n'avaient pas été identifiés au préalable (par ex. temps de préparation excessivement longs).
- La stigmatisation liée à l'activation du plan de stabilisation constituait un obstacle majeur pour la banque.
- Alors que les indicateurs relatifs aux niveaux d'urgence ont été dépassés et que le plan de stabilisation n'a pas été activé, aucune mesure concrète n'a été prise.
- La qualité des données transmises et les informations fournies par la banque durant cette phase étaient souvent insuffisantes.
- Selon la FINMA, le plan de stabilisation de Crédit Suisse pouvait être approuvé en l'état, mais il restait un potentiel d'amélioration; la FINMA avait chargé la banque d'amender son plan de stabilisation dans le cadre des actualisations annuelles prévues.
- La banque était réticente à mettre en œuvre des mesures prévues dans le plan.

Possibilités d'intervention précoce de la FINMA:

- La FINMA peut certes ne pas approuver le plan de stabilisation, mais il n'existe aucune sanction explicitement définie qu'elle peut appliquer si ce plan ne répond pas aux exigences (il en va autrement du plan d'urgence, puisque l'art. 62 OB donne explicitement à la FINMA la compétence d'ordonner des mesures spécifiques pour procéder à la correction des lacunes). La FINMA avait approuvé le plan de stabilisation alors qu'il était susceptible d'être amélioré, exigeant de la banque qu'elle apporte les améliorations nécessaires au plan de l'année suivante.
- La FINMA peut se baser sur la disposition générale énoncée à l'art. 31 LFINMA pour ordonner des mesures de stabilisation au cas où une banque ne veut pas les prendre elle-même. Cette possibilité soulève la question de la sécurité juridique. En effet, plus la mesure de stabilisation ordonnée est invasive, plus cette question peut être importante.
- Les mesures protectrices prévues par la loi (art. 26 LB) sont applicables uniquement s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants, ou si la banque n'a pas pu rétablir une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la FINMA. Il incombe à la FINMA de déterminer si une telle situation est donnée.

12.4 Mesures envisageables

Les chapitres qui suivent présentent l'éventail des mesures de stabilisation envisageables, chacune étant jugée selon ses avantages et ses inconvénients. Les mesures sont également analysées dans leur ensemble, en fonction de leurs interdépendances. Le ch. 12.4.3 tire le bilan des mesures proposées.

12.4.1 Exigences accrues posées au plan de stabilisation

Suite au cas de Credit Suisse, la FINMA a annoncé qu'elle remanierait le processus et les critères d'approbation du plan de stabilisation dans les limites du cadre juridique en vigueur²²⁴. Ce remaniement permettra de renforcer l'aspect opérationnel du plan de stabilisation ainsi que de le contrôler et de le tester de manière plus détaillée avant son éventuelle approbation.

À cet effet, il convient de développer encore les systèmes et les critères définis pour l'activation de la phase de stabilisation et le déclenchement des mesures de stabilisation qui en découlent. Il est possible d'adapter les seuils de déclenchement des plans de stabilisation de sorte qu'ils soient activés bien plus tôt, et que, par conséquent, leur déclenchement et l'éventuelle stigmatisation qui y est liée aient un effet bien moins déstabilisant. La durée de la mise en œuvre des mesures sera elle aussi encore raccourcie grâce à une meilleure préparation et à un déclenchement plus précoce. En outre, les comptes rendus des SIB en période de crise peuvent être améliorés (données récentes, qualité des données, fréquence des rapports, degré d'automatisation, prévisions basées sur des scénarios, etc.).

D'une manière générale, un plan lacunaire ne sera plus approuvé sous réserve de certaines conditions, mais simplement rejeté. Il se peut que, par conséquent, les SIB doivent remanier en détail les modalités de leur plan de stabilisation, ce qui générera des coûts. Au vu de ce qui précède, il convient également de déterminer s'il est nécessaire d'adapter les bases légales.

Une mesure envisageable serait de rehausser les exigences réglementaires posées au plan de stabilisation. À cet effet, il est possible de fixer des critères concrets dans l'ordonnance sur les banques, concernant tant l'élaboration du plan par la banque que son approbation par la FINMA.

De plus, on peut envisager d'exiger de la banque la preuve qu'elle atteint l'objectif du plan de stabilisation et qu'elle remplit les exigences liées à celui-ci (par analogie aux dispositions relatives au plan d'urgence énoncées aux art. 60 à 63 OB). Enfin, il est possible de conférer à la FINMA, par analogie aux dispositions relatives au plan d'urgence, le droit explicite d'ordonner des mesures visant à corriger les lacunes du plan de stabilisation (par ex. majorations en matière de fonds propres et de liquidités).

²²⁴ Voir FINMA, *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023.

12.4.2 Renforcer les possibilités d'intervention précoce de la FINMA

Les instruments de surveillance que la loi prévoit pour la FINMA lui permettent de prendre des mesures durant une phase de stabilisation. La FINMA ne dispose toutefois pas d'une compétence légale explicite l'autorisant à ordonner à la banque d'activer le plan de stabilisation ou de mettre en œuvre les mesures qu'il contient. Certes, la loi prévoit des mesures protectrices en vertu desquelles une intervention serait possible, mais elles ne sont applicables que si la FINMA estime qu'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants, ou si la banque n'a pas pu rétablir une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la FINMA.

Une mesure envisageable est d'inscrire dans la loi des critères et un train de mesures d'intervention précoce concrets auquel peut recourir la FINMA ainsi que la période pendant laquelle les mesures peuvent être prises. La FINMA pourra ainsi s'appuyer sur une base légale plus claire pour prendre en temps utile les mesures adéquates. Pour la définition des mesures envisageables, il serait possible de se fonder sur les mesures protectrices prévues par l'art. 51 LSA ou sur les mesures prévues par l'UE. Une autre mesure envisageable est d'inscrire de manière plus claire et explicite dans la loi que la FINMA a la compétence d'ordonner à une banque de prendre des mesures concrètes issues du plan de stabilisation, ce qui accroîtrait la sécurité juridique d'un tel ordre.

Concrètement, on pourrait par ailleurs appliquer en amont certaines mesures prévues par le dispositif actuel. Les mesures prévues à titre de mesures protectrices (par ex. donner des instructions aux organes, remplacer des organes, nommer des chargés d'enquête, etc.) pourraient ainsi déjà être appliquées durant la phase de stabilisation, ou même plus tôt.

La FINMA peut également intervenir précocement sur la base d'indicateurs du marché (par ex. le prix des actions ou des dérivés sur événement de crédit) et d'indicateurs prospectifs (par ex. résultats de tests de résistance, notations d'agences). Certes, de tels indicateurs sont soumis aux fluctuations générales du marché et contiennent de ce fait des éléments parasites. Ils permettent cependant de prendre en compte des évolutions que les autorités et les indicateurs réglementaires habituels ont sous-estimées ou qu'ils n'ont pas identifiées. La FINMA pourrait par exemple, sur la base d'indicateurs du marché et d'indicateurs prospectifs, ouvrir des enquêtes ou demander l'établissement de rapports. Cette recommandation est soutenue par le groupe d'experts «Stabilité des banques»²²⁵ et l'expertise TARULLO.

Une autre option dans le domaine de l'intervention précoce est la définition plus concrète d'un point de non-viabilité (PONV), notamment en ce qui concerne les liquidités. Cela présente l'avantage qu'en cas de problèmes de liquidités, les mesures seraient prises à temps même si, par exemple, les ratios de fonds propres ne sont pas (encore) insuffisants.

²²⁵ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023.

12.4.3 Bilan et train de mesures proposé pour la stabilisation

Outre les mesures concernant les fonds propres ou la gouvernance d'entreprise, les mesures dans le domaine de la stabilisation contribuent largement à renforcer le dispositif de prévention des crises. Les interventions précoces devraient, par analogie avec l'art. 51 LSA, pouvoir être effectuées avant la phase de stabilisation et en sus des mesures de stabilisation de la banque. En prenant des mesures à temps, il doit être possible de stabiliser une banque en difficulté selon des critères clairs, si possible sans interrompre son exploitation.

Les mesures proposées aux ch. 12.4.1 et 12.4.2 sont nécessaires et adéquates pour renforcer encore l'effet préventif du dispositif TBTF. Elles sont justifiables en comparaison internationale. Il convient par conséquent de mettre en œuvre les deux mesures relatives à la stabilisation.

La planification plus efficace de la stabilisation, reposant sur une base légale élargie, permettra de réduire encore la probabilité d'un assainissement ou d'une faillite. Les SIB devraient elles-mêmes être intéressées à élaborer un plan de stabilisation valide. L'amélioration du dispositif de prévention des crises réduit les risques encourus par l'État.

Des dispositions légales plus concrètes renforcent les possibilités et les obligations d'intervention précoce de la FINMA, qui assumera donc une plus grande responsabilité puisqu'elle pourra davantage intervenir dans les décisions d'affaires de la banque en cours d'activité (*going concern*). Des bases légales plus concrètes et étendues en matière d'intervention précoce garantissent aussi une sécurité juridique accrue à la FINMA lorsqu'elle doit ordonner des mesures rapidement en cas de crise, même contre la volonté de la direction de la banque si nécessaire. Cet instrument accroît donc la pression exercée sur la banque pour qu'elle prenne elle-même les mesures adéquates, ce qui est un point particulièrement important.

Pour la mise en œuvre concrète de ces mesures, il convient d'attendre, le cas échéant, les résultats des travaux de la CEP concernant les mesures prises par la FINMA durant la phase de stabilisation de Credit Suisse. Il est probable que certains points pourront être améliorés dans le cadre du droit en vigueur, c'est pourquoi seules les modifications de la législation requises pour atteindre les objectifs évoqués devront être proposées. Les compétences élargies devront notamment satisfaire au principe de proportionnalité.

13 Liquidation

13.1 Contexte

13.1.1 Généralités

La liquidation (*resolution*) désigne l'intervention de la FINMA aux fins de l'assainissement d'une banque ou de sa liquidation par voie de faillite. La FINMA intervient s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée, qu'elle

ne souffre de problèmes de liquidité importants ou qu'elle ne soit incapable de répondre aux prescriptions en matière de fonds propres (art. 25, al. 1, LB). Avant l'introduction d'une procédure d'assainissement, il doit en outre paraître vraisemblable que l'assainissement aboutira ou que certains services bancaires pourront être maintenus (art. 28 LB). La FINMA prévoit le moment de son intervention à l'aide de critères tant qualitatifs que quantitatifs.

Par ailleurs, la FINMA peut prendre les mesures protectrices énumérées à titre d'exemple à l'art. 26 LB. Elle peut notamment interdire à la banque d'opérer des paiements pendant une période déterminée et ainsi la protéger contre des retraits de dépôts excessifs en cas de panique bancaire (*bank run*). D'ordinaire, les mesures protectrices sont indépendantes de toute procédure d'assainissement ou antérieures à celle-ci. Mais elles peuvent aussi servir à préparer l'assainissement ou la liquidation par voie de faillite de la banque ou être prononcées en complément d'une procédure d'assainissement ou d'une liquidation par voie de faillite.

La FINMA peut prendre une ou plusieurs mesures lors de l'exécution d'une procédure d'assainissement. Si cette procédure permet d'assainir la banque dans son ensemble, la personnalité juridique de l'établissement est alors maintenue (voir art. 29 LB). Cependant, le sauvetage de l'ensemble de la banque ou du groupe bancaire concerné ne représente pas une condition. La FINMA peut aussi engager une procédure d'assainissement dans le seul but de maintenir certains services bancaires. Ce cas se présente par exemple lorsque, indépendamment du maintien de la banque concernée, la FINMA transfère certains services à un sujet de droit acquéreur (art. 30 LB). Les services qui ne sont pas destinés à être maintenus sont alors liquidés.

Finalement, si l'assainissement ne paraît pas vraisemblable ou qu'il a échoué, la faillite de la banque doit être ordonnée (art. 33 LB). La liquidation par voie de faillite représente donc la dernière mesure possible à l'encontre d'une banque qui ne peut plus être sauvée. En pareil cas, la FINMA retire l'autorisation de la banque et ordonne publiquement sa liquidation par voie de faillite. Lorsque l'établissement en difficulté est une SIB, le plan d'urgence est alors déclenché aux fins du maintien des fonctions d'importance systémique.

13.1.2 Aperçu des mesures d'assainissement

Outre un *bail-in* partiel ou complet (art. 30*b* LB), la loi prévoit des instruments comme le maintien de certains services bancaires, le transfert de tout ou partie du patrimoine de la banque à d'autres sujets de droit ou à une banque relais, la réunion de la banque et d'une autre société en un nouveau sujet de droit, l'acquisition de la banque par d'autres entreprises et la modification de la forme juridique de la banque (art. 30 LB). À cela s'ajoutent les aspects généraux d'un assainissement tels que les mesures de restructuration, la modification ou la réorientation du modèle d'affaires et les mesures de gouvernance, qui découlent implicitement de l'art. 30*c*, al. 2, let. c, e et g, LB.

En outre, la loi prévoit comme mesure d'accompagnement l'ajournement de la résiliation de contrats (art. 30*a* LB). D'ordinaire, cette mesure est ordonnée en lien avec une autre mesure d'assainissement (par ex. un *bail-in*). La raison de cette simultanéité tient à ce que les contrats usuels du secteur bancaire incluent souvent des clauses per-

mettant aux contreparties d'une banque de résilier les contrats concernés plus tôt que prévu en cas d'intervention des autorités. Afin d'empêcher une résiliation en masse de ces contrats, la FINMA peut ordonner l'ajournement des droits en la matière. L'ajournement est de 2 jours ouvrables au plus. Si la banque concernée remplit de nouveau les conditions d'autorisation à l'expiration de l'ajournement, plus aucun droit de résiliation ne peut être exercé.

13.1.2.1 Bail-in

Une réglementation très générale de *bail-in* en tant que mesure d'assainissement a été inscrite dans la LB en 2011, tandis que les dispositions d'exécution s'y rapportant figurent dans l'ordonnance de la FINMA du 30 août 2012 sur l'insolvabilité bancaire²²⁶. Au début de 2023, à la faveur de la dernière modification de la LB, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, le *bail-in* a été réglementé en détail à l'art. 30b LB au titre des mesures de capitalisation. Les autorités disposent donc aujourd'hui d'une base légale solide pour appliquer cette mesure d'assainissement.

Le *bail-in* au sens de l'art. 30b LB consiste à convertir des fonds de tiers en fonds propres dans le cadre d'une procédure d'assainissement. Du fait de cette conversion, les créanciers perdent leur droit à exiger un remboursement et reçoivent en contrepartie des parts du capital de la banque concernée. La suppression de l'obligation de rembourser renforce la base de fonds propres de la banque concernée. Aussi le *bail-in* vise-t-il dans l'immédiat à reconstituer la base de fonds propres de la banque de sorte que celle-ci remplisse de nouveau les exigences en matière de fonds propres²²⁷.

En droit suisse (art. 30b LB), l'exécution d'un *bail-in* implique que la totalité du capital social soit préalablement amorti. Les propriétaires de la banque, c'est-à-dire normalement les actionnaires, perdent ainsi leur statut de propriétaire. Pour autant qu'une banque ait en outre des instruments de dette en cours qualifiés de capital de conversion ou d'emprunts assortis d'un abandon de créances (emprunts AT1), ceux-ci doivent aussi être simultanément convertis et entièrement amortis ou entièrement amortis.

La conversion des fonds de tiers en fonds propres n'est réalisée qu'ensuite et selon un ordre déterminé. Les créances subordonnées sont les premières à être converties. Viennent ensuite, s'il y en a, les *bail-in bonds*, c'est-à-dire des instruments de dette que la banque concernée émet spécifiquement pour absorber les pertes liées à un éventuel *bail-in*. Puis les créances restantes peuvent être converties et, pour terminer, les dépôts non privilégiés (supérieurs à un montant de 100 000 francs). Les créances privilégiées, les créances couvertes et les créances compensables sont exclues du *bail-in*.

En cas d'application, un *bail-in* ne peut réussir que s'il y a suffisamment de fonds de tiers pouvant être convertis en fonds propres. C'est pourquoi les SIB sont assujetties à l'obligation de détenir des fonds *gone concern* (voir ch. 7.2). L'émission de *bail-in bonds* permet de respecter cette obligation. Ceux-ci doivent satisfaire à certaines exigences pour que la conversion puisse être exécutée d'un point de vue juridique. En particulier, leurs conditions d'émission doivent contenir une clause par la-

²²⁶ RS 952.05

²²⁷ FINMA, *Rapport sur la résolution 2020*, février 2020, pp. 18 et 20.

quelle les acheteurs déclarent au préalable accepter une éventuelle conversion de leur créance.

Outre les *bail-in bonds*, les SIB peuvent émettre d'autres instruments de dette utiles à l'absorption des pertes, notamment des emprunts AT1. Contrairement aux *bail-in bonds*, les emprunts AT1 entrent en ligne de compte pour remplir les exigences en matière de fonds *going concern*, car ils peuvent, en leur qualité de *tier 1*, servir à absorber des pertes avant même l'ouverture d'une procédure d'assainissement. Dans le présent rapport, la notion de *bail-in* renvoie exclusivement à la conversion de fonds de tiers en fonds propres lors de l'exécution d'une procédure d'assainissement. Elle ne concerne pas l'amortissement d'emprunts AT1 que la survenance d'un événement déclencheur prévu contractuellement nécessite en dehors de l'assainissement.

13.1.2.2 Transfert de patrimoine et réunion

La LB prévoit, sous le titre «Maintenance de services bancaires», plusieurs mesures permettant de transférer le patrimoine de la banque concernée à d'autres sujets de droit ou à une banque relais. L'art. 30, al. 2, LB dispose en effet que le patrimoine de la banque peut être transféré à un sujet de droit reprenneur ou à une banque relais, que la banque peut se réunir avec une autre société, qu'un autre sujet de droit peut reprendre la banque ou que la forme juridique de la banque peut être modifiée. Toutes ces mesures peuvent être mises en œuvre dans le cadre de la procédure d'assainissement et à l'exclusion de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus)²²⁸.

Ces mesures d'assainissement reposent sur l'idée qu'il doit être possible de maintenir certains services bancaires, surtout des fonctions d'importance systémique, pendant une durée indéterminée, en les transférant temporairement à une banque relais (*bridge bank*). Ce transfert a été conçu de manière très souple. Les fonctions d'importance systémique peuvent être transférées à une banque relais, qui en assure le maintien pendant la liquidation par voie de faillite du reste de la banque. Il serait également possible de transférer les fonctions sans importance systémique à une banque devant être liquidée, ce qui réduirait la dimension de la banque à assainir tout en simplifiant la poursuite de son activité.

La disposition légale a été complétée à la faveur d'une modification de la LB entrée en vigueur en 2021: elle prévoit désormais explicitement la réunion d'une banque à assainir avec un sujet de droit acquéreur (art. 30, al. 2, let. b, LB)²²⁹. Dans la LB, il est question de «réunion». L'absence du terme «fusion» est délibérée, puisque l'application de la LFus à ce cas de figure a été explicitement exclue. Il en résulte que le respect de diverses conditions d'ordinaire requises en cas de fusion, comme l'approbation du contrat de fusion par l'assemblée générale (art. 12 ss LFus), n'est pas nécessaire à l'application de cette mesure d'assainissement à la banque à assainir. Il suffit que les conditions relatives au plan d'assainissement soient satisfaites (art. 30c, al. 1, LB). Le message cite comme cas d'application la réunion en une seule société de plusieurs banques organisées en une fédération de coopératives. Pour les SIB, la

²²⁸ RS 221.301

²²⁹ FF 2020 6151, 6177

réunion prend effet dès l'homologation du plan d'assainissement (art. 31d, al. 1, let. a, LB).

13.1.3 Stratégie de liquidation applicable aux G-SIB suisses

Une stratégie de liquidation définit le but de l'assainissement (poursuite de toutes les activités de la banque ou maintien de certains services) et les mesures qui s'imposent pour atteindre ce but (par ex. *bail-in*). Variant d'une banque à l'autre, elle est déterminée individuellement pour chaque SIB.

S'agissant des grandes banques, la FINMA a déjà fait savoir publiquement en 2013 qu'elle privilégiait une stratégie d'assainissement reposant sur un *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée (*single point of entry* [SPoE]). Une mise en œuvre centralisée du *bail-in* signifie que la FINMA intervient à l'échelon le plus élevé du groupe, à savoir la société mère du groupe²³⁰. Le plan d'assainissement d'une G-SIB prévoit donc d'abord la recapitalisation du groupe bancaire par la conversion de fonds de tiers en fonds propres («plan A»).

Si l'exécution du plan A n'est pas envisageable ou si elle échoue, la FINMA a une stratégie secondaire qui comprend les étapes suivantes: scission du groupe, liquidation par voie de faillite de la société mère du groupe et d'autres entités, et déclenchement du plan d'urgence suisse afin de protéger les fonctions d'importance systémique pour la Suisse («plan B»).

Pour ce qui est de son contenu, le plan d'urgence des SIB non actives au niveau international correspond à la stratégie de liquidation. Dans le cas de la ZKB, les pertes seraient assumées dans un premier temps par le canton de Zurich, qui est garant de tous les engagements non subordonnés. Si PostFinance faisait l'objet d'une liquidation, la Confédération devrait, en sa qualité de propriétaire indirecte, couvrir temporairement le manque de fonds propres. Dans le cas de Raiffeisen, la FINMA réunirait les banques composant le groupe (plus de 200 entités autonomes) dans une société à assainir dans le cadre d'une procédure unique²³¹.

13.1.3.1 «Plan A»: poursuite de l'activité de la banque grâce à un *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée

Dans le cadre d'un *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée, qui est la solution prévue pour les G-SIB suisses et donc UBS, la FINMA intervient au niveau de la société mère du groupe. Les autres entités du groupe ne sont pas directement concernées par la décision d'assainissement. Cette centralisation présente l'avantage que les sociétés du groupe chargées des opérations commerciales peuvent poursuivre leurs activités sans

²³⁰ Voir à ce sujet FINMA, *Rapport annuel 2013*, p. 44 et *Rapport sur la résolution 2020*, février 2020, p. 20; dans le rapport sur la *résolution 2020*, la FINMA réaffirme sa stratégie pour les grandes banques.

²³¹ Voir à ce sujet le communiqué de la FINMA, *La FINMA évalue à nouveau les plans de recovery et de résolution des établissements d'importance systémique*, 26 avril 2023, ainsi que les informations complémentaires figurant à la suite de ce communiqué.

interruption, à l'écart de toute procédure d'insolvabilité, qu'elles soient domiciliées en Suisse ou à l'étranger. De plus, une seule procédure est nécessaire.

Bien que les filiales ne soient pas directement concernées, les pertes qu'elles auraient générées pourraient être absorbées dans le cadre du *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée, au moyen de mécanismes internes au groupe. Au préalable, les fonds levés grâce à l'émission de *bail-in bonds* seraient transmis aux filiales par la voie de prêts internes. En cas de *bail-in*, la société mère du groupe ne rembourse pas ces prêts, ce qui revient à recapitaliser les filiales²³².

Comme nous l'avons mentionné, l'assainissement commence par l'amortissement complet du capital social de la société mère du groupe. Cela signifie que les actionnaires perdent leur statut de propriétaire juste après que les emprunts AT1 en cours ont été entièrement réduits ou convertis. En d'autres termes, les créanciers détenant ces instruments de dette perdent leur droit à être remboursés. Ensuite, les autres créances peuvent être converties en fonds propres selon l'ordre de priorité défini dans le *bail-in*. Pour ce qui est d'UBS, la conversion concernerait en particulier les créances basées sur les *bail-in bonds*. Le *bail-in* conduirait à ce que les détenteurs de ces créances perdraient leur droit au remboursement, mais deviendraient actionnaires grâce à la conversion de leurs titres de créance.

Dans le cas d'UBS, un *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée viserait à reconstituer une base de fonds propres solide. Ainsi, la banque serait en mesure de poursuivre son activité en tant que groupe, mais n'échapperait pas à une restructuration d'envergure, ce qui est la règle générale en cas d'assainissement. Abstraction faite de la recapitalisation permise par le *bail-in*, la banque devrait probablement remanier son modèle d'affaires en tenant compte des circonstances qui ont nécessité une intervention²³³.

13.1.3.2 «Plan B»: scission et déclenchement du plan d'urgence

Au cas où la stratégie de liquidation primaire ne serait pas possible ou si elle échouait, la FINMA a défini une stratégie secondaire («plan B»). Contrairement à la stratégie de liquidation primaire, le plan B n'a pas pour objectif la poursuite de l'activité du groupe bancaire dans son ensemble. Celui-ci serait divisé en plusieurs sociétés, dont le destin serait défini individuellement.

La société mère du groupe et les entités qui n'exerceraient pas de fonctions d'importance systémique pour la Suisse feraient l'objet d'une liquidation par voie de faillite. Simultanément, le plan d'urgence suisse serait activé en vue du maintien des fonctions d'importance systémique pour la Suisse. Ce plan montre comment détacher l'entité suisse (dans le cas d'UBS, UBS Switzerland AG) du reste du groupe et comment maintenir les fonctions d'importance systémique pour la Suisse indépendamment des autres sociétés du groupe soumises à la procédure de liquidation (voir ch. 13.1.7).

²³² FINMA, *Rapport sur la résolution 2020*, février 2020, pp. 20 ss.

²³³ FINMA, *Rapport sur la résolution 2020*, février 2020, p. 21.

13.1.4 Évaluation du *bail-in*

Diverses mesures ont été discutées en vue du sauvetage de Credit Suisse, notamment la stratégie de liquidation primaire de la FINMA, soit un *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée. Cette solution n'a finalement pas été appliquée²³⁴. Le présent chiffre met en évidence certaines questions qui se posent en lien avec le *bail-in*, notamment les possibilités d'en améliorer encore l'application (voir ch. 13.4).

13.1.4.1 Le *bail-in*, un instrument utile contre la perte de confiance

Les connaissances empiriques liées à l'exécution d'un *bail-in* font défaut, car cet instrument n'a encore jamais été appliqué à une G-SIB en Suisse ou à l'étranger. On ignore ses effets lorsqu'une banque en difficulté souffre de problèmes de liquidité.

Il ne fait aucun doute qu'une capitalisation jugée insuffisante par le marché peut induire une perte de confiance et que celle-ci peut engendrer une crise de liquidités. Le capital et les liquidités sont donc étroitement liés. Mais la confiance dans la banque dépend aussi de facteurs tels que la crédibilité de la gestion, du cadre juridique, du modèle d'affaires et de la situation générale sur le marché. Pour qu'un *bail-in* soit efficace, il faut distinguer entre les crises de liquidités tenant (au moins en partie) à une capitalisation de la banque jugée insuffisante par le marché et celles où d'autres facteurs déterminent la perte de confiance. Le *bail-in* est en particulier opportun dans le premier des deux cas exposés, car il est d'abord axé sur la reconstitution du ratio de fonds propres. Il n'a aucune influence sur l'approvisionnement de la banque en liquidités²³⁵.

Même si elle remplit les exigences réglementaires en matière de fonds propres, une banque qui souffre de problèmes de liquidité peut faire l'objet d'un *bail-in*. En effet, l'augmentation des fonds propres de base durs au moyen du *bail-in* peut contribuer à restaurer la confiance du marché et à réduire les sorties de liquidités, en particulier si le *bail-in* permet la constitution d'un capital suffisant en vue d'une restructuration²³⁶.

C'est aussi l'hypothèse sur laquelle le législateur a fondé la compensation (art. 31c LB), qu'il a introduite dans la loi au cas où un *bail-in* serait réalisé avant même le surendettement de la banque (par ex. en raison de problèmes de liquidité importants)²³⁷. Les nouvelles exigences en matière de liquidités, qui ont été adaptées au cas spécifique des SIB et sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2024, considèrent aussi qu'un *bail-in* soutient la confiance lorsque des problèmes de liquidité se présentent

²³⁴ Conseil fédéral, *Message concernant le supplément Ia au budget 2023*, 29 mars 2023, p. 17.

²³⁵ Un *bail-in* permet tout au plus de réduire légèrement les sorties de liquidités puisque les intérêts et amortissements ne sont pas payés.

²³⁶ Cela est d'autant plus vrai si le *bail-in* s'accompagne de mesures d'assainissement supplémentaires comme l'institution de nouveaux organes et la modification du modèle d'affaires.

²³⁷ Voir FF 2020 6151, 6185: «Selon les circonstances, il peut être judicieux d'ordonner des mesures de capitalisation bien que la banque concernée ne soit pas encore surendettée (par ex. en cas de problèmes de liquidité importants)».

(ch. 8.2.2). Elles supposent l'introduction d'un *bail-in* au terme d'une crise de liquidités de 30 jours pour stabiliser la banque et réduire les sorties de liquidités²³⁸.

13.1.4.2 Risques de contagion

Dans le cadre d'un *bail-in*, les créanciers détenant les *bail-in bonds* sont les premiers à devoir s'attendre à des pertes considérables selon les circonstances. Hormis les risques juridiques qui y sont liés, le *bail-in* peut avoir des effets négatifs énormes sur les marchés financiers lorsqu'il est appliqué à une grande banque. Ces risques existaient aussi dans le cas de Credit Suisse. Les avis divergent cependant sur la question de savoir dans quelle mesure les risques de contagion nés d'un *bail-in* peuvent déclencher une crise sur les marchés financiers²³⁹.

Ni les banques émettrices ni les autorités ne connaissent la composition de la masse des créanciers dont les titres sont convertis dans le cadre d'un *bail-in*. Les banques ne disposent que des données relatives aux acheteurs initiaux des *bail-in bonds* qu'elles émettent. Ces données semblent indiquer que la plupart des personnes composant la masse des créanciers sont des établissements opérant sur les marchés financiers à partir de leur siège à l'étranger. À noter toutefois qu'une norme internationale²⁴⁰ restreint les possibilités pour une banque isolée d'investir dans des *bail-in bonds* émis par des G-SIB et dans d'autres instruments de capital. Les données concernant les acheteurs du marché secondaire ne sont pas disponibles.

Cette absence de transparence au niveau des données complique l'estimation des risques de contagion en cas de *bail-in*.

13.1.4.3 Conditions de garantie d'une activité irréprochable

Il est également impossible de savoir à l'avance qui seront les propriétaires de la banque concernée au terme d'un *bail-in*. Par conséquent, on ne peut pas savoir d'emblée si une partie des nouveaux propriétaires détiendront une participation qualifiée dans le capital de la banque et, le cas échéant, s'ils rempliront les conditions de garantie d'une activité irréprochable (art. 3, al. 2, let. c^{bis}, LB).

13.1.4.4 Moment de l'intervention et coordination

La loi accorde à la FINMA beaucoup de liberté pour évaluer si une procédure d'assainissement est nécessaire. Aussi le moment de l'intervention n'est-il pas clairement

²³⁸ Département fédéral des finances, *Commentaires concernant la modification de l'ordonnance sur les liquidités (dispositions particulières applicables aux banques d'importance systémique – too big to fail)*, 3 juin 2022, p. 13.

²³⁹ Voir Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, p. 31.

²⁴⁰ CBCB, *Standard TLAC holdings, Amendments to the Basel III standard on the definition of capital*, octobre 2016.

défini. La loi dispose seulement qu'il doit exister «des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants» (art. 25, al. 1, LB).

Une banque a par exemple des problèmes de liquidité importants «si elle n'est pas en mesure de se procurer des liquidités aux conditions du marché et qu'il faut dès lors présumer que la liquidité existante ne couvre plus les engagements échus ou qui viendront prochainement à échéance»²⁴¹. Le caractère vague de la disposition légale pertinente accorde à la FINMA une marge d'évaluation importante. Si cette marge offre dans certaines circonstances des avantages en termes de flexibilité, elle peut aussi compliquer l'identification du moment pouvant justifier une intervention et fait peser une très lourde responsabilité sur la FINMA pour la prise de décision.

De plus, il n'existe pas d'obligation explicite à exécuter un *bail-in* dans le cadre d'un assainissement. La FINMA dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable pour arrêter la mesure qui lui apparaît le plus adéquate. Ce pouvoir d'appréciation s'accompagne également d'une grande flexibilité, qui est utile puisqu'elle permet d'adapter la façon de procéder à la crise. Son inconvénient réside dans le fait que la gestion de la crise par les autorités est imprévisible.

En outre, la loi dispose que la décision concernant l'exécution d'un assainissement ou d'une liquidation par voie de faillite relève exclusivement de la FINMA. Or, pour ce qui est d'une SIB, les événements les plus récents ont montré que la maîtrise d'une crise requiert aussi, en général, des mesures ressortissant à la BNS (approvisionnement en liquidités), voire au Conseil fédéral et à la Délégation des finances des Chambres fédérales (PLB). Durant une crise, la capacité d'action de ces autorités peut être entravée par le fait que les compétences décisionnelles ne sont pas toutes regroupées dans la loi et que les responsabilités sont réparties sans être indépendantes les unes des autres (voir ch. 17)²⁴².

13.1.4.5 Sécurité juridique

Comme nous l'avons déjà mentionné, le *bail-in* sert à reconstituer la base de fonds propres de la banque et, partant, à couvrir les pertes et coûts de restructuration qui découleront de l'assainissement. En général, il devrait permettre d'accroître les fonds propres au-delà du niveau réglementaire requis. Cette augmentation doit se justifier par l'importance des pertes et coûts de restructuration attendus.

Le *bail-in* porte gravement atteinte aux droits des propriétaires et des créanciers concernés de la banque. Les premiers perdent tous leurs droits d'actionnaires puisque le capital social est entièrement réduit (art. 30b, al. 5, let. b, LB). Les détenteurs de capital convertible et d'emprunts assortis d'un abandon de créances sont également privés de leurs prétentions (art. 30b, al. 5, let. a, LB).

²⁴¹ FF 2002 7476, 7496

²⁴² Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, pp. 26 ss.

Il y a lieu de supposer dans chaque *bail-in* que les groupes ayant subi des dommages remettront en question la nécessité du *bail-in* par des actions révocatoires. Ces actions seront justifiées seulement si le *bail-in* permet de porter les fonds propres à un niveau dépassant sensiblement les exigences réglementaires, ce qui serait nécessaire en cas de crise aiguë. Même si les possibilités de recours sont restreintes par la loi et que le *bail-in* ne peut être annulé (art. 37g^{bis}, al. 1, LB), ce genre d'action peut entraîner une insécurité juridique considérable et faire douter du succès de l'assainissement.

De plus, s'agissant d'un *bail-in*, la question se pose toujours de savoir si les engagements liés à des *bail-in bonds* doivent être convertis dans leur ensemble ou seulement en partie. Une conversion partielle est possible, même si elle permet d'obtenir un plus faible ratio de fonds propres de base durs. Un *bail-in* partiel est notamment judicieux lorsque les pertes et coûts exacts liés à la restructuration sont connus à l'avance et que l'ampleur du *bail-in* requis peut par conséquent être calculée avec précision. La conversion partielle nécessiterait aussi l'amortissement préalable de tout le capital social.

13.1.4.6 Complexité liée à l'ordre d'exécution du *bail-in*

L'ordre dans lequel il faut exécuter un *bail-in* a été inscrit dans la LB au moyen de la modification entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2023. Un rang propre aux *bail-in bonds* a été créé à cette occasion: il indique que les *bail-in bonds* doivent servir à absorber les pertes avant les engagements ordinaires. L'art. 30b, al. 7, LB fixe l'ordre d'exécution d'un *bail-in* comme suit:

1. créances subordonnées;
2. créances fondées sur des *bail-in bonds*;
3. autres créances, à l'exception des dépôts;
4. dépôts.

Toutefois, l'art. 30b, al. 8, LB prévoit une dérogation, qui est importante en pratique. Si les *bail-in bonds* sont émis par une société mère et que le montant des «autres créances» visées à l'art. 30b, al. 7, let. c, LB ne dépasse pas 5 % de la valeur nominale totale des *bail-in bonds* pouvant être pris en compte, les *bail-in bonds* sont admis en tant qu'«autres créances», et les créances appartenant de fait à cette catégorie sont exclues du *bail-in*. Cette disposition implique que les *bail-in bonds* sont attribués au rang des «autres créances» lors de la conversion et que celles-ci sont exclues du *bail-in*. L'ordre d'exécution est alors le suivant:

1. créances subordonnées;
2. créances fondées sur des *bail-in bonds*;
3. dépôts.

Le moment où le plan d'assainissement est homologué est décisif pour déterminer si le seuil de 5 % visé à l'art. 30b, al. 8, LB est respecté²⁴³. C'est donc seulement le cas d'application concret qui détermine l'ordre dans lequel le *bail-in* est exécuté.

²⁴³ FF 2020 6151, 6181

Les «autres créances» peuvent être converties seulement dans l'ordre défini à l'art. 30b, al. 7, LB. Ne constituant en général qu'une infime partie des passifs d'une SIB, elles ne sont pas déterminantes pour la réussite du *bail-in*. La règle particulière énoncée à l'art. 30b, al. 8, LB vise donc surtout à éviter que les détenteurs des «autres créances» n'intentent une action révocatoire contre la conversion de leurs créances et ne compromettent ainsi l'exécution nécessairement rapide du *bail-in* dans son ensemble. Cette disposition comporte toutefois un inconvénient puisqu'elle empêche ces créanciers de savoir s'ils seront concernés par le *bail-in*²⁴⁴.

La complexité du *bail-in* tient aussi au fait que les conditions d'émission des *bail-in bonds* taisent le caractère subordonné de ces créances lors d'un *bail-in*²⁴⁵. En effet, elles ne signalent pas qu'en application de l'OFB, les *bail-in bonds* doivent être subordonnés aux autres obligations de l'émetteur sur les plans juridique ou contractuel, ou aux obligations des autres sociétés du groupe sur le plan structurel (art. 126a, al. 1, let. e, OFB). Les grandes banques ont opté pour la subordination dite «structurelle». En conséquence, leurs *bail-in bonds* sont émis au niveau de la société mère. Comme le *bail-in* s'applique à ce niveau, seules les créances sur la holding sont concernées par la conversion. De ce fait, les *bail-in bonds* correspondants remplissent automatiquement les exigences de l'OFB en matière de subordination. Sur cette base, les grandes banques peuvent aussi émettre leurs *bail-in bonds* sous la forme d'obligations de premier rang (*senior bonds*) et les qualifier explicitement de «non subordonnés» (*non subordinated*). Elles ne sont pas tenues de signaler que les instruments correspondants sont subordonnés sur le plan structurel²⁴⁶.

De ce fait, les banques émettrices bénéficient de taux d'intérêt plus avantageux²⁴⁷. Cependant, le manque de transparence est également énorme, car la différence entre *bail-in bonds* et instruments de dette de rang supérieur n'est pas nette pour les investisseurs. Elle ressortirait plus clairement si la réglementation prévoyait l'obligation de présenter expressément les *bail-in bonds* comme des instruments subordonnés sur le plan contractuel. Par analogie avec les dispositions de l'UE, ceux-ci pourraient être désignés comme des instruments de premier rang non privilégiés (*senior non-preferred*) (voir ch. 13.2.1)²⁴⁸.

²⁴⁴ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 29.

²⁴⁵ Les *bail-in bonds* émis par les grandes banques suisses ne contiennent qu'une clause de reconnaissance par laquelle les créanciers confirment consentir à une éventuelle conversion de leurs créances dans le cadre d'une procédure d'assainissement. Cependant, la clause de reconnaissance ne dit rien de l'ordre de conversion des créances.

²⁴⁶ Les *bail-in bonds* émis par Credit Suisse ont été repris entre-temps par UBS, qui en devient ainsi la nouvelle débitrice.

²⁴⁷ INDERGAND et HRASKO, *Does the market believe in loss-absorbing bank debt?*, SNB Working Papers, 13/2021, 3 août 2021, p. 25.

²⁴⁸ INDERGAND et HRASKO, *Does the market believe in loss-absorbing bank debt?*, SNB Working Papers, 13/2021, 3 août 2021, pp. 25 s.

13.1.4.7 *Bail-in bonds* émis par les banques cantonales

Depuis la dernière révision partielle de la LB, la FINMA peut prévoir des dérogations aux dispositions sur la procédure d'assainissement pour les banques cantonales et désigner en particulier les instruments de dette dont la réduction doit précéder celle du capital social, pour autant qu'une compensation ultérieure appropriée des créanciers soit prévue (voir art. 28a, al. 3, et 30b, al. 6, LB).

La réglementation est adaptée à la situation spécifique de la ZKB, dont le canton de Zurich est l'unique propriétaire et le garant explicite. Si, malgré la garantie du canton, la ZKB devait faire l'objet d'un *bail-in*, les instruments de dette précités pourraient absorber les pertes sans que le canton ne soit déchu de son titre de propriétaire de la banque (contrairement à ce qui est d'ordinaire le cas lors d'un *bail-in*).

La ZKB a déjà fait usage de cette nouvelle possibilité en émettant des *bail-in bonds*²⁴⁹. Ceux-ci présentent des caractéristiques d'emprunts AT1 dans la mesure où ils doivent servir à absorber les pertes de la banque avant le capital propre et où il est possible de les réduire seuls en cas de besoin. À la différence des *bail-in bonds* ordinaires, les *bail-in bonds* émis par la ZKB sont exclus de toute conversion en fonds propres. Ceux-ci sont par ailleurs apparentés aux *bail-in bonds* ordinaires en ce qu'ils peuvent être amortis seulement dans le cadre d'une procédure d'assainissement. Il est impossible de les libérer automatiquement ou de les amortir hors d'une procédure d'assainissement, comme cela est prévu pour les emprunts AT1.

La différence de fonction des *bail-in bonds* émis par la ZKB et des *bail-in bonds* ordinaires accroît la complexité, car le mécanisme des *bail-in bonds* peut différer selon la banque émettrice. De plus, l'obligation inhérente à ces instruments d'accorder, selon les circonstances, une compensation ultérieure aux détenteurs de créances amorties soulève des questions supplémentaires de mise en œuvre.

13.1.4.8 *Transfert de valeur des anciens actionnaires aux détenteurs de bail-in bonds*

L'exécution d'un *bail-in* est possible seulement une fois que le capital social a été entièrement réduit (art. 30b, al. 5, let. b, LB). L'intégralité des fonds propres encore disponibles au moment du *bail-in* passe ainsi aux actionnaires nouvellement créés par le *bail-in*. La réduction complète du capital social vise à ce que les pertes éventuelles soient d'abord supportées par les propriétaires de la banque²⁵⁰. Cette justification est critiquée dans la doctrine, car les fonds propres ont déjà pour fonction d'absorber automatiquement les pertes²⁵¹, de sorte que l'amortissement obligatoire de tout le capital-actions restant ne serait pas nécessaire.

²⁴⁹ Communiqué de la ZKB, Zürcher Kantonalbank platziert eine Bail-in-Anleihe in der Höhe von CHF 425 Millionen, 5 avril 2023.

²⁵⁰ FF 2020 6151, 6179

²⁵¹ MAUCHLE, *Bail-in bei systemrelevanten Banken*, GesKR 02/2019, Zurich / Saint-Gall 2019, p. 255.

Dans les cas où la banque concernée n'est pas encore surendettée ou même remplit encore les exigences réglementaires en matière de fonds propres, l'amortissement complet du capital-actions peut produire des résultats inappropriés. Le *bail-in* pourrait alors faire profiter les créanciers d'un bénéfice au détriment des actionnaires concernés par l'amortissement. Dans le cas de Credit Suisse, le *bail-in* aurait été réalisé au niveau de la société mère du groupe, Credit Suisse Group SA²⁵². Il n'aurait pas concerné les filiales du groupe, notamment Credit Suisse AG et Credit Suisse (Suisse) SA (voir «*bail-in* mis en œuvre de façon centralisée» au ch. 13.1.3). Avant l'exécution d'un *bail-in*, les emprunts assortis d'un abandon de créances auraient dû être entièrement amortis (art. 30b, al. 5, let. a, LB). À la fin de 2022, l'encours des emprunts AT1 et des fonds propres complémentaires (*tier 2*) de Credit Suisse atteignait une valeur nominale d'environ 16 milliards de francs²⁵³, et le capital social s'élevait à quelque 45 milliards de francs. Ce capital, qui revenait aux actionnaires, aurait aussi été entièrement réduit.

Les actionnaires nouvellement créés par le *bail-in* auraient remplacé les anciens actionnaires. À la fin de 2022, les demandes de remboursement formulées par les créanciers de Credit Suisse sur la base des *bail-in bonds* représentaient un montant d'environ 57 milliards de francs. La conversion de toutes ces créances aurait augmenté les fonds propres de base durs (*common equity tier 1* [CET1]) du groupe à quelque 107 milliards de francs. Les détenteurs des *bail-in bonds* auraient alors perdu leur droit de réclamer un remboursement, mais en contrepartie, l'intégralité des fonds propres leur serait revenue. Ainsi, le *bail-in* aurait induit un transfert de valeur des anciens actionnaires vers les détenteurs des *bail-in bonds*. Selon le cours des actions attribués aux actionnaires nouvellement créés par le *bail-in*, ceux-ci auraient pu réaliser un bénéfice sous certaines conditions.

Pour éviter ce transfert de valeur potentiel, le Parlement a prévu une compensation à l'art. 31c LB. Selon cette disposition, le plan d'assainissement peut prévoir une compensation adéquate pour les propriétaires d'une banque concernés par l'amortissement des fonds propres si le *bail-in* conduit à ce que la valeur des fonds propres attribués aux créanciers dépasse la valeur nominale des créances converties.

Si Credit Suisse avait fait l'objet d'un *bail-in*, la condition du transfert de valeur aurait été remplie, puisque les détenteurs des *bail-in bonds* seraient devenus propriétaires d'une banque ayant des fonds propres d'environ 107 milliards de francs en échange de la conversion de créances d'une valeur nominale d'environ 57 milliards de francs.

La compensation pose divers problèmes de mise en œuvre. Comme le Conseil fédéral l'expose dans le message correspondant, il est très compliqué de déterminer les fonds propres d'une banque en période de crise, étant donné qu'une partie des postes du bilan n'a pas de valeur marchande. Le Conseil fédéral précise néanmoins que le montant de la compensation doit être fixé dès l'homologation du plan d'assainissement, car il s'agit de clarifier la situation aussi rapidement que possible²⁵⁴. Toute la difficulté

²⁵² *Bail-in* mis en œuvre de façon centralisée (*single point of entry* [SPoE]): voir FINMA, *Rapport sur la résolution 2020*, février 2020, p. 20.

²⁵³ Credit Suisse Group SA, *Annual Report 2022*, 14 mars 2023, p. 126.

²⁵⁴ FF 2020 6151, 6185 s.

réside dans l'obligation de déterminer, avec suffisamment de précision, au moment du *bail-in*, les chiffres nécessaires au calcul de la compensation.

Une compensation peut notamment revêtir la forme d'une attribution d'actions, d'autres droits de participation (par ex. bons de participation ou de jouissance), d'options ou de bons de récupération. Quelle que soit leur forme, les instruments attribués aux anciens actionnaires devraient être négociables immédiatement²⁵⁵. Comme l'évaluation des fonds propres de la banque, l'évaluation rapide de ces instruments comporte quelques difficultés.

Divers facteurs déterminent donc si et, le cas échéant, dans quelle mesure une compensation est accordée aux anciens actionnaires. La FINMA dispose à cet égard d'une marge d'appréciation importante²⁵⁶.

13.1.4.9 Problèmes liés aux activités transfrontalières

Appliqué à une G-SIB, le *bail-in* ne concernerait directement que la société mère domiciliée en Suisse. En outre, les mesures ordonnées par la FINMA n'auraient d'effet juridique immédiat qu'en Suisse. Les réglementations de pays étrangers déterminent si et dans quelle mesure le *bail-in* déploie aussi des effets sur le territoire concerné. En cas de litige, l'existence d'une reconnaissance et les tribunaux locaux sont déterminants. Cet aspect est essentiel pour une grande banque eu égard à sa forte imbrication dans les marchés internationaux.

Cette complexité s'accroît encore lorsque les instruments de fonds propres et de fonds de tiers émis par la banque sont négociés sur des places boursières étrangères. En pareil cas, à la fois l'émettrice et les instruments de fonds propres et de fonds de tiers sont régis par des ordres juridiques qui ne concordent pas nécessairement à tous égards avec les principes suisses.

Il faut en outre supposer qu'une part considérable des détenteurs de *bail-in bonds* sont établis ou domiciliés à l'étranger. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le droit suisse n'est pas seul à déterminer si et dans quelle mesure ces créanciers doivent s'accommoder de la conversion de leurs créances.

Les problèmes liés aux activités transfrontalières ont fait l'objet de plusieurs mesures d'atténuation. Pour commencer, les *bail-in bonds* doivent comporter une clause de reconnaissance selon laquelle les créanciers acceptent une éventuelle conversion ordonnée par la FINMA (art. 126a, al. 1, let. h, OFR). De plus, les autorités suisses et étrangères compétentes en matière de surveillance et de liquidation sont tenues de coopérer étroitement. Or, bien que cette coopération repose sur des lignes directrices prédéfinies, il n'existe pas d'accord de coopération juridiquement contraignant. C'est pourquoi des comportements opportunistes de régulateurs étrangers ne sont pas à exclure. Ils sont même probables en situation de crise. Par exemple, les autorités ou les

²⁵⁵ FF 2020 6151, 6186

²⁵⁶ Pour l'ensemble, voir MAUCHLE, *Bail-in bei systemrelevanten Banken*, GesKR 02/2019, Zurich / Saint-Gall 2019, p. 256.

tribunaux étrangers pourraient refuser de reconnaître un *bail-in* qui a été exécuté, ce qui causerait une insécurité juridique importante²⁵⁷.

Le cas de Credit Suisse a confirmé sous un autre angle que les activités transfrontalières comportent des risques. En cas de *bail-in*, les créances sont converties en actions. D'un point de vue pratique, les actions nouvellement créées sont attribuées aux créanciers concernés. Pour ce qui concerne les investisseurs américains, le *bail-in* aurait été régi par la loi réglementant les marchés primaires d'actions (*Securities Act*) et la loi concernant les marchés financiers secondaires (*Securities Exchange Act*). Ces deux actes législatifs prévoient que toute émission de titres doit être enregistrée ou faire l'objet d'une dérogation à l'obligation d'enregistrer. Étant donné qu'un enregistrement aurait pris trop de temps, la mise en œuvre du *bail-in* aurait dû se fonder sur une réglementation dérogatoire. Or l'autorité américaine de surveillance des marchés boursiers (SEC) n'avait pas confirmé au préalable l'application d'une telle réglementation à la conversion des *bail-in bonds* de Credit Suisse. Il en a résulté une insécurité juridique qui comportait à la fois des risques juridiques et des risques de mise en œuvre²⁵⁸.

13.1.4.10 Délai de préparation restreint et base de données

Eu égard au contexte international concernant la planification de la liquidation, on est parti de l'hypothèse qu'environ 2 à 6 semaines s'écouleraient entre le constat que le seuil d'insolvabilité a été atteint et l'ouverture d'une procédure d'assainissement (délai de préparation ou *runway period*). Cette hypothèse devrait être correcte, en particulier en cas d'érosion ou de pénurie de fonds propres (par ex. en raison d'une amende). En octobre 2022, un délai de préparation nettement plus restreint de 7 à 10 jours a été défini face à l'ampleur des sorties de liquidités que Credit Suisse subissait. Dans les faits, le délai de préparation n'a été en fin de compte que de 4 jours.

Dans un délai de préparation aussi bref, les données relatives à l'état des fonds propres et des liquidités risquent entre autres d'être de qualité insuffisante au moment de l'ouverture de la procédure d'assainissement. Ainsi, le jour où le plan d'assainissement est approuvé, des questions complexes se posent encore pour le *bail-in*, notamment le montant des fonds propres encore disponibles ou nécessaires à l'avenir. Cette incertitude complique la prise de décision et accroît les risques que les actionnaires concernés par l'amortissement ou les créanciers participant au *bail-in* intentent une action révocatoire.

²⁵⁷ KUHN, *Sanierung und Abwicklung systemrelevanter Banken*, in: Jans et al. (éd.), *Krisenfeste Schweizer Banken? Die Regulierung von Eigenmitteln, Liquidität und «Too Big to Fail»*, Zurich 2018, p. 461.

²⁵⁸ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, p. 30.

13.1.5 Transfert de patrimoine et réunion

13.1.5.1 Description

Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, l'art. 30, al. 2, LB prévoit à titre de mesures d'assainissement le transfert de tout ou partie du patrimoine de la banque concernée à une banque relais ou la réunion de la banque concernée à un autre sujet de droit.

Visant à maintenir au moins partiellement les services bancaires, ces mesures d'assainissement pourraient être exécutées à la place d'un *bail-in* ou après celui-ci. Plusieurs facteurs restreignent toutefois les possibilités de les appliquer, comme l'illustre en particulier le cas de Credit Suisse, présenté ci-dessous.

13.1.5.2 Cas de Credit Suisse

La question est de savoir s'il aurait été possible de réunir Credit Suisse à une autre banque en appliquant les règles TBTF prévues dans la LB.

La définition des mesures d'assainissement susmentionnées (en particulier réunion ou acquisition) repose sur un exemple d'application principal, à savoir la réunion de plusieurs entités juridiques liées les unes aux autres (par ex. groupe Raiffeisen)²⁵⁹. La procédure d'assainissement serait ouverte pour l'ensemble des entités du groupe, et le plan d'assainissement pourrait réglementer de manière uniforme la réunion de toutes les entités juridiques concernées.

En cas d'acquisition d'une banque nécessitant un assainissement par une autre banque – comme ce qui s'est passé entre Credit Suisse et UBS –, la LFus exige le consentement des actionnaires de la banque acquéreuse. Il ne serait pas possible de passer outre ce consentement au moyen d'une décision d'assainissement.

Sans l'ordonnance de nécessité du Conseil fédéral du 16 mars 2023²⁶⁰, l'acquisition de Credit Suisse, dont l'assainissement était en cours, aurait donc dû suivre la procédure prévue dans le droit privé, à savoir qu'une décision de l'assemblée générale d'UBS Group SA aurait été nécessaire, de même que la production de divers documents vérifiés²⁶¹. La réalisation d'une fusion aurait impliqué une phase de préparation assez longue et la publication du projet correspondant. Peut-être l'annonce de la fusion aurait-elle contribué un peu à stabiliser Credit Suisse. Mais il aurait été impossible de prévoir si l'assemblée générale d'UBS Group SA approuverait la fusion. Son rejet aurait probablement déstabilisé davantage Credit Suisse, ce qui représentait un autre risque majeur.

De plus, d'autres obstacles opérationnels se seraient dressés. Par exemple, il aurait fallu rapidement fixer une contrepartie au sens de l'art. 31c LB (probablement en recourant à un tiers impartial), et il n'aurait pas été certain que le transfert prenne effet

²⁵⁹ FF 2020 6151, 6177

²⁶⁰ RS 952.3

²⁶¹ Art. 12 ss LFus.

immédiatement du point de vue du droit étranger (en particulier autorisations relatives au changement de contrôle et aspects relevant du droit de la concurrence).

13.1.6 Liquidation ordonnée

13.1.6.1 Description

La notion de liquidation ordonnée n'est pas définie dans la loi et, de ce fait, elle n'est pas explicitement réglementée. Elle désigne l'assainissement d'une SIB au moyen d'instruments spécifiques, notamment le *bail-in*, dans le but de ne maintenir que temporairement les fonctions d'importance systémique et de les faire cesser progressivement sans compromettre la stabilité du système. Quant aux fonctions sans importance systémique, elles sont liquidées aussi rapidement que possible, dans le cadre de la mise en œuvre du plan d'assainissement. En d'autres termes, elles font l'objet soit d'une cessation soit d'une cession (partielle). La liquidation ordonnée ne vise pas le maintien du groupe bancaire concerné dans son ensemble. Elle repose plutôt sur l'idée qu'une SIB ne doit pas être maintenue artificiellement s'il apparaît qu'elle n'est pas viable sur le libre marché. Il vaut mieux qu'elle puisse quitter ce marché de manière ordonnée sans compromettre la stabilité du système.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la liquidation ordonnée n'est pas une mesure d'assainissement isolée. Il s'agit bien au contraire d'une stratégie de liquidation dont l'application repose sur diverses mesures. Il serait par exemple envisageable qu'un *bail-in* soit décidé dans le cadre d'une liquidation ordonnée. Il n'aurait pas pour but de reconstituer les fonds propres de la banque en vue du maintien du groupe pendant une durée indéterminée, mais viserait à garantir une base de fonds propres suffisante pour une liquidation ordonnée, qui pourrait durer plusieurs années. Au lieu d'un *bail-in*, la liquidation ordonnée pourrait aussi impliquer le transfert de certains actifs et passifs à un acquéreur ou à une banque relais. Les mesures concrètes qui s'imposent pour garantir la réussite d'une liquidation ordonnée doivent être déterminées au cas par cas.

La liquidation ordonnée doit être clairement distinguée de la faillite en raison du maintien temporaire des fonctions d'importance systémique qu'elle permet. La faillite prévoyant impérativement le retrait de l'autorisation²⁶², elle exclut de fait la poursuite temporaire de l'activité, comme la fourniture des services bancaires d'importance systémique. Une banque mise en faillite doit immédiatement cesser son activité. Il faut éviter ce cas de figure pour une SIB sous peine de compromettre la stabilité financière. En revanche, la liquidation ordonnée permet de garantir cette stabilité tout en assurant la sortie ordonnée du marché d'une banque qui n'est plus viable.

²⁶² Art. 33, al. 1, LB.

13.1.6.2 Cas de Credit Suisse

La liquidation ordonnée aurait pu être envisagée dans le cas de Credit Suisse si l'assainissement avait échoué. Elle aurait toutefois fait peser des risques considérables sur la stabilité financière et les contribuables (par ex. dotation du PLB). Ces risques auraient été d'autant plus élevés que la liquidation ordonnée n'est pas explicitement prévue dans la loi et qu'elle n'a donc jamais été préparée en tant que stratégie de liquidation. Ainsi, les conséquences de cette stratégie étaient très incertaines, et l'insécurité juridique liée à celle-ci était telle qu'elle aurait pu compromettre l'exécution de la liquidation ordonnée.

13.1.7 Plan d'urgence

13.1.7.1 Objectif du plan d'urgence

Les SIB prouvent au moyen de leur plan d'urgence que leurs fonctions d'importance systémique pourront être poursuivies en cas de crise (art. 9, al. 2, let. d, LB et 60 à 63 OB). Les G-SIB ont confié la plupart des fonctions d'importance systémique à leurs filiales suisses (Credit Suisse [Suisse] SA et UBS Switzerland AG). De ce fait, leur plan d'urgence ne couvre pas l'ensemble du groupe, mais se concentre sur les entités suisses de ce dernier.

Le plan de liquidation global que la FINMA a établi pour une G-SIB prévoit, comme stratégie primaire, l'assainissement incluant un *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée (voir ch. 13.1.3). Le plan d'urgence s'inscrit dans la stratégie secondaire, qui s'applique quand un *bail-in* a échoué ou qu'il ne peut pas être réalisé. Dans ce cas, le groupe est scindé, les différentes sociétés du groupe font l'objet d'une liquidation ordonnée, et le plan d'urgence est activé aux fins de la protection des fonctions d'importance systémique pour la Suisse. De ce fait, le plan d'urgence suisse est un élément du plan de liquidation applicable aux grandes banques.

Il vise à ce que l'entité suisse puisse continuer à fonctionner en cas de crise, indépendamment des autres sociétés du groupe concernées par la liquidation. Le plan d'urgence d'UBS (et auparavant de Credit Suisse) doit donc montrer comment les liens qui unissent les entités suisses à leur maison mère et au reste du groupe seront réduits, voire dissous, de préférence avant une crise.

Contrairement à une G-SIB, les trois SIB non actives au niveau international sont imbriquées dans le marché international de manière tout au plus ténue. C'est pourquoi aucun plan de liquidation n'est prévu à leur égard au-delà du plan d'urgence suisse. Le plan d'urgence de ces banques et le plan de liquidation de la FINMA sont même quasiment identiques. Cela étant, les SIB non actives au niveau international doivent présenter dans leurs plans d'urgence une stratégie primaire et une stratégie de rechange.

La FINMA examine les plans d'urgence une fois par an, sur la base des critères figurant à l'art. 61 OB, notamment la planification des fonds propres et des liquidités nécessaires à la liquidation ainsi que la modélisation des scénarios afférents, les mesures de restructuration élaborées et une stratégie de rechange, les dépendances opération-

nelles, l'imbrication dans le secteur financier et l'indépendance de la division Trésorerie.

L'évaluation des possibilités de mise en œuvre vise l'exécution du plan d'urgence d'un point de vue technique et organisationnel. Elle porte aussi sur la question de savoir si les fonds propres et liquidités sont disponibles en quantité suffisante pour faire face à un scénario de crise précis. En revanche, le plan d'urgence n'a pas pour objectif de garantir la capacité de refinancement à long terme de la filiale suisse ou de protéger cette même filiale d'une panique bancaire (*bank run*) prolongée après son détachement du groupe.

À la fin de 2022, la FINMA a jugé que les plans d'urgence des G-SIB et de Raiffeisen étaient applicables. PostFinance doit remanier sa stratégie pour les cas d'urgence en raison de la suppression de la garantie de capitalisation fournie par la Confédération. La ZKB n'a pas encore prévu suffisamment de ressources pour sa recapitalisation en cas de crise, bien qu'elle dispose des fonds propres correspondants. Depuis peu, elle peut aussi émettre des *bail-in bonds* spécifiques pour constituer les fonds propres supplémentaires dont elle a besoin pour absorber les pertes (voir ch. 13.1.4.7).

13.1.7.2 Effets dans le cas de Credit Suisse et sur la nouvelle UBS

Credit Suisse n'ayant pas fait l'objet d'une liquidation, il est impossible d'évaluer la qualité du plan d'urgence sur une base empirique. Selon la FINMA, les préparatifs réalisés au cours des dernières années dans le cadre de la planification d'urgence ont toutefois montré qu'il était possible techniquement de détacher la filiale suisse du reste du groupe²⁶³. Par exemple, si l'accès aux infrastructures des marchés financiers avait été garanti, les services critiques auraient encore pu être fournis par la filiale elle-même ou par le prestataire spécialement créé à cet effet. Tous les contrats pertinents contenaient des clauses de liquidation, de sorte que la filiale aurait disposé de fonds propres et de liquidités en quantité suffisante pour satisfaire aux exigences réglementaires.

D'autres enseignements ont aussi pu être tirés des travaux concrets menés à titre de préparation au déclenchement du plan d'urgence.

Il est apparu que la banque mère et les filiales étrangères n'étaient pas les seules à subir des sorties de liquidités considérables, mais que la filiale suisse était aussi concernée. Comme il y a lieu de supposer que ces sorties se seraient poursuivies même après le détachement de la filiale suisse, les réserves de liquidités de la filiale suisse n'auraient pas suffi. En conséquence, la réussite du plan d'urgence aurait nécessité des liquidités externes, fournies soit par la voie d'une ELA, soit au moyen d'un PLB.

Une autre question se posait quant à la poursuite d'une activité autonome de la filiale en tant que telle. Le plan d'urgence prévoyait en particulier la vente de la filiale à une

²⁶³ Communiqué de la FINMA, *La FINMA évalue à nouveau les plans de recovery et de résolution des établissements d'importance systémique*, 26 avril 2023.

autre banque ou son introduction en bourse. L'une et l'autre solution requerrait un temps de préparation, et leur mise en œuvre dépendait largement de la crise.

Le déclenchement du plan d'urgence posait un autre problème, qui concernait non pas la filiale suisse elle-même, mais le reste du groupe et en particulier la banque mère. En admettant que la filiale suisse poursuive son activité après le déclenchement du plan d'urgence et que le maintien des fonctions d'importance systémique soit ainsi garanti, il fallait résoudre le problème lié à la mise en faillite de la banque mère. Celle-ci était titulaire d'une licence bancaire de la FINMA, elle détenait les participations dans les filiales situées en Suisse et à l'étranger, et elle menait ses propres activités bancaires (par ex. banque d'investissement ou gestion de fortune). Au 4^e trimestre 2022, les actifs de la banque mère (378 milliards de francs) étaient nettement plus importants que ceux de la filiale suisse (215 milliards de francs), et les liens financiers au sein du groupe menaient pour la plupart à la banque mère, qui assumait la fonction de trésorerie centrale (voir ch. 14.1.3). Par conséquent, la faillite de la banque mère aurait pu compromettre directement la stabilité financière de la Suisse.

13.1.8 Stratégie de liquidation: approche SPoE ou MPoE

La stratégie de liquidation qui est retenue dépend notamment de la structure et du modèle d'affaires de la banque²⁶⁴. En général, une G-SIB présentant une structure centralisée est soumise à l'approche SPoE. Il est en revanche plus probable que l'on retienne l'approche avec points d'entrée multiples (*multiple point of entry* [MPoE]) pour les G-SIB dont la structure est plus décentralisée. Les autorités du pays d'appartenance choisissent une stratégie de liquidation fondée sur l'approche SPoE pour la plupart des G-SIB. Actuellement, seuls les modèles d'affaires de la britannique HSBC et de l'espagnole Santander se prêtent à une stratégie de liquidation reposant sur l'approche MPoE.

Pour les G-SIB, la FINMA a déterminé le *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée comme stratégie de liquidation primaire. Ainsi, le *bail-in* est exécuté au niveau de la société mère en vue de la recapitalisation de l'ensemble du groupe. Deux raisons principales motivent cette décision: la structure de groupe des grandes banques qui prévoient une société mère et le fait que les *bail-in bonds* sont émis au niveau de cette société.

En ce qui concerne les G-SIB, l'approche SPoE présente l'avantage que les autorités du pays d'appartenance peuvent appliquer une procédure d'assainissement uniforme à l'ensemble du groupe. Cette approche nécessite toutefois l'étroite coopération des autorités de surveillance, que ce soit avant ou pendant l'assainissement. La crise qui a emporté Credit Suisse a montré la très haute importance de la collaboration entre la FINMA et les autorités de surveillance étrangères, dont les principales ont imposé aux entités du groupe présentes sur le territoire national de satisfaire à des exigences spécifiques en matière de liquidités avant le sauvetage de Credit Suisse. Ces mesures ont restreint les flux de liquidités au sein du groupe, ce qui a encore aggravé les problèmes de liquidité.

²⁶⁴ CARRASCOSA, *How to adapt a bank for MPE resolution strategy*, Risk.net, 4 juillet 2019.

Un autre inconvénient de l'approche SPoE réside dans la nécessité que les autorités de surveillance étrangères reconnaissent les mesures d'assainissement. L'exécution d'un *bail-in* transfrontalier est très compliquée et comporte une multitude d'obstacles juridiques (voir ch. 13.3.5).

L'approche MPoE peut remplacer l'approche SPoE. Au lieu qu'une procédure d'assainissement soit engagée contre une seule entité du groupe, l'autorité de surveillance nationale définit la stratégie de liquidation qu'elle entend appliquer à l'entité du groupe dont elle est compétente et l'exécute de son côté. Comme les filiales et les succursales d'une G-SIB sont soumises à des ordres juridiques différents, les stratégies de liquidation doivent être conformes à ces ordres et mises en œuvre par les autorités de liquidation localement compétentes. Cette exigence entraîne une charge de coordination considérable.

L'approche MPoE implique des mesures de cantonnement (*ring-fencing*) *ex ante*. Ainsi, chaque entité du groupe est responsable de la gestion de ses fonds propres et de ses liquidités, ce qui n'est pas le cas pour le groupe UBS, puisque celui-ci comprend une banque mère chargée de répartir les fonds propres et les liquidités au sein du groupe. Si on voulait appliquer l'approche MPoE à UBS, il faudrait que la banque adopte une structure de holding horizontale sans société mère. L'utilité d'une banque mère responsable de la gestion centralisée des liquidités disparaîtrait, et il faudrait introduire une holding intermédiaire (*intermediate holding company* [IHC]) entre la société mère et ses filiales. Les autorités de surveillance du pays d'appartenance pourraient exécuter leurs mesures d'assainissement au niveau de cette IHC. Aux États-Unis, UBS a déjà mis en place une structure de ce genre pour répondre aux exigences locales (voir figure 9).

13.1.9 Groupe de gestion de crise

En application des *Key Attributes* du CSF²⁶⁵, les autorités de surveillance du pays d'appartenance doivent instituer un groupe de gestion de crise (*crisis management group* [CMG]) pour leurs G-SIB. Le but et la composition des CMG sont prescrits dans les *Key Attributes*. En outre, le CSF a publié des recommandations concernant l'activité pratique des CMG²⁶⁶: ceux-ci doivent régulièrement contrôler les progrès d'une banque quant à sa capacité à sa capacité de liquidation et en faire rapport au CSF. Les stratégies de stabilisation et de liquidation de même que les plans correspondants sont examinés à cet effet et une compréhension commune est établie. Les échanges réguliers d'informations et d'expériences visent à intensifier et à améliorer la coopération entre les autorités. L'autorité de surveillance du pays d'appartenance préside le CMG. Les autorités pertinentes pour UBS (et auparavant pour Credit Suisse) sont surtout celles des États-Unis, du Royaume-Uni et de l'UE (celle-ci dans le cas seulement d'UBS).

²⁶⁵ CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014.

²⁶⁶ CSF, *Good Practices for Crisis Management Groups*, 30 novembre 2021.

Lors de la crise qui a emporté Credit Suisse, des séances virtuelles quotidiennes ont eu lieu dès le début d’octobre 2022 avec les autorités de surveillance des États-Unis et du Royaume-Uni. À partir de novembre, la FINMA a également intensifié son travail avec ces autorités dans le cadre des CMG, faisant ainsi participer les autorités compétentes en matière de liquidation. L’objectif était d’échanger des informations, de discuter des mesures envisageables et de garantir la sécurité juridique en engageant les procédures de reconnaissance requises. Ces procédures visent à ce que les mesures de liquidation décidées par l’autorité de surveillance du pays d’appartenance soient reconnues et appliquées dans les espaces juridiques concernés (par ex. amortissement d’instruments émis à l’étranger qui seraient convertis en fonds propres lors d’un *bail-in*).

13.1.10 Nationalisation temporaire

13.1.10.1 Description

La nationalisation temporaire (*temporary public ownership* [TPO]) équivaut à ce que l’État devienne, pour une période limitée, le propriétaire unique ou non d’un établissement financier ou de certaines de ses entités (en particulier d’entités exerçant des fonctions d’importance systémique). Elle constitue une mesure subsidiaire absolument indispensable pour préserver la stabilité financière et ménager l’économie. Il s’agit donc d’une mesure de dernier recours qui peut s’appliquer lorsque l’exécution de mesures d’assainissement (en particulier d’un *bail-in*) ne suffit pas à déployer la stratégie d’assainissement ou le plan d’urgence et, de ce fait, à stabiliser l’établissement financier concerné²⁶⁷. Au besoin, la nationalisation temporaire peut s’accompagner d’une aide sous forme de liquidités, que ce soit par la voie d’une ELA ou au moyen d’un PLB.

L’exemple du maintien des fonctions d’importance systémique d’une grande banque suisse permet d’illustrer l’objectif de la nationalisation temporaire dans sa présente acception. Si un assainissement du groupe n’est pas possible ou qu’il échoue, le plan d’urgence prévoit la mise en faillite de la banque mère et son détachement de la filiale suisse. Il se peut dans certaines circonstances que la vente de cette filiale ne soit pas réalisable à court terme. Afin que la filiale suisse ne soit pas entraînée dans une panique bancaire (*bank run*), sa nationalisation, soutenue éventuellement par un PLB, pourrait renforcer la stabilité financière et permettrait d’avoir davantage de temps pour trouver une solution pour la filiale suisse.

Il faut distinguer la nationalisation temporaire d’autres instruments étatiques, notamment la garantie de l’État pour certaines dettes d’un établissement financier, la souscription d’instruments de dette et la prise de participations par l’acquisition d’actions nouvellement émises. Si ces instruments existent dans certaines juridictions (par ex. dans l’UE, la prise de participations), elles ne sont cependant prévues dans aucune norme internationale.

²⁶⁷ De par sa conception, la nationalisation temporaire implique une participation aux pertes des actionnaires et des créanciers (dans le contexte européen, voir art. 58 de la directive 2014/59/UE).

13.1.10.2 Cas de Credit Suisse

Pour des motifs d'ordre institutionnel et juridique ainsi que pour des considérations relatives aux risques, la nationalisation temporaire n'a pas été privilégiée lors des travaux préparatoires. Elle n'a pas non plus été approfondie ultérieurement en raison de la possibilité d'une acquisition par un établissement privé. Sans cette possibilité, la nationalisation temporaire aurait été l'une des deux solutions restantes avec l'assainissement.

Dans le cas de Credit Suisse, elle aurait dû être envisagée soit pour l'ensemble du groupe, soit pour la filiale suisse, comme mesure temporaire après la faillite de la banque mère. Si elle avait acquis Credit Suisse, la Confédération aurait dû assumer tous les risques encourus par la banque et en assurer la conduite. Eu égard à la taille du bilan de la nouvelle UBS, sa nationalisation temporaire comporterait d'énormes risques pour l'État. C'est pourquoi la nationalisation temporaire devrait se limiter aux fonctions d'importance systémique de la filiale suisse, comme le recommande également le groupe d'experts «Stabilité des banques»²⁶⁸. Cette solution suppose toutefois qu'un plan de liquidation viable soit disponible pour les autres entités du groupe, en particulier pour la banque mère (voir ch. 13.4.2).

13.1.10.3 Questions juridiques et techniques

La nationalisation temporaire soulève de nombreuses questions techniques. Il faudrait par exemple en vérifier la constitutionnalité et procéder à de nombreuses clarifications au niveau de la loi. La conception d'une solution de ce genre poserait en outre une multitude de questions techniques, qu'il conviendrait d'analyser en détail dans le cadre d'éventuels travaux supplémentaires. Il s'agirait par exemple de déterminer qui devrait supporter les pertes antérieures à la nationalisation temporaire (en particulier pour le capital-actions, les instruments AT1 et les *bail-in bonds*)²⁶⁹. La valeur de l'entité à acquérir et, partant, l'indemnisation des anciens propriétaires devraient également être examinées. D'autres questions porteraient par exemple sur les stratégies de sortie, l'intégration de la banque acquise dans l'administration fédérale ou son pilotage.

²⁶⁸ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, pp. 36 ss.

²⁶⁹ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023; la nationalisation temporaire est recommandée dans la phase *going concern*, soit après l'amortissement des actions et des instruments AT1, mais sans amortissement ni conversion des *bail-in bonds*.

13.1.11 Fonds de liquidation

13.1.11.1 Description

Un fonds de liquidation vise à garantir la présence de ressources suffisantes en cas de crise en vue de l'exécution des mesures de liquidation. Ces ressources peuvent être des aides sous forme de liquidités ou des mesures de capitalisation. Le fonds de liquidation peut, mais ne doit pas servir simultanément de source de financement pour la garantie des dépôts ou des liquidités apportées par l'État. Reposant par principe sur un financement *ex ante* ou *ex post*, il est alimenté soit par les établissements financiers eux-mêmes, soit (aussi partiellement) au moyen de garanties de l'État. Contrairement à d'autres juridictions (par ex. États-Unis, UE), la Suisse ne dispose pas d'un fonds de liquidation.

13.1.11.2 Effets dans le cas de Credit Suisse

Suivant sa conception et son volume, un fonds de liquidation aurait pu être utilisé en soutien des solutions disponibles (réunion à UBS, assainissement, nationalisation temporaire). Il aurait par exemple pu couvrir la garantie contre les pertes que l'État a accordée à UBS (9 milliards de francs). Toutefois, le PLB mis en place était largement supérieur au volume envisageable pour ce genre de fonds en Suisse.

13.2 Comparaison internationale

13.2.1 Bail-in

Le *bail-in* s'est imposé comme mesure d'assainissement des grandes banques non seulement en Suisse, mais aussi sur le plan international. Le CSF le qualifie d'élément essentiel d'un régime de liquidation efficace²⁷⁰. C'est une des raisons pour lesquelles le *bail-in* est devenu la norme pour le sauvetage des grandes banques aux États-Unis, au Royaume-Uni et dans l'UE.

Selon la stratégie de liquidation poursuivie par la FINMA, le *bail-in* a pour objectif de reconstituer la base de fonds propres de la banque concernée afin que, dans la mesure du possible, l'ensemble du groupe bancaire puisse poursuivre son activité sans interruption. Cette forme de *bail-in*, qui est prévue tant en Suisse que dans l'UE en vue de la poursuite de l'activité de la banque, est également appelée *open bank bail-in*.

À titre d'exemple, les États-Unis privilégient en revanche la stratégie inverse, à savoir le *closed bank bail-in*. À la différence du modèle suisse, cette forme de *bail-in* ne prévoit pas la conversion de créances en capital social. Bien au contraire, il s'agit d'une mesure de transfert de patrimoine dont les autorités américaines se servent pour contraindre les créanciers à supporter les pertes.

²⁷⁰ CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014, p. 9.

Dans le cadre d'un *closed bank bail-in* basé sur le modèle américain, la majorité des actifs (pour les holdings, en particulier les parts de filiales opérationnelles) et une partie des passifs de la banque à assainir sont transférés à une société relais acquéreuse (*bridge holding company*). Les filiales dont les parts sont transférées à cette société ne sont pas directement concernées par le *bail-in* et poursuivent leur activité sans interruption. La banque cédante est ensuite mise en faillite. Des parts de la société relais acquéreuse peuvent alors être attribuées aux actionnaires et créanciers restants. Pour les créanciers concernés, le *closed bank bail-in* aboutit à cet égard à un résultat semblable à celui de l'*open bank bail-in*.

L'exécution de l'*open bank bail-in* n'est à certains égards pas la même en Suisse que dans l'UE. Une différence importante réside dans le fait que les dispositions suisses exigent que le capital social soit entièrement réduit avant l'exécution du *bail-in* (art. 30b, al. 5, let. b, LB). Dans le cadre d'un *bail-in* fondé sur le droit européen, aucun amortissement n'est requis, et les actionnaires de la banque à assainir conservent leurs parts tant que la banque présente une valeur nette positive. Or, étant donné que le *bail-in* fait augmenter le capital-actions, la participation relative des actionnaires diminue. Selon la directive 2014/59/UE, le *bail-in* a pour but de «diluer fortement» les parts des actionnaires initiaux (art. 47, par. 1, let. b).

De plus, la réglementation de l'UE comprend des dispositions concernant l'émission de *bail-in bonds*. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les grandes banques suisses qualifient expressément leurs *bail-in bonds* de «non subordonnés» en invoquant une «subordination structurelle» (voir ch. 13.1.4.6. Selon la directive 2014/59/UE, en revanche, les banques de l'UE doivent explicitement désigner leurs *bail-in bonds* comme instruments de dette «non privilégiés». C'est pourquoi ceux-ci sont émis dans l'UE à titre d'obligations non privilégiées de premier rang (*senior non-preferred bonds*). La transparence s'en trouve améliorée, et les investisseurs peuvent ainsi distinguer clairement entre *bail-in bonds* et instruments de dette de premier rang. À noter dans ce contexte que les États-Unis et le Royaume-Uni, à l'instar de la Suisse, n'ont pas de réglementation analogue à celle de l'UE et que les *bail-in bonds* émis par les grandes banques y sont aussi considérés comme «non subordonnés».

Une autre différence avec le droit de l'UE réside dans le fait que l'ordre d'exécution du *bail-in* ne correspond pas à la hiérarchie des créances prévue dans les procédures normales en cas d'insolvabilité. Le droit suisse dispose que le *bail-in* doit être exécuté selon un ordre (art. 30b, al. 7, LB) divergeant de celui qui est inscrit dans le droit de l'insolvabilité. Les *bail-in bonds* sont notamment convertis avant les autres créances (sous réserve de l'exception énoncée à l'art. 30b, al. 8, LB; voir ch. 13.1.4.6). En outre, les dépôts non garantis sont privilégiés par rapport aux autres créances. Enfin, la FINMA peut également exclure du *bail-in* des créances nées de livraisons de marchandises et de prestations de services (art. 30b, al. 4, LB).

La différence de traitement entre la procédure d'assainissement et la procédure en cas d'insolvabilité prévue dans le droit suisse peut notamment compliquer le respect du principe *no creditors worse off* (NCWO). Reconnu à l'échelle internationale, ce principe est aussi inscrit dans le droit suisse (art. 30c, al. 1, let. b, LB). Il indique que la procédure d'assainissement ne doit pas être, selon toute vraisemblance, économiquement moins favorable aux créanciers que l'ouverture immédiate de la faillite bancaire.

Étant donné que certaines créances sont défavorisées dans le *bail-in* par rapport à la procédure en cas d'insolvabilité, le respect du principe NCWO n'est pas garanti. C'est notamment la raison pour laquelle la directive 2014/59/UE exige, par exemple, que l'ordre d'exécution du *bail-in* corresponde à la hiérarchie des créances prévue dans les procédures normales en cas d'insolvabilité (art. 48, par. 1, let. d et e).

13.2.2 Nationalisation temporaire

13.2.2.1 Comparaison avec le droit étranger

Les *Key Attributes* du CSF²⁷¹ prévoient, à titre subsidiaire, la possibilité d'une nationalisation temporaire destinée à préserver la stabilité financière. Cet instrument doit permettre de maintenir les fonctions critiques, tandis qu'une solution permanente est recherchée (par ex. vente ou réunion à une entreprise privée). Sa mise en place devrait s'accompagner de mesures garantissant que les éventuelles pertes de l'État seront répercutées sur les détenteurs de créances de la banque non garanties ou sur le reste du secteur financier. À la différence d'autres mesures des *Key Attributes*, la nationalisation temporaire ne fait pas l'objet d'une véritable recommandation, mais est mentionnée à titre de solution possible, dont la mise en œuvre doit être examinée par les États. Dans une évaluation par les pairs de 2016, le CSF note que 14 pays ont inscrit la nationalisation temporaire dans leur législation²⁷².

Les États-Unis n'ont pas explicitement adopté la nationalisation temporaire dans leur ordre juridique. Mais le FDIC a de larges compétences pour ordonner la liquidation d'une banque: lorsqu'une banque est réputée insolvable, qu'elle manque de liquidités ou que le Trésor américain juge une intervention nécessaire, le FDIC peut, en sa qualité d'administrateur d'insolvabilité, prendre le contrôle d'un établissement et assumer les tâches suivantes:

- assurer l'accès aux dépôts garantis;
- prendre le contrôle des opérations de la banque, à savoir suspendre les paiements et démettre la direction de ses fonctions; la banque est alors gérée comme une banque relais, dans le cadre de laquelle le FDIC met des ressources à disposition pour que l'exploitation soit maintenue;
- organiser la vente du patrimoine pour couvrir les pertes; cette vente peut prendre la forme d'une mise aux enchères, d'une vente négociée à des banques de plus grande taille ou de «paquets étatiques».

Si la banque faisant l'objet de la liquidation ou la banque relais instituée à cet effet n'est pas en mesure de se financer elle-même sur le marché, il est prévu d'en assurer l'approvisionnement en liquidités au moyen d'un fonds de liquidation (*orderly liquidation fund* [OLF]; voir ch. 10.2). L'OLF est rattaché au Trésor américain. Le FDIC en dispose pour obtenir les liquidités nécessaires à la liquidation. Les ressources de

²⁷¹ CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014.

²⁷² CSF, *Second Thematic Review on Resolution Regimes*, Peer Review Report, 18 mars 2016.

l'OLF sont limitées et doivent être entièrement remboursées avec le produit de la vente des actifs de la banque. Si cette exigence n'est pas remplie, les coûts peuvent être répercutés sur d'autres établissements financiers.

L'UE prévoit un soutien public en fonds propres (art. 57 de la directive 2014/59/UE) et un placement temporaire en propriété publique (art. 58 de la directive 2014/59/UE) comme instruments de stabilisation étatiques. Chaque État membre est toutefois libre d'inscrire ces instruments dans sa législation nationale. La condition d'utilisation de ces instruments est qu'ils servent à préserver la stabilité financière et que tous les instruments de liquidation soient épuisés. Ces deux instruments de stabilisation étatiques peuvent être utilisés aussi bien pour des entités assurant des fonctions critiques que pour les sociétés holdings faitières. Dans tous les cas, la banque doit être transférée dans le secteur privé dès que les circonstances le permettent.

Au Royaume-Uni, la loi sur les banques (*Banking Act*) prévoit explicitement la possibilité d'une nationalisation temporaire²⁷³, dont l'application est précisée dans des dispositions d'exécution²⁷⁴. La nationalisation temporaire s'applique aux banques proprement dites et à la société holding faitière. Le Trésor a compétence pour la mettre en œuvre, tandis que la Banque d'Angleterre est responsable des autres mesures de stabilisation. Pour que la nationalisation temporaire soit décrétée, la stabilité financière du Royaume-Uni doit être menacée, les autres mesures de stabilisation doivent être épuisées et les créanciers ainsi que les actionnaires doivent avoir contribué à la couverture des pertes et à la recapitalisation. La loi prescrit en outre comment la banque doit être dirigée et gérée en cas de nationalisation temporaire. Elle fixe les modalités de vente et précise comment les parties concernées par la nationalisation temporaire doivent être indemnisées.

13.2.2.2 Exemples pratiques

L'État allemand a soutenu la Commerzbank à hauteur de quelque 18,2 milliards d'euros, après que celle-ci a absorbé la Dresdner Bank en difficulté au milieu de la crise financière 2007–2008. La Commerzbank a remboursé les aides publiques, mais l'État allemand reste aujourd'hui encore le principal actionnaire de l'établissement (15,6 % du capital). Selon le cours de l'action à la fin de 2022, la perte sur investissement de l'État s'élève jusqu'ici à environ 3,5 milliards d'euros²⁷⁵.

Victime d'une panique bancaire (*bank run*) en février 2008, la banque anglaise Northern Rock a été temporairement acquise et gérée par l'État après que sa vente à un établissement privé a échoué par deux fois. En 2012, une partie de la banque a été vendue pour environ 1 milliard de livres à la banque Virgin Money. L'État a vendu en 2017 la plupart des actifs restés en sa possession, ce qui lui a permis de couvrir

²⁷³ Royaume-Uni, *The stabilisation options, Banking Act 2009*, 21 décembre 2008, chapitre 3.

²⁷⁴ Trésor de Sa Majesté, *Banking Act 2009: special resolution regime code of practice*, décembre 2020.

²⁷⁵ Chambre basse du Parlement allemand, *Staatliche Hilfen für die Commerzbank AG*, 22 mars 2023.

tous ses investissements (env. 37 milliards de livres). Le bénéfice escompté pour l'État est d'environ 4,7 milliards de livres²⁷⁶.

En 2008 et 2009, l'État britannique a débloqué 45,5 milliards de livres pour sauver la Royal Bank of Scotland et acquis 84 % du capital-actions de la banque. En octobre 2021, ses pertes étaient estimées à 35 milliards de livres, mais ce calcul n'est pas complet²⁷⁷. En mai 2023, l'État détenait toujours 39 % des actions de NatWest Group (successeur de Royal Bank of Scotland)²⁷⁸.

En 2008, les pertes supportées par l'État irlandais du fait de ses participations dans cinq banques étaient estimées à 45,7 milliards d'euros, soit presque 30 % du PIB de l'époque²⁷⁹.

13.2.3 Fonds de liquidation

Le ch. 10.2 dresse une comparaison internationale des aides publiques sous forme de liquidités et le ch. 11.2, une comparaison internationale de la garantie des dépôts.

Les *Key Attributes* du CSF²⁸⁰ prévoient que les juridictions mettent en place un fonds financé par le secteur privé pour la garantie des dépôts ou pour la liquidation ou que le secteur financier instaure un mécanisme de compensation ex post des aides financières fournie lors de la liquidation d'une banque (*Key Attribute* 6). Dans ce contexte, les éventuelles aides publiques devraient être possibles uniquement sous réserve du respect de conditions strictes. En particulier, une intervention visant à garantir la stabilité financière doit être nécessaire, toutes les possibilités de financement privées doivent être épuisées, et les actionnaires et les créanciers doivent avoir essuyé des pertes considérables.

L'UE a introduit un fonds de liquidation (*single resolution fund* [SRF]) dans son mécanisme unique de liquidation bancaire (*single resolution mechanism* [SRM])²⁸¹. Le SRF sert à garantir l'exécution effective des mesures de liquidation. Il peut entrer en ligne de compte pour financer tant une aide sous forme de liquidités que des mesures de capitalisation (octroi de crédits ou achat d'actifs). Il est alimenté par les banques des 19 États membres de l'Union bancaire, qui versent à cet effet des contributions ex ante. Le fonds a été financé jusqu'à la fin de 2023 à concurrence d'au moins 1 % des dépôts garantis, les banques y contribuant au total à hauteur de 77,6 milliards d'euros²⁸².

²⁷⁶ ARNOLD, *Northern Rock investors accuse Treasury of profiting from bailout*, *Financial Times*, 31 août 2017.

²⁷⁷ Office de responsabilité budgétaire britannique, *CP 545 – Economic and fiscal outlook*, octobre 2021.

²⁷⁸ NatWest Group, *Equity ownership statistics*, accessibles à l'adresse suivante: www.investors.natwestgroup.com > Investors > Shareholder Centre > Share data.

²⁷⁹ BRENNAN, *Net cost of Irish banks bailout rises to €45.7bn, comptroller says*, *The Irish Times*, 30 septembre 2022.

²⁸⁰ CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014.

²⁸¹ Conseil de résolution unique, *The Single Resolution Fund*, 28 juin 2021.

²⁸² Communiqué du Conseil de résolution unique, *Single Resolution Fund grows by €11.3 billion to reach €77.6 billion*, 6 juillet 2023.

Le 4 décembre 2018, les ministres des finances de l'UE se sont entendus pour doter l'Union bancaire d'un mécanisme de garantie (*backstop*) destiné à la liquidation des banques²⁸³. En outre, il est prévu que le mécanisme de stabilité européen (MSE) fournisse une garantie supplémentaire de 68 milliards d'euros. Le secteur bancaire devrait ensuite rembourser le crédit par des contributions *ex post*.

Au Royaume-Uni, une réglementation idoine (*resolution liquidity framework*) prévoit des instruments permettant l'approvisionnement en liquidités d'une banque en cours de liquidation. Le Trésor de Sa Majesté peut ainsi approuver des mesures de soutien que la Banque d'Angleterre adopte dans le cadre d'un mécanisme de garantie public (*public sector backstop*) et qui vont au-delà des facilités ordinaires²⁸⁴. Pour l'essentiel, ce mécanisme consiste donc en une aide sous forme de liquidités de la Banque d'Angleterre, approuvée et garantie par l'État. Les situations et les conditions dans lesquelles cette aide est octroyée ne sont pas publiées.

La situation aux États-Unis est présentée au ch. 13.2.2.

13.3 Évaluation

13.3.1 Bail-in

Après la crise financière de 2007–2008, le *bail-in* s'est établi non seulement en Suisse, mais aussi sur le plan international, comme un instrument utile à l'assainissement d'une SIB. Plus le *bail-in* et, partant, l'assainissement ont des chances de réussir, plus la probabilité d'un sauvetage d'une SIB par l'État s'éloigne et plus la garantie implicite de l'État et les incitations inopportunes (*moral hazard*) qui y sont liées sont réduites. Selon les estimations actuelles, toutes les SIB du monde profitent aujourd'hui encore d'une garantie implicite de l'État.

Ces dernières années, la communauté internationale, les autorités de surveillance compétentes et les banques concernées ont pris de vastes mesures préparatoires afin de faire du *bail-in* un instrument d'assainissement crédible. Toutefois, jamais un *bail-in* n'a encore été exécuté pour une G-SIB.

Même dans le cas de Credit Suisse, il n'a pas été appliqué, alors même qu'il avait été préparé. Il est malgré tout possible de tirer les enseignements suivants en vue de l'amélioration du *bail-in*:

- Tout d'abord, un *bail-in* n'ayant pas beaucoup d'effet sur les liquidités de la banque concernée, il n'est en soi pas suffisant pour les améliorer;
- Les effets de cet instrument restent incertains dans un scénario de perte de confiance. On ignore dans quelle mesure le *bail-in* se prête à instaurer le climat de confiance requis sur le marché, lorsqu'il est associé à une réorientation du modèle d'affaires et à des ingérences dans la conduite de l'entreprise. Cette

²⁸³ Conseil de l'UE, *Terms of reference of the common backstop to the Single Resolution Fund*, 4 décembre 2018.

²⁸⁴ Banque d'Angleterre, *The Bank of England's approach to resolution*, octobre 2017, p. 22.

incertitude est particulièrement élevée lorsque la raison essentielle de la perte de confiance n'est pas une perte de capital;

- Le *bail-in* comporte des incertitudes juridiques:
 - Dans certaines juridictions, les exigences nationales en matière d'enregistrement des actions ne sont pas axées sur un *open bank bail-in* («problématique de la SEC»),
 - Il y a lieu de supposer dans chaque *bail-in* que les groupes ayant subi des dommages remettront en question la nécessité du *bail-in* par des actions révocatoires. Cette situation se produira en particulier si le *bail-in* permet non seulement de reconstituer les fonds propres de base, mais également de les porter à un niveau dépassant les exigences réglementaires, ce qui serait nécessaire pour garantir le succès de l'assainissement dans la plupart des crises,
 - Les dispositions légales relatives à l'ordre d'exécution du *bail-in* et la pratique d'émission des grandes banques sont complexes,
 - La compensation en faveur des actionnaires concernés par l'amortissement soulève des difficultés d'application;
- Les autorités bénéficient d'une marge d'appréciation considérable pour déterminer le moment de leur intervention et sélectionner les mesures qui s'imposent. Bien que la BNS (approvisionnement en liquidités) et, éventuellement, le Conseil fédéral (PLB) participent en pratique aux décisions concernant une SIB, la loi fait peser la responsabilité uniquement sur la FINMA.

13.3.2 Transfert de patrimoine et réunion

Les mesures d'assainissement que constituent le transfert de patrimoine ou la réunion à un autre établissement ne peuvent donner les résultats escomptés que dans des situations déterminées. Les conditions d'une procédure d'assainissement auraient été réunies du côté de Credit Suisse, mais pas du côté d'UBS. Les dispositions de la législation bancaire en matière d'assainissement n'auraient pas suffi à une exécution rapide de la réunion. Afin de ne pas devoir attendre l'approbation d'UBS, il fallait passer outre la LFus au moyen du droit de nécessité (voir ch. 5.3). Ce constat ne change toutefois rien au fait que le transfert de patrimoine ou la réunion à un autre établissement puissent être appliqués dans d'autres cas. La base juridique actuelle continue donc de remplir sa fonction.

De plus, il ne paraît ni envisageable ni souhaitable de modifier la loi de manière que celle-ci puisse contraindre des banques tierces ne détenant aucune participation dans la banque à assainir d'acquérir la banque en question. Cette obligation constituerait une atteinte très grave à l'autonomie et à la liberté économique de ces banques tierces.

Si UBS devait réellement affronter une crise, il ne serait vraisemblablement possible de la réunir qu'à une banque acquéreuse étrangère, puisqu'il n'y a pas en Suisse de banque susceptible d'acquérir une banque de la taille d'UBS.

Le remaniement des bases légales actuelles ne permet guère d'éliminer les difficultés opérationnelles qui pourraient se poser, comme la détermination rapide de la valeur de l'entité à céder ou l'entrée en force immédiate d'un transfert conforme à une législation étrangère.

13.3.3 Liquidation ordonnée

Selon les principes de l'économie de marché, un acteur qui n'est plus rentable doit pouvoir sortir du marché. Une SIB qui n'est plus en mesure de poursuivre son activité doit aussi pouvoir faire l'objet d'une liquidation ordonnée en lieu et place de la stratégie d'assainissement préparée à l'heure actuelle ou d'une liquidation par voie de faillite.

Cette liquidation comporte toutefois des incertitudes juridiques et est difficile à exécuter étant donné qu'elle n'est pas inscrite explicitement dans la loi. Une modification de la LB serait donc souhaitable pour la renforcer:

- L'objectif de la procédure d'assainissement pourrait être adapté aux différentes réalités. À l'heure actuelle, cette procédure vise par principe à ce que la banque respecte de nouveau les conditions requises pour l'obtention d'une autorisation ainsi que les autres prescriptions légales (art. 29 LB). Ce rétablissement n'est pas impératif dans le cas d'une liquidation ordonnée, puisque la banque concernée est destinée à quitter le marché.
- La liquidation ordonnée peut être contraire à l'égalité de traitement des créanciers, qui est le principe général de la procédure d'assainissement bancaire²⁸⁵. Ce conflit d'objectifs tient à ce que, dans le cadre de la liquidation ordonnée, les fonctions d'importance systémique d'une banque doivent être temporairement maintenues, au contraire des fonctions sans importance systémique. Il peut en résulter que les créanciers de fonctions d'importance systémique soient mieux traités que les autres, par exemple lorsque ces fonctions sont vendues à une banque acquéreuse. Cet aspect ne devrait toutefois pas remettre en question la mise en œuvre de la liquidation ordonnée telle qu'elle est prévue dans les dispositions légales en vigueur. La loi devrait le préciser et déterminer notamment les modalités d'indemnisation des créanciers éventuellement défavorisés.
- Les entorses au principe de l'égalité de traitement des créanciers ne sont pas étrangères au droit de l'assainissement. Celui-ci prévoit, en cas de *bail-in*, un ordre spécifique pour la conversion des créances²⁸⁶. En ce qui concerne la liquidation ordonnée et l'objectif supérieur de stabilité financière, la loi ne dispose en revanche pas d'exceptions explicites. Des dispositions légales devraient éliminer les insécurités juridiques liées, dans le cadre d'une liquidation ordonnée, à la nécessité de déroger au principe de l'égalité de traitement des créanciers.

²⁸⁵ Art. 30c, al. 1, let. c, LB.

²⁸⁶ Art. 30b, al. 7, LB.

- Comme nous l’avons mentionné ci-dessus, une liquidation ordonnée pourrait tout à fait être associée à un bail-in. Le *bail-in* permettrait d’obtenir la base de fonds propres nécessaire pour ouvrir la procédure de liquidation et vendre par exemple certaines entités du groupe bancaire. Il pourrait toutefois y avoir quelques incertitudes, justement en ce qui concerne le *bail-in*, puisque celui-ci vise par principe la reconstitution des fonds propres réglementaires. Or, la liquidation ordonnée pourrait exiger que la base de fonds propres soit augmentée dans une mesure beaucoup plus importante. Il pourrait être judicieux que le législateur définisse certains paramètres pour éliminer ces incertitudes.

13.3.4 Plan d’urgence

Le plan d’urgence vise à assurer le maintien des fonctions d’importance systémique (deuxième objectif du dispositif TBTF, voir ch. 2.2). Les banques mères n’exerçant pas ce genre de fonctions, elles n’entrent pas dans le champ d’application du plan d’urgence. Or leur défaillance menacerait très probablement la stabilité financière, ne serait-ce qu’en raison de leur taille, et compromettrait l’atteinte du premier objectif du dispositif TBTF.

Selon la législation actuelle, la FINMA est chargée d’évaluer la capacité d’assainissement et de liquidation *globale* d’un groupe (art. 65a et 65b OB) à l’aune de critères précis (par ex. structure organisationnelle, continuité des opérations) et elle peut imposer l’obligation de détenir des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou une majoration des exigences en matière de liquidités. En outre, la banque est tenue de fournir à la FINMA les informations nécessaires à l’élaboration du plan de liquidation (art. 64, al. 2, OB). Portant sur les possibilités de procéder à la liquidation du groupe, ces exigences sont nettement moins sévères que le plan d’urgence. Ainsi, les banques mères sont certes prises en compte dans le cadre de la stratégie de liquidation primaire (*bail-in* mis en œuvre de façon centralisée), mais la FINMA ne peut pas prendre de mesure incisive pour améliorer leur capacité de liquidation. C’est pourquoi la stratégie de liquidation secondaire ne prévoit que la faillite directe des banques mères et exclut leur liquidation.

Étant donné que les banques mères n’exercent pas de fonction d’importance systémique, il n’y aurait pas lieu, à l’instar de ce qui est prévu dans le plan d’urgence, de maintenir ces fonctions. Il s’agirait plutôt d’obtenir que les banques mères puissent sortir du marché dans un délai déterminé (par ex. 1 à 2 ans) de manière à ne plus représenter un risque pour la stabilité financière. L’existence d’une stratégie pour le reste de la banque accroîtrait aussi les possibilités de mettre en œuvre le plan d’urgence.

13.3.5 Stratégie de liquidation: approche SPoE ou MPoE

D’un côté, l’approche MPoE correspond plutôt à la pratique que l’on attend des autorités de surveillance du pays hôte en période de crise (mesures de cantonnement). Sur le fond, elle paraît plus appropriée pour un petit pays qui a sur son territoire une très

grande banque exerçant une grande partie de son activité à l'étranger. En outre, l'autorité de surveillance du pays d'appartenance qui applique l'approche MPoE dépend moins des décisions de reconnaissance des autorités de surveillance étrangères.

De l'autre côté, l'exécution simultanée de procédures d'assainissement dans des ordres juridiques différents peut compliquer la coordination en présence d'une approche MPoE. De plus, le cantonnement des activités à un lieu se fait naturellement, et les flux de liquidités à l'intérieur du groupe sont interrompus. Le risque existe par ailleurs qu'une autorité exécute une liquidation de manière isolée et provoque un morcellement du groupe.

S'agissant d'UBS, l'exécution d'une stratégie fondée sur l'approche MPoE exigerait la restructuration totale du groupe, celui-ci devant passer d'une structure centralisée à une structure décentralisée. En particulier, la fonction clé que la banque mère exerce envers toutes ses filiales n'est pas compatible avec une approche MPoE.

13.3.6 Groupe de gestion de crise

Un groupe de gestion de crise (*crisis management groups* [CMG]) qui fonctionne est important en présence d'une crise touchant une G-SIB. Dans le cas de Crédit Suisse, le recours précoce au CMG a permis de faire la lumière sur la situation ainsi que sur le plan de stabilisation de la banque et le plan de liquidation de la FINMA. Cette transparence a contribué, à son tour, à la bonne compréhension et au soutien des mesures de lutte proposées et à la préparation d'un *baile-in*.

13.3.7 Nationalisation temporaire

La législation suisse ne prévoit pas l'instrument de la nationalisation temporaire. Certes, la norme internationale du CSF mentionne la nationalisation temporaire comme un instrument de liquidation envisageable, mais contrairement à d'autres instruments, elle n'en recommande pas clairement l'inscription dans le droit des différents États. La nationalisation temporaire figure explicitement dans la législation du Royaume-Uni et de l'UE (seule la moitié des États membres l'avait transposée en droit national au moment de la publication du présent rapport).

La nationalisation temporaire peut être envisagée pour un groupe financier dans son ensemble ou pour la filiale suisse d'une G-SIB après la faillite de la banque mère. Dans le cas d'UBS, elle ferait toutefois courir des risques considérables à l'État puisque la taille du bilan d'UBS Group SA représente à l'heure actuelle presque le double du PIB de la Suisse. Ainsi, il serait possible de la limiter à la filiale suisse. La nationalisation temporaire poserait en outre des problèmes d'exécution s'agissant d'une G-SIB, compte tenu du fait que les autorités étrangères espèrent l'assainissement du groupe et que le risque de contagion à l'échelle mondiale existe.

13.3.8 Fonds de liquidation

Un fonds de liquidation présenterait l'avantage de réduire les risques pour les contribuables, dans la mesure où il serait alimenté par des établissements financiers. En outre, l'argent serait immédiatement à disposition en cas de besoin. Une solution comportant un fonds de liquidation n'entre toutefois en ligne de compte que dans un marché fragmenté, lorsqu'un risque est supporté par suffisamment de bailleurs de taille équivalente.

La concentration est forte sur le marché bancaire suisse et s'est encore accrue du fait de l'acquisition de Credit Suisse par UBS. Pour sauver la nouvelle UBS, les autres banques devraient fournir au système des contributions disproportionnées ou UBS devrait pour ainsi dire s'assurer elle-même²⁸⁷. Des contributions aussi élevées priveraient les banques de capital, ce qui affaiblirait leur capacité de résistance ou d'octroi de crédits. Par conséquent, une solution basée sur un fonds de taille suffisante financé par le secteur privé n'est guère réaliste. Un mécanisme de garantie public serait nécessaire, ce qui comporterait de nouveau des risques pour l'État et pourrait créer des incitations inopportunes (*moral hazard*).

Les mêmes arguments valent concernant la possibilité d'utiliser les ressources de la garantie des dépôts pour financer les mesures de liquidation. De plus, les ressources affectées à la garantie des dépôts sont d'ores et déjà limitées pour l'usage auquel elles sont destinées.

13.4 Mesures envisageables

Les chapitres qui suivent présentent l'éventail des mesures envisageables dans le domaine de la liquidation, chacune étant jugée selon ses avantages et ses inconvénients. Les mesures sont également analysées dans leur ensemble, en fonction de leurs interdépendances. Le ch. 13.4.7 tire le bilan et propose un train de mesures concret.

13.4.1 Davantage de solutions de liquidation

S'agissant des G-SIB, les solutions qui sont préparées à l'heure actuelle consistent en une stratégie de liquidation privilégiée (assainissement avec *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée) ou, à titre de solution de rechange, en une liquidation par voie de faillite et déclenchement simultané du plan d'urgence (voir ch. 13.1.3). Une des mesures envisageables serait de prévoir et de préparer des stratégies de liquidation plus nombreuses et plus souples qu'à l'heure actuelle. En effet, le *bail-in* mis en œuvre de façon centralisée en vue de la poursuite de l'activité de la banque n'est pas la stratégie de liquidation la plus adéquate quelle que soit la crise.

Les stratégies de liquidation pourraient être testées encore plus tôt qu'à l'heure actuelle afin de continuer à en améliorer la mise en pratique. Les interactions des auto-

²⁸⁷ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023.

rités pourraient aussi être intégrées et examinées dans les tests. Outre les travaux préparatoires élargis menés par la FINMA, des modifications juridiques seraient nécessaires, notamment pour créer les conditions de la liquidation ordonnée, c'est-à-dire l'assainissement visant la liquidation de la banque (ou de parties de celle-ci) dans un délai de 1 à 2 ans.

13.4.2 Élaboration d'un plan de liquidation pour la banque mère

On pourrait envisager d'exiger des G-SIB qu'elles élaborent un plan de liquidation pour leur banque mère. Elles devraient y présenter la manière dont il est possible de liquider la banque mère dans un délai d'un à deux ans, sans que la stabilité financière ne soit compromise. À l'heure actuelle, cette mesure ne concernerait qu'UBS.

Tout comme dans le plan d'urgence, une G-SIB devrait démontrer dans le plan de liquidation de la banque mère que les interdépendances organisationnelles et financières ne représentent pas un obstacle à la liquidation. Ainsi, une société présentant une structure simple centralisée (*clean holding*) pourrait aussi être prévue aux fins de la liquidation. En outre, il faudrait, par analogie avec l'art. 61 OB, déterminer des critères sur lesquels la FINMA pourrait se baser pour examiner le plan de liquidation et, par analogie avec l'art. 62 OB, habiliter cette autorité à ordonner des mesures (par ex. le détachement de la banque d'investissement) pour le cas où le plan de liquidation présenterait des lacunes irrémédiables.

13.4.3 Modification de l'approche SPoE

Il serait aussi possible d'envisager le passage de l'approche SPoE à l'approche MPoE. Cette mesure exigerait de modifier la structure de la banque et de traiter différemment les filiales d'un point de vue réglementaire. C'est pourquoi on ne saurait attendre l'éclatement d'une crise pour se décider entre l'une ou l'autre approche. Il faudrait au contraire choisir et préparer cette solution *ex ante*. UBS devrait par exemple abandonner sa structure centralisée (par ex. trésorerie globale) et se doter d'une structure décentralisée.

Les exigences locales imposées aux filiales étant d'ores et déjà très élevées, elles constituent une première étape vers l'autonomie locale des filiales et, par conséquent, vers la mise en place de l'approche MPoE. Il serait aussi envisageable de recourir à une approche mixte, combinant des éléments de l'approche SPoE et de l'approche MPoE.

13.4.4 Accroissement de la sécurité juridique du *bail-in*

Dans le cas de Credit Suisse, la stratégie d'assainissement était prête à être mise en œuvre. Les travaux préparatoires exécutés à cet effet ont montré que des incertitudes techniques demeuraient quant à l'exécution d'un *bail-in*. Ces enseignements peuvent servir à accroître la sécurité juridique du *bail-in*.

Il serait aussi possible d'examiner plus en détail les modifications à apporter au dispositif TBTF suisse. Celles-ci pourraient consister par exemple à simplifier la hiérarchie des créances ou à accroître la transparence sur le rang attribué aux *bail-in bonds* dans cette hiérarchie, ou encore à simplifier le mécanisme de compensation des actionnaires après un *bail-in* (par ex. abandonner l'amortissement complet des actions au lieu de prévoir une compensation ultérieure).

L'amélioration de la sécurité juridique du *bail-in* risque de se heurter à quelques obstacles, que la Suisse peut s'engager à résoudre sur le plan international. Les obstacles éventuels sont par exemple les exigences que la loi américaine réglementant les marchés primaires d'actions (*Securities Act*) impose à l'enregistrement des actions nouvellement émises après un *bail-in*. La Suisse pourrait aussi participer activement aux travaux du CSF (par ex. transparence accrue sur les détenteurs de *bail-in bonds* sur le marché secondaire, mise en œuvre opérationnelle d'un *bail-in* ou reconnaissance internationale du *bail-in*).

Toutes les mesures mentionnées dans ce chapitre visent par principe à améliorer la crédibilité d'un assainissement, notamment d'un *bail-in*. Plus l'assainissement a des chances de réussir, plus la probabilité d'un sauvetage d'une SIB par l'État s'éloigne et plus la garantie implicite de l'État et les incitations inopportunes (*moral hazard*) qui y sont liées sont réduites.

13.4.5 Réglementation explicite de la nationalisation temporaire

À l'instar du Royaume-Uni et de l'UE, on pourrait envisager d'inscrire la nationalisation temporaire dans le droit ordinaire et d'augmenter ainsi les instruments à disposition en cas de crise. Cette mesure crée toutefois des risques et des incitations inopportunes (*moral hazard*) dont il faut tenir compte.

Eu égard à la taille de son bilan, la nationalisation temporaire d'UBS comporterait des risques considérables pour la Confédération. C'est pourquoi il serait possible de la limiter aux entités qui concentrent les fonctions d'importance systémique. Le groupe d'experts «Stabilité des banques» recommande aussi cette restriction. Le système juridique pourrait prévoir explicitement, en dernier recours, la possibilité d'une nationalisation temporaire axée sur les fonctions d'importance systémique.

Cet instrument serait utilisé à titre subsidiaire, après tous les autres instruments de liquidation, pour autant qu'une série de conditions soit remplie. Ces conditions seraient satisfaites en particulier si les actionnaires et les détenteurs d'instruments AT1 ou de *bail-in bonds* ont assumé une bonne partie des pertes et si l'instrument est adéquat pour garantir la stabilité financière.

L'expertise Ammann et al. envisage également la nationalisation temporaire, sans toutefois recommander la conversion préalable des *bail-in bonds*. Compte tenu des énormes risques que cette solution ferait courir à la Confédération, la nationalisation temporaire devrait toutefois être réalisée subsidiairement à un *bail-in*.

En cas de déclenchement du plan d'urgence, la nationalisation temporaire pourrait, selon la situation, contribuer à renforcer la confiance, en atténuant par exemple la

panique bancaire (*bank run*) dont la filiale d'une G-SIB pourrait être victime en raison de ses liens avec la banque mère en faillite. En outre, la nationalisation temporaire permettrait de gagner du temps pour vendre des domaines d'activité ou pour en garantir la sortie ordonnée du marché. Il serait ainsi possible d'éviter de vendre des valeurs patrimoniales à la hâte et à de mauvaises conditions.

Une nationalisation temporaire inscrite dans la loi comporterait néanmoins des risques considérables, qu'elle concerne l'ensemble du groupe ou qu'elle se limite aux fonctions d'importance systémique. Sa limitation aux fonctions d'importance systémique poserait en outre des problèmes d'exécution s'agissant d'une G-SIB, étant donné que les autorités étrangères espèrent l'assainissement de l'ensemble du groupe et que le risque de contagion à l'échelle mondiale existe.

Instrument explicitement étatique, la nationalisation temporaire est donc directement contraire au troisième objectif du dispositif TBTF (éviter le recours à une aide de l'État). En laissant espérer que certains créanciers et clients seront protégés durant une crise, elle crée des incitations inopportunes (*moral hazard*) et des distorsions de la concurrence pour les banques concernées. Exiger des banques qu'elles versent une compensation ne permettrait guère de résoudre complètement le problème. Certains acteurs pourraient adopter un comportement inadéquat et être tentés par exemple de réduire le niveau d'exigences et, partant, la qualité des plans de liquidation (et des plans d'urgence), sachant que la possibilité d'une nationalisation temporaire existe.

La nationalisation temporaire implique que la Confédération supporte tous les risques de la banque et doit assumer des risques très élevés au titre de la responsabilité de l'État. En cas d'application, la banque risque en outre de rester propriété de l'État pendant une longue période, puisqu'il peut être difficile de définir une stratégie de désengagement claire (voir ch. 13.2.2.2).

La nationalisation temporaire comporte également d'autres incertitudes et risques pour ce qui concerne la reprise des opérations de la banque par l'administration fédérale et la nomination des organes de direction par l'État. Du point de vue juridique, il faudrait examiner si la Constitution fournit une base à la réglementation légale de la nationalisation temporaire.

13.4.6 Création d'un fonds de liquidation

La création d'un fonds liquidation permettrait de mieux couvrir les besoins de financement liés à une éventuelle liquidation. Comme la comparaison internationale le montre, ce fonds peut être conçu de diverses manières. Il faudrait déterminer si ce fonds doit être alimenté par des ressources privées ou publiques, si ces ressources doivent être versées *ex ante* ou *ex post* et quelles dépenses peuvent être effectuées à partir de ce fonds (aide en cas d'insolvabilité, aide sous forme de liquidités, compensation des actionnaires, etc.).

Il faudrait aussi définir les interactions de ce fonds avec la garantie des dépôts et un éventuel PLB en faveur des SIB. Pour qu'un fonds de liquidation puisse déployer ses effets pendant une crise, il doit être d'un volume suffisant. S'il équivalait, comme dans l'UE, à 1 % des dépôts garantis, le volume du fonds serait d'environ 5 milliards

de francs. Compte tenu de la taille des SIB en Suisse, ce montant serait nettement trop faible. C'est pourquoi il faudrait que les contributions des banques soient plus élevées. Depuis la réunion de Credit Suisse à UBS, le marché bancaire suisse se caractérise en outre par une forte concentration, de sorte qu'UBS devrait, pour ainsi dire, s'assurer elle-même compte tenu de sa taille. Dans son rapport, le groupe d'experts «Stabilité des banques» n'a pas fait de proposition quant à la création d'un fonds de liquidation. L'expertise Amman et al. en rejette explicitement l'idée.

13.4.7 Bilan et train de mesures proposé dans le domaine de la liquidation

La capacité de liquidation signale qu'une SIB en difficulté peut aussi quitter le marché. Elle crée ainsi des incitations importantes pour les parties prenantes d'une SIB et réduit les distorsions de la concurrence. Il ne doit en particulier subsister aucun doute quant à la capacité de liquidation de la dernière G-SIB de Suisse. C'est pourquoi il est nécessaire de prendre des mesures claires dans ce domaine.

La crise qui a emporté Credit Suisse a montré que les perspectives de succès d'une stratégie de liquidation préparée peuvent être évaluées différemment selon la crise. De plus, une liquidation comporte par nature des incertitudes et des risques considérables, d'autant qu'elle n'a encore jamais été appliquée à une G-SIB. Il est toutefois évident que ses chances de succès seront d'autant plus élevées que les stratégies préparées sont flexibles et variées, que les instruments sont complets et que les obstacles restants ont été clairement éliminés.

Par conséquent, il est prévu d'agrandir le champ des solutions de liquidation possibles et des stratégies préparées. C'est pourquoi les mesures proposées consistent par exemple en la réglementation explicite de la «liquidation ordonnée» ou en la modification de l'approche SPoE. Cette modification ne nécessite aucune révision de la loi, car le cadre légal actuel autorise d'ores et déjà la FINMA à intégrer dans ses stratégies de liquidation des solutions allant dans le sens d'une approche MPoE. Ces remaniements juridiques permettront d'améliorer la capacité de liquidation des G-SIB en intégrant des scénarios de crise supplémentaires.

Il est également proposé d'assujettir les G-SIB à l'obligation d'élaborer un plan de liquidation pour leur banque mère, ce qui permettra de renforcer directement le premier objectif du dispositif TBTF (réduire les risques pour la stabilité financière). L'élaboration et la mise en œuvre de ce plan de liquidation induiront des charges importantes pour UBS Group SA. Comme le plan d'urgence actuel ne s'applique qu'aux filiales suisses, le plan de liquidation de la banque mère comblera une lacune importante en garantissant la capacité de liquidation de l'ensemble du groupe.

Par ailleurs, il s'agira de traiter au mieux les incertitudes, risques et obstacles résiduels auxquels la liquidation pourra se heurter, afin d'accroître en particulier la sécurité juridique du *bail-in*.

Compte tenu de la structure du secteur bancaire suisse, qui se caractérise par une forte concentration et comprend une G-SIB de très grande taille par rapport aux autres banques, la création d'un fonds de liquidation n'est pas recommandée.

La réglementation légale de la nationalisation temporaire est également déconseillée. Les incitations inopportunes (*moral hazard*) et les risques qui y sont liés l'emportent nettement sur l'éventuelle utilité de cet instrument dans le cadre d'une liquidation.

14 Mesures structurelles

14.1 Contexte

14.1.1 Introduction

Outre les mesures préventives pour empêcher une crise, le régime TBTF contient les mesures susmentionnées pour faire face à des situations de crise, car le risque de défaillance d'une SIB ne peut pas être totalement écarté, en tout cas pas à des coûts raisonnables pour les banques concernées et l'économie dans son ensemble. Les répercussions d'une défaillance doivent être réduites au minimum et une sortie ordonnée du marché doit être possible. Pour ce faire, on peut notamment mettre en œuvre des mesures structurelles visant à faciliter la liquidation de la banque grâce à une organisation adaptée de cette dernière. Le présent chapitre présente les possibilités et les limites des mesures structurelles.

La commission d'experts Siegenthaler s'était déjà intéressée à la question des mesures organisationnelles en 2010, en particulier en lien avec la poursuite des fonctions d'importance systémique et le plan d'urgence. Elle relevait que ces mesures portent notablement atteinte à la liberté économique et à la garantie de la propriété et, par conséquent, que le principe de subsidiarité devait être appliqué. Elle estimait qu'il revenait à chaque SIB de s'organiser pour garantir la poursuite des fonctions d'importance systémique en cas de crise, mais que si une banque n'était pas en mesure de prouver sa capacité de poursuivre les fonctions d'importance systémique, l'autorité de surveillance devait ordonner la mise en œuvre des mesures organisationnelles requises à cet effet²⁸⁸.

Ce principe reste globalement valable aujourd'hui. Toutefois, il convient de tenir compte du contexte, à savoir la forte évolution de la structure des deux G-SIB suisses entre la crise financière de 2007–2008 et le début de la crise de Credit Suisse, ainsi que de la structure d'UBS après l'acquisition de Credit Suisse. Alors que le groupe d'experts Siegenthaler s'était consacré à la définition et à la poursuite des fonctions d'importance systémique grâce à l'introduction du plan d'urgence, il s'agit aujourd'hui de s'attacher en plus au problème de la structure de banque mère comme obstacle possible à la mise en œuvre du plan d'urgence.

14.1.2 Expériences tirées de la crise de Credit Suisse

La crise de Credit Suisse a mis en exergue les difficultés posées par la structure du groupe Credit Suisse (et celle d'UBS). La structure de double holding (composée

²⁸⁸ Commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, *rapport final*, 30 septembre 2010.

d'une société mère et d'une banque mère, voir figure 7) complexifie le processus de liquidation. De plus, dans le cadre du régime réglementaire actuel sans déduction de la participation, elle favorise une double comptabilisation (*double leverage*)²⁸⁹, qui entraîne un manque de capital au sein de la banque mère. La forte valorisation des participations et la faible capitalisation de la banque mère représentaient un obstacle à la mise en œuvre de la réorientation stratégique de Credit Suisse, car les participations étrangères devaient être réévaluées et fortement amorties.

Comme, dans le régime suisse, les participations ne sont pas déduites des fonds propres réglementaires, mais pondérées en fonction des risques et couvertes par des fonds propres (voir ch. 7.2.3.1), ces amortissements avaient énormément pesé sur la dotation en capital de la banque mère.

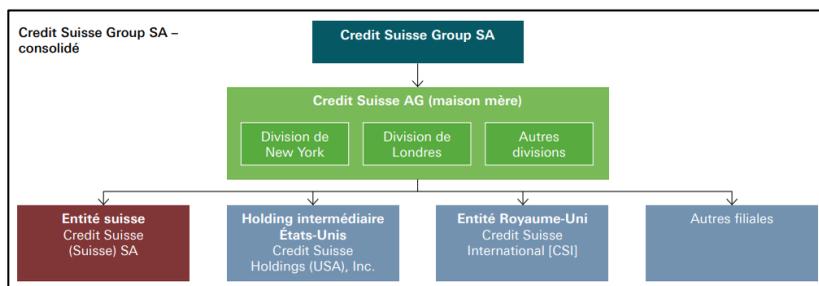
La crise a également montré que les banques mères présentent une importance systémique indirecte du fait de leur taille et de leurs fonctions centrales pour le groupe (gestion centralisée des liquidités), ainsi que pour des raisons de réputation (une défaillance de l'activité transfrontalière de gestion de fortune nuirait à la réputation de la place financière suisse), bien que les fonctions d'importance systémique soient basées dans les filiales suisses.

De même, les autorités de surveillance étrangères estiment que les grandes sociétés de groupe des G-SIB suisses ont dans les faits également une importance systémique aux États-Unis et au Royaume-Uni. Il est donc probable qu'elles prendraient des mesures de cantonnement (*ring-fencing*) en cas de faillite imminente du groupe.

La situation a confirmé qu'en période de crise, l'attention se déplace du groupe dans son ensemble à chaque établissement pris individuellement. Ainsi, la capitalisation des banques mères passe au premier plan.

Figure 7

Organigramme simplifié du groupe Credit Suisse avant l'acquisition



Source: BNS, Rapport sur la stabilité financière 2023

²⁸⁹ Le *double leverage* désigne le financement de fonds propres par des fonds de tiers au sein d'un groupe. Il y a par exemple *double leverage* lorsqu'une société holding lève des fonds de tiers sur le marché et les utilise à titre de fonds propres pour financer une filiale (voir aussi ch. 14.4.1).

14.1.3 Interdépendances opérationnelles et financières

Les G-SIB suisses (désormais UBS uniquement) se composent d'une multitude d'entités juridiques opérationnelles assumant différentes fonctions aux fins de la fourniture des multiples prestations bancaires internationales qu'elles proposent. De nombreux facteurs influencent cette structure de groupe transnationale complexe. Il s'agit pour l'essentiel d'exigences réglementaires, fiscales, politiques et de droit commercial dans les pays dans lesquels des prestations bancaires sont fournies ou dans lesquels une présence physique est requise. Par ailleurs, les exigences de la clientèle et la disponibilité locale de personnel qualifié et de possibilités de refinancement jouent également un rôle important. Les G-SIB optimisent leur modèle d'affaires sur la base de ces conditions-cadres et exploitent les possibilités d'arbitrage entre les différentes exigences. Ainsi, elles privilégient par exemple les activités commerciales risquées dans les juridictions imposant des exigences réglementaires plus faibles, ce qui donne naissance à de vastes interdépendances financières et opérationnelles entre les différentes entités juridiques du groupe.

Les interdépendances opérationnelles tiennent à la fourniture de prestations entre les établissements (par ex. informatique, ressources humaines, gestion des risques, finances). Des fonctions centrales du groupe sont regroupées dans des entités juridiques séparées appelées *business service companies* (ServCo), qui fournissent leurs prestations en qualité de fournisseurs de services internes du groupe. Les ServCo sont en principe rattachées au groupe, mais certaines juridictions exigent que des prestations bancaires données soient fournies au niveau local dans le pays concerné. Grâce à l'interdépendance opérationnelle et au regroupement de la fourniture de services dans des entités juridiques dédiées, la fourniture de prestations intragroupe à d'autres entités bancaires continue en principe d'être garantie en cas de défaillance d'une entité bancaire opérationnelle. Toutefois, il faut s'attendre à ce que les ServCo subissent des pertes financières et voient leur réputation entachée en cas de perte importante du volume d'affaires, par exemple à cause de la faillite d'un bénéficiaire de prestations.

Les interdépendances financières découlent de la levée de fonds centrale et de l'administration intragroupe des liquidités et du financement par la trésorerie centrale, qui relève de la banque mère. Ces interdépendances sont en forme d'étoile, c'est-à-dire que le besoin ou l'excédent de liquidités de chaque entité juridique est compensé avec la banque mère. Il en résulte une interdépendance verticale principale entre l'entité concernée et la banque mère. Dans ce cadre, les différentes entités juridiques doivent respecter les exigences locales en matière de liquidités, en particulier celles liées aux liquidités minimales et à la structure des échéances, qui varient fortement d'un pays et d'une activité commerciale à l'autre. Il incombe ensuite à la trésorerie centrale de coordonner les flux de paiement, les profils d'échéance et les devises, ainsi que de placer ou de refinancer de manière centralisée sur le marché les excédents et les découverts. Ceci est capital car, souvent, les entités juridiques ont des structures de bilan différentes et donc des profils de financement différents. Les entreprises spécialisées dans la gestion de fortune ont tendance à recevoir davantage de dépôts de clients qu'à accorder des prêts, et affichent donc structurellement un excédent de passifs. Compte tenu des exigences réglementaires en matière de liquidités, cette structure de bilan entraîne un déficit de refinancement à court terme (LCR, en partant de l'hypothèse d'un nombre élevé de clients quittant l'établissement) et un excédent de liquidités à

long terme (NSFR, prise en compte de dépôts de clients stables). Dans un modèle bancaire mondial, la trésorerie centrale peut mettre cet excédent à disposition d'entités ayant des activités de prêts importantes (par ex. banque d'investissement) en vue du financement de ces activités. En outre, le besoin de refinancement à court terme peut être couvert avantageusement par le marché monétaire interbancaire.

Ce modèle de refinancement central offre de grands avantages: il permet de coordonner le pilotage des flux de trésorerie et de réduire les risques de contrepartie sur le marché, et il est économique. Toutefois, cette approche donne naissance à d'importantes interdépendances financières vis-à-vis de la banque mère, ce qui peut entraîner des effets de contagion considérables.

Les interdépendances financières sont donc une conséquence de la structure de groupe bancaire, issue elle-même des exigences réglementaires des juridictions dans lesquelles le groupe en question opère. Pour la réglementation des interdépendances financières, on considère qu'il y a une certaine fongibilité des moyens financiers, c'est-à-dire que l'on part du principe que ces moyens (fonds propres et liquidités) peuvent être alloués librement là où ils sont le plus nécessaires.

Dans un environnement international réglementé (de manière hétérogène), la libre utilisation et le transfert rapide des moyens financiers montrent néanmoins leurs limites. De plus, les décideurs locaux de la banque dans les juridictions concernées sont souvent peu enclins à distribuer leurs propres fonds au groupe. La réglementation des interdépendances intragroupes doit prendre en compte cette situation: d'un côté, les avantages de la trésorerie centrale doivent être soulignés. De l'autre, il faut que les exigences prennent en compte la situation réelle concernant la disponibilité et la valeur des moyens non pas dans le cadre normal des activités, mais avant tout dans les situations de crise. Si les entités juridiques intégralement autosuffisantes sur le plan financier réduisent le plus possible les effets de contagion financiers, non seulement elles démontent le modèle de trésorerie centrale, mais elles compliquent en plus la fourniture transfrontalière de prestations pour les G-SIB.

14.1.4 Double structure de holding

UBS possède aujourd'hui une double structure de holding, ce qui signifie qu'une banque mère (SA) relève de la holding (Group SA). Cette banque mère opère en même temps comme maison mère des différentes entités juridiques opérationnelles et comme banque opérationnelle. Avec la trésorerie, elle assume des fonctions centrales pour le financement du groupe. La banque mère émet certaines obligations et dispose de ses propres dépôts. La confiance des investisseurs et des déposants dans la solidité financière de cette entité est capitale car, en cas de faillite, c'est bien à l'encontre de cette entité et non du groupe qu'ils détiennent une créance. Comme mentionné plus haut, UBS peut obtenir des effets de synergie grâce à la double structure de holding et au regroupement de fonctions centrales dans la banque mère. Les prestations fournies à l'intention du groupe sont réunies dans des ServCo directement rattachées à la holding. Il n'y a que pour les entités aux États-Unis qu'il existe des sociétés de services distinctes. Une externalisation complète des fonctions centrales et des prestations vers les différentes filiales entraînerait une fragmentation du groupe.

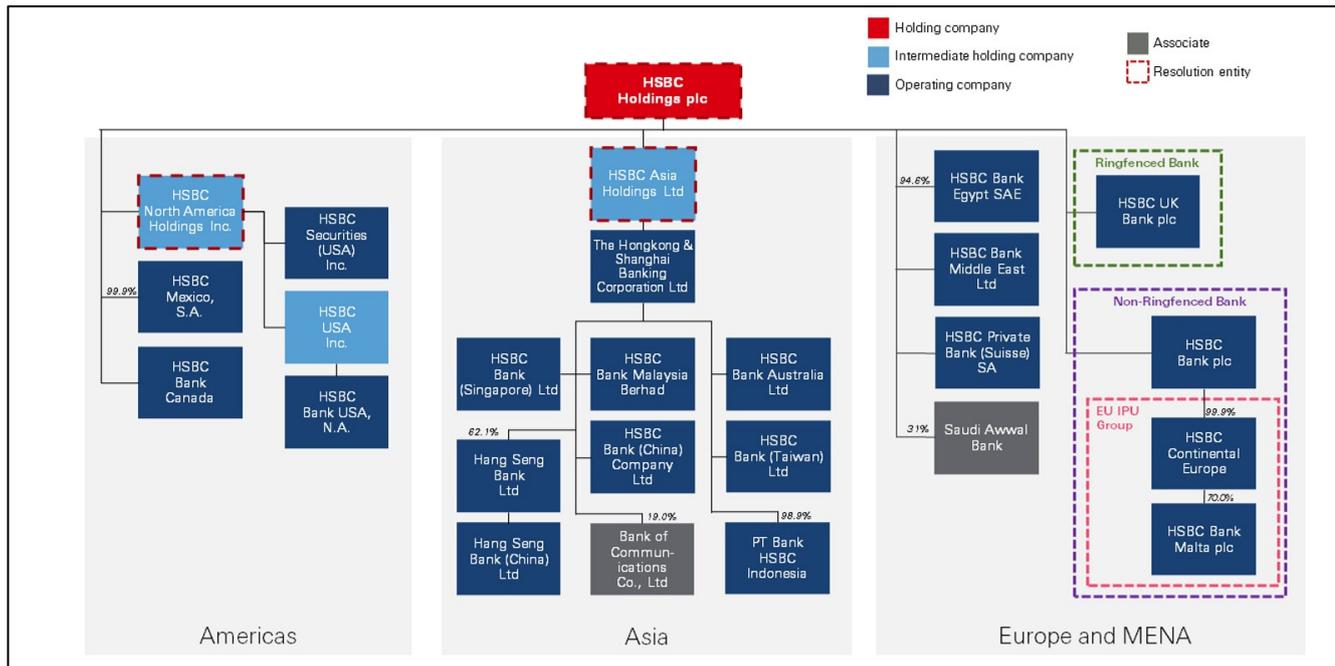
La structure juridique simplifiée de Credit Suisse avant l'acquisition de cette dernière par UBS peut également servir à illustrer la double structure de holding (voir figure 7).

La double structure de holding donne lieu à une complexité organisationnelle accrue et est plutôt une exception en comparaison internationale. Avec les holdings intermédiaires (*intermediate holding companies*), les grandes banques américaines ont également une structure avec de multiples holdings, mais les autorités nationales leur imposent des directives strictes concernant la structure et l'interdépendance financière de leurs entités. Pour ce qui est des G-SIB au Royaume-Uni, les entités opérationnelles sont directement rattachées à la holding. Deutsche Bank a à sa tête une banque opérationnelle qui détient en même temps les filiales.

La structure de groupe de la banque britannique HSBC est présentée ci-après comme contre-exemple de la double structure de holding (voir figure 8). Cette banque est organisée de telle sorte que toutes les filiales locales sont directement rattachées à la holding. De plus, une holding intermédiaire locale a été mise sur pied pour chaque filiale locale.

Figure 8

Structure simplifiée du groupe HSBC



Source: HSBC

14.2 Comparaison internationale

Diverses réglementations à l'étranger découlent de mesures structurelles prises pour lutter contre la complexité ou pour faciliter la liquidation de banques.

14.2.1 États-Unis

Aux États-Unis, conformément à la règle Volcker, section 619 du *Dodd-Frank Act*, les banques commerciales sont soumises à une interdiction du négoce pour compte propre. Elles n'ont pas non plus le droit de prendre des participations dans des *hedge funds* et des sociétés de *private equity*²⁹⁰. Cette règle a toutefois été assouplie en 2020²⁹¹. La somme du bilan déterminante étant passée de 50 à 250 milliards de dollars, les petites banques régionales ont été exemptées des dispositions les plus strictes (elles sont ainsi notamment soumises à des exigences moins élevées en matière de liquidités, subissent moins de tests de résistance et ne doivent pas établir de plans de liquidation détaillés)²⁹². De plus, les banques peuvent de nouveau investir dans des fonds de capital-risque (*venture capital funds*). Après les turbulences traversées par le secteur bancaire américain en mars 2023²⁹³, des efforts sont déployés pour renforcer à nouveau une partie de la réglementation Dodd-Frank pour les grandes banques régionales (dont la somme bilan se situe entre 100 et 250 milliards de dollars).

14.2.2 Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, depuis 2019, les plus grandes banques doivent séparer leurs activités principales dans la banque de détail du reste de la banque (par ex. de la banque d'investissement et des activités internationales)²⁹⁴. Cette séparation peut être effectuée au sein du groupe bancaire. Cette approche correspond au modèle suisse de filiales regroupant les fonctions d'importance systémique. En décembre 2022, dans le but de relancer la croissance économique, un assouplissement de la réglementation a été annoncé, en particulier concernant l'exigence liée aux mesures de cantonnement (*ring-fencing*)²⁹⁵. Une consultation en ce sens a eu lieu jusqu'à fin novembre 2023²⁹⁶.

²⁹⁰ VIÑALS et al., *Creating a Safer Financial System: Will Volcker, Vickers, and Liikanen Structural Measures Help?*, IMF Staff Discussion Note 13/4, mai 2013.

²⁹¹ SMITH, *How the Dodd-Frank Act Protects Your Money*, article de Forbes Advisor, 10 mars 2023.

²⁹² RODRIGUEZ VALLADARES, *How Trump's Deregulation Sowed The Seeds for Silicon Valley Bank's demise*, Forbes, 12 mars 2023.

²⁹³ The White House, *FACT SHEET: President Biden Urges Regulators to Reverse Trump Administration Weakening of Common-Sense Safeguards and Supervision for Large Regional Banks*, 30 mars 2023.

²⁹⁴ Banque d'Angleterre, *Ring-fencing*, site web.

²⁹⁵ Trésor de Sa Majesté, *Edinburgh Reforms hail next chapter for UK Financial Services*, 9 décembre 2022.

²⁹⁶ Trésor de Sa Majesté, *A smarter ring-fencing regime: Consultation on near-term reforms*, 28 septembre 2023.

14.2.3 UE

Dans l'UE, les propositions de réforme du rapport Liikanen, qui date de 2012, n'ont pas été mises en œuvre, en particulier la séparation du négoce pour compte propre et d'autres activités à haut risque des dépôts et de l'activité de crédit²⁹⁷. Pour tenir compte du caractère de banque universelle, cette séparation au sein d'un groupe bancaire aurait pu être réalisée au moyen de dispositions juridiques et opérationnelles (*ring-fencing*). La séparation d'autres activités (par ex. activités de tenue de marché ou *market making*) aurait dépendu de la crédibilité du plan de stabilisation et de liquidation. La proposition a été retirée en 2018 au motif que nombre des objectifs initiaux avaient été atteints grâce à d'autres projets de réglementation (notamment progrès en matière de liquidation).

14.3 Évaluation

Les mesures structurelles visent à faciliter la liquidation de la banque grâce à une organisation adaptée de cette dernière. Le présent chapitre (Mesures structurelles) a présenté des aspects organisationnels (notamment la structure de banque mère) qui augmentent la complexité et donc les risques pour la liquidation réussie d'une banque. Dans le même temps, on a vu que ce n'est pas la structure de l'établissement qui pose des problèmes au premier chef, mais les interdépendances financières et opérationnelles sous-jacentes.

Si la capacité de liquidation doit être améliorée dans ce contexte, il faut réduire la complexité – qui est principalement due aux interdépendances opérationnelles et financières – et amortir les risques découlant des pertes en capital et des sorties de liquidités. Des mesures adaptées à cet effet sont par exemple la déduction des participations dans le cadre des exigences en matière de fonds propres (voir ch. 7.5.1) et l'inscription dans la loi d'un plan de liquidation pour les banques mères (voir ch. 13.4.2). Ces approches permettent d'améliorer la capacité de liquidation sans mesures structurelles draconiennes, mais si elles ne fournissent pas le résultat escompté, on peut envisager de prendre des mesures structurelles.

Des mesures structurelles peuvent aussi être appliquées de manière subsidiaire, en ce sens que la FINMA ne peut les ordonner que si un plan de liquidation de la banque mère devant être établi par la banque ne suffit pas. Cette démarche correspond au processus employé pour le plan d'urgence. On pourrait envisager, par exemple, d'exiger la séparation de la banque d'investissement du reste du groupe. Il incomberait alors au premier chef à la banque de s'organiser afin d'assurer la capacité de liquidation (en réduisant par ex. les interdépendances opérationnelles et financières et en adaptant la dotation en capital et en liquidités). Ainsi, la FINMA ne pourrait ordonner des mesures structurelles que si la banque n'était pas en mesure de prouver qu'elle était organisée en conséquence. Cette approche correspond au principe de subsidiarité

²⁹⁷ WESTMAN, *The Liikanen Report and the proposal for a resolution framework – 10 years on*, Single Resolution Board, 3 octobre 2022.

et repose sur l'idée que des exigences fonctionnelles seraient bien moins contraignantes pour les banques concernées que des exigences matérielles.

14.4 Mesures envisageables

Des mesures structurelles susceptibles, d'une part, de réduire la complexité des banques et en partie également les risques et, d'autre part, de faciliter une possible liquidation, avec les avantages et inconvénients y afférents, sont abordées ci-après. L'ordre des mesures exposées correspond au niveau d'intervention dans la structure des grandes banques.

Les mesures sont également analysées dans leur ensemble, en fonction de leurs interdépendances. À la fin du chapitre, un bilan est tiré et un train de mesures concret est proposé.

14.4.1 Structure organisationnelle plate

Une structure organisationnelle plate signifie que l'on renonce à établir une banque mère qui opère entre la holding et les filiales. Dans ce cas, toutes les filiales (et toutes les sociétés de services éventuelles) seraient directement rattachées à l'entité la plus haut placée (groupe ou holding). Concrètement, les participations dans les filiales détenues jusque-là par la banque mère devraient être transmises à la holding.

Les succursales seraient rattachées aux différentes filiales. Une structure organisationnelle plate n'exclut pas que l'entité la plus haut placée opère en tant que banque en plus d'assumer sa fonction de holding. Il faudrait pour cela fixer d'autres exigences pour le bilan du groupe (*clean holding*, voir ch. 14.4.2).

Un mécanisme de double comptabilisation (*double leverage*) est également possible pour une structure de holding simple sans banques mères dès lors que la holding lève des fonds de tiers et les investit dans des filiales en tant que fonds propres. Pour éviter ce phénomène, la structure organisationnelle plate (*flat holding*) devrait être combinée à une exigence de *clean holding*. Si la holding ne peut détenir à titre d'engagements que des fonds destinés à absorber les pertes, elle ne peut pas non plus financer des participations avec des fonds de tiers. Il serait aussi possible d'empêcher la double comptabilisation en prévoyant que les participations détenues dans des filiales doivent être déduites des fonds propres de la holding.

La solution optimale du point de vue de la liquidation serait que chaque filiale ait sa propre gestion indépendante des liquidités et se finance sur le marché. Les interdépendances intragroupes devraient à cet égard être sensiblement limitées, ou autorisées uniquement avec des garanties (pour les liquidités) ou avec une forte pondération-risque (pour les participations). Ceci devrait être garanti par une exigence réglementaire correspondante, car la gestion centralisée des liquidités dans le cadre d'une structure organisationnelle plate pourrait en principe aussi être rattachée à la holding. Les prestations centrales (informatique, service juridique ou ressources humaines) pourraient soit être fournies dans les différentes filiales, soit être externalisées dans l'une

des sociétés de services rattachées à la holding. UBS dispose déjà d'une telle société (UBS Business Solutions SA) fournissant des prestations pour l'ensemble du groupe. De plus, en raison d'exigences locales, une société de services propre (UBS Business Solutions US LLC) est rattachée à la holding américaine (voir figure 9).

Le passage à une structure de holding plate réduirait considérablement la complexité organisationnelle et créerait plus de transparence en ce qui concerne la dotation en capital et en liquidités. Toutefois, la restructuration serait coûteuse pour la banque et l'abandon possible d'une trésorerie centrale pourrait compliquer la gestion des liquidités au sein du groupe. Par exemple, cela pourrait entraîner des coûts de financement beaucoup plus élevés, car chaque filiale devrait se financer individuellement et constituer sa propre équipe chargée des relations avec les investisseurs.

14.4.2 Clean holding

Une *clean holding* vise à améliorer la capacité de liquidation: il s'agit de simplifier le bilan de l'entité à la tête d'un groupe bancaire en limitant les interdépendances financières. Il n'existe actuellement aucune réglementation en Suisse concernant les *clean holdings*. Outre des fonds destinés à absorber les pertes (TLAC), les holdings des banques peuvent détenir un nombre illimité d'engagements du rang des «autres créances». Fin juin 2019, les deux grandes banques détenaient non seulement des instruments de TLAC, mais aussi d'autres engagements²⁹⁸.

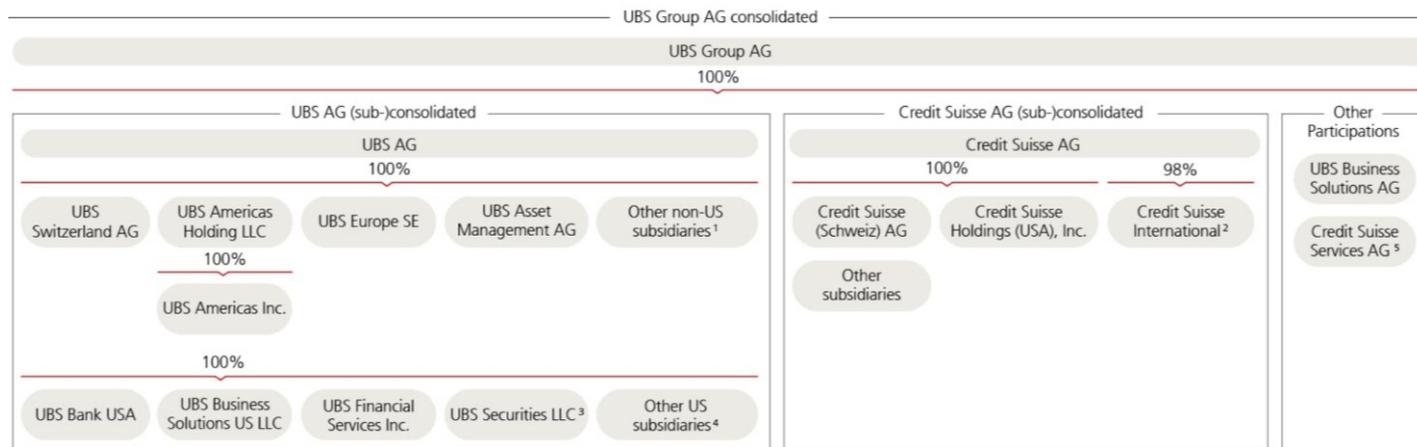
L'instauration d'une exigence de *clean holding* irait de pair avec des directives fixant les types d'engagements que les banques ont le droit de détenir dans le bilan du groupe. On parle de *clean holding* selon ces directives quand la holding en question ne détient aucun engagement au titre de la TLAC («autres créances») ou en détient très peu. Dans ce contexte, le document du Conseil de stabilité financière (CSF) relatif à la TLAC²⁹⁹ fait la distinction entre les engagements éligibles à la TLAC (*eligible liabilities*) et ceux qui en sont exclus (*excluded liabilities*).

²⁹⁸ Concernant Credit Suisse, il s'agissait en particulier d'un prêt accordé par Credit Suisse AG à Credit Suisse Group SA et utilisé principalement pour financer des versements de dividendes (volume d'environ 3 milliards de francs). Dans le cas d'UBS, les autres engagements étaient constitués de provisions destinées à payer des rémunérations différées à des employés (volume d'environ 2 milliards de francs) ainsi que d'un prêt accordé par UBS SA à UBS Group SA pour financer UBS Business Solutions SA (volume d'environ 900 millions de francs).

²⁹⁹ CSF, *Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation, Capacity of G-SIBs in Resolution*, Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet, 9 novembre 2015.

Figure 9

Organigramme simplifié d'UBS après l'acquisition de Credit Suisse



Source: UBS

Dans le cas d'une *clean holding*, l'entité la plus haut placée détient, dans les comptes individuels, des fonds propres, des instruments AT1 et des *bail-in bonds* du côté des passifs et les participations dans les filiales du côté des actifs. Le groupe ne doit conclure aucun accord financier représentant un obstacle à une liquidation. Aux États-Unis, l'exigence de *clean holding company* vise à empêcher que les holdings des G-SIB américaines prennent des engagements financiers qui entraveraient une liquidation: par conséquent, les G-SIB américaines ne peuvent pas prendre des engagements à court terme (dépôts inclus) avec des investisseurs externes ni conclure des dérivés ou d'autres formes de contrats financiers avec des contreparties externes³⁰⁰. Une exigence de *clean holding* existe également au Royaume-Uni³⁰¹.

Le droit suisse en vigueur comporte une directive qui se rapporte à la structure des engagements de la banque (art. 30b, al. 8, LB). Elle prévoit qu'en dérogation de la hiérarchie des créanciers, les *bail-in bonds* sont admis au même rang que les «autres créances» pour autant que les «autres créances» de même rang ne dépassent pas 5 % de la valeur nominale totale des *bail-in bonds* pouvant être pris en compte (voir ch. 13.1.4.6). Dans l'objectif de mettre sur pied une *clean holding*, on pourrait à cet égard inscrire dans la loi le fait que les «autres créances» ne doivent pas représenter plus de 5 % de la valeur nominale de la totalité des engagements de la banque. La subordination des *bail-in bonds* serait ainsi également garantie, c'est-à-dire que ces instruments absorberaient les pertes avant les «autres créances».

UBS Group SA remplirait aujourd'hui déjà une telle exigence de *clean holding*. Il n'existe aucune autre interdépendance financière avec des parties tierces. Des couvertures sont constituées via UBS SA. Les autres postes du passif ne sont pas pertinents.

Comme alternative à une exigence explicite, une *clean holding* pourrait aussi être garantie dans le cadre des mesures de liquidation. En particulier, le plan de liquidation proposé pour la banque mère (voir ch. 13.4.2) constituerait un instrument adéquat pour réduire les interdépendances internes du groupe et ainsi également garantir une *clean holding*.

14.4.3 **Système de séparation des activités bancaires**

Suite à l'acquisition de Credit Suisse par UBS, des motions exigeant un système de séparation des activités bancaires ont été déposées («Banques d'importance systémique. Séparer les activités bancaires» [motion 23.3478 du Groupe des Vert-e-s], «Plus aucune banque suisse trop grande pour faire faillite» [motion 23.3449 du conseiller aux États Marco Chiesa]).

Le système de séparation des activités bancaires vise à protéger les fonctions d'importance systémique (par ex. opérations de dépôt et de crédit) en séparant les activités

³⁰⁰ Communiqué du Board of Governors of the Federal Reserve System, *Federal Reserve Board adopts final rule to strengthen the ability of government authorities to resolve in orderly way largest domestic and foreign banks operating in the United States*, 15 décembre 2016.

³⁰¹ Banque d'Angleterre, *The Bank of England's approach to setting a minimum requirement for own funds and eligible liabilities (MREL)*, juin 2018.

risquées (principalement opérations de négoce et opérations sur titres)³⁰². Selon les propositions, la séparation au sein d'un groupe peut se faire au moyen de dispositions juridiques et opérationnelles, ou l'activité doit être externalisée hors du groupe.

Dans le cadre de leur plan d'urgence, les G-SIB suisses ont constitué des filiales helvétiques dans lesquelles elles ont externalisé leurs fonctions ayant une importance systémique. Un système de séparation des activités bancaires est donc déjà mis en œuvre dans une certaine mesure en Suisse, au sens d'une séparation juridique des activités au sein du groupe. Néanmoins, la gestion des fonctions d'importance systémique (dans les filiales suisses) et la banque d'investissement (dans la banque mère et les filiales étrangères) sont toujours assurées sous le même toit (groupe). Un véritable système de séparation des activités bancaires irait plus loin et exigerait une sortie complète des filiales helvétiques avec les fonctions d'importance systémique et de la banque d'investissement hors du groupe. Par ailleurs, l'étendue des activités de Credit Suisse (Suisse) SA allait bien au-delà des fonctions d'importance systémique, et c'est le cas également aujourd'hui d'UBS Switzerland AG³⁰³. Cela pourrait mettre en péril la mise en œuvre du plan d'urgence, car cette situation rend plus difficile une possible vente de ces entités du groupe en cas de liquidation.

Un système conséquent de séparation des activités bancaires avec la sortie des fonctions d'importance systémique hors du groupe constitue une forte ingérence dans le modèle d'affaires actuel de la banque. Un tel système pourrait certes mieux protéger les fonctions d'importance systémique contre les pertes encourues dans d'autres domaines et potentiellement faciliter une liquidation, puisque les interdépendances seraient réduites par rapport à la situation actuelle. Toutefois, exercer des activités dans différents secteurs permet une meilleure diversification et, partant, une réduction des risques.

Des questions essentielles de délimitation se posent en outre pour la mise en œuvre. En ce qui concerne en particulier les innovations dans certains domaines, il faut se demander si ces domaines font encore partie du cœur de métier ou s'ils doivent en être séparés. En outre, les pertes ne proviennent pas forcément toujours de la banque d'investissement. L'activité internationale de gestion de fortune ou de gestion des actifs peut elle aussi engendrer des pertes substantielles, des risques juridiques, etc.

La commission d'experts Siegenthaler³⁰⁴ est ainsi parvenue à la conclusion que des mesures structurelles d'envergure, comme un démantèlement des grandes banques, des restrictions directes concernant leur taille ainsi que le système de séparation des activités bancaires, sont disproportionnées et doivent être rejetées. Dans le même esprit, l'expertise Ammann et al. indique qu'un système de séparation des activités ban-

³⁰² Voir aussi AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 32.

³⁰³ UBS Switzerland AG comprend l'ensemble du personnel et les services bancaires aux entreprises (*corporate banking*), ainsi que l'activité de gestion de fortune comptabilisée en Suisse.

³⁰⁴ Commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, *rapport final*, 30 septembre 2010.

caires ne peut pas être le premier choix pour résoudre le problème du TBTF³⁰⁵. Le groupe d'experts «Stabilité des banques» tire la même conclusion³⁰⁶.

Une solution plus raisonnable consisterait à exiger que la filiale suisse se limite strictement aux fonctions d'importance systémique. En outre, comme dans le cas de la filiale américaine, on pourrait demander qu'une société de services propre lui soit rattachée (art. 61, al. 1, let. d, OB). Cela permettrait, en cas de crise, de garantir l'accès aux services et ressources nécessaires pour la poursuite des fonctions d'importance systémique indépendamment des autres parties de la banque.

14.4.4 Limitation de la taille

On peut s'attaquer à l'origine de la problématique du TBTF en limitant la taille des établissements financiers³⁰⁷, par l'intermédiaire de restrictions directes par exemple (limitation de leur part de marché ou de leur ratio bilan/PIB, ou également de leurs opérations hors bilan comme les dérivés). Ainsi, en cas de dépassement des valeurs seuils définies, la banque concernée devrait se scinder ou prendre d'autres mesures organisationnelles pour réduire sa taille. En cas de limitation de la taille, des limites strictes seraient imposées à la banque tant pour sa croissance interne que pour sa croissance externe au travers d'acquisitions. Une autre possibilité serait de créer des incitations indirectes pour réduire la taille de l'établissement, par exemple par un renforcement de la progression (voir ch. 7.5.3) appliquée pour les exigences de fonds propres TBTF pour les grandes banques.

Dans le cadre des discussions portant sur la limitation de la taille, il faut tenir compte des avantages que la taille apporte, que ce soit les avantages liés à la taille (économies d'échelle ou *economies of scale*) ou ceux liés au réseau (économies d'envergure ou *economies of scope*). Il est possible de gagner en efficacité grâce aux économies d'échelle obtenues en développant les plateformes informatiques, moyennant des coûts supplémentaires modérés. Toutefois, du fait de leur orientation internationale et du niveau salarial aux États-Unis, les grandes banques présentent une structure de coûts plus importante pour la banque d'investissement et la gestion de fortune américaine. Pour les grandes banques suisses, il semble n'y avoir aucune preuve empirique d'effets d'échelle (à savoir du fait que des volumes plus importants peuvent être produits à des coûts moyens plus faibles)³⁰⁸. Outre des économies d'échelle, les grandes banques pourraient également réaliser des économies d'envergure. Du côté des banques, on argue que l'offre de gestion de fortune et de banque d'investissement (négoce de valeurs mobilières et activité d'émission) sous un même toit apporte des avantages afin de répondre aux besoins de clients exigeants.

³⁰⁵ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 34.

³⁰⁶ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023.

³⁰⁷ BNS, *Rapport sur la stabilité financière 2009*, août 2009, p. 10.

³⁰⁸ BLATTER et FUSTER, *Scale effects on efficiency and profitability in the Swiss banking sector*, *Swiss Journal of Economics and Statistics* 158, n° 12, 9 mai 2022.

Limiter la taille des établissements permettrait de résoudre facilement le problème du TBTF et, ainsi, de réduire largement les risques pour la Confédération et les contribuables, en particulier compte tenu du fait qu'il n'existe selon les connaissances actuelles aucune preuve empirique d'effets d'échelle. Cependant, cela empêcherait la réalisation d'économies d'envergure pour les gros clients, pour autant que les services concernés ne puissent pas être fournis par de plus petites banques. Par ailleurs, la mesure constituerait une atteinte notable à la liberté économique. De plus, ce n'est pas la taille de la banque en soit qui est déterminante, mais le risque que celle-ci prend.

14.4.5 Scission

Une autre possibilité pour réduire la taille de la banque serait de la scinder en plus petites entités. Dans ce cas, l'établissement serait contraint de céder certains de ses secteurs d'activité. On pourrait envisager de vendre la banque d'investissement à une banque étrangère ou des parties de l'activité suisse à des banques nationales. Concrètement, UBS pourrait être obligée de vendre Credit Suisse (Suisse) SA au lieu de l'intégrer. Une scission de la banque devrait être combinée avec un système de séparation des activités bancaires ou une limitation de la part de marché. Il faudrait en outre empêcher toutes les relations d'affaires essentielles afin d'éviter qu'un partenaire d'affaires important ait de facto un devoir d'assistance. Dans le cas contraire, la banque pourrait contourner les répercussions de la scission grâce à sa croissance interne ou à des acquisitions.

Une scission d'UBS atténuerait le problème du TBTF, sans toutefois le résoudre, sauf si les exigences en la matière allaient très loin. Le détachement de l'ancienne Credit Suisse (Suisse) SA permettrait uniquement de retrouver la situation d'avant l'acquisition de Credit Suisse par UBS. UBS resterait une G-SIB. Il en irait de même en cas de détachement de la banque d'investissement.

14.4.6 Bilan et train de mesures proposé dans le domaine des mesures structurelles

Le problème du TBTF peut effectivement être traité au moyen de mesures structurelles (par ex. limitation de la taille des banques). Ces mesures sont toutefois peu ciblées, étant donné que leur application ne se cantonne pas au cœur du problème. Par exemple, la taille d'une banque ne constitue pas à elle seule un problème dans une perspective TBTF: d'autres facteurs entrent en jeu, tels que la propension au risque, les interdépendances avec d'autres établissements, etc. Les limitations structurelles du modèle d'affaires (par ex. introduction d'un système de séparation des activités bancaires, détachement de secteurs d'activité, etc.) ne visent pas directement les interdépendances financières et structurelles au sein de la banque, qui sont susceptibles de mettre en péril sa capacité de liquidation et constituent donc le véritable problème.

Un autre aspect négatif des mesures structurelles est qu'elles portent fortement atteinte à la liberté économique, puisque l'État limite les modèles d'affaires possibles. Les

mesures structurelles engendrent des coûts élevés en restreignant les possibilités d’opérer pour des modèles d’affaires efficaces.

Le présent chapitre a montré que les mêmes objectifs pouvaient être atteints par des mesures plus efficaces et plus proportionnées. Des mesures adaptées à cet effet sont par exemple le relèvement de la couverture par des fonds propres des participations étrangères (voir ch. 7.5.1) ou l’inscription dans la loi d’un plan de liquidation pour les banques mères (voir ch. 13.4.2). De cette manière, la capacité de liquidation peut être considérablement améliorée sans mesures structurelles draconiennes.

Si l’on n’obtient pas le résultat escompté, des mesures structurelles pourraient aussi être appliquées de manière subsidiaire, en ce sens que la FINMA ne pourrait par exemple les ordonner que si le plan de liquidation devant être établi pour la banque mère ne suffit pas. On pourrait envisager dans ce cas, par exemple, d’exiger la séparation de la banque d’investissement du reste du groupe. Il incombe au premier chef à la banque de s’organiser afin d’assurer la capacité de liquidation, par exemple en réduisant par les interdépendances opérationnelles et financières et en adaptant la dotation en capital et en liquidités. Cette approche correspond au principe de subsidiarité et repose sur l’idée que des exigences fonctionnelles seraient bien moins contraignantes pour les banques concernées que des exigences matérielles.

Par conséquent, le Conseil fédéral ne propose pas de mesures structurelles directes.

15 Gouvernance d’entreprise

15.1 Introduction

Le cas de Credit Suisse et d’autres incidents de notoriété publique ont montré que des lacunes dans la gouvernance d’entreprise (c.-à-d. la bonne gestion) des établissements financiers peuvent engendrer de graves conséquences³⁰⁹. Les questions liées à cette gouvernance sont donc essentielles non seulement pour les établissements financiers et leurs propriétaires, mais également pour les autorités de surveillance des marchés financiers.

Bien avant les événements relatifs à Credit Suisse en 2023, la FINMA avait inscrit la gouvernance d’entreprise parmi ses axes prioritaires dans son rapport annuel 2019³¹⁰. Le 18 novembre 2020, le Conseil fédéral a approuvé les objectifs stratégiques de la FINMA pour la période 2021–2024, le troisième objectif portant sur l’encouragement d’une gouvernance d’entreprise responsable dans les établissements financiers³¹¹. De-

³⁰⁹ En ce qui concerne Credit Suisse par exemple, la FINMA a identifié des lacunes dans la gestion des risques et l’organisation de l’entreprise en relation avec les cas Greensill et Archegos (voir communiqués de la FINMA, La FINMA clôt la procédure «Greensill» à l’encontre de Credit Suisse, 28 février 2023, et La FINMA clôt la procédure «Archegos» à l’encontre de Credit Suisse, 24 juillet 2023).

³¹⁰ FINMA, rapport annuel 2019, 2 avril 2020.

³¹¹ Communiqué de la FINMA, *La FINMA publie ses objectifs stratégiques pour la période 2021–2024*, 18 novembre 2020.

puis, la FINMA informe régulièrement dans ses rapports annuels sur son activité de surveillance en lien avec la gouvernance d'entreprise³¹².

La responsabilité suprême de la gouvernance d'entreprise des établissements financiers incombe aux organes chargés de la haute direction, de la surveillance et du contrôle et aux organes de gestion³¹³. Les membres de la direction suprême d'un établissement financier assument donc une responsabilité particulière dans la culture et la gouvernance d'entreprise. Les actes ou les omissions des cadres du marché financier (par ex. pour corriger des lacunes dans l'organisation) peuvent occasionner des dommages importants à l'établissement financier, à la place financière suisse, ou à l'économie. Cela vaut en particulier pour les banques d'importance systémique.

Le présent chapitre analyse le cadre juridique en vigueur pour la gouvernance d'entreprise des banques. Il expose les adaptations envisageables de la réglementation en vigueur et leurs effets directs sur la gouvernance d'entreprise. L'analyse répond également aux questions soulevées par le postulat 21.3893 «Responsabiliser davantage les cadres supérieurs des marchés financiers avec des outils allégés» et montre les adaptations des outils de la FINMA qui seraient nécessaires pour inciter les plus hauts cadres des établissements financiers à endosser une plus grande responsabilité personnelle et pour attribuer les responsabilités individuelles dans les organes de direction.

Les dispositions de la législation suisse en vigueur relatives à la responsabilité des dirigeants sont exposées sous la forme d'une digression au ch. 15.2.5.

Le thème de la gouvernance d'entreprise étant très vaste, l'analyse aborde séparément les trois domaines particulièrement pertinents dans le contexte de la crise de Credit Suisse, dans la perspective d'un renforcement du dispositif TBTF et eu égard aux interventions parlementaires déposées en la matière³¹⁴. Les domaines traités sont les suivants:

- gouvernance d'entreprise en général;
- responsabilité individuelle;
- rémunérations.

L'analyse et l'examen des instruments de la FINMA en matière de gouvernance d'entreprise sont particulièrement pertinents pour les SIB. Cependant, les mesures éventuelles peuvent en principe aussi concerner d'autres banques et établissements finan-

³¹² FINMA, rapport annuel 2020 (25 mars 2021), rapport annuel 2021 (5 avril 2022) et rapport annuel 2022 (27 mars 2023).

³¹³ Les organes des établissements financiers sont désignés de manière hétérogène dans les différentes lois régissant les marchés financiers. La LB et la LSA, par ex., opèrent une distinction entre les organes de gestion et ceux qui sont chargés de la haute direction, de la surveillance et du contrôle. Dans le présent rapport, les expressions «organe de haute direction» et «organe de gestion» sont employées comme synonymes respectifs de «conseil d'administration» et de «direction» qui, au sens strict, désignent uniquement des organes des sociétés anonymes, mais sont couramment utilisées.

³¹⁴ Le ch. 16 traite des instruments de surveillance tels que la compétence de la FINMA de prononcer des amendes ou une information accrue du public par la FINMA qui peuvent également avoir un impact sur la gouvernance d'entreprise d'un établissement.

ciers, dans la mesure où cela se justifie en raison des risques existants ou pour des questions d'égalité de traitement.

15.2 Exigences en matière de gouvernance d'entreprise dans le droit des marchés financiers

15.2.1 Contexte

15.2.1.1 Objectif des exigences en matière de gouvernance d'entreprise

Les exigences relatives à la gouvernance d'entreprise des établissements financiers visent à ce que les assujettis élaborent, conservent et développent des principes et des structures garantissant une gestion et un contrôle appropriés de leur activité par les organes. Contrairement au droit de la société anonyme (voir ch. 15.2.5), celui des marchés financiers exige en général une séparation des fonctions et du personnel exerçant le contrôle stratégique, d'une part, et la gestion opérationnelle, d'autre part, c'est-à-dire un système dual, indépendamment de la forme juridique.

Par conséquent, le conseil d'administration ou l'organe chargé de la haute direction des établissements financiers assume notamment la responsabilité suprême de l'organisation et, partant, de la structure fondamentale de la gestion des risques et du contrôle interne, tandis que la gestion opérationnelle des risques et la structure du système de contrôle interne, entre autres, relèvent de la responsabilité de l'organe de gestion. La gestion des risques et le contrôle interne sont les principaux piliers de la gouvernance d'entreprise des établissements financiers. Leur structure et la culture selon laquelle ils sont implémentés à tous les niveaux hiérarchiques sont déterminantes pour répondre aux exigences prudentielles (en particulier aux conditions d'autorisation).

15.2.1.2 Normes en vigueur sur la gouvernance d'entreprise

Le droit suisse des marchés financiers n'a pas de norme générale en matière de gouvernance d'entreprise. Plusieurs actes relatifs aux marchés financiers comprennent cependant des dispositions qui réglementent certains aspects de cette gouvernance. Les prescriptions les plus récentes et les plus détaillées figurent dans la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin)³¹⁵ et la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin)³¹⁶, ainsi que dans leurs dispositions d'exécution. En revanche, les dispositions de la LB et de l'OB font partie des plus anciennes et sont ancrées à des niveaux normatifs différents. Par exemple, les maisons de titres, qui sont assujetties à la LEFin, sont soumises à des règles différentes et plus détaillées que les SIB, qui relèvent de la LB.

La LEFin fixe les exigences minimales applicables à l'organisation des établissements financiers (art. 9, al. 1, LEFin), oblige ceux-ci à mettre en place une gestion et un

³¹⁵ RS 950.1

³¹⁶ RS 954.1

contrôle des risques (al. 2) et donne au Conseil fédéral la compétence de fixer par voie d'ordonnance des exigences organisationnelles plus étendues. En revanche, les exigences relatives à la gestion des risques des banques sont réglementées non pas dans une loi, mais dans une ordonnance (art. 12, al. 2, OB). Celles des entreprises d'assurance figurent quant à elles aussi dans une loi (art. 22 LSA).

15.2.1.3 Rôle de la surveillance en matière de gouvernance d'entreprise

Il incombe en premier lieu aux établissements de se doter d'une gouvernance d'entreprise adaptée à leur activité, tout en respectant les exigences légales en vigueur. Le rôle du conseil d'administration et, en particulier, de sa présidence est primordial dans la mise en œuvre et le respect d'une stratégie axée sur la réussite de l'entreprise et d'une gouvernance d'entreprise correspondante.

Le monitoring de cette gouvernance est une tâche importante de la surveillance, notamment dans le cadre du processus d'autorisation. Il vise, par exemple, à évaluer si la composition du conseil d'administration est appropriée, si ses membres ont les connaissances spécialisées requises, si le conseil d'administration peut contrôler la direction de manière adéquate, surveiller le profil de risque de l'établissement et piloter la stratégie, si le système de rémunération fixe des incitations adaptées et si le contrôle des risques et la révision interne sont indépendants et dotés des compétences nécessaires. Lorsque la surveillance arrive à la conclusion qu'il existe des manquements dans ce domaine, elle doit prendre et imposer les mesures nécessaires auprès des assujettis³¹⁷.

15.2.1.4 Circulaire de la FINMA

La circulaire de la FINMA «Gouvernance d'entreprise – banques» (Circ.-FINMA 2017/1) codifie sa pratique en matière de gouvernance d'entreprise au sens de la LB³¹⁸. Elle présente les principales tâches et responsabilités de l'organe de haute direction, de la direction, du système de contrôle interne et de la révision interne, mais ne fournit aucune précision pour les titulaires individuels des fonctions. La branche³¹⁹ et parfois les milieux scientifiques³²⁰ critiquent régulièrement cette circulaire, tout comme celle applicable aux assureurs (Circ.-FINMA 2017/2), arguant par exemple

³¹⁷ CBCB, *Report on the 2023 banking turmoil*, octobre 2023, p. 19.

³¹⁸ Art. 3, al. 2, let. a et c, et. 3b à 3f, 4^{quinquies} et 6 LB.

³¹⁹ FINMA, *Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative aux projets de circulaires, qui a eu lieu du 1er mars 2016 au 13 avril 2016*, 22 septembre 2016, p. 6; FINMA, *Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition concernant plusieurs circulaires relatives à la surveillance des assurances, qui a eu lieu du 31 mai au 12 juillet 2016*, 7 décembre 2016, pp. 22 à 24; NAGEL, *Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes (GwG), Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht*, Diss. Berne 2019, Zurich, 2020, Cm. 82.

³²⁰ KUNZ, *FINMA-Regulierung(en): Macht des Faktischen versus Rechtsstaatlichkeit*, Jusletter, 7 mai 2018, pp. 38 et 39.

qu'elle transférerait dans le droit de la surveillance des dispositions du droit de la société anonyme, voire comporterait des prescriptions contraires à ce dernier (par ex. principes directeurs concernant la culture d'entreprise, composition de l'organe de haute direction, obligation d'évaluation, principes de la gestion du mandat, nombre de membres du conseil d'administration ou dispositions sur l'indépendance) et ne reposerait pas sur des bases légales suffisantes.

15.2.2 Comparaison internationale

Au niveau international, des organes de normalisation tels que le CSF ou le CBCB ont édicté des directives et des principes sur la façon de renforcer la gouvernance d'entreprise et de prévenir les comportements inappropriés des établissements et des personnes physiques. Certains régulateurs ont également publié des dispositions, des recommandations ou des directives sur cette gouvernance, comme indiqué ci-après.

15.2.2.1 CSF

En 2018, le Conseil de stabilité financière (CSF) a publié le guide *Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk*³²¹, qui est destiné aux entreprises et aux autorités de surveillance. En plus des amendes et des sanctions généralement prononcées à l'encontre d'un établissement financier et non de personnes physiques, le CSF estime judicieux de prévenir *ex ante* les comportements inappropriés en renforçant les directives sur la gouvernance d'entreprise.

En l'espèce, il souligne l'importance de la culture d'entreprise. Les cadres supérieurs devraient initier un changement d'attitude et de comportement. Le CSF confie à l'autorité de surveillance le soin de contrôler les facteurs correspondants de la gouvernance d'entreprise. De plus, les entreprises devraient renforcer la responsabilité individuelle (*individual responsibility and accountability*), l'autorité de surveillance étant là aussi chargée de vérifier ce point.

Par ailleurs, le CSF souhaiterait éviter que les personnes fautives puissent réitérer leur comportement inapproprié dans une autre entreprise ou un autre service de la même société (*rolling bad apples*), ce qui implique un examen approfondi (*fit & proper*) tant par l'entreprise que par l'autorité de surveillance avant l'embauche, puis pendant les rapports de travail.

Au demeurant, le CSF estime que les principes de gouvernance d'entreprise de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)³²² sont essentiels pour des systèmes financiers solides³²³.

³²¹ CSF, *Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk: A Toolkit for Firms and Supervisors*, 20 avril 2018.

³²² OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, 11 septembre 2023.

³²³ CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014.

15.2.2.2 Comité de Bâle sur le contrôle bancaire

En 2015, le CBCB a publié des principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques³²⁴. Il estime qu'une gouvernance efficace est essentielle au bon fonctionnement du secteur bancaire et de l'économie dans son ensemble. Les points faibles de cette gouvernance, en particulier dans les SIB, peuvent mettre en péril la stabilité financière. Les principes énoncés dans le document du CBCB s'adressent en premier lieu au conseil d'administration des banques, qui assume la responsabilité suprême de la gouvernance d'entreprise, de la culture du risque et de la culture d'entreprise. De plus, le CBCB confère un rôle central à la gestion des risques et à la révision interne et souligne notamment l'importance de rémunérations qui encouragent la gouvernance et la gestion des risques. Enfin, il considère que les autorités de surveillance devraient observer la gouvernance des banques et la corriger si nécessaire.

15.2.2.3 Royaume-Uni

Dans un document applicable aux établissements qui lui sont assujettis, l'autorité de réglementation prudentielle (PRA) énumère les responsabilités de l'organe de haute direction qui, en relation avec la gouvernance d'entreprise, revêtent pour elle une importance particulière³²⁵. Cet organe est notamment responsable de la «culture» de prise de conscience du risque et d'un comportement éthique dans l'ensemble de l'entreprise. La PRA met ainsi en évidence le lien entre le *tone from the top* et la culture d'entreprise.

Il convient également de souligner l'initiative «Women in Finance Charter», lancée en 2016 par le ministère des finances britannique (Trésor de Sa Majesté)³²⁶. En signant volontairement la charte, les établissements financiers s'engagent à veiller à une répartition équilibrée des sexes à tous leurs échelons hiérarchiques, dans le but de promouvoir la culture d'entreprise. Par ailleurs, l'autorité de régulation du secteur financier (*Financial Conduct Authority* [FCA]) et la PRA ont consulté le secteur financier en 2023 sur un projet de réglementation consacré à la diversité et à l'inclusion³²⁷. Ces autorités partent du principe que la diversité des équipes et leur inclusion dans les processus internes ont une influence positive sur la gestion d'entreprise.

³²⁴ Banque des règlements internationaux, *Principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques*, 8 juillet 2015.

³²⁵ Banque d'Angleterre, *Corporate governance: Board responsibilities*, Supervisory Statement 5/16, 31 mars 2016.

³²⁶ HM Treasury & Baroness PENN, *Women in Finance Charter*, 22 mars 2016.

³²⁷ FCA, *The FCA and PRA propose measures to boost diversity and inclusion in financial services*, 25 septembre 2023.

15.2.2.4 UE

L'Autorité bancaire européenne (ABE) a édicté des directives contraignantes sur la gouvernance interne³²⁸, qui s'appliquent en principe à tous les établissements soumis à la directive européenne sur les fonds propres. Après la crise financière de 2007–2008, l'UE a admis qu'une gouvernance d'entreprise claire est essentielle à la réussite des établissements, à un comportement individuel approprié et au bon fonctionnement du système bancaire dans son ensemble. Elle souligne en particulier l'importance de compétences précises des organes de direction, de leur surveillance et de l'existence d'une culture du risque.

15.2.3 Évaluation

En Suisse, les exigences du droit des marchés financiers relatives à la gouvernance d'entreprise des établissements financiers sont définies de manière hétérogène dans différents actes, en fonction du secteur financier. Vu l'importance de la gouvernance d'entreprise notamment dans le cas des SIB, le Conseil fédéral considère qu'il faut renforcer les bases légales des circulaires de la FINMA et leur contenu, en tenant compte des normes internationales. La réglementation de ces exigences doit donc être précisée pour soutenir l'activité de surveillance de la FINMA.

Dans son rapport sur les enseignements tirés de la crise qui a emporté Credit Suisse, la FINMA indique avoir constaté des manquements dans la gouvernance d'entreprise générale de Credit Suisse au cours des années ayant précédé la crise: les responsabilités n'étaient pas clairement définies et il n'était souvent pas nécessaire de rendre des comptes à la direction. Elle relève que la culture de conduite déficiente et, depuis des années, l'absence de fermeté dans le message donné par les dirigeants (*tone from the top*) se sont traduites par une culture du risque erronée, qui présentait également des lacunes en matière de conflits d'intérêts et un manque de transparence vis-à-vis de la FINMA.

Elle ajoute, qu'au fil des ans, les organes de Credit Suisse n'ont pas réussi à corriger durablement les irrégularités maintes fois constatées par la FINMA dans l'organisation de la banque et communiquées à cette dernière. On peut supposer que des exigences de gouvernance d'entreprise plus concrètes, qui fixent également les fondements de la surveillance, auraient aidé la FINMA dans son activité et son impact dans le cas de Credit Suisse.

15.2.4 Mesure envisageable

Une mesure envisageable consiste à renforcer les normes concernant les exigences de gouvernance d'entreprise et à les inscrire dans la loi.

³²⁸ Communiqué de l'ABE, *EBA publishes its final Guidelines on internal governance*, 2 juillet 2021.

Le cas échéant, la pratique prudentielle en vigueur de la FINMA (qui figure dans les deux circulaires susmentionnées) devra être transférée ponctuellement à des niveaux normatifs supérieurs.

Ces modifications conféreront aux exigences de gouvernance d'entreprise des banques un cadre normatif moderne qui définit ces dernières à l'échelon approprié en tenant compte des normes internationales et clarifie la surveillance correspondante.

Des règles plus précises seraient envisageables dans les domaines suivants, notamment: exigences d'indépendance des membres de l'organe de haute direction, responsabilités pour établir une culture d'entreprise durable, devoirs d'information du conseil d'administration (par ex. sur les principaux risques au sein de l'entreprise), responsabilité des fonctions de contrôle vis-à-vis de l'organe de gestion et de l'organe de haute direction, nomination d'un membre de la direction au conseil d'administration, rôle de la présidence du conseil d'administration, connaissances spécialisées et relatives à la Suisse suffisantes au sein du conseil d'administration.

15.2.5 Digression: responsabilité des organes de direction dans la législation suisse en vigueur

15.2.5.1 Introduction

Cette digression expose les dispositions en vigueur sur la responsabilité des dirigeants dans les différents domaines du droit suisse. Les commentaires ci-après concernent divers sujets abordés dans des interventions parlementaires³²⁹, qui demandent notamment «un état des lieux de la situation juridique afin de clarifier les éventuelles responsabilités des anciens organes de direction et des organes de direction actuels de Credit Suisse».

L'évaluation des responsabilités concrètes dans le cas de Credit Suisse incombe aux autorités de surveillance et aux tribunaux compétents. Le présent chiffre expose toutefois de manière abstraite les bases des responsabilités éventuelles au sens de l'état des lieux souhaité, sans vérifier si elles s'appliquent à un cas particulier.

15.2.5.2 Droit de la société anonyme

Les fondements juridiques de la gouvernance d'entreprise et, partant, des responsabilités des organes de haute direction et de gestion ainsi que de leurs compétences en matière de surveillance, de contrôle et de compliance de la gestion figurent dans le droit des sociétés, et plus précisément dans celui de la société anonyme. Ils s'adressent de manière générale aux sociétés de capitaux, et pas spécifiquement aux établissements financiers. L'amélioration de la gouvernance d'entreprise était l'un des principaux objectifs de la réforme du droit de la société anonyme qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023³³⁰.

³²⁹ Postulats 23.3439, 23.3441 (let. f du texte déposé) et 23.3442 (let. f du texte déposé).

³³⁰ FF 2017 353

Conformément à l'art. 717, al. 1, du code des obligations (CO)³³¹, les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, doivent exercer leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veiller fidèlement aux intérêts de la société. Ce devoir de diligence inscrit dans la loi exige des membres du conseil d'administration qu'ils agissent dans l'intérêt de l'entreprise. Leur comportement est assimilé à celui que l'on peut raisonnablement attendre d'une personne abstraite agissant de manière ordinaire dans une situation comparable.

Cette diligence est évaluée à l'aune du droit, du niveau de connaissances et des critères en vigueur au moment de l'action ou de l'omission en question. Pour apprécier une violation du devoir de diligence, il faut considérer la situation *ex ante*. Le Tribunal fédéral et la doctrine dominante admettent que les tribunaux doivent faire preuve de retenue lorsqu'ils évaluent *a posteriori* des décisions commerciales prises dans le cadre d'un processus décisionnel irréprochable, basé sur des informations appropriées et exempt de tout conflit d'intérêts (*business judgement rule*)³³².

La structure organisationnelle d'une société anonyme est clairement définie, puisque certaines compétences intransmissibles sont attribuées à l'assemblée générale et au conseil d'administration. Ainsi, en tant que pouvoir suprême de la société, l'assemblée générale des actionnaires a notamment le droit intransmissible d'adopter et de modifier les statuts, de nommer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision, d'approuver le rapport annuel et les comptes consolidés et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan³³³. Le conseil d'administration est compétent pour toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts³³⁴.

De plus, il a toute une série d'attributions intransmissibles et inaliénables, dont la responsabilité suprême de l'organisation et des finances et la surveillance des personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données³³⁵. Pour les sociétés cotées en bourse, l'établissement du rapport de rémunération relève également du domaine de compétence du conseil d'administration³³⁶. Celui-ci est en principe chargé de la gestion, à moins qu'il ne l'ait déléguée à un autre organe de direction dans le cadre d'un règlement d'organisation, sous réserve des tâches de gestion intransmissibles et inaliénables³³⁷.

Il convient de noter que dans ses dispositions finales, le CO prévoit explicitement une réserve générale en faveur de la LB. Le droit des marchés financiers exige en général une structure organisationnelle duale, tandis que le CO admettrait une centralisation auprès du seul conseil d'administration. Même dans une organisation duale au sens du droit des marchés financiers, les dispositions générales du droit de la société anonyme s'appliquent en principe aux établissements financiers organisés en sociétés anonymes.

³³¹ RS 220

³³² ATF 139 III 24, consid. 3.2, avec références.

³³³ Art. 698 CO.

³³⁴ Art. 716, al. 1, CO.

³³⁵ Art. 716a, al. 1, CO.

³³⁶ Art. 716a, al. 1, ch. 8, CO.

³³⁷ Art. 716, al. 2, et 716b CO.

Les dispositions mentionnées du droit de la société anonyme sur la gouvernance d'entreprise sont complétées par des maximes générales. Enfin, les devoirs de diligence et de fidélité du conseil d'administration et de la direction qui sont visés à l'art. 717, al. 1, CO englobent également l'obligation de mettre en œuvre les principes d'une gouvernance d'entreprise moderne adaptée à la situation concrète³³⁸.

L'exécution lacunaire des tâches confiées peut être sanctionnée en vertu du droit de la société anonyme, notamment au titre de la responsabilité des organes³³⁹. Lorsque le conseil d'administration ou la direction n'honore pas ou n'honore que partiellement ses obligations et que la société ou des tiers subissent de ce fait un dommage, ses membres en répondent personnellement selon l'art. 754 CO, dans la mesure où il existe un lien de causalité entre le dommage et le manquement aux devoirs et où le dommage découle d'une faute des membres du conseil d'administration ou de la direction. Par exemple, une organisation défaillante ou lacunaire de l'entreprise qui se traduit par une gestion négligente peut représenter un manquement aux devoirs dans ce contexte. Outre la société, chaque actionnaire a le droit d'intenter action pour le dommage causé à celle-ci (art. 756, al. 1, CO). Les actionnaires ne peuvent agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société³⁴⁰.

Selon le droit actuel, les personnes qui ne sont ni actionnaires ni créanciers ne sont pas habilitées à intenter une action en responsabilité dans le domaine du droit des sociétés anonymes contre les membres d'un organe. Dans le cas de Credit Suisse, la Confédération ne peut, dès lors, pas ouvrir une action en responsabilité contre les membres du conseil d'administration ou de la direction de la banque. Même si elle avait cette possibilité, on peut imaginer que des raisons économiques s'opposeraient à ce qu'elle intente une telle action et encoure des risques de procédure de plusieurs années. L'expérience montre que la probabilité de succès d'une action en responsabilité déposée en dehors d'une faillite est inférieure à 50 % dans la plupart des cas et que les procédures peuvent s'étaler sur plusieurs années et concerner plusieurs instances. Même les investisseurs professionnels et institutionnels ne devraient recourir à ce genre d'action qu'à titre exceptionnel.

En principe, une action en responsabilité est exclue lorsque la société a donné décharge par décision de l'assemblée générale. Toutefois, selon l'art. 758, al. 1, CO, la décharge donnée par l'assemblée générale est opposable uniquement pour les faits révélés et seulement à la société et à l'actionnaire qui a adhéré à la décharge ou qui a acquis les actions postérieurement en connaissance de celle-ci. Conformément à l'art. 758, al. 2, CO, le droit des autres actionnaires d'intenter action s'éteint 12 mois après la décharge.

³³⁸ BÜHLER, *Corporate Governance und ihre Regulierung in der Schweiz*, ZGR 41/2012, p. 231.

³³⁹ Des carences dans l'organisation de la société peuvent également avoir d'autres conséquences en droit privé, voir art. 731b, al. 1^{bis}, CO.

³⁴⁰ Conformément à l'art. 757, al. 2, CO, une possibilité analogue d'intenter action existe en cas de faillite, à certaines conditions, y compris pour les créanciers sociaux.

15.2.5.3 Droit pénal

Les carences dans l'organisation des entreprises peuvent également avoir des conséquences pénales. Par exemple, la responsabilité pénale des membres du conseil d'administration peut être engagée lorsqu'ils commettent une infraction (principe de l'auteur d'une infraction)³⁴¹. En outre, une personne physique peut être punie en tant qu'organe de la société pour des infractions commises dans le cadre des activités de cette dernière, lorsqu'elle agit comme «dirigeant suprême» et n'a rien entrepris contre ces infractions alors qu'elle en avait connaissance (responsabilité de l'employeur; voir art. 11 du code pénal [CP]³⁴² et 6, al. 2, de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif [DPA]³⁴³³⁴⁴. Le cas échéant, le chef d'entreprise commet une infraction par omission, parallèlement à l'infraction formelle d'un subordonné, d'un mandataire ou d'un représentant³⁴⁵. Tout comme la personne assujettie à ses instructions, un supérieur hiérarchique passif est punissable selon les mêmes dispositions pénales³⁴⁶. Dans ce contexte, le terme «chef d'entreprise» englobe notamment les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ainsi que la direction nommée par ce dernier et les organes de fait³⁴⁷.

Compte tenu des dispositions de l'art. 29 CP sur la responsabilité des organes et des représentants, qui s'appliquent à tous les délits propres figurant dans le CP et, en vertu de l'art. 333, al. 1, CP, également à l'ensemble du droit pénal accessoire fédéral, les organes, leurs membres, les associés, les collaborateurs disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont ils sont chargés dans l'entreprise et les «dirigeants effectifs» ne peuvent pas se soustraire à leur responsabilité pénale en arguant que le caractère distinctif requis de l'infraction est uniquement imputable à la société. Cela est particulièrement important pour les infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes qui sont liées à la qualité de débiteur de l'auteur (voir par ex. art. 163, ch. 1, 164, ch. 1, et ch. al. 1, CP)³⁴⁸.

En principe, toutes les infractions figurant dans le CP et le droit pénal accessoire (en particulier le droit pénal administratif fédéral) peuvent être commises par les personnes physiques mentionnées, notamment les membres du conseil d'administration³⁴⁹.

³⁴¹ En droit pénal administratif, le principe de l'auteur d'une infraction est inscrit à l'art. 6, al. 1, de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA). Cette disposition se contente toutefois d'énoncer ce qui s'applique de toute façon en vertu des principes généraux du droit pénal (voir EICKER, § 12 *Wirtschaftsstrafrecht im Lichte allgemeinen Verwaltungsrechts*, in: ACKERMANN [éd.], *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, 2^e édition, 2021, pp. 291 ss, p. 296, note de bas de page 32).

³⁴² RS 311.0

³⁴³ RS 313.0

³⁴⁴ ATF 96 IV 155, consid. II.4b, p. 176; NIGGLI et MAEDER, § 8 *Unternehmensstrafrecht*, in: ACKERMANN (éd.), op. cit., pp. 195 ss, p. 201 n^{os} 11 et 13.

³⁴⁵ HAURI, *Verwaltungsstrafrecht*, Berne, 1998, art. 6, n^o 7.

³⁴⁶ EICKER et al., *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, Berne, 2012, pp. 51 s.; globalement, voir arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2016.3 du 12 octobre 2017, consid. 5.1.1.2.

³⁴⁷ ACKERMANN, § 4 *Tatbestandsmässigkeit*, in: ACKERMANN (éd.), op. cit., pp. 107 ss, p. 145 n^o 93.

³⁴⁸ ACKERMANN, op. cit., pp. 107 ss, p. 123 n^o 41.

³⁴⁹ Voir également MEIER-GUBSER, *Der Treuhänder als Verwaltungsrat*, TREX 4/17, ch. 5.2.

Peuvent être pertinentes en relation avec des manquements dans la gouvernance d'entreprise notamment les infractions contre le patrimoine (voir art. 137 ss CP), comme l'abus de confiance (art. 138 CP) et la gestion déloyale (art. 158 CP). Une escroquerie (art. 146 CP) est également envisageable, par exemple lorsqu'une personne est devenue membre du conseil d'administration – sans disposer des connaissances spécialisées requises à cet effet – en induisant astucieusement en erreur pour s'enrichir à ce poste³⁵⁰. Des manquements dans la gouvernance d'entreprise peuvent également se traduire par des infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes (voir art. 163 ss CP), telles qu'une diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (art. 164 CP) ou une gestion fautive (art. 165 CP).

Il convient de souligner que le Tribunal fédéral reconnaît également une négligence coupable dans l'exercice d'une profession au sens de l'infraction de gestion fautive lorsque la direction d'une entreprise enfreint les dispositions légales, en particulier lorsqu'elle ne prend pas soin d'établir des comptes ou lorsque l'obligation du conseil d'administration d'une société anonyme d'informer le tribunal en cas de surendettement n'est pas respectée³⁵¹. Au demeurant, il va de soi que des manquements dans la gouvernance d'entreprise peuvent constituer un terreau fertile pour des infractions relevant du droit pénal comptable (par ex. violation de l'obligation de tenir une comptabilité selon l'art. 166 CP et inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité selon l'art. 325 CP) et pour d'autres infractions (du droit pénal général).

Selon l'art. 154, al. 1, CP (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023), peut être puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire quiconque, en tant que membre du conseil d'administration ou de la direction d'une société dont les actions sont cotées en bourse, octroie ou reçoit une indemnité dont le versement est interdit en vertu de l'art. 735c, ch. 1, 5 et 6, CO.

Le droit pénal relatif aux marchés financiers comprend plusieurs infractions pénales (administratives) et s'assure ainsi (notamment) que la FINMA puisse veiller dans le cadre de sa surveillance courante au respect des exigences concernant une gouvernance d'entreprise appropriée et la garantie d'une activité irréprochable des organes. Sont déterminantes en l'espèce les infractions pénales figurant dans la loi sur la surveillance de marchés financiers (LFINMA), qui est la loi-cadre des autres lois régissant les marchés financiers³⁵²:

- Ainsi, en vertu de l'art. 45, al. 1, LFINMA, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement, donne de fausses informations à la FINMA, à une société d'audit, à un organisme d'autorégulation ou à une personne mandatée. Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus (art. 45, al. 2, LFINMA). La norme pénale inscrite dans cet article vise principalement à protéger le bon déroulement de l'activité de surveillance. En l'espèce, le principe d'exhaustivité s'applique et il faut fournir à l'autorité, entre autres,

³⁵⁰ VEST, § 13 *Allgemeine Vermögensdelikte*, in: ACKERMANN (éd.), op. cit., pp. 313 ss, p. 408 n° 378.

³⁵¹ Voir ATF 6B_1047/2015 du 28 avril 2016, consid. 4.3.

³⁵² Voir MAEDER, § 18 *Rechnungslegungsstrafrecht*, in: ACKERMANN (éd.), op. cit., pp. 609 ss, p. 649 n° 188.

tous les renseignements et documents qui sont nécessaires à l'accomplissement de ses tâches³⁵³. Dans la pratique, l'art. 45 LFINMA s'applique fréquemment lorsque des organes et des personnes devant (potentiellement) présenter la garantie d'une activité irréprochable parmi les assujettis donnent de fausses informations et mettent ainsi en péril, au moins de manière abstraite, le bon déroulement de l'examen de cette garantie, par exemple³⁵⁴.

- Les infractions pénales figurant aux art. 47 (audit des comptes annuels)³⁵⁵ et 48 LFINMA (non-respect des décisions) peuvent être pertinentes au moins indirectement.

En plus des normes pénales mentionnées de la LFINMA, d'autres dispositions sur des infractions pénales administratives concourent à ce que la FINMA obtienne les informations nécessaires pour surveiller régulièrement le respect des exigences relatives à une gouvernance d'entreprise appropriée et à la garantie d'une activité irréprochable des organes. Il s'agit par exemple des règles suivantes:

- L'art. 49, al. 1, let. b, LB prévoit dans le champ d'application de cette loi une amende de 500 000 francs au plus pour quiconque, intentionnellement, omet de fournir à la FINMA les informations qu'il est tenu de lui communiquer. Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 150 000 francs au plus (art. 49, al. 2, LB). Cette disposition pénale a notamment pour but l'application des obligations d'annonce visées à l'art. 3, al. 5 et 6, LB. Celles-ci fournissent à la FINMA les bases requises pour vérifier qu'une personne physique ou morale détenant une participation qualifiée dans un établissement bancaire présente la garantie que son influence n'est pas susceptible d'être exercée au détriment d'une gestion prudente et saine de la banque³⁵⁶.
- Est puni d'une amende de 500 000 francs au plus quiconque, intentionnellement, ne fait pas à la FINMA les déclarations prescrites aux art. 11 et 15 LEFin, c'est-à-dire les déclarations primordiales pour vérifier la garantie d'une activité irréprochable des personnes détenant une participation qualifiée dans un établissement financier (voir art. 11, al. 5 et 6, LEFin), ou fait des déclarations erronées ou tardives (art. 70, let. b, LEFin).

³⁵³ Voir arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.22 du 14 juin 2018, consid. 4.2 s.

³⁵⁴ Concernant la notion d'infraction de mise en danger abstraite, voir SCHWOB Renate et WOHLERS Wolfgang, *Basler Kommentar FINMA/G/FinfraG*, 3^e édition, Bâle, 2019, art. 45 LFINMA n° 2.

³⁵⁵ Selon l'art. 47, al. 1, let. a, LFINMA, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement, ne fait pas procéder par une société d'audit agréée à l'audit des comptes annuels prescrit par les lois sur les marchés financiers ou omet de faire procéder à l'audit exigé par la FINMA ou un organisme de surveillance. Encourt la même peine quiconque ne remplit pas les obligations qui lui incombent envers la société d'audit ou la personne mandatée (art. 47, al. 1, let. b, LFINMA). Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus.

³⁵⁶ Voir art. 3, al. 2, let. c^{bis}, LB, ainsi que KLEINER et SCHWOB, in: BODMER et al. (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Zurich, 2015, art. 3 LB n° 267.

Le principe selon lequel une personne morale ne peut pas commettre une infraction pénale s'applique certes en droit pénal (*societas delinquere non potest*), mais plusieurs dispositions y font exception:

- Ainsi, l'art. 102, al. 1, CP définit dans le droit pénal général une responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise. Celle-ci peut être punie d'une amende de 5 millions de francs au plus lorsqu'un crime ou un délit commis en son sein dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts lui est imputé s'il ne peut l'être à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise³⁵⁷. Pour certaines infractions³⁵⁸, l'art. 102, al. 2, CP prévoit même une punissabilité concurrente. En d'autres termes, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité de personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires «pour empêcher une telle infraction». Quant à savoir si l'art. 102 CP correspond à une infraction pénale spécifique, une simple norme d'imputation, une nouvelle forme de faute ou une forme spéciale de participation, les avis sont partagés dans la doctrine³⁵⁹. La jurisprudence n'est pas tout à fait claire sur ce point³⁶⁰.
- Dans le droit pénal administratif fédéral, l'art. 7 DPA définit une responsabilité pénale des entreprises (avec renonciation à une poursuite pénale de la personne physique qui a agi), à condition que l'enquête rende nécessaires à l'égard des personnes punissables selon l'art. 6 DPA des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue. Le cas échéant, cette disposition permet de condamner l'entreprise au paiement d'une amende n'excédant pas 5000 francs à la place de ces personnes.
- Dans le champ d'application de la LFINMA et des lois sur les marchés financiers visées à l'art. 1, al. 1, LFINMA, l'art. 49 LFINMA prime l'art. 7 DPA susmentionné³⁶¹. Conformément à l'art. 49 LFINMA, il est loisible de renoncer à poursuivre les personnes punissables et de condamner à leur place l'entreprise au paiement de l'amende lorsque l'enquête rendrait nécessaires à l'égard des personnes punissables selon l'art. 6 DPA des mesures d'instruction hors de proportion par rapport à la peine encourue et que l'amende entrant en ligne de compte pour les infractions aux dispositions pénales de la LFINMA ou de l'une des lois sur les marchés financiers ne dépasse pas 50 000 francs.

³⁵⁷ FISCHER, Organisation und Haftung im Aktienrecht, PJA, 2020, pp. 284 ss.

³⁵⁸ Art. 260^{ter} CP (organisations criminelles et terroristes), art. 260^{quinquies} CP (financement du terrorisme), art. 305^{bis} CP (blanchiment d'argent), art. 322^{ter} CP (corruption d'agents publics suisses), art. 322^{quinquies} CP (octroi d'un avantage), art. 322^{septies}, al. 1, CP (corruption d'agents publics étrangers) et art. 322^{octies} CP (corruption privée active).

³⁵⁹ Voir commentaires détaillés de CASSANI, *Droit pénal économique*, Bâle, 2020, pp. 116 ss; NIGGLI et MAEDER, op. cit., pp. 203 ss n^{os} 19 ss.

³⁶⁰ Voir NIGGLI et MAEDER, op. cit., p. 206 n^o 27, selon qui l'ATF 146 IV 68 consid. 2.3 est en contradiction avec l'ATF 142 IV 333 consid. 4.1.

³⁶¹ Voir également la disposition spéciale figurant à l'art. 24, al. 3^{bis}, LBN, qui est similaire sur le fond à l'art. 49 LFINMA.

15.2.5.4 Droit public

Dans le droit des marchés financiers, les dispositions relatives à la gouvernance d'entreprise sont axées sur la surveillance des établissements. Plusieurs instruments à la disposition de la FINMA permettent également à celle-ci de prendre des mesures contre des collaborateurs. Dans ce cadre, les organes de direction des établissements peuvent aussi être tenus responsables en droit public. Le ch. 15.4 ci-après expose en détail les instruments concernant cette responsabilité individuelle.

15.2.5.5 Autorégulation

L'autorégulation joue traditionnellement un rôle majeur dans la gouvernance d'entreprise, mais l'on opère une distinction entre l'autorégulation dirigée par l'État et l'autorégulation libre.

Autorégulation dirigée par l'État

Dans l'autorégulation dirigée par l'État, les précisions apportées aux exigences de gouvernance d'entreprise découlent en premier lieu d'une cotation en bourse. Conformément à la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)³⁶², les bourses sont tenues d'édicter un règlement qui fixe les conditions d'admission des valeurs mobilières à la négociation et tient compte des normes internationales³⁶³. Se fondant sur cette compétence, SIX Swiss Exchange a publié la directive Corporate Governance (DCG)³⁶⁴. Les émetteurs cotés sur SIX Swiss Exchange sont tenus de publier les informations relatives à la gouvernance d'entreprise dans un chapitre distinct du rapport de gestion. Le principe *comply or explain*, selon lequel les émetteurs qui renoncent à une publication doivent le signaler expressément dans leur rapport sur la gouvernance d'entreprise et fournir une justification correspondante, s'applique à toutes ces informations³⁶⁵.

Autorégulation libre

Concernant l'autorégulation libre, economiesuisse, l'association faîtière de l'économie, publie depuis 2002 le Code suisse de bonnes pratiques pour la gouvernance d'entreprise, qui a été remanié en profondeur en février 2023³⁶⁶. Les recommandations et les lignes directrices qui y figurent portent notamment sur la gestion des risques, la compliance, la surveillance financière et les rémunérations du conseil d'administration et de la direction. Non contraignant sur le plan juridique, ce code est largement reconnu sur le marché. Au fil des années, il s'est établi comme un ouvrage de référence majeur pour la gouvernance des entreprises en Suisse.

³⁶² RS 958.1

³⁶³ Art. 35, al. 1 et 2, LIMF.

³⁶⁴ Directive du 29 juin 2022 concernant les informations relatives à la Corporate Governance (directive Corporate Governance [DCG]).

³⁶⁵ Art. 7 DCG.

³⁶⁶ Code suisse de bonnes pratiques pour la gouvernance d'entreprise, economiesuisse, 6 février 2023.

15.3 Responsabilité individuelle

15.3.1 Contexte

La LFINMA comprend plusieurs instruments qui ont également une incidence sur les personnes physiques. Conformément à l'art. 3, let. a, LFINMA, la FINMA, en tant qu'autorité de surveillance, met toutefois l'accent sur la surveillance des établissements, qui peuvent parfois être des raisons individuelles. En dérogation au principe de surveillance des établissements, la FINMA peut cependant aussi décider de mesures à l'encontre des collaboratrices et collaborateurs des établissements financiers qui ont gravement enfreint les dispositions du droit de la surveillance³⁶⁷. Les mesures contre des personnes physiques ont gagné en importance dans la pratique depuis 2014, car la FINMA, qui s'appuie sur la version révisée de ses lignes directrices applicables à l'*enforcement*, accorde depuis lors officiellement plus de poids aux procédures à l'encontre de personnes physiques susceptibles d'avoir gravement violé le droit de la surveillance³⁶⁸.

Certains instruments de la FINMA concernent directement les personnes physiques (voir aussi ch. 16.4): l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA) et l'interdiction de pratiquer (art. 33a LFINMA). De même, la confiscation (art. 35 LFINMA) et la décision en constatation (art. 32 LFINMA), éventuellement combinées avec une publication de la décision comprenant les données personnelles (art. 34 LFINMA), peuvent viser directement une personne physique. L'examen des garanties d'une activité irréprochable et son résultat ont également une incidence directe sur une personne physique.

L'existence de mesures et la menace crédible de leur application par la FINMA déploient un effet préventif qui incite les personnes potentiellement concernées à éviter les comportements inappropriés dans leur domaine de responsabilité. En d'autres termes, ces mesures contribuent d'ores et déjà à la responsabilité individuelle.

Dans la pratique prudentielle, il est cependant difficile d'imputer à des personnes physiques, en particulier dans les grands établissements, une violation des règles (par ex. violation grave du droit de la surveillance ou des règles internes d'un établissement) qui conditionne l'application des sanctions axées sur des personnes physiques. Ces dernières doivent avoir occasionné la violation de manière fautive et causale.

Dans le passé, une meilleure attribution de la responsabilité individuelle aux hauts dirigeants d'un établissement assujéti à la FINMA a été demandée à plusieurs reprises. On peut citer à titre d'exemple le postulat Andrey «Responsabiliser davantage les cadres supérieurs des marchés financiers avec des outils allégés»³⁶⁹. À la suite de l'acquisition de Credit Suisse par UBS, plusieurs interventions parlementaires sont

³⁶⁷ ATF 2C 929/2017 du 23 avril 2018, consid. 2.1.

³⁶⁸ Communiqué de la FINMA, *Nouvelles lignes directrices applicables à l'enforcement et à la communication*, 25 septembre 2014.

³⁶⁹ Postulat 21.3893.

venues appuyer cette demande³⁷⁰. La FINMA elle-même a réclamé une meilleure attribution de la responsabilité individuelle grâce à un régime de responsabilité^{371, 372}.

15.3.2 Comparaison internationale

Depuis la crise financière de 2007–2008, diverses juridictions ont développé des approches visant à engager davantage la responsabilité des personnes qui occasionnent directement un dysfonctionnement dans un établissement financier (et en particulier une banque).

Le régime instauré au Royaume-Uni fait office de précurseur, car il a été mis en place relativement tôt et englobe un grand nombre d'établissements et de personnes physiques. Des régimes de ce type existent également à Hong Kong et à Singapour. L'Irlande a introduit un nouveau régime en 2023. Les États-Unis et le mécanisme de surveillance unique de l'UE ne disposent d'aucun régime indépendant pour établir la responsabilité individuelle.

15.3.2.1 Approches des autres juridictions

Les principales caractéristiques des approches internationales en matière de responsabilité individuelle qui sont pertinentes dans le débat réglementaire actuel sont exposées ci-après³⁷³.

- **Cadres supérieurs agréés par l'autorité de surveillance:** l'agrément repose sur l'examen de l'adéquation (*fitness*) et de l'intégrité (*properness* ou *propriety*). Cet examen est réalisé dans tous les cas lors de la nomination d'une personne et parfois de manière régulière, c'est-à-dire dans le cadre d'un processus de vérification récurrent exécuté soit par l'établissement lui-même, soit par l'autorité de surveillance.
- **Champ d'application en relation avec les personnes physiques:** le champ d'application des différentes approches englobe divers types de postes dans un établissement. On opère une distinction sommaire entre les postes suivants:
 - **Membres du conseil d'administration:** en vue de leur application, certains régimes de responsabilité font une distinction entre les membres du conseil d'administration qui sont indépendants (*non-executive directors*),

³⁷⁰ Motions 23.4336 et 23.3462, et interpellation 23.3417.

³⁷¹ L'expression «régime de responsabilité» utilisée ici s'appuie sur des exemples dans d'autres juridictions. En l'espèce, on peut citer le *Senior Managers and Certification Regime* (SM&CR), appelé de manière abrégée *Senior Managers Regime* (SMR), au Royaume-Uni, l'*Individual Accountability Framework* que l'Irlande vient de mettre en place ou le *Managers in Charge Regime* à Hong Kong.

³⁷² Voir par ex. FINMA, point de presse de la FINMA: exposé de Marlene Amstad, 5 avril 2023; FINMA, *Rapport de la FINMA: enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023.

³⁷³ Pour une vue d'ensemble plus détaillée, voir aussi l'expertise de PA Consulting, en particulier les pp. 20 à 31.

ceux qui sont liés à l'établissement (*executive directors*) et les membres indépendants qui exercent des fonctions dirigeantes au sein du conseil d'administration (c.-à-d. en assurent la présidence ou celle des comités). En d'autres termes, les régimes de responsabilité examinés ne s'appliquent pas toujours à l'ensemble des membres du conseil d'administration.

- **Membres de la direction et autres postes d'encadrement supérieur:** les régimes de responsabilité observés n'englobent pas la totalité des membres de la direction. Ils définissent plutôt des rôles qui leur sont assujettis, indépendamment du fait que la personne concernée siège ou non à la direction. Par exemple, le *Senior Managers Regime* du Royaume-Uni englobe notamment les rôles de *Chief Executive Officer*, *Chief Finance Officer*, *Chief Risk Officer*, *Chief Operations Officer* et *Chief Compliance Officer*. Il en va de même en Irlande, à Hong Kong et à Singapour. Il convient de souligner que la personne responsable de la révision interne est généralement soumise à un tel régime. Or, par définition, elle n'est rattachée ni au conseil d'administration ni à la direction.
- **Autres postes subordonnés à l'encadrement supérieur:** les régimes britanniques et irlandais prévoient également une certification des personnes subordonnées à l'encadrement supérieur qui disposent de vastes pouvoirs de décision ou peuvent exposer l'établissement à des risques considérables (*material risk takers*). La certification ne découle alors pas d'un agrément de l'autorité de surveillance, mais d'un processus d'évaluation propre à l'établissement.
- **Attribution des responsabilités individuelles des cadres supérieurs:** l'attribution des responsabilités dans un document correspondant défini par la réglementation (par ex. *statement of responsibilities* au Royaume-Uni et en Irlande) est l'élément central de toutes les approches. Certaines juridictions prescrivent à un établissement les responsabilités qu'il doit obligatoirement attribuer à une personne (Royaume-Uni et Irlande).
- **Documentation des règles de gouvernance d'un établissement:** les juridictions examinées exigent que les établissements documentent les règles de gouvernance qui s'appliquent en leur sein (présentation dans des *management responsibilities maps*). Ces règles permettent, par exemple, de comprendre les rapports de subordination directs et indirects (*reporting lines*) qui existent ou quels domaines de responsabilité valent pour tout l'établissement.
- **Attribution de la responsabilité à une personne physique:** définir l'étendue de la responsabilité d'une personne physique est un autre élément central d'un régime de responsabilité. La réglementation du Royaume-Uni comprend des règles de conduite (*conduct rules*) selon lesquelles un cadre senior (*senior manager*) doit entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour contrôler de manière appropriée les affaires relevant de son domaine de responsabilité et respecter les exigences réglementaires (*reasonable steps*

criterion)³⁷⁴. En Irlande, le régime de responsabilité présente des dispositions analogues.

- **Champ d'application en fonction du type d'établissement:** les régimes de responsabilité des juridictions examinées s'appliquent en principe à toutes les entreprises assujetties à la surveillance de l'autorité de surveillance concernée. Ils sont donc valables pour les banques, les assurances, les maisons de titres, etc. En général, les dispositions présentent une certaine proportionnalité, les petits établissements exposés à des risques faibles étant soumis à des règles moins strictes que les grands établissements aux risques élevés. Aucune juridiction ne limite le champ d'application aux seules SIB.
- **Règles de rémunération dans les régimes de responsabilité:** dans les juridictions examinées, les règles concernant le versement, l'annulation ou le remboursement des rémunérations (en particulier de leurs composantes variables) sont fixées en dehors du régime de responsabilité, mais elles y sont étroitement liées. Elles visent à ce que les personnes assujetties à ces régimes qui ont enfreint les règles en vigueur en subissent directement les conséquences financières. Les cadres supérieurs sont ainsi fortement incités à prévenir les comportements inappropriés dans leur domaine de responsabilité.
- **Application du droit de la surveillance dans les régimes de responsabilité:** en cas de violation du droit de la surveillance, les autorités de surveillance des juridictions examinées disposent de plusieurs instruments pour sanctionner les comportements inappropriés. La menace d'une sanction est un outil important pour combattre les comportements individuels inappropriés et faire prendre conscience à quiconque de l'importance de sa responsabilité.

L'UE ne prévoit aucun régime de responsabilité dans sa réglementation. Plusieurs actes traitent cependant des éléments susmentionnés. En l'espèce, il convient de souligner l'évaluation de l'honorabilité et des compétences (*fit and proper assessments*) des membres des organes de direction par la Banque centrale européenne (BCE) lors de nouvelles autorisations et de changements dans ces organes³⁷⁵. Au niveau des États membres, l'Irlande a mis en place un régime de responsabilité. L'Allemagne ne dispose pas d'un tel régime, mais elle s'est dotée de règles permettant à l'autorité fédérale de supervision financière (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht [BaFin]) d'engager une procédure contre les établissements ou les personnes physiques qui ont enfreint le droit de la surveillance.

Les États-Unis ont renoncé à instaurer un régime de responsabilité après la crise financière, car les autorités compétentes avaient déjà, au niveau fédéral et dans les différents États, de vastes compétences pour agir directement contre les personnes physiques soupçonnées d'un comportement inapproprié, quel que soit leur niveau hiérarchique dans un établissement.

³⁷⁴ Voir par ex. à ce sujet Banque d'Angleterre, *Strengthening individual accountability in banking*, Supervisory Statement SS28/15, décembre 2021, pp. 36 s.

³⁷⁵ BCE, Supervision bancaire, *Évaluations de l'honorabilité, des connaissances, des compétences et de l'expérience*, site Internet.

Doté du régime de responsabilité le plus développé, le Royaume-Uni estime que ces règles ont sensiblement fait évoluer les comportements dans la bonne direction.

15.3.2 Guide du Conseil de stabilité financière

En 2018, le CSF a publié le guide *Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk*³⁷⁶. Destiné aux établissements financiers et aux autorités de surveillance, ce guide exige notamment que les entreprises améliorent l'attribution des responsabilités individuelles et que les autorités de surveillance imposent cette attribution.

En 2023, le CSF a réalisé en Suisse un examen par les pairs, au cours duquel il a étudié l'approche TBTF du pays et formulé des recommandations. L'une d'entre elles concerne la mise en place d'un régime de responsabilité³⁷⁷.

15.3.3 Évaluation

Des voix réclamaient déjà une meilleure attribution de la responsabilité individuelle avant la crise de Credit Suisse, mais les enseignements tirés de la crise ont encore amplifié les requêtes en ce sens. Dans son rapport, la FINMA a identifié des manquements clairs au niveau de la responsabilité individuelle et une nécessité d'agir, notamment pour que les membres du conseil d'administration et la direction garantissent une culture du risque et une culture d'entreprise appropriées.

Les cadres supérieurs, surtout, influent sur la culture dominante dans une entreprise. Dans le cas des SIB notamment, et en particulier des G-SIB, ils ont donc une responsabilité particulière non seulement vis-à-vis de la banque et de sa clientèle, mais aussi de l'économie suisse et de la Confédération.

Le renforcement de la responsabilité individuelle est donc une requête légitime. Si des instruments de la FINMA ont déjà à l'heure actuelle une incidence sur les personnes physiques et pourraient être modifiés ponctuellement (voir ch. 16.4), la Suisse ne possède pas d'instrument prudentiel sous la forme d'un régime de responsabilité.

Un tel régime renforcerait nettement le dispositif TBTF et, d'une manière générale, la stabilité et l'intégrité de la place financière suisse. Comme l'ont déjà réclamé les milieux politiques, il devrait s'intégrer au cadre réglementaire en vigueur et responsabiliser davantage les personnes concernées de manière non bureaucratique³⁷⁸.

³⁷⁶ CSF, *Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk: A Toolkit for Firms and Supervisors*, 20 avril 2018.

³⁷⁷ FSB, *Peer Review of Switzerland*, 29 février 2024.

³⁷⁸ Postulat 21.3893.

15.3.4 Mesure envisageable

Une mesure envisageable consiste à mettre en place un régime de responsabilité en inscrivant ce régime dans une loi en tant qu'exigence organisationnelle explicite. Les précisions sont apportées dans une ordonnance. Un tel régime peut en principe être instauré pour les G-SIB, pour toutes les SIB, pour toutes les banques ou, éventuellement, également pour d'autres établissements financiers.

15.3.4.1 Objectif d'un régime de responsabilité

Un régime de responsabilité vise à garantir l'attribution précise des responsabilités, en particulier aux personnes des échelons supérieurs de la direction³⁷⁹. Cela implique non seulement une définition claire des responsabilités, mais également l'obligation de les assumer. Parmi les responsabilités significatives, on peut citer l'obligation, pour les cadres, de prévenir les comportements inappropriés dans leur domaine de responsabilité.

La mise en œuvre de ce régime nécessite de créer des incitations adéquates pour les personnes physiques, qui doivent être sanctionnées par l'établissement (par ex. réduction de la rémunération variable) ou par l'autorité de surveillance (par ex. interdiction d'exercer) en cas de non-respect des obligations. L'attribution des responsabilités sert donc aussi à mieux responsabiliser les personnes physiques par l'intermédiaire de sanctions. L'autorité de surveillance pourra, quant à elle, prouver plus facilement une responsabilité individuelle.

Lors de la mise en œuvre d'un régime de responsabilité, il faut veiller à ce que la charge pour les établissements concernés reste très limitée et à ce qu'ils puissent en tirer un avantage.

15.3.4.2 Documentation des responsabilités

Les responsabilités d'une personne physique soumise au régime de responsabilité sont dûment documentées sur la base des exigences réglementaires correspondantes, mises à jour en cas de besoin et éventuellement communiquées à la FINMA. Grâce à cette documentation, les établissements eux-mêmes savent précisément quelles responsabilités sont attribuées à chaque personne physique et peuvent ainsi plus facilement engager la responsabilité des personnes concernées en cas de comportement inapproprié.

³⁷⁹ Voir à ce sujet OLIVEIRA, WALTERS et ZAMIL, *When the music stops – holding bank executives accountable for misconduct*, FSI Insights n° 48, 23 février 2023.

15.3.4.3 Personnes assujetties au régime de responsabilité

Le régime de responsabilité s'adresse aux cadres supérieurs, soit notamment aux personnes actuellement soumises à la garantie d'une activité irréprochable. Il s'agit en général des membres des organes de haute direction et des organes de gestion, c'est-à-dire du conseil d'administration et de la direction d'une société anonyme.

Dans les grands établissements en particulier, il est judicieux que le cercle des assujettis englobe des personnes subordonnées à l'organe de gestion, car leurs compétences peuvent s'accompagner de vastes pouvoirs de décision. De plus, ce périmètre devrait pouvoir être géré de manière flexible afin de tenir dûment compte des structures de management spécifiques à un établissement. Il faudrait en outre examiner l'opportunité d'établir un lien entre les personnes soumises au régime de responsabilité et la garantie d'une activité irréprochable.

15.3.4.4 Critère de diligence

Les bases légales doivent indiquer précisément l'étendue de la responsabilité d'une personne physique dans son domaine de responsabilité. En d'autres termes, il faut fixer un critère de diligence qui délimite les obligations de cette personne. En vertu de ce critère, celle-ci sera tenue d'entreprendre tout ce qui est nécessaire et que l'on peut raisonnablement attendre d'elle pour prévenir les comportements inappropriés. Cette règle correspond au *reasonable steps criterion* du régime de responsabilité au Royaume-Uni.

15.3.4.5 Lien avec les systèmes de rémunération

Lorsqu'une personne physique se soustrait à ses responsabilités, elle doit faire l'objet d'une sanction financière qui affecte le montant de sa rémunération. Cette sanction est exécutée directement par l'établissement ou, si celui-ci s'y refuse, sur instruction de la FINMA. Il faudrait créer une base légale claire pour que la FINMA puisse donner des instructions de ce type.

15.3.4.6 Questions à clarifier pour la mise en œuvre

Lors de l'élaboration d'un régime de responsabilité, plusieurs questions devront être clarifiées en tenant compte des enseignements tirés à l'étranger³⁸⁰:

- Validité territoriale: ce régime doit-il s'appliquer sur le seul territoire suisse ou également de manière transfrontalière, sur les autres lieux où l'établissement exerce son activité? Comment tenir compte dans l'approche suisse d'un régime de responsabilité auquel est soumise une personne physique à l'étranger?

³⁸⁰ Les commentaires ci-après se fondent sur les recommandations formulées dans l'expertise de PA Consulting. Voir à ce sujet *PA Consulting*, pp. 33 ss.

- Proportionnalité: comment définir les règles destinées aux établissements en fonction de leur taille et de leurs risques?
- Obligations de documentation: que doivent documenter les établissements en relation avec l’attribution des responsabilités? Quels documents doivent-ils remettre à la FINMA?
- Surveillance du respect des règles: dans quelle mesure les établissements sont-ils responsables de la surveillance et de l’application des règles? Quels processus de contrôle sont nécessaires? Quelles sont les tâches de la FINMA?
- Interfaces avec d’autres thèmes de surveillance: quels sont les liens avec les règles de rémunération ou la garantie d’une activité irréprochable?
- Application du droit de la surveillance: les instruments d’*enforcement* de la FINMA sont-ils compatibles avec l’introduction d’un régime de responsabilité?
- Conséquences dans d’autres domaines juridiques: quel est l’impact sur la notion de responsabilité en droit privé et en droit pénal?

15.4 Rémunérations

15.4.1 Contexte

La rémunération des cadres dirigeants et des spécialistes est depuis toujours un sujet important dans la gouvernance d’entreprise des établissements financiers. Les systèmes de rémunération peuvent influencer considérablement sur la réussite d’un établissement financier. Définis de manière appropriée, ils peuvent encourager durablement la motivation du personnel, sa performance et, en fin de compte, la réussite de l’entreprise. En revanche, un système de rémunération inapproprié risque de fournir des incitations inopportunes (*moral hazard*) qui se traduiront par la recherche du profit à court terme et une prise de risques excessifs, ce qui peut affecter la réussite de l’entreprise sur le long terme. Ce constat s’est confirmé au cours de la crise qui a touché Credit Suisse.

Dans les établissements financiers, les systèmes de rémunération sont également des outils de gestion des risques. C’est la raison pour laquelle des efforts visant à y régler les rémunérations ont été entrepris à l’échelle mondiale après la crise financière de 2007–2008 en particulier.

En Suisse, il convient d’opérer une distinction entre deux approches réglementaires: d’un côté, les rémunérations des cadres dirigeants supérieurs des sociétés anonymes cotées en bourse, dont font partie la plupart des établissements financiers, sont réglementées dans le droit privé ou le CO. De l’autre, la FINMA intègre les systèmes de rémunération des banques, des assurances et des établissements financiers d’autres secteurs dans son activité de surveillance³⁸¹.

³⁸¹ FINMA, *Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers*, circulaire 2010/1 «Systèmes de rémunération», 21 octobre 2009.

15.4.1.1 Réglementation dans le droit privé

Inscrits à l'art. 95, al. 3, Cst., les principes de la rémunération des membres des organes de direction des sociétés anonymes cotées en bourse énoncent que l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. La Suisse fait donc partie des juridictions ayant les prescriptions *say on pay* les plus strictes.

Le versement d'indemnités de départ, de rémunérations anticipées et d'autres indemnités particulières aux membres des organes est interdit. Par ailleurs, les statuts doivent réglementer le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, leurs plans de bonus et de participation et le nombre de leurs mandats externes, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction. Les infractions peuvent être sanctionnées par une peine privative de liberté et une peine pécuniaire.

L'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb)³⁸² a précisé et mis en œuvre cette disposition constitutionnelle. Elle a été transférée dans le CO lors de la révision du droit de la société anonyme³⁸³. Les mesures peuvent être classées en trois champs réglementaires: transparence grâce au rapport de rémunération (art. 734 à 734f CO), droits de cogestion des actionnaires dans le cadre des votes sur les rémunérations pendant l'assemblée générale (art. 735 à 735b CO) et indemnités interdites (art. 735c et 735d CO).

En outre, des règles complexes relatives aux rémunérations variables découlent principalement de la jurisprudence et limitent la flexibilité des entreprises, en particulier lorsque les rémunérations variables sont considérées comme des composantes du salaire et non comme des gratifications³⁸⁴.

15.4.1.2 Réglementation dans le droit des marchés financiers

Aucune loi ou ordonnance n'a de dispositions qui réglementent spécifiquement la gestion des rémunérations en cas de violations du droit de la surveillance. Il n'y a que lorsqu'une aide financière puisée dans les moyens de la Confédération est accordée à une SIB ou à sa société mère que le Conseil fédéral doit prendre des mesures en matière de rémunération, conformément à l'art. 10a LB. Au titre de ces mesures, il peut notamment interdire le versement de rémunérations variables ou ordonner des adaptations du système de rémunération.

En outre, le Conseil fédéral pourra expressément à l'avenir, à certaines conditions, obliger une SIB ayant reçu une aide financière puisée dans les moyens de la Confédération à exiger la restitution de rémunérations variables déjà versées (art. 10a, al. 2, let. c, P-LB)³⁸⁵. L'art. 25 de l'ordonnance du 6 novembre 2019 sur les services finan-

³⁸² RS 221.331

³⁸³ Art. 732 à 735d CO.

³⁸⁴ Pour une vue d'ensemble, voir Thomas GEISER, *Rechtsprechungspanorama Arbeitsrecht*, in: *Aktuelle Juristische Praxis 2021*, pp. 1407 ss.

³⁸⁵ Objet du Conseil fédéral 23.062.

ciers (OSFin)³⁸⁶ prévoit notamment que les systèmes de rémunération des prestataires de services financiers doivent être élaborés de façon à exclure toute incitation à enfreindre les obligations légales ou à avoir un comportement dommageable aux clients.

Pour le moment, le droit suisse ne prévoit pas la restitution d'une rémunération déjà versée, indépendamment du cas spécifique d'une aide financière de l'État.

La circulaire de la FINMA 2010/1 «Systèmes de rémunération»³⁸⁷ présente la pratique prudentielle codifiée pour les systèmes de rémunération des établissements financiers en fixant des normes minimales relatives à la conception, à la mise en œuvre et à la publication dans ce domaine. Les établissements financiers³⁸⁸ doivent impérativement l'appliquer à partir d'une certaine taille (déterminée sur la base des fonds propres requis ou du capital cible). Ils peuvent toutefois déroger aux normes minimales prévues par la circulaire, à condition de motiver et de publier les dérogations (principe *comply or explain*).

L'organe de haute direction est responsable de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique de rémunération d'un établissement financier. Il édicte un règlement sur la rémunération qui s'applique à toutes les personnes au service de l'établissement financier. La structure et le montant des rémunérations globales doivent concorder avec la politique de risque de l'établissement financier et encourager la prise de conscience des risques.

L'attribution des rémunérations variables à des unités et des personnes déterminées doit dépendre de critères durables et compréhensibles qui correspondent à la politique commerciale et de risque de l'établissement financier. Selon la circulaire, la rémunération devrait être en rapport avec les responsabilités stratégiques ou opérationnelles et avec les risques dont la personne concernée est responsable. Dans cette optique, il faut prendre en compte tous les risques essentiels qui relèvent de la sphère d'influence de la personne, ce qui inclut les risques engendrés dans les unités d'organisation placées sous sa responsabilité. Les rémunérations et les critères d'attribution déterminants ne doivent pas inciter à prendre des risques démesurés, à violer le droit en vigueur ou des instructions ou encore à ne pas respecter les conventions.

Conformément à la circulaire de la FINMA, les rémunérations différées devraient lier la rémunération à l'évolution future du succès et des risques de l'établissement financier. Elles seront structurées de manière à favoriser le plus possible la prise de conscience des risques par les bénéficiaires, en les incitant à exercer une activité durable. Le délai doit tenir compte de l'horizon temporel des risques assumés par le bénéficiaire. Il est d'au moins 3 ans pour les rémunérations différées des membres de la direction, des personnes dont la rémunération globale est proportionnellement impor-

³⁸⁶ RS 950.11

³⁸⁷ FINMA, *Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers*, circulaire 2010/1 «Systèmes de rémunération», 21 octobre 2009.

³⁸⁸ A savoir les banques, maisons de titres, groupes et conglomérats financiers qui doivent, au niveau de chaque établissement, du groupe ou du conglomérat financier, détenir des fonds propres requis d'au moins 10 milliards de francs, ainsi que les entreprises, groupes ou conglomérats d'assurance qui doivent, au niveau de l'entreprise, du groupe ou du conglomérat d'assurance, détenir des fonds propres requis d'au moins 15 milliards de francs en fonction des risques auxquels l'entreprise, le groupe ou le conglomérat d'assurance sont exposés.

tante, ainsi que de celles dont l'activité influe notablement sur le profil de risque de l'établissement financier.

Plus les responsabilités et la rémunération globale du bénéficiaire sont élevées, plus la part différée de sa rémunération doit être importante. Une grande partie de la rémunération des membres de l'organe de direction, des personnes dont la rémunération globale est proportionnellement importante ainsi que de celles dont l'activité influe notablement sur le profil de risque de l'établissement financier doit être versée de manière différée.

La circulaire indique comment encourager au plus haut niveau de la direction une culture accrue de la responsabilité individuelle et entrepreneuriale et comment réduire les comportements individuels inadéquats. Contrairement aux lignes directrices du CSF ou à la mise en œuvre dans d'autres juridictions (UE, par ex.), la circulaire de la FINMA est concise et générale. Elle ne se réfère pas à la culture d'entreprise et ne mentionne aucun critère d'évaluation non financier (par ex. qualité de la gestion des risques, respect du code de conduite de l'entreprise).

15.4.1.3 Imposition des rémunérations

Dans le droit en vigueur, le revenu total d'une activité lucrative dépendante est soumis à l'impôt sur le revenu et aux contributions sociales, qu'il soit versé en tant que rémunération fixe ou variable ou sous une forme mixte. De plus, il n'existe aucune différenciation en fonction de son montant, à l'exception de la progressivité de l'impôt. Une entreprise peut déduire les coûts salariaux de son bénéfice net en tant que charges justifiées par l'usage commercial et diminuer ainsi sa charge fiscale.

Le droit en vigueur prévoit une imposition fondée sur l'égalité de traitement et conforme à la performance économique. Durant les années qui ont suivi la crise financière de 2007–2008, l'imposition accrue des fortes rémunérations a été abordée régulièrement dans les débats politiques. Plusieurs interventions parlementaires ont été déposées à ce sujet, mais les Chambres fédérales les ont régulièrement rejetées³⁸⁹.

15.4.2 Comparaison internationale

15.4.2.1 Conseil de stabilité financière

Au niveau international, le CSF a publié des guides sur la gouvernance d'entreprise. Dans le cadre des travaux visant à réduire le risque de comportements inappropriés, il a édicté en 2018 le document *Supplementary Guidance to the FSB Principles and Standards on Sound Compensation Practices – The Use of Compensation Tools to*

³⁸⁹ Par exemple: initiative parlementaire 08.523 et motions 09.4089 et 10.3351.

*Address Misconduct Risk*³⁹⁰ en complément des principes de rémunération³⁹¹ en vigueur, qui datent de 2009. Ce guide complémentaire précise que le conseil d'administration est responsable du système de rémunération correspondant et de la surveillance, tandis que la direction est chargée de la mise en œuvre.

La propension au risque définie par le conseil d'administration doit être présentée de manière claire et compréhensible dans tous les segments d'activité et prise en compte dans la rémunération des personnes responsables, qui assument ainsi la responsabilité de leurs propres actes. Le conseil d'administration veille à ce que la direction réponde de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un système de rémunération qui contribue effectivement à prévenir et à corriger les comportements inappropriés. Des critères d'évaluation non financiers (par ex. qualité de la gestion des risques, respect du code de conduite de l'entreprise) visent à garantir une concordance durable entre le comportement du personnel et la stratégie commerciale, les valeurs et la culture de l'entreprise.

Lorsqu'un comportement inapproprié est avéré, les mesures concrètes prévoient non seulement la réduction ou la révocation de la rémunération variable (différée) [malus], mais également la restitution de la rémunération déjà versée (*clawback*). Le CSF propose des critères précis à ce sujet.

15.4.2.2 Principales réglementations nationales

Le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) a commandé une expertise de la réglementation sur les rémunérations à Winfried Ruigrok et Wei Lin, de l'Université de Saint-Gall. Cette expertise comprend notamment une présentation détaillée des approches réglementaires dans plusieurs juridictions et examine différents aspects de la réglementation sur les rémunérations. Les commentaires qui suivent s'appuient fortement sur cette expertise. Divers aspects des réglementations nationales sont présentés ci-après.³⁹²

Clauses de restitution

À la suite de la crise financière de 2007–2008, les clauses dites de *clawback*, notamment, se sont largement établies en comparaison internationale.

Aux États-Unis, le *Sarbanes Oxley Act* de 2002 a introduit une clause de restitution obligatoire, mais relativement restrictive, selon laquelle seules les rémunérations versées au CEO ou au CFO peuvent faire l'objet d'une restitution lorsque les indicateurs financiers du rapport d'activité ont dû être modifiés en raison d'un comportement inapproprié³⁹³. L'application de ces restitutions incombe à la SEC et non à l'entreprise concernée. Le *Dodd-Frank Act* de 2010 proposait une exigence de restitution plus

³⁹⁰ CSF, *Supplementary Guidance to the FSB Principles and Standards on Sound Compensation Practices*, The Use of Compensation Tools to Address Misconduct Risk, 9 mars 2018.

³⁹¹ Forum de stabilité financière, *FSF Principles for Sound Compensation Practices*, 2 avril 2009.

³⁹² RUIGROK et LIN, pp. 9 à 12.

³⁹³ Section 304 du *Sarbanes Oxley Act* de 2002, 15 U.S.C. § 7243 (2002).

vaste liée à la performance, qui s'appliquait à tous les cadres dirigeants et n'était pas subordonnée à un comportement inapproprié. Les dispositions de mise en œuvre de cette exigence de restitution plus étendue ne sont toutefois pas encore en vigueur. D'autres législations comprennent elles aussi différentes formes de clauses de restitution.

Report des rémunérations variables grâce à des délais de blocage

La rémunération différée correspond à la part des paiements qu'une entreprise alloue certes à des collaborateurs, mais dont le versement est bloqué. Celui-ci est exécuté si les conditions sont réunies après une période d'observation (par ex. objectifs de rendement atteints, respect des prescriptions internes).

Les pratiques concernant les délais de blocage et la part de la rémunération variable ainsi différée divergent selon les juridictions. Les États-Unis n'ont fixé ni période minimale de report ni pourcentage. En revanche, l'UE et le Royaume-Uni ont défini une durée minimale allant de 4 à 7 ans pour une part considérable de la rémunération variable différée.

Plafonnement du ratio entre les composantes fixes et variables de la rémunération

Quelques juridictions ont plafonné le ratio entre les rémunérations variables et la rémunération fixe (*bonus caps*). Dans l'UE, la directive sur les fonds propres³⁹⁴ comprend depuis 2014 des prescriptions sur le versement de bonus au personnel, pour éviter que les établissements de crédit distribuent des bonus à leur personnel afin de les inciter à prendre des risques excessifs. Cette directive prévoit un ratio maximal entre la rémunération fixe et les bonus versés aux personnes concernées. Le bonus versé ne peut pas dépasser la rémunération de base annuelle d'une personne salariée, mais l'assemblée générale peut approuver, à certaines conditions, des paiements de bonus correspondant au double de la rémunération de base.

Après le Brexit, le Royaume-Uni a refusé une application forfaitaire des *bonus caps* comme le prévoit la directive européenne sur les fonds propres. Le plafonnement des rémunérations variables a été abrogé à fin octobre 2023³⁹⁵. La FCA et la PRA, les deux autorités de surveillance des marchés financiers, estiment que l'abrogation du ratio maximal entre les composantes fixes et variables de la rémunération globale augmentera l'efficacité du système de rémunération, car elle accroîtra la part de la rémunération avec laquelle les établissements fixent des incitations à leur personnel (par ex. à travers des composantes de rémunération différées basées sur les résultats et les risques). De plus, les autorités supposent que cette modification corrigera avec le temps un effet imprévu de la réglementation en vigueur, à savoir la progression de la

³⁹⁴ Parlement européen, Directive 2013/36/UE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JO L 176 du 27.6.2013, p. 338.

³⁹⁵ Banque d'Angleterre, *Remuneration: Ratio between fixed and variable components of total remuneration* (*bonus cap*), PRA, Policy Statement 9/23, 24 octobre 2023.

part fixe de la rémunération globale qui entrave la réduction des coûts des établissements pendant les périodes difficiles³⁹⁶.

Dispositions say on pay

Les dispositions obligeant les entreprises à faire voter les actionnaires sur la rémunération des cadres dirigeants lors de l'assemblée générale annuelle sont très répandues. Parmi les pays ayant une place financière significative, seuls Hong Kong et Singapour n'ont pas mis en place des règles en ce sens. Ces dispositions say on pay sont généralement inscrites dans le droit des sociétés et prennent différentes formes.

D'une part, les votes des actionnaires sur les rémunérations peuvent être obligatoires ou facultatifs pour les entreprises. D'autre part, leur résultat peut avoir un caractère d'obligation ou de recommandation pour ces dernières. En 2011, la SEC a mis en place une loi say on pay obligatoire, mais qui présente une valeur purement consultative. En Allemagne et au Canada également, le vote des actionnaires n'a qu'un caractère de recommandation. En revanche, les prescriptions say on pay sont à la fois obligatoires et contraignantes au Royaume-Uni, aux Pays-Bas, en Espagne et en France.

15.4.3 Évaluation

Les systèmes de rémunération des établissements financiers se sont établis comme un outil incitatif pour renforcer le succès de ces entreprises. Il est toutefois important que ces systèmes évitent toute incitation inopportune (*moral hazard*) pour le versement des composantes variables de la rémunération. Les systèmes de rémunération des banques ont régulièrement fait l'objet de critiques, notamment aussi durant la crise qui a emporté Credit Suisse.

Selon le rapport de la FINMA³⁹⁷, les rémunérations variables versées par Credit Suisse ont surtout évolué en fonction des développements sur le marché et, dans une moindre mesure, de la marche des affaires de la banque. Les rémunérations variables élevées versées les années de pertes, l'influence parfois trop faible des manquements sur la rémunération individuelle et la non-prise en compte des événements jugés extraordinaires par la banque pour fixer la rémunération variable ont contribué à l'émergence d'une culture du risque relativement déconnectée de la responsabilité entrepreneuriale. Dans ce contexte, de nombreuses interventions parlementaires³⁹⁸ ont exigé, après l'acquisition de Credit Suisse par UBS, une réglementation des rémunérations ou une limitation de la rémunération variable.

Selon le Conseil fédéral, les systèmes de rémunération sont des instruments efficaces pour renforcer la gouvernance d'entreprise et contribuer à la réussite durable de l'entreprise qu'il convient d'utiliser à cette fin. Pour y parvenir, les bases légales doivent être conçues de manière appropriée. À l'exception de l'art. 10a LB (mesures en ma-

³⁹⁶ Banque d'Angleterre, *Remuneration: Ratio between fixed and variable components of total remuneration (bonus cap)*, PRA, Consultation Paper 15/22, 19 décembre 2022, Cm. 1.4.

³⁹⁷ FINMA, *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023, p. 51.

³⁹⁸ Exemples: motions 23.3494, 23.3462, 23.3452 et 23.3495, postulats 23.3443 et 23.3442.

tière de rémunération lors de l'octroi d'une aide financière puisée dans les moyens de la Confédération) et de l'art. 25 OSFin, le droit de la surveillance en Suisse ne comporte aucune base légale explicite sur les principes des systèmes de rémunération des établissements financiers et les possibilités d'intervention de l'autorité de surveillance. La circulaire de la FINMA repose sur des normes générales concernant l'organisation et n'a, en tant que pratique prudentielle codifiée, aucun caractère législatif³⁹⁹. Formulée de manière générale, elle ne couvre pas tous les aspects des principes correspondants du CSF, par exemple.

Une motion⁴⁰⁰ demande par ailleurs une modification de la LB s'inspirant de l'art. 10a LB et habilitant le Conseil fédéral à ordonner les mesures propres à atténuer les conséquences sociales pour les employés ou à préserver les emplois lorsque l'État octroie des aides à une SIB. Cependant, les aides dont il est question visent avant tout à stabiliser une SIB en difficulté et, partant, à protéger l'intérêt public supérieur (à savoir préserver la stabilité financière). La réglementation énoncée à l'art. 10a LB a également pour objectif de garantir que les fonds publics ne servent pas à financer des rémunérations variables. Des aides de l'État puisées dans les moyens de la Confédération viseraient à atteindre l'objectif supérieur de la préservation de la stabilité financière et à prévenir toute perte d'emplois incontrôlée. Les mesures destinées à atténuer les conséquences sociales sont du ressort des partenaires sociaux.

15.4.4 Mesures envisageables

15.4.4.1 Bases légales sur les exigences en matière de systèmes de rémunération

La création d'une base légale explicite permettrait de définir et de renforcer les principales exigences en matière de systèmes de rémunération et les possibilités d'intervention de l'autorité de surveillance. Par cette mesure, certaines dispositions de la circulaire sur ces systèmes sont transférées à un niveau normatif plus élevé. Des directives juridiques concrètes améliorent les exigences posées aux établissements pour la mise en place de systèmes de rémunération détaillés et ciblés qui incitent à prévenir les comportements inappropriés.

Il est important en l'espèce d'établir un lien contraignant entre les dispositions relatives aux rémunérations et la prise de risque d'un établissement. De plus, les règles de rémunération se réfèrent à la culture d'entreprise et comprennent des critères d'évaluation non financiers afin que le comportement du personnel concorde durablement avec la stratégie commerciale, les valeurs et la culture de l'entreprise et avec les exigences prudentielles. En outre, un lien est établi entre les dispositions relatives aux rémunérations et un éventuel régime de responsabilité. Par ailleurs, en cas de report de certaines composantes de la rémunération, les systèmes correspondants devraient prévoir que le calendrier de versement ne serve pas à une optimisation fiscale. Le

³⁹⁹ Art. 5, al. 2, de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.11).

⁴⁰⁰ Motion 23.3458.

report des versements doit se baser exclusivement sur l'objectif incitant à agir conformément aux risques, y compris en termes de calendrier.

15.4.4.2 Répression des comportements inappropriés grâce à des mesures visant la rémunération

Une exigence réglementaire claire pourrait prévoir que les établissements sont tenus prendre des mesures disciplinaires contre les comportements individuels inappropriés qu'ils constatent. Ces mesures englobent, par exemple, la réduction des rémunérations variables allouées, la restitution des composantes de rémunération déjà versées, l'absence de promotion ou la rétrogradation. Si l'établissement ne prend pas de mesures disciplinaires (suffisantes), la FINMA peut l'y obliger. Cette solution présenterait les avantages suivants: la gouvernance d'entreprise serait améliorée et la responsabilité de la surveillance et des sanctions incomberait en premier lieu aux établissements, la FINMA n'intervenant qu'à titre subsidiaire.

15.4.4.3 Conditions claires pour le versement des rémunérations variables

Une autre mesure consiste à instaurer des règles plus claires et plus strictes énonçant que les rémunérations variables sont fixées en fonction des risques et assorties d'incitations appropriées. Cela encouragerait les comportements responsables. En plus de déterminer si un établissement, un secteur d'activité, un service ou une personne a atteint les objectifs financiers, il faut toujours s'interroger sur l'exposition aux risques et les comportements commerciaux qui ont permis de réaliser ces objectifs. On évite ainsi que le personnel recherche le profit à court terme.

Pour concrétiser cet objectif, il faut associer les instruments liés aux résultats à des indicateurs pertinents. Par exemple, les composantes variables de la rémunération sont versées tant que le ratio CET1 dépasse les attentes du marché ou tant que la dotation en liquidités est supérieure aux exigences de l'OLiQ applicables aux SIB. Les exigences ne sont toutefois pas uniquement de nature quantitative. Les établissements doivent assortir leurs instruments de rémunération d'exigences qualitatives telles que le respect du code de conduite et des directives et veiller à ce qu'un comportement très inapproprié entraîne l'annulation intégrale de la rémunération variable.

15.4.4.4 Extension du report des rémunérations variables grâce à l'introduction de délais de blocage

En reportant le versement des composantes variables de la rémunération, cette mesure réduit le risque de comportements inappropriés et lie les personnes à l'établissement, ce qui permet d'observer plus longuement les performances. De plus, on dispose de davantage de temps pour révoquer les bonus déjà octroyés, mais pas encore versés

(malus). En d'autres termes, plus les délais de blocage sont longs, moins les clauses de restitution (voir mesure suivante) sont nécessaires.

Enfin, l'extension du report des rémunérations variables grâce à la mise en place de délais de blocage permet une harmonisation avec plusieurs juridictions étrangères. Des données empiriques indiquent cependant qu'une extension du délai de blocage peut conduire en fin de compte à des rémunérations plus élevées pour les cadres dirigeants de l'échelon le plus haut⁴⁰¹.

15.4.4.5 Mise en place de clauses de restitution (*clawbacks*)

L'introduction de clauses de *clawback* permettrait d'exiger, à certaines conditions, la restitution des rémunérations déjà versées. Celle-ci est demandée par les établissements de leur propre initiative ou sur décision souveraine de l'autorité de surveillance. Les dispositions correspondantes peuvent lutter contre une propension au risque excessive et tiennent compte d'un sentiment de justice dans l'opinion publique.

Leurs effets favorables ne doivent cependant pas être surestimés: premièrement, les données empiriques de l'impact de ces clauses sont restreintes et proviennent en premier lieu des États-Unis et de branches qui ne font pas partie du secteur financier. Deuxièmement, selon certains indices, les clauses de restitution se traduiraient par des rémunérations plus élevées des cadres dirigeants. Troisièmement, elles n'ont jusqu'à présent été mises en œuvre avec succès dans le secteur financier que dans de rares cas à travers le monde en raison des nombreuses difficultés juridiques⁴⁰².

15.4.4.6 Limitation des rémunérations variables

L'introduction d'un ratio maximal entre les rémunérations variables et la rémunération fixe réduit la propension au risque des cadres dirigeants. Des données empiriques indiquent toutefois que ces mesures ont un effet imprévu: la rémunération fixe et donc les coûts fixes de l'entreprise augmentent, ce qui restreint la possibilité de faire des économies en période de crise notamment. De plus, il est possible que cette limitation des rémunérations variables élimine également leurs effets positifs sur l'esprit d'entreprise et que les établissements financiers réalisent dès lors des résultats inférieurs à leurs capacités. Enfin, la mise en place de cette limitation risquerait de faire fuir les collaborateurs talentueux vers des pays ne prévoyant pas une telle restriction ou de conduire à ce qu'ils soient engagés dans un autre pays, puis détachés en Suisse^{403, 404}.

Ces considérations s'appliquent par analogie à une interdiction des rémunérations variables, qui représenterait le cas extrême d'une limitation.

401 RUIGROK et LIN, pp. 36 s.

402 RUIGROK et LIN, p. 36.

403 RUIGROK et LIN, p. 30.

404 AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 35.

15.5 Bilan et train de mesures proposé dans le domaine de la gouvernance d'entreprise

Même si la gouvernance d'entreprise en général, la responsabilité individuelle et les rémunérations ont été analysées séparément ci-devant, il convient d'évaluer ces mesures de manière transversale, car elles présentent des interactions. En particulier, une gouvernance d'entreprise appropriée dans un établissement est une condition *sine qua non* pour l'attribution judicieuse des responsabilités individuelles et l'élaboration adéquate des systèmes de rémunération. Un régime de responsabilité définit clairement et explicitement les responsabilités. Il est ainsi plus simple, notamment pour les grands établissements financiers, d'établir un système de rémunération sur cette base, et pour l'autorité de surveillance d'exiger la désignation des responsables et de sanctionner les infractions.

Dans ce contexte, le Conseil fédéral estime que le train de mesures suivant est pertinent:

- Il faut durcir et préciser les bases légales relatives aux exigences de gouvernance d'entreprise applicables aux SIB et éventuellement à toutes les banques, car ces exigences présentent pour les banques un degré de maturité moindre par rapport à la LEFin, par exemple (voir mesure présentée au ch. 15.2.4). Ce durcissement comblera les lacunes existantes et permettra une harmonisation avec les réglementations à l'étranger.
- Conformément à la mesure figurant au ch. 15.3.4, un régime de responsabilité devrait être mis en place notamment pour les SIB, ce qui implique de concrétiser les exigences de gouvernance d'entreprise. Ce régime veillera à l'attribution et à la documentation des responsabilités au niveau de la direction suprême. En cas de comportements inappropriés, les responsabilités pourront être déterminées et sanctionnées plus facilement. Pour ce qui est des sanctions, l'accent sera mis en particulier sur les mesures de la banque en matière de rémunération, raison pour laquelle le régime de responsabilité devra être étroitement lié au système de rémunération.
- Les bases légales concernant les exigences applicables aux systèmes de rémunération des SIB, et éventuellement des banques en général, doivent être renforcées, l'objectif étant d'éviter les incitations inopportunes (*moral hazard*) et de s'assurer que ces systèmes se basent étroitement sur la réussite économique sans favoriser une prise de risque excessive. L'accent sera mis sur les mesures des banques en matière de rémunération pour sanctionner les comportements inappropriés. La FINMA interviendra uniquement si l'établissement se soustrait à ses obligations. Il faudra en particulier prévoir la possibilité de bloquer et de révoquer les rémunérations variables sur une période prolongée (malus) ou d'exiger leur restitution lorsqu'elles ont déjà été versées (*clawbacks*). En revanche, une limitation des rémunérations variables ne répond pas aux objectifs, car les données empiriques mettent en évidence des inconvénients⁴⁰⁵, notamment l'augmentation des salaires fixes. Le rapport entre les nouvelles

⁴⁰⁵ AMMANN et al., *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, 19 mai 2023, p. 35; RUIGROK et LIN, p. 4.

dispositions et les prescriptions en vigueur du droit du travail devra être clarifié lors de la mise en œuvre des exigences applicables aux systèmes de rémunération.

Lors de la mise en œuvre de ces mesures, et en particulier du régime de responsabilité, l'accent doit être mis sur les SIB, en raison des graves conséquences qu'aurait la faillite d'un tel établissement. Il convient toutefois d'examiner pour chacune des trois mesures si une mise en œuvre proportionnelle serait appropriée pour d'autres catégories de banques ou pour l'ensemble des banques. Ces mesures ont un effet préventif majeur et contribuent de manière déterminante à protéger le système et les personnes (voir art. 4 LFINMA). De plus, les exigences de gouvernance d'entreprise sont d'ordre organisationnel et font dès lors partie des conditions d'autorisation que chaque banque doit respecter. Mieux une banque a défini sa gestion des risques, plus elle est susceptible de répondre déjà à ces exigences.

Lors de la mise en œuvre, il faudra veiller à ce que les exigences posées aux assujettis divergent fortement en fonction de leur taille, de leur complexité et de leur profil de risque. En d'autres termes, les petites banques qui présentent peu de risques et ont un modèle d'affaires simple seront soumises à des exigences minimales, tandis que les grands établissements qui sont exposés à des risques élevés et ont un modèle d'affaires et une organisation hétérogènes devront respecter des obligations plus strictes. Le régime de responsabilité, en particulier, devra être très efficient, et si sa mise en œuvre ne se limite pas aux SIB, il faudra veiller à la proportionnalité, car un tel régime peut, en tant que nouveau concept réglementaire, occasionner une charge potentiellement supérieure aux avantages si son application est inadaptée.

16 Dispositif de surveillance et autres thèmes liés

16.1 Introduction

Un élément important du dispositif TBTF est une surveillance efficace. C'est pourquoi le présent chapitre examine les modifications qu'il est possible d'apporter aux instruments de surveillance ainsi que d'autres mesures susceptibles de renforcer la surveillance. Si le ch. 15 était consacré à l'amélioration de la gouvernance des établissements assujettis à la surveillance, le commentaire ci-après se concentre sur le renforcement de la surveillance, celui-ci pouvant aussi contribuer, indirectement, à l'amélioration de la gouvernance des assujettis.

Bien que la surveillance des SIB soit au cœur du dispositif, l'examen des autres thèmes liés à la surveillance ne se limite pas aux SIB. Par principe, il inclut également les banques sans importance systémique et d'autres établissements financiers.

Les thèmes suivants seront examinés:

- *Information du public* (ch. 16.2) et *sanctions administratives pécuniaires* (ch. 16.3): suite à l'acquisition de Credit Suisse par UBS, la FINMA a exprimé publiquement le souhait de pouvoir communiquer plus d'informations sur son activité d'*enforcement* et d'avoir la compétence de prononcer des sanctions

administratives pécuniaires («amendes»);⁴⁰⁶. Dans son postulat, Prisca Birrer-Heimo exige elle aussi l'instauration de telles sanctions⁴⁰⁷.

- *Autres instruments permettant d'établir la responsabilité des établissements et des individus* (ch. 16.4): des modifications ponctuelles peuvent être apportées aux instruments de surveillance existants afin de mieux établir la responsabilité des assujettis et des individus. Il s'agit en particulier de l'interdiction d'exercer, de la confiscation, de la vérification des conditions de la garantie d'une activité irréprochable, des obligations de renseigner et d'annoncer prévues par la LFINMA et du lancement d'alerte.
- *Recours aux sociétés d'audit* (ch. 16.5): ce sont principalement des sociétés d'audit qui sont chargées de contrôler que la législation sur les marchés financiers est respectée. Il convient d'examiner s'il faut adapter le cadre légal s'appliquant à l'activité de ces sociétés.
- *Durée des procédures* (ch. 16.6): la durée des procédures de mise en œuvre du droit de la surveillance peut être problématique, surtout dans le cas des SIB. Il s'agit de vérifier s'il est possible de réduire cette durée.
- *Compétences du conseil d'administration de la FINMA* (ch. 16.7): le conseil d'administration de la FINMA statue, entre autres, sur les affaires de grande portée. Il convient de déterminer si cette compétence est opportune.
- *Dotation en ressources de la FINMA* (ch. 16.8): une surveillance efficace, notamment pour les SIB, passe par une dotation en ressources adéquate de la FINMA. Il appartient à cette dernière de veiller à ce qu'elle dispose des ressources appropriées.

Les ch. 16.2 à 16.6 présentent les mesures envisageables dans les domaines traités, chacune étant jugée selon ses avantages et ses inconvénients. Un bilan est tiré à la fin de chaque chapitre. La mise en œuvre des mesures sera recommandée en cas de bilan largement positif et ne le sera pas si le bilan est essentiellement négatif. L'examen des mesures sera conseillé si elles doivent être analysées plus en profondeur. Pour ce qui est de certaines mesures, comme la compétence du conseil d'administration de la FINMA, il faudra attendre les éventuelles conclusions de la CEP à cet égard et en tenir compte.

16.2 Information du public

16.2.1 Contexte

Deux articles de la LFINMA en vigueur traitent de la publication d'informations en lien avec la surveillance de la FINMA: les art. 22 et 34.

⁴⁰⁶ Voir par ex. FINMA, Point de presse de la FINMA: exposé de Marlene Amstad, 5 avril 2023; *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023.

⁴⁰⁷ Postulat 21.4628.

16.2.1.1 Information du public prévue à l'art. 22 LFINMA

L'art. 22 LFINMA prévoit que l'autorité de surveillance informe le public au moins une fois par an sur son activité et sa pratique en matière de surveillance. Cette disposition sert uniquement des buts d'information et de transparence et ne représente pas une mesure de la FINMA. L'al. 1 impose à la FINMA de publier régulièrement des informations générales et agrégées.

Ces communications sont à distinguer de la mesure, examinée ci-après, consistant à dénoncer publiquement les auteurs de violations (*naming and shaming*, art. 34 LFINMA) et qui présuppose que la décision correspondante soit entrée en force. En principe, la FINMA ne donne aucune information sur des procédures particulières à moins que la communication d'une information ne réponde à une nécessité dictée par le droit de la surveillance et justifie donc de déroger à ce principe (al. 2). C'est notamment le cas si la communication a pour but:

- de protéger les acteurs financiers ou les assujettis;
- de rectifier des informations fausses ou fallacieuses;
- de garantir la réputation de la place financière suisse.

Si la FINMA a préalablement donné des informations sur une procédure, elle doit informer le public lorsque celle-ci est suspendue⁴⁰⁸. Par ailleurs, l'art. 22 LFINMA ne doit pas servir de base pour publier une information dans le but de sanctionner un établissement ou une personne. Il devrait uniquement servir à des fins de transparence et d'information du public⁴⁰⁹. La FINMA doit prendre en considération les droits de la personnalité des personnes concernées⁴¹⁰.

L'intérêt des médias pour les manquements réels ou supposés des banques et de leurs employés est très marqué⁴¹¹. Cela donne régulièrement lieu à des conflits entre l'intérêt du public à être suffisamment informé d'éventuelles irrégularités et les intérêts des personnes concernées à maîtriser leur exposition médiatique en lien avec les procédures d'*enforcement* de la FINMA⁴¹².

L'information du public est un sujet délicat. Par conséquent, le fait que la FINMA communique à propos d'une procédure et la manière dont elle le fait ne sont pas les seuls aspects décisifs: pour les établissements cotés en bourse, le moment où l'information est communiquée peut influencer fortement le cours de l'action et les obliger à s'acquitter de leurs obligations en matière de publicité événementielle, facteur qui peut à son tour pousser la FINMA à informer immédiatement le public⁴¹³. Pour ces

⁴⁰⁸ Art. 22, al. 3, LFINMA.

⁴⁰⁹ BECK, *Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz*, in: ZOBL et al. (éd.), *Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht*, Zurich 2019, p. 166, Cm. 423.

⁴¹⁰ Art. 22, al. 4, LFINMA.

⁴¹¹ Certains mois, la FINMA reçoit plus de 100 demandes de la part de journalistes; voir WYSS et ZULAUF, *Informationsmittel*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, pp. 495 s.

⁴¹² WYSS et ZULAUF, *Problematik der FINMA-Kommunikation*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022 pp. 483 s.

⁴¹³ WYSS et ZULAUF, *Problematik der FINMA-Kommunikation*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 492.

raisons, la FINMA use avec retenue de cette dérogation légale qui lui permet d'informer le public sur des procédures particulières⁴¹⁴.

Lorsqu'elle communique à propos de procédures, la FINMA doit veiller à éviter tout préjugé, même si l'intérêt des médias peut être très marqué. Toute publication doit être précédée d'une enquête visant à établir les faits et d'une appréciation des aspects déterminants⁴¹⁵.

16.2.1.2 Publication d'une décision en matière de surveillance prévue à l'art. 34 LFINMA

À l'issue d'une procédure d'*enforcement*, la FINMA peut publier une décision (dans une idée de *naming and shaming*) 1) en cas de violation grave du droit de la surveillance, 2) si la décision est entrée en force et 3) si la publication a été ordonnée dans la décision même. Pour des motifs de proportionnalité et de protection de la personnalité, tant le législateur que les tribunaux fixent des limites étroites à cet instrument de surveillance punitif, lourd de conséquences potentielles pour les personnes concernées⁴¹⁶. Par conséquent, la FINMA ne publie, sur la base de l'art. 34 LFINMA, qu'un nombre restreint de décisions, principalement dans le domaine de l'activité sans autorisation, à des fins d'avertissement⁴¹⁷.

16.2.2 Comparaison internationale

16.2.2.1 Allemagne

L'autorité fédérale de supervision financière (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* [BaFin]) publie plus d'informations que la FINMA. Diverses lois prévoient qu'elle publie régulièrement les mesures ordonnées à l'encontre d'entreprises ou de directeurs, ainsi que les amendes prononcées, en nommant les personnes concernées⁴¹⁸. Bien que la formulation des dispositions légales en question laisse entendre que la publication doit être régulière, certaines tournures réservent à la BaFin

⁴¹⁴ WYSS et ZULAUF, *Rechtsmittel gegen die FINMA*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 501, qui fait état de 64 informations en vertu de l'art. 22, al. 2, LFINMA pour près de 500 décisions d'*enforcement* de 2009 à 2022.

⁴¹⁵ WYSS et ZULAUF, *Policy und Praxis der FINMA zur Kommunikation*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 493.

⁴¹⁶ Voir KUHN, *Veröffentlichung einer Verfügung und Unterlassungsanweisung*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 386 et ATF 2C 318/2020, consid. 4.1.2: une violation unique, ponctuelle et d'importance moindre des obligations imposées par le droit des marchés financiers ne justifie pas une telle mesure. Les tribunaux exigent en outre que la publication ne fournisse que des informations restreintes du point de vue matériel, spatial, personnel et temporel (voir ATF 2C 92/2019, consid. 5.4.3.1).

⁴¹⁷ ABEGGLEN et SCHAUB, *Intransparentere FINMA-Praxis*, in: RSDA 5/2020, p. 576.

⁴¹⁸ Par ex. § 60b, al. 1 de la loi allemande sur les crédits (Kreditwesengesetz [KWG]), § 84, al. 1 de la loi allemande sur les commerçants de titres (Wertpapierhandelsgesetz [WpHG]) et § 57, al. 1 de la loi allemande sur le blanchiment d'argent (Geldwäschegesetz [GwG]).

une marge d'appréciation à cet égard⁴¹⁹. Les lois prévoient également que les mesures sont publiées de manière anonyme, ou qu'elles sont reportées, lorsque certaines conditions sont remplies⁴²⁰. La BaFin publie en outre sur son site Internet des communications visant des entreprises dont elle soupçonne ou a constaté qu'elles mènent des activités sans autorisation⁴²¹.

16.2.2.2 Royaume-Uni

Au Royaume-Uni également, l'autorité de régulation du secteur financier (Financial Conduct Authority [FCA]) et l'autorité de réglementation prudentielle (Prudential Regulation Authority [PRA]) sont en principe tenues d'informer le public à propos de certaines décisions en nommant les personnes concernées⁴²². La FCA publie des *statutory notices*, dont notamment des *warning notices*, des *decision notices* et des *final notices*⁴²³. Elle n'est pas tenue de publier les décisions si, selon son appréciation, leur publication est inéquitable à l'égard de la personne visée par la mesure, nuit aux intérêts des consommateurs ou est dommageable pour le système financier du pays⁴²⁴.

Les bases légales mentionnées pour la FCA s'appliquent en principe également à la PRA. Font exception là encore les publications qui, selon l'appréciation de la PRA, sont inéquitables à l'égard de la personne visée par la mesure, nuisent à la sécurité ou à la capacité de crédit des entreprises assujetties à la surveillance de la PRA ou empêchent de protéger adéquatement les assurés⁴²⁵.

⁴¹⁹ Il convient de noter que les formulations des diverses lois ne sont pas homogènes et que les dispositions en question peuvent présenter de légères différences. Voir par ex. le § 60b KWG; § 341a, al. 1, de la loi allemande sur les placements en capital (Kapitalanlagegesetzbuch [KAGB]) qui prévoit que la personne concernée par la mesure est informée avant la publication, le ch. 1 étant formulé de manière impérative et le ch. 2 de manière potestative; § 123, al. 1, WpHG, disposition potestative et indiquant que la publication doit être appropriée et nécessaire afin d'éliminer ou prévenir les irrégularités; § 319 de la loi allemande sur la surveillance des assurances (Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG]), qui prévoit que la publication a lieu si, après pesée des intérêts en cause, elle s'impose pour éliminer ou prévenir les irrégularités; § 57 GwG.

⁴²⁰ La publication est anonyme si cela permet de garantir une protection efficace des droits de la personnalité. S'il est prévisible que les motifs d'une publication anonyme deviendront caducs dans un délai appréciable, la publication peut être reportée (cf. § 341, al. 2, KAGB).

⁴²¹ Diverses lois sur le marché financier, telles que la KWG et la KAGB, prévoient une base légale pour les communications de la BaFin. Ainsi, le § 37, al. 4, KWG et le § 16, al. 8, KAGB prévoient que dans la mesure où les faits prêtent à penser qu'une entreprise effectue des opérations bancaires ou fournit des prestations financières sans autorisation, ou si ce fait a été constaté, la BaFin peut communiquer ce soupçon ou ce constat en indiquant le nom ou la raison sociale de l'entreprise.

⁴²² *Sec. 391(4) Financial Services and Markets Act 2000* (ci-après: FSMA 2000); concernant les dérogations, voir *Sec. 391(6) et (6A) FSMA 2000*.

⁴²³ FCA, *Enforcement*, 19 juillet 2022. La rubrique *Publications* contient le chapitre *Notices and Decisions*, où sont publiés les divers types d'avertissements et de décisions de la FCA (voir Financial Conduct Authority, *Publications*, site Internet).

⁴²⁴ Section 391 Subsection 6 FSMA. L'*Enforcement Guide* décrit de manière plus détaillée la pratique effective de la FCA; voir *FCA, EG 1 – FCA Handbook*.

⁴²⁵ Section 391 Subsection 6A FSMA.

16.2.2.3 États-Unis

Aux USA, la Fed communique beaucoup d'informations sur les mesures d'*enforcement* menées à l'encontre de banques et d'individus⁴²⁶. Le bureau du contrôleur de la monnaie (Office of the Comptroller of the Currency [OCC])⁴²⁷ et le fonds de garantie des dépôts bancaires (FDIC) procèdent de façon similaire.

16.2.2.4 Singapour

L'autorité monétaire (*Monetary Authority of Singapore* [MAS]) peut publier des informations selon son appréciation, dans la mesure où elle estime que la publication est utile ou nécessaire à l'intérêt public⁴²⁸. Elle a la compétence de publier des informations concernant les mesures d'exécution⁴²⁹. Elle est donc libre de communiquer publiquement à propos de ce genre de mesures si, selon son appréciation, la publication est utile ou nécessaire à l'intérêt public. Elle peut par ailleurs publier des mesures d'enquête et elle tient une liste visant à mettre en garde les investisseurs contre certains fournisseurs ou certaines offres⁴³⁰.

16.2.3 Évaluation

À l'heure actuelle, le droit de la surveillance et la jurisprudence restreignent fortement les informations que la FINMA peut communiquer concrètement à propos de ses procédures. En particulier, ce n'est que dans les cas exceptionnels que la loi l'autorise à nommer les acteurs visés par des procédures d'*enforcement*. Cette pratique restrictive prévue dans la loi l'empêche d'obtenir un effet préventif généralisé, contrairement aux autorités d'autres juridictions habilitées à aviser systématiquement le public lorsque les assujettis transgressent la législation en matière de marchés financiers.

Une information proactive de la part de la FINMA (qui ne soit pas restreinte à des cas exceptionnels) requiert une base légale explicite, qui nécessiterait d'adapter l'art. 22 LFINMA⁴³¹. Il faut garder à l'esprit que le besoin des médias d'informer le public à propos des procédures d'*enforcement* se heurte en général à l'intérêt souvent prépondérant des acteurs concernés de faire respecter leurs droits de la personnalité⁴³².

C'est surtout le cas lorsque les parties sont citées nommément et que leurs intérêts au maintien du secret ne sont pas pris en compte, ou pas suffisamment. Des communi-

⁴²⁶ Board of Governors of the Federal Reserve System, *Enforcement Actions*, site Internet.

⁴²⁷ OCC, *Enforcement Actions Search*, site Internet.

⁴²⁸ Section 184 Subsection 2 du *Financial Services and Markets Act 2022* (FSMA).

⁴²⁹ Section 184 Subsection 2 FSMA et Section 322 Subsection 2 du *Securities and Futures Act* (SFA).

⁴³⁰ MAS, *Investor Alert List*, site Internet.

⁴³¹ Voir également les réflexions à propos de l'information du public sur les procédures en cours et de la portée de la publication pour les parties concernées dans la FF 2022 776 p.103 s.

⁴³² NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, Berne 2019, p. 551, Cm. 169.

qués de presse non anonymisés peuvent engendrer d'importants dommages financiers et des préjudices de réputation considérables pour les personnes concernées. Il faut également tenir compte de la jurisprudence relative au blocage ou au report des communiqués de presse de la FINMA⁴³³.

16.2.4 Mesure envisageable

L'art. 22 LFINMA (Information du public) peut être adapté comme suit:

- Introduction dans la loi d'un principe qui, contrairement à la législation actuelle, oblige la FINMA à informer le public sur les procédures d'*enforcement* clôturées (disposition impérative), avec dérogation possible uniquement dans les cas exceptionnels;
- Introduction d'une disposition potestative permettant à la FINMA d'informer le public sur des enquêtes et sur l'ouverture de procédures.

Cette mesure présente les avantages suivants pour la place financière et la surveillance du marché financier:

- Effet préventif: la perspective d'une publication des violations du droit de la surveillance encouragera fortement les établissements financiers et leur personnel directeur à prévenir les comportements fautifs. Cette mesure renforce la gouvernance d'entreprise et contribue à responsabiliser les individus;
- Elle n'entraîne pas directement de charges supplémentaires pour les acteurs concernés;
- L'activité de la FINMA devient plus visible, sa pratique plus transparente et plus prévisible⁴³⁴;
- Une autorité de surveillance qui communique activement renforce la crédibilité du marché financier;
- L'égalité de traitement des parties à une procédure est garantie dès lors que la FINMA communique systématiquement à propos de toutes les décisions d'*enforcement*.

Une pratique d'information plus généralisée de la FINMA comporte toutefois les risques suivants:

- La publication d'informations relatives à des établissements et à des individus peut donner lieu à des violations des droits de la personnalité et affecter la réputation et le développement des établissements visés;

⁴³³ Voir les voies de droit contre la communication de la FINMA et la jurisprudence correspondante in WYSS et ZULAUF, *Rechtsmittel gegen die FINMA-Kommunikation*, in Zulauf et Wyss (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, pp. 501 ss.

⁴³⁴ Généraliser l'information du public est conforme au but de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans, RS 152.3), qui vise à promouvoir la transparence au sein de l'administration. La FINMA n'y est pas soumise (art. 2, al. 2, LTrans), car elle traite en grande partie des données protégées par le secret d'affaires ou par le secret professionnel. Voir également FF 2006 2741, 2807 s.

- La publication peut intervenir à un moment où la FINMA n’a pas encore clarifié entièrement la situation⁴³⁵ et où les assujettis n’ont pas encore eu la possibilité de soumettre les faits et l’infraction qui leur est reprochée à l’appréciation d’un tribunal.

Même si la FINMA communique de manière plus généralisée à propos de l’ouverture d’enquêtes et de procédures, elle doit veiller à sauvegarder les intérêts des acteurs concernés, comme le prévoit le droit actuel (art. 22, al. 4, LFINMA), et s’assurer qu’il existe un intérêt public, autrement dit une nécessité dictée par le droit de la surveillance (art. 22, al. 2, LFINMA).

16.2.5 Bilan

Eu égard aux avantages énumérés ci-dessus, une information plus généralisée du public paraît souhaitable. Elle a un effet préventif, tout comme un fort effet incitatif pour les établissements financiers et les décideurs, et contribue à renforcer le marché financier suisse. Pour toutes ces raisons, il convient de mettre la mesure en œuvre, tout en prenant en considération les risques évoqués ci-dessus.

Le travail d’information de la FINMA, limité par le droit en vigueur, n’est pas restreint à certains secteurs, ni aux établissements financiers d’importance systémique. Les SIB en particulier devraient bénéficier d’une pratique d’information plus généralisée renforçant la stabilité financière. Le Conseil fédéral estime qu’eu égard aux buts de la LFINMA (protection des individus et du système) et à l’égalité de traitement prévue par la loi, l’extension proposée du travail d’information doit s’appliquer à tous les secteurs et types d’établissements financiers.

16.3 Sanctions administratives pécuniaires

16.3.1 Contexte

16.3.1.1 Introduction

À l’heure actuelle, la FINMA n’est pas habilitée à prononcer des sanctions à caractère pénal telles que des sanctions administratives pécuniaires (également appelées «amendes administratives» ci-après) contre des personnes morales ou des individus assujettis⁴³⁶. La LFINMA met toutefois à sa disposition d’autres instruments répressifs susceptibles d’affecter profondément les acteurs concernés, en particulier les individus (interdiction d’exercer ou de pratiquer par ex., voir ch. 15.3.1 et 16.4.1). Le droit suisse sur les marchés financiers ne prévoit aucun instrument qui aurait un effet

⁴³⁵ En règle générale, la FINMA accorde le droit d’être entendu avant la publication d’une information. La publication constitue un acte matériel. Les personnes qui ont un intérêt digne de protection peuvent exiger une décision (sujette à recours) relative à un acte matériel conformément à l’art. 25a PA.

⁴³⁶ BENNINGER et ZULAUF, *Verwaltungsbussen durch die FINMA?*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne, 2022, p. 466.

aussi fort sur les personnes morales, à l'exception du retrait de l'autorisation d'exercer (art. 37 LFINMA)⁴³⁷.

Diverses interventions parlementaires (par ex. le postulat Birrer-Heimo⁴³⁸, le postulat de la CER-E⁴³⁹ et la motion de la CER-E⁴⁴⁰) et les circonstances ayant mené à l'acquisition de Credit Suisse par UBS au printemps 2023 soulèvent la question de l'opportunité d'octroyer à la FINMA la compétence de prononcer des amendes administratives pécuniaires. Il s'agit de l'une des mesures proposées pour étoffer la palette d'instruments de la FINMA⁴⁴¹.

Une sanction administrative pécuniaire consiste à contraindre une partie à la procédure à payer une somme d'argent. Cette peine pécuniaire peut être décrite comme une réaction des autorités à une violation passée d'une prescription de droit administratif. Cette sanction est prononcée dans le cadre d'une procédure administrative (et non dans une procédure pénale)⁴⁴².

Il convient de distinguer la sanction administrative pécuniaire de la sanction prévue dans les normes pénales du droit des marchés financiers. Si elle constate la commission d'actes pénalement répréhensibles, la FINMA dénonce le cas devant les autorités de poursuite pénale compétentes. Celles-ci engagent généralement des poursuites contre des personnes physiques et, seulement sous certaines conditions, contre des entreprises.⁴⁴³

Au niveau international, le Groupe d'action financière (GAFI) et le Fonds monétaire international (FMI) ont exprimé le souhait que la FINMA soit habilitée à prononcer des amendes⁴⁴⁴.

16.3.1.2 Rejet précédent de l'introduction pour la FINMA d'une compétence de prononcer des amendes administratives

L'idée d'habiliter la FINMA à prononcer des amendes administratives ou des sanctions administratives pécuniaires n'est pas nouvelle. Lors des travaux préparatoires à l'adoption de la LFINMA, une commission d'experts avait rejeté l'introduction pour la FINMA de la compétence de prononcer des amendes administratives⁴⁴⁵ et n'avait pas intégré, en 2004, cette possibilité dans ses propositions de loi sur la surveillance des marchés financiers. Elle avait conclu qu'étant donné la pratique de la Cour européenne de justice à propos de l'art. 6 de la Convention européenne du 4 novembre

⁴³⁷ Voir à cet égard l'expertise HÄNER, Cm. 124 (voir annexe I).

⁴³⁸ Postulat 21.4628.

⁴³⁹ Postulat 23.3441.

⁴⁴⁰ Motion 23.4336.

⁴⁴¹ FINMA, *Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS)*, 19 décembre 2023, p. 46.

⁴⁴² FF 2022 776, p. 12.

⁴⁴³ Pour de plus amples explications concernant le droit pénal, voir le ch. 15.2.5.3.

⁴⁴⁴ BENNINGER et ZULAUF, *Verwaltungsbussen durch die FINMA?*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne, 2022, p. 472 et les évaluations de pays citées.

⁴⁴⁵ Alors appelée Commission fédérale des banques (CFB).

1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁴⁴⁶, il paraissait délicat d'infliger des amendes d'un certain montant dans le cadre d'une procédure administrative. Les experts estimaient qu'il aurait fallu mettre en place une procédure spéciale dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, mais que cela aurait été difficile à mettre en œuvre⁴⁴⁷. Le législateur a finalement choisi de ne pas introduire ce type de sanction.

Lors de la préparation des travaux de révision de la loi sur les bourses, le DFF a lui aussi rejeté en 2013 l'introduction de sanctions administratives pécuniaires de la FINMA, principalement parce que cela aurait nécessité de modifier le droit de la procédure⁴⁴⁸.

En 2014, le Conseil fédéral a rejeté l'idée d'octroyer à la FINMA la compétence de prononcer des amendes administratives, argumentant qu'une telle solution impliquerait de mener deux procédures distinctes: d'une part une procédure administrative, et d'autre part une procédure de droit pénal administratif⁴⁴⁹.

16.3.1.3 Rapport du Conseil fédéral sur les sanctions administratives pécuniaires

En exécution du postulat 18.4100 de la Commission des institutions politiques du Conseil national, le Conseil fédéral a publié le 23 février 2022 un rapport détaillé, dans lequel il examine la manière dont les sanctions administratives pécuniaires peuvent être introduites dans le droit suisse, dans le respect de la Constitution et de la CEDH⁴⁵⁰. Le rapport met en lumière le conflit qui existe entre les obligations de collaborer en droit administratif et le droit de ne pas s'auto-incriminer garanti par le droit pénal.

Dans une procédure administrative, la partie concernée est soumise à une obligation de collaborer, c'est-à-dire qu'elle doit participer activement à l'élucidation des faits, et peut dans ce cadre être amenée à communiquer des informations auto-incriminantes. L'autorité peut à cet égard utiliser des moyens de contrainte de droit pénal et de droit administratif. En revanche, selon un principe consacré en procédure pénale, nul ne peut être contraint de participer à sa propre accusation (droit de ne pas s'auto-incriminer, principe *nemo tenetur*).

Le rapport du Conseil fédéral n'aborde pas la question de savoir si des sanctions administratives pécuniaires doivent être introduites dans la législation sur la surveillance des marchés financiers ou dans d'autres domaines. Il relève cependant que l'instru-

⁴⁴⁶ RS **0.101**

⁴⁴⁷ Commission d'experts ZIMMERLI, *Sanctions dans la surveillance des marchés financiers – 2^e rapport partiel de la Commission d'experts instituée par le Conseil fédéral*, août 2004.

⁴⁴⁸ BENNINGER et ZULAUF, *Verwaltungsbussen durch die FINMA?*, in: Zulauf et Wyss (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne, 2022, p. 471.

⁴⁴⁹ La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance – Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats 12.4095 Graber Konrad, 12.4121 de Courten, 12.4122 Schneeberger et 13.3282 de Buman, 18 décembre 2014, ch. 2.3.3.4.

⁴⁵⁰ FF **2022** 776

ment de la sanction administrative pécuniaire s'est établi dans plusieurs secteurs, par exemple en droit des cartels, des télécommunications ou de l'agriculture. Il montre aussi que diverses incertitudes juridiques ont émané de la pratique, notamment en raison des différents principes de procédure qui s'appliquent simultanément aux mêmes faits. Les sanctions administratives pécuniaires relèvent du droit administratif et sont ordonnées sous la forme de décisions sujettes à recours. Cependant, en raison du montant des sanctions et de leurs effets répressifs et pénaux, elles sont souvent considérées comme des «accusations en matière pénale» au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH. C'est pourquoi elles sont soumises aux garanties de procédure pénale prévues par la Constitution (art. 30 et 32 Cst.) et par la CEDH (art. 6 et 7 CEDH, art. 2 du protocole 7 CEDH⁴⁵¹). Ces garanties offrent une protection plus étendue de la partie que le droit administratif.

Le rapport conclut de manière générale que les sanctions administratives pécuniaires peuvent être intégrées dans le système de droit administratif général. La PA et les lois spéciales pertinentes offrent une base solide à cet instrument, dans la mesure où les garanties supérieures de droit pénal sont respectées. Des solutions viables, basées sur la réglementation actuelle dans les domaines identifiés, ont pu être trouvées par la pratique administrative et la jurisprudence. Le rapport montre que rien, du point de vue du droit constitutionnel ou conventionnel, ne s'oppose en principe à l'introduction d'amendes administratives visant à faire appliquer des règles de comportement de droit administratif. Selon la jurisprudence, les sanctions exigent qu'une faute dans le sens d'une imputabilité (comportement fautif ou faute dans l'organisation) soit démontrée.

Pour régler le conflit entre l'obligation de collaborer en procédure administrative et le droit de ne pas s'auto-incriminer issu du droit pénal, des solutions au cas par cas ont été trouvées dans la pratique. Le rapport du Conseil fédéral présente trois façons de résoudre la question du conflit:

- option 1: *statu quo* (la manière de régler le conflit n'est pas définie dans la loi);
- option 2: inscrire dans les lois spéciales la primauté de l'obligation de collaborer en présence d'un rapport préexistant de droit administratif ou de surveillance;
- option 3: inscrire dans les lois spéciales la primauté d'un droit de refuser de collaborer ou d'une interdiction d'exploiter les preuves.

Une solution préconisant la primauté de l'obligation de collaborer prévue par des lois spéciales (option 2 ci-dessus) semble envisageable pour les destinataires de sanctions qui se sont soumis à une réglementation spécifique et sont dans un rapport de droit administratif préexistant, ou font l'objet d'une surveillance particulière. Cette option serait envisageable si des sanctions administratives pécuniaires devaient être introduites dans le droit des marchés financiers, car les acteurs assujettis à la surveillance de la FINMA sont soumis à une réglementation spéciale.

Le rapport relève que la primauté du droit de ne pas s'auto-incriminer et la suppression de l'obligation de collaborer (option 3 ci-dessus) entraînent des difficultés d'obtention

451 RS 0.101.07

des preuves, instaurent un privilège en faveur de la partie dans la pesée des intérêts et demandent beaucoup de temps et de ressources. Il en conclut que cette approche serait tout au plus concevable pour les domaines dans lesquels les destinataires des sanctions sont dans une relation de souveraineté ordinaire vis-à-vis de l'État. Cette option n'est pas pertinente pour l'introduction de sanctions administratives pécuniaires dans le droit des marchés financiers, puisque les assujettis sont soumis à une réglementation spéciale.

16.3.2 Comparaison internationale⁴⁵²

16.3.2.1 Allemagne

L'ordre juridique allemand distingue les sanctions pénales et les sanctions pénales administratives en fonction de la gravité de l'infraction; il ne connaît donc pas la sanction administrative en tant que telle. La BaFin peut prendre diverses mesures préventives et répressives. Les mesures prenant la forme de sanctions permettent de punir les violations du droit des marchés financiers.

La BaFin peut en particulier prononcer des amendes pour les infractions aux lois allemandes sur les crédits (*Kreditwesengesetz* [KWG]), sur la négociation des titres (*Wertpapierhandelsgesetz* [WpHG]) et sur la surveillance des assurances (*Versicherungsaufsichtsgesetz* [VAG]), ainsi qu'à d'autres lois spéciales. Au moyen d'amendes (*Zwangsgeld*) pouvant atteindre 2,5 millions d'euros peut contraindre les personnes physiques ou morales à entreprendre une action ou à s'abstenir de la réaliser. La BaFin elle-même ne qualifie pas cette amende de mesure administrative répressive.

16.3.2.2 Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, tant la FCA que la PRA sont habilitées à prononcer des sanctions relevant du droit des marchés financiers. Une sanction financière telle que la *financial penalty* a également un caractère pénal. Les deux autorités peuvent en outre elles-mêmes poursuivre pénalement certaines infractions.

Une procédure d'*enforcement* fait l'objet d'une seule communication, publiée à la clôture de la procédure en question et faisant état de la sanction. Selon les estimations, les dommages de réputation subis au Royaume-Uni du fait d'une procédure d'*enforcement* sont presque neuf fois plus onéreux que le préjudice dû aux sanctions financières. L'effet dissuasif des sanctions financières de la FCA est par ailleurs remis en question. Certaines voix proposent en outre d'aligner les instruments britanniques de surveillance du marché financier sur ceux du droit de la concurrence.

⁴⁵² HÄNER, Cm. 53 ss.

16.3.2.3 États-Unis

Aux États-Unis, la situation est complexe, car plusieurs autorités de surveillance interviennent dans le pays (Fed, *Commodities Futures Trading Commission* [CFTC], SEC).

Dans leur domaine de compétence, ces autorités peuvent prononcer des sanctions pour les violations de dispositions administratives (*civil sanctions, administrative sanctions*). Ces instruments incluent des amendes à caractère pénal (*civil money penalties, civil fines*) et des sanctions financières non pénales (sanctions visant à réduire le bénéfice: *disgorgement*). La compétence de prononcer des sanctions pénales à proprement dire (*criminal sanctions*) appartient aux autorités de poursuite pénales, telles que le département de la justice.

L'*Office of the Whistleblower* mérite une mention particulière: cet organe gouvernemental offre une récompense de 10 à 30 % du montant total de la sanction aux auteurs de signalements ayant abouti à des procédures d'*enforcement* couronnées de succès. Les autorités de surveillance ont également la possibilité de mettre fin à la procédure d'*enforcement* en concluant un accord avec l'entreprise concernée (*deferred prosecution agreement*). L'un des reproches formulés à l'égard de la pratique américaine en matière d'amendes est d'atténuer l'effet visé par les procédures pénales, à savoir de dissuader les personnes détenant le pouvoir de décision.

16.3.3 Évaluation

La question de savoir s'il fallait introduire un tel régime de sanctions dans le droit suisse des marchés financiers a été examinée à plusieurs reprises dans le passé. Pour diverses raisons, l'idée a cependant toujours été rejetée.

Le rapport du Conseil fédéral de 2022 présente différentes options pour le législateur, dont la mise en œuvre pourrait également être examinée dans le domaine du droit des marchés financiers. En présence d'un rapport préexistant de droit administratif ou de surveillance, il serait possible de prévoir dans la loi la primauté de l'obligation de collaborer. Un tel rapport existe précisément entre la FINMA et les acteurs assujettis à sa surveillance.

À la différence d'autres autorités surveillant des places financières d'envergure, la FINMA ne dispose pas de ce genre d'instruments. Plusieurs interventions parlementaires portant sur les événements qui ont conduit à l'effondrement de Credit Suisse et des analyses internationales suggèrent de réexaminer l'opportunité d'attribuer une compétence de sanction à la FINMA.

Si cette compétence est introduite, il faut toutefois garder à l'esprit qu'une surveillance efficace et le rétablissement rapide de l'ordre légal en cas d'irrégularités sont prioritaires en ce qui concerne le droit des marchés financiers. Il est essentiel pour la FINMA que les obligations de collaborer soient respectées (aussi à l'égard de ses chargés d'enquête) afin que les faits puissent être élucidés rapidement et de manière fiable. L'octroi à la FINMA d'une compétence en matière de sanction pécuniaire ne doit pas sensiblement restreindre les obligations de collaborer des établissements as-

sujettis et des personnes détenant une participation prépondérante dans ces établissements.

16.3.4 Mesures envisageables

Il serait possible d'introduire pour la FINMA une compétence de prononcer des sanctions administratives pécuniaires à l'égard des personnes morales ou à l'égard des personnes physiques.

Il est aussi envisageable d'octroyer à l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) une compétence de prononcer des sanctions administratives pécuniaires à l'endroit des entreprises de révision.

16.3.4.1 Compétence de la FINMA de prononcer des amendes administratives à l'égard des personnes morales

La présente option suppose que la FINMA obtienne la compétence de prononcer des amendes administratives à l'égard des personnes morales.

Les arguments ou avantages suivants plaident en faveur de cette mesure⁴⁵³:

- Prononcer des amendes administratives à l'encontre de personnes morales sensibilise les propriétaires de l'entreprise, qui peuvent refuser la décharge aux organes. Les sanctions administratives pécuniaires exercent ainsi un effet indirect sur les cadres des établissements financiers.
- L'introduction d'une compétence de prononcer des amendes administratives pécuniaires améliorera la réputation de la FINMA au niveau national, et renforcera la confiance accordée au marché et son image, tout comme la réputation de la surveillance des marchés financiers.
- La manière dont le marché financier suisse est perçu à l'étranger est importante, car il est fortement imbriqué dans le système financier mondial. L'instrument étant connu dans d'autres juridictions, l'introduction pour la FINMA d'une compétence de prononcer des amendes administratives devrait renforcer l'image de la surveillance.
- Si la FINMA peut prononcer des amendes administratives, elle interviendra comme autorité d'instruction des procédures et de sanction. Elle développera des compétences et une expertise approfondies dans ce domaine, ce qui permettra d'assurer une pratique homogène en matière de sanctions.

Les sanctions administratives pécuniaires, si elles sont introduites, devront être définies de manière à ce qu'elles produisent les effets visés. Il faudra donc fixer un mon-

⁴⁵³ Concernant les possibles avantages et inconvénients, voir aussi LOHER et MÜLLER, *Bussenkompetenz für die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Iusnet Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2023.

tant adéquat, qui ne menace pas les assujettis dans leur existence. L'éventualité d'une publication peut aussi contribuer à obtenir l'effet escompté (ch. 16.2).

Il faut en outre relever que l'introduction de sanctions administratives pécuniaires à l'égard des entreprises revient à atténuer l'effet visé par une procédure pénale ou une procédure similaire, à savoir sanctionner directement les personnes détenant le pouvoir de décision⁴⁵⁴.

16.3.4.2 Compétence de la FINMA de prononcer des amendes administratives à l'égard des personnes physiques

Cette option suppose que la FINMA se voie attribuer la compétence de prononcer des amendes administratives à l'égard des personnes physiques⁴⁵⁵.

Cette mesure présente potentiellement l'avantage supplémentaire de renforcer la responsabilité individuelle des personnes physiques⁴⁵⁶. Une sanction (éventuellement assortie d'une publication, voir ch. 16.2) est infligée aux personnes qui en fin de compte sont responsables des infractions au droit de la surveillance.

L'introduction d'amendes administratives à l'endroit des personnes physiques s'annonce cependant complexe puisque celles-ci bénéficient de garanties constitutionnelles et conventionnelles plus étendues que les personnes morales⁴⁵⁷. Cette mesure présente en outre le risque de restreindre les obligations de collaborer de telle manière que l'établissement des faits matériels s'en verrait entravé⁴⁵⁸. Cela, à son tour, réduirait l'efficacité de la FINMA.

La sanction pourrait par ailleurs être compensée en amont au moyen de primes de risque intégrées à la rémunération ou par des conventions prévoyant que l'établissement financier assume les amendes administratives⁴⁵⁹.

16.3.4.3 Compétence de l'ASR de prononcer des sanctions administratives pécuniaires à l'égard des entreprises de révision

L'ASR est responsable de la surveillance des sociétés d'audit, notamment en ce qui concerne la révision des comptes et l'audit prudentiel. Elle ne dispose actuellement

⁴⁵⁴ HOFSTETTER, *Unternehmen als «Prügelknaben» des Wirtschaftsrechts?*, in: *Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung*, Zurich 2015, p. 335.

⁴⁵⁵ Si la FINMA disposait de la compétence de prononcer des amendes administratives, il faudrait distinguer celle-ci des possibilités de sanction existantes prévues par les différentes dispositions pénales du droit des marchés financiers. La compétence en matière de poursuite pénale dans ce domaine relève du DFF (art. 50 LFINMA).

⁴⁵⁶ Voir également les objectifs du postulat 21.3893. Cette option s'inscrit également dans la tendance internationale à se focaliser non seulement sur les entreprises, mais aussi plus sur les décideurs; voir EMMENEGGER, *Das UK Senior Managers and Certification Regime*, in: *PJA* 2022, p. 830.

⁴⁵⁷ HÄNER, Cm. 87 s.

⁴⁵⁸ HÄNER, Cm. 126.

⁴⁵⁹ HÄNER, Cm. 126.

pas de la compétence de prononcer des sanctions administratives pécuniaires à l'endroit des entreprises de révision. Une telle compétence pourrait aussi lui être attribuée.

16.3.5 Bilan

Compte tenu de l'analyse qui précède, l'introduction de la compétence de prononcer des sanctions administratives pécuniaires à l'endroit des personnes morales doit être examinée. Cet instrument permettrait de sanctionner les violations du droit de la surveillance au niveau de l'établissement, ce qui n'est pas possible actuellement⁴⁶⁰. Même si cette mesure n'est pas un élément central du projet de renforcement du dispositif TBTF, elle permet de combler une lacune dans la palette d'instruments dont dispose la FINMA en comparaison internationale et renforce la surveillance.

Les instruments de surveillance actuels de la FINMA sont applicables à tous les assujettis⁴⁶¹. Il n'y pas de raison d'introduire les amendes administratives exclusivement à l'endroit des SIB et non à l'endroit des établissements financiers sans importance systémique qui commettraient des infractions similaires. Ce serait d'ailleurs difficilement justifiable du point de vue de l'égalité de traitement. Si cet instrument est introduit, il doit donc s'appliquer à tous les établissements financiers assujettis.

Il convient d'examiner dans les travaux à venir quelle influence cette nouvelle compétence aurait sur les obligations de collaborer, et par conséquent sur l'efficacité et l'efficience de l'activité de surveillance de la FINMA. Il semble notamment indispensable que les obligations de collaborer soient fixées dans la loi, de sorte que la FINMA ne soit pas gênée dans l'atteinte de son objectif prioritaire, à savoir le rétablissement de l'ordre légal chez un assujetti.

Les travaux à venir devront en outre définir dans les grandes lignes la manière dont une sanction administrative pécuniaire pourra être inscrite dans la législation. Cela comprend l'élaboration des bases légales et donc la définition des obligations assorties de sanctions, des destinataires, des conséquences juridiques (par ex. le montant des sanctions) ou des dispositions relatives à la prescription⁴⁶².

L'instauration de sanctions administratives à l'égard des individus n'est pour l'heure pas recommandée du fait qu'elle pose des questions plus complexes que l'instauration d'amendes administratives à l'égard des personnes morales. La priorité doit donc être donnée aux travaux portant sur cette dernière. Les amendes administratives prononcées à l'encontre des individus risquent d'entraver les investigations de l'autorité dans le cadre des procédures d'*enforcement* et diminueraient l'efficacité de la surveillance. Avec les interdictions d'exercer et de pratiquer, le retrait de la garantie d'une activité irréprochable et la confiscation du gain acquis en violation du droit de la surveillance, la FINMA dispose déjà d'instruments efficaces à l'égard des individus.

Afin de garantir la cohérence des moyens de surveillance, il convient par ailleurs d'examiner également l'opportunité d'attribuer à l'ASR la compétence de prononcer

⁴⁶⁰ HÄNER, Cm. 124.

⁴⁶¹ Voir en particulier les art. 29 ss LFINMA.

⁴⁶² FF 2022 776 pp. 15 s., ch. 4.

des sanctions administratives pécuniaires à l'égard des personnes morales (entreprises de révision).

16.4 **Autres instruments permettant d'établir la responsabilité des établissements et des individus**

Les mesures envisageables relatives aux instruments de la FINMA présentés ci-après pourraient aider l'autorité à placer plus facilement les établissements et les individus face à leurs responsabilités en cas de comportement fautif. Elles sont également susceptibles d'avoir un effet préventif, car elles pourraient inciter les assujettis à améliorer leur gouvernance d'entreprise et à éviter les comportements fautifs.

16.4.1 **Interdiction d'exercer**

16.4.1.1 **Contexte**

Conformément à l'art. 33 LFINMA, la FINMA peut interdire à l'auteur d'une violation grave du droit de la surveillance d'exercer toute fonction dirigeante dans l'établissement d'un assujetti pour une durée de cinq ans au plus. L'interdiction d'exercer déroge à la stratégie de surveillance des établissements qui s'applique au marché financier⁴⁶³. La responsabilité est ainsi imputée non pas à l'établissement en tant que tel, mais à une personne physique précise. Il faut pour cela que la personne concernée ait, par son comportement fautif, causé une violation grave du droit de la surveillance, et pouvoir le prouver⁴⁶⁴.

Norme en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009 et mise en pratique

L'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA) a été introduite le 1^{er} janvier 2009 dans le droit de la surveillance suisse. De 2009 à 2022, la FINMA a prononcé 50 interdictions d'exercer, dont 41 depuis 2014. Ces interdictions ont eu pour objectif principal de préserver l'intégrité du marché et de lutter contre le blanchiment d'argent⁴⁶⁵.

Conditions pour qu'une interdiction d'exercer puisse être prononcée

Étant donné que les obligations prudentielles incombent aux établissements en tant que tels, les procédures portant sur l'interdiction d'exercer d'une personne physique sont souvent précédées d'une procédure d'*enforcement* envers l'établissement⁴⁶⁶. Se-

⁴⁶³ GOTTINI et VON DER CRONE, *Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG*, in: *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* (RSDA) 6/2016, p. 643.

⁴⁶⁴ KUHN, *Berufsverbot*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 377.

⁴⁶⁵ KUHN, *Berufsverbot*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, pp. 374 et 377.

⁴⁶⁶ KUHN, *Berufsverbot*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 375.

lon le principe de proportionnalité, toute interdiction d'exercer prononcée à l'encontre d'une personne physique implique une violation grave du droit de la surveillance⁴⁶⁷.

La violation grave du droit de la surveillance, que la loi fixe comme condition, doit avoir été causée par le comportement fautif d'une personne précise. L'interdiction d'exercer étant considérée comme une mesure incisive, la norme violée et les motifs doivent avoir un degré de précision extrême. Ainsi, selon la jurisprudence actuelle, la violation d'instructions internes de l'établissement n'est pas suffisante pour prononcer une interdiction d'exercer si cette sanction n'était pas prévisible pour la personne concernée⁴⁶⁸.

La violation de l'obligation doit en outre pouvoir être imputée individuellement à la personne concernée. Il est donc particulièrement important d'établir le niveau de connaissance et d'information dont les différents membres d'un organe disposaient lors d'une prise de décision pour qu'une interdiction d'exercer puisse être prononcée⁴⁶⁹.

Le 30 mars 2023, le Tribunal fédéral a ainsi précisé qu'une violation grave du droit de la surveillance est imputée à un individu lorsqu'elle relève du domaine dont cet individu est responsable au sein de l'organisation en vertu de la répartition des tâches. Pour justifier une mesure prudentielle, il faut cependant que les trois reproches suivants soient juridiquement fondés de manière cumulative ou alternative: 1) violation active du droit de la surveillance, 2) connaissance d'une violation du droit de la surveillance et inaction fautive, ou 3) ignorance fautive d'une violation du droit de la surveillance. L'interdiction d'exercer ne doit pas pouvoir être compromise au motif de la répartition interne des tâches⁴⁷⁰.

Durée légale de cinq ans au plus

La durée de l'interdiction d'exercer dépend largement du cas d'espèce. Selon le droit en vigueur, l'interdiction d'exercer est limitée à cinq ans. Par principe, la FINMA tient compte à cet égard tant de la portée de la violation que du danger potentiel pour les investisseurs et les assurés⁴⁷¹. Une interdiction d'exercer prononcée en vertu de l'art. 33 LFINMA représente une restriction considérable de la liberté économique de la personne concernée⁴⁷². C'est pourquoi il est nécessaire d'en calculer la durée en tenant compte du principe de proportionnalité⁴⁷³.

L'interdiction d'exercer prévue à l'art. 33 LFINMA complète l'obligation de garantir une activité irréprochable. Elle se distingue toutefois de cette garantie en ce sens qu'elle 1) est limitée par la loi à une durée de cinq ans, 2) concerne non seulement les personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable, mais aussi de ma-

467 GOTTINI et VON DER CRONE, *Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG*, in: RSDA 6/2016, p. 642.

468 TAF B-1576/2019, consid. 9.4.

469 STRASSER, *Aufsichts- und Verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in der Geldwäschereibekämpfung von Banken*, in: *Revue suisse de jurisprudence* (RSJ) 118/2022, p. 694.

470 ATF 2C 747/2021, consid. 13.2.

471 KUHN, *Berufsverbot*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 373.

472 TAF B-4750/2019, consid. 6.

473 Art. 27 Cst.

nière générale les personnes exerçant une fonction dirigeante et 3) peut en outre être prononcée à l'encontre de personnes qui ne sont plus en fonction⁴⁷⁴.

Comparaison avec l'interdiction de pratiquer selon l'art. 33a LFINMA

La FINMA peut prononcer une interdiction de pratiquer conformément à l'art. 33a LFINMA à l'encontre de personnes qui pratiquent une activité de négociation d'instruments financiers ou de conseil à la clientèle si elles ont violé gravement le droit de la surveillance ou les règlements internes de l'entreprise. Sur ce dernier point, l'interdiction de pratiquer diffère de l'interdiction d'exercer, qui peut être prononcée seulement en cas de violation grave du droit de la surveillance.

L'interdiction d'exercer diffère aussi de l'interdiction de pratiquer quant à sa durée. Tandis qu'elle peut prononcer une interdiction d'exercer pour une durée maximale de cinq ans (art. 33, al. 1, LFINMA), la FINMA doit fixer une limite à l'interdiction de pratiquer ou ne pas en fixer en cas de récidive (art. 33a, al. 1, LFINMA).

Une interdiction de pratiquer peut être prononcée en même temps qu'une interdiction d'exercer. Les deux interdictions peuvent ainsi être à la fois combinées et s'appliquer pour une durée différente⁴⁷⁵. L'interdiction de pratiquer a des conséquences juridiques plus importantes que l'interdiction d'exercer. En effet, elle porte sur l'ensemble des activités de négociation d'instruments financiers ou de conseil à la clientèle, tandis que l'interdiction d'exercer concerne seulement les fonctions dirigeantes. L'interdiction de pratiquer est en outre définie de manière plus restrictive que l'interdiction d'exercer, étant donné qu'elle ne concerne que certains collaborateurs (négociants ou conseillers à la clientèle au sens de la LSFⁱⁿ)⁴⁷⁶.

16.4.1.2 Comparaison internationale

Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, les interdictions d'exercer sont nommées *prohibitions orders* et réglées de manière centralisée dans la loi sur les services et marchés financiers⁴⁷⁷. Elles peuvent être prononcées par la FCA. Si la personne concernée ne remplit pas les critères d'intégrité personnelle (*fitness*) et d'aptitudes (*properness*) pour exercer une activité réglementée, la FCA peut lui interdire d'exercer. La portée de l'interdiction dépend des tâches que la personne concernée assume en lien avec les activités prudentielles, ainsi que des causes de son inaptitude et du niveau du risque qu'elle fait courir aux consommateurs. Les interdictions d'exercer peuvent en principe être prononcées pour une durée indéterminée. La FCA a toutefois aussi la possibilité de con-

⁴⁷⁴ KUHN, *Berufsverbot*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 370.

⁴⁷⁵ KUHN, *Berufsverbot*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 383.

⁴⁷⁶ KUHN, *Berufsverbot*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, pp. 383 s.

⁴⁷⁷ Royaume-Uni, *Financial Services and Markets Act 2000*, section 56.

signer dans une note finale le nombre d'années après lequel l'interdiction peut être révoquée⁴⁷⁸.

Allemagne

En Allemagne, la BaFin peut prononcer des interdictions de pratiquer sur la base des art. 36 et 36a de la loi sur le crédit (KWG)⁴⁷⁹. En cas d'application, les membres de la direction ou de l'organe d'administration ou de surveillance d'un établissement ou d'une entreprise ayant la forme juridique d'une personne morale ont ainsi l'interdiction de pratiquer pour une durée indéterminée⁴⁸⁰. L'interdiction de pratiquer peut être prononcée pour une durée maximale de deux ans, et éventuellement de manière illimitée en cas de récidive, à l'encontre des personnes qui n'étaient pas membres de la direction au moment de la violation.

Singapour

À Singapour, les interdictions d'exercer (*prohibitions orders*) sont régies par secteur⁴⁸¹. Le secteur bancaire n'est pas concerné⁴⁸². Les dispositions relatives aux interdictions d'exercer font actuellement l'objet d'une révision approfondie. Il est notamment question d'en étendre le champ d'application et d'harmoniser les bases légales⁴⁸³. Conformément au droit en vigueur, la MAS peut prononcer des interdictions d'exercer pour une durée limitée ou non, en fonction de la gravité et du type de violation.

16.4.1.3 Évaluation

L'interdiction d'exercer donne à la FINMA la possibilité d'agir concrètement à l'encontre d'un individu. Elle se distingue de l'interdiction de pratiquer pour ce qui est de ses conditions et de sa durée. En alignant l'interdiction d'exercer sur l'interdiction de pratiquer, la FINMA pourrait, au besoin, agir plus facilement à l'encontre des personnes physiques et leur interdire d'exercer pour une durée indéterminée en cas de récidive.

16.4.1.4 Mesures envisageables

Par analogie avec l'interdiction de pratiquer (art. 33a LFINMA), la FINMA pourrait aussi prononcer une interdiction d'exercer en cas de violations graves des règlements

⁴⁷⁸ FCA, *FCA Enforcement Guide*, ch. 9.2.4.

⁴⁷⁹ Art. 36 et 36a KWG.

⁴⁸⁰ Voir aussi l'art. 36a KWG pour les personnes qui n'étaient pas membres de la direction au moment de la violation.

⁴⁸¹ Notamment art. 101A ss de la loi sur les titres et opérations à terme (Securities and Futures Act [SFA]), art. 68 ss de la loi sur les conseillers financiers (Financial Advisers Act [FAA]) et art. 57 ss de la loi sur les assurances (Insurance Act [IA]).

⁴⁸² Un employé de banque peut toutefois être interdit d'exercer si l'activité en question entre dans le champ d'application d'autres dispositions relatives aux marchés financiers.

⁴⁸³ MAS, *Explanatory Brief for Financial Services and Markets Bill 2022*, 14 février 2022.

internes de l'entreprise. Ceux-ci gagneraient ainsi en importance, ce qui favoriserait la bonne gouvernance des entreprises. De cette manière, la FINMA pourrait imputer davantage la responsabilité à des individus. Les personnes devraient toutefois comprendre qu'une violation grave des règlements internes de l'entreprise peut aussi entraîner une interdiction d'exercer.

En fin de compte, une violation grave des règlements internes devrait être assimilée à une violation grave du droit de la surveillance. Il est important de rappeler que l'interdiction d'exercer prévue dans le droit en vigueur constitue déjà une restriction importante de la liberté économique garantie par la Constitution.

Aujourd'hui limitée à cinq ans, l'interdiction d'exercer pourrait en outre être prononcée, par analogie avec l'interdiction de pratiquer, pour une durée limitée ou également pour une durée indéterminée en cas de récidive.

16.4.2 Confiscation

16.4.2.1 Contexte

La confiscation prévue à l'art. 35 LFINMA porte sur des gains acquis (al. 1) ou une perte évitée (al. 2) par un assujéti ou une personne qui exerce une fonction dirigeante. Dépourvue de toute visée pénale ou répressive, elle sert à rétablir l'ordre légal⁴⁸⁴.

Concernant les personnes physiques, l'art. 35 LFINMA s'applique uniquement à celles qui exercent une fonction dirigeante. En d'autres termes, l'employé d'un assujéti sans fonction de direction qui a illicitement acquis un gain personnel ou évité une perte personnelle en violant gravement le droit de la surveillance n'entre pas dans le champ d'application de cette disposition. Eu égard aux renvois qu'il comporte, l'art. 145 LIMF habilite toutefois la FINMA à confisquer des gains à toute personne ayant notamment exploité des informations d'initiés (art. 142 LIMF) ou manipulé le marché (art. 143 LIMF).

16.4.2.2 Comparaison internationale

La confiscation est aussi un instrument d'*enforcement* courant dans d'autres juridictions. Au Royaume-Uni, la PRA et la FCA prononcent régulièrement des confiscations (*disgorgement*) à l'encontre d'établissements financiers ou d'individus ayant bénéficié d'une violation grave du droit de la surveillance⁴⁸⁵. Aux États-Unis, la confiscation fait partie des instruments standards de la SEC⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ BÖSCH, ad art. 35 FINMAG, in: WATTER et BAHAR (éd.), *Basler Kommentar FINMAG / FinfraG*, 3^e édition, Bâle 2019, Cm. 7.

⁴⁸⁵ Bank d'Angleterre – PRA, *The Bank of England's approach to enforcement: statements of policy and procedure*, janvier 2024; FCA, *FCA Handbook – DEPP 6.5 Determining the appropriate level of financial penalty*.

⁴⁸⁶ Voir par exemple le communiqué *SEC Announces Enforcement Results for Fiscal Year 2023*, 14 novembre 2023.

16.4.2.3 Évaluation

Eu égard à la qualité des personnes physiques auxquelles elle s'applique, la confiscation est différente des interdictions d'exercer et de pratiquer, qui ciblent directement l'ensemble des personnes physiques. L'exercice d'une fonction dirigeante n'est pas une condition de l'interdiction de pratiquer. L'interdiction d'exercer suppose l'exercice régulier d'une fonction dirigeante, sans que cela ne constitue une condition impérative⁴⁸⁷. Sur ce point, il existe donc un décalage entre la confiscation et l'interdiction de pratiquer, qui s'applique aussi aux personnes sans fonction dirigeante.

16.4.2.4 Mesure envisageable

Le champ d'application de l'art. 35 LFINMA pourrait être étendu à toutes les personnes physiques et concerner par exemple les conseillers à la clientèle et les négociants qui sont sujets à l'interdiction de pratiquer prévue à l'art. 33a LFINMA et qui n'exercent pas de fonction dirigeante. Cette extension permettrait à la FINMA de disposer de davantage d'instruments pour faire respecter le droit des marchés financiers. De plus, elle aurait pour effet d'aligner l'art. 35 LFINMA sur la disposition de la LIMF en vigueur pour ce qui concerne les personnes entrant dans son champ d'application.

16.4.3 Examen des garanties d'une activité irréprochable

16.4.3.1 Contexte

La FINMA accorde l'autorisation d'exercer à une banque lorsque les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable (voir art. 3, al. 2, let. c, LB)⁴⁸⁸.

Conformément à la pratique de surveillance de la FINMA confirmée par un arrêt du Tribunal fédéral, l'obligation de présenter les garanties d'une activité irréprochable concerne non seulement des individus, mais aussi l'établissement dans sa globalité. La FINMA examine si les personnes concernées présentent les garanties d'une activité irréprochable lors de l'octroi de l'autorisation initiale, en cas de changements au sein d'organes (fonctions vacantes ou création de nouveaux postes) ou en lien avec certaines informations (par ex. dans le cadre de la surveillance prudentielle).

Après examen, la FINMA peut préciser que la personne concernée ne présente pas les garanties nécessaires pour être membre d'un organe ou détenir une participation qualifiée dans un établissement assujetti. Si une personne déjà en fonction ou détenant déjà une participation qualifiée ne présente plus ces garanties, la FINMA peut lui re-

⁴⁸⁷ Voir à ce sujet UHLMANN, *Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG*, in: RSDA 5/2011, p. 437, ou GOTTINI et VON DER CRONE, *Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG*, in: RSDA 6/2016, p. 645.

⁴⁸⁸ KUHN et WYSS, *Vorsorgliche Massnahmen und Schutzmassnahmen*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, pp. 365 s.

tirer l'autorisation correspondante. Elle rend alors une décision donnant pour instruction à l'établissement de démettre la personne de la fonction exigeant de présenter les garanties d'une activité irréprochable ou de lui retirer l'autorisation de détenir une participation qualifiée.

L'obligation de présenter la garantie d'une activité irréprochable impose aux personnes en fonction de remplir certaines conditions d'ordre moral (*propriety* ou *properness*), c'est-à-dire de se comporter de manière correcte et honnête et de jouir d'une bonne réputation. Elles doivent en outre avoir les qualifications professionnelles (*fitness*) nécessaires à l'exercice de la fonction qu'elles occupent. Aucune réglementation ne détaille les exigences sur lesquelles la FINMA doit faire porter son examen. Celui-ci a précisé ces exigences pour les banques dans un guide pratique sur les changements au sein d'organes. Elle y explique, entre autres, les analyses qu'elle exécute pour vérifier l'intégrité et les qualifications professionnelles des candidats.

Concernant les banques, les changements au sein d'organes sont considérés, conformément à la pratique de la FINMA, comme des modifications de faits significatives au sens de l'art. 8a, al. 2, OB. L'obligation d'obtenir une autorisation pour procéder à des changements au sein d'organes est régie par une simple réglementation légale implicite, qui est ensuite explicitée dans une ordonnance.

L'examen préalable des garanties d'une activité irréprochable peut empêcher qu'une personne ne possédant pas les qualités requises n'accède à un organe dans lequel elle devrait assumer la gouvernance de l'entreprise et, par exemple, veiller à la mise en place de mécanismes prévenant les comportements fautifs à tous les échelons hiérarchiques. Il permet donc à la personne concernée de prendre conscience de sa responsabilité individuelle dès sa nomination⁴⁸⁹. L'intégrité (*properness*) et les qualifications professionnelles (*fitness*) d'une personne devant présenter les garanties d'une activité irréprochable sont ainsi également des conditions préalables à une bonne gouvernance d'entreprise.

La sélection des personnes incombe à l'établissement concerné, qui doit à cet effet vérifier les qualifications professionnelles et l'intégrité des candidats. Celui-ci doit toutefois s'attendre à ce que l'autorité de surveillance ait une influence croissante sur la nomination des personnes devant présenter les garanties d'une activité irréprochable en raison d'une standardisation des exigences à remplir⁴⁹⁰.

16.4.3.2 Comparaison internationale

Dans des juridictions autres que celle de la Suisse (par ex. Royaume-Uni, UE ou Hong Kong), les exigences en matière de qualifications professionnelles et d'intégrité sont dûment réglementées, ce qui renforce considérablement la sécurité juridique des mesures prises par l'autorité de surveillance et offre un cadre de référence aux établisse-

⁴⁸⁹ REISER, *Missmanagement im Bankensektor und die FINMA-Gewährsprüfung*, in: RSDA 6/2022, p. 544.

⁴⁹⁰ BISCHOF, *Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit – Eine Betrachtung des schweizerischen Finanzmarktrechts im Lichte internationaler Standards und des Rechts der Europäischen Union*, Zurich 2016, Cm. 810.

ments ainsi qu'aux personnes devant présenter les garanties d'une activité irréprochable⁴⁹¹. Au Royaume-Uni et à Hong Kong, ces exigences sont liées au régime de responsabilité en vigueur (*Senior Managers and Certification Regime* au Royaume-Uni et *Managers in Charge Regime* à Hong Kong).

Selon les lignes directrices⁴⁹² de l'Autorité bancaire européenne (ABE) en vigueur depuis le 30 juin 2018, les établissements doivent évaluer en continu l'aptitude individuelle et collective des membres de l'organe de direction. Ces exigences ne sont pas liées à un régime de responsabilité.

16.4.3.3 Évaluation

L'obligation de présenter les garanties d'une activité irréprochable telle qu'elle est inscrite dans les lois sur les marchés financiers et l'examen de ces garanties par la FINMA sont des instruments clés de la surveillance des marchés financiers. Ils sont aussi extrêmement efficaces à condition d'être utilisés de manière systématique. S'il n'est pas nécessaire de modifier les bases légales sur le fond, il est possible d'envisager quelques améliorations dans le domaine des banques.

16.4.3.4 Mesures envisageables

La création d'un régime de responsabilité telle qu'elle a été envisagée ci-dessus signifierait que les personnes assujetties à ce régime devraient présenter les garanties d'une activité irréprochable et se soumettre à l'examen correspondant (voir ch. 15.3.4.3).

Les bases légales relatives à l'autorisation de changements au sein d'organes pourraient être consolidées dans le domaine des banques. À cet effet, il faudrait inscrire explicitement dans la loi le principe de l'actuel art. 8a OB, qui définit la procédure à suivre en cas de modification des faits (obligation de signaler et de demander une autorisation). Comme il l'a fait dans l'ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers⁴⁹³, le Conseil fédéral pourrait indiquer concrètement les modifications soumises à signalement et à autorisation. Cette précision renforcerait la sécurité juridique pour la FINMA et permettrait de soumettre les différents secteurs du marché financier à des normes présentant le même niveau hiérarchique.

Contrairement aux assurances, aux établissements financiers selon la LFin et aux titulaires d'une autorisation au sens de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs⁴⁹⁴, les établissements entrant dans le champ d'application de la LB n'ont pas

⁴⁹¹ Royaume-Uni: FCA, *Fit and Proper test for Employees and Senior Personnel source-book*, décembre 2023; Banque d'Angleterre, *Fitness and Propriety*, PRA-Rulebook, 31 décembre 2020. Hong Kong: SFC, *Fit and Proper Guidelines*, janvier 2022.

UE: communiqué de l'Autorité bancaire européenne (ABE), *EBA and ESMA publish final guidance on fit and proper requirements*, 2 juillet 2021.

⁴⁹² ABE, *Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body*, 31 décembre 2021.

⁴⁹³ RS 954.11

⁴⁹⁴ RS 951.31

l'obligation légale explicite de présenter les garanties d'une activité irréprochable. Il conviendrait d'inscrire cette obligation dans la LB et il faudrait, le cas échéant, que le Conseil fédéral la précise dans l'OB.

16.4.4 Obligation de renseigner et d'annoncer

16.4.4.1 Contexte

Les acteurs du marché financier sont tenus de collaborer dans une grande mesure avec la FINMA. L'art. 29, al. 1, LFINMA prévoit que les assujettis, leurs sociétés d'audit et organes de révision ainsi que les personnes et entreprises détenant une participation qualifiée⁴⁹⁵ ou prépondérante au sein des établissements assujettis doivent fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. La *ratio legis* de cette disposition fondamentale est de permettre à l'autorité d'accomplir sa mission en ayant pleinement connaissance des faits⁴⁹⁶.

L'obligation de collaborer revêt deux formes: d'une part les assujettis et leurs sociétés d'audit sont tenus de récolter des informations concernant leur activité, de les préparer et de les communiquer à la FINMA (obligation de renseigner et de fournir des documents); d'autre part, les assujettis et leurs sociétés d'audit doivent renseigner sans délai la FINMA sur tout fait important susceptible de l'intéresser (obligation d'annoncer). Alors que l'obligation de renseigner et de fournir des documents s'impose uniquement en cas de demande de la FINMA, l'obligation d'annoncer suppose la communication spontanée et proactive d'informations⁴⁹⁷. La jurisprudence considère les obligations de collaborer dans le sens large du terme, estimant que l'obtention préventive d'une quantité suffisante d'informations contribue à déceler à temps les infractions et autres irrégularités⁴⁹⁸. Il appartient dès lors à la FINMA de déterminer de quelles informations elle a besoin pour accomplir ses activités.

Selon le libellé de l'art. 29, al. 1, LFINMA, l'obligation de renseigner incombe aux assujettis et non aux membres des organes à titre personnel, du moins pas explicitement⁴⁹⁹. Ces derniers sont toutefois tenus de fournir des renseignements à propos des personnes morales qu'ils représentent⁵⁰⁰. L'obligation personnelle de renseigner des membres des organes peut porter sur des faits ne concernant pas directement la per-

⁴⁹⁵ Participation d'au moins 10 % du capital, art. 3, al. 2, let c^{bis}, LB; art. 11, al. 4, LFin.

⁴⁹⁶ TRUFFER, ad art. 29; in: WATTER et BAHAR (éd.), *Basler Kommentar FINMAG/FinfraG*, 3^e édition, Bâle 2019, Cm. 1; voir aussi JUTZI et SCHÄREN, ad art. 145 Aufsichtsinstrumente gemäss FINMAG, in: SETHE et al. (éd.), *Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG*, Zurich 2017, Cm. 7.

⁴⁹⁷ ROMERIO et al., *Information – Vermittlung, Verwertung und Verbreitung bei komplexen Verfahren*, in: ROMERIO et BAZZANI (éd.), *Interne und regulatorische Untersuchungen II, EIZ – Europa Institut Zürich*, volume n° 172, Zurich 2016, p. 11.

⁴⁹⁸ ATF 108 Ib 196, consid. 2a; ATF 126 II 111, consid. 3b; ATF 121 II 147, consid. 3a; TRUFFER ad art. 29, in: Watter et Bahar (éd.), *Basler Kommentar FINMAG/FinfraG*, 3^e édition, Bâle 2019, Cm. 17; MACULA, *Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG – zulässige Grenze strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit?*, recht 1/2016, p. 32.

⁴⁹⁹ TRUFFER, ad art. 29, in: WATTER et BAHAR (éd.), *Basler Kommentar FINMAG/FinfraG*, 3^e édition, Bâle 2019, Cm. 8.

⁵⁰⁰ TRUFFER, ad art. 29, in: WATTER et BAHAR (éd.), *Basler Kommentar FINMAG/FinfraG*, 3^e édition, Bâle 2019, Cm. 8.

sonne morale, par exemple le fait qu'une personne exerce une autre activité professionnelle ou fait l'objet d'une procédure, soit des circonstances susceptibles de remettre en question la garantie d'une activité irréprochable⁵⁰¹. Le reste du personnel d'un assujetti n'est pas visé par l'obligation de renseigner au sens de l'art. 29, al. 1, LFINMA.

Faute d'obligation personnelle (explicite) des membres des organes et des employés de fournir des renseignements, il est difficile pour la FINMA d'élucider des faits en dehors d'une procédure.

Les personnes non visées par l'art. 29 LFINMA peuvent en revanche être tenues de témoigner et de produire des documents dans le cadre d'une procédure menée à l'encontre d'un assujetti, si les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre façon (art. 14, al. 1, et 17 PA)⁵⁰².

16.4.4.2 Comparaison internationale

L'obligation des assujettis de transmettre des informations aux autorités de surveillance est l'un des principes fondamentaux d'une surveillance efficace. On trouve donc à l'étranger des règles à cet égard.

Au Royaume-Uni, les *senior managers* des établissements financiers sont tenus depuis 2016 de communiquer à la FCA et à la PRA toutes les informations dont ces autorités s'attendraient raisonnablement à être avisées⁵⁰³. Les deux autorités ont en outre énoncé des principes disposant que les entreprises doivent leur divulguer toutes les informations pertinentes pour la surveillance⁵⁰⁴.

En Allemagne également, les établissements sont soumis à des obligations de renseigner et d'annoncer. Dans certaines circonstances, la BaFin reçoit une documentation complète à propos des faits pertinents pour son activité de surveillance afin de vérifier les faits devant être élucidés⁵⁰⁵. Sur le territoire allemand, elle peut exiger que les établissements assujettis, les membres des organes et les employés fournissent des renseignements sur tous les aspects de l'activité et produisent les comptes et d'autres documents.

⁵⁰¹ SCHÖNKNECHT, *Auskunftspflicht gegenüber der FINMA*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 73. L'auteur défend par ailleurs l'opinion que puisqu'ils doivent présenter la garantie d'une activité irréprochable, les membres des organes sont soumis à une obligation personnelle de renseigner, car autrement la FINMA ne pourrait pas vérifier si ces personnes répondent aux critères de ladite garantie.

⁵⁰² TRUFFER, ad art. 29, in: WATTER et BAHAR (éd.), *Basler Kommentar FINMAG/Finfrag*, 3^e édition, Bâle 2019, Cm. 6.

⁵⁰³ Par ex. FCA, *Code of Conduct (COCON)*, 2.2.4.

⁵⁰⁴ Banque d'Angleterre, *Fundamental Rules and Principles for Businesses*, janvier 2016.

⁵⁰⁵ § 44-44c KWG dans la version publiée dans la communication du 9 septembre 1998 (BGBl. I p. 2776), modifiée en dernier lieu par l'art. 12 de la loi du 22 février 2023 (BGBl. 2023 I n° 51).

16.4.4.3 Évaluation

Les obligations de renseigner et d'annoncer énoncées à l'art. 29 LFINMA visent un cercle d'acteurs assez restreint. Pour accomplir efficacement les tâches prévues par son mandat, la FINMA a besoin de suffisamment d'informations. Elle aurait plus facilement accès à un plus grand nombre d'informations si le cercle d'acteurs visés par cette disposition était élargi.

16.4.4.4 Mesures envisageables

L'introduction d'une obligation explicite de renseigner sur la base de l'art. 29, al. 1, LFINMA, applicable aux membres des organes, aux autres personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable et à l'ensemble des collaborateurs (par analogie à l'art. 15a, al. 1, de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision⁵⁰⁶, par ex.), permettrait à la FINMA d'accéder plus facilement à ces personnes lors de l'évaluation des garanties d'une activité irréprochable et de clarifications dans le cadre de procédures. Une obligation de renseigner pourrait notamment être utile lorsqu'il s'agit d'examiner une éventuelle interdiction de pratiquer sans qu'une procédure ne soit ouverte à l'encontre d'un établissement.

En même temps, l'art. 29, al. 2, LFINMA pourrait être modifié afin de préciser que l'obligation d'annoncer est aussi une obligation personnelle incombant aux personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable.

Ainsi, la FINMA aurait plus facilement accès aux informations pertinentes pour son activité de surveillance, la sécurité juridique serait garantie, et la responsabilité des individus serait davantage engagée.

16.4.5 Lancement d'alertes et droit de dénoncer

16.4.5.1 Contexte

La loi oblige la FINMA à intervenir si des irrégularités sont constatées chez un assujetti. Pour accomplir sa mission de surveillance, la FINMA doit disposer de certaines informations à propos des assujettis. C'est pourquoi la LFINMA contient une disposition spécifique sur l'obligation de renseigner et d'annoncer (art. 29), qui oblige notamment les établissements à fournir à l'autorité des informations concernant les infractions au droit des marchés financiers.

Sont particulièrement intéressantes pour la FINMA les informations concernant des irrégularités présumées que peuvent donner les personnes connaissant l'assujetti de l'intérieur, en général ses employés ou ex-employés (lanceurs d'alerte)⁵⁰⁷. Le lance-

⁵⁰⁶ RS 221.302

⁵⁰⁷ SCHÖNKNECHT, *Meldungen von Hinweisgebern (Whistleblowing)*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 86.

ment d'alertes vers l'extérieur, soit le signalement d'irrégularités à un organisme externe à l'entreprise, soulève des questions de droit du travail⁵⁰⁸ et de droit pénal^{509, 510}.

Absence de disposition générale de droit privé

À l'heure actuelle, seul le droit public prévoit des dispositions sur la protection des lanceurs d'alerte en Suisse. Au niveau fédéral, l'art. 22a de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération⁵¹¹ régit la dénonciation d'irrégularités au sein de l'administration fédérale. Cette disposition prévoit 1) une obligation de dénoncer les crimes et les délits, 2) un droit de dénoncer les autres irrégularités et 3) une protection des lanceurs d'alerte. La plupart des cantons ont aussi réglé la manière de traiter les irrégularités au sein de l'administration cantonale. Malgré ces dispositions légales, dénoncer publiquement des irrégularités reste associé à des risques importants pour les lanceurs d'alerte protégés par ces dispositions⁵¹².

Le droit privé ne prescrit actuellement pas ce que peut ou doit faire un employé qui constate des irrégularités à son travail⁵¹³. Le CO ne contient aucune disposition relative à la protection des lanceurs d'alerte. Le Conseil fédéral a soumis au Parlement un projet de révision partielle du CO, intitulé «Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur»⁵¹⁴. Il prévoyait que les employés puissent à certaines conditions adresser des signalements à une autorité ou au public, sans contrevenir à leurs obligations. Après de longues délibérations en 2020, le projet a échoué à emporter une majorité au Parlement, pour diverses raisons. Une partie des parlementaires estimait qu'il n'assurerait pas une protection suffisante contre les licenciements, alors que d'autres le trouvaient trop bureaucratique et éloigné de la pratique⁵¹⁵.

L'absence de protection des lanceurs d'alerte dans le secteur privé fait notamment l'objet d'une motion de Ruedi Noser, adoptée par le Conseil des États le 27 septembre 2023⁵¹⁶.

Le Conseil national a rejeté la motion le 27 février 2024, faute de compromis envisageable. Le Conseil fédéral avait déjà proposé de la rejeter en septembre 2023, bien qu'il approuve sur le fond la nécessité de prendre des mesures. Pour motiver sa proposition, le Conseil fédéral a indiqué que le Parlement avait déjà rejeté deux projets de lois au cours des deux années précédentes. Il a en outre fait valoir que la motion Noser ne présentait pas de nouveaux indicateurs politiques qui permettraient de penser qu'elle pourrait engendrer un projet susceptible de recueillir une majorité.

⁵⁰⁸ Violation de l'obligation de fidélité et de l'obligation de garder le secret visées à l'art. 321a, al. 1 et 4, CO.

⁵⁰⁹ Par ex. art. 47 LB, 147 LIMF et 69 LEFin.

⁵¹⁰ SCHÖNKNECHT, *Meldungen von Hinweisgebern (Whistleblowing)*, in: Zulauf et Wyss (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 86.

⁵¹¹ RS 172.220.1

⁵¹² HAFNER et REIMANN, *Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht, Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin*, Zurich 2020, pp. 293 ss.

⁵¹³ GÖTZ STÄHELIN, *Unternehmensinterne Untersuchungen*, Zurich 2019, p. 15.

⁵¹⁴ FF 2013 8547 ss et FF 2019 1403 ss.

⁵¹⁵ BO 2020 N, p. 135 ss.

⁵¹⁶ Motion 23.3844.

Implications pour les entreprises en matière de droit pénal

Depuis 2003, il existe une disposition en Suisse qui établit la responsabilité pénale des entreprises⁵¹⁷. Le droit suisse permet donc de sanctionner des personnes morales, même si une infraction est toujours le fait d'une personne physique. L'obligation de mettre en place une organisation de compliance adéquate ne découle ainsi pas uniquement du code des obligations puisque, selon le droit pénal, il est de la responsabilité de l'entreprise d'assurer un niveau minimum de compliance. Par conséquent, une entreprise est déjà tenue, sur la base du droit pénal, de prendre des mesures organisationnelles pour prévenir les infractions visées par la disposition en question⁵¹⁸.

Le Ministère public de la Confédération et les tribunaux ont défini différentes exigences auquel doit répondre un système de compliance pour qu'il soit considéré comme satisfaisant sous l'angle du droit pénal. La mise en place d'un système de signalement interne en fait régulièrement partie. Ce genre de système est particulièrement important dans le domaine de la corruption et du blanchiment d'argent pour éviter la punissabilité du lanceur d'alerte⁵¹⁹.

Mise en place de systèmes de signalement à titre de bonne pratique

Bien qu'ils ne trouvent pas de fondement légal dans le CO, les systèmes de signalement sont considérés comme un élément important d'un système de gestion de la conformité satisfaisant aux bonnes pratiques⁵²⁰.

Le fait d'introduire un système de signalement démontre que l'entreprise encourage la prise de parole et prend la problématique au sérieux⁵²¹.

Jurisprudence du Tribunal fédéral: signalement en cascade

Faute de dispositions expresses dans le droit privé, le Tribunal fédéral s'est appuyé dans sa jurisprudence sur le principe du signalement en cascade. Cette jurisprudence est complétée par la jurisprudence détaillée de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de lancement d'alertes. Lorsqu'un lanceur d'alerte signale de potentielles irrégularités, cela peut soulever de nombreuses questions de droit du travail et de droit pénal.

En droit du travail, il faut considérer les violations de l'obligation de fidélité du travailleur et de son obligation de garder le secret (art. 321a CO). Les auteurs de signalements risquent en outre de divulguer des secrets sans être couverts par des motifs justificatifs ou des motifs d'exemption de peine explicites⁵²².

⁵¹⁷ Art. 102 CP.

⁵¹⁸ SETHE et ANDREOTTI, *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, EIZ – Europa Institut Zürich* volume n° 171, Zurich/Bâle/Genève 2016, pp. 107 s.

⁵¹⁹ NADELHOFER et EL-HAKIM, *Compliance im Zentrum des Unternehmensstrafrechts, Recht relevant. für Compliance Officers 5/2022*, pp. 13 s.

⁵²⁰ PIKÓ et al. (éd.), *Corporate Compliance Handbuch*, Bâle 2022, § 45 Cm. 3; voir également economiesuisse, *Code suisse de bonnes pratiques pour la gouvernance d'entreprise 2023*, 6 février 2023, ch. 12, 2^e tiret.

⁵²¹ Concernant les facteurs de succès des systèmes de signalement et l'importance d'une culture d'entreprise encourageant la prise de parole, PIKÓ et al. (éd.), *Corporate Compliance Handbuch*, Bâle 2022, § 45 Hinweisgebung, Cm. 129 ss.

⁵²² Par ex. art. 162, 320, 321 CP; art. 47 LB; art. 69 LEFin, art. 147 LIMF; art. 6 LCD; voir LEHMKUHL, *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, Berne 2021, § 5 Cm. 7.

Le Tribunal fédéral exige que les irrégularités soient d'abord signalées au sein de l'entreprise. Si l'employeur ne donne pas suite, le lanceur d'alerte peut saisir l'autorité externe compétente; si cette dernière n'intervient pas en temps utile, il peut s'adresser aux médias ou au public. Les intérêts publics et privés en présence doivent prévaloir sur l'intérêt à garder l'irrégularité secrète. La situation juridique et l'éventuelle protection du lanceur d'alerte varient fortement de cas en cas et il est difficile de les évaluer au préalable⁵²³.

Délimitation entre le droit de dénoncer et l'obligation de renseigner et d'annoncer des acteurs du marché financier

L'obligation des établissements financiers de communiquer des renseignements et d'annoncer les irrégularités à la FINMA constitue un instrument crucial de la surveillance. Comme la FINMA, au contraire des autorités de poursuite pénale, n'a pas la compétence d'ordonner des mesures de contrainte, elle ne peut pas confisquer des données ou des documents pour élucider les faits. Les assujettis et leurs sociétés d'audit sont soumis à une obligation de collaborer relevant du droit administratif afin que la FINMA soit informée sans délai des événements ou incidents pertinents pour son activité de surveillance⁵²⁴.

Il faut distinguer l'obligation d'annoncer prévue par la LFINMA et le droit de dénoncer. Il s'agit d'examiner en l'occurrence comment la FINMA ou d'autres autorités gèrent les signalements spontanés de tiers concernant de potentielles irrégularités dans les établissements financiers.

Pratique actuelle de la FINMA en ce qui concerne les lanceurs d'alerte

En raison de l'absence de base légale expresse, la FINMA se montre prudente dans sa gestion des cas de lancement d'alerte. Une approche plus active de l'autorité serait souhaitable dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il s'agit d'irrégularités qui devraient être annoncées à la FINMA sur la base du droit des marchés financiers⁵²⁵.

La FINMA dispose d'une plateforme permettant de communiquer des signalements en tant que client ou en tant que personne ayant une vue de l'intérieur de l'établissement⁵²⁶. Les signalements peuvent être anonymes ou non⁵²⁷.

Il faut noter que la loi du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques (LPTh)⁵²⁸ prévoit dans une disposition spécifique, intitulée «Obligation de déclarer, système de notification et droit de déclarer», le droit de signaler à Swissmedic les potentielles violations de la loi⁵²⁹. Elle crée donc elle-même un motif justificatif au sens de

⁵²³ LEHMKUHL, *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, 2^e édition, Berne 2021, p. 171, Cm. 7b et la jurisprudence citée.

⁵²⁴ Voir art. 29, al. 2, LFINMA et ch. 16.4.4.

⁵²⁵ SCHÖNKNECHT, *Meldungen von Hinweisgebern (Whistleblowing)*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 90.

⁵²⁶ FINMA, Procéder à un signalement, site Internet.

⁵²⁷ SCHÖNKNECHT, *Meldungen von Hinweisgebern (Whistleblowing)*, in: ZULAUF et WYSS (éd.), *Finanzmarktenforcement*, Berne 2022, p. 86.

⁵²⁸ RS **812.21**

⁵²⁹ Art. 59, al. 7, LPTh.

l'art. 14 CP et donc une dérogation à l'obligation de garder le secret qui incombe au travailleur⁵³⁰.

16.4.5.2 Comparaison internationale

Plusieurs organisations supranationales et internationales prévoient des dispositions en matière de signalement. L'OCDE et les États du G20, par exemple, accordent une grande importance à la protection des lanceurs d'alerte dans le cadre de leur programme mondial de lutte contre la corruption.

L'OCDE a adopté plusieurs lignes directrices à ce sujet⁵³¹; le Conseil de l'Europe émet également des recommandations concrètes en matière de protection des lanceurs d'alerte⁵³².

L'UE vise elle aussi, avec la directive 2019/1937/UE⁵³³, à protéger les personnes qui signalent des violations du droit de l'Union⁵³⁴. Fin novembre 2023, 25 États membres sur 27 avaient transposé la directive dans leur droit national. L'Allemagne a ainsi adopté la loi du 31 mai 2023 sur la protection des lanceurs d'alerte (*Hinweiserschutzgesetz*), qui prohibe les mesures de représailles à l'encontre des lanceurs d'alertes. Elle dispose que le signalement prime les obligations de garder le secret. Le lanceur d'alerte peut choisir entre signalement interne et externe. La BaFin est expressément désignée comme organe externe national compétent pour recevoir les signalements.

Aux États-Unis, le *Sarbanes-Oxley Act* et le *Dodd-Frank Act* prévoient des dispositions visant à protéger les lanceurs d'alerte. La seconde loi citée prévoit que, lorsque les amendes dépassent un million de dollars, les lanceurs d'alertes se voient accorder 10 à 30 % de la somme récupérée par l'État⁵³⁵ si leur signalement a abouti à la condamnation de l'entreprise.

16.4.5.3 Évaluation

Les médias se font régulièrement l'écho des irrégularités (présumées ou effectives) commises par les établissements financiers ou les entreprises. Les lanceurs d'alerte peuvent jouer un rôle essentiel dans la mise au jour de telles irrégularités.

⁵³⁰ FF 2013 1, 89

⁵³¹ OCDE, Protection des lanceurs d'alertes, site Internet.

⁵³² Conseil de l'Europe, *La protection des lanceurs d'alerte*, Recommandation CM/Rec(2014)7; PIKÓ et al. (éd.), *Corporate Compliance Handbuch*, Bâle 2022, § 45 Cm. 2, avec des liens renvoyant aux sources correspondantes.

⁵³³ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, JO L 305 du 26.11.2019, p. 17.

⁵³⁴ PIKÓ et al. (éd.), *Corporate Compliance Handbuch*, Bâle 2022, § 45 Cm. 3.

⁵³⁵ FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen in der Schweiz, Ein Handbuch für Unternehmen mit besonderem Fokus auf Finanzinstitute*, Zurich / Saint-Gall 2021, p. 27.

En outre, les tribunaux sont régulièrement appelés à trancher des questions de droit du travail, de protection des données et de droit pénal dans le cadre de signalements d'irrégularités, ce qui engendre une incertitude juridique tant pour les potentiels lanceurs d'alerte que pour la FINMA. Il serait opportun d'y remédier.

En mars 2020, le Parlement a définitivement rejeté le projet retravaillé de révision partielle du CO, qui prévoyait des dispositions visant à protéger le travailleur signalant des irrégularités. En Suisse, les lanceurs d'alerte ne sont donc toujours pas protégés sur le plan légal. L'absence de réglementation générale n'exclut pas pour autant l'introduction, dans le droit des marchés financiers, de dispositions spéciales autorisant la FINMA à se servir des indices à sa disposition pour mettre en lumière le comportement inadéquat d'établissements ou d'individus. Le rejet de la motion Noser (23.3844) par le Conseil national montre toutefois qu'il n'y a toujours pas de solution consensuelle au Parlement.

16.4.5.4 Mesures envisageables

Une mesure envisageable serait d'introduire dans le droit des marchés financiers une disposition qui garantit un droit de dénoncer en améliorant la protection des lanceurs d'alerte (par analogie avec l'art. 59, al. 7, LPTh). La FINMA aurait ainsi plus facilement accès aux informations susceptibles de révéler des comportements fautifs (tant de la part des établissements que des individus).

Si la mesure est mise en œuvre uniquement dans le droit des marchés financiers, il faudra vérifier où se situent les intersections avec le droit privé et le droit pénal.

Il faudra aussi examiner comment favoriser une culture d'entreprise encourageant la prise de parole, notamment par la mise en place de systèmes de signalement internes. Une solution prometteuse serait d'établir une réglementation fondée sur les exigences de la gouvernance d'entreprise afin d'obliger les assujettis à mettre en place ce genre de système, et à s'assurer que les travailleurs s'en servent.

16.4.6 Bilan

Étant donné qu'elles renforceront des attributions importantes de l'autorité de surveillance telles que le pouvoir d'ordonner des mesures, l'efficacité et la possibilité d'influer sur la gouvernance d'entreprise, qu'elles présentent un rapport coûts/utilité largement positif et qu'elles n'exigent pas d'examen plus détaillé, les mesures suivantes doivent être mises en œuvre:

- aligner l'interdiction d'exercer sur l'interdiction de pratiquer (ch. 16.4.1.4): cette modification permettra à la FINMA d'agir plus aisément à l'encontre des personnes physiques et de les exclure plus facilement du marché en cas de violations graves répétées des dispositions;
- modifier la confiscation en la rendant applicable à des personnes autres que celles qui exercent une fonction dirigeante (ch. 16.4.2.4): la FINMA pourra ainsi procéder à des confiscations auprès de personnes qui ont commis une

violation grave des dispositions sans pour autant exercer de fonction dirigeante;

- modifier, dans le domaine des banques, l’obligation de présenter les garanties d’une activité irréprochable (ch. 16.4.3.4): les deux mesures imposeront aux banques de procéder à des modifications qui existent déjà dans d’autres secteurs et soutiendront l’activité de surveillance de la FINMA;
- étendre le champ d’application de l’obligation de renseigner et d’annoncer (voir ch. 16.4.4.4): cette mesure renforcera la communication d’informations à la FINMA et aidera cette autorité à atteindre ses objectifs.

Comme ces mesures portent sur des instruments de surveillance fondamentaux et qu’il serait difficile de justifier une inégalité de traitement dans ce genre de cas, il apparaît opportun de les appliquer à l’ensemble des établissements financiers (à l’exception de la modification relative à l’examen des garanties d’une activité irréprochables, qui porte uniquement sur les banques).

L’analyse montre qu’il est nécessaire de remédier à la protection lacunaire des lanceurs d’alerte. Or lorsqu’il a examiné la motion 23.3844 Noser, le Conseil national a de nouveau refusé de réglementer ce domaine, ce qui indique qu’aucune solution consensuelle n’est encore en vue au Parlement. Par conséquent, il n’est pas recommandé d’introduire une mesure de protection des lanceurs d’alerte dans le seul droit des marchés financiers.

16.5 Recours aux sociétés d’audit

16.5.1 Contexte

16.5.1.1 Problématique

La FINMA doit vérifier par l’intermédiaire d’un audit que ses assujettis respectent le droit de la surveillance (art. 24 ss LFINMA). À cet égard, les différentes lois sur les marchés financiers précisent si elle peut effectuer elle-même cet audit prudentiel ou le faire effectuer par des sociétés d’audit, considérées comme le «bras armé de la FINMA»⁵³⁶. C’est pourquoi on parle de «système de surveillance dualiste».

Les assujettis sont légalement tenus de charger une société d’audit de procéder à un audit prudentiel régulier (voir par ex. art. 18, al. 1, LB) et de la payer. Cette obligation soulève quelques critiques. Ainsi, lors de la dernière évaluation du secteur financier suisse qu’il a effectuée dans le cadre de son Programme d’évaluation du secteur financier (PESF), le FMI a recommandé que la FINMA mandate et paie elle-même les sociétés d’audit pour prévenir les conflits d’intérêts⁵³⁷. La conseillère d’État Heidi Z’graggen a demandé au Conseil fédéral un rapport sur la manière de renforcer l’indépendance de la révision externe des banques trop grandes pour être mises en faille⁵³⁸.

⁵³⁶ FINMA, *Circulaire 2013/3 Activités d’audit*, Cm. 1.

⁵³⁷ FMI, *Switzerland Financial System Stability Assessment*, rapport n° 19/183, juin 2019.

⁵³⁸ Postulat 23.3450.

16.5.1.2 Liens économiques et problèmes en résultant

Les assujettis et les sociétés qu'ils chargent de leur audit entretiennent des liens économiques généralement à plusieurs niveaux. Il convient de distinguer entre l'audit prudentiel et la révision des comptes prévue dans le CO. L'audit prudentiel doit être réalisé séparément de la révision des comptes (voir art. 5, al. 4, de l'ordonnance du 5 novembre 2014 sur les audits des marchés financiers [OA-FINMA]⁵³⁹). Dans la grande majorité des cas, les assujettis confient la révision de leurs comptes et leur audit prudentiel à une seule et même société pour profiter des synergies. Par ailleurs, ils lui demandent des conseils (par ex. juridiques ou fiscaux).

Des imbrications et des liens économiques peuvent ainsi apparaître entre un assujetti et la société qu'il charge d'activités d'audit et de conseil, ce qui peut compromettre l'objectivité des travaux d'audit prudentiel. Il existe notamment un risque que, considérant les mandats en cours ou à venir, la société d'audit ne traite par les problèmes relatifs au droit de la surveillance qu'elle a constatés auprès de son mandant ni ne les expose au mandant et à l'autorité de surveillance avec la clarté qui s'impose. Il est aussi possible que les assujettis soient incités à choisir des sociétés d'audit qui interprètent les règles en vigueur d'une manière plus large et plus favorable que d'autres. Ces deux cas peuvent être source de problèmes pour la surveillance, les informations pertinentes pouvant ne pas arriver en temps utile à l'autorité de surveillance et les mesures prudentielles pouvant alors, le cas échéant, n'être mises en œuvre que tardivement, voire ne pas l'être.

16.5.1.3 Mécanismes de contrôle

Pour prévenir ces conflits d'intérêts inhérents au système de surveillance dualiste, le législateur a prévu divers mécanismes de contrôle, de même que la FINMA dans sa pratique de surveillance. L'ASR octroie les autorisations aux personnes qui fournissent des prestations de révision et les surveille⁵⁴⁰. La FINMA et l'ASR peuvent échanger des informations pour appliquer la législation relevant de leur compétence⁵⁴¹. Ainsi, la FINMA peut par exemple faire un signalement à l'ASR lorsqu'un auditeur n'a pas réalisé l'audit prudentiel selon les normes en vigueur. Dans les cas les plus graves, l'ASR peut retirer l'agrément de l'auditeur concerné.

Selon l'art. 11/ de l'ordonnance du 22 août 2007 sur la surveillance de la révision (OSRev)⁵⁴², les sociétés d'audit sont soumises à de grandes exigences en matière d'indépendance⁵⁴³. Étant donné que les prestations de conseil peuvent nuire à l'exécution

⁵³⁹ RS 956.161

⁵⁴⁰ La disposition fondant l'activité de l'ASR se trouve dans la LSR. La surveillance de la révision a été renforcée par le projet de concentration des compétences en matière de surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit au sein de l'ASR (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015).

⁵⁴¹ Art. 22 LSR et 28, al. 2, LFINMA.

⁵⁴² RS 221.302.3

⁵⁴³ Cette disposition renvoie notamment à l'art. 728 CO, qui liste les exigences en matière d'indépendance des organes de révision.

objective des audits prudentiels, les sociétés d'audit ne sont pas autorisées à mener certaines activités en sus de l'audit prudentiel⁵⁴⁴. Elles ont par exemple l'interdiction de se contrôler elles-mêmes (art. 728, al. 2, ch. 4, CO). Cette interdiction garantit qu'une société d'audit n'audite pas son propre travail. La personne qui dirige la révision des comptes ou l'audit prudentiel peut exercer ce mandat pendant 7 ans au plus et ne peut reprendre le même mandat qu'après une interruption de 3 ans⁵⁴⁵. Les honoraires qu'une entreprise de révision perçoit pour les prestations de révision et les autres services qu'elle fournit à un mandant (au niveau d'une société et du groupe) ne doivent pas dépasser 10 % du montant total des honoraires encaissés⁵⁴⁶.

La FINMA a jusqu'à présent précisé la pratique d'audit dans une circulaire. Selon ce document, la FINMA définit la stratégie d'audit (soit les domaines à contrôler) pour les assujettis des catégories de surveillance 1 et 2 (SIB). Les assujettis des catégories 3 à 5 (notamment les banques sans importance systémique) entrent dans le champ d'application des stratégies d'audit standard, qui sont en fin de compte aussi définies par la FINMA et que la FINMA peut modifier au besoin en fonction de l'établissement⁵⁴⁷. Cela signifie que les sociétés d'audit doivent réaliser les travaux d'audit selon les prescriptions de la FINMA. Elles doivent également remettre le rapport d'audit à la FINMA.

Conformément aux différentes lois sur les marchés financiers, la FINMA a la possibilité d'examiner elle-même plus en détail certains domaines d'audit en sus de l'audit prudentiel. Elle peut en outre faire réaliser ces examens approfondis à des chargés d'audit ou d'enquête. Dans des cas justifiés, elle peut demander à un assujetti de changer de société d'audit (voir art. 28a, al. 2, LFINMA).

16.5.2 Comparaison internationale

En général, les autorités de surveillance vérifient elles-mêmes le respect des prescriptions du droit de la surveillance et ne font appel à des sociétés d'audit externes que pour des points précis.

Au Royaume-Uni, la PRA dispose par exemple d'un manuel complet pour son activité de surveillance⁵⁴⁸. Elle a en outre publié des principes sur la manière dont elle se coordonne avec les sociétés de révision externes⁵⁴⁹.

Dans l'UE, le mécanisme de surveillance unique (MSU) de la Banque centrale européenne supervise les plus grands établissements. Il confie les audits prudentiels à ses collaborateurs et travaille avec les autorités de surveillance des États membres. Aux

⁵⁴⁴ Art. 7 OA-FINMA et FINMA, *Circulaire 2013/3 Activités d'audit*, Cm. 44.1 ss.

⁵⁴⁵ Art. 730a, al. 2, CO et 8, al. 1, OA-FINMA; «rotation interne».

⁵⁴⁶ Art. 11, al. 1, let. a, LSR; «indépendance économique».

⁵⁴⁷ FINMA, *Circulaire 2013/3 Activités d'audit*, Cm. 87 et 87.1.

⁵⁴⁸ Banque d'Angleterre, *The Prudential Regulation Authority's approach to banking supervision*, juillet 2023.

⁵⁴⁹ Banque d'Angleterre, *The relationship between the external auditor and the supervisor: a code of practice*, avril 2013.

États-Unis, les autorités de surveillance font en principe réaliser les audits prudentiels par leur propre personnel⁵⁵⁰.

Le Liechtenstein et le Luxembourg ont également un système de surveillance semblable à celui de la Suisse.

16.5.3 Évaluation

Le recours régulier à des sociétés d'audit pour vérifier que les assujettis respectent les prescriptions du droit de la surveillance est un principe prudentiel central et bien établi. Pour ce qui concerne les événements ayant causé l'effondrement de Credit Suisse, rien n'indique pour le moment qu'il y ait eu une atteinte à l'indépendance de la société d'audit de la banque. Un examen approfondi de la façon dont les mécanismes de contrôle sont conçus et dont les sociétés d'audit sont mandatées s'impose cependant (voir ci-après les mesures envisageables). L'objectif en l'espèce est de réduire encore les conflits d'intérêts inhérents au système de surveillance en place.

La Suisse a une place financière d'envergure mondiale qui comprend une G-SIB (UBS) et trois SIB non actives au niveau international. Compte tenu aussi des situations de dépendance induites par le système actuel, il faut donc examiner si la dualité est encore judicieuse dans l'optique d'une surveillance efficace et efficiente.

16.5.4 Mesures envisageables

16.5.4.1 Renforcement des mécanismes de contrôle

Pour accroître l'indépendance des sociétés d'audit, la mesure envisageable pourrait consister à restreindre davantage les mandats de conseil, voire les interdire. Les dispositions correspondantes de l'OA-FINMA devraient être renforcées à cet effet. À l'heure actuelle, les sociétés d'audit prudentiel n'ont, pour l'essentiel, pas le droit d'accepter des mandats qui se rapportent à des domaines relevant du droit de la surveillance, c'est-à-dire avec lesquels il y aurait un risque qu'elles aient à vérifier ensuite les résultats de leur propre travail.

Cette mesure aurait potentiellement pour inconvénient de restreindre la concurrence en limitant l'activité des sociétés d'audit. Il existe d'autres éléments propres à réduire les conflits d'intérêts ou à améliorer la qualité des audits de manière générale. On pourrait par exemple examiner la possibilité de prescrire une rotation de postes au sein des sociétés d'audit (prudentiel), à l'instar de celle qui est déjà reconnue et pratiquée dans la majorité des pays étrangers. Il serait judicieux de prévoir également une durée minimale pour le mandat d'audit prudentiel (par ex. 3 ans), afin d'ôter aux assujettis un moyen de pression sur les sociétés d'audit. La rotation de postes pourrait aussi

⁵⁵⁰ Fed, *Approaches to Bank Supervision*, site Internet; OCC, *Approach to Federal Branch and Agency Supervision*, octobre 2017; FDIC, *Supervision Program*, site Internet, 2 août 2022.

permettre à long terme de prévenir la concentration actuelle, à savoir que les SIB confient leurs mandats d'audit prudentiel à une seule société d'audit.

Il faudrait aussi évaluer dans quelle mesure les obligations concernant la rotation de postes devraient être remaniées au sein des équipes d'audit travaillant sur un mandat d'audit. Renforcer le droit de la FINMA à prendre part aux décisions de désignation ou de changement de sociétés d'audit constitue une autre piste possible. Les stratégies d'audit définies par la FINMA servent déjà aujourd'hui à contrôler et à piloter le recours à des sociétés d'audit. Il lui incombe de les évaluer régulièrement et de s'assurer de leur efficacité. Même si la désignation des sociétés d'audit par les assujettis demeurerait en l'état, la FINMA serait libre de réaliser elle-même davantage de travaux de surveillance dans le respect des lois sur les marchés financiers (par ex. sur la base de l'art. 23 LFINMA).

16.5.4.2 Désignation directe par la FINMA

Afin de désamorcer les conflits d'intérêts des sociétés d'audit, la FINMA pourrait désigner directement les sociétés d'audit prudentiel⁵⁵¹. Ainsi, il n'y aurait plus de mandats privés et il reviendrait à la FINMA de désigner directement les mandataires. Elle choisirait la société chargée de l'audit prudentiel pour chacun des assujettis en lui indiquant les tâches à réaliser. La FINMA déciderait ensuite aussi de la redistribution des mandats.

Sous certaines conditions, cette mesure pourrait renforcer l'indépendance des sociétés d'audit et leur permettre de conserver une attitude critique à l'égard des banques. Les sociétés d'audit pourraient ainsi réaliser les audits sans autres considérations et signaler les irrégularités et les manquements à la FINMA sans craindre de subir des préjudices économiques dans d'autres domaines. La FINMA pourrait alors obtenir plus facilement et plus rapidement des indices pour, après examen, identifier des violations graves du droit de la surveillance.

La désignation directe des sociétés d'audit permettrait en outre à la FINMA de prévenir la concentration des mandats d'audit, pour autant qu'elle répartisse équitablement les mandats entre les sociétés d'audits entrant en ligne de compte. Par ailleurs, le système de surveillance suisse se rapprocherait de la procédure généralement appliquée dans les autres pays. Il serait pertinent d'associer la désignation directe au renforcement des mécanismes de contrôle commenté au chapitre précédent, notamment à l'interdiction des prestations de conseil.

La désignation directe n'est cependant pas sans inconvénient. Le volume des montants en jeu obligerait (probablement) la FINMA à attribuer les mandats selon les règles du droit des marchés publics. Il s'agit d'un processus exigeant, qui restreindrait le degré de liberté en matière d'adjudication. En d'autres termes, la FINMA pourrait voir diminuer la marge de manœuvre dont elle dispose pour l'attribution des mandats. Actuellement, les sociétés d'audit travaillent sur mandat des assujettis selon les lois du

⁵⁵¹ Il faudrait examiner séparément lors de la mise en œuvre dans quelle mesure la désignation directe des sociétés d'audit prudentiel serait aussi applicable au contrôle de l'autorisation prévu dans le droit des marchés financiers.

marché, qui influent par exemple sur l'évolution des sociétés d'audit, la formation des spécialistes ou les parts de marché. En cas d'adjudication directe, la FINMA devrait tenir compte de ces lois et respecter en outre le principe de la neutralité concurrentielle. Elle devrait par ailleurs surveiller les coûts d'audit et l'indépendance des sociétés d'audit, celle-ci ressortissant déjà à l'ASR.

Étant donné qu'il existe d'importantes synergies entre la révision des comptes et l'audit prudentiel, l'attribution des audits correspondants à deux sociétés distinctes occasionnerait des coûts supplémentaires élevés aux assujettis. Ceux-ci devraient donc souvent faire le nécessaire pour que l'organe de révision soit la même société d'audit prudentiel désignée par la FINMA. Par conséquent, seul un petit nombre de sociétés d'audit pourrait effectuer des audits auprès des banques ou des G-SIB et, en général, une d'elles recevrait pour mandat de fournir des prestations de conseil et ne serait dès lors pas disponible pour des audits. Cela revient à dire qu'en désignant la société d'audit prudentiel la FINMA contribuerait aussi indirectement à la sélection de l'organe de révision. Les actionnaires n'auraient objectivement plus qu'une liberté de choix restreinte du fait de la désignation indirecte de l'organe de révision par la FINMA.

Il reste en outre à prouver si la désignation directe mettrait réellement et efficacement un terme aux conflits d'intérêts actuels des sociétés d'audit. Il est très possible que les sociétés d'audit mandatées par la FINMA continuent de répondre à leurs propres intérêts pour satisfaire l'assujetti audité ou la FINMA. Le changement de société d'audit constituerait également une charge importante aussi bien pour les assujettis que pour la FINMA.

Le conseil d'administration et son comité d'audit auraient un rôle moindre puisqu'ils ne seraient plus chargés de garantir la qualité de l'audit prudentiel. Cet affaiblissement du rôle du conseil d'administration pourrait même conduire, dans une certaine mesure, à libérer ce dernier de sa responsabilité (art. 754 ss CO; la FINMA serait responsable de la décision et il serait plus intéressant de se retourner contre l'État).

Estimant que la FINMA a désigné la mauvaise société d'audit ou a trop tardé à la remplacer, les plaignants pourraient en fin de compte se retourner contre la FINMA et, par conséquent, la Confédération et intenter une action en responsabilité contre l'État.

Si cette mesure était mise en œuvre et que la FINMA devenait l'adjudicateur unique des mandats prudeniels, il faudrait aussi examiner les conséquences de ce changement sur l'activité de surveillance de l'ASR.

16.5.4.3 Suppression de la surveillance dualiste

Il serait également envisageable d'habiliter la FINMA à réaliser elle-même les audits prudeniels de bout en bout. Ainsi, elle serait assurée de pouvoir perfectionner ses connaissances en permanence, et la surveillance s'en trouverait renforcée. Dans le même temps, il faudrait considérablement augmenter les ressources de la FINMA, ce qui mettrait une pression considérable sur le marché du travail, et retirer aux sociétés d'audit la compétence d'exécuter des audits prudeniels. Par ailleurs, la question de la

responsabilité de l'État se poserait encore davantage qu'en cas de désignation directe par la FINMA.

16.5.5 Bilan

Le recours aux sociétés d'audit en tant que «bras armé» de la FINMA constitue un outil de surveillance bien établi. Vu les ressources dont elle dispose actuellement, la FINMA doit compter sur le fait que les sociétés d'audit contrôlent de manière indépendante le respect du droit de la surveillance. Le renforcement des mécanismes de contrôle (voir ch. 16.5.4.1) ou la désignation directe des sociétés d'audit par la FINMA (ch. 16.5.4.2) peuvent améliorer cette indépendance. Dans ce contexte, leur mise en œuvre paraît pertinente.

Le recours aux sociétés d'audit étant un élément fondamental de la surveillance, ces mesures pourraient concerner l'ensemble des établissements financiers. D'autres examens sont toutefois nécessaires pour établir une évaluation finale. Il convient notamment de s'assurer de la forme que prendra la mise en œuvre concrète de la désignation directe et de confirmer qu'elle favorisera effectivement l'indépendance des sociétés d'audit. Il faudra en outre intégrer dans les autres travaux les éventuelles conclusions de la CEP relatives aux sociétés d'audit.

Il convient aussi d'examiner une modification plus extrême telle que la suppression du système de surveillance dualiste. En théorie, cette solution peut contribuer à augmenter l'efficacité et l'efficacité de la surveillance en Suisse et à renforcer cette dernière, ce qui est particulièrement important dans le cas des SIB. Or un changement de ce genre comporterait aussi de grands défis sur le plan de la mise en œuvre, en raison notamment de ses répercussions sur le marché du travail. C'est pourquoi il est prévu dans un premier d'examiner la mesure en se concentrant sur les SIB.

16.6 Durée des procédures

16.6.1 Contexte

Si la FINMA estime qu'une SIB doit remplir des exigences particulières plus élevées en matière de fonds propres ou de liquidités et que la banque ne les remplit pas spontanément, la FINMA doit alors rendre une décision conforme à la PA et en indiquer les motivations. Les règles de procédure à suivre (par ex. garantie du droit d'être entendu, récusation, échange d'écritures, prolongation des délais, effet suspensif, recours devant le Tribunal administratif fédéral, puis devant le Tribunal fédéral) ne permettent une application immédiate des décisions de la FINMA que dans certains cas (par ex. si elles sont immédiatement exécutoires et l'éventuel recours n'a plus d'effet suspensif). Cela peut prendre des années avant que le Tribunal fédéral ne rende un arrêt définitif.

En Suisse, la réglementation des procédures judiciaires et administratives doit respecter les droits fondamentaux de procédure garantis par la Constitution. En tant que garanties minimales, ces droits constituent un pilier de l'État de droit et donnent une

ligne directrice à l'interprétation de la législation. Les garanties générales de procédure énoncées à l'art. 29 Cst. (par ex. traitement équitable, jugement dans un délai raisonnable, droit d'être entendu) et la garantie de l'accès au juge visée à l'art. 29a Cst. (droit au jugement d'une cause par une autorité judiciaire) sont au cœur de la procédure administrative. Les modifications envisageables du droit de la procédure administrative devront tenir compte des limites fixées par les garanties constitutionnelles.

16.6.2 Comparaison internationale

La comparaison avec les procédures d'autres pays mériterait une étude approfondie. Si les organisations officielles étrangères et leurs règles de procédure ont toutes leurs spécificités qu'il n'est pas simple de transposer en Suisse et qui ne permettent pas non plus de dégager des pistes d'action possibles, il est utile de préciser que plusieurs juridictions, dont celle de l'Allemagne, contiennent des dispositions légales qui facilitent l'exécution immédiate de certaines décisions⁵⁵².

16.6.3 Évaluation

En pratique, la durée parfois longue de la procédure (prononcé de la décision et recours éventuels) pose problème lorsque l'exécution rapide d'une décision de la FINMA est nécessaire pour garantir la stabilité de la SIB concernée, voire du système bancaire et de l'économie dans leur ensemble. Il est donc envisageable pour de tels cas, en sus des possibilités existantes (par ex. mesures provisionnelles immédiatement exécutoires⁵⁵³), de modifier le droit de la procédure administrative afin d'accélérer la procédure.

16.6.4 Mesures envisageables

Les mesures envisageables qui suivent visent les SIB, notamment pour ce qui est des exigences particulières plus élevées en matière de fonds propres ou de liquidités.

⁵⁵² Compte tenu du caractère urgent et de l'impératif d'immédiateté reconnu par le législateur allemand et à des fins de prévention des risques, les décisions de la BaFin sont en général immédiatement exécutoires et les recours contre ces décisions n'ont pas d'effet suspensif automatique (voir art. 49 KWG, 310, al. 2, de la loi sur la surveillance des sociétés d'assurance [VAG] et 13 de la loi sur le négoce de titres [WpHG]). Afin que la décision ne soit pas immédiatement exécutoire, les personnes dont les droits sont directement concernés par une décision de la BaFin peuvent demander au tribunal de prononcer l'effet suspensif du recours (voir art. 80, al. 5, du code du tribunal administratif [VwGO]).

⁵⁵³ Voir dans le détail FINMA, *Mesures provisionnelles*, site Internet.

16.6.4.1 Exclusion du recours devant le Tribunal fédéral

À l'heure actuelle, une décision de la FINMA peut être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral, puis devant le Tribunal fédéral. L'art. 83 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral⁵⁵⁴ dresse la liste des décisions du Tribunal administratif fédéral contre lesquelles un recours de droit public est irrecevable devant le Tribunal fédéral. Pour réduire la durée des procédures, il semble utile d'examiner l'opportunité d'exclure la possibilité de porter en dernier lieu le recours contre des décisions de la FINMA (à préciser éventuellement) devant le Tribunal fédéral.

16.6.4.2 Introduction de délais dans la procédure de recours

Hormis le délai de recours, la PA n'impose aucun délai concret aux parties ou à l'autorité de recours pour les actes de procédure. La FINMA rend des décisions sur les dossiers qui intéressent les SIB dans le cadre de son activité de surveillance en échangeant continuellement avec les banques concernées, et ses décisions sont généralement précédées d'une procédure approfondie garantissant le droit d'être entendu (sauf dans les cas des décisions rendues à titre superprovisionnel). Étant donné que les SIB concernées connaissent suffisamment bien la cause, il apparaît utile d'examiner l'opportunité de fixer des délais légaux (non prolongeables) pour le dépôt des requêtes procédurales des parties faisant recours.

Il faudrait aussi préciser dans ce cas les procédures et causes auxquelles ces délais s'appliqueraient. Dans ce contexte, il pourrait aussi être intéressant d'examiner s'il est nécessaire de fixer un délai à l'autorité de recours pour l'examen d'un recours dans des cas spécifiques, qu'il faut qualifier de prioritaires.

16.6.4.3 Abandon de l'examen de l'opportunité dans la procédure de recours

Les SIB qui attaquent une décision de la FINMA peuvent invoquer (1) la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, (2) la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ou (3) l'inopportunité (art. 49 PA). L'examen du grief de l'inopportunité n'est exigé ni par la garantie de l'accès au juge visée à l'art. 29a Cst., ni par les garanties générales de procédure énoncées à l'art. 29 Cst.

Il semble donc pertinent d'examiner l'opportunité de créer une loi spéciale excluant le grief de l'inopportunité dans des procédures et des causes à préciser de nouveau plus en détail ou si cette exclusion est compatible avec les garanties de procédure inscrites dans la Constitution et la CEDH. En ce qui concerne les décisions de la FINMA intéressant directement les SIB (voir ch. 16.5.1.1), les recours dans lesquels seule l'inopportunité est invoquée ne seraient donc plus recevables et les recours fon-

⁵⁵⁴ RS 173.110

dés sur d'autres motifs devraient au moins être plus circonscrits et, le cas échéant, faire l'objet d'un traitement plus rapide.

16.6.4.4 Retrait de l'effet suspensif d'un recours contre une décision de la FINMA

Selon le droit en vigueur, tout recours contre une décision de la FINMA a un effet suspensif. Sauf si sa décision porte sur une prestation pécuniaire, la FINMA peut y prévoir que le recours n'aura pas d'effet suspensif. Or, l'autorité de recours peut lui restituer cet effet (art. 55 PA). Si l'objectif est de veiller à ce que les SIB exécutent immédiatement les décisions de la FINMA, il serait possible d'inscrire dans la loi que le recours n'a pas d'effet suspensif. L'absence de cet effet, associée à l'entrée en force immédiate de la décision, deviendrait ainsi la norme légale, et la FINMA n'aurait plus à en décider au cas par cas.

Les banques concernées pourraient alors requérir des mesures provisionnelles auprès de l'autorité de recours pour notamment maintenir intact l'état de fait qui existait avant la décision (art. 56 PA). Du point de vue de la stabilité du système, il ne paraît cependant pas approprié qu'une décision rendue soit d'abord respectée, puis ne soit plus respectée en cours de procédure. Il conviendrait donc d'examiner l'opportunité d'inscrire dans la loi que les décisions de la FINMA à l'égard des SIB (voir ch. 16.6.3) sont immédiatement exécutoires, en dépit de la procédure de recours en cours. Il faudrait avant tout étudier si et éventuellement avec quels mécanismes de compensation la garantie de l'accès au juge peut être prise en compte dans ce contexte.

16.6.5 Bilan

Les mesures envisageables présentées ci-dessus visent à accélérer les procédures, ce qui, dans le cas des SIB, peut être décisif pour garantir la stabilité financière. Elles sont donc en principe souhaitables. Constituant toutefois une atteinte parfois sérieuse aux procédures prévues par le droit de procédure administrative, elles doivent, en application du principe de proportionnalité, être limitées à des cas d'application concernant les SIB et nécessitent un examen juridique approfondi avant leur éventuelle mise en œuvre. Il convient donc d'examiner en détail si ces mesures doivent déjà être mises en œuvre et, le cas échéant, lesquelles.

16.7 Compétences du conseil d'administration de la FINMA

16.7.1 Contexte

Les tâches du conseil d'administration de la FINMA sont définies dans la LFINMA⁵⁵⁵. Organe stratégique de la FINMA, le conseil d'administration détermine

⁵⁵⁵ Art. 9, al. 1, LFINMA.

l'organisation des activités opérationnelles de la FINMA (par ex. en édictant un règlement d'organisation, en nommant et surveillant les membres de la direction, en garantissant le contrôle interne) et arrête les bases réglementaires (ordonnances relevant de la compétence de la FINMA et circulaires sur l'application du droit des marchés financiers). Il statue en outre sur les affaires de grande portée.

La présidence du conseil d'administration est en principe un emploi à plein temps⁵⁵⁶. Les autres membres du conseil d'administration exercent leur mandat en tant qu'activité accessoire. Le conseil d'administration étant appelé à statuer sur des affaires de grande portée, ses membres doivent être indépendants des assujettis⁵⁵⁷.

La compétence du conseil d'administration de la FINMA pour les affaires de grande portée a été introduite par le Conseil fédéral dans le projet de LFINMA de 2006 sur la base des retours de la consultation. De nombreux participants à la procédure de consultation, dont l'Association suisse des banquiers et économistes suisses, étaient d'avis que les décisions graves devaient être du ressort du conseil d'administration dans le sens d'un équilibre des pouvoirs. Le conseil d'administration se prononce sur les cas relevant de l'activité opérationnelle de la FINMA dans la mesure où les créanciers, les investisseurs, les assurés ou le fonctionnement des marchés financiers sont touchés notablement⁵⁵⁸. La LFINMA prévoit en outre que le conseil d'administration n'est en principe responsable que des questions et des décisions stratégiques. Il est donc largement déchargé des affaires courantes et peut se consacrer à la gestion à long terme de la FINMA⁵⁵⁹.

Après la crise financière de 2007–2008, le Conseil fédéral a réaffirmé la compétence du conseil d'administration pour les affaires de grande portée. Il a toutefois recommandé à la FINMA d'interpréter de manière restrictive la notion d'affaires de grande portée et de garder à l'esprit que le conseil d'administration est responsable des questions et décisions stratégiques, alors qu'en règle générale les activités opérationnelles sont du ressort de la direction⁵⁶⁰.

En 2014, le Conseil fédéral a indiqué que la compétence du conseil d'administration pour les affaires de grande portée contrebalance parfaitement les attributions de la direction de la FINMA, ce qui favorise une prise de décision pondérée et une évolution équilibrée de la pratique. Pour lui, les affaires de grande portée et les décisions stratégiques ont en outre un lien direct en pratique et sont difficiles à délimiter, les premières pouvant ainsi influencer non seulement sur la stratégie générale de la FINMA, mais également sur la réglementation (ordonnances et circulaires), édictée par le conseil d'administration. Par cette argumentation, le Conseil fédéral a aussi répondu au FMI qui, lors du Programme d'évaluation du secteur financier de 2014, avait suggéré de limiter

⁵⁵⁶ Art. 9, al. 4, LFINMA et FF **2006** 2741, 2777. Le président du conseil d'administration peut exercer une activité accessoire (par ex. enseigner dans une haute école) si elle est utile l'accomplissement des tâches de la FINMA.

⁵⁵⁷ Art. 9, al. 2, LFINMA et FF **2006** 2741, 2776.

⁵⁵⁸ FF **2006** 2741, 2752

⁵⁵⁹ FF **2006** 2741, 2775

⁵⁶⁰ Conseil fédéral, *Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir*, 12 mai 2010.

ou de définir plus clairement la compétence du conseil d'administration pour les affaires de grande portée⁵⁶¹.

Le conseil d'administration de la FINMA a défini la notion d'affaires de grande portée dans le règlement d'organisation de la FINMA en s'appuyant sur le message relatif à la LFINMA et l'a encore précisée par suite de l'arrêt du Tribunal fédéral⁵⁶². Peuvent en particulier être considérées comme affaires de grande portée des affaires concernant des assujettis des catégories de surveillance 1 et 2 (soit les SIB), notamment les mesures protectrices, l'assainissement ou encore la liquidation (par voie de faillite).

16.7.2 Évaluation

Comme nous l'avons exposé ci-dessus, les décisions concernant les affaires de grande portée incombent au conseil d'administration de la FINMA. Cette attribution a été débattue dès l'institution de l'autorité de surveillance et continue de l'être, le Conseil fédéral pesant à chaque fois les arguments en faveur et en défaveur de cette solution à la lumière des expériences et des connaissances acquises.

Concernant Credit Suisse, la CEP enquête sur la manière dont les affaires ont été gérées par la FINMA.

Le Conseil fédéral s'est exprimé pour la dernière fois en 2014 sur la compétence du conseil d'administration de la FINMA pour les affaires de grande portée. Les enseignements tirés ces dernières années, notamment dans le cas de PostFinance, l'incitent par conséquent à réexaminer les avantages et les inconvénients de la répartition actuelle des tâches entre le conseil d'administration et la direction.

16.7.3 Mesures envisageables et bilan

L'examen de la compétence du conseil d'administration pour les affaires de grande portée devrait aussi établir une comparaison avec la gouvernance d'organisations équivalentes. Dans ce cadre, il faudrait évaluer si la répartition actuelle des tâches est justifiée eu égard à l'efficacité de la surveillance et si des mesures doivent être prises. Cet examen devrait aussi s'appuyer sur les éventuelles conclusions de la CEP.

Il faudrait notamment analyser les avantages et les inconvénients d'un transfert à la direction de la compétence en matière d'affaires de grande portée.

16.8 Dotation en ressources de la FINMA

Le mandat légal actuel, l'éventuelle extension des instruments de la FINMA envisagée dans le présent rapport et la surveillance d'UBS (après sa réunion à Credit Suisse)

⁵⁶¹ Conseil fédéral, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, 18 décembre 2014, pp. 9 s.

⁵⁶² FINMA, *Règlement d'organisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers*, 1^{er} décembre 2023, art. 2^{bis}.

exigent que la FINMA dispose des ressources adéquates, aussi bien sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif.

Reprenant l'opinion générale, le groupe d'experts «Stabilité des banques» indique que la FINMA a atteint ses limites en termes de personnel lors de la gestion du cas de Credit Suisse et qu'il est indispensable d'en augmenter les ressources, notamment dans les domaines de la stabilisation et de la liquidation ainsi que dans celui de la surveillance d'UBS. Le groupe d'experts précise en outre que la FINMA devrait s'assurer de disposer d'une marge de manœuvre suffisante en matière de rémunération pour attirer des personnes hautement qualifiées et très expérimentées de l'industrie financière⁵⁶³.

Daniel K. Tarullo recommande d'augmenter considérablement les ressources affectées à la surveillance d'UBS⁵⁶⁴.

Il revient à la FINMA de définir et de se procurer les ressources nécessaires pour exécuter ses tâches. À cet égard, le Conseil fédéral indique ici attendre de la FINMA qu'elle se dote des ressources adéquates du point de vue aussi bien quantitatif que qualitatif, en tenant compte de ses nouvelles tâches. Les conclusions de la CEP montreront en outre dans quelle mesure des actions sont nécessaires concernant la dotation en ressources de la FINMA.

17 Compétences et collaboration des autorités en matière de stabilité financière

17.1 Contexte

17.1.1 Introduction

Outre les exigences réglementaires, la collaboration entre les autorités impliquées ainsi que leurs compétences et responsabilités en matière de stabilité financière sont déterminantes aux fins de prévenir ou de surmonter une crise financière. C'est pourquoi, à la suite d'une telle crise, ces aspects sont examinés. Cela a notamment été le cas après la crise financière mondiale de 2007/2008.

À l'époque, le CSF a établi de nouvelles normes et le dispositif TBTF a été renforcé dans les juridictions concernées. Des adaptations institutionnelles ont également été effectuées dans diverses juridictions présentant une place financière importante: aux États-Unis, dans l'UE et au Royaume-Uni notamment, un rôle plus important a par exemple été accordé aux banques centrales dans la surveillance et la liquidation des SIB.

Avant même la crise financière, la Suisse avait décidé de renforcer l'indépendance de l'autorité de surveillance. Le 1^{er} janvier 2009, la FINMA est devenue une autorité indépendante de l'administration fédérale. À la différence de ce qui s'est passé dans d'autres juridictions, la BNS ne s'est vu attribuer aucune tâche supplémentaire en ma-

⁵⁶³ Groupe d'experts «Stabilité des banques», *Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023, p. 59.

⁵⁶⁴ TARULLO, pp. 4 s.

tière de surveillance et de liquidation des SIB. Après la crise financière, le Conseil fédéral n'a pas estimé nécessaire de revoir le cadre institutionnel⁵⁶⁵.

La question de la modification des compétences et des formes de collaboration entre les autorités concernées se pose également dans l'analyse de la crise qui a emporté Credit Suisse. Le Conseil fédéral estime toutefois qu'il convient d'attendre les résultats des travaux de la CEP qui seront pris en compte dans la discussion sur le cadre institutionnel.

17.1.2 Cadre institutionnel actuel en Suisse

En Suisse, différentes autorités sont chargées de favoriser et de maintenir la stabilité financière. Les acteurs centraux sont le Conseil fédéral, et plus précisément le DFF (réglementation), la FINMA (surveillance, assainissement et liquidation) et la BNS (surveillance macroprudentielle, stabilité du marché financier, prêteur ultime).

Le DFF, la FINMA et la BNS sont indépendants les uns des autres. Il n'existe guère de dispositions légales relatives à leur collaboration dans le domaine de la stabilité financière et de la réglementation des marchés financiers, à l'exception de celles leur donnant le droit d'échanger des informations. Un protocole d'entente (MoU) définit pour l'heure les modalités de leur collaboration dans le domaine de la réglementation des marchés financiers. Cette convention porte sur l'échange d'informations et, spécifiquement, sur la collaboration en cas de crise pouvant menacer la stabilité du système financier (voir ch. 5.2 pour une description de l'organisation en cas de crise)⁵⁶⁶.

La FINMA et la BNS ont signé un autre MoU, qui délimite les tâches des deux institutions, définit les domaines d'intérêts communs et règle la collaboration dans le domaine de la stabilité financière⁵⁶⁷.

17.2 Comparaison internationale

Il existe d'importantes différences sur le plan international concernant la répartition institutionnelle des compétences en matière de surveillance des banques, de surveillance macroprudentielle, d'exercice du rôle de prêteur ultime, d'assainissement et de liquidation. Deux approches sont à distinguer: le regroupement des différentes tâches au sein d'une seule autorité (*Single-Authority-Approach*) et la répartition des tâches entre plusieurs autorités (*Multiple-Authority-Approach*)⁵⁶⁸. Au Royaume-Uni,

⁵⁶⁵ Conseil fédéral, *Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir*, 12 mai 2010. Voir aussi le communiqué du Conseil fédéral, *Enseignements de la crise financière pour la surveillance des marchés financiers*, 12 mai 2010.

⁵⁶⁶ DFF, FINMA et BNS, *Memorandum of Understanding relatif à la collaboration tripartite des autorités suisses compétentes en matière de marchés financiers dans le domaine de la stabilité financière et de la réglementation des marchés financiers convenu entre le DFF, la FINMA et la BNS*, 2 décembre 2019.

⁵⁶⁷ FINMA et BNS, *Memorandum of Understanding dans le domaine de la stabilité financière*, 15 mai 2017.

⁵⁶⁸ ALAREZ et MARSAL.

la surveillance et la liquidation des SIB ainsi que la fonction de prêteur ultime sont confiées à la Banque d'Angleterre. À l'inverse, ces tâches sont réparties entre différentes autorités indépendantes dans l'UE et aux États-Unis.

Dans de nombreux pays (notamment aux États-Unis, dans l'UE et au Royaume-Uni), contrairement à ce qui est le cas en Suisse, les banques centrales assurent la surveillance des SIB, notamment parce qu'elles ont une plus grande expérience dans la gestion de crises affectant l'ensemble du marché et du système, qu'elles ont plus de facilité à recruter des personnes sur le marché du travail et qu'elles peuvent par conséquent mieux exploiter les synergies entre la surveillance microprudentielle et macroprudentielle⁵⁶⁹.

Par ailleurs, la répartition des différentes responsabilités et compétences est définie plus explicitement dans les juridictions concernées. Ainsi, un conseil de stabilité chargé de la surveillance macroprudentielle est souvent responsable de la collaboration en cas de crise. Le Financial Stability Oversight Council (FSOC) aux États-Unis et le Comité européen du risque systémique (CERS) dans l'UE en sont des exemples. Ces conseils de stabilité sont généralement composés de membres de l'organe de surveillance, de la banque centrale et du ministère des finances, et accueillent parfois aussi des experts indépendants. Ils se caractérisent aussi par le fait qu'ils doivent rendre des comptes à la population sur leurs travaux. Le FSOC et le CERS publient des rapports annuels dans lesquels ils présentent leurs appréciations des risques potentiels pour la stabilité financière et leurs analyses.

17.3 Évaluation

Le Conseil fédéral estime que dans l'ensemble, les autorités ont su gérer la crise qui a touché Credit Suisse. Dans une course contre la montre intense, des évaluations, des mesures ainsi que des propositions de solutions ont été débattues et élaborées dès l'automne 2022 dans le cadre d'une collaboration directe et approfondie entre le DFF, la FINMA et la BNS. Cela a permis de mettre en œuvre une solution adaptée à la situation en un temps record à la mi-mars 2023 (voir ch. 5.3 et 5.4).

Les enseignements tirés de la crise permettent de comprendre à quel point il est important que les autorités se transmettent rapidement toutes les informations, collaborent de manière constructive quel que soit l'option choisie, respectent la hiérarchie des normes lors de la prise de décisions, se coordonnent et assument et se répartissent les responsabilités.

Eu égard à la collaboration en cas de crise, il s'avère que la Suisse ne dispose que d'une base relativement mince et peu formelle en la forme du MoU⁵⁷⁰ tripartite conclu entre le DFF, la FINMA et la BNS. En revanche, les juridictions étrangères considérées ont mis sur pied des organismes plus formels; les compétences et les responsabi-

⁵⁶⁹ ALAREZ et MARSAL.

⁵⁷⁰ DFF, FINMA et BNS, *Memorandum of Understanding relatif à la collaboration tripartite des autorités suisses compétentes en matière de marchés financiers dans le domaine de la stabilité financière et de la réglementation des marchés financiers convenu entre le DFF, la FINMA et la BNS*, 2 décembre 2019.

lités y sont en outre définies de manière plus explicite. Il est aussi particulièrement important que les responsabilités soient clairement attribuées dans les cas où l'intervention des autorités peut avoir un effet procyclique et où les décisions peuvent donc avoir tendance à être prises tardivement. L'échange efficace d'informations entre les autorités avant et durant une crise est également un élément indispensable à la bonne gestion de tels événements.

17.4 Mesures envisageables et bilan

La modification du cadre institutionnel actuel de la surveillance, de la liquidation et de la gestion des crises concernant les SIB pourrait permettre de rapprocher la surveillance macroprudentielle et microprudentielle de ces banques (par ex. en confiant la surveillance prudentielle des SIB à la BNS) ou à renforcer la collaboration entre les autorités en matière de prévention des crises ou durant les crises (par ex. en créant un conseil de stabilité).

Le Conseil fédéral propose d'examiner une modification des compétences institutionnelles afin de renforcer la collaboration des autorités fédérales et, partant, le dispositif de gestion des crises. Il convient toutefois d'attendre les résultats des travaux de la CEP et, le cas échéant, de les inclure dans l'examen.

Listes des figures, des tableaux et des encadrés

Figure 1	Instruments attribués à titre indicatif aux diverses phases d'une crise	31
Figure 2	Évolution de la taille des G-SIB suisses par rapport au PIB	33
Figure 3	Évolution du cours de l'action et des CDS du groupe Credit Suisse	64
Figure 4	Comparaison internationale des exigences en matière de fonds propres pondérées en fonction des risques applicables aux G-SIB suisses et à des banques comparables de l'UE, du Royaume-Uni et des États-Unis au 1er mars 2023	87
Figure 5	Comparaison internationale des exigences en matière de LR applicables aux G-SIB suisses et à des banques comparables de l'UE, du Royaume-Uni et des États-Unis au 1er mars 2023	88
Figure 6	Aides sous forme de liquidités fournies par les banques centrales	141
Figure 7	Organigramme simplifié du groupe Credit Suisse avant l'acquisition	222
Figure 8	Structure simplifiée du groupe HSBC	226
Figure 9	Organigramme simplifié d'UBS après l'acquisition de Credit Suisse	231
Tableau 1	Train de mesures	43
Tableau 2	Aperçu des principales mesures et actions mises en œuvre par les autorités fédérales	69
Tableau 3	Exigences en matière de fonds propres applicables aux SIB	85
Tableau 4	Impôts au niveau des entreprises et des ménages	110
Tableau 5	Attrait des modes de financement en fonction du type d'investisseurs	11
Tableau 6	Rapport entre les HQLA et l'engagement total: comparaison internationale (date de référence: 31 décembre 2022)	120
Tableau 7	Comparaison internationale des sûretés acceptées; état en décembre 2023	138
Encadré 1	Notions importantes	30
Encadré 2	Mesures à mettre en œuvre sur le plan international	47
Encadré 3	Couverture en fonds propres des filiales	91

Expertises

Comme nous l'avons indiqué au ch. 1.2, le Conseil fédéral a explicitement chargé le DFF de s'appuyer sur des expertises externes notamment pour effectuer les travaux liés au présent rapport. Ces expertises peuvent être consultées sur le site Internet du DFF:

- Daniel K. TARULLO, *Swiss Too-Big-To-Fail Approach and Feasibility of Resolution*, 28 août 2023;
- Isabelle HÄNER, *Rechtsgutachten über pekuniäre Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht*, 10 novembre 2023;
- PA CONSULTING, *Individual Accountability Regimes: A Comparative Report*, septembre 2023;
- Paul TUCKER, *Regimes for Lender of Last Resort Assistance to Illiquid Monetary Institutions: Lessons in the Wake of Credit*, automne 2023;
- Winfried RUIGROK et Wei LIN, *Regulating Executive Remuneration at Swiss Global Systemically Important Banks*, 5 décembre 2023;
- ALVAREZ et MARSAL MANAGEMENT CONSULTING, *International Comparison of Key Jurisdictions: Institutional Setup for the Supervision and Resolution of Banks*, 11 décembre 2023;
- Aymo BRUNETTI, *Kurzgutachten zur Definition der Systemrelevanz und zu staatlichen Stützungen von Banken*, 22 décembre 2023.

Interventions parlementaires

Le présent rapport traite les nombreuses questions et demandes des parlementaires concernant la réglementation TBTF suisse et le cas de Credit Suisse.

Le ch. 1.2 du présent rapport dresse la liste des postulats que le Parlement avait transmis au Conseil fédéral au moment de la publication du rapport. Les postulats en question sont traités dans le présent rapport ou le seront dans un autre cadre.

Les interventions parlementaires suivantes sont également examinées, bien que le Parlement ne les ait pas encore toutes traitées entièrement au moment de la publication du présent rapport:

- Banques d'importance systémique. Interdire le versement de primes aux étages supérieurs de la hiérarchie (mo. 21.3909 déposée par la conseillère nationale Prisca Birrer-Heimo);
- Renforcer les exigences de fonds propres pour les banques d'importance systémique globale (mo. 21.3910 déposée par la conseillère nationale Prisca Birrer-Heimo);
- Place financière suisse. Régler durablement le problème des banques d'importance systémique (mo. 23.3217 déposée par le conseiller aux États Thomas Minder);
- Débâcle de Credit Suisse. Les cadres supérieurs des marchés financiers doivent assumer leurs responsabilités en cas de mauvaise gestion (ip. 23.3417 déposée par le conseiller national Balthasar Glättli);
- Plus aucune banque suisse trop grande pour faire faillite (mo. 23.3449 déposée par le conseiller aux États Marco Chiesa);
- Banques «too big to fail». Assurer l'indépendance de la révision externe (po. 23.3450 déposé par la conseillère aux États Heidi Z'graggen);
- Limitation des rémunérations dans le secteur bancaire (mo. 23.3452 déposée par le conseiller aux États Jakob Stark);
- Plus aucune banque suisse trop grande pour faire faillite (mo. 23.3456 déposée par le Groupe de l'Union démocratique du centre);
- Lier les garanties d'État pour les banques et durabilité (mo. 23.3460 déposée par la conseillère nationale Ryser);
- Banques d'importance systémique. Renforcer la responsabilité des cadres supérieurs (mo. 23.3462 déposée par le conseiller national Thomas Burgherr);
- Clarifier la notion d'importance systémique, rémunérer la garantie implicite de l'État et créer à cet effet un fonds de garantie (mo. 23.3485 déposée par le conseiller national Benjamin Fischer);
- Banques d'importance systémique. Interdire le versement de primes aux étages supérieurs de la hiérarchie (mo. 23.3494 déposée par le conseiller aux États Carlo Sommaruga);

- Pour une réglementation des rémunérations variables (mo. 23.3495 déposée par le conseiller aux États Andrea Caroni).

Le présent rapport tient également compte des interventions parlementaires suivantes, bien que celles-ci aient été par exemple rejetées par les Chambres fédérales ou retirées:

- Lier les garanties d'État pour les banques à des critères sociaux (mo. 23.3458 déposée par la conseillère nationale Léonore Porchet);
- Séparer d'UBS les activités suisses de l'ancien Credit Suisse pour créer une banque climatique d'intérêt général (mo. 23.3474 déposée par le conseiller national Balthasar Glättli);
- Des aides publiques en accord avec les objectifs de développement durable de la Suisse (mo. 23.3475 déposée par le Groupe des Verts);
- Pour une meilleure garantie des dépôts (mo. 23.3477 déposée par le Groupe des Verts);
- Banques d'importance systémique. Séparer les activités bancaires (mo. 23.3478 déposée par le Groupe des Verts);
- Rémunération de la garantie de l'État (mo. 23.3479 déposée par le Groupe des Verts);
- Secteur financier et entreprises parapubliques. Pour une gestion éthique et pérenne qui permette de limiter les risques (po. 23.3482 déposé par le conseiller national Niklaus-Samuel Gugger);
- Prévoir une rémunération de la garantie implicite de l'État par les banques d'importance systémique (mo. 23.3483 déposée par la conseillère nationale Gabriela Suter);
- Relèvement de la garantie des dépôts (ip. 23.3484 déposée par la conseillère nationale Nadine Masshardt);
- Renforcer la FINMA (mo. 23.3492 déposée par le conseiller national Mustafa Atici);
- La suppression des bonus règle-t-elle le problème de fond que représente un système donnant de mauvaises incitations? (ip. 23.3584 déposée par la conseillère nationale Marianne Binder-Keller);
- Place financière suisse. Élaboration d'une stratégie porteuse d'avenir (mo. 23.3602 déposée par le Groupe libéral-radical);
- Pour un renforcement du droit pénal bancaire en Suisse (mo. 23.3853 déposée par le conseiller national Emmanuel Amoos);
- Renforcer la surveillance exercée sur les banques d'importance systémique en étendant la panoplie d'instruments de surveillance et de sanction à disposition de la FINMA (mo. 23.4336 déposée par la CER-E).

Le 6 mars 2024, le Parlement a accepté la motion 23.3604 «Améliorer la protection des avoirs de libre passage et du pilier 3a» (déposée par le conseiller aux États Peter Hegglin). Le Conseil fédéral prévoit de l'inclure dans la révision de la LB qui sera réalisée sur la base des travaux relatifs au dispositif TBTF.

La motion 23.3448 «Entreprises d'importance systémique. Garantir que les décisions soient prises dans l'intérêt de la Suisse», déposée par le conseiller aux États Marco Chiesa, et la motion 23.3455 «Entreprises d'importance systémique. Garantir que les décisions soient prises dans l'intérêt de la Suisse», déposée par le conseiller national Thomas Matter, ne sont pas examinées, car elles visent de manière générale les entreprises d'importance systémique et s'inscrivent donc au-delà du droit des marchés financiers.

Sigles et abréviations

ABE	Autorité bancaire européenne
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
AFC	Administration fédérale des contributions
AFF	Administration fédérale des finances
ASR	Autorité fédérale de surveillance en matière de révision
AT1	<i>Additional tier 1</i> , fonds propres de base supplémentaires. Du point de vue du bilan, il s'agit de fonds de tiers.
BNS	Banque nationale suisse
BRRD	Directive 2014/59/UE relative au redressement des banques et à la résolution de leurs défaillances. Il s'agit de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (JO L 173 du 12 juin 2014).
CAJ-N / CAJ-E	Commission des affaires juridiques du Conseil national, respectivement du Conseil des États
CBCB	Comité de Bâle sur le contrôle bancaire
CD	Comité directeur (organe stratégique du dispositif de gestion de crise des autorités suisses)
CdF-N / CdF-E	Commission des finances du Conseil national, respectivement du Conseil des États
CDS	<i>Credit default swap</i> , dérivé de crédit qui permet de transférer à un tiers les risques de défaillance liés à des emprunts, à des crédits ou à des débiteurs.
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEP	Commission d'enquête parlementaire
CER-N / CER-E	Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, respectivement du Conseil des États
CET1	<i>Common equity tier 1</i> , fonds propres de base durs. Correspond au capital de qualité la plus élevée détenu par la banque tel que le capital social libéré (par ex. capital-actions).
CFP	<i>Contingency funding plan</i> , plan d'urgence de la banque visant à lui assurer une capacité de réaction suffisante en cas de forte pénurie de liquidités et de financement dans le cadre de l'activité courante.
CFTC	<i>Commodity Futures Trading Commission</i> (autorité américaine chargée de réglementer le marché des contrats à terme et des options)
CG	Comité de gestion des crises financières (organe du dispositif de gestion de crise des autorités suisses)
CMG	<i>Crisis management group</i> , organe d'échange permanent au sujet d'une banque entre les autorités de surveillance des pays où celle-ci est active.
CO	Code des obligations (RS 220)

COMCO	Commission de la concurrence
CP	Code pénal suisse (RS 311.0)
CSF	Conseil de stabilité financière. Il s'agit de l'organe de coordination des travaux internationaux en matière de stabilité financière mondiale.
Cst.	Constitution fédérale (RS 101)
DélFin	Délégation des finances des Chambres fédérales
DFF	Département fédéral des finances
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
ELA	<i>Emergency liquidity assistance</i> , aide sous forme de liquidités que la BNS accorde à titre de facilité extraordinaire.
ELA+	<i>Emergency liquidity assistance plus</i> , aide extraordinaire supplémentaire sous forme de liquidités accordée par la BNS, introduite sur la base du droit de nécessité en vue de résoudre la crise qui a provoqué la chute de Credit Suisse et en vigueur jusqu'au 31 décembre 2027. L'ELA+ prévoit un privilège des créances en faveur de la BNS.
FDIC	<i>Federal Deposit Insurance Corporation</i> (fonds américain de garantie des dépôts bancaires)
Fed	<i>Federal Reserve System</i> (banque centrale américaine)
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FMI	Fonds monétaire international
FRL	Facilité pour resserrements de liquidités, aide sous forme de liquidités que la BNS met à la disposition des banques commerciales et des infrastructures des marchés financiers dans le cadre des facilités ordinaires pour leur permettre de surmonter des problèmes passagers de liquidités.
G-SIB	<i>Globally systemically important bank</i> , banque d'importance systémique active au niveau international
HQLA	<i>High quality liquid assets</i> , actifs liquides de haute qualité
ip.	Interpellation
LB	Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (RS 952.0)
LBN	Loi du 8 novembre 1945 sur la banque nationale (RS 952.0)
LCart	Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (RS 251)
LCR	<i>Liquidity coverage ratio</i> , ratio de liquidité à court terme, soit la réserve minimale de liquidités du mois
LEFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (RS 954.1)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1)
LFus	Loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (RS 221.301)
LIMF	Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (RS 958.1)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

LPCC	Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (RS 951.31)
LR	<i>Leverage ratio</i> , ratio d'endettement. Compare les fonds propres de base (<i>tier 1</i>) par rapport à l'engagement total d'un établissement bancaire.
LSA	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (RS 961.01)
LSFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (RS 954.1)
LSR	Loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (RS 221.302)
mo.	Motion
MPoE	<i>Multiple point of entry</i> (voir SPoE)
MREL	<i>Minimum requirement for own funds and eligible liabilities</i> , exigences minimales pour les fonds propres et les engagements éligibles applicables au Royaume-Uni et dans l'UE. Celles-ci sont analogues à la norme du CSF en matière de TLAC.
MSU	Mécanisme de surveillance unique. Il s'agit du système de supervision bancaire européen.
NCWO	<i>No creditor worse off</i> , principe voulant qu'il est interdit de détériorer la situation des créanciers dans le cadre de l'assainissement de la banque.
NSFR	<i>Net stable funding ratio</i> , ratio structurel de liquidité ou ratio de financement. Vise à garantir un financement stable sur un horizon temporel d'un an.
OA-FINMA	Ordonnance du 5 novembre 2014 sur les audits des marchés financiers (RS 956.161)
OB	Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (RS 952.02)
OCC	<i>Office of the Comptroller of the Currency</i> , autorité au sein du ministère américain des finances (qui a notamment pour tâche de surveiller les opérations de crédit nationales et donc de contrôler la solvabilité, la compétitivité et le bon fonctionnement des établissements de crédit américains)
OEFin	Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (RS 954.11)
OFR	Ordonnance du 1 ^{er} juin 2012 sur les fonds propres (RS 952.03)
OFS	Office fédéral de la statistique
OLF	<i>Orderly liquidation fund</i> , fonds rattaché au Trésor américain qui met à la disposition du FDIC les liquidités nécessaires à la résolution.
OLiq	Ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (RS 952.06)
OMC	Organisation mondiale du commerce
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
PIB	Produit intérieur brut
PLB	<i>Public liquidity backstop</i> , mécanisme public de garantie des liquidités en faveur des banques d'importance systémique
po.	Postulat
PONV	<i>Point of non-viability</i> , risque d'insolvabilité

PVA	<i>Prudent valuation adjustments</i> , principe de prudence dans l'évaluation des instruments financiers
RWA	<i>Risk weighted assets</i> , actifs pondérés en fonction des risques
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i> (autorité américaine de surveillance des marchés boursiers)
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SFI	Secrétariat d'État aux questions financières internationales
SIB	<i>Systemically important bank</i> , banque d'importance systémique (voir aussi G-SIB)
SPoE	<i>Single point of entry</i> , approche selon laquelle, dans le cadre par exemple d'un <i>bail-in</i> , on convertit en nouveaux fonds propres uniquement les dettes de l'entité la plus haute du groupe, à savoir la société mère du groupe.
T1	Tier 1, fonds propres de base. Se compose des fonds propres de base durs (<i>common equity tier 1</i> [CET1]) et des fonds propres de base supplémentaires (<i>additional tier 1</i> [AT1]).
T2	<i>Tier 2</i> , fonds propres complémentaires. Du point de vue du bilan, il s'agit de fonds de tiers servant à couvrir les pertes après CET1 et AT1.
TBTF	<i>Too big to fail</i> , soit littéralement trop grand pour faire faillite
TLAC	<i>Total loss absorbing capacity</i> , capacité totale d'absorption des pertes. Comprend la totalité des fonds propres et des fonds de tiers pouvant être mis à contribution, en cas d'assainissement ou de liquidation d'une G-SIB, en vue de l'absorption des pertes et d'une recapitalisation. Le capital se compose des fonds nécessaires pour poursuivre l'activité courante (<i>going concern</i>) et des fonds supplémentaires destinés à l'assainissement ou à la liquidation (<i>gone concern</i>).
TPO	<i>Temporary public ownership</i> , nationalisation temporaire d'un établissement financier ou de certaines entités d'un tel établissement
UE	Union européenne
ZKB	<i>Zürcher Kantonalbank</i> , banque cantonale de Zurich

