



Berne, le 12 août 2026

Modification de la loi sur les banques Mise en œuvre des mesures proposées dans le rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques et le rapport de la Commission d'enquête parlementaire

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



Table des matières

1	Contexte	5
1.1	Nécessité d'agir et objectifs visés.....	5
1.1.1	Gouvernance d'entreprise	8
1.1.2	Surveillance.....	11
1.1.3	Garantie des liquidités en cas de crise.....	19
1.1.4	Plan de stabilisation et résolution	20
1.1.5	Protection des déposants.....	21
1.1.6	Collaboration des autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières.....	22
1.1.7	Exonération de l'impôt anticipé.....	22
1.1.8	Évaluation de la réglementation TBTF	23
1.1.9	Vue d'ensemble du projet.....	25
1.2	Solutions étudiées et solution retenue.....	29
1.2.1	Gouvernance d'entreprise	29
1.2.2	Surveillance.....	32
1.2.3	Garantie des liquidités en cas de crise.....	42
1.2.4	Plan de stabilisation et résolution	45
1.2.5	Protection des déposants.....	49
1.2.6	Collaboration des autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières.....	51
1.2.7	Exonération de l'impôt anticipé.....	51
1.2.8	Évaluation de la réglementation TBTF	52
1.3	Relation avec le programme de la législature et le plan financier ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral	52
1.4	Classement d'interventions parlementaires.....	52
1.4.1	Motions et postulats	52
1.4.2	Autres considérations	54
1.5	Élaboration de l'avant-projet.....	56
2	Comparaison avec le droit étranger, notamment européen.....	56
2.1	Gouvernance d'entreprise	56
2.1.1	Régime de responsabilité	56
2.1.2	Rémunérations	60
2.1.3	Exigences générales en matière de gouvernance d'entreprise	62
2.2	Surveillance.....	64
2.2.1	Intervention précoce.....	64
2.2.2	Instruments de surveillance.....	67
2.2.3	Limitation des assouplissements relatifs aux prescriptions sur les fonds propres et les liquidités.....	76
2.2.4	Activités d'audit	77

2.2.5	Affaires de grande portée	79
2.2.6	Exécution.....	81
2.3	Garantie des liquidités en cas de crise	84
2.3.1	Report de la publication d'informations en cas de soutien en liquidités fourni par une banque centrale.....	84
2.3.2	Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités fde la BNS	86
2.4	Plan de stabilisation et résolution	86
2.4.1	Planification de la stabilisation.....	86
2.4.2	Résolution	88
2.5	Protection des déposants	90
2.6	Collaboration des autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières.....	91
2.7	Exonération de l'impôt anticipé.....	93
2.8	Évaluation de la réglementation TBTF	94
3	Présentation du projet.....	94
3.1	Réglementation proposée	94
3.1.1	Gouvernance d'entreprise	94
3.1.2	Surveillance.....	97
3.1.3	Garantie des liquidités en cas de crise.....	104
3.1.4	Plan de stabilisation et résolution	105
3.1.5	Protection des déposants	106
3.1.6	Collaboration des autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières.....	106
3.1.7	Exonération de l'impôt anticipé.....	107
3.1.8	Évaluation de la réglementation TBTF	107
3.2	Adéquation entre les tâches et les moyens financiers.....	107
3.3	Questions relatives à la mise en œuvre	107
3.4	Besoin de coordination avec la modification de la loi sur les banques proposée le 6 septembre 2023.....	108
4	Commentaire des dispositions.....	109
4.1	Loi sur les banques	109
4.2	Code civil.....	189
4.3	Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage.....	191
4.4	Loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision	191
4.5	Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé	196
4.6	Loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale	197
4.7	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers.....	197
4.8	Loi du 19 juin sur l'infrastructure des marchés financiers.....	241
4.9	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurances	242

5	Conséquences	242
5.1	Conséquences pour la Confédération	242
5.1.1	Conséquences financières	242
5.1.2	Conséquences sur l'état du personnel	242
5.1.3	Conséquences sur l'exposition aux risques de la Confédération	243
5.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	243
5.3	Conséquences économiques	243
5.3.1	Conséquences pour les banques et les autres établissements financiers	243
5.3.2	Conséquences pour les autres entreprises	246
5.3.3	Conséquences pour d'autres groupes et acteurs économiques	246
5.3.4	Conséquences pour l'ensemble de l'économie	246
5.4	Conséquences pour la société	247
5.5	Conséquences environnementales	247
5.6	Conséquences sur la transformation numérique	247
5.7	Résumé et bilan des conséquences	247
6	Aspects juridiques	248
6.1	Constitutionnalité	248
6.1.1	Exigences particulières pour les SIB et les banques organisées de manière complexe	248
6.1.2	Réglementation relative aux pratiques de rémunération	249
6.1.3	Réglementation relative aux instruments de la FINMA	250
6.1.4	Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités de la BNS	253
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	255
6.3	Forme de l'acte à adopter	255
6.4	Délégation de compétences législatives	255
6.5	Protection des données et principe de transparence	256

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

À la suite de la crise de Credit Suisse qui a éclaté en mars 2023, le Conseil fédéral a adopté, le 10 avril 2024, son rapport sur la stabilité des banques conformément à l'art. 52 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)¹. Il y a proposé un train de mesures comprenant des modifications de lois et d'ordonnances dans le but de développer le dispositif *too big to fail* (TBTF)². La Commission d'enquête parlementaire (CEP) « Gestion par les autorités de la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS » a par ailleurs formulé d'autres recommandations dans son rapport du 17 décembre 2024 et déposé plusieurs interventions parlementaires³. Dans les lignes directrices qu'il a définies le 6 juin 2025 en vue de l'élaboration de projets de loi et d'ordonnance, le Conseil fédéral a présenté un train de mesures sur la base des deux rapports susmentionnés et d'autres interventions parlementaires⁴. Destiné à renforcer le dispositif TBTF, ce train de mesures doit contribuer à l'atteinte des objectifs visés à l'art. 7, al. 2, LB, à savoir (1) réduire les risques que font peser les banques d'importance systémique (*systemically important banks*, SIB) sur la stabilité du système financier suisse, (2) assurer le maintien des fonctions économiques importantes et (3) éviter le recours à une aide de l'État. Le but est ainsi de réduire au minimum les risques pour l'économie et pour les contribuables.

Les mesures proposées ciblent les SIB. Une partie s'appliquera néanmoins spécifiquement à UBS, la dernière SIB active au niveau international que compte la Suisse. Quelques mesures concerneront aussi d'autres banques et établissements financiers dans la mesure où il serait difficile, eu égard au principe d'égalité, d'en limiter le champ d'application aux SIB. Ces mesures sont conçues de manière aussi proportionnelle que possible ou ne concernent directement les assujettis qu'en cas de comportement fautif ou de violation du droit de la surveillance (voir le ch. 1.1.9).

Le Conseil fédéral entend poursuivre le renforcement et le développement du dispositif TBTF en se focalisant sur trois axes prioritaires :

- Premièrement, pour réduire la probabilité d'une crise bancaire, il s'agit de renforcer le **dispositif de prévention**. Il est prévu de soumettre les SIB à des exigences accrues et, lorsque celles-ci peuvent difficilement être limitées aux

¹ RS 952.0

² FF 2024 1023

³ FF 2025 515, pp. 622 à 631

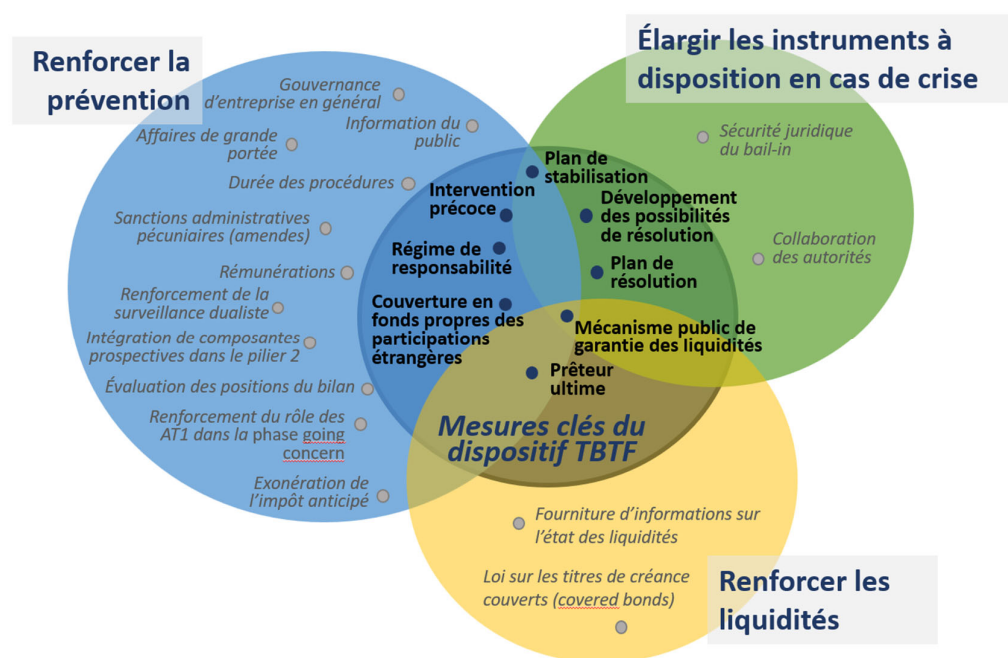
⁴ www.dff.admin.ch > Place financière > Too Big To Fail > Aperçu > Fiches d'information > Lignes directrices définies par le Conseil fédéral en vue de la modification de la loi sur les banques

SIB, de relever aussi les exigences applicables aux autres établissements financiers et d'améliorer leur mise en œuvre.

- Deuxièmement, il convient de développer le **dispositif de liquidités**. Les difficultés de Credit Suisse ont rappelé l'importance de l'approvisionnement en liquidités en cas de crise. La banque a en effet dû faire face à des sorties de liquidités d'une ampleur et d'une rapidité sans précédent, ce dont il faudra tenir compte dans la nouvelle réglementation.
- Troisièmement, il est nécessaire d'élargir les **instruments à disposition en cas de crise**. Cela comprend des mesures qui permettront d'améliorer la capacité de résolution des banques et la collaboration entre les autorités.

Dans les trois domaines, le Conseil fédéral a prévu des mesures clés qui sont essentielles pour atteindre les objectifs visés (voir la figure 1). Il a également demandé à des analystes externes⁵ d'évaluer l'efficacité du train de mesures proposé, en particulier les mesures clés, et les conséquences pour l'économie dans son ensemble.

Figure 1 : train de mesures concernant le dispositif TBTF, mesures clés et autres mesures⁶



⁵ www.dff.admin.ch > Place financière > Too Big To Fail > Rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques > Documentation > Expertises et rapports externes > Analyse du cabinet de conseil BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG

⁶ Source : Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI)

Une grande partie des mesures proposées, notamment toutes les mesures clés, requièrent des modifications de la loi⁷. Elles sont abordées dans le présent rapport relatif au projet, à deux exceptions près : l'obligation pour les SIB que la banque mère couvre en fonds propres les participations dans des filiales étrangères (mesure 15 du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques) et la mise en place d'un mécanisme public de garantie des liquidités (*public liquidity backstop* [PLB], mesure 29 du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques), dont le Conseil fédéral a déjà adopté les messages correspondants à l'intention du Parlement⁸.

En outre, des mesures sont mises en œuvre directement par la voie d'ordonnances sans qu'il soit nécessaire de procéder à des adaptations de la loi. Ainsi, en matière de fonds propres, concernant la réglementation de certaines positions du bilan (mesure 18 du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques) et, en matière de liquidités, s'agissant des exigences relatives à la fourniture d'informations (mesure 25 du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques), le Conseil fédéral a déjà adopté, le 22 avril 2026, une modification de l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres (OFR)⁹ et de l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiq)¹⁰ dont il a fixé l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2027¹¹.

Par ailleurs, en parallèle du présent projet au niveau de l'ordonnance, les exigences imposant aux banques de se préparer à demander des liquidités à un prêteur ultime (*lender of last resort* [LoLR], mesure 28 du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques) font l'objet d'une procédure de consultation publique. Cette mesure est étroitement liée au présent projet.

Les projets de modification de la loi et de l'ordonnance ont été élaborés conformément aux lignes directrices du Conseil fédéral du 6 juin 2025. Le présent projet s'éloigne de ces lignes directrices sur quelques points. D'une part, le régime de responsabilité n'est introduit que pour les banques comptant au moins 250 collaborateurs, et non pour l'ensemble des banques. D'autre part, en ce qui concerne les sociétés d'audit, l'obligation d'approbation annuelle est supprimée et l'obligation de changement de société est portée de 10 à 14 ans. Cette mesure vise à garantir que la charge de travail reste proportionnée. Enfin, la modification dans le domaine de la protection des déposants (accès ininterrompu) ne doit intervenir qu'à une date ultérieure, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un élément du dispositif TBTF au sens strict. Enfin, le nouvel article relatif aux affaires de grande portée doit compléter l'article correspondant de la LFINMA, et non le remplacer.

⁷ www.dff.admin.ch > Place financière > Too Big To Fail > Aperçu > Fiches d'information > Lignes directrices définies par le Conseil fédéral en vue de la modification de la loi sur les banques

⁸ FF 2023 2165 ; FF 2026 1177 ; www.dff.admin.ch > Place financière > Too Big To Fail > Aperçu

⁹ RS 952.03

¹⁰ RS 952.06

¹¹ www.dff.admin.ch > Place financière > Too Big To Fail > Aperçu

La nécessité concrète d'agir et les objectifs des différentes mesures du projet sont présentés dans les chapitres suivants.

1.1.1 Gouvernance d'entreprise

Les exigences en matière de gouvernance d'entreprise visent à ce que les banques élaborent, conservent et développent des principes, des structures et des processus garantissant une gestion et un contrôle efficaces de leur activité par les organes.

Une gouvernance d'entreprise de qualité est l'un des piliers les plus efficaces pour prévenir les crises. Elle garantit une définition claire des compétences, une gestion efficace des risques et une culture de conduite responsable.

Pendant des années, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a constaté des manquements dans la gouvernance d'entreprise de Credit Suisse, notamment des responsabilités mal définies, une culture de conduite déficiente, des lacunes en matière de gestion des risques et des conflits d'intérêts et un manque de transparence vis-à-vis de la FINMA. Malgré les avertissements répétés de la FINMA, ces dysfonctionnements n'ont pas été corrigés durablement. L'analyse de la crise a montré que l'autorité de surveillance aurait pu intervenir plus efficacement si elle s'était fondée sur des dispositions réglementaires plus claires en matière de gouvernance d'entreprise et si elle avait joui de pouvoirs plus étendus¹².

Comme il l'explique dans son rapport sur la stabilité des banques, le Conseil fédéral veut promouvoir trois aspects essentiels de la gouvernance d'entreprise : la responsabilité individuelle (régime de responsabilité), les exigences en matière de systèmes de rémunération et la gouvernance d'entreprise en général. Les conclusions de la CEP ont souligné cet objectif.

Régime de responsabilité et devoir de diligence¹³

Le cas de Credit Suisse, en particulier, et les expériences acquises au cours de la pratique de surveillance de la FINMA en général montrent que, souvent, une gouvernance d'entreprise de qualité échoue parce que les responsabilités au sein d'une banque ne sont pas clairement attribuées aux responsables ou qu'il n'est pas clairement exigé de rendre des comptes à la direction.

Le régime de responsabilité garantit l'attribution précise des responsabilités aux personnes des échelons supérieurs de la direction et permet aux banques ou à la FINMA d'intervenir au niveau approprié en cas d'infractions. Les décideurs endossent ainsi une plus grande responsabilité personnelle. Il en résulte une culture d'entreprise et du risque améliorée au sein des établissements et le raffermissement de la conduite responsable des entreprises. L'objectif principal de la mesure est non pas de prononcer d'éventuelles sanctions, mais de faire de la prévention. Compte tenu de l'importance

¹² www.finma.ch > Médias > Rapport et enseignements de la FINMA sur la crise de Credit Suisse, 19 décembre 2023

¹³ FF 2024 1023, pp. 251 ss

qu'elle revêt pour la culture du risque et de la responsabilité d'une banque, il s'agit d'une mesure clé pour renforcer la stabilité des banques.

Si l'attribution des responsabilités est plus précise, les responsables pourront, en cas de non-respect des obligations, être identifiés plus facilement qu'aujourd'hui et en toute sécurité juridique et, le cas échéant, être sanctionnés par la banque ou par l'autorité de surveillance. Ils sont ainsi fortement incités à améliorer la gestion des risques et à prévenir tout manquement aux obligations dans leur domaine de responsabilité.

Dans les petites banques qui ont un modèle d'affaires simple et une structure organisationnelle claire, l'attribution des responsabilités est plus facile. C'est pourquoi la mise en place du régime de responsabilité ne doit concerner que les banques présentant une structure organisationnelle complexe, c'est-à-dire ayant un effectif du personnel égal ou supérieur à 250 équivalents plein temps.

Aucune prescription de comportement applicable aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ne figure dans la version actuelle de la LB. Le nouveau devoir de diligence qui doit être introduit établit clairement qu'elles sont tenues de veiller au respect du droit en vigueur et des règlements internes de l'entreprise.

Rémunérations¹⁴

Dans le cas de Credit Suisse, un décalage s'est produit entre les résultats économiques et la politique de rémunération. Entre 2010 et 2022, les primes de performance se sont montées à 39,8 milliards de francs, alors que la banque enregistrait des pertes cumulées de 33,7 milliards de francs¹⁵. Certes, la FINMA est parvenue à exercer une certaine influence sur le niveau de rémunération, mais aucune loi ni ordonnance suisse ne comporte encore de dispositions qui réglementent spécifiquement l'aménagement des systèmes de rémunération et, par conséquent, les possibilités d'intervention de la FINMA. 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. Par ailleurs, l'art. 25, let. e, de l'ordonnance du 6 novembre 2019 sur les services financiers (OSFin)¹⁶ contient des prescriptions générales relatives aux systèmes de rémunération des prestataires de services financiers. De plus, la FINMA a édicté la circulaire 2010/1 « Systèmes de rémunération »¹⁷ qui s'adresse aux banques et à d'autres titulaires d'autorisations à partir d'une certaine taille et qui définit des normes minimales. Des règles

¹⁴ FF 2024 1023, pp. 258 ss

¹⁵ FF 2025 515, p. 114.

¹⁶ RS 950.11

¹⁷ www.finma.ch > Documentation > Circulaires > 2010/01 Circulaire FINMA « Systèmes de rémunération », normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers, dernière modification 22.9.2016

contraignantes visant à réduire les risques et à prévenir les incitations inopportunes liées aux rémunérations, comme il en existe dans les normes internationales et à l'étranger, doivent à présent être introduites au niveau de la loi et s'appliquer aux banques suisses.

Ces règles doivent être orientées vers le développement positif et durable d'un établissement et faire obstacle à une prise de risque compromettant cette évolution. L'objectif de la mesure est que les banques concernées fassent un usage plus ciblé du système de rémunération afin de gérer les risques de manière appropriée. L'accent doit être mis sur la réussite à long terme et non pas sur les gains à court terme. Certes ceux-ci peuvent se traduire par des rémunérations variables élevées, mais ils s'accompagnent souvent de risques accrus qui entravent la réussite à long terme. En parallèle, la FINMA doit obtenir une compétence d'intervention plus claire et plus efficace.

Ces principes généraux doivent être introduits pour toutes les banques. En revanche, des exigences concrètes telles que le report des rémunérations variables et les clauses de restitution (*clawbacks*) doivent s'appliquer uniquement aux SIB et, au sein de celles-ci, uniquement aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ou percevant une rémunération globale élevée, étant donné qu'elles sont notamment responsables de la gestion des risques, du respect des prescriptions réglementaires et de la prise de risques.

Exigences générales en matière de gouvernance d'entreprise¹⁸

Par rapport à des actes plus récents relatifs aux marchés financiers (en particulier la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers [LEFin]¹⁹), la LB prévoit, dans les conditions d'octroi de l'autorisation, moins d'exigences concrètes relatives à la gouvernance d'entreprise. Ainsi, contrairement à la LEFin, la LB en vigueur n'exige pas explicitement qu'une banque fixe des règles adéquates de gestion d'entreprise (art. 9, al. 1, LEFin), identifie, mesure, gère et surveille ses risques, et veille à ce que des contrôles internes efficaces soient mis sur pied (art. 9, al. 2, LEFin). Afin de préciser et de renforcer le caractère contraignant des exigences en matière de gouvernance d'entreprise, les prescriptions qui existent déjà dans l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB)²⁰ (voir par ex. l'art. 12 OB) et dans la circulaire 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » de la FINMA²¹ doivent être inscrites dans la loi sous une forme légèrement adaptée aux circonstances actuelles (art. 3 ss AP-LB). Il sera ainsi possible de renforcer les bases légales de la gouvernance d'entreprise ainsi que la surveillance et de tenir compte du fait que, selon

¹⁸ FF 2024 1023, pp. 238 ss

¹⁹ RS 954.1

²⁰ RS 952.02

²¹ www.finma.ch > Documentation > Circulaires > 2017/01 Circulaire FINMA « Gouvernance d'entreprise – banques », gouvernance d'entreprise, gestion des risques et contrôles internes des banques, dernière modification : 4.11.2020

le système d'autorisation en cascade prévu par la LEFin, les banques ont la préséance sur tous les autres établissements financiers (art. 6, al. 1, LEFin), y compris eu égard aux exigences légales.

1.1.2 Surveillance

Selon l'article 4 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers²² (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA), la surveillance de la FINMA a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés, ainsi que d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers. Ainsi, elle contribue à améliorer la réputation, la compétitivité et la viabilité de la place financière.

Il est ressorti du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques du 10 avril 2024²³ et du rapport de la CEP du 17 décembre 2024 sur la gestion par les autorités fédérales dans le contexte de la crise de Credit Suisse²⁴ que la surveillance de la FINMA devait être renforcée au niveau de la loi. Ainsi, les mesures proposées ci-après servent à renforcer la FINMA dans différents domaines.

Intervention précoce

Afin de prévenir, dans la mesure du possible, qu'une banque ne sombre dans une situation de crise ou que les intérêts des clients soient autrement menacés, la FINMA devrait pouvoir intervenir avec des mesures préventives à un stade précoce²⁵. Ceci est particulièrement ressorti de la crise de Credit Suisse, mais peut concerner toutes les banques. La FINMA dispose actuellement de certains instruments spécifiques d'intervention précoce²⁶. Ceux-ci devront être précisés quant aux mesures que la FINMA pourrait prendre en fonction des différentes situations, par exemple en ce qui concerne les mesures visant à éviter le risque d'insolvabilité²⁷. En effet, il est apparu que l'effectivité de l'intervention précoce dépendait du moment opportun pour l'intervention. Il est également ressorti de l'analyse que l'octroi dans le cadre d'un recours de l'effet suspensif pouvait retarder de manière importante la mise en œuvre des mesures,²⁸ voire compromettre l'atteinte de leurs objectifs.

Partant, le système actuel doit être amélioré en clarifiant les critères d'intervention en fonction des situations différenciées et les mesures à disposition de la FINMA²⁹. Ceci

²² RS 956.1

²³ FF 2024 1023

²⁴ FF 2025 515

²⁵ FF 2024 1023, pp. 182 ss

²⁶ FF 2024 1023, pp. 175 ss

²⁷ FF 2025 515, pp. 529 ss

²⁸ FF 2025 515, pp. 531 ss

²⁹ FF 2025 515, p. 530

concerne les compétences de la FINMA visant à rétablir l'organisation adéquate de la banque et celles visant à éviter une détérioration de la situation économique de la banque ou à protéger les intérêts des clients. Ainsi, un renforcement des instruments d'intervention sera prévu dans la surveillance courante en lien avec la gouvernance d'entreprise, afin de permettre à la FINMA d'ordonner les adaptations nécessaires dans l'organisation de la banque, notamment du régime de responsabilité si la FINMA constate que l'organisation de la banque ne permet pas une gestion adéquate des risques. Par ailleurs, si une banque se trouve dans une situation de risques élevés, soit lorsque sa situation économique se détériore considérablement, risque de se détériorer considérablement dans un avenir proche ou si les intérêts des clients sont autrement menacés, le système d'intervention sera clarifié, afin de renforcer la sécurité juridique quant aux mesures à disposition de la FINMA. L'action de la FINMA visera à éviter à la banque une dégradation de sa situation économique et d'atteindre le risque d'insolvabilité, ainsi que de protéger les intérêts des clients. Tant pour l'intervention liée à l'organisation de la banque que pour celle liée à la situation de risques élevés, la FINMA disposera de critères d'intervention préventifs, afin de pouvoir agir avant que les irrégularités organisationnelles ou la détérioration de la situation économique ne se soient matérialisées. Ces modifications créeront davantage de sécurité juridique et favoriseront des interventions proportionnées de la FINMA au moment opportun.

Par ailleurs, étant donné que toutes ces mesures visent à garantir une situation conforme et une pérennité économique pour la banque, ainsi qu'à réduire des risques qui pourraient entraîner des conséquences importantes pour les clients ou la stabilité financière, les recours contre ces mesures doivent être privés d'effet suspensif. Partant, ces mesures seront directement exécutoires. Toutefois, dans le cadre d'un recours, la banque pourra requérir l'effet suspensif auprès du tribunal.

Instruments de surveillance

Tant la crise du Credit Suisse que le rapport de la CEP ont laissé transparaître que les instruments actuels de la FINMA avaient atteint leurs limites, notamment dans le cadre du traitement d'un institut non disposé à la collaboration avec la FINMA. Ainsi certains instruments de surveillance existants de la FINMA devront être élargis et les conditions nécessaires seront instaurées pour que la FINMA fasse efficacement appliquer le droit de la surveillance.

Par exemple, la FINMA devrait pouvoir informer de manière systématique sur les décisions d'*enforcement* finales rendues et nommer les instituts concernés, afin d'assurer la transparence, renforcer la confiance dans l'autorité de surveillance et dans le bon fonctionnement des marchés, ainsi que prévenir les rumeurs et les incertitudes susceptibles de porter atteinte à la stabilité du système financier.

Par ailleurs, la compétence de prononcer des sanctions administratives pécuniaires pour sanctionner les violations graves du droit de la surveillance contre les personnes morales et les sociétés de personnes sera octroyée à la FINMA avec comme but la dissuasion pécuniaire directe. La publication de cette sanction contribue de manière très importante à son efficacité dans la mesure où elle a un impact direct et compréhensible sur le marché, sur les actionnaires, sur la perception de l'assujetti par

ses clients ce qui incitera les établissements à éviter les violations graves. Étant donné que cette sanction peut être qualifiée d'accusation pénale au sens de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁰ (CEDH) une disposition sera introduite pour régler l'obligation de collaborer pendant cette procédure. Elle précisera les modalités de la collaboration et intégrera le droit de ne pas s'auto-incriminer dans la procédure de sanction, conformément au rapport sur les sanctions administratives pécuniaires du Conseil fédéral³¹.

En outre l'instrument des accords amiables (*settlements*) devra également être introduit. Celui-ci permettra à la FINMA de conclure des accords avec les assujettis, notamment sur les mesures destinées à rétablir l'ordre légal. Tant pour la FINMA que pour les assujettis, ce mécanisme sera de nature à accélérer sensiblement les procédures et réduire les frais relatifs à celles-ci.

Par ailleurs, il se justifie d'aligner les compétences de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) sur celles de la FINMA en lui conférant la compétence d'infliger des sanctions administratives pécuniaires à l'encontre des sociétés d'audit soumises à la surveillance de l'État (ERSE), afin de combler une lacune entre l'avertissement et le retrait de l'agrément, et ainsi améliorer la qualité des prestations d'audit, indispensables à la surveillance. Les bases légales relatives à l'obligation de collaborer et aux accords amiables seront introduites également en tant qu'instruments étroitement liés à cette nouvelle compétence de sanction et nécessaires à sa mise en œuvre efficace.

Pour améliorer la capacité de la FINMA à faire exécuter ses décisions face à des assujettis peu coopératifs, la compétence de prononcer des astreintes (*communément appelées periodic penalty payments, PPP*) doit être introduite. Leur but est d'assurer l'exécution rapide et effective des mesures ordonnées, sans finalité répressive. Avant de pouvoir prononcer une telle mesure, la FINMA devra, informer l'assujetti que s'il ne se conforme pas à une décision exécutoire dans le délai imparti, celui-ci s'expose à des astreintes. Par ce biais, la FINMA sera ainsi amenée à formaliser davantage son activité.

De plus, l'article 29, alinéa 1, LFINMA sera étendu aux collaborateurs des assujettis (organes et autres personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable y compris) dès lors que l'assujetti ne peut, en pratique, agir que par leur intermédiaire. Cette adaptation aligne la loi sur la pratique, renforce la sécurité juridique et facilite l'accès de la FINMA aux informations pertinentes, y compris en dehors des procédures.

³⁰ RS 0.101

³¹ FF 2022 776

L'article 29, alinéa 2, LFINMA est également précisé afin de consacrer explicitement le caractère personnel de l'obligation d'annoncer pour les personnes devant présenter la garantie de l'activité irréprochable.

Les obligations incombant aux personnes physiques prévues à l'article 29 LFINMA peuvent comporter un risque d'auto-incrimination en cas de transmission d'informations aux autorités pénales (art. 38 LFINMA). Si les obligations de renseigner et d'annoncer sont essentielles à l'exercice de la surveillance par la FINMA, elles doivent être conciliées avec les garanties procédurales des personnes concernées. À cette fin, une base légale spécifique sera introduite à l'article 38a AP-LFINMA, prévoyant l'inexploitabilité, dans une procédure pénale, des déclarations auto-incriminantes obtenues sous la menace d'une sanction pénale dans la procédure administrative. Cette solution permet d'assurer l'efficacité de la surveillance tout en garantissant le respect des droits fondamentaux. Elle répond également au postulat 24.3890 du CN Andreas Meier « Procédures de la FINMA. Résoudre le conflit entre l'obligation de collaborer et le droit de ne pas s'auto-incriminer » accepté à l'unanimité.

En outre, d'autres mesures de surveillance actuellement à disposition de la FINMA doivent être renforcées, soit l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA) et la confiscation (art. 35 LFINMA)³². Certaines modifications rendront ces instruments plus efficaces en permettant à la FINMA de prononcer une interdiction d'exercer également en cas de violations graves des règlements internes de l'entreprise pertinents pour le droit de la surveillance et de fixer la durée maximale de l'interdiction, en cas de récidive, à une durée indéterminée, ainsi que d'étendre le cercle des personnes visées par la confiscation à tous les collaborateurs de l'assujetti.

Enfin, la FINMA doit parfois faire face à des procédures de recours longues et complexes qui retardent considérablement l'exécution des mesures qu'elle a ordonnées³³. Ces aspects procéduraux peuvent conduire à des risques pour la stabilité de la banque, pour les intérêts des clients ou pour le système financier. Il ressort également du rapport de la CEP que des modifications législatives doivent être effectuées, afin d'améliorer l'efficacité des procédures (par ex. limiter les voies de droit, raccourcir la procédure de recours, etc.)³⁴. Partant, il est opportun que les recours relatifs à certaines décisions importantes, soit notamment celles liées à l'intervention précoce, soient privés d'effet suspensif, afin d'en favoriser l'exécution immédiate.

Ces mesures ayant principalement pour objectifs de renforcer l'autorité de surveillance et de protéger les clients, elles sont mises en œuvre pour tous les assujettis ou toutes les banques et pas uniquement pour les SIB.

³² FF 2024 1023, pp. 288 et 290

³³ FF 2024 1023, pp. 308 ss

³⁴ FF 2025 515, pp. 532 ss

Limitation des assouplissements relatifs aux prescriptions sur les fonds propres et les liquidités

L'art. 4 LB constitue la base légale centrale permettant de définir les exigences en matière de fonds propres et de liquidités imposées aux banques. L'al. 2 précise que la fixation de ces exigences est confiée au Conseil fédéral et que la FINMA peut édicter des dispositions d'exécution. L'al. 3 dispose que, dans des cas particuliers, la FINMA peut décider d'assouplir ou au contraire de renforcer les exigences minimales.

La CEP³⁵ a analysé dans quelle mesure cette compétence a été utilisée à l'égard de Credit Suisse, en particulier dans le contexte du filtre réglementaire et des dispositions transitoires applicables aux exigences en matière de capitalisation. La commission a constaté que l'application de l'art. 4, al. 3, LB était juridiquement admissible et s'inscrivait dans le cadre de la marge de manœuvre prudentielle. Toutefois, elle a identifié un problème structurel de la réglementation : la formulation très ouverte confère à l'autorité de surveillance une flexibilité considérable sans que son utilisation soit transparente vis-à-vis des acteurs politiques et du public. C'est pourquoi, dans ses motions 24.4530 et 24.4526, la CEP exige que l'octroi aux SIB d'allègements sur la base de l'art. 4, al. 3, LB soit à l'avenir transparent, limité dans le temps et assorti d'un plan clair d'abandon progressif des allègements concernés³⁶.

Dans ses lignes directrices du 6 juin 2025, le Conseil fédéral prend en compte ces demandes et les associe à une appréciation différenciée de la marge de manœuvre prudentielle³⁷. Ainsi, il souligne que cette précision n'est pas en contradiction avec la mesure visant à étoffer la palette d'instruments et les compétences de la FINMA. En outre, l'autorité de surveillance doit conserver une marge de manœuvre suffisante afin de pouvoir réagir avec souplesse dans des situations particulières.

Dans ce contexte, la mise en œuvre des motions implique aussi d'accorder une attention particulière aux allègements sans limite temporelle octroyés par le passé.

Activités d'audit³⁸

L'art. 23 LB habilite la FINMA à procéder elle-même à des contrôles directs auprès de banques, de groupes bancaires et de conglomerats financiers, lorsque ces contrôles s'avèrent nécessaires en raison de leur importance économique, de la complexité des faits ou du contrôle de modèles internes. Cette restriction sera supprimée. En vertu d'autres lois sur les marchés financiers, la FINMA peut déjà réaliser elle-même des audits directs auprès d'autres titulaires d'autorisations en tout temps, sans aucune

³⁵ FF 2025 515, pp. 417 ss

³⁶ FF 2025 515, p. 425

³⁷ www.dff.admin.ch > Place financière > Too Big To Fail > Aperçu > Fiches d'information > Lignes directrices définies par le Conseil fédéral en vue de la modification de la loi sur les banques, p. 18

³⁸ FF 2024 1023, pp. 301 ss

restriction (voir par ex. l'art. 47, al. 1, de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances [LSA]³⁹ s'agissant des entreprises d'assurance ou l'art. 63, al. 5, LFin s'agissant des gestionnaires de fortune collective, des directions de fonds et des maisons de titres). À l'échelle internationale, il est courant que les autorités de surveillance puissent, à tout moment et sans aucune restriction, procéder à des contrôles directs auprès des assujettis.

Les assujettis chargent les sociétés d'audit de procéder à un audit prudentiel et les paient. Ce système de surveillance dualiste est source de conflits d'intérêts, qui sont désamorcés aujourd'hui déjà par les dispositions sur l'indépendance (voir l'art. 11 de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision [LSR]⁴⁰, l'art. 728 du code des obligations du 30 mars 1911 [CO]⁴¹, l'art. 11 de l'ordonnance du 22 août 2007 sur la surveillance de la révision [OSRev]⁴²) et sur l'incompatibilité avec un mandat d'audit (voir l'art. 7 de l'ordonnance du 5 novembre 2014 sur les audits des marchés financiers [OA-FINMA]⁴³ et le Cm 8 s. de la circulaire 2025/1 « Activités d'audit » de la FINMA⁴⁴). De manière générale, il convient non pas de remettre en question le système de surveillance dualiste, mais de renforcer l'indépendance des sociétés d'audit. Par exemple, une obligation de rotation de la société d'audit après quatorze ans doit être introduite, ainsi que d'obtenir l'approbation de la FINMA lors du choix d'une société d'audit ou de son remplacement. Étant donné l'importance centrale des sociétés d'audit pour la surveillance et les lacunes identifiées dans les dispositions légales actuelles, ces adaptations doivent s'appliquer non seulement aux SIB, mais aussi à tous les assujettis à la surveillance de la FINMA. Ainsi, la qualité de l'audit peut être nettement améliorée et la FINMA peut mieux la contrôler.

Affaires de grande portée

Le conseil d'administration est l'organe stratégique de la FINMA (art. 9 LFINMA). Il accomplit les tâches qui lui sont confiées par la loi. Elles portent aussi bien sur des questions stratégiques de surveillance (ayant un effet externe, comme l'édiction des ordonnances et des circulaires de la FINMA) que sur des questions stratégiques liées au rôle d'autorité (ayant un effet interne, comme la supervision de la direction). La direction est l'organe exécutif de la FINMA (art. 10 LFINMA). Elle est chargée d'arrêter les décisions conformément au règlement d'organisation, d'élaborer les bases de décision du conseil d'administration, de lui rendre des comptes régulièrement et de l'informer sans retard de tout événement extraordinaire, et d'assumer toutes les tâches qui ne relèvent pas d'un autre organe.

³⁹ RS 961.01

⁴⁰ RS 221.302

⁴¹ RS 220

⁴² RS 221.302.3

⁴³ RS 956.161

⁴⁴ www.finma.ch > Documentation > Circulaires > 2025/01 Circulaire FINMA « Activités d'audit », en vigueur depuis le 1.1.2025

En sa qualité d'organe stratégique, le conseil d'administration de la FINMA statue sur les affaires stratégiques et, par conséquent, aussi sur les affaires de grande portée (art. 9, al. 1, let. b, LFINMA). Dans son règlement d'organisation, la FINMA a défini ce qu'elle entend par « affaires de grande portée » et les affaires qui peuvent être considérées comme telles. La FINMA s'est appuyée sur le message concernant la LFINMA⁴⁵. Ainsi, les affaires de grande portée sont des affaires stratégiques (et non pas opérationnelles) qui revêtent une importance considérable pour la place financière et la réalisation des objectifs stratégiques fixés par le conseil d'administration. Selon les principes de bonne gouvernance d'entreprise généralement reconnus, le conseil d'administration doit, en sa qualité d'organe stratégique, pouvoir classer une affaire stratégique comme affaire de grande portée. Par conséquent, la FINMA a indiqué, à l'art. 2^{bis} de son règlement d'organisation du 18 décembre 2008⁴⁶, que le conseil d'administration statue sur les affaires de grande portée dans les cas particuliers, en tenant compte de la définition et des exemples. Transmettre des affaires de grande portée à un organe opérationnel mélangerait opérationnel et stratégique et compliquerait un contrôle de la direction par le conseil d'administration.

Le Fonds monétaire international (FMI) examine régulièrement la gouvernance de la FINMA dans le cadre de son programme d'évaluation du secteur financier. Dans son analyse de 2025, le FMI atteste que toutes les mesures de gouvernance sont mises en œuvre depuis maintenant 12 ans. Il estime de ce fait qu'il n'est pas nécessaire de modifier la gouvernance de la FINMA, y compris la gestion des affaires de grande portée⁴⁷.

La répartition actuelle des tâches entre le conseil d'administration et la direction de la FINMA est jugée judicieuse et est à l'image de celle que la FINMA exige des établissements assujettis à sa surveillance et qui correspond aux principes de gouvernance d'entreprise généralement reconnus.

L'accès ayant été consenti à l'ensemble des procédures et des processus décisionnels au sein de la FINMA, la CEP a soumis la gestion par les autorités fédérales, et donc par la FINMA, dans le contexte de la crise de Credit Suisse à un examen approfondi. Celui-ci n'a pas non plus révélé d'indices susceptibles de remettre en question la répartition actuelle des tâches entre le conseil d'administration et la direction de la FINMA.

Mais la CEP a fait valoir que l'art. 9, al. 1, let. b, LFINMA devrait être révisé dans l'intérêt de la sécurité juridique, vu que la FINMA avait, dès 2019, modifié son règlement d'organisation à ce sujet. Dans cette optique, elle a chargé le Conseil fédéral

⁴⁵ FF 2006 2741, pp. 2752 et 2774 s.

⁴⁶ www.finma.ch > FINMA > Organisation > Corporate Governance > Règlement d'organisation et Règlement opérationnel > [Règlement d'organisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA](#)

d'examiner comment adapter ou, le cas échéant, abroger la disposition de la LFINMA pour faciliter la gouvernance de la FINMA en améliorant la relation de travail entre la direction et le conseil d'administration. Dans ce contexte, il est prié de déterminer si, ou dans quelles circonstances, les procédures d'*enforcement* visant des SIB constituent des affaires de grande portée (sur lesquelles le conseil d'administration devrait donc statuer).

L'adaptation de la réglementation légale doit renforcer la sécurité juridique, en transposant dans la loi les dispositions du règlement d'organisation de la FINMA. L'adaptation proposée met en œuvre la mesure 13 du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques et répond aux postulats 24.4536 et 24.4542 de la CEP.

Exécution

Lorsque la LFINMA est entrée en vigueur, les dispositions d'exécution alors contenues dans les différentes lois sur les marchés financiers ont été regroupées. Par conséquent, la FINMA exécute la LFINMA et les différentes lois sur les marchés financiers ainsi que les dispositions d'exécution correspondantes, en prenant les mesures et en rendant les décisions nécessaires à l'exécution⁴⁸.

D'une part, conformément au principe d'opportunité, les ressources de la FINMA doivent être utilisées de manière efficace, le rapport entre coûts et utilité doit être approprié pour atteindre les objectifs de la surveillance des marchés financiers et l'effet escompté doit être obtenu grâce aux dépenses consenties et les ressources utilisées⁴⁹. Concernant l'utilisation des ressources, il faut veiller à ce que les activités soient ordonnées en tenant compte de l'importance et de l'urgence des affaires (art. 11, let. b, de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA]⁵⁰). Non seulement cela permet d'établir un ordre des priorités, mais cela oblige aussi à prioriser (et, à l'inverse, à déprioriser), dans le cadre de l'exécution, allant jusqu'à l'imposition (*enforcement*), de la LFINMA et des autres lois sur les marchés financiers.

D'autre part, en tant qu'autorité, la FINMA doit respecter le principe de la légalité (art. 5, al. 1, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999⁵¹ [Cst.]) et doit exécuter la LFINMA et les lois sur les marchés financiers uniformément et sans parti pris dans le cadre de son activité de surveillance (art. 6, al. 1, LFINMA). Dans la pratique, il peut toutefois arriver que l'exécution du droit en vigueur ne semble pas

⁴⁸ FF 2006 2741, p. 2804 s.

⁴⁹ FF 2006 2741, p. 2771

⁵⁰ RS 172.010.1

⁵¹ RS 101

judicieuse, voire contradictoire. Afin d'empêcher toute contradiction, l'ajout de deux nouveaux alinéas (al. 2 et 3) à l'art. 56 LFINMA doit créer la base légale nécessaire à un nouvel instrument des garanties prononcées au titre de la suspension de l'exécution (*no-action letters*)⁵². La FINMA dispose ainsi, comme cela est déjà le cas dans d'autres juridictions importantes pour les marchés financiers mondiaux (cf. ch. 2.2.6), d'un moyen de suspendre temporairement l'exécution du droit en vigueur, y compris de la législation d'exécution à des niveaux inférieurs, en raison d'intérêts publics si l'exécution était jugée inopportune ou susceptible d'aboutir à des résultats inéquitables en raison du caractère contradictoire. Les ressources obtenues peuvent alors être mieux utilisées ailleurs, pour des tâches plus importantes ou plus urgentes. En revanche, l'instrument des garanties prononcées au titre de la suspension de l'exécution ne vise pas une gestion globale des ressources de la FINMA.

1.1.3 Garantie des liquidités en cas de crise

Pour garantir que les banques disposent de réserves de liquidités appropriées, la réglementation en vigueur prévoit deux lignes de défense. Selon la première ligne, les banques doivent couvrir leurs besoins en liquidités réglementaires en puisant dans leur portefeuille et en s'approvisionnant sur le marché. Si les banques ne parviennent plus à se refinancer sur le marché, la Banque nationale suisse (BNS) peut, au titre de la deuxième ligne de défense, dans le cadre de sa fonction de prêteur ultime, lui fournir subsidiairement un soutien en liquidités en échange de sûretés suffisantes. Le projet du 6 septembre 2023 qui porte modification de la LB et dont le Parlement a suspendu l'examen⁵³ vise à fournir aux SIB une troisième ligne de défense sous la forme d'un PLB.

À l'automne 2022 et au printemps 2023, Credit Suisse et différents établissements aux États-Unis ont enregistré des sorties de liquidités massives et rapides 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 (quelle que soit leur qualité), le dispositif de liquidité devra aussi s'adapter à l'avenir à des scénarios extrêmes de ce type et garantir que, pendant la crise, les banques pourront bien s'approvisionner en liquidités grâce aux trois lignes de défense.

La modification⁵⁴ de l'OLiq, entrée en vigueur en juillet 2022 pour les SIB, tient déjà compte de ces exigences posées à la première ligne de défense. En revanche, dans

⁵² Il convient de faire la distinction entre les garanties au titre de la suspension de l'exécution et les allègements prudentiels fondés sur des dispositions spécifiques. Par exemple, l'art. 73f, al. 1, de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) habilite le Conseil fédéral à prévoir, par voie d'ordonnance, des allègements pour les petits systèmes de négociation fondés sur la technologie des registres distribués et, en vertu de l'art. 4, al. 3, LB, la FINMA peut, dans des cas particuliers, décider d'alléger les exigences minimales du droit bancaire concernant les fonds propres et les liquidités.

⁵³ FF 2023 2166

⁵⁴ RO 2022 359

son rapport sur la stabilité des banques, le Conseil fédéral estime qu'il est nécessaire d'agir dans le domaine de l'octroi de liquidités par la BNS en tant que prêteur ultime.

Cette deuxième ligne de défense doit être renforcée, d'une part, par l'inscription dans l'OLiQ des exigences relatives aux préparatifs pour l'obtention d'un soutien en liquidités de banques centrales⁵⁵. D'autre part, les mesures suivantes sont prévues au niveau de la loi :

Report de la publication d'informations en cas de soutien en liquidités d'une banque centrale

Afin d'atténuer la stigmatisation inhérente à l'utilisation des facilités des banques centrales, qui peut conduire des banques, pourtant en situation de crise aiguë, à éviter de demander des liquidités à des banques centrales⁵⁶, il faut inscrire dans la loi la possibilité de différer l'annonce d'un recours aux liquidités d'une banque centrale (report de la publication d'informations).

Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités de la BNS

Pour faciliter le transfert de créances de crédit par des banques à la BNS et la constitution d'autres sûretés à l'intention de la BNS en vue d'un éventuel soutien en liquidités de la BNS, une base légale doit notamment être créée pour la constitution et la réalisation simplifiées de sûretés à l'intention de la BNS et pour les exceptions au secret bancaire et à la protection des données.

1.1.4 Plan de stabilisation et résolution

Dans le plan de stabilisation, la SIB présente les mesures qu'elle entend prendre pour se stabiliser en cas de crise de manière à pouvoir poursuivre son activité sans intervention de l'État (art. 64 OB). Dans le cas de Credit Suisse, il est apparu que le plan de stabilisation préparé par la banque était insuffisant⁵⁷. Par conséquent, il convient d'améliorer la planification de la stabilisation. Pour ce faire, les exigences en matière d'élaboration du plan de stabilisation doivent être renforcées, en particulier en ce qui concerne l'ampleur et l'applicabilité des mesures de stabilisation. En outre, il convient de créer une base légale conférant à la FINMA la compétence d'ordonner des mesures visant à corriger les lacunes éventuelles du plan de stabilisation (par ex. suppléments de fonds propres et de liquidités *going concern*). La planification de la stabilisation pour les SIB sera désormais inscrite dans la loi (art. 9 AP-LB).

⁵⁵ Voir la consultation « Modification de l'ordonnance sur les liquidités (exigences relatives aux préparatifs pour l'obtention d'un soutien en liquidités auprès de banques centrales) » qui se déroule en même temps que la présente consultation.

⁵⁶ FF 2024 1023, p. 146 s.

⁵⁷ FF 2024 1023, pp. 174 ss

Concernant la résolution, la crise de Credit Suisse a montré que des stratégies de résolution souples et variées sont d'une grande importance pour les chances de succès et donc pour la faisabilité d'une résolution⁵⁸.

À cet effet, il convient, d'une part, de continuer à améliorer la capacité des SIB à faire l'objet d'une résolution en définissant des exigences plus élevées pour la planification de la résolution. Ces exigences en matière de planification de la résolution (art. 64 OB) seront désormais inscrites dans la loi et prendront davantage en considération non seulement le maintien des fonctions d'importance systémique en Suisse, mais aussi les risques pour la stabilité du système financier national et du système financier international (art. 9 et 10 AP-LB).

D'autre part, le cadre légal d'une résolution doit encore être précisé aux art. 28 ss AP-LB. Afin de faire une distinction par rapport à l'assainissement prévu par le droit privé et de s'aligner sur les normes internationales, le terme « assainissement » est remplacé par « résolution ». Par ailleurs, la possibilité de mettre en œuvre différentes stratégies de résolution doit être garantie, et l'applicabilité des instruments de résolution (par ex. cession d'activités) dans toutes les stratégies de résolution doit être davantage précisée dans la loi.

Les mesures ci-dessus mettent en œuvre les mesures 23, 31, 32 et 33 du rapport du Conseil Fédéral sur la stabilité des banques du 10 avril 2024⁵⁹ ainsi que la recommandation 1 et les motions 24.4529 et 24.4525 du rapport de la CEP du 17 décembre 2024 sur la gestion par les autorités fédérales dans le contexte de la crise de Credit Suisse⁶⁰.

1.1.5 Protection des déposants

Le projet sur lequel porte le présent rapport met en œuvre dans une large mesure la motion 23.3604 du conseiller aux États Peter Hegglin « Améliorer la protection des avoirs de libre passage et du pilier 3a », transmise par le Parlement. Contrairement à la réglementation actuelle (art. 37a LB), ces avoirs de prévoyance doivent désormais être versés en dehors de la procédure de collocation ordinaire. En outre, tout montant fourni par l'organisme de garantie sera également versé en dehors de la procédure de collocation ordinaire, s'il est certain que tous les dépôts garantis peuvent être versés. Le système de garantie des dépôts sera ainsi renforcé et de nouveau prêt à être utilisé dans son entier dans les plus brefs délais après un cas d'application.

Le 23 novembre 2022, le Conseil fédéral a décidé de mettre les modifications de la LB en vigueur au 1^{er} janvier 2023. Cette version révisée accorde aux banques un délai transitoire de cinq ans, soit jusqu'à la fin de 2027, pour effectuer les préparatifs requis

⁵⁸ FF 2024 1023, pp. 183 ss

⁵⁹ FF 2024 1023, p. 44 s.

⁶⁰ FF 2025 515, pp. 618 à 631

en vue de l'établissement de la liste des déposants⁶¹. La précision apportée concernant la compensation (art. 37^{bis} LB) permet de clarifier la manière de calculer le montant des dépôts privilégiés et de garantir l'égalité de traitement de tous les déposants dans le cadre du processus de remboursement. Les banques sont ainsi plus au clair sur la façon d'effectuer leurs préparatifs.

1.1.6 Collaboration des autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières

La collaboration entre le Département fédéral des finances (DFF), la FINMA et la BNS est régie dans un protocole d'entente 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 financiers⁶². Alors que la collaboration a bien fonctionné dans l'ensemble pour gérer la crise de Credit Suisse, le Conseil fédéral a constaté, dans le cadre d'une analyse après coup, que les responsabilités et les compétences des différentes autorités devaient être plus clairement définies et que la collaboration des autorités devait être améliorée⁶³. La CEP a quant à elle identifié un potentiel d'optimisation de l'échange et de la transmission d'informations entre les autorités⁶⁴. Alors qu'il n'y a pas lieu de modifier les mandats légaux des institutions, il convient de définir plus clairement les compétences et les responsabilités afin de préciser la collaboration à toutes les étapes requises pour assurer la stabilité de la place financière. Il s'agit donc d'identifier les différentes tâches des autorités, les points de recoupement et les interdépendances et d'introduire des obligations d'informer et de consulter. Tandis que ces réglementations visent en premier lieu la gestion des crises, la prévention des crises est également améliorée, la collaboration des autorités étant complétée par une obligation d'exécuter des exercices de gestion de crise et par l'examen et l'élaboration des scénarios de crise et des éléments importants des plans de résolution des SIB. À cet effet, les bases légales devront être créées.

Les modifications énumérées ici mettent en œuvre la mesure 37 du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques et les recommandations n° 10 (améliorer l'échange d'informations entre le DFF et la BNS sur les SIB) et n° 12 (améliorer la transmission des informations entre les autorités signataires du *Memorandum of Understanding*) de la CEP.

1.1.7 Exonération de l'impôt anticipé

En vertu de la réglementation actuelle, les banques peuvent émettre certains emprunts, appelés instruments TBTF, qu'elles peuvent déprécier ou convertir en fonds propres

⁶¹ RO 2022 732 ; cf. la disposition transitoire relative à la modification de la LB du 17 décembre 2021.

⁶² www.sif.admin.ch > Documentation > Informations spécialisées > 2019 > Le DFF, la FINMA et la BNS renouvellent leur coopération tripartite > Memorandum of Understanding entre le DFF, la FINMA et la BNS (2 décembre 2019)

⁶³ FF 2024 1023, p. 313 ss

⁶⁴ FF 2025 515

en cas de risque d'insolvabilité⁶⁵. Jusqu'au moment de leur conversion ou amortissement éventuels, ces instruments TBTF constituent la plupart du temps des obligations dont les paiements d'intérêts devraient d'ordinaire être soumis à l'impôt anticipé. Dans l'intérêt de la stabilité financière, le besoin se faisait cependant davantage sentir que ces instruments soient émis en Suisse et soumis au droit suisse. Le Parlement a approuvé à plusieurs reprises les dispositions d'exonération de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA)⁶⁶ pour que les banques puissent émettre des instruments TBTF en Suisse à des conditions compétitives. Si les instruments TBTF étaient soumis à l'impôt anticipé, il serait beaucoup plus difficile et plus onéreux pour les banques de se procurer des fonds, car de nombreux investisseurs internationaux n'acceptent pas la retenue de l'impôt anticipé et auraient tendance – dans la mesure où le montant de l'impôt anticipé n'est pas compensé par des taux d'intérêt plus élevés – à acquérir d'autres produits, quand bien même ils auraient droit au remboursement de l'impôt anticipé en vertu d'une convention contre les doubles impositions.

Les dispositions d'exonération de l'impôt anticipé pour les intérêts issus des instruments TBTF sont temporaires. Elles ont été prolongées plusieurs fois depuis la première entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 et sont valables actuellement jusqu'au 31 décembre 2031⁶⁷.

Le présent projet doit prolonger pour une durée indéterminée la disposition d'exonération temporaire existante.

1.1.8 Évaluation de la réglementation TBTF

Dans sa recommandation n° 1, la CEP demande notamment au Conseil fédéral d'inclure dans ses rapports d'évaluation visés à l'art. 52 LB une réflexion stratégique complète au sujet du développement de la réglementation TBTF⁶⁸. Cet objectif élargi doit être concrétisé dans l'art. 52 AP-LB. En raison des exigences d'analyse plus vastes qui en découlent et de l'orientation plus stratégique, le rapport devra à l'avenir être établi tous les quatre ans plutôt que tous les deux ans.

En complément de l'évaluation de la réglementation TBTF par le Conseil fédéral à l'intention de l'Assemblée fédérale, l'art. 52b AP-LB prévoit que la FINMA rende elle aussi régulièrement compte à l'Assemblée fédérale. En effet, outre la conception juridique d'une réglementation, sa mise en œuvre pratique constitue également un facteur important pour atteindre les objectifs poursuivis par le législateur avec la réglementation TBTF et visés à l'art. 7, al. 2, AP-LB. Cela s'inscrit dans le contexte de la haute surveillance exercée par l'Assemblée fédérale sur la FINMA (art. 21, al. 4,

⁶⁵ FF 2025 1851, pp. 4 à 7

⁶⁶ RS 642.21

⁶⁷ Message du 6 juin 2025 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (FF 2025 1851)

⁶⁸ FF 2025 515, p. 499

LFINMA), des risques découlant de la problématique du TBTF et du renforcement du dispositif TBTF prévu par le présent projet.

1.1.9 Vue d'ensemble du projet

Le tableau 1 ci-après résume les mesures mises en œuvre dans le projet. Elles sont présentées selon les domaines définis dans les lignes directrices et le rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques de 2024. La numérotation a été reprise. Le tableau est complété d'indications sur le champ et le contexte d'application et sur la mise en œuvre des mesures dans la loi.

Tableau 1 : mesures mises en œuvre dans le projet⁶⁹ (EPT = équivalents plein temps)

Domaine	N°	Interventions parlementaires et recommandations	Mesure	Champ d'application	Application	Mise en œuvre
Gouvernance d'entreprise	2	Mo. 24.4531, 24.4527 Po. 24.4544, 24.4538	Régime de responsabilité	SIB, autres banques dès 250 EPT	Activité ordinaire	Art. 3d AP-LB
			Devoir de diligence	Toutes les banques		Art. 5b et 37n AP-LB
Gouvernance d'entreprise	3	Mo. 24.4531, 24.4527, 23.3452 Po. 24.4541, 24.4535	Conception des rémunérations (principes)	Toutes les banques	Activité ordinaire	Art. 5c AP-LB
			Dispositions complémentaires relatives aux rémunérations variables (notamment les malus et les <i>clawbacks</i>)	SIB	Activité ordinaire / crise	Art. 10b AP-LB
Gouvernance d'entreprise	1, 7		Exigences en matière de gouvernance d'entreprise	Toutes les banques	Activité ordinaire	Art. 3 ss AP-LB

⁶⁹ Source : SFI ; les mesures clés sont surlignées en bleu.

			(existent déjà au niveau normatif inférieur)	(comme actuellement)		
Surveillance	22	Mo. 24.4531, 24.4527	Intervention précoce	Toutes les banques	Activité ordinaire / crise	Art. 19 AP-LB Art. 24 AP-LB Art. 26 AP-LB
Surveillance	4, 5,6 ,8	Mo. 24.4531, 24.4527 CEP, recommandation n° 3	Nouveaux instruments de surveillance	Établissemen ts financiers	Violation du droit de la surveillance	Art. 22 AP-LFINMA Art. 29 AP-LFINMA Art. 32a AP-LFINMA Art. 33 AP-LFINMA Art. 33a AP-LFINMA Art. 35 AP-LFINMA Art. 37a ss AP- LFINMA Art. 38a AP-LFINMA Art. 43k s. AP- LFINMA Art. 38a ss AP-LSR
Surveillance	9	Mo. 24.4531, 24.4527 CEP, recommandation n° 5	Réduction de la durée des procédures	Toutes les banques	Activité ordinaire / crise	Art. 52f AP-LB
Surveillance	-	Mo. 24.4530, 24.4526	Allègement des prescriptions applicables aux fonds propres et aux liquidités	SIB	Activité ordinaire	Art. 4 AP-LB
Surveillance	10	Mo. 24.4531, 24.4527 Po. 24.4539, 24.4533	Activités d'audit	Toutes les banques, établissement s financiers	Activité ordinaire	Art. 23 AP-LB Art. 24, <i>al.</i> 6, AP- LFINMA

		CEP, recommandation n° 18				Art. 28a s. AP-LFINMA Art. 9a AP-LSR
Surveillance	13	Po. 24.4542, 24.4536	Affaires de grande portée	FINMA	Activité ordinaire	Art. 9a AP-LFINMA
Garantie des liquidités en cas de crise	28	Mo. 24.4532, 24.4528 CEP, recommandation n° 9	Soutien en liquidités de la banque centrale	Toutes les banques	Crise	Art. 5a AP-LB Art. 17 ss AP-LB Art. 865a AP-code civil P-OLiq
Stabilisation et résolution	23, 32	-	Plans de stabilisation et de résolution	SIB	Activité ordinaire	Art. 7 AP-LB Art. 9 s. AP-LB
Plan de stabilisation et résolution	31, 33	Mo. 24.4529, 24.4525 CEP, recommandation n° 1	Procédure de résolution	Toutes les banques	Résolution	Art. 2 ^{bis} AP-LB Art. 25 AP-LB Art. 28 à 32 AP-LB Art. 52c ss AP-LB
Collaboration	37	CEP, recommandations n° 10, 12	Collaboration des autorités en période de crise	FINMA, BNS et DFF	Activité ordinaire / crise	Art. 1 AP-LFINMA Art. 54a ss AP-LFINMA
Collaboration	-	CEP, recommandation n° 8	Convention de coopération	FINMA et ASR	Activité ordinaire	Protocole d'entente
Autres	-	CEP, recommandation n° 1	Évaluation du dispositif TBTF	Conseil fédéral et FINMA	Activité ordinaire	Art. 52 AP-LB Art. 52b AP-LB
Autres	-	Mo. 23.3604	Protection des déposants	Toutes les banques	Résolution	Art. 37 ss AP-LB Art. 37h ss AP-LB

Autres	-	-	Exécution	Établissements financiers	Activité ordinaire	Art. 56 AP-LFINMA
Autres	21	-	Exonération de l'impôt anticipé	Toutes les banques	Activité ordinaire	Art. 5 AP-LIA

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

1.2.1 Gouvernance d'entreprise

Régime de responsabilité et devoir de diligence

Hormis la solution retenue du régime de responsabilité, la mise en place d'un nouveau régime dont les exigences sont indépendantes de la garantie d'une activité irréprochable a été étudiée. Pour les banques, cela impliquerait d'utiliser deux systèmes distincts avec des processus différents, mais avec des chevauchements de contenus. Il en résulterait une surcharge administrative et une insécurité juridique qui ne se justifient pas.

Il a également été examiné si le régime de responsabilité devait être mis en place uniquement pour les SIB. Cette solution serait unique au monde. Les comportements fautifs et le défaut de responsabilité dans la direction menacent les intérêts des clients et peuvent entraîner une grave perte de confiance à l'égard de l'ensemble de la place financière en nuisant à sa réputation non seulement lorsqu'ils se produisent au sein de SIB, mais aussi dans les autres banques. Dans les grandes banques notamment, l'attribution des responsabilités manque parfois de clarté, étant donné que leur organisation est par nature plus complexe.

Dans les petites banques en revanche, l'organisation est moins complexe et la répartition des responsabilités est claire ou leur attribution est plus simple en cas de comportement fautif. Dans leur cas, les coûts de l'application d'un régime de responsabilité seraient disproportionnés par rapport à son utilité. C'est pourquoi l'intention initiale d'introduire le régime de responsabilité dans toutes les banques a été rejetée. La mise en place du régime de responsabilité ne doit donc concerner que les banques présentant une structure organisationnelle complexe, c'est-à-dire ayant un effectif du personnel égal ou supérieur à 250 équivalents plein temps.

Le devoir de diligence qui doit être respecté, dans toutes les banques, par les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable (art. 37*n* AP-LB) est un soutien supplémentaire au régime de responsabilité. L'inscription explicite du devoir de diligence dans la LB accroît la sécurité juridique et établit clairement que les obligations de conduite rigoureuse et loyale des affaires, découlant du droit des sociétés, s'appliquent aussi, dans les banques, aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. La réglementation garantit un degré de diligence uniforme pour toutes les personnes responsables de l'activité irréprochable d'une banque, qu'elles occupent ou non une position d'organe. La disposition a en même temps un effet préventif : elle souligne la responsabilité particulière des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable dans le secteur bancaire et promeut une culture de conduite des affaires consciencieuse.

Les petites banques, c'est-à-dire ayant un effectif du personnel inférieur à 250 équivalents plein temps, ne sont pas concernées par le régime de responsabilité. Cela correspond à une restriction du champ d'application par rapport aux lignes directrices définies par le Conseil fédéral en vue de la modification de la loi sur les

banques. Les petites banques peuvent donc être soumises à des règles engendrant moins de coûts au sens de l'art. 4 de la loi fédérale du 29 septembre 2023 sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE)⁷⁰. Le devoir de diligence s'applique, dans toutes les banques, aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Restreindre le devoir de diligence à un groupe de banques enverrait un mauvais signal étant donné qu'une diligence raisonnable est en principe attendue de la part de l'ensemble des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable.

En réponse aux postulats 24.4544 du Conseil national et 24.4538 du Conseil des États (postulat n° 6 de la CEP dans son rapport), le Conseil fédéral a examiné en matière de gouvernance d'entreprise si les critères de garanties d'une activité irréprochable en vigueur devraient être complétés, tant au niveau des personnes candidates à des postes de direction qu'au niveau de l'organe de l'établissement dans son ensemble, afin de renforcer la responsabilité des organes de direction à l'égard de l'économie suisse. Le Conseil fédéral estime que la mesure, mentionnée dans les postulats, imposant une obligation de résidence en Suisse pour la majorité du conseil d'administration n'est pas judicieuse. Dès 2023, le Conseil fédéral avait recommandé de rejeter la motion 23.3455 selon laquelle la majorité des membres des conseils d'administration d'entreprises définies comme étant d'importance systémique devaient être de nationalité suisse et avoir leur domicile en Suisse. Le Conseil national l'a rejetée⁷¹. Par ailleurs, l'art. 708 CO, selon lequel la majorité des membres du conseil d'administration doivent être de nationalité suisse et avoir leur domicile en Suisse, a été abrogé, avec effet au 1^{er} janvier 2008⁷² car une telle exigence peut désavantager la place économique suisse dans une économie qui s'internationalise toujours davantage et engendrer une discrimination des ressortissants étrangers domiciliés en Suisse⁷³. En outre, il convient de souligner que l'art. 3e, al. 1, AP-LB exige qu'une banque soit effectivement dirigée depuis la Suisse. Le présent projet inscrit à l'échelon de la loi cette exigence qui existe déjà dans l'OB.

Rémunérations

Le cas de Credit Suisse a mis en lumière la nécessité de réglementer les rémunérations au sein d'une SIB. Mais les problèmes identifiés, en particulier dans les structures incitatives, n'affectent pas que les SIB. Le présent projet contient donc des principes minimaux en matière de rémunérations applicables à toutes les banques. Ils correspondent pour l'essentiel à la circulaire 2010/1 « Systèmes de rémunération » de la FINMA. La solution étudiée, consistant à prévoir des exigences légales uniquement pour les SIB, négligerait le fait que même les banques qui ne sont pas d'importance systémique peuvent être soumises à des incitations inopportunes qui désavantagent les clients en raison de la conception inappropriée des systèmes de rémunération.

⁷⁰ RS 930.31

⁷¹ www.parlament.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > Objets > Titre de l'objet > 23.3455

⁷² RO 2007 4791, p. 4838

⁷³ FF 2002 2949, p. 3026

Toutefois, les prescriptions concrètes, telles que les reports et les clauses de restitution, font que les SIB sont soumises à des règles plus strictes en matière de rémunérations que les autres banques. Des principes minimaux s'appliquent à ces dernières et elles sont donc soumises à des règles simplifiées au sens de l'art. 4 LACRE.

Des exigences supplémentaires applicables au système de rémunération ne doivent être satisfaites que par les SIB et par les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ou percevant une rémunération globale élevée. Il a été examiné si ces exigences devaient être appliquées également à d'autres catégories de collaborateurs qui ne sont certes pas des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ou percevant une rémunération globale élevée, mais qui sont haut placés dans la hiérarchie d'une banque. De telles règles existent par exemple au sein de l'Union européenne (UE) ou au Royaume-Uni (cf. ch. 2.1.2). Les décisions stratégiques, qui déterminent le profil de risque et le profil commercial de la banque, sont prises par des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ou percevant une rémunération globale élevée. L'introduction d'exigences légales supplémentaires constituerait une atteinte excessive à la liberté économique. De plus, une rémunération des dirigeants bancaires qui tient compte des risques peut, grâce au signal qu'elle envoie, favoriser une culture de rémunération responsable au sein de l'ensemble de l'établissement. Pour des raisons de proportionnalité et d'efficacité, il est donc pertinent de restreindre la réglementation supplémentaire des rémunérations dans les SIB aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ou percevant une rémunération globale élevée. Mais, dans tous les cas, les banques sont libres d'adopter une réglementation plus stricte.

Exigences générales en matière de gouvernance d'entreprise

Aujourd'hui, toutes les banques doivent satisfaire aux exigences du droit bancaire en matière de gouvernance d'entreprise. La précision des règles envisagée au niveau de la loi ne génère donc pas de nouveaux contenus. Dans ce contexte, il ne serait pas opportun de limiter le champ d'application aux SIB. L'adaptation prudente de la structure de la LB – en particulier en ce qui concerne les conditions d'octroi de l'autorisation – permet une réglementation compréhensible et facile à appliquer des principes de gouvernance d'entreprise au niveau de la loi. Une insertion dans la structure actuelle (c.-à-d. dans l'actuel art. 3 LB) manquerait de transparence et compliquerait l'application.

La LB ne comprendra pas de règles simplifiées au sens de l'art. 4 LACRE pour les petites et moyennes banques. De telles simplifications sont cependant prévues dans les dispositions d'exécution au niveau de l'ordonnance, les exigences étant différenciées selon les catégories de banques.

1.2.2 Surveillance

Intervention précoce

En ce qui concerne la conception de l'intervention précoce, il a été examiné dans quelle mesure de nouvelles normes étaient requises et quelles normes déjà existantes devaient être renforcées (normes décentralisées). Par ailleurs les critères d'intervention à prévoir ont été examinés, ainsi que la nécessité d'instaurer des seuils d'intervention fixes.

Il est ressorti de l'analyse qu'une nouvelle norme centralisée et formulée de manière large aurait pour avantage de laisser une grande marge d'appréciation à la FINMA qui se fonderait principalement sur le principe de proportionnalité pour intervenir. Toutefois, la mise en œuvre d'une norme centralisée, englobant les mesures liées aux renforcements des fonds-propres et liquidités, à la gouvernance d'entreprise, ainsi qu'aux mesures de stabilisation, serait complexe, car il serait difficile d'identifier les mesures appropriées pour chaque situation. Ainsi, ces incertitudes pourraient favoriser un biais d'inaction et freiner l'intervention précoce.

Pour ces raisons, une solution décentralisée a été retenue, car les critères d'interventions varient selon les problématiques décelées, par exemple relatives à l'organisation ou à la situation économique. Cette option a été préconisée, afin de faire usage des normes existantes pour éviter de créer des doublons. Par exemple, il est prévu que les normes déjà existantes relatives aux fonds propres supplémentaires et aux mesures protectrices en cas de risque d'insolvabilité soient renforcées. L'option proposée vise à créer deux nouvelles normes au sein de la LB. Cette analyse s'inscrit également dans l'examen requis par la CEP des mesures appropriées à mettre en place pour renforcer l'assertivité de la FINMA, soit notamment le développement de l'éventail d'instruments d'intervention précoce au moyen de mesures différenciées selon le moment où elles sont prises (cf. rapport CEP motion n°3). Ainsi, afin de garantir la sécurité juridique et favoriser l'intervention de la FINMA au moment opportun, le type de mesures à disposition de la FINMA en fonction de la situation, soit s'il s'agit de la surveillance courante, d'une situation de risques élevés ou en cas de risque d'insolvabilité, est précisé dans la loi.

De plus, la question de la définition des critères et des seuils d'intervention a été évaluée à la lumière des dispositifs mis en place par d'autres États. Contrairement à d'autres approches, il n'est pas prévu de formaliser un système d'évaluation des banques, car la FINMA dispose déjà actuellement de son propre système de surveillance et d'évaluation. Il est également ressorti de l'analyse que des critères quantitatifs strictes (par ex. le ratio du capital) ne permettraient pas à la FINMA d'agir suffisamment tôt pour prévenir une situation de crise et qu'il serait préférable que les critères soient de nature quantitatives et qualitatives, afin de lui permettre d'identifier les problèmes spécifiques de la banque et d'agir assez tôt. Il est en effet primordial que sa surveillance demeure dynamique, car les domaines de risques peuvent rapidement évoluer (par ex. informatique et *outsourcing*) et les critères déterminants différer selon la situation spécifique (par ex. évaluation des risques informatiques, de liquidités, de crédits, de gouvernance, ainsi que des résultats des analyses *benchmark*, des tests de résistance, des indicateurs de marché et des agences de notation).

Dans le cadre de sa surveillance, la FINMA doit se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement, ainsi que des principes de proportionnalité et de la bonne foi. Elle informera sur les grandes lignes de sa pratique en matière de surveillance et d'intervention précoce, afin que les banques puissent s'y référer.

En ce qui concerne le cercle des banques concernées, il a été évalué si l'intervention précoce devait être limitée aux SIB. Cette option a été écartée, car la FINMA dispose déjà actuellement de certains instruments spécifiques d'intervention précoce qui concernent toutes les banques⁷⁴. Ainsi, les modifications qui sont proposées dans la LB ont davantage comme objectif de clarifier les mesures à disposition de la FINMA en fonction de situations différenciées pour renforcer la sécurité juridique que de créer de nouvelles compétences. Partant, une limitation des pouvoirs d'intervention précoce de la FINMA aux SIB constituerait un recul par rapport à ses pouvoirs actuels, irait à l'encontre de l'objectif de renforcement de la FINMA et de la protection des intérêts des clients.

Enfin, cette mesure n'engendre des coûts pour la banque qu'en cas de nécessité d'intervention de la FINMA en vue de renforcer la résilience de la banque. Ainsi, lesdits coûts sont nécessaires pour maintenir la banque dans une situation pérenne et ont donc une utilité sur le long terme. Partant, il n'est pas judicieux de soumettre les petites et moyennes entreprises à des règles simplifiées ou engendrant moins de coûts au sens de l'article 4 LACRE. Instruments de surveillance

Information du public

En ce qui concerne la publication systématique des décisions finales d'*enforcement*, il a été analysé s'il était préférable de publier dès la fin de la procédure d'*enforcement* ou plutôt de repousser l'information du public à l'entrée en force de la décision. Cette dernière option n'a pas été retenue, dans la mesure où elle aurait incité les établissements concernés à former un recours principalement dans le but de retarder la publication. Une telle incitation procédurale entraînerait un allongement significatif de la durée des procédures, absorberait des ressources administratives supplémentaires et compromettrait l'efficacité du dispositif. Enfin, elle irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par la mesure 9 du Conseil fédéral qui vise à accélérer les procédures de la FINMA.

Par ailleurs, il a été envisagé d'étendre la publication nominative aux personnes physiques, de la même manière que pour les personnes morales. Cette possibilité n'a pas été retenue, afin de garantir la protection des droits de la personnalité des individus concernés et d'éviter des atteintes disproportionnées à leur sphère privée dans les cas où il n'existe aucune nécessité particulière, sur le plan prudentiel, de mentionner nommément la personne concernée.

⁷⁴ FF 2024 1023, pp. 172 ss.

Cette mesure n'engendre aucun coût de sorte qu'il n'est pas nécessaire de soumettre les petites et moyennes entreprises à des règles simplifiées au sens de l'art. 4 LACRE.

Sanctions administratives pécuniaires

La possibilité de limiter le champ d'application des sanctions administratives pécuniaires aux SIB a été examinée. Cette option n'a toutefois pas été retenue. Une telle restriction affaiblirait l'effet préventif de la mesure en raison de sa portée limitée et introduirait notamment une inégalité de traitement injustifiée entre les établissements. Enfin, une réglementation de ce type irait à l'encontre de l'objectif poursuivi, à savoir le renforcement du rôle de la FINMA en tant qu'autorité de surveillance et la garantie d'un exercice cohérent et efficace de ses compétences.

Accord amiable

Il est prévu de doter la FINMA d'une base légale formelle lui permettant de conclure, à sa discrétion, des accords amiables, connu comme *settlements* à l'étranger, lorsque l'état de fait est suffisamment établi. La possibilité de renoncer à une base légale explicite a été examinée, mais écartée. Une telle absence aurait engendré un risque d'inégalité de traitement entre les assujettis, la conclusion d'un accord amiable pouvant dépendre de critères implicites et manquer d'un cadre normatif clair. La formalisation législative vise au contraire à garantir transparence, prévisibilité et cohérence dans l'application des procédures. La solution retenue assure ainsi un équilibre entre sécurité juridique, efficacité procédurale et rigueur de la surveillance.

Astreintes

Concernant l'introduction de l'instrument des astreintes, il a été envisagé de les réserver uniquement aux SIB. Néanmoins, restreindre les astreintes aux SIB ne paraît pas opportun dès lors que la capacité de la FINMA à faire respecter rapidement ses injonctions constitue un enjeu transversal de la surveillance. Par ailleurs, le caractère proportionnel de cet instrument est assuré par un montant calculé à partir du produit d'exploitation journalier de l'assujetti, ce qui permet une mise en œuvre ciblée et graduée à l'ensemble des assujettis, sans porter atteinte à l'objectif poursuivi.

En matière de sanctions administratives et d'astreintes, le montant à payer est calculé en fonction du produit réalisé par chaque assujetti. Cette réglementation a pour effet de limiter automatiquement les coûts pour les petites et moyennes entreprises conformément à l'article 4 LACRE. *Obligation de renseigner et d'annoncer*

Concernant l'obligation de renseigner et d'annoncer réglée à l'article 29 LFINMA, l'introduction d'une obligation explicite de renseigner applicable à l'ensemble des collaborateurs (y compris aux organes et aux autres personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable) à l'alinéa 1 et, dans ce contexte, la mention explicite des personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable (y compris les membres des organes) à l'alinéa 2, est la seule mesure envisagée pour renforcer le devoir de collaboration.

En effet, au vu de l'étendue du devoir de collaborer aux personnes physiques susmentionnées et à la suite du postulat 24.3890 du CN Andreas Meier⁷⁵, il a été jugé nécessaire de régler dans la loi l'exploitabilité des déclarations auto-incriminantes faites sur la base de cette disposition par les autorités pénales. Concernant cette problématique d'autres alternatives ont été étudiées.

Tout d'abord, l'introduction d'un droit de refuser de coopérer dans la procédure administrative n'a pas été retenu. Une telle solution aurait restreint le flux d'informations non seulement à l'égard des autorités pénales, mais surtout à l'égard de la FINMA. Certes, cette option aurait assuré une application stricte du principe *nemo tenetur*, or ce principe est applicable à la procédure pénale uniquement et non à la procédure administrative. Cette solution aurait compromis de manière considérable la collecte d'informations par la FINMA et entravé de façon inacceptable l'accomplissement de ses tâches de surveillance sachant qu'elle ne dispose pas des mêmes moyens de contrainte que les autorités pénales pour récolter des informations. Une autre solution examinée et non retenue a été la restriction du flux d'informations par la FINMA aux autorités pénales. Cette solution n'a pas été retenue car la dissimulation d'états de fait susceptibles de tomber sous le coup du droit pénal par une autorité n'est pas justifiable et contraire à l'obligation faite à la FINMA de collaborer avec les autorités pénales prévue à l'article 38 LFINMA. Par ailleurs, il n'appartient pas à la FINMA d'assurer la protection des assujettis en matière pénale. Une telle mesure aurait nécessité un examen minutieux et systématique du respect des droits pénaux des assujettis par la FINMA avant leur transmission aux autorités pénales ce qui aurait requis des ressources supplémentaires considérables. En outre, le principe de *nemo tenetur* étant un principe de droit pénal, il n'incombe pas à l'autorité administrative de procéder à cette évaluation. La solution retenue codifiée à l'article 38a LFINMA l'essence même de la protection découlant du principe *nemo tenetur*, soit la garantie des droits de la défense des personnes physiques faisant l'objet d'une procédure pénale, conformément à la jurisprudence de la CEDH.

Cette mesure n'engendre aucun coût de sorte qu'il n'est pas nécessaire de soumettre les petites et moyennes entreprises à des règles simplifiées au sens de l'art. 4 LACRE.

Interdiction d'exercer et confiscation

Dans le cadre de son rapport sur la stabilité des banques du 10 avril 2024⁷⁶, le Conseil fédéral a évalué les possibilités à sa disposition pour rendre les instruments de l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA) et de la confiscation (art. 35 LFINMA) plus efficaces.

Il a été constaté que deux différences importantes subsistent entre l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA) et l'interdiction de pratiquer (art. 33a LFINMA) quant à l'étendue des règles sur la base desquelles la FINMA peut prendre ces mesures, ainsi

⁷⁵ 2025 P 24.3890 Procédures de la FINMA. Résoudre le conflit entre l'obligation de collaborer et le droit de ne pas s'auto-incriminer.

⁷⁶ FF 2024 1023, pp. 285 ss. et pp. 289 ss.

que sur la durée de la mesure. Il est apparu nécessaire que ces deux différences soient résorbées.

Concernant la confiscation (art. 35 LFINMA), il est apparu que le cercle des personnes visé par cette mesure devait être élargi, afin de permettre à la FINMA d'agir contre tous les collaborateurs de l'assujetti qui auraient acquis des gains ou évité des pertes en violant gravement le droit de la surveillance.

Au vu de ces constats, d'autres alternatives n'ont pas été examinées, car seules les modifications proposées permettraient de rendre ces instruments plus efficaces.

Ces modifications n'engendrent pas de coût pour les banques de sorte qu'il n'est pas nécessaire de soumettre les petites et moyennes entreprises à des règles simplifiées au sens de l'article 4 LACRE.

Durée des procédures

Concernant la durée des procédures, plusieurs alternatives ont été évaluées pour rendre les procédures plus efficaces, dont la possibilité d'exclure certaines voies de droit (par ex. exclusion de la possibilité de recourir au Tribunal fédéral), restreindre les motifs de recours (par ex. exclusion des recours devant le Tribunal administratif fédéral la possibilité de soulever le grief de l'opportunité), exiger le respect du principe d'allégation, imposer des délais dans la phase pré-décisionnelle ou dans la procédure de recours, prévoir que les recours doivent être adressés à un tribunal composé d'experts, ainsi que prévoir que les recours contre certaines décisions de la FINMA soient dépourvus d'effet suspensif⁷⁷. Pour cette dernière option, il a également été analysé si l'effet suspensif devait, en cas de recours, pouvoir être octroyé par le tribunal.

Le cercle d'application a également été analysé. Initialement, cette mesure se focalisait sur les SIB en raison de l'éventuel impact sur la stabilité financière⁷⁸. Toutefois, il est apparu opportun d'élargir le cercle à toutes les banques, car les recours qui seraient dépourvus d'effet suspensif concerneraient des mesures qui s'appliqueraient à toutes les banques (par ex. les mesures d'intervention précoce). Ainsi, cette modification procédurale devrait permettre aux mesures concernées de produire plus rapidement leurs effets et donc de mieux protéger les intérêts de tous les clients, ainsi que le bon fonctionnement des marchés financiers. Par ailleurs, cette modification est également primordiale pour les autres banques dès lors que ces mesures visent à assurer la conformité de leur organisation ou leur stabilité.

Partant, la solution proposée est celle de prévoir que les recours contre certaines décisions de la FINMA, soit les décisions visant à renforcer les exigences minimales en matière de fonds propres et de liquidités, préparer la stabilisation d'une SIB, garantir

⁷⁷ FF 2024 1023, pp. 309 ss.

⁷⁸ FF 2024 1023, pp. 309 ss.

une organisation adéquate, ainsi qu'à mitiger une situation de risques élevés, n'aient pas d'effet suspensif (art. 55, al. 5, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁷⁹ [PA]). Afin de préserver de manière effective la garantie d'accès au juge, la possibilité pour la banque de requérir l'effet suspensif auprès du tribunal est maintenue. Toutefois, étant donné qu'il s'agit de mesures visant à mitiger des risques et qu'elles doivent être mises en œuvre rapidement, la possibilité laissée au tribunal d'octroyer l'effet suspensif devra être exercée avec retenue.

Cette mesure n'engendrera pas de coût supplémentaire pour les banques, car une exécution plus rapide des décisions évitera des coûts plus élevés par la suite, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de soumettre les petites et moyennes entreprises à des règles simplifiées au sens de l'article 4 LACRE.

Limitation des assouplissements relatifs aux prescriptions sur les fonds propres et les liquidités

Afin de préciser les bases légales qui régissent l'allègement des exigences en matière de fonds propres et de liquidités, une mise en œuvre extrêmement stricte des motions a d'abord été examinée, prévoyant une obligation de limiter dans le temps tous les allègements accordés aux SIB, indépendamment du contexte et du motif de cet octroi. Selon une analyse d'impact de la réglementation (AIR), plusieurs SIB bénéficient d'allègements sans limite de temps. Des allègements ciblés des exigences en matière de fonds propres et de liquidités sont notamment accordés depuis plusieurs années à une SIB en raison de sa structure particulière et une limitation dans le temps de ces allègements aurait des conséquences considérables tant pour cette SIB que pour sa surveillance. En cas de suppression des allègements, il faudrait que les exigences soient directement imposées à l'échelon des établissements individuels. Pour la FINMA, cela signifierait qu'elle devrait à l'avenir surveiller, en grande partie de manière individuelle, chacun des établissements composant le groupe bancaire concerné. Pour le groupe bancaire, cela aurait des répercussions majeures sur son organisation et, potentiellement, sur son modèle d'affaires. Compte tenu des coûts élevés qu'occasionnerait une mise en œuvre stricte des motions de la CEP – et qui n'étaient vraisemblablement pas visés –, d'autres solutions ont été étudiées.

Une solution consistait à créer, pour le cas concret précité, une dérogation explicite dans le contexte de l'art. 4, al. 3, LB, étant donné que les répercussions d'une mise en œuvre stricte des motions auraient été particulièrement importantes pour cette SIB. Cette solution n'a toutefois pas été retenue. Une disposition légale qui privilégie explicitement une seule entité serait conçue de manière nécessairement sélective. Une telle disposition s'éloignerait d'une conception fondée sur des principes de la réglementation bancaire et limiterait inutilement la marge de manœuvre de la surveillance. Cela est d'autant plus vrai que les conditions-cadres fondamentales et les spécificités concrètes du risque sont soumises à une évolution constante. Un ancrage légal rigide pourrait donc compliquer une réévaluation nécessaire.

⁷⁹ RS 172.021

La deuxième solution prévoyait, outre les allègements temporaires, une catégorie supplémentaire d'exceptions qui s'appliquerait à des cas particuliers avec un effet durable de réduction des risques. Une telle approche aurait permis à la surveillance de considérer séparément, du point de vue réglementaire, des configurations institutionnelles ou structurelles associées à une résilience accrue face aux crises, et de prévoir pour cela des allègements permanents. Cette solution a elle aussi été rejetée. L'introduction d'une telle catégorie abstraite serait en contradiction avec l'objectif de la modification légale, à savoir rendre plus transparente la gestion des allègements et garantir en principe une limitation dans le temps.

La solution proposée renonce à introduire davantage d'exceptions légales ou de nouvelles catégories d'allègements. Elle précise plutôt le cadre juridique existant et le complète avec des obligations supplémentaires de transparence et de vérification.

À cet effet, un nouvel alinéa est ajouté à l'art. 4 LB pour définir l'octroi d'allègements aux SIB. Les allègements accordés à celles-ci devront à l'avenir être temporaires et publics ou – dans le cas des allègements déjà accordés – régulièrement vérifiés. Ce dernier point est réglé dans les dispositions transitoires relatives à l'art. 4, al. 3^{bis}, AP-LB. Pour les banques qui ne sont pas d'importance systémique, la réglementation actuelle doit demeurer inchangée.

Activités d'audit

Dans ses lignes directrices, le Conseil fédéral a refusé de supprimer la surveillance dualiste des SIB en raison des importantes ressources supplémentaires dont la FINMA aurait eu besoin. Les autres mesures de renforcement de la surveillance étudiées, à savoir une désignation directe des sociétés d'audit par la FINMA et une approbation annuelle des sociétés d'audit par la FINMA, ont été rejetées. Cette dernière mesure était encore prévue dans les lignes directrices définies par le Conseil fédéral en vue de la modification de la loi sur les banques. Selon l'AIR concernant ces mesures, une désignation directe engendrerait des coûts disproportionnés puisqu'elle serait soumise au droit des marchés publics, de même que l'approbation annuelle occasionnerait des charges supplémentaires pour les établissements concernés. En outre, une telle règle entrerait en concurrence avec l'actuel art. 28a, al. 2, LFINMA, qui permet à la FINMA, dans des cas justifiés, d'exiger de l'assujetti qu'il change de société d'audit. À la place d'une approbation annuelle doit s'appliquer la règle selon laquelle la FINMA peut interdire à l'assujetti de changer de société d'audit si ce changement sert à contourner les objectifs de la surveillance. On peut penser ici à un changement visant à empêcher que la société d'audit ne réalise un audit approfondi et rigoureux. De plus, il est désormais précisé que la FINMA doit approuver le choix d'une nouvelle société d'audit. Actuellement, en cas de remplacement, une obligation d'information est prévue (art. 25, al. 2, LFINMA ; art. 13, al. 1, OA-FINMA).

Par ailleurs, comme initialement prévu dans les lignes directrices définies par le Conseil fédéral en vue de la modification de la loi sur les banques, l'obligation de changer de société d'audit après dix ans a été étudiée afin d'accroître l'indépendance de la société d'audit. L'AIR a montré que de nombreux assujettis trouvent la période de dix ans trop courte et les coûts associés trop élevés. C'est pourquoi la durée de rotation doit être

prolongée et passer à quatorze ans. Ainsi, les coûts liés à la demande d'offres et à la période d'acclimatation de la nouvelle société d'audit à la suite d'un changement sont réduits, car ils sont répartis sur un plus grand nombre d'années. Les quatorze ans correspondent par ailleurs à deux mandats de la personne qui dirige la révision ; en effet, celle-ci peut exercer son mandat pendant sept ans au plus (voir l'art. 730a, al. 2, CO).

Dans le cadre des travaux d'analyse, il a été examiné si les diverses mesures d'audit ne devaient s'appliquer qu'aux SIB. Comme les adaptations prévues sont essentielles pour la surveillance et visent en particulier l'indépendance accrue des sociétés d'audit et, partant, un renforcement de la FINMA et du marché de la révision, il est judicieux de mettre en œuvre les mesures pour l'ensemble des assujettis.

Dans sa recommandation n° 18, la CEP recommande au Conseil fédéral d'examiner la possibilité de centraliser la surveillance de la révision des SIB sous l'autorité unique de la FINMA. L'ASR exerce la surveillance sur les entreprises de révision conformément à la loi du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR)⁸⁰. Les entreprises de révision qui fournissent des prestations en matière de révision au sens de la LSR sont soumises à sa surveillance. Ces prestations incluent des audits au sens des lois sur les marchés financiers et des vérifications qui doivent être opérées en vertu du droit fédéral (en particulier, la révision des comptes). L'ASR surveille les entreprises de révision dans leur ensemble, indépendamment des prestations qu'elles fournissent et du type de banque qu'elles audient (SIB ou banque qui n'est pas d'importance systémique). Une centralisation de la surveillance des SIB sous l'autorité unique de la FINMA augmenterait le travail de coordination entre la FINMA et l'ASR, étant donné que la FINMA surveillerait uniquement l'audit prudentiel des SIB et non pas les autres activités d'audit (en particulier, la révision des comptes). L'ASR demeurerait en charge de la surveillance de la révision des comptes des SIB et de toutes les autres activités d'audit des banques qui ne sont pas d'importance systémique. La surveillance exercée sur les entreprises de révision serait globalement inefficace. Le protocole d'entente (*Memorandum of Understanding*, voir 1.4.2) souligne l'actuelle répartition des tâches entre la FINMA et l'ASR et renforce la collaboration. C'est la raison pour laquelle un transfert partiel des compétences de l'ASR à la FINMA n'est actuellement pas approprié.

Les adaptations prévues en matière d'audit ne prévoient pas de règles simplifiées ou engendrant moins de coûts au sens de l'art. 4 LACRE pour les petites et moyennes banques.

Affaires de grande portée

La CEP et le Parlement ont invité le Conseil fédéral à examiner comment adapter, étendre ou, le cas échéant, abroger la disposition de la LFINMA sur les affaires de

⁸⁰ RS 221.302

grande portée pour faciliter la gouvernance de la FINMA en améliorant la relation de travail entre la direction et le conseil d'administration.

Une abrogation de la disposition de l'art. 9, al. 1, let. b, LFINMA restreindrait considérablement le rôle, prévu par la loi, du conseil d'administration en tant qu'organe stratégique de la FINMA, même s'il demeurerait chargé de superviser la direction (art. 9, al. 1, let. d, LFINMA). S'agissant des décisions de grande importance stratégique pour la place financière et lourdes de conséquences, une abrogation de la disposition de l'art. 9, al. 1, let. b, LFINMA désactiverait le système des mécanismes de contrôle et d'équilibre (*checks and balances*), ce qui serait contraire aux principes de bonne gouvernance. L'abrogation de la disposition n'entraînerait donc pas, comme souhaité, une clarification de la répartition des compétences, mais créerait au contraire une confusion des compétences et des responsabilités de la direction de la FINMA. L'insécurité juridique en serait ainsi accrue.

Les affaires de grande portée sont des affaires particulières pouvant avoir des conséquences considérables pour l'ensemble des créanciers, des investisseurs, des assurés, ou des affaires de grande importance pour le bon fonctionnement des marchés financiers. De telles affaires ont trait à des questions fondamentales et préjugent de décisions ultérieures. Il s'agit donc de décisions stratégiques qui s'inscrivent en dehors des affaires courantes d'une autorité de surveillance. Aussi est-il logique et conforme aux principes fondamentaux de la gouvernance d'entreprise que de telles décisions soient prises par le conseil d'administration en tant qu'organe stratégique de la FINMA (art. 9, al. 1, LFINMA). Par conséquent, la solution proposant l'abrogation de l'art. 9, al. 1, let. b, LFINMA est abandonnée.

Une adaptation de la disposition de la LFINMA a également été étudiée, de sorte que celle-ci attribue au conseil d'administration de la FINMA la compétence de statuer sur une liste exhaustive de catégories d'affaires et, partant, définisse de manière exhaustive la notion d'« affaires de grande portée ». Cette solution aurait eu comme objectif de garantir une clarté optimale sur le plan juridique. Les compétences du conseil d'administration et de la direction seraient ainsi déjà clairement délimitées au niveau de la loi. L'introduction d'une liste exhaustive dans la loi signifierait que l'accent est mis non pas sur la conséquence d'une affaire, mais uniquement sur le critère du type d'affaire concerné. Cela irait à l'encontre de l'approche actuelle, présentée dans le message sur la LFINMA, qui se réfère à la portée d'une affaire. Il s'ensuivrait, dans ce contexte, que le conseil d'administration devrait statuer sur des affaires opérationnelles n'ayant pas de portée stratégique et ne pourrait pas statuer sur des affaires à portée stratégique dans la mesure où elles ne figurent pas dans la liste exhaustive. C'est particulièrement le cas dans l'exemple des renforcements ou des allègements des exigences en matière de fonds propres et de liquidités : les renforcements et allègements d'ampleur limitée doivent être décidés au niveau opérationnel. Seuls les renforcements et allègements importants ont l'ampleur d'une décision stratégique au sens de l'al. 1. Une liste exhaustive, qui priverait la FINMA de son pouvoir d'appréciation, irait donc à l'encontre de la fonction du conseil d'administration en tant qu'organe stratégique et de la direction en tant qu'organe opérationnel. Pour cette raison, cette solution a été abandonnée.

Conformément au mandat de la CEP, il a aussi été examiné si, ou dans quelles circonstances, les procédures d'*enforcement* visant des SIB devaient constituer des affaires de grande portée. Selon la conclusion de l'examen, une procédure d'*enforcement* est une affaire opérationnelle qui ne permet pas d'illustrer ou de concrétiser la définition des affaires de grande portée. Selon la solution retenue, le conseil d'administration de la FINMA peut déterminer au cas par cas qu'une procédure d'*enforcement* est de grande portée (la direction de la FINMA identifie en permanence les affaires susceptibles de devenir des affaires de grande portée et les signale au conseil d'administration [art. 13, al. 4, du règlement d'organisation de la FINMA]).

À la lumière des avantages et des inconvénients que présentent les solutions étudiées, une modification de la disposition de la LFINMA ne s'éloignant que peu du statu quo semble la plus appropriée pour affermir la sécurité juridique et préciser la gouvernance de la FINMA, qui a fait ses preuves, au niveau de la loi. Dans l'esprit des *checks and balances*, le conseil d'administration en tant qu'organe stratégique doit pouvoir statuer sur des affaires de grande portée, comme cela est précisé dans le message concernant la LFINMA⁸¹. Les affaires de grande portée échappant à toute détermination à l'avance, il est judicieux de laisser une certaine liberté d'appréciation. La CEP prend également acte du fait qu'une certaine marge de manœuvre organisationnelle entre le conseil d'administration et la direction est inhérente au système, indépendamment de l'institution qu'est la FINMA⁸². L'adaptation doit inscrire dans la LFINMA la disposition figurant dans le règlement d'organisation de la FINMA, la préciser et clarifier le fait que la répartition des compétences ne crée pas de droits pour les personnes concernées (cf. 3.1.2).

Exécution

Grâce à un instrument des garanties prononcées au titre de la suspension de l'exécution (*no-action letters*), la solution retenue permet à la FINMA de ne pas prioriser certaines activités en cas d'exécution inopportune ou contradictoire et, par conséquent, de renoncer temporairement à appliquer le droit dans certains domaines notamment. La FINMA dispose ainsi d'un moyen de suspendre temporairement l'exécution du droit en vigueur, y compris de la législation d'exécution à des niveaux inférieurs, en raison d'intérêts publics si l'exécution était jugée inopportune ou susceptible d'aboutir à des résultats inévitables en raison du caractère contradictoire.

Sans cet instrument, il ne serait pas possible de résoudre de telles contradictions ou, dans certains cas isolés, la FINMA devrait exécuter le droit existant, contraire aux intérêts publics, alors que l'exécution ne semble pas pertinente. Il est essentiel que la décision d'une suspension temporaire relève de la seule appréciation de la FINMA. Une solution selon laquelle la FINMA pourrait demander à se faire délier temporairement – par exemple par le Conseil fédéral – de l'exécution d'une norme

⁸¹ FF 2006 2741, p. 2752

⁸² FF 2025 515, p. 533 s.

donnée serait incompatible avec l'exigence d'indépendance au sens de l'art. 21 LFINMA et ne saurait donc être retenue.

1.2.3 Garantie des liquidités en cas de crise

Report de la publication d'informations en cas de soutien en liquidités d'une banque centrale

Concernant la stigmatisation inhérente à un soutien en liquidité d'une banque centrale, la réglementation de l'UE a été analysée en tant qu'approche alternative. Toutefois, la transposition en Suisse de la réglementation prévue à l'art. 17, par. 5, du règlement relatif aux abus de marché⁸³ a été rejetée pour des raisons de praticabilité étant donné que, selon cette disposition, une autorisation administrative est nécessaire pour différer la publication d'informations privilégiées. L'avant-projet de loi prévoit désormais explicitement la possibilité d'un report de la publication d'informations en cas de soutien en liquidités d'une banque centrale, dans l'intérêt et sous la responsabilité de l'émetteur, sans l'implication de l'autorité de surveillance, à condition que la confidentialité de ces informations d'initiés puisse être garantie. La solution retenue à l'art. 5a AP-LB fait écho à l'autorégulation des bourses et accroît la sécurité juridique et la flexibilité de la banque concernée. En outre, en vertu des art. 24, al. 2, et 26, al. 2, AP-LB, la FINMA peut explicitement ordonner un ajournement de la publication d'informations, conjointement à des mesures d'intervention précoce et de protection.

La possibilité de reporter la publication d'informations visée à l'art. 5a AP-LB concerne en principe toutes les banques cotées en bourse. Les petites et moyennes banques (cotées) n'ont pas besoin d'être soumises à des règles simplifiées ou engendrant moins de coûts au sens de l'art. 4 LACRE.

Simplification du transfert de créances de crédit ainsi que de la constitution et de la réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités de la BNS

Différentes modifications légales susceptibles de simplifier le transfert de sûretés à la BNS en vue de garantir son soutien en liquidités ont été étudiées.

L'approche du registre à gages

L'initiative parlementaire 25.411 déposée par Andreas Meier propose « *des dispositions légales sur le transfert de garanties dans le cadre des programmes d'aide en liquidités (Emergency Liquidity Assistance / Liquidités contre garanties hypothécaires) mis en place par la BNS pour les banques en situation de crise* », qui se fondent sur la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG)⁸⁴. Cette solution donnerait aux banques la possibilité de mettre en gage leurs sûretés

⁸³ Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, JO L 173 du 12.6.2014, p. 1.

⁸⁴ RS 211.423.4

hypothécaires en les inscrivant dans un registre qui reste encore à créer. Cette solution n'exigerait aucun transfert de sûretés du fait de l'inscription dans le registre des gages.

Pour plusieurs raisons, cette solution n'a pas été retenue. En effet, le registre des gages prévu par la LLG ne pourrait pas être appliqué directement à la BNS, mais devrait être remanié sur le plan conceptuel et adapté à partir d'une base légale entièrement nouvelle. De plus, avec un registre des gages, il resterait nécessaire d'obtenir le consentement des clients bancaires en intégrant les clauses de transfert dans les contrats de crédit hypothécaire en cours, entre autres pour éviter une violation du secret bancaire. Par ailleurs, il faudrait rendre opérationnel un tout nouveau type de registre des gages. Tant pour les banques que pour la BNS, cela nécessiterait beaucoup de temps et de ressources. L'exploitation courante d'un tel registre serait également coûteuse. En revanche, dans le domaine des hypothèques, le programme « Liquidités contre garanties hypothécaires » de la BNS fonctionne déjà et est renforcé de manière ciblée grâce à la solution décrite ci-après et à des mesures légales moins contraignantes. Le programme « Liquidités contre garanties hypothécaires »⁸⁵ existant repose sur des concepts connus de la partie générale du droit des obligations et des droits réels, qui sont largement utilisés dans la pratique économique. Il est par ailleurs dans l'intérêt de la sécurité juridique que la BNS continue d'utiliser les solutions de droit privé existantes, connues et éprouvées (jurisprudence établie) pour garantir son soutien en liquidités.

Charge flottante

Une charge flottante (*floating charge*) est une sûreté qui existe dans certains systèmes juridiques de la *common law* (par ex. au Royaume-Uni, en Australie, à Hong Kong et à Singapour). Pour garantir une créance, un preneur de crédit (par ex. une banque) constitue une charge flottante en grevant la totalité (ou une partie) de sa fortune actuelle et future en faveur du prêteur (par ex. une banque centrale). En général, une charge flottante naît au moment de la conclusion d'un contrat constitutif de la sûreté et de l'inscription dans un registre public. Elle n'est pas limitée à certains actifs spécifiquement identifiés. Les objets servant de sûretés sont décrits de façon générale. Le preneur de crédit demeure alors propriétaire des biens grevés. Il en a également la possession et détient le pouvoir d'en disposer. Pour plusieurs raisons exposées ci-après, cette solution n'a pas été retenue.

Le concept est contraire aux principes de spécialité (principe de précision) et de publicité fortement ancrés dans le droit suisse. De manière générale, les sûretés ne portent que sur certains biens et droits individualisés et doivent être visibles pour les tiers. Pour introduire une charge flottante afin de garantir les liquidités des banques, il faudrait donc à la fois créer toute une réglementation pour les banques fixée dans une loi spéciale et exclure l'autre régime de sûretés de droit privé. Dans ce contexte, il est clair qu'il ne suffirait pas d'adapter la LB pour introduire le concept de charge flottante. Pour créer une telle institution juridique, il faudrait déroger aux principes actuels des droits réels suisses. Le besoin d'adaptation serait considérable, tout comme les

⁸⁵ Voir aussi à ce sujet les explications concernant les dispositions de la LB correspondant à la solution retenue (ch. 4.1).

incertitudes de droit et de fait qui en découlent. En outre, une telle intervention n'est ni nécessaire ni proportionnelle car la solution retenue, qui consiste à apporter des adaptations ciblées à la législation existante, permet également de favoriser l'élargissement requis du potentiel d'approvisionnement en liquidités par la BNS.

Exclusion du droit légal de compensation

Afin d'accroître le potentiel du soutien en liquidités de la BNS, une exclusion du droit légal de compensation (art. 120 CO⁸⁶) des clients bancaires a été étudiée tant sous la forme d'une exclusion générale du droit légal de compensation que sous la forme d'une applicabilité légale des renonciations à la compensation convenues (parfois dans les conditions générales). Une inscription dans la loi d'une exclusion du droit de compensation augmenterait la valeur à prendre en compte des créances de crédit cédées à la BNS dans le cadre du transfert de sûretés et, par conséquent, le potentiel du soutien en liquidités de la BNS. Néanmoins, cette solution détériorerait de manière excessive la position juridique des clients bancaires, étant donné qu'en cas d'utilisation des créances de crédit concernées en vue de la garantie d'un soutien en liquidités de la BNS, ils ne disposeraient plus de leur droit de compensation, une sûreté de fait prévue par la loi. Celle-ci est particulièrement importante pour les clients bancaires dont les dépôts ne sont pas privilégiés (c.-à-d. volume des dépôts supérieur à 100 000 francs). Dans ce contexte, cette solution n'a pas été retenue.

La solution retenue, à savoir des mesures légales ciblées, devrait plutôt simplifier l'utilisation de créances de crédit par les banques en vue de garantir le soutien en liquidités de la BNS. Une base légale doit notamment être créée pour garantir le transfert à la BNS de créances de crédit en tant que sûretés conformément au droit et la constitution d'autre sûretés en faveur de la BNS même si, dans les contrats de crédit, les clauses contractuelles qui prévoient cela sont insuffisantes, voire inexistantes (clauses de transfert ou clauses de titrisation selon lesquelles le client bancaire ou le preneur de crédit accepte que la créance de crédit puisse être utilisée par la banque en tant que sûreté pour les opérations de refinancement). Dans les nouveaux contrats de crédit, les banques ont la possibilité d'intégrer les dispositions contractuelles correspondantes. Une obligation de collaborer ou le consentement du débiteur pour l'utilisation en tant que sûreté, ainsi que des interdictions de cession s'y opposant, doivent être exclus. Ainsi, la nécessité de procéder à d'éventuelles adaptations contractuelles ultérieures, occasionnant une charge administrative élevée, doit être évitée par l'intégration des clauses de transfert dans les contrats de crédit existants (« *repapering* »). Par ailleurs, des allègements concernant d'éventuelles obligations opposées, contractuelles ou légales, de garder le secret (par ex. secret bancaire) et concernant la protection des données doivent être prévus en faveur de la banque cédante.

Ces allègements doivent également s'appliquer si une banque met en gage des créances de crédit ou les transfère (par ex. dans le cadre des titres adossés à des actifs ou des titres de créance couverts) à une société ad hoc créée à cet effet pour

⁸⁶ RS 220

garantir les titres de créance, à condition que la banque utilise ces titres exclusivement pour garantir un soutien en liquidités de la BNS. Enfin, des allègements doivent aussi être prévus pour l'élaboration des cédules hypothécaires en tant que sûretés pour le soutien en liquidités de la BNS (solutions de détention des titres auprès d'un sous-dépositaire) ainsi que pour la conversion simplifiée de cédules hypothécaires papier, inscrites au registre foncier, en cédules de registre.

De manière générale, les adaptations légales visent à supprimer les obstacles et à abaisser les coûts auxquels les banques doivent faire face pour obtenir un soutien en liquidités de la BNS. Les petites et moyennes banques ne peuvent pas être soumises à des règles plus simplifiées ou engendrant encore moins de coûts au sens de l'art. 4 LACRE.

1.2.4 Plan de stabilisation et résolution

Afin d'accroître la sécurité juridique en cas de *bail-in*, l'introduction explicite d'objectifs de résolution a été analysée. Si une banque atteint son point de non-viabilité, l'UE prévoit en principe la faillite sauf s'il y a un intérêt public (par ex. préservation de la stabilité financière) à déclencher une procédure de résolution (voir l'art. 32 de la directive 2014/59/UE⁸⁷ [directive relative au redressement et à la résolution des banques, BRRD]). En Suisse, en revanche, toutes les banques peuvent procéder à un assainissement (désormais « résolution ») si les perspectives sont bonnes ; cette possibilité est examinée avant toute ouverture d'une procédure de faillite par la FINMA (art. 33, al. 1, LB). Ni la CEP ni le Conseil fédéral n'ont envisagé de limiter l'applicabilité d'une résolution aux grandes banques. Par conséquent, il a été renoncé à adopter l'approche en vigueur au sein de l'UE. Néanmoins, des objectifs sont désormais introduits (voir l'art. 28, al. 2, AP-LB). Ceux-ci sont conçus de sorte que la résolution reste ouverte à toutes les banques. En outre, les objectifs ont été axés non pas sur l'ouverture d'une procédure de résolution, mais sur la conception et l'exécution de la résolution.

Afin de garantir que différentes options de résolution peuvent être mises en œuvre dans une résolution, la sécurité juridique de l'option relative à une sortie ordonnée du marché doit être améliorée. Ainsi, une variante minimale a été rejetée car elle n'aurait ajouté que l'expression « sortie ordonnée du marché » à l'art. 28 LB. En lieu et place, d'autres modifications ponctuelles ont été apportées, étant donné que la sortie ordonnée du marché diffère nettement « restructuration et maintien des activités ». Ainsi, le cadre légal doit garantir qu'une procédure de résolution peut durer plus longtemps en cas de sortie ordonnée du marché et que les instruments de transfert peuvent être utilisés quelle que soit la solution de résolution retenue (art. 30, al. 1, AP-LB et commentaire correspondant).

⁸⁷ 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.

L'approche de l'UE a aussi été étudiée dans le cadre du nouveau calcul de la compensation pour les actionnaires en cas de *bail-in* (art. 31c LG). En cas de *bail-in* au sein de l'UE, il est possible de renoncer à amortir le capital social et de diluer l'actionnariat par la conversion des obligations bail-in en nouvelles actions (art. 47, par. 1, BRRD). Il est toutefois apparu que l'évaluation qui en découle ne permet pas, par rapport à la réglementation actuelle, d'aboutir à la simplification du calcul recherchée. Par conséquent, l'approche de l'UE a été rejetée et la compensation est désormais limitée aux dividendes de faillite (art. 30b^{bis} AP-LB).

Dans ce contexte, l'approche d'évaluation de l'UE a également été analysée. Selon celle-ci, une évaluation provisoire est réalisée le week-end de la résolution, puis une évaluation définitive est établie ultérieurement. En raison de l'absence de caractère définitif des décisions et de l'insécurité juridique et économique qui en découle, l'approche suisse a été maintenue et les évaluations pertinentes continuent d'être réalisées le week-end de la résolution. Toutes les dispositions sur l'évaluation ont été précisées et réunies dans un article central (voir l'art. 29a AP-LB).

Concernant la planification de la stabilisation et le plan de résolution, les prescriptions de la CEP et du Conseil fédéral sont suffisamment spécifiques, de sorte qu'aucune autre solution n'a été envisagée.

Certes les dispositions relatives au régime de résolution concernent toutes les banques, mais elles ne s'appliquent qu'en cas de crise grave. Pour les banques qui ne sont pas d'importance systémique, il n'en résulte aucune charge dans le cadre de l'activité courante. La planification de la stabilisation et de la résolution ne concerne que les SIB. Par conséquent, les petites et moyennes banques ne sont pas affectées et, pour elles, il existe des règles engendrant moins de coûts au sens de l'art. 4 LACRE.

Nationalisation temporaire

Dans le cadre des adaptations apportées aux instruments de transfert, il a également été examiné s'il fallait introduire, dans le cadre juridique suisse, la possibilité qu'un service de l'État puisse reprendre temporairement tout ou partie d'une banque (nationalisation temporaire). L'examen de l'introduction de la nationalisation temporaire a aussi été demandé par le Parlement (postulat 25.4184).

Selon le Conseil de stabilité financière (CSF)⁸⁸ et d'après les exemples existants dans le cadre juridique de certaines juridictions, une nationalisation temporaire 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. La nationalisation temporaire n'est pas

⁸⁸ www.fsb.org > Publications > Policy Documents > Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 25 avril 2024, p. 13

un instrument de résolution au sens strict. Elle n'intervient qu'en dernier recours, à défaut de perspectives de résolution ou si la résolution a échoué.

Si l'on se tourne vers l'étranger, on constate que⁸⁹, dans ses *Key Attributes*⁹⁰, certes le CSF évoque une nationalisation temporaire comme mesure de dernier recours visant à préserver la stabilité financière, mais, contrairement à d'autres mesures, il propose non pas qu'elle soit mise en œuvre, mais qu'elle soit examinée par les différents États. Les États-Unis, le Royaume-Uni et l'UE prévoient explicitement une nationalisation temporaire. Au sein de l'UE, quatorze États membres⁹¹ l'ont même inscrite dans leur législation. Dans les trois juridictions, même les banques qui ne sont pas d'importance systémique doivent émettre des instruments de *bail-in* et il existe un fonds de résolution.

L'introduction d'une nationalisation temporaire s'accompagne de risques considérables et d'incitations inopportunes. Si une nationalisation temporaire était explicitement inscrite dans le droit suisse, des incitations inopportunes et des distorsions du marché apparaîtraient. En laissant espérer qu'un service de l'État interviendra en période de crise en sa qualité de propriétaire d'une banque et que des groupes de créanciers et de clients précis ne subiront pas de pertes, elle crée des incitations inopportunes (*moral hazard*) et des avantages concurrentiels pour les banques concernées. Au sein des établissements financiers et/ou autorités de résolution concernés, certains acteurs pourraient être tentés de réduire le niveau d'exigences et, partant, la qualité des plans de résolution, sachant que la possibilité d'une nationalisation temporaire existe. En outre, la nationalisation temporaire implique que le service de l'État supporte tous les risques de la banque et est exposé à de très grands risques de responsabilité, souvent méconnus au moment de la reprise. Il s'agit par exemple de risques inhérents au bilan de la banque reprise, de risques liés à des procédures judiciaires en cours et à venir ou de risques de réputation (par ex. en raison d'infractions au droit commises par le passé par la banque en Suisse ou à l'étranger). Cela signifie que, suite à une nationalisation temporaire, le service de l'État, en tant que propriétaire de la banque reprise, est de fait responsable des précédentes infractions au droit commises par la banque (par ex. amendes). La banque risque en outre de rester propriété de l'État pendant une longue période, comme le montrent les expériences faites dans d'autres pays. Une nationalisation temporaire risque de fait d'être une solution qui perdure, notamment si aucun acheteur n'est trouvé pour la banque reprise. On peut citer les exemples de la banque allemande *Commerzbank* ou des banques britanniques *Northern Rock* et *Royal Bank of Scotland*⁹². D'autres risques apparaissent avec la

⁸⁹ Pour une comparaison détaillée, voir le rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques, FF 2024 1023.

⁹⁰ www.fsb.org > Publications > Policy Documents > Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 25 avril 2014

⁹¹ www.fsb.org > Publications > Peer Review Reports > Second Thematic Review on Resolution Regimes, 18 mars 2016

⁹² Pour des informations détaillées sur ces trois exemples de cas, voir le rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques, FF 2024 1023, p. 209 s.

reprise des opérations et la gestion de la banque, la nomination des membres des organes de direction par le service de l'État ou la fixation du prix de reprise.

Ces risques et incitations inopportunes devraient impérativement être atténués par des mesures d'accompagnement, si une nationalisation temporaire venait à être inscrite dans le droit suisse. Il faut tout d'abord renforcer la capacité des banques à faire l'objet d'une résolution afin que, dans la mesure du possible, une nationalisation temporaire ne s'applique pas. Dans le présent projet, le Conseil fédéral propose des améliorations à cet égard, avec l'introduction d'un PLB. La question des incitations inopportunes se pose également avec ce dernier, mais dans des proportions nettement moindres étant donné qu'il s'agit d'un soutien en liquidités et non pas d'une reprise. Néanmoins, d'autres mesures que celles qui sont exposées dans le présent projet sont nécessaires en cas d'introduction d'une nationalisation temporaire, entre autres la mise en place d'un fonds de résolution, tel qu'il existe dans des juridictions importantes qui ont inscrit une nationalisation temporaire dans leur législation. Lorsqu'un tel fonds fournit, par exemple, des garanties pour une banque en résolution ou verse des indemnités sur la base du concordat, les chances de réussite d'une résolution peuvent augmenter et la probabilité d'une nationalisation temporaire baisse. De même, le recours aux instruments de transfert dans une résolution (par ex. société relais ou société ad hoc) est simplifié. Ce fonds de résolution devrait être constitué ex ante par les banques. Une autre possibilité serait de répartir ex post les coûts de résolution sur le secteur bancaire. Les deux variantes occasionnent des coûts considérables pour les banques. La mise en place du fonds constitue un défi compte tenu de la forte concentration sur le marché bancaire suisse. Pourtant, cet élément est indispensable pour atténuer les risques et les incitations inopportunes évoqués. Cela permet de contrer l'incitation à réduire la qualité de la planification de la résolution et la probabilité de la procédure de résolution, sachant que la possibilité d'une nationalisation temporaire existe. De plus, le fonds garantit que le secteur bancaire apporte une contribution financière avant qu'une nationalisation temporaire ne puisse s'appliquer, avec les risques qu'elle comporte pour les contribuables. Pour qu'un fonds de résolution 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 est nettement trop faible. C'est pourquoi, par rapport à l'UE, il faudrait que les contributions des banques soient plus élevées.

Par ailleurs, il convient de préciser que les actionnaires et les créanciers de la banque concernée doivent supporter des pertes avant qu'une nationalisation temporaire ne s'applique. L'amortissement du capital-actions, des instruments AT1 et des instruments de *bail-in* constituent les conditions préalables à une nationalisation temporaire. Il est à noter qu'actuellement, les banques qui ne sont pas d'importance systémique n'ont pas l'obligation d'émettre des instruments de *bail-in*. Le postulat 25.4184 ne restreint pas le champ d'application d'une possible nationalisation temporaire aux SIB. Si une nationalisation temporaire était aussi introduite pour des banques qui ne sont pas d'importance systémique, des mesures radicales seraient nécessaires pour ces banques (par ex. l'exigence d'être parées à toute crise et d'émettre des instruments de *bail-in*). De plus, dans ce scénario, la question d'un éventuel PLB se poserait pour d'autres banques. En cas d'application d'une nationalisation temporaire, le

Confédération devrait en outre pouvoir répartir d'éventuels coûts entre d'autres créanciers de la banque ou plus largement sur le secteur financier.

Du point de vue juridique, la question de la constitutionnalité d'une nationalisation temporaire par la Confédération se pose. Plus une nationalisation temporaire est limitée dans le temps et l'accent est mis sur une mesure de crise de dernier recours, plus la marge de manœuvre pour organiser une nationalisation temporaire de manière constitutionnelle devrait être grande.

Le postulat 25.4184 exige en outre que la nationalisation temporaire soit associée à des mécanismes de responsabilité civile et pénale. À cet égard, le droit en vigueur prévoit déjà un cadre complet. Dans le droit civil, les art. 717 et 754 CO règlent la responsabilité des organes, les actionnaires ayant le droit d'intenter une action en faveur d'une société en dehors de la procédure de faillite de ladite société (art. 756 CO). Dans le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)⁹³, les pratiques concernées sont notamment visées à l'art. 158 (gestion déloyale), aux art. 163 à 165 (crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes) et à l'art. 166 (violation de l'obligation de tenir une comptabilité). De plus, le projet de loi faisant l'objet du présent rapport prévoit des mesures ciblées visant à renforcer la gouvernance d'entreprise : introduction d'un régime de responsabilité et de mécanismes de réduction, de suppression et de restitution de rémunérations (malus et clause de restitution) qui vont au-delà des organes des banques, et sanctions administratives pécuniaires contre les établissements. Comme le déclenchement de ces mesures est lié à des comportements fautifs, cette solution crée de fortes incitations et a un effet préventif important. À l'inverse, une nationalisation temporaire en tant que mesure de dernier recours ne crée pas des incitations appropriées. C'est pourquoi elle n'est pas un facteur de rattachement adéquat pour les mécanismes de responsabilité.

En résumé, le Conseil fédéral estime que la nationalisation temporaire n'est pas un instrument de résolution et qu'elle ne peut donc pas contribuer à la réussite des résolutions. Il s'agit plutôt d'une mesure explicite de dernier recours susceptible d'être mise en œuvre si une résolution est impossible ou échoue. En raison des risques considérables et des incitations inopportunes, une nationalisation temporaire devrait être complétée par des mesures diverses et radicales, en particulier par un fonds de résolution financé par les banques. Le Conseil fédéral a rejeté l'introduction d'une nationalisation temporaire et d'un fonds de résolution dans son rapport sur la stabilité des banques et arrive à la même conclusion dans le cadre du nouvel examen au titre du postulat 25.4184. Par conséquent, cette solution n'a pas été retenue.

1.2.5 Protection des déposants

Dans le rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques datant du 10 avril 2024, diverses autres mesures possibles ont été étudiées et évaluées⁹⁴. Une aide de l'État

⁹³ RS 311.0

⁹⁴ FF 2024 1023, pp. 168 ss

pour la garantie des dépôts a été rejetée, car les montants à engager seraient trop importants et elle ne serait pas compatible avec l'objectif du dispositif TBTF. Un relèvement du plafond individuel a également été rejeté, étant donné que cela entraînerait des incitations inopportunes et qu'une limite supérieure, aux États-Unis par exemple, n'aurait guère un effet apaisant en cas de crise.

Les analyses effectuées par la CEP⁹⁵ dans le cadre de son mandat d'examen ont révélé une nécessité d'agir concernant le délai de remboursement. En vertu de l'art. 37j, al. 3, LB, le chargé d'enquête, le délégué à la résolution ou le liquidateur de la faillite nommé par la FINMA veille à ce que les dépôts garantis soient remboursés aux déposants immédiatement, mais au plus tard le septième jour ouvrable qui suit la réception des instructions de paiement (art. 37j, al. 3, LB). Dans une société de plus en plus sans numéraire et compte tenu du délai légal actuel de sept jours ouvrables, il ne serait plus possible de garantir que les déposants disposent des ressources suffisantes pour couvrir les coûts de la vie courante. Par conséquent, prévenir autant que possible les interruptions dans l'accès aux dépôts est essentiel pour conserver la confiance dans la protection des déposants. Cela a également été consigné dans les lignes directrices définies par le Conseil fédéral en vue de la modification de la loi sur les banques. Des travaux concernant les actions envisageables dans ce domaine et des propositions concrètes de modification de la LB qui en découlent sont en cours. Leurs résultats seront présentés ultérieurement, d'autant plus qu'il ne s'agit pas d'un élément central du dispositif TBTF.

La motion 23.3604 du conseiller aux États Peter Hegglin « Améliorer la protection des avoirs de libre passage et du pilier 3a » est mise en œuvre dans une large mesure. En raison de la complexité du contenu et des différences d'organisation des personnes morales opérant dans le domaine de la prévoyance, il est impossible de mettre en œuvre, de manière uniforme, la partie « En outre, elle (sc. *la modification législative*) prévoira un mécanisme permettant de couvrir ou de répartir les coûts d'assainissement ou de liquidation des fondations de prévoyance en cas de nécessité », qui a par conséquent été abandonnée. Pour le reste, la motion est mise en œuvre, le plafonnement des dépôts privilégiés des avoirs de libre passage et du pilier 3a devant être supprimé et le versement des fonds devant s'effectuer en dehors de la collocation.

Les mesures relatives à la protection des déposants grâce à la mise en œuvre de la motion 23.3604 du conseiller aux États Peter Hegglin « Améliorer la protection des avoirs de libre passage et du pilier 3a » concernent toutes les banques, étant donné que des règles uniformes doivent s'appliquer aux déposants. Pour les petites banques, il n'existe donc pas de règles simplifiées ou engendrant moins de coûts au sens de l'art. 4 LACRE.

⁹⁵ FF 2025 515, p. 154 s.

1.2.6 Collaboration des autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières

Il est renoncé à un remaniement des compétences du DFF, de la FINMA et de la BNS relatives à la surveillance des marchés financiers ainsi qu'à la prévention et la gestion de crises financières en Suisse, en raison des répercussions particulièrement importantes qu'il entraînerait, et parce que la CEP n'a constaté aucune nécessité d'agir à cet égard. Toutefois, les adaptations proposées introduisent de nouvelles obligations réciproques d'informer et de consulter et régleront à l'avenir, au niveau de la loi, la collaboration entre les autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières en Suisse. Ainsi, les recommandations du Conseil fédéral et de la CEP sont mises en œuvre. Dans les faits, les rôles et responsabilités des autorités et des membres de l'organisation de gestion de crise sont définis clairement, y compris les points de recoupement. Concernant la collaboration et l'échange d'informations critiques, des bases légales sont créées afin de permettre la mise à disposition mutuelle. Les obligations de consulter proposées visent à faciliter la gestion des questions liées aux interdépendances et renforcent par ailleurs globalement la collaboration. La préparation aux crises est elle aussi améliorée grâce à l'obligation de définir et d'effectuer des préparatifs concrets, y compris les exercices de gestion de crise auxquels participent les autorités impliquées dans la résolution d'une SIB. Afin de clarifier le mandat étendu des anciens Comité directeur et Comité de gestion des crises financières, les deux instances s'organisent en un Conseil en stabilité financière et en un Comité de stabilité financière.

1.2.7 Exonération de l'impôt anticipé

Étant donné que l'impôt anticipé semble avoir durablement un effet négatif considérable sur l'attrait que les instruments TBTF exercent sur les investisseurs internationaux, son exonération ne paraît pas judicieuse. S'en tenir pour l'essentiel aux investisseurs suisses entraînerait une concentration des risques dans le pays, un recul de la concurrence et donc une hausse des coûts pour les banques.

Au cours des douze dernières années, les dispositions d'exonération temporaires ont toujours été maintenues avec le même argumentaire. Pour ce qui est de l'effet de l'impôt anticipé, la situation du marché ne changera pas fondamentalement pour les instruments TBTF dans les années à venir. Par conséquent, ces dispositions doivent être pérennisées. Il n'existe pas de raison de maintenir le caractère temporaire de l'exonération.

Un élargissement de l'exonération à d'autres établissements financiers qui émettent des emprunts correspondant aux instruments TBTF (en particulier des entreprises d'assurance) a été rejeté. L'exonération des instruments TBTF a un lien avec le dispositif TBTF. Selon celui-ci, seules des banques peuvent être classées d'importance systémique par la BNS. En outre, un élargissement général de l'exonération des intérêts issus des emprunts ne correspond pas à la volonté populaire. Lors de la

votation populaire du 25 septembre 2022, la population suisse a rejeté une modification de la LIA qui aurait exonéré tous les emprunts de l'impôt anticipé⁹⁶.

L'exonération de l'impôt anticipé s'applique à toutes les banques qui émettent de tels instruments. Pour les petites et moyennes banques, il n'existe donc pas de règles simplifiées ou engendrant moins de coûts au sens de l'art. 4 LACRE.

1.2.8 Évaluation de la réglementation TBTF

Le contenu de la recommandation de la CEP est clair et compréhensible, c'est pourquoi aucune autre solution n'a été étudiée. Les objectifs stratégiques, qui ont été adaptés et élargis par rapport aux dispositions de l'art. 52 AP, modifient le rythme d'établissement de rapport : il sera désormais quadriennal et non plus biennal. Compte tenu de la nouvelle orientation stratégique, les enseignements supplémentaires qui pourraient être tirés d'un rapport restant établi tous les deux ans seraient plutôt limités. Les autres années, le flux d'informations sur les résultats intermédiaires ou sur les urgences à l'intention du Parlement demeure assuré, par des canaux établis, vers les commissions compétentes. À cela s'ajoute le rapport annuel au sens de l'art. 52b AP-LB.

1.3 Relation avec le programme de la législature et le plan financier ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

L'adoption du message sur la stabilité de la place financière suisse a été annoncée dans le message du 29 janvier 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027⁹⁷ et dans l'arrêté fédéral du 6 juin 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027 (art. 8, ch. 47)⁹⁸. Le présent avant-projet mis en consultation comporte des modifications de loi visant à développer le dispositif « too big to fail », selon les lignes directrices définies par le Conseil fédéral et publiées le 6 juin 2025.

1.4 Classement d'interventions parlementaires

1.4.1 Motions et postulats

Le message proposera de classer plusieurs motions ou postulats :

Motion 23.3452 Stark

La mise en œuvre de la motion 23.3452 est décrite aux chap. 1.1.1 et 3.1.1, ainsi qu'au chap. 4.1 à propos des art. 5c et 10b AP-LB.

Motion 23.3604 Hegglin

Les chap. 1.1.5 et 3.1.5 exposent la mise en œuvre de la motion 23.3604. En l'absence de solution uniforme, il a fallu renoncer à traiter un des aspects soulevés : « En outre,

⁹⁶ FF 2023 486

⁹⁷ FF 2024 525, pp. 74, 113 et 121

⁹⁸ FF 2024 1440

elle prévoira un mécanisme permettant de couvrir ou de répartir les coûts d'assainissement ou de liquidation des fondations de prévoyance en cas de nécessité. » (cf. chap. 1.2.5). L'objectif de la motion est par ailleurs atteint.

Motions 24.4525 et 24.4529 CEP

La mise en œuvre des motions 24.4525 et 24.4529 se fera, comme indiqué au chap. 4.1, par un élargissement des objectifs TBTF (art. 7 AP-LB) et par une extension de l'actuel plan d'urgence à un plan de résolution plus large (art. 9 et 10 AP-LB).

Motions 24.4526 et 24.4530 CEP

En ce qui concerne les motions 24.4526 et 24.4530, il est exposé de manière détaillée aux chapitres 1.1.2, 1.2.2 et 3.1.2 de quelle manière la mise en œuvre de ces motions est proposée, soit une mise en œuvre stricte pour les assouplissements accordés après l'entrée en vigueur du présent projet et, pour les assouplissements accordés avant l'entrée en vigueur, la possibilité de leur maintien, à certaines conditions, pour une durée indéterminée.

Motions 24.4527 et 24.4531 CEP

Sur la base des motions 24.4527 et 24.4531, les mesures examinées pour renforcer l'assertivité de la FINMA et celles proposées sont exposées de manière détaillée aux chapitres 1.1.2, 1.2.2 et 3.1.2. Le Conseil fédéral a examiné diverses mesures visant à renforcer l'assertivité de la FINMA à l'égard des SIB notamment en ce qui concerne la compétence d'infliger des amendes tant à des SIB qu'à des particuliers. Toutefois, restreindre aux SIB une telle sanction entraînerait une distorsion de la concurrence de sorte qu'il a été jugé préférable de destiner cet instrument aux assujettis. Cet instrument a toutefois été limité aux assujettis constitués sous forme de personnes morales ou de sociétés de personnes, afin d'éviter de complexifier et d'alourdir les procédures de la FINMA, les personnes physiques bénéficiant d'une protection accrue de leurs droits fondamentaux.

Motions 24.4528 et 24.4532 CEP

En ce qui concerne les motions 24.4528 et 24.4532, les exigences réglementaires préalables à l'obtention d'un soutien en liquidités des banques centrales, ainsi que les compétences en la matière de la FINMA et de la BNS seront fixées par voie d'ordonnance dans l'OLiQ. Quant à la mesure demandée dans ces motions pour atténuer la stigmatisation des banques recourant à une telle aide, les travaux de mise en œuvre se situent au niveau de la loi et sont décrits aux chap. 1.1.3 et 3.1.3.

Postulat 24.3890 Meier Andreas

Les chap. 1.1.2, 1.2.2, 3.1.2 ainsi que 4.7 en relation avec l'article 38a AP-LFINMA exposent de manière détaillée la mise en œuvre du postulat 24.3890.

Postulats 24.4533 et 24.4539 CEP

Les propositions visant à adapter le système d'audit mettent en œuvre les postulats 24.4533 et 24.4539 de la CEP (cf. chap. 1.1.2 et 3.1.2). Les autres solutions n'ayant

pas été approfondies (à commencer par l'attribution directe des mandats aux sociétés de révision) font l'objet d'explications au chap. 1.2.2.

Postulats 24.4535 et 24.4541 CEP

Les propositions de règles liées aux rémunérations mettent en œuvre les postulats 24.4535 et 24.4541 de la CEP (cf. chap. 1.1.1 et 3.1.1, ainsi que chap. 4.1 à propos des art. 5c et 10b AP-LB) et répondent également à la motion 23.3452.

Postulats 24.4538 et 24.4544 CEP

Lors du traitement des postulats 24.4538 et 24.4544, le Conseil fédéral a analysé l'obligation de résidence en Suisse pour la majorité des membres du conseil d'administration des SIB (cf. chap. 1.2.1), sans retenir toutefois cette mesure dans le projet actuel. Il estime en revanche judicieux d'exiger que l'organe chargé de la haute direction possède des connaissances adéquates sur la Suisse (cf. chap. 4.1 à propos de l'art. 3c, al. 2, AP-LB). C'est ainsi que pour remplir leur devoir de diligence, les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable doivent posséder de solides connaissances du droit suisse de la surveillance (cf. chap. 4.1 à propos de l'art. 5b AP-LB). Par cette approche, le Conseil fédéral s'assure que les membres du conseil d'administration assumeront mieux leurs responsabilités envers l'économie suisse, au niveau tant individuel que collectif.

Postulat 25.4184 Rieder

La demande formulée par le postulat 25.4184 est prise en compte au chap. 1.2.4.

1.4.2 Autres considérations

Recommandation n° 1 de la CEP

Les interdépendances internationales telles qu'énoncées dans la recommandation n° 1 de la CEP sont mises en œuvre de manière analogue aux motions 24.4525 et 24.4529 de la CEP aux art. 7, 9 et 10 AP-LB. Une réflexion plus stratégique sur l'évolution de la réglementation « too big to fail » est au cœur de l'art. 52 révisé de l'AP-LB (cf. chap. 4.1).

Recommandation n° 3 de la CEP

La recommandation n°3 de la CEP qui concerne l'art. 22 al. 2, LFINMA a été rattachée à la mesure 5 du Conseil fédéral et a été ainsi mise en œuvre à l'art. 22 AP-LFINMA.

Recommandation n° 5 de la CEP

La recommandation n°5 de la CEP qui concerne la limitation des voies de droit et le raccourcissement de la procédure de recours pour les décisions prudentielles de la FINMA a été rattachée à la mesure 9 du Conseil fédéral. Il est exposé de manière détaillée au chap. 1.2.2 pour quelles raisons l'option de la modification du régime de l'effet suspensif a été poursuivie.

Recommandation n° 8 de la CEP

La recommandation n° 8 de la CEP demande que la collaboration et les échanges d'informations entre la FINMA et l'ASR fassent l'objet d'une meilleure coordination. En réponse à cette recommandation, ces deux autorités ont conclu le 10 décembre 2025 un *Memorandum of Understanding* (MoU)⁹⁹.

Recommandation n° 9 de la CEP

La recommandation n° 9 de la CEP invite le Conseil fédéral à examiner quelles mesures appropriées et coordonnées au niveau international peuvent être prises en cas de *panique bancaire* numérique. En raison de leur lien thématique étroit, cette recommandation sera mise en œuvre avec les mesures exposées ci-dessus à propos des motions 24.4528 et 24.4532.

Recommandations n° 10 et 12 de la CEP

Les chap. 1.1.6 et 3.1.6 (art. 54a ss AP-LFINMA) examinent les possibilités de mise en œuvre des recommandations n° 10 et 12 de la CEP concernant les échanges d'informations sur les SIB en place entre le DFF et la BNS, et entre le DFF, la BNS et la FINMA.

Recommandation n° 18 de la CEP

Le chap. 1.2.2 explique que le Conseil fédéral a bien examiné la recommandation n° 18 de la CEP, mais sans y donner suite.

Initiative parlementaire 25.411 Meier

Cette initiative parlementaire demande de soumettre à l'Assemblée fédérale « des dispositions légales sur le transfert de garanties dans le cadre des programmes de soutien en liquidités (ELA/LGHS) mis en place par la BNS pour les banques en situation de crise », en s'inspirant de la loi sur l'émission de lettres de gage (LLG). Pour les raisons exposées au chap. 1.2.3, la solution retenue n'est pas basée sur la LLG. Le principal objectif visé par l'initiative, à savoir réduire sensiblement les obstacles et les coûts pour les banques participant aux programmes de la BNS, peut également être atteint au moyen de la mesure décrite aux chap. 1.1.3 et 3.1.3, à savoir la simplification prévue du processus de commande et de réalisation de sûretés liées à un soutien en liquidités fourni par la BNS.

⁹⁹ Memorandum of Understanding zwischen der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde RAB und der Eidgenössischen Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA, 10 décembre 2025, accessible à l'adresse : <https://www.rab-asr.ch/fr> > Surveillance > Collaboration avec la FINMA et www.finma.ch > Application du droit > Assistance administrative > Collaboration avec les autorités suisses.

1.5 Élaboration de l'avant-projet

Lors de l'élaboration de l'avant-projet visant à adapter le droit fédéral, l'administration a organisé plusieurs réunions thématiques, au cours desquelles les experts reconnus suivants, issus des milieux scientifiques et de la pratique, ont été consultés :

Gouvernance d'entreprise et surveillance (par ordre alphabétique) :

- Rashid Bahar, professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève et avocat associé de l'étude Advestra SA
- Dominique Biedermann, expert en gouvernance d'entreprise, ancien directeur et président fondateur de la fondation Ethos
- Susan Emmenegger, avocate, professeure à l'Université de Berne
- Ernst Fehr, économiste comportemental, professeur à l'Université de Zurich
- Carlo Lombardini, professeur associé à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne et avocat associé de l'étude Poncet Turrettini
- Nina Reiser, avocate, professeure associée à l'Université de Saint-Gall
- David Wyss, avocat, fondateur du cabinet de conseil Wyss FinanzmarktRecht
- Corinne Zellweger-Gutknecht, avocate, professeure à l'Université de Bâle

Plan de stabilisation et résolution :

- Mirjam Eggen, avocate, professeure ordinaire à l'Université de Berne
- Seraina Grünwald, avocate, professeure à l'Université de Saint-Gall et professeure à temps partiel au European University Institute (EUI)

Protection des déposants :

- Daniel Staehelin, avocat, professeur titulaire à l'Université de Bâle

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

2.1 Gouvernance d'entreprise

2.1.1 Régime de responsabilité

Principes internationaux

Au niveau international, on observe une nette tendance à mettre davantage l'accent sur la responsabilité individuelle. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (*Basel Committee on Banking Supervision*, CBCB) a ainsi publié des orientations intitulées *Principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques (Corporate Governance Principles for Banks*, juillet 2015)¹⁰⁰. Les attentes en matière de

¹⁰⁰ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Orientations – Principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques, juillet 2015, document accessible à l'adresse : https://www.bis.org/bcbs/publ/d328_fr.pdf.

responsabilité au niveau le plus élevé, à l'égard notamment de l'organe chargé de la haute direction (*board of directors*) et de la direction générale (*senior management*), y sont précisément définies. Les orientations du CBCB ont servi de référence à différents pays en vue de la mise en place d'un régime de responsabilité.

En 2018, le CSF a publié le guide (*toolkit*) « Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk »¹⁰¹. 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 responsabilité¹⁰². Dans sa dernière *évaluation de la stabilité du système financier suisse*, le FMI a lui aussi recommandé l'introduction d'un régime de responsabilité pour toutes les banques¹⁰³.

Union européenne

Avec la 6^e directive sur les exigences de fonds propres dite « CRD VI » (*Capital Requirements Directive VI*, directive [UE] 2024/1619)¹⁰⁴, l'UE a adopté une nouvelle réglementation obligeant les établissements concernés à détailler dans des déclarations individuelles les rôles de leurs responsables (membres de l'organe de haute direction, direction générale et titulaires de postes clés). Il leur faut en outre établir et mettre à jour une vue d'ensemble des fonctions, de la structure hiérarchique et du partage des responsabilités. L'essentiel des travaux de mise en œuvre de ces nouvelles dispositions reste à effectuer. Indépendamment de la CRD VI, l'Irlande a déjà instauré, pour les banques et pour d'autres établissements financiers, un régime de responsabilité qui s'inspire étroitement de celui du Royaume-Uni¹⁰⁵.

Royaume-Uni

Le *Senior Managers Regime* du Royaume-Uni (SMR)¹⁰⁶ a ouvert la voie aux autres régimes de responsabilité. Introduit en 2016 pour les banques, son champ d'application

¹⁰¹ FSB, Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk : A Toolkit for Firms and Supervisors, 20 avril 2018, accessible à l'adresse : <https://www.fsb.org/uploads/P200418.pdf>.

¹⁰² FSB, Peer Review of Switzerland, 29 février 2024, accessible à l'adresse : <https://www.fsb.org/uploads/P290224.pdf>.

¹⁰³ International Monetary Fund, Switzerland : Financial System Stability Assessment, IMF Country Report n° 25/266, p. 9, accessible à l'adresse : <https://www.imf.org/-/media/files/publications/cr/2025/english/1cheea2025003-source-pdf.pdf>.

¹⁰⁴ Directive (UE) 2024/1619 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2024 modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les pouvoirs de surveillance, les sanctions, les succursales de pays tiers et les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance, JO L 2024/1619 du 19.6.2024.

¹⁰⁵ www.centralbank.ie > Regulation > How We Regulate - Individual Accountability Framework.

¹⁰⁶ Pour un bon aperçu des régimes en place au Royaume-Uni et dans d'autres pays, voir Financial Stability Institute, FSI Insights on policy implementation N° 48, When the music stops – holding bank executives accountable for misconduct, février 2023, accessible à l'adresse : <https://www.bis.org/fsi/publ/insights48.pdf>.

a été étendu à d'autres établissements financiers depuis lors. Le SMR définit les fonctions soumises à ce régime (*senior management functions*, par ex. *chief executive officer*, *chief finance officer*, *chief risk officer*, *chief operations officer*, *chief compliance officer*). Les personnes exerçant une fonction qualifiée de *senior management function* doivent être préalablement agréées par les autorités de surveillance ; elles sont ainsi soumises à un examen comparable au contrôle de la garantie d'une activité irréprochable en vigueur en Suisse (*fit and proper test*). Quant aux établissements, ils doivent établir pour les personnes qui assument de telles fonctions une déclaration des responsabilités (*Statement of Responsibilities*) précisant leurs responsabilités individuelles. Il leur faut en outre présenter leurs règles de gouvernance, leur structure organisationnelle et la répartition des responsabilités de leur direction dans une matrice complète (*management responsibilities map*). Par ailleurs, le SMR prévoit des règles de conduite (*conduct rules*) obligeant les responsables à prendre toutes les mesures pouvant raisonnablement être attendues d'eux pour prévenir les actes répréhensibles et les irrégularités. Les *senior managers* sont soumis à un devoir de responsabilité (*duty of responsibility*). Ces *Senior Manager* sont ainsi tenus de veiller à la gestion correcte des domaines d'activité qui dépendent d'eux. Il leur incombe en particulier de prendre des mesures propres à prévenir ou faire cesser toute violation des règles. Autrement dit, ces cadres supérieurs assument une responsabilité directe au sens du droit de la surveillance.

Outre le SMR, le Royaume-Uni dispose d'un *Certification Regime* (CR) applicable aux personnes qui, sans être *Senior Managers*, exercent néanmoins une influence significative sur les risques encourus par un établissement (*Material Risk Takers*). Ces personnes doivent se soumettre à un test d'aptitude et d'honorabilité (*Fit-and-proper*) effectué par les établissements eux-mêmes. La certification doit être renouvelée chaque année.

Le Ministère des finances du Royaume-Uni (*HM Treasury*) a lancé en juillet 2025 une consultation sur la réforme du *Senior Managers and Certification Regime* (SM&CR)¹⁰⁷. En parallèle, l'autorité de régulation prudentielle rattachée à la Banque d'Angleterre (*Prudential Regulation Authority*, PRA) et l'autorité de bonne conduite financière du Royaume-Uni (*Financial Conduct Authority*, FCA) ont lancé leurs propres consultations sur des réformes^{108 109}. En effet, il était notamment ressorti des précédentes consultations que les deux régimes entraînent une lourde charge administrative pour les établissements concernés. En particulier, l'étendue des fonctions couvertes est

¹⁰⁷ HM Treasury, Reforming the Senior Managers & Certification Regime – Consultation, juillet 2025, accessible à l'adresse : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/687635c0352c290d20dcae75/Reforming_the_Senior_Managers_Certification_Regime_Consultation_2025.pdf.

¹⁰⁸ PRA, CP18/25 – Review of the Senior Managers and Certification Regime (SM&CR), juillet 2025, accessible à l'adresse : <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2025/july/review-of-the-senior-managers-and-certification-regime-consultation-paper>.

¹⁰⁹ FCA, CP25/21: Senior Managers and Certification Regime review, juillet 2025, accessible à l'adresse : <https://www.fca.org.uk/publications/consultation-papers/cp25-21-senior-managers-certification-regime-review>.

jugée excessive et trop peu axée sur les risques. Les autorités de surveillance avaient également critiqué les retards accumulés dans l'octroi des autorisations nécessaires. Les trois autorités ont donc proposé de vastes réformes visant à alléger le fardeau administratif, sans pour autant compromettre l'objectif premier visé. En particulier, les autorités proposent de réduire dans les deux régimes le nombre de fonctions pertinentes et d'accorder aux autorités de surveillance une plus grande flexibilité au stade de leur application. La consultation a été menée jusqu'au 7 octobre 2025. Le *HM Treasury* a publié les résultats le 22 avril 2026¹¹⁰. Les réformes proposées ont été très bien accueillies. Il ressort des avis exprimés que le projet bénéficie d'un soutien, mais qu'il doit cependant être allégé afin de réduire la charge administrative. Les adaptations législatives requises sont en cours de préparation en vue de leur examen par le Parlement. Dans le cadre de la première phase de réforme du SM&CR, la FCA et la PRA assouplissent diverses exigences afin de réduire la charge administrative et les coûts de mise en conformité pour les établissements financiers, sans pour autant renoncer au principe de la responsabilité individuelle ; cela comprend notamment une prolongation des délais, une simplification des processus de certification et de déclaration ainsi qu'un relèvement des seuils définis dans le cadre du renforcement des exigences^{111 112}. La deuxième phase de la réforme portera sur la mise en œuvre des adaptations au niveau législatif.

États-Unis

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 fautif, quel que soit leur niveau hiérarchique dans un établissement.

Autres juridictions ayant mis en place un régime de responsabilité

Outre les exemples cités ci-dessus, d'autres juridictions connaissent des régimes se prêtant à une attribution claire des responsabilités, dans les banques et parfois aussi dans d'autres secteurs financiers, à des personnes spécifiques qui pourront ainsi être tenues responsables en cas de comportement fautif. Il convient de citer notamment ici Singapour, Hong Kong et l'Australie. Ces trois juridictions poursuivent le même objectif que les approches en place au Royaume-Uni ou dans l'UE, à savoir renforcer la responsabilité individuelle des personnes concernées, afin de diminuer le nombre

¹¹⁰ HM Treasury, Consultation outcome, Reforming the Senior Managers & Certification Regime: Consultation Response, 22 avril 2026, accessible à l'adresse : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/69e7a190606c20d4121631ee/Reforming_the_Senior_Managers_Certification_Regime_Consultation_Response.pdf.

¹¹¹ PRA, PS12/26 – Review of the Senior Managers and Certification Regime (SM&CR) – phase 1, 22 avril 2026, accessible à l'adresse : <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2026/april/review-of-the-smcr-phase-1-policy-statement>.

¹¹² FCA, PS26/6 – Senior Managers and Certification Regime review, 22 avril 2026, accessible à l'adresse : <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps26-6.pdf>.

d'actes répréhensibles tout en améliorant la culture du risque et la gouvernance d'entreprise.

Swiss Finish

Aucune *Swiss Finish* n'a été mise en place au sens de l'art. 4 LACRE.

2.1.2 Rémunérations

Principes internationaux

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 fautifs, 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 Address Misconduct Risk*¹¹³ en complément des principes de rémunération¹¹⁴ 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.

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 empêcher les comportements fautifs. 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 fautif est avéré, les mesures concrètes prévoient non seulement la réduction ou la révocation de la rémunération variable (reportée) [malus], mais également la restitution de la rémunération déjà versée (*clawback*). Le CSF propose des critères précis à ce sujet.

Union européenne

L'UE règle la question des rémunérations dans la directive CRD IV (directive 2013/36/UE)¹¹⁵. La composante variable ne doit pas excéder 100 % de la composante fixe de la rémunération. Les actionnaires de l'établissement peuvent toutefois la porter à 200 %. En outre, une partie de la composante variable doit être versée plus tard (*deferral*). Les règles en la matière varient en fonction notamment de l'importance systémique de l'établissement, du montant de la rémunération totale et du statut

¹¹³ Financial Stability Forum, FSF Principles for Sound Compensation Practices, 2 avril 2009, accessible à l'adresse : https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_0904b.pdf.

¹¹⁴ FSB, Supplementary Guidance to the FSB Principles and Standards on Sound Compensation Practices, *The use of compensation tools to address misconduct risk*, 9 mars 2018, accessible à l'adresse : <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P090318-1.pdf>.

¹¹⁵ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JO L 176/338 du 27 juin 2013.

hiérarchique des collaborateurs. Le versement des rémunérations variables doit ainsi être reporté à hauteur de 40 à 60 % pour une durée de quatre à cinq ans. Les parts de rémunération ainsi reportées pourront être supprimées (malus). Il doit par ailleurs être possible d'exiger la restitution de rémunérations variables déjà payées (clauses de restitution ou *clawbacks*).

Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a repris pour l'essentiel les règles de rémunération de l'UE, non sans y apporter ses propres adaptations. Au départ, les rémunérations variables de certains collaborateurs (*senior managers*) étaient ainsi reportées de sept ans au maximum. De même, les autorités de surveillance (PRA et FCA) ont levé en 2023 la limitation des rémunérations variables^{116 117}, faisant valoir qu'aucune preuve concrète n'indiquait que leur plafonnement jusque-là en vigueur ait abouti à une moindre prise de risque. D'autres instruments permettaient de limiter les risques excessifs encourus. À commencer par le *Senior Managers Regime* renforçant les obligations et la responsabilité des dirigeants. Certains éléments indiquaient d'ailleurs que les salaires fixes avaient augmenté, sous l'effet de la limitation de la rémunération variable. Enfin, cette limitation freinait la compétitivité du marché financier britannique. En octobre 2025, la PRA et la FCA ont encore annoncé un assouplissement des règles de rémunération des *senior managers* et d'autres collaborateurs^{118 119}. Ces deux autorités ont notamment uniformisé à quatre ans la durée minimale réglementaire du report. En outre, le versement des rémunérations variables reportées s'effectue désormais au prorata, à compter de leur attribution et sur toute la durée du report, et non plus après un délai de carence de trois ans pour certains collaborateurs. Ces simplifications et d'autres encore visent à réduire la complexité du cadre réglementaire en matière de rémunération.

¹¹⁶ Bank of England, Remuneration : Ratio between fixed and variable components of total remuneration ('bonus cap'), 24 octobre 2023, accessible à l'adresse : <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2023/october/remuneration-ratio-between-fixed-and-variable-components-of-total-remuneration>.

¹¹⁷ Financial Conduct Authority, Remuneration: Ratio between fixed and variable components of total remuneration, 24 octobre 2023, accessible à l'adresse : https://www.fca.org.uk/publications/policy-statements/ps23-15-remuneration-ratio-between-fixed-and-variable-components-total-remuneration?utm_source=chatgpt.com.

¹¹⁸ Bank of England, Remuneration Reform, 15 octobre 2025, accessible à l'adresse : <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2025/october/ps2125-remuneration-reform>, accessible à l'adresse : <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2025/october/ps2125-remuneration-reform>.

¹¹⁹ Financial Conduct Authority, Remuneration Reform, 15 octobre 2025, accessible à l'adresse : <https://www.fca.org.uk/publications/policy-statements/ps25-15-remuneration-reform>.

États-Unis

Les États-Unis ne disposent d'aucune réglementation spécifique aux rémunérations bancaires. Il existe toutefois des directives en la matière des autorités de surveillance, qui reflètent les attentes sur ce plan.

Avec le *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, les États-Unis ont instauré, pour toutes les entreprises cotées en bourse, une clause de restitution obligatoire, mais relativement restrictive, selon laquelle seules les rémunérations versées au directeur général (CEO) ou au directeur financier (CFO) peuvent donner lieu à une restitution, s'il a fallu ajuster les indicateurs financiers du rapport d'activité en raison d'un comportement fautif de leur part¹²⁰. L'application de ces restitutions incombe à la *Securities Exchange Commission* (SEC) et non à l'entreprise concernée. Le *Dodd Frank Act* de 2010¹²¹ proposait une exigence de restitution plus vaste liée à la performance, qui s'appliquait à tous les cadres dirigeants et n'était pas subordonnée à un comportement fautif. Les dispositions de mise en œuvre de cette exigence de restitution plus étendue ne sont toutefois pas encore en vigueur.

Swiss Finish

Aucune *Swiss Finish* n'a été mise en place au sens de l'art. 4 LACRE.

2.1.3 Exigences générales en matière de gouvernance d'entreprise

Principes internationaux

En 2018, le Conseil de stabilité financière (CSF) a publié le guide *Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk*¹²², 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, il est prévu de prévenir ex ante les comportements fautifs en renforçant les directives sur la gouvernance d'entreprise.

En l'espèce, il souligne l'importance de la culture d'entreprise. À ce titre, la haute direction des entreprises devrait induire un changement de comportement, par exemple en introduisant des systèmes d'incitations appropriés. 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

¹²⁰ [www.law.cornell.edu > LII > e-CFR > Title 15 > Chapter 98 > Subchapter III > § 7243 Forfeiture of certain bonuses and profits](https://www.law.cornell.edu/usc/Title15/Chapter98/SubchapterIII/Title7243/Forfeitureofcertainbonusesandprofits), accessible à l'adresse : <https://www.law.cornell.edu/usc/text/15/7243>.

¹²¹ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. N°111-203, § 954 (2010) ; SEC, Release No°34-75342, *Listing Standards for Recovery of Erroneously Awarded Compensation*, 1^{er} juillet 2015, accessible à l'adresse : <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>.

¹²² FSB, *Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk : A Toolkit for Firms and Supervisors*, 20 avril 2018, accessible à l'adresse : <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P200418.pdf>.

individuelle (*individual responsibility and accountability*), l'autorité de surveillance étant là aussi chargée de vérifier ce point.

Au demeurant, le CSF estime que les principes de gouvernance d'entreprise de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹²³ sont essentiels pour des systèmes financiers solides¹²⁴.

En 2015, le CBCB a publié des principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques¹²⁵. Il y est rappelé d'emblée qu'une gouvernance efficace est essentielle au bon fonctionnement du secteur bancaire et de l'économie dans son ensemble – ainsi qu'à la stabilité financière, notamment dans le cas des SIB. Les principes énoncés 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 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.

Union européenne

L'Autorité bancaire européenne (ABE) a édicté des directives contraignantes sur la gouvernance interne¹²⁶, qui s'appliquent en principe à tous les établissements soumis à la directive européenne sur les fonds propres¹²⁷. 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.

Royaume-Uni

Dans un document applicable aux établissements qu'elle supervise, la PRA énumère les responsabilités de l'organe de haute direction qui revêtent une importance

¹²³ OECD, G20/OECD Principles of Corporate Governance, 11 septembre 2023, https://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2023_ed750b30-en.

¹²⁴ FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 15 oct 2014, accessible à l'adresse : https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf.

¹²⁵ BIZ, Corporate governance principles for banks, 8 juillet 2015, accessible à l'adresse : <https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.htm>.

¹²⁶ Communiqué de l'ABE, EBA publishes its final Guidelines on internal governance, 2 juillet 2021, accessible à l'adresse : <https://www.eba.europa.eu/eba-publishes-its-final-guidelines-internal-governance>.

¹²⁷ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, JO L 176/338 du 27.6.2013.

particulière pour la gouvernance d'entreprise¹²⁸. Cet organe est notamment responsable de la « culture » de la 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.

États-Unis

Aux États-Unis, la bonne gouvernance d'entreprise des banques requiert tout à la fois des prescriptions légales, des normes de droit de la surveillance et des pratiques de marché solidement établies. Le *Sarbanes-Oxley Act* et le *Dodd-Frank Act* en sont les fondements essentiels, en fixant des exigences accrues en matière de transparence, de contrôles internes, de systèmes de rémunération et de surveillance des risques. En complément, diverses autorités de surveillance telles que la Fed (*Federal Reserve*), le bureau du contrôleur de la monnaie (*Office of the Comptroller of the Currency*, OCC) et le fonds de garantie des dépôts bancaires (*Federal Deposit Insurance Corporation*, FDIC) précisent les attentes relatives aux structures de gouvernance des banques. On y trouve notamment un conseil d'administration indépendant et professionnellement qualifié, doté de fonctions de surveillance clairement définies, une séparation effective entre la direction stratégique et la direction opérationnelle, ainsi qu'une gestion globale des risques avec une définition claire de l'appétit pour le risque et des fonctions de contrôle indépendantes. Des obligations de transparence en matière de publication d'informations sont également exigées, ainsi que des systèmes de contrôle interne efficaces et des modèles de rémunération n'encourageant pas une prise de risque excessive. Dans l'ensemble, la réglementation américaine entend garantir la stabilité du système financier grâce à une gestion d'entreprise responsable, à une surveillance efficace des risques et à des responsabilités clairement définies.

Swiss Finish

Aucune *Swiss Finish* n'a été mise en place au sens de l'art. 4 LACRE.

2.2 Surveillance

2.2.1 Intervention précoce

Principes internationaux

Le BCBS a publié en mars 2018 un cadre explicatif concernant l'intervention précoce¹²⁹. Cette dernière repose sur la capacité des autorités de surveillance à identifier les faiblesses avant qu'elles ne deviennent irréparables, en se fondant sur une analyse prospective des risques, en intégrant des éléments quantitatifs (par ex. *Statistical CAMELS Off-site Rating* [SCOR]) et qualitatifs (par ex. analyse du modèle d'affaires, des structures de gouvernance et de la gestion des risques) dans leurs

¹²⁸ Bank of England, Corporate governance: Board responsibilities, Supervisory Statement 5/16, 31 mars 2016, accessible à l'adresse : <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2016/corporate-governance-board-responsibilities-ss>.

¹²⁹ www.bis.org > Committees & associations > Basel Committee on Banking supervision > Publications > Framework for early supervisory intervention.

évaluations. Les indicateurs reposent généralement sur des variations du capital réglementaire, sur les niveaux des liquidités, sur les résultats des tests de résistance, sur les faiblesses dans la gestion des risques et dans la gouvernance, ainsi que sur les indicateurs de marché. Un des éléments essentiels de cet instrument est un cadre clair sur lequel on peut se fonder pour évaluer à quel moment des actions doivent être prises. Le moment de l'intervention et les mesures possibles divergent selon les autorités de surveillance. Souvent, plus la situation de l'institut se dégrade, plus les mesures que les autorités de surveillance pourront prendre sont fortes¹³⁰.

Union européenne

L'Union européenne dispose de l'art. 27 de la Directive établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (BRRD)¹³¹ qui concerne les mesures d'intervention précoce. L'art. 27 BRRD vise en particulier les cas de figure où les exigences réglementaires sont enfreintes ou risquent de l'être dans un avenir proche. L'EBA a publié un rapport sur les critères d'intervention¹³², ainsi que des lignes directrices concernant l'application de l'art. 27 BRRD¹³³. En vertu de cette disposition, une intervention peut se fonder tant sur des critères quantitatifs que qualitatifs. Les critères quantitatifs ressortent principalement du score de la banque, soit un score de 1 à 4, attribué sur la base du *supervisory review and evaluation process* (SREP). Le score SREP analyse notamment le modèle et la stratégie d'affaires, la gouvernance, le capital et les liquidités. Une intervention peut également être fondée sur les *key risk indicators* (KRIs), soit des changements significatifs ou des anomalies constatés dans le cadre de la surveillance des indicateurs utilisés dans le SREP. Outre ces critères principalement quantitatifs, une intervention peut aussi reposer sur des critères plus qualitatifs, soit sur la base d'autres changements significatifs (par ex. un risque opérationnel majeur)¹³⁴. Si les critères d'intervention sont réunis, l'autorité doit clarifier la situation et décider d'appliquer ou non les mesures d'intervention précoce, ainsi que

¹³⁰ www.bis.org > Committees & associations > Basel Committee on Banking supervision > Publications > Framework for early supervisory intervention, p. 5-15.

¹³¹ 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

¹³² www.eba.europa.eu > Activities > Single Rulebook > Recovery > Guidelines > Final report Guidelines on triggers for use of early intervention measures pursuant to article 27(4) of Directive 2014/59/EU.

¹³³ www.eba.europa.eu > Sites > Document library > Publications > Reports > 2021 > Report on the application of early intervention measures in the European Union in accordance with articles 27-29 of the BRRD.

¹³⁴ www.eba.europa.eu > Sites > Document library > Publications > Reports > 2021 > Report on the application of early intervention measures in the European Union in accordance with articles 27-29 of the BRRD, p. 9.

documenter son choix¹³⁵. Les mesures à disposition de l'autorité sont vastes, celle-ci peut notamment ordonner que les mesures du plan de stabilisation soient mises en œuvre, convoquer une assemblée générale, exiger des modifications de la stratégie commerciale de l'établissement, exiger qu'un ou plusieurs membres de l'organe de haute direction ou de la direction générale soient destitués ou remplacés, etc. (art. 27, ch. 1, let. a, c, d et f, BRRD). La législation européenne en matière de surveillance et d'intervention précoce fait toutefois face à certains doublons, car certaines mesures similaires figurent dans plusieurs lois alors que les critères d'application diffèrent (par ex. art. 27 ch. 1, BRRD, art. 104, ch. 1, CRD¹³⁶ et art. 16, ch. 2, SSMR¹³⁷). Ainsi, en parallèle de la norme relative à l'intervention précoce (art. 27 BRRD), les autorités de surveillance peuvent intervenir dans le cadre de la surveillance courante sur la base de critères quantitatifs et qualitatifs (art. 102, ch. 1, CRD et 16, ch. 1 SSMR) avec un large éventail de mesures. Par exemple, elles peuvent exiger des établissements qu'ils détiennent des fonds propres supplémentaires, qu'ils appliquent à leurs actifs une politique spéciale de provisionnement et qu'ils limitent leur activité économique (art. 16 ch. 2 let. a, d et e, SSMR). Des projets sont en cours, afin de clarifier les instruments à disposition, de réduire les doublons¹³⁸ et de simplifier la réglementation (par ex. surveillance davantage fondée sur les risques et réforme du SREP)¹³⁹. Dans ce cadre, l'art. 104 CRD et l'art. 27 BRRD ont été modifiés en 2026, afin de préciser les différents critères d'intervention (concernant par ex. une gestion appropriée des risques) et les niveaux d'escalade des mesures prévues par la CRD¹⁴⁰.

Royaume-Uni

Le système au Royaume-Uni est similaire à celui de l'Union européenne, car la PRA ou la FCA disposent de mesures d'intervention précoce similaires à celles de l'art. 27 BRRD. Les autorités peuvent notamment ordonner sur la base du BRRD UK la mise en œuvre de mesures prévues dans le plan de stabilisation, convoquer une assemblée générale, démettre des personnes de leurs fonctions si elles ne satisfont plus aux exigences *fit* et *proper*, ainsi qu'exiger des changements dans la stratégie commerciale de la banque¹⁴¹. Concernant les critères d'intervention, le système du Royaume-Uni

¹³⁵ www.eba.europa.eu > Sites > Document library > Publications > Reports > 2021 > Report on the application of early intervention measures in the European Union in accordance with articles 27-29 of the BRRD, p. 11.
www.bis.org > About > Financial Stability Institute > Publications > FSI Insights N°6, 03.04.2018, p. 34-36.

¹³⁶ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JO L 176/338 du 27 juin 2013.

¹³⁷ 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 287/63 du 29.10.2013.

¹³⁸ www.eba.europa.eu > Sites > Document library > Publications > Reports > 2021 > Report on the application of early intervention measures in the European Union in accordance with articles 27-29 of the BRRD, page 30.

¹³⁹ www.ecb.europa.eu > Press > Publication > 2025 > Simplification of the European prudential regulatory, supervisory and reporting framework for banks.

¹⁴⁰ Directive (UE) 2026/806 du Parlement européen et du Conseil du 30 mars 2026 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne les mesures d'intervention précoce, les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution et le financement des mesures de résolution et la directive 2014/24/UE en ce qui concerne les services de valorisation en cas de résolution.

¹⁴¹ www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Statutory Instruments > 2014 > 3300-3399 > The Bank Recovery and Resolution (No. 2) Order 2014 > Part. 8 > Chapter 1 > 107.

est plus souple que celui de l'Union européenne, car les critères et les seuils d'intervention sont moins clairement définis. En particulier, il n'existe pas de SREP formalisé équivalent. Ainsi, les autorités PRA et FCA disposent de davantage de marge d'appréciation pour déterminer quelles situations justifient une intervention¹⁴².

États-Unis

Aux États-Unis, le *prompt corrective action* (PCA) s'applique et définit pour chaque banque dans quelle catégorie elle se situe sur la base d'indicateurs quantitatifs liés au capital (par ex. le ratio du capital)¹⁴³. Les cinq catégories sont les suivantes : bien capitalisée, suffisamment capitalisée, sous-capitalisée, significativement sous-capitalisée et dangereusement sous-capitalisée. Des restrictions commencent à s'appliquer automatiquement dès que la banque est classée comme suffisamment capitalisée (par ex. la banque ne peut pas verser des intérêts dépassant significativement le taux du marché dans la zone géographique concernée) et elles deviennent de plus en plus rigoureuses à mesure que la banque est reclassée dans des catégories de capitalisation inférieures¹⁴⁴. Par exemple, si la banque est significativement sous-capitalisée, les autorités de surveillance peuvent prendre des mesures plus incisives, soit notamment limiter le versement des bonus des hauts cadres¹⁴⁵.

Swiss Finish

Il n'est pas créé de *Swiss Finish* au sens de l'article 4 LACRE.

2.2.2 Instruments de surveillance

Principes internationaux

Les *Core Principles*¹⁴⁶ 1 et 11 du BCBS exigent que les autorités de surveillance disposent de processus transparents, cohérents et soient en mesure de prendre rapidement des mesures correctrices pour rétablir l'ordre légal. Le principe 11 souligne également que le superviseur doit pouvoir imposer des sanctions effectives,

www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Public General Acts > Financial Services and Markets Act 2000 > Part V > Approval > Section 63.

¹⁴² www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Statutory Instruments > 2014 > 3300-3399 > The Bank Recovery and Resolution (N° 2) Order 2014 > Part. 8 > Chapter 1 > 108.

¹⁴³ www.law.cornell.edu > Get the Law > C.F.R. > Title 12 > Chapter XVII > Subchapter A > Part 704 > § 704.4 Prompt corrective action.

¹⁴⁴ www.bis.org > About > Financial Stability Institute > Publications > FSI Insights N° 6, 03.04.2018, p. 19-20.

¹⁴⁵ www.law.cornell.edu > Get the Law > C.F.R. > Title 12 > Chapter XVII > Subchapter A > Part 704 > § 704.4 Prompt corrective action > § 704.4 (k) (iii) (A) (1).

¹⁴⁶ www.bis.org > financial stability institute > Publication > Core Principles for Effective Banking Supervision.

proportionnées et dissuasives en cas de violation, soit notamment des sanctions financières.

L'*international organization of securities commissions* (IOSCO) précise dans son principe 4¹⁴⁷ que le régulateur, dans l'exercice de ses pouvoirs, doit adopter des processus cohérents, compréhensibles et transparents pour le public, justes et équitables. Dans ce cadre, la publication des décisions finales répond à ces exigences en garantissant l'égalité de traitement des assujettis. Les principes 3 et 11 imposent en outre que le régulateur dispose de pouvoirs adéquats pour exercer ses fonctions d'*enforcement*, notamment d'un pouvoir de sanction administrative lui permettant d'imposer un éventail de mesures effectives et proportionnées en cas de manquements et de requérir tous documents, registres ou informations utiles à ses investigations.

Le Groupe d'action financière¹⁴⁸ (GAFI) ne prévoit pas expressément une obligation de publication systématique des décisions ni un cadre normatif pour les accords amiables ou les astreintes. En revanche, sa recommandation 35 impose que les autorités compétentes puissent infliger un éventail de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, y compris des amendes administratives contre les personnes morales et physiques. La recommandation 27 exige que les autorités de surveillance aient le pouvoir de contrôler et d'assurer la conformité, en contraignant les institutions financières à collaborer pleinement et à remettre toute information nécessaire, sous peine de sanctions. Si les astreintes ne sont pas expressément mentionnées, l'exigence de mesures coercitives effectives ouvre la possibilité d'y recourir comme instrument de mise en conformité¹⁴⁹.

Il n'y a pas non plus de standard international particulier en matière d'obligation de renseigner et d'annoncer des assujettis envers les autorités de surveillance. En effet, le BCBS ne se prononce pas spécifiquement sur cette obligation bien qu'il soit implicitement consacré¹⁵⁰ au principe 29 selon lequel les banques doivent disposer de politiques et de processus adéquats en matière de fraude et renseigner les autorités de surveillance. Quant à l'IOSCO, elle se limite à consacrer la coopération et le partage d'informations publiques et non publiques entre les régulateurs et leurs homologues nationaux et étrangers (principes 13 à 15)¹⁵¹.

¹⁴⁷ www.iosco.org > About > Assessment Committee > Capacity Building for Self-Assessments > IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation and the IOSCO Assessment Methodology > IOSCO Assessment Methodology.

¹⁴⁸ <https://fatf-gafi.org> > Accueil > Publications > Les Recommandations du GAFI.

¹⁴⁹ <https://fatf-gafi.org> > Accueil > Publications > Les Recommandations du GAFI > Recommandation > 27 et 35.

¹⁵⁰ www.bis.org > BCBS > publications > Basel Committee on Banking Supervision Core - Principles for Effective Banking Supervision, dernière révision : juin 2023.

¹⁵¹ www.bis.org > FSI > Financial Stability Institute - Overview > FSI Connect - IOSCO Principles – Executive Summary, dernière révision : 04.2024.

Union européenne

Concernant l'information du public, la Banque centrale européenne (BCE) publie toutes ses décisions en matière de sanctions qu'elles aient fait l'objet d'un recours ou non¹⁵². Elle dispose de la possibilité de renoncer à une telle publication si une publication aurait pour effet de compromettre la stabilité des marchés financiers ou une enquête pénale en cours ou de provoquer un préjudice disproportionné à l'entité de surveillance concernée¹⁵³. Pour les autres types de décision, la BCE peut décider de les publier¹⁵⁴. En France, l'autorité des marchés financiers (AMF) publie les décisions de sanctions, elle dispose de la possibilité de reporter ou d'anonymiser la publication dans certaines circonstances¹⁵⁵. En Allemagne, la situation est similaire, la *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin) publie ses décisions en matière de mesures et de sanctions¹⁵⁶.

En ce qui concerne les sanctions administratives pécuniaires, tant la BCE que les autorités nationales disposent de la compétence de prononcer des sanctions administratives pécuniaires. La BCE peut imposer des amendes¹⁵⁷ si une banque viole directement le droit de l'UE qui s'élève au maximum à 10 % du chiffre d'affaires annuel total. Seules les personnes morales sont visées, les sanctions contre les personnes physiques sont de la compétence des États membres. Ainsi, l'AMF peut ordonner des sanctions administratives pécuniaires à l'encontre des personnes morales et physiques. Pour les personnes morales, les sanctions s'élèvent jusqu'à 15 pour cent¹⁵⁸ du chiffre d'affaires annuel total. La BaFin peut aussi prononcer des sanctions administratives pécuniaires à l'encontre des personnes physiques ou morales. Le montant peut s'élever jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel ou 5 millions d'euros pour les personnes morales¹⁵⁹.

Quant à l'accord amiable dans l'UE, cet instrument n'existe pas en matière de supervision bancaire au niveau central. Toutefois certaines autorités nationales

¹⁵² www.eur-lex.eu > Règlement (UE) n° 1024/2013 > Article 18 (6)

¹⁵³ www.eur-lex.eu > Règlement (UE) n° 468/2014 (MSU) > Article 132

¹⁵⁴ www.eur-lex.europa.eu > Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne > Article 132 (2)

¹⁵⁵ www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Codes > Code monétaire et financier > Sous-section 5 : Sanctions (Articles L621-15 à L621-17-1-1).

¹⁵⁶ www.gesetze-im-internet.de > Kreditwesengesetz > 60.

¹⁵⁷ www.bankingsupervision.europa.eu > Activités > Sanctions

¹⁵⁸ www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Codes > Code monétaire et financier > Sous-section 5 : Sanctions (articles L621-15 à L621-17-1-1).

¹⁵⁹ www.gesetze-im-internet.de > Kreditwesengesetz > 56.

disposent de mécanismes similaires notamment en matière d'abus de marché. Par exemple, en France, l'AMF dispose d'un processus de « composition administrative » prévu par le code monétaire et financier¹⁶⁰ qui lui permet de proposer la conclusion d'un accord. En Italie, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) dispose également d'un instrument similaire à savoir la procédure des *impegni* qui permet à cette autorité de rendre obligatoires les engagements pris par l'assujetti avec une possibilité de réouverture de la procédure en cas de non-exécution¹⁶¹.

Par rapport aux astreintes, la BCE dispose de la compétence d'infliger ces dernières en vertu du Mécanisme de surveillance unique¹⁶² et le règlement concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions¹⁶³. En France, le code de justice administrative prévoit les astreintes¹⁶⁴ en tant qu'instrument d'exécution. En Allemagne, la BaFin peut faire appliquer les décisions qu'elle prend dans le cadre de ses compétences légales par des mesures coercitives conformément aux dispositions de la loi sur l'exécution administrative. Le montant de l'astreinte peut atteindre 2 500 000 euros¹⁶⁵.

Par rapport à l'obligation de renseigner et d'annoncer au sein de l'Union Européenne, les personnes morales sont tenues de renseigner et d'annoncer, et les personnes physiques peuvent être obligées de coopérer¹⁶⁶. Ce devoir est limité par les droits fondamentaux et conventionnels, tels que le droit de ne pas s'auto-incriminer, le droit au silence, le principe de la proportionnalité¹⁶⁷, ainsi que par d'autres législations, comme le secret professionnel de l'avocat¹⁶⁸. En droit français, les obligations de collaboration prévues par le Code monétaire et financier s'exercent dans le respect des garanties constitutionnelles et administratives¹⁶⁹. Ainsi, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacre le droit de l'assujetti de se taire¹⁷⁰. En matière financière, le droit de se taire ne s'applique pas au moment du contrôle en tant que tel, mais seulement une fois le contrôle terminé et la procédure devant la Commission des sanctions ouvertes¹⁷¹. En Allemagne, 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

¹⁶⁰ www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Codes > Code monétaire et financier > Sous-section 4bis : Composition administrative (Article L621-14-1).

¹⁶¹ www.brocard.it > Fonti > Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria > Parte V-Sanuzioni > Titolo II bis-Disposizioni comuni > Articolo 196ter.

¹⁶² <https://eur-lex.europa.eu> > EUROPA > Eur-Lex home > Regulation -1024/2013 – EN - ssm regulation – EUR- Lex > Article 18 (7).

¹⁶³ <https://eur-lex.europa.eu> > EUROPA > Eur-Lex home > Règlement – 2532/98 – EN – EUR-Lex > Article 2.

¹⁶⁴ www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Codes > Code de justice administrative > Titre Ier : Principes (Articles L911-1 à L911-10>Article L911-7.

¹⁶⁵ www.gesetze-im-internet.de > Findag > 17 (1).

¹⁶⁶ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JO L 176/338 du 27 juin 2013.

¹⁶⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 2016, JO C 202 du 7 juin 2016.

¹⁶⁸ Consacré par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) (affaire C-550/07 ; P, Akzo Nobel Chemicals Ltd, arrêt du 14 septembre 2010) et par les législations nationales des pays membres).

¹⁶⁹ www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Codes > Code monétaire et financier.

¹⁷⁰ www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Codes > Constitution > Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹⁷¹ www.legifrance.gouv.fr > Publications officielles > Journal officiel > Décision n° 2025-1164 QPC du 26 septembre 2025.

surveillance afin de vérifier les faits devant être élucidés¹⁷². 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.

Concernant l'interdiction d'exercer et la confiscation, en Allemagne, la BaFin peut prononcer à l'encontre de toute personne une interdiction d'occuper une fonction dirigeante au sein d'un établissement en cas de violation grave du droit de la surveillance, notamment si la personne visée poursuit le comportement fautif malgré un avertissement. En fonction de la gravité des violations commises, notamment en cas de récidive, l'interdiction d'exercer peut être ordonnée pour une durée interminée¹⁷³. Concernant la confiscation, la BaFin n'a pas un pouvoir particulier de confiscation en matière de surveillance, toutefois elle dispose de la capacité d'ordonner des amendes administratives¹⁷⁴.

Concernant la durée des procédures, en France, les décisions de l'AMF sont immédiatement exécutoires. En cas de recours, le tribunal peut accorder l'effet suspensif si la décision contestée est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives¹⁷⁵. En Allemagne, les décisions de la BaFin sont directement exécutoires. Toutefois, l'effet suspensif peut être accordé par le tribunal à certaines conditions¹⁷⁶.

Royaume-Uni

Concernant l'information du public, la FCA et la PRA ont l'obligation de publier systématiquement certaines décisions (*decisions* ou *final notices*) sauf dérogation, notamment si cela met en danger la stabilité financière ou une enquête en cours¹⁷⁷.

En ce qui concerne les sanctions administratives pécuniaires, tant la FCA que la PRA sont habilitées à prononcer des sanctions administratives pécuniaires contre des personnes morales et des personnes physiques pour un grand nombre de violations

¹⁷² www.gesetze-im-internet.de > Kreditwesengesetz > § 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).

¹⁷³ www.gesetze-im-internet.de > Gesetze / Verordnungen > Gesetz über das Kreditwesen > Art. 36 et 36a.

¹⁷⁴ www.gesetze-im-internet.de > Gesetze / Verordnungen > Gesetz über das Kreditwesen > Art. 56 ss.

¹⁷⁵ www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Codes > Code monétaire et financier > Partie législative (Articles L111-1 à L785-16) > Livre VI > Titre II > Chapitre unique > Section 6 : Voies de recours > Article L621-30.

¹⁷⁶ www.gesetze-im-internet.de > VWGO > Art. 80.

¹⁷⁷ <https://www.legislation.gov.uk> > UK Public General Acts > 2000 c. 8 > Part XXVI>Publication> 391 (4).

relevant du droit des marchés financiers. Le *financial services and markets Act 2000* ne prévoit aucune limite maximale¹⁷⁸.

Les accords amiables ne sont pas prévus dans la loi, mais dans des règlements internes sur l'*enforcement* de la FCA¹⁷⁹ et de la PRA¹⁸⁰. Ces accords amiables permettent jusqu'à 50 pour cent de réduction sur le montant de l'amende, la réduction étant codifiée dans un *discount scheme*. Les accords sont également soumis à une publication obligatoire et sont très utilisés.

Par rapport à l'instrument des astreintes, la FCA peut les imposer contre les administrateurs et contributeurs d'indices sur la base du *UK Benchmarks Regulation*. Les astreintes y sont utilisées comme levier de contrainte pour forcer la mise en conformité des indices dans un délai court et garantir que l'indice reste calculé correctement et de façon fiable.

En ce que concerne l'obligation de renseigner et d'annoncer au Royaume-Uni, la FCA et la PRA peuvent exiger des assujettis qu'ils collaborent en fournissant des informations, documents, comptes ou autres données nécessaires à la supervision, selon l'art. 165 du *Financial Services and Markets Act* (FSMA)¹⁸¹. Les *senior managers* des établissements financiers sont notamment tenus de communiquer à la FCA et à la PRA toutes les informations dont ces autorités s'attendraient raisonnablement à être avisées¹⁸². Cette obligation est encadrée par les droits fondamentaux (protection contre l'auto-incrimination, protection des données personnelles et confidentielles, droit à un procès équitable), ainsi que par la législation en matière financière (FSMA, PRA Handbook) et procédurale¹⁸³. Les règles suivantes sont, à titre exemplatif, consacrées : la limitation dans le temps, la limitation des informations requises, l'interdiction des demandes abusives ou encore les règles relevant du secret professionnel de l'avocat.

Par rapport à l'interdiction d'exercer et à la confiscation, au Royaume-Uni, l'interdiction d'exercer est étroitement liée au *senior manager and certification regime*, car l'interdiction peut être prononcée par la FCA ou la PRA s'il apparaît qu'une personne soumise à ce régime n'est plus *fit et proper*. L'autorité peut prononcer cette mesure pour une durée indéterminée et modifier ou révoquer cette mesure en tout temps¹⁸⁴.

¹⁷⁸ <https://www.legislation.gov.uk> > UK Public General Acts > 2000 c. 8 > Part XIV > Disciplinary Measures > 206.

¹⁷⁹ www.handbook.fca.org.uk > Home > FCA Handbook > EG > EG 5 > EG 5.1 Settlement and the FCA – an overview.

¹⁸⁰ <https://www.bankofengland.co.uk> > Prudential regulation > Publication > 2023 > May > Enforcement; p. 59.

¹⁸¹ www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Public General Acts > 2000 > Financial Services and Markets Act 2000.

¹⁸² www.handbook.fca.org.uk > High Level Standards > COCON Code of Conduct > COCON 2 Individual conduct rules > COCON 2.2.4.

¹⁸³ www.prarulebook.co.uk > PRA, Handbook.

¹⁸⁴ www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Public General Acts > 2000 > Financial Services and Markets Act 2000 > Part V > 56.

Concernant la confiscation, la FCA ou la PRA peuvent ordonner des confiscations à l'encontre d'instituts ou de personnes si celles-ci ont bénéficié financièrement de la violation du droit de la surveillance. Afin d'établir le montant à confisquer, les autorités disposent d'une certaine marge d'appréciation, car plusieurs éléments seront pris en considération lors du calcul, soit notamment le comportement fautif intentionnel ou négligeant, ainsi que la durée et la fréquence de la violation¹⁸⁵.

Concernant la durée des procédures, si un recours est interjeté contre les décisions de la FCA ou de la PRA, la banque doit requérir auprès du tribunal l'octroi de l'effet suspensif, car l'effet suspensif n'est pas accordé d'office pour la durée de la procédure de recours¹⁸⁶. Le tribunal pourra accorder l'effet suspensif si cela ne cause pas de préjudice, notamment aux intérêts d'autres personnes, au bon fonctionnement des marchés ou à la stabilité du système financier¹⁸⁷. Concernant des décisions liées à des mesures pré-résolution, le régime de l'effet suspensif est différent, pour certains recours l'octroi de l'effet suspensif n'est pas possible¹⁸⁸.

États-Unis

Concernant l'information du public, la Fed communique beaucoup d'informations sur les mesures d'*enforcement* menées à l'encontre de banques et d'individus¹⁸⁹. Le bureau du contrôleur de la monnaie (*Office of the Controller of the Currency [OCC]*)¹⁹⁰ et FDIC procèdent de façon similaire.

En ce qui concerne les sanctions administratives pécuniaires, aux États-Unis plusieurs autorités de surveillance interviennent (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* et *administrative sanctions*) contre les personnes physiques et morales. À cet égard, le droit américain opère une distinction procédurale importante : le privilège

¹⁸⁵ www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Public General Acts > Financial Services and Markets Act 2000 > Part 12B > 192 Y.
www.bankofengland.co.uk > Topics > Prudential regulation > Our statutory and enforcement powers > The Bank's approach to enforcement: statutory statements of policy and procedure > Statement of policy- The Bank of England's approach to enforcement: statements of policy and procedure (January 2024) > 4.12., p. 42.

¹⁸⁶ www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Public General Acts > 2000 > Financial Services and Markets Act 2000 > Part IX > Section 133.

¹⁸⁷ www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Statutory Instruments > 2008 > 2600-2699 > [The Tribunal Procedure \(Upper Tribunal\) Rules 2008](#) > Part 2 > Rule 5.

¹⁸⁸ www.legislation.gov.uk > Explore our collections > Different legislatures of the UK > United Kingdom > UK Public General Acts > 2009 > [Banking Act 2009](#) > Part 1 > Chapter 2 > Section 3B.

¹⁸⁹ www.federalreserve.gov > Supervision & Regulation > Enforcement action & Legal Developments.

¹⁹⁰ <https://apps.gov> > Enforcement Actions Search.

contre l'auto-incrimination garanti par le 5^e amendement de la Constitution protège uniquement les personnes physiques. Les personnes morales ne peuvent pas s'en prévaloir et ne bénéficient que de la garantie générale du *due process* découlant du 14^e amendement, laquelle n'englobe pas un droit équivalent. Ces instruments incluent des amendes à caractère pénal (*civil money penalties* et *civil fines*) et des sanctions financières non pénales (sanctions visant à réduire le bénéfice : *disgorgement*)¹⁹¹. La compétence de prononcer des sanctions pénales à proprement parler (*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 pour cent du montant total de la sanction aux auteurs de signalements ayant aboutis à des procédures d'*enforcement* couronnées de succès¹⁹². 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*)¹⁹³. 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.

Quant aux accords amiables, aux USA, ceux-ci sont très utilisés entre les autorités et les administrés. Les parties peuvent proposer un accord (*informal settlement*) à la Fed¹⁹⁴ sachant que les offres d'accords formulées dans ce cadre ne peuvent pas être utilisées ultérieurement dans une procédure. Les parties disposent de la même possibilité auprès de l'OCC¹⁹⁵. Par ailleurs, tant la SEC¹⁹⁶ que la CFTC¹⁹⁷ disposent également de la possibilité de conclure des accords avec les administrés qui ont la possibilité de demander d'entrer dans une telle procédure. Toutefois, l'éventuelle réduction de la sanction n'est pas codifiée et est examinée au cas par cas à la discrétion de l'autorité.

Par rapport à l'instrument des astreintes, les USA ne connaissent pas un régime d'astreintes journalières, mais les autorités ont la possibilité de saisir un tribunal pour

¹⁹¹ www.cftc.gov > News & Events > Press Releases > p. 5 > Release Number 9011-24.

¹⁹² www.sec.gov > Whistleblower > Press Releases.

¹⁹³ www.millerchevalier.com > Publication > FCPA Spring Review 2024 > SAP SE Settles with DOJ, SEC, and South African Authorities For Alleged Corruption.

¹⁹⁴ www.ecfr.gov > Title 12 > Chapter II > Subchapter A > Part 263.

¹⁹⁵ www.ecfr.gov > Title 12 > Chapter I > Part 19.

¹⁹⁶ www.ecfr.gov > Title 17 > Chapter II > Part 201 > Subpart D > Initiation of Proceedings and Prehearing Rules > § 201.240.

¹⁹⁷ www.ecfr.gov > Title 17 > Chapter I > Part 10.

faire exécuter leurs décisions et obtenir un *contempt order* où le juge peut ordonner des amendes coercitive journalières tant que la décision n'est pas respectée¹⁹⁸.

Par rapport à l'obligation de renseigner et d'annoncer aux États-Unis, les assujettis ont l'obligation de fournir des informations aux autorités de régulation des marchés financiers. Cette obligation figure dans les différents textes de loi régulant les marchés financiers¹⁹⁹. Elle est restreinte par des limites constitutionnelles, notamment par les 5^e et 14^e amendements de la Constitution américaine (droit de ne pas s'auto-incriminer et droit à un procès équitable), ainsi que par des limites légales (protection des données et droits découlant de la procédure judiciaire)²⁰⁰.

Concernant l'interdiction d'exercer et la confiscation, aux États-Unis, une personne qui a été condamnée pour avoir commis des violations graves du droit de la surveillance doit notamment obtenir l'autorisation de la FDIC, afin de pouvoir à nouveau participer à la conduite des affaires de l'établissement. Pour certaines violations, la durée minimale de l'interdiction d'exercer est fixée à dix ans²⁰¹. Concernant la confiscation, les autorités peuvent imposer des *civil penalties* si une personne obtient des gains résultant d'une violation de certaines dispositions du droit de la surveillance. Les tâches de poursuite et de confiscation sont attribuées à un procureur²⁰².

Concernant la durée des procédures, si un recours est interjeté contre les décisions des autorités de surveillance, par exemple de l'OCC ou de la FDIC, la banque doit requérir auprès du tribunal l'octroi de l'effet suspensif, notamment si l'exécution de la décision lui causera un préjudice irréparable, car l'effet suspensif n'est pas accordé d'office pour la durée de la procédure de recours²⁰³.

Swiss Finish

Il n'est pas créé de *Swiss Finish* au sens de l'article 4 LACRE.

¹⁹⁸ www.law.cornell.edu > LII > U.S. Code > Title 18 > Part I > Chapter 21 > § 401; www.sec.gov > Home > Enforcement and litigation > Litigation Releases > Online-Registries, Inc. and David Stern.

¹⁹⁹ www.law.cornell.edu > Bank Holding Company Act.

²⁰⁰ www.gpo.gov > constitution.

²⁰¹ www.law.cornell.edu > LII > U.S. Code > Title 12 > Chapter 16 > § 1829.

²⁰² www.law.cornell.edu > LII > U.S. Code > Title 12 > Chapter 16 > § 1833a.

²⁰³ www.law.cornell.edu > LII > U.S. Code > Title 5 > Part I > Chapter 7 > § 705.

2.2.3 Limitation des assouplissements relatifs aux prescriptions sur les fonds propres et les liquidités

Principes internationaux

Les standards internationaux du BCBS se concentrent sur les exigences minimales, le renforcement de la résilience bancaire et la préservation de la stabilité financière, plutôt que sur d'éventuels assouplissements en matière de fonds propres ou liquidités²⁰⁴. Le BCBS ne fixe aucun standard d'assouplissement. Il réglemente principalement les renforcements, soit par exemple l'imposition d'un pilier 2²⁰⁵. Toutefois, en matière de renforcements, les autorités de surveillance disposent d'une certaine marge d'appréciation quant au volume des exigences qui sera fixé à chaque banque. Cette marge d'appréciation doit s'appuyer sur une analyse régulière des risques propres à la banque²⁰⁶ et la décision relative au volume adéquat est généralement communiquée uniquement à la banque concernée²⁰⁷.

UE

En droit européen, certains assouplissements vis-à-vis des exigences réglementaires peuvent être octroyés aux banques. Le droit européen prévoit explicitement la possibilité d'accorder des assouplissements, notamment en raison de configurations structurelles. Par exemple, les autorités de surveillance peuvent exempter, totalement ou partiellement, des exigences une ou plusieurs banques affiliées de façon permanente à un organisme central, à condition que les engagements de l'organisme central et des établissements qui lui sont affiliés constituent des engagements solidaires²⁰⁸.

Royaume-Uni

Le droit du Royaume-Uni connaît des règles similaires à celles de l'Union européenne en matière d'assouplissements. Le Royaume-Uni dispose également d'un cadre qui autorise l'octroi d'assouplissements aux exigences prudentielles. Ces exemptions ne peuvent être accordées que si la banque démontre que l'application des exigences en question serait excessivement contraignante ou empêcherait l'atteinte des buts pour

²⁰⁴ www.bis.org > Committees & associations > BCBS > Basel Framework.
www.bis.org > Committees & associations > BCBS > Basel III.

²⁰⁵ www.bis.org > Committees & associations > BCBS > Basel Framework > SRP - Supervisory review process.

²⁰⁶ www.bis.org > Committees & associations > BCBS > Research & publications > BCBS > juin 2019 > Overview of Pillar 2 supervisory review practices and approaches > 2.2 Risk assessments.

²⁰⁷ www.bis.org > Committees & associations > BCBS > Research & publications > BCBS > juin 2019 > Overview of Pillar 2 supervisory review practices and approaches > 2.6 Transparency and disclosure.

²⁰⁸ Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 176 du 27.6.2013, p. 1.

lesquels elles ont été conçues, tout en respectant les objectifs de la surveillance²⁰⁹. Toutefois, certaines dispositions ne peuvent pas faire l'objet d'assouplissements, par exemple les exigences liées aux règles de conduite²¹⁰.

États-Unis

Aux États-Unis, contrairement au régime de l'Union européenne et du Royaume-Uni, le système ne prévoit pas un régime d'exemptions. Par exemple, même si une banque bénéficie d'une responsabilité solidaire en raison de sa structure au sein d'un groupe, elle ne peut être dispensée des exigences de fonds propres à titre individuel. De plus, le groupe peut être tenu de soutenir financièrement la banque en difficulté²¹¹. Le système étasunien est donc plus strict que les régimes de l'Union européenne et du Royaume-Uni en ce qui concerne le respect continu des exigences.

Swiss Finish

Il n'est pas créé de *Swiss Finish* au sens de l'article 4 LACRE.

2.2.4 Activités d'audit

Principes internationaux

Au niveau international, il existe plusieurs normes reconnues fixant de manière cohérente et comparable les exigences minimales d'indépendance que doivent remplir les sociétés d'audit auxquelles il est fait appel pour la vérification des comptes. Le cadre de référence est ici le code d'éthique de l'*International Ethics Standards Board for Accountants* (IESBA). Ce code renferme tant les principes fondamentaux d'éthique professionnelle que des exigences spécifiques en matière d'indépendance applicables dans le cadre de l'audit annuel. Il précise en particulier dans quelles conditions les relations financières, personnelles ou d'affaires, ainsi que les prestations de conseil fournies, sont susceptibles de compromettre l'indépendance requise et quelles sont les mesures nécessaires pour la préserver. Les *International Standards on Auditing* (ISA) de l'*International Auditing and Assurance Standards Board* (IAASB), qui complètent ces exigences, obligent les sociétés d'audit à mettre en place un système de gestion de la qualité efficace, qui garantisse en tout temps le respect des règles d'indépendance. Les entreprises de révision actives en Suisse se conforment à ces normes. La rotation du réviseur final ne fait, à ce jour, l'objet d'aucune norme internationale²¹².

²⁰⁹ www.legislation.gov.uk > UK Public General Acts > 2000 c. 8 > Part 9A > Chapter 2 > Section 138A (4).

²¹⁰ www.legislation.gov.uk > UK Public General Acts > 2000 c. 8 > Part 9A > Chapter 2 > Section 138A (2).

²¹¹ www.law.cornell.edu > LII > U.S. Code > Title 12 > Chapter 16 > § 1831o-1 (a).

²¹² Cf par ex. OECD, OECD Corporate Governance Factbook 2023, 2023, pp. 176 ss, accessible à l'adresse : https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2023/09/oecd-corporate-governance-factbook-2023_6bae0258/6d912314-en.pdf.

Union européenne

Le règlement européen n° 537/2014²¹³ sur l'audit renferme diverses exigences, dont notamment des obligations de rotation (art. 17), l'interdiction de fournir des services autres que d'audit (par ex. conseils fiscaux ou juridiques, art. 5) et des restrictions (limitation des honoraires notamment) quant aux services autres que d'audit autorisés (art. 4). Ces derniers ne doivent pas excéder 70 % des honoraires versés pour le contrôle des comptes. En outre, les sociétés d'audit doivent changer tous les dix ans. Leur mission peut être reconduite de dix ans si, après les dix premières années, un appel d'offres public a été lancé et que la société en place est à nouveau sélectionnée. Dans le cas des audits conjoints (*joint audits*, lorsque deux sociétés d'audit contrôlent simultanément la même entreprise), la durée maximale admise est de 24 ans. Les règles relatives à l'obligation de rotation ne sont pas appliquées de manière uniforme au sein de l'UE. Divers pays ont bien mis en œuvre le règlement européen sur l'audit (appel d'offres après dix ans avec possibilité de prolongation de dix ans du mandat de la société d'audit). D'autres pays exigent par contre un changement direct près neuf ans (Italie) ou dix ans (par ex. Allemagne, Irlande, Pays-Bas, Espagne).

Il n'existe pas au niveau de l'UE de montant maximal uniforme pour les sanctions administratives pécuniaires. La directive relative aux contrôles légaux des comptes annuels (2006/43/CE) oblige uniquement les États membres à prévoir des amendes efficaces. En Allemagne, le plafond des sanctions admises contre les sociétés d'audit en application du code de déontologie des auditeurs (§ 68 WPO) est fixé à 1 million d'euros. La France prévoit pour les personnes morales des amendes pouvant aller jusqu'à 1 million d'euros ou correspondant au montant moyen des honoraires perçus au cours des trois dernières années ; en cas de récidive, ce montant peut être doublé (Code de commerce, art. L821-71).

Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a repris en grande partie la réglementation européenne concernant les obligations de rotation des entreprises de révision (20 ans au maximum, avec nouvel appel d'offres après dix ans). L'approche retenue pour les services autres que d'audit est toutefois légèrement différente de celle de l'UE. Le Royaume-Uni a dressé une liste portant non pas sur les services interdits, mais sur les services autorisés dans ce contexte. À l'instar de l'UE, les honoraires admis pour ces prestations sont limités à 70 % des honoraires d'audit.

Au Royaume-Uni, le *Financial Reporting Council* inflige des sanctions administratives financières aux auditeurs comme l'y autorise la réglementation (*Statutory Auditors and Third Country Auditors Regulations 2016*, SATCAR), selon une procédure structurée, mais ne précisant pas le tarif des amendes. Le montant de la sanction est fixé en fonction de la gravité de l'infraction, des facteurs pertinents au cas d'espèce ainsi que

²¹³ Règlement (UE) n° 537/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et abrogeant la décision 2005/909/CE de la Commission, JO L 158/77 du 27.5.2014.

des circonstances aggravantes ou atténuantes, il doit être proportionné et avoir un effet dissuasif suffisant.

États-Unis

Les États-Unis prévoient une obligation de rotation non pour les entreprises de révision, mais pour les auditeurs responsables (tous les cinq ans)²¹⁴. La SEC (*Securities and Exchange Commission*) a établi une liste de services que les sociétés d'audit ne sont pas autorisées à fournir sans autorisation préalable de sa part²¹⁵.

Aux États-Unis, les sanctions administratives pécuniaires sont soumises à des plafonds clairement définis et indexés sur l'inflation : depuis janvier 2025, elles se montent à 26,1 millions de dollars (20,4 millions de francs) pour les agissements intentionnels. La *Public Company Accounting Oversight Board*, société chargée de superviser les audits des entreprises cotées, fixe les sanctions sur la base de sa propre pratique en la matière.

Swiss Finish

En général, des autorités de surveillance étrangères 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. Même après la mise en œuvre des mesures proposées, l'approche de la Suisse en matière de surveillance fera donc davantage appel à des sociétés d'audit que ne le font la plupart des autres juridictions. Il n'est donc pas créé de *Swiss Finish* au sens de l'art. 4 LACRE dans les mesures proposées. Quant à l'obligation de rotation après 14 ans proposée pour les sociétés d'audit, soit les autres pays ne prévoient rien à ce sujet (par ex. États-Unis), soit ils ont adopté une durée de mandat plus longue (durée maximale de 20 ans avec nouvel appel d'offres après 10 ans ; par ex. UE, Royaume-Uni, Luxembourg, Danemark) ou plus courte (par ex. Allemagne, Irlande, Pays-Bas, Espagne).

2.2.5 Affaires de grande portée

Principes internationaux et juridictions comparables

Lors de toute étude de droit comparé, il faut garder à l'esprit que l'organisation institutionnelle de la surveillance ainsi que les compétences et pouvoirs respectifs de l'autorité de surveillance, de la banque centrale et du ministère des finances peuvent varier considérablement d'un pays à l'autre. Il convient par exemple de distinguer entre les autorités de surveillance prudentielle rattachées sur le plan organisationnel aux banques centrales, les autorités de surveillance des marchés financiers et/ou encore les autorités de surveillance intégrée des marchés financiers. En outre, le contexte

²¹⁴ United States Securities and Exchange Commission, Final Rule N°33-8183, « Strengthening the Commission's Requirements Regarding Auditor Independence », adoptée conformément à l'art. 203 du Sarbanes-Oxley Act de 2002, accessible à l'adresse : <https://www.sec.gov/files/rules/final/33-8183.htm>.

²¹⁵ United States Securities and Exchange Commission (SEC), Regulation S-X, Rule 2-01 'Qualifications of Accountants', 17 CFR § 210.2-01, accessible à l'adresse : <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/210.2-01>.

constitutionnel et politique des autres pays n'est que partiellement comparable aux réalités helvétiques.

Pour obtenir des comparaisons pertinentes, il est indiqué de se concentrer sur les autorités de surveillance ayant un champ d'activité similaire. La FINMA est une autorité de surveillance intégrée, qui couvre un secteur financier très diversifié et dont les décisions peuvent avoir une grande portée ; ce constat vaut tant au niveau international, en raison de l'importance de la place financière suisse, qu'au niveau national où le secteur financier pèse lourd dans le PIB. Les douze autorités de surveillance intégrée en activité au niveau mondial disposent généralement d'une structure de gouvernance comprenant un conseil d'administration et une direction (dans 9 cas sur 12)²¹⁶. Les décisions stratégiques sont du ressort du conseil d'administration, conformément aux principes de bonne gouvernance d'entreprise reconnus au niveau international. De telles décisions sont généralement qualifiées de « stratégiquement importantes ».

Le secteur financier lui-même diffère beaucoup d'un pays à l'autre, ou alors les autorités compétentes ont reçu un mandat de surveillance très différent de celui en place en Suisse. Le Royaume-Uni et le Canada possèdent ainsi un modèle de surveillance reposant sur deux piliers (*twin peak*), dans lequel une autorité assure la surveillance prudentielle et l'autre la surveillance des comportements. Une telle solution n'est pas comparable au modèle suisse, où la FINMA se charge à la fois de la surveillance prudentielle et de celle des comportements. Aux États-Unis, le marché financier est soumis à la surveillance de nombreuses autorités actives tantôt au niveau fédéral, tantôt à l'échelon des États fédérés. Le modèle de surveillance américain n'est donc pas non plus comparable à celui de la Suisse. Quant à Singapour, la surveillance est du ressort de la *Monetary Authority of Singapore* (MAS), qui exerce à la fois la surveillance prudentielle et celle des comportements. La MAS mène également la politique monétaire en tant que banque centrale. La solution singapourienne n'est donc pas non plus comparable au modèle de surveillance helvétique, dans lequel la politique monétaire est du ressort de la Banque nationale tandis que la surveillance des marchés incombe à la FINMA.

L'Allemagne constitue un autre cas particulier : bien que la BaFin soit considérée comme une autorité de surveillance intégrée, de nombreux contrôles sur place sont

²¹⁶ Les douze pays suivants disposent d'une autorité de surveillance intégrée : Allemagne, Autriche, Colombie, Corée, Danemark, Estonie, Finlande, Japon, Norvège, Pologne, Suède et Suisse (Financial Stability Institute, FSI : « Financial supervisory architecture : what has changed after the crisis ? », avril 2018, p. 36, accessible à l'adresse : <https://www.bis.org/fsi/publ/insights8.htm>). Depuis l'étude du FSI de 2018, le cadre de surveillance a changé en Islande et en Lettonie, pays qui n'ont plus d'autorité de surveillance intégrée. Les trois exceptions à la règle du conseil d'administration sont le Japon, la Colombie et la Corée du Sud. Une étude du FMI consacrée à l'indépendance des autorités de surveillance des marchés financiers attribue aux autorités de surveillance intégrée dotées d'un conseil d'administration et d'une direction une note en moyenne plus élevée qu'à celles qui n'ont pas de conseil d'administration (cf. Working Paper : « Financial Supervisory Independence and Accountability—Exploring the Determinants », juin 2008, p. 8, accessible à l'adresse : <https://www.imf.org/en/publications/wp/issues/2016/12/31/financial-supervisory-independence-and-accountabilityexploring-the-determinants-22004>).

effectués par la Bundesbank. Mais comme cette dernière ne dispose d'aucune compétence directe pour faire appliquer la loi, la BaFin s'occupe essentiellement des procédures administratives contraignantes (alors que l'*enforcement* n'est que l'un des huit secteurs d'activité de la FINMA). En outre, depuis que la BCE a repris une grande partie de l'activité de surveillance du secteur bancaire privé, la BaFin concentre ses efforts sur les caisses d'épargne publiques. Tout porte donc à croire qu'elle entretient d'étroits liens avec le ministère fédéral allemand des finances, qui est aussi son autorité de tutelle en vertu de la loi. Le FMI a déjà signalé en 2022, dans son *évaluation de la stabilité du système financier allemand*, que des améliorations s'imposent quant à l'indépendance opérationnelle de la BaFin²¹⁷.

Suisse

Le modèle de gouvernance de la FINMA correspond aux structures en place dans bien d'autres unités de l'administration fédérale décentralisée en Suisse. Les commissions de suivi du marché ainsi que les collectivités, établissements ou fondations ayant la personnalité juridique disposent généralement d'une structure de gouvernance avec un conseil d'administration ou de fondation et une direction. Dans quelques cas, outre les habituelles compétences stratégiques, certaines décisions « importantes » sont réservées au conseil d'administration ou au conseil de fondation. À titre d'exemple, la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP) parle ici d'« affaires de grande portée » et la Commission de la concurrence (Comco) de questions « de principe ». Quant à l'ASR, le Conseil fédéral propose dans son message concernant la modification de la loi sur les banques (*public liquidity backstop*) d'inscrire dans la loi le principe de son règlement d'organisation en vertu duquel sa direction est tenue de consulter au préalable son conseil d'administration pour les affaires de grande portée²¹⁸.

Swiss Finish

Les tâches institutionnelles des autorités de surveillance étant difficiles à comparer, les exigences relatives aux affaires de grande portée peuvent être considérées comme une spécificité suisse. Mais comme la mesure proposée ne concerne qu'une autorité (FINMA), il n'est pas créé de Swiss Finish au sens de l'art. 4 LACRE.

2.2.6 Exécution

Principes internationaux

Il n'y en a pas.

²¹⁷ IWF : « Country Report N°22/231 : Germany. Financial System Stability Assessment », juillet 2022, p. 8, accessible à l'adresse : <https://www.imf.org/en/publications/cr/issues/2022/07/19/germany-financial-system-stability-assessment-521034>.

²¹⁸ FF 2023 2165

Union européenne

Le droit européen consacre les garanties en matière de suspension de procédure²¹⁹. Ainsi les autorités européennes de surveillance (AES ; *European Supervisory Authorities*), à savoir l'ABE, l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF ; *European Securities and Markets Authority*) et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP ; *European Insurance and Occupational Pensions Authority*) peuvent recommander aux autorités de surveillance nationales de ne pas donner la priorité à certaines activités et donc de s'abstenir temporairement de faire respecter la législation dans certains domaines. Ce mécanisme vise à harmoniser l'application du droit européen en garantissant son application coordonnée, cohérente et uniforme par les différentes autorités de surveillance nationales. La solution retenue ici s'inspire du mécanisme en place dans l'UE, bien qu'elle s'en distingue.

États-Unis

La Commission américaine des opérations boursières (*Securities and Exchange Commission*, SEC) peut délivrer des lettres de non-intervention (*No-Actions letters*), sur demande formelle. Tandis que de telles *lettres* sont codifiées dans la règle 14a-8 de la SEC²²⁰, cette compétence découle du pouvoir discrétionnaire général dont cette autorité dispose pour ce qui est de l'application de la loi. Dans ce contexte, les parties intéressées peuvent déposer une demande en cas d'incertitude quant à savoir si un comportement, des services ou des produits donnés sont susceptibles d'enfreindre la législation en vigueur. Lors de l'octroi de lettres de non-intervention, il est recommandé de ne prendre aucune mesure prudentielle à l'encontre du demandeur. Les lettres de non-intervention se rapportent aux faits et circonstances exposés dans la demande et ne s'appliquent en principe qu'au demandeur. Il est vrai que dans des cas spécifiques, des tiers peuvent également se prévaloir de l'effet des lettres de non-intervention délivrées, pour autant que les faits et circonstances présentent une similitude substantielle et que la SEC ait donné son autorisation à cet effet²²¹.

²¹⁹ Art. 9c du règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, JO L 331/12 du 15.12.2010 ; art. 9a du règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, JO L 331/84 du 15.12.2010 ; art. 9a du règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission, JO L 331/48 du 15.12.2010.

²²⁰ www.sec.gov > rules and regulations > shareholder proposals > reference materials > Rule14a-8.

²²¹ www.investor.gov > introduction-investing > investing-basics > glossary > no-action letters.

Australie

En vertu du système juridique australien, l'*Australian Securities and Investments Commission* (ASIC) peut délivrer des lettres de non-intervention. L'ASIC tire ce pouvoir des objectifs fixés par l'*Australian Securities and Investments Commission Act 2001*²²², qui lui permettent de prendre des décisions discrétionnaires visant à leur réalisation, et expose sa pratique en la matière dans le *Regulatory Guide 108*²²³. L'autorité déclare ainsi qu'elle ne prendra aucune mesure prudentielle à l'encontre d'une personne en raison d'un état de fait ou d'un comportement précis à un moment donné. Cette règle peut concerner un comportement passé, actuel ou futur, les lettres de non-intervention étant révocables. Outre les lettres de non-intervention classiques adressées à une personne déterminée, des *class no-action positions* peuvent être délivrées pour toute une catégorie de personnes ou de produits. Les personnes intéressées peuvent adresser à l'ASIC une demande formelle en vue de l'octroi d'une telle lettre, l'ASIC pouvant également en émettre de sa propre initiative. Les lettres de non-intervention délivrées peuvent être publiées²²⁴.

Nouvelle-Zélande

L'autorité des marchés financiers (*Financial Markets Authority*, FMA) dispose d'un instrument appelé « *no-action approach* » ou « *no-action relief* » qui permet à son comité disciplinaire (*Disciplinary Committee*), en vertu de l'art. 46, par. 3, let. h, du *Financial Markets Conduct Act*, de ne prendre aucune mesure en cas d'infraction à la loi, et qui s'inscrit dans la ligne des objectifs visant à éviter des coûts de mise en conformité inutiles ou à promouvoir des marchés financiers flexibles et innovants²²⁵. L'autorité indique ainsi qu'elle n'a pas l'intention, à titre temporaire, de faire respecter certaines exigences et qu'elle ne prendra donc pas de mesures prudentielles en cas de violation d'obligations légales ou réglementaires, comme ce fut le cas, par exemple, en novembre 2025 en raison d'une réforme prévue concernant le rapport sur les questions climatiques (*Clima Reporting*)²²⁶.

Swiss Finish

Aucune *Swiss Finish* n'a été mise en place au sens de l'art. 4 LACRE.

²²² www.legislation.gov.au > Australian Securities and Investments Commission Act 2001 > Art. 1.

²²³ www.asic.gov.au > regulatory resources > regulatory guides > RG 108 no-action letters.

²²⁴ www.asic.gov.au > regulatory resources > regulatory guides > RG 108 no-action letters > p. 9.

²²⁵ www.legislation.govt.nz > act > public > 2013 > 69 > Art. 3 et 4 ; www.fma.govt.nz > news > all release > media release > Entities affected by climate reporting changes granted « no action » relief.

²²⁶ www.fma.govt.nz > news > all release > media release > Entities affected by climate reporting changes granted « no action » relief.

2.3 Garantie des liquidités en cas de crise

2.3.1 Report de la publication d'informations en cas de soutien en liquidités fourni par une banque centrale

Principes internationaux

Aux fins d'une fructueuse mise en œuvre des mesures de résolution, les *Key Attributes*²²⁷ du CSF recommandent de permettre une exemption temporaire des obligations de publication ou un report des publications exigées de l'entreprise afin de préserver la confiance accordée au marché. Cette mesure peut s'appliquer par exemple dans le cadre des rapports de marché, des règles en matière d'offres publiques d'acquisition et des règles d'admission à la cote.

Union européenne

Dans l'UE, un émetteur présent sur le marché des quotas d'émission peut, sous sa propre responsabilité et conformément à l'art. 17, par. 4, du règlement relatif aux abus de marché (MAR)²²⁸, différer la publication d'une information privilégiée dont la publication immédiate est susceptible de porter atteinte à ses intérêts légitimes, si ce report n'induit pas le public en erreur et pour autant que la confidentialité des informations soit garantie. Son art. 17, par. 5, prévoit un cas particulier pour les établissements de crédit et les établissements financiers. Ainsi, toute information privilégiée dont la publication mettrait en péril la stabilité financière de l'émetteur et du système financier peut être remise à plus tard, sous la responsabilité de l'émetteur. L'octroi d'un soutien temporaire en liquidités par une banque centrale constitue un bon exemple de situation laissant présumer l'existence d'un intérêt légitime à reporter la publication d'un communiqué. Ce report doit être dans l'intérêt public et la confidentialité être garantie par l'émetteur. L'établissement de crédit ou l'établissement financier doit demander le report de la publication à l'autorité de surveillance compétente, qui l'autorise si les conditions prévues sont remplies et réexamine le cas au moins une fois par semaine. Si un établissement de crédit ou un établissement financier demande un report de publication en vertu de l'art. 17, par. 5, du règlement MAR et que l'autorité de surveillance rejette cette demande, l'émetteur est tenu, en vertu de l'art. 17, par. 6, du règlement MAR de publier immédiatement l'information privilégiée. Un report de publication au sens de l'art. 17, par. 4, MAR n'est plus possible dans une telle situation²²⁹.

²²⁷ www.fsb.org > FSB > Publications > Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 25 avril 2024, 5.6.

²²⁸ Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, JO L 173 du 12.6.2014, p. 1.

²²⁹ www.esma.europa.eu > News & Publications > Questions and Answers on the Market Abuse Regulation (ESMA70-145-111), 25 novembre 2022, Q5.5

Royaume-Uni

Après le Brexit, le Royaume-Uni a repris la réglementation de l'art. 17 MAR sans y apporter de modifications de fond²³⁰.

États-Unis

Contrairement à l'UE ou au Royaume-Uni, la juridiction américaine ne prévoit pas le report de la publication d'informations privilégiées. Aux États-Unis, les faits relevant de la section 13 en relation avec la section 12 du *Securities Exchange Act of 1934* (Rule 13a -11) doivent être publiés au moyen du formulaire 8-K²³¹. Il faudrait selon toute probabilité déclarer le recours à soutien en liquidités au moyen du formulaire 8-K de la SEC²³², sur lequel aucun délai de publication n'apparaît. Les émetteurs étrangers ne sont toutefois pas soumis aux obligations de divulgation du formulaire 8-K et doivent compléter le formulaire 6-K, qui n'indique pas le fait mentionné ci-dessus. La publication se fera au moyen du formulaire 6-K dès lors que i) les informations correspondantes doivent être publiées conformément à la juridiction du siège social, ii) elles doivent être déposées auprès d'une bourse qui en assure la publication ou iii) il s'agit d'informations qui doivent être distribuées aux détenteurs de titres²³³. En outre, la Part 243 de la réglementation de la SEC sur la divulgation loyale, à savoir la *Regulation FD (fair disclosure)*²³⁴ exige que les informations privilégiées (*material nonpublic information*) soient communiquées simultanément à tous les acteurs du marché. Conformément à la réglementation sur la divulgation sélective (*selective disclosure, SD*), elles ne doivent pas nécessairement être publiées immédiatement, la confidentialité et l'égalité de traitement des acteurs du marché s'avérant ici prioritaires. Au cas où des informations privilégiées devraient être communiquées à des tiers, leur communication publique s'impose. La communication de ces informations à des tiers est toutefois possible sans publication simultanée si les destinataires sont des personnes (telles que des avocats ou des auditeurs) liées par un accord de confidentialité et engagées envers l'émetteur.

Des exigences plus détaillées concernant la publicité événementielle découlent en outre des conditions de cotation de la bourse concernée. Celles-ci prévoient notamment que les informations privilégiées susceptibles d'influencer la valeur des titres ou les décisions des investisseurs doivent être communiquées sans délai par

²³⁰ www.legislation.gov.uk > European Union (Withdrawal) Act 2018; www.fca.org.uk/markets/market-abuse.

²³¹ www.sec.gov > Rules, Enforcement, Compliance > Statutes and Regulations > Securities Exchange Act of 1934.

²³² www.sec.gov > Files > Form 8-K. Art. 2.03 « *to disclose the creation of a direct financial obligation or an obligation under an off-balance sheet arrangement of a registrant* »

²³³ www.sec.gov > Files > Form 6-K.

²³⁴ www.sec.gov > Rules, Enforcement, Compliance > Rules and Regulations > Statutes and Regulations > [Selective Disclosure and Insider Trading](#).

l'émetteur²³⁵. Dans des circonstances exceptionnelles, un report de la publication est toutefois possible. Pour déterminer si l'obtention d'un soutien en liquidités peut être qualifiée de circonstance exceptionnelle, il convient de procéder à une analyse détaillée des conditions de cotation applicables. Si en cas d'octroi d'un soutien en liquidités à une banque, la FED adopte une politique de confidentialité accrue face au Congrès conformément à la *section 1101 du Dodd-Frank Act dans la section 13*²³⁶, il s'agit très vraisemblablement d'une situation exceptionnelle où la communication des informations d'initiés peut être ajournée, seul un cercle très restreint de destinataires au sein du Congrès ayant droit à des informations.

Swiss Finish

La solution retenue s'inspire du principe de l'autorégulation en vigueur pour les bourses suisses et, par conséquent, s'intègre bien au cadre réglementaire local. Dans ces conditions, il n'était pas possible de suivre une approche similaire à celle d'autres ordres juridiques²³⁷.

2.3.2 Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités fde la BNS

À la connaissance du Conseil fédéral, aucune juridiction étrangère n'a prévu d'approche comparable à la solution qu'il a retenue pour simplifier le transfert de créances de crédit ainsi que la constitution et la réalisation de sûretés pour garantir un soutien en liquidités fourni par les banques centrales.

2.4 Plan de stabilisation et résolution

2.4.1 Planification de la stabilisation

Principes internationaux

En 2011 et 2014, le FSB a élaboré des lignes directrices pour la stabilisation et la liquidation. Ces *Key Attributes* prévoient notamment que les SIB disposent d'un plan de stabilisation²³⁸. 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 FSB.

²³⁵ Cf. entre autres www.nyse.wolterskluwer.cloud > Listed Company Manual > Section 202.05 NYSE Listed Company Manual ; ou www.listeningcenter.nasdaq.com > Rulebook > Section IM-5250-1 The Nasdaq Stock Market LLC Rules.

²³⁶ www.govinfo.gov > Public law 111-203, 21 juillet, 2010.

²³⁷ Le concept de charge flottante (*floating charge*) est exposé au ch. 1.2.3.

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.

Union européenne

Les art. 9 ss de la directive 2014/59/UE²³⁹ 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 a défini ces indicateurs plus en détail²⁴⁰.

Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, les exigences en matière de stabilisation (*recovery*) s'inscrivent dans le cadre du *Financial Services and Markets Act 2000*²⁴¹ qui a été complété après la crise, dans la réglementation de la PRA et dans une série de régulations européennes qui ont été transposées dans le droit national (par exemple les ligne directrice de la EBA). Les établissements systémiques doivent élaborer des plans de stabilisation détaillant des mesures crédibles pour faire face à des scénarios de stress sévères, notamment en matière de capital et de liquidité. Ces plans sont examinés par la PRA, qui exige l'identification d'un ensemble d'indicateurs quantitatifs et qualitatifs (*triggers*) dont la détérioration impose l'activation rapide de mesures de stabilisation.

États-Unis

Aux États-Unis, tant les interventions précoces que les plans de stabilisation sont compris sous le terme *prompt corrective actions*²⁴². 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.

Swiss Finish

Il n'est pas créé de *Swiss Finish* au sens de l'art. 4 LACRE. Les modifications constituent plutôt un alignement conceptuel et fonctionnel avec les meilleures pratiques reconnues au niveau international.

²³⁹ <https://eur-lex.europa.eu> > Document 32014L0059

²⁴⁰ www.eba.europa.eu > Publications and Media > Guidelines > 9 november 2021 > Guidelines on recovery plan indicators under Article 9 of directive 2014/59/EU

²⁴¹ www.legislation.gov.uk > UK Public General Acts > 2000 c. 8

²⁴² www.fdic.gov > Regulations > Examinations > Enforcement Actions > Chapter 5.

2.4.2 Résolution

Principes internationaux

Au niveau international, le cadre de référence en matière de résolution bancaire est constitué par les *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*²⁴³. Ces principes définissent les composantes essentielles qu'un régime de résolution doit comporter : l'existence d'une autorité de résolution indépendante, disposant de pouvoirs étendus et rapides ; la possibilité de recourir au *Bail-in* pour imposer des pertes aux actionnaires et créanciers ; l'obligation pour les grandes banques de préparer des plans de rétablissement et de résolution (*living wills*) ; ainsi que des mécanismes de financement *ex ante* par le secteur. Les *Key Attributes* prévoient ainsi la possibilité de mettre en œuvre une liquidation ordonnée d'un établissement, tout en garantissant la continuité de ses fonctions critiques. Pour y parvenir, différents outils sont mentionnés : la création d'une entité-relais (*bridge institution*) afin d'assurer temporairement la poursuite des activités essentielles ; la cession d'activité (*sale of business tool*) ou le transfert d'actifs et de passifs à un tiers ; la mise en place d'une structure de séparation d'actifs (*asset separation tool*) destinée à isoler les actifs problématiques ; et enfin l'application du renflouement interne (*Bail-in tool*) qui permet de recapitaliser l'entité défaillante en faisant supporter les pertes à ses actionnaires et créanciers. L'ensemble de ces instruments vise à assurer qu'une banque puisse être résolue sans recourir à un soutien public exceptionnel tout en protégeant la stabilité du système financier.

Union européenne

Dans l'Union européenne, le régime de résolution bancaire repose sur la directive 2014/59/UE²⁴⁴ (Bank Recovery and Resolution Directive : BRRD) ainsi que, pour la zone euro, sur le règlement (UE) n° 806/2014 instituant le Mécanisme de résolution unique (MRU)²⁴⁵. Lorsqu'une banque est jugée en défaillance ou susceptible de l'être, la décision de résolution est prise conjointement par le Conseil de résolution unique (SRB) et les autorités nationales de résolution en cas d'intérêt public. La philosophie est d'organiser une liquidation ordonnée tout en évitant le recours à des fonds publics. Pour ce faire, plusieurs outils sont prévus. Le *Bail-in* est central : il impose aux actionnaires et créanciers d'absorber les pertes par la conversion ou l'annulation de leurs titres. D'autres instruments existent également, tels que la cession d'activité (*sale of business*), la création d'une banque-pont (*bridge institution*) pour maintenir les fonctions critiques, ou encore la séparation d'actifs (*asset separation tool*) afin d'isoler

²⁴³ www.fsb.org > Publications > Policy Documents > Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions.

²⁴⁴ www.eur-lex.europa.eu > Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) N° 1093/2010 and (EU) N° 648/2012, of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance.

²⁴⁵ www.eur-lex.europa.eu > Règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniforme pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010.

les créances douteuses. La mise en œuvre de ces outils est financée, si nécessaire, par le Fonds de résolution unique (SRF), abondé *ex ante* par des contributions des établissements de crédit. Ce dispositif vise à assurer la continuité des services essentiels, à protéger la stabilité financière et à réduire au minimum la charge pour le contribuable.

Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, le cadre de résolution bancaire repose principalement sur le *Banking Act 2009*, qui institue le *Special Resolution Regime* (SRR)²⁴⁶, complété par les réformes postérieures à la crise financière et aligné sur les principes des *Key Attributes* du FSB. Lorsqu'un établissement est jugé en défaillance ou susceptible de l'être, la décision d'entrée en résolution relève de la Bank of England, agissant en tant qu'autorité de résolution, en coordination avec la PRA et le HM Treasury (département des finances). L'objectif est de mener une résolution ordonnée permettant d'assurer la continuité des fonctions critiques sans recourir à un soutien public exceptionnel. À cette fin, le régime britannique prévoit un éventail d'instruments analogues à ceux consacrés au niveau international. Le renflouement interne (*bail-in*) y occupe une place centrale, permettant d'imposer des pertes aux actionnaires et créanciers par conversion ou annulation de leurs créances. D'autres outils peuvent également être mobilisés, tels que la cession d'activité de l'ensemble de la banque ou de certains secteurs d'activités (*sale of business*), la création d'une banque-relais en tant que filiale de la *Bank of England* (*bridge bank*) ou encore la séparation d'actifs (*asset separation tool*) afin d'isoler les actifs problématiques. La mise en œuvre de ces instruments repose en partie sur ou suppose la disponibilité préalable de moyens d'absorption des pertes (MREL), qui sont exigés à l'avance par les établissements ayant adopté la stratégie de résolution « *bail-in* ». En outre, il existe depuis janvier 2025 un mécanisme de recapitalisation pour les banques qui n'ont pas émis d'instruments de renflouement interne ni d'autres fonds de « *gone concern* » (notamment les petites et moyennes banques). Ce mécanisme s'appuie sur le système de garantie des dépôts (*Financial Services Compensation Scheme*, FSCS) et peut être utilisé comme mécanisme de financement pour la résolution ordonnée de la banque défailante, si celle-ci permettait de mieux garantir les objectifs de la résolution qu'une faillite avec remboursement des dépôts. Les coûts éventuels dans ce contexte sont réclamés au secteur par le FSCS après une crise. Les banques de plus grande taille ayant adopté la stratégie de résolution « *bail-in* » ou « cession d'activités » doivent démontrer, dans le cadre du *Resolvability Assessment Framework* (RAF), qu'elles peuvent effectivement être résolues. L'ensemble du système vise à garantir une liquidation ordonnée, à préserver la stabilité financière et à éviter le recours aux fonds publics.

États-Unis

Aux États-Unis, le cadre de résolution bancaire repose sur le Title II du *Dodd-Frank Act*²⁴⁷ (*Orderly Liquidation Authority*). Lorsqu'une institution financière systémique se

²⁴⁶ <http://www.gov.uk> > Home > Business and industry > Financial services > Banking act 2009 : special resolution regime code of practice (revised July 2025).

²⁴⁷ www.law.cornell.edu > LII > U.S. Code > Title 12 > Chapter 53 > Subchapter II > § 5381.

trouve en situation de défaillance, la FDIC est désignée comme autorité de résolution (*receiver*). La stratégie suivie vise à éviter un renflouement public (*Bail-out*) et à organiser une liquidation ordonnée (*orderly liquidation*) tout en préservant la stabilité financière. La FDIC dispose pour cela de plusieurs instruments. Elle peut transférer tout ou une partie des actifs et passifs vers une banque-relais (*bridge financial company*), procéder à la vente d'actifs sains ou encore appliquer un mécanisme de renflouement interne (*Bail-in*) par conversion ou annulation de dettes. L'outil de *bail-in* constitue le cœur du dispositif, puisqu'il permet de recapitaliser l'entité défaillante en faisant supporter les pertes aux actionnaires et créanciers non garantis. Pour financer la transition, la FDIC peut recourir à l'*Orderly Liquidation Fund*, qui constitue une ligne de crédit auprès du Trésor, remboursée a posteriori par des contributions du secteur. L'ensemble de ces mesures vise à garantir que les fonctions critiques continuent d'être assurées, tout en évitant une mise à contribution immédiate des deniers publics.

Swiss Finish

Il n'est pas créé de Swiss Finish au sens de l'article 4 LACRE. Les modifications constituent plutôt un alignement conceptuel et fonctionnel avec les meilleures pratiques reconnues au niveau international.

2.5 Protection des déposants

Principes internationaux

Les *Principles*²⁴⁸ de l'*International Association of Deposit Insurers* (IADI) ne renferment aucun principe sur le versement des avoirs de prévoyance.

UE, Royaume-Uni et États-Unis

Ni l'UE²⁴⁹, ni le Royaume-Uni²⁵⁰ et les États-Unis n'ont édicté de réglementation concernant le paiement des avoirs de prévoyance.

Swiss Finish

Les mesures sont ainsi absentes du contexte international. Comme elles n'existent qu'en Suisse et dans aucune des autres juridictions examinées, il s'agit bien de *Swiss Finish* au sens de l'art. 4 LACRE.

²⁴⁸ www.iadi.org > What we do > Policy > Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems (November 2014).

²⁴⁹ Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, art. 8.

²⁵⁰ www.prarulebook.co.uk > Depositor Protection.

2.6 Collaboration des autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières

Principes internationaux

En 2016, le FMI, le CSF et la Banque des règlements internationaux (BRI) ont évalué la répartition des compétences institutionnelles en matière de stabilité financière. Leur analyse a permis d'identifier plusieurs caractéristiques ou pratiques d'une politique macroprudentielle efficace²⁵¹. On y voit à quel point un cadre institutionnel adapté s'impose pour garantir l'efficacité de la politique macroprudentielle. Les mécanismes visant à promouvoir une collaboration efficace entre les autorités concernées sont également essentiels, comme la délimitation des tâches, la création de plateformes d'échanges réguliers, des procédures décisionnelles claires et l'encouragement ou la garantie des échanges d'information.

Union européenne

Le Comité européen du risque systémique (CERS, *European Systemic Risk Board*) est chargé de surveiller le système financier européen et de prévenir ou atténuer les risques systémiques. En tant qu'organe, il peut émettre des avertissements et des recommandations à l'intention des États membres et des autorités de l'UE, ainsi que mener ses propres enquêtes et analyses d'informations. Il dispose de son propre secrétariat et publie un rapport annuel. Ses membres comprennent la Banque centrale européenne (présidence), les autorités de surveillance européennes, les autorités de surveillance des États membres, la Commission européenne, des conseillers scientifiques et d'autres autorités encore²⁵².

France

Le *Haut Conseil de stabilité financière* veille à la stabilité financière et a pour mission de faciliter la coopération et l'échange d'informations entre les institutions. Il peut publier des évaluations et des recommandations (par ex. sur l'activation des coussins de fonds anticycliques, les suppléments de fonds propres du pilier 1 ou les conditions d'octroi de crédits), pour autant que ses membres, à savoir la Banque de France, le ministère de l'Économie et des Finances ainsi que les autorités de surveillance soient d'accord. Le Haut Conseil, qui rend compte chaque année au Parlement et au public, est soutenu par un secrétariat commun au ministère et à la banque centrale²⁵³.

Royaume-Uni

Le cadre réglementaire de gestion des crises financières (*Framework für Financial Crisis Management*), basé sur un protocole d'entente (*MoU*), définit la répartition des

²⁵¹ www.fsb.org > uploads > IMF/FSB/BIS (2016): Elements of Effective Macroprudential Policies – Lessons from International Experience.

²⁵² <https://www.esrb.europa.eu/about/orga/html/index.en.html>.

²⁵³ <https://lannuaire.service-public.gouv.fr> > Accueil > Annuaire > Ministères > Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle, énergétique et numérique > Haut Conseil de stabilité financière > Secrétariat du Haut Conseil de stabilité financière.

rôles entre le ministère des finances et la banque centrale (*Bank of England*), qui est également responsable de la surveillance macroprudentielle au Royaume-Uni. Il régit notamment les compétences en cas de menace pour la stabilité financière, de nécessité de mesures de stabilisation et de recours aux fonds publics²⁵⁴. Les autorités impliquées conservent leurs compétences. Au besoin, il sera fait appel à d'autres autorités de surveillance (dont la *Financial Conduct Authority*). Il n'existe ni secrétariat commun, ni obligation commune de rendre des comptes.

États-Unis

Le Conseil de contrôle de la stabilité financière (*Financial Stability Oversight Council*, FSOC) a pour mission d'identifier les risques pesant sur la stabilité financière aux États-Unis et de promouvoir la discipline de marché et de renforcer la coopération entre les autorités. Le paysage de la surveillance des marchés financiers aux États-Unis est très fragmenté en comparaison internationale, car il existe des autorités de surveillance spécialisées dont le champ d'action géographique se limite à un seul État ou couvre tout le pays, et dont les domaines de compétence se recoupent parfois. Une banque peut donc avoir affaire simultanément à différentes autorités de surveillance, ce qui rend d'autant plus nécessaire une coopération efficace entre les autorités. Or le Conseil ne dispose pas de pouvoirs de réglementation ou d'instruction, mais peut adresser des recommandations aux autorités membres ou au pouvoir judiciaire américain, s'il estime que la stabilité financière est en péril. Il a pour membres le ministère des finances, la banque centrale (*Fed*) et les principales autorités de surveillance des marchés financiers américains, ainsi que d'autres autorités qui n'ont toutefois pas de droit de vote. Les décisions se prennent, selon la catégorie des affaires à traiter, à la majorité simple ou qualifiée ; les décisions ainsi que les procès-verbaux des séances sont publics et un rapport annuel est publié. Le Conseil est soutenu par un secrétariat qui fera appel, en cas de besoin, à des ministères ou à d'autres autorités²⁵⁵.

Contexte

Les compétences en matière de stabilité financière (surveillance micro- et macroprudentielle, assainissement et résolution, prêteur ultime) sont organisées de différentes manières d'une juridiction à l'autre. Il n'existe pas de solution unique et le modèle institutionnel de répartition des compétences et de coopération ne fait pas l'objet de normes internationales. Les organes nouvellement définis en Suisse pour la collaboration, à savoir le Conseil en stabilité financière et le Comité de stabilité financière, sont comparables aux approches suivies à l'étranger, à ceci près qu'ils ont un caractère moins formel et sont dotés de moins de compétences, qu'ils ne bénéficient d'aucun soutien opérationnel et n'ont pas de responsabilité commune. Ainsi le cadre institutionnel suisse est globalement plus svelte, il évite les redondances et respecte l'indépendance de la FINMA et de la BNS.

²⁵⁴ <https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-on-financial-crisis-management/memorandum-of-understanding-on-financial-crisis-management>.

²⁵⁵ <https://www.congress.gov/bills/111th-congress/house-bill/4173/text> (Subtitle A - Financial Stability Oversight Council).

Swiss Finish

Il n'est pas créé de *Swiss Finish* au sens de l'art. 4 LACRE, les mesures proposées ne concernant que les autorités elles-mêmes.

Il n'y a pas lieu de vérifier la conformité à la LACRE dans ce domaine, étant donné que la présente réglementation n'a aucune incidence directe ni sur l'économie, ni sur les entreprises.

2.7 Exonération de l'impôt anticipé²⁵⁶

UE (Allemagne et France)

L'Union européenne n'a pas légiféré dans ce domaine.

L'Allemagne prélève un impôt à la source sur les intérêts des obligations convertibles, des obligations à taux variable, des prêts participatifs et des participations tacites typiques, sur les revenus provenant de droits de jouissance ainsi que sur les intérêts de certains emprunts (y compris les obligations d'entreprises ou d'État). Il y a donc tout lieu de penser que les instruments TBTF, qui s'apparentent le plus aux obligations convertibles, sont également imposés à la source. Aucun régime d'exception n'est du moins connu.

La France ne prélève en principe pas d'impôt à la source sur les revenus d'intérêts payés au profit des personnes physiques ou morales résidentes. Un impôt à la source provisoire est toutefois prélevé dans le cas des personnes physiques résidentes, cette retenue étant imputée sur l'impôt sur le revenu à payer. Les revenus d'intérêts au profit de personnes non résidentes ne sont imposés à la source que s'ils sont versés à des résidents d'un État ou territoire non coopératif. Or même dans ce cas, l'impôt n'est pas prélevé si le non-résident apporte la preuve que les paiements ne sont pas effectués à des fins d'évasion fiscale. Autrement dit, les instruments TBTF ne sont pas imposés à la source en France, sauf si le paiement est effectué à un bénéficiaire situé dans un pays non coopératif et que celui-ci ne peut pas prouver l'absence de toute intention d'évasion fiscale.

Royaume-Uni

En principe, le Royaume-Uni prélève un impôt à la source sur les intérêts versés par un emprunteur britannique à un prêteur non britannique. Les intérêts encaissés sur les obligations d'État britanniques ainsi que sur les euro-obligations cotées en bourse sont exonérés de l'impôt à la source (lorsqu'ils sont versés à des investisseurs non résidents). Ainsi les CoCos, les obligations à amortissement différé et les obligations *bail-in* ne sont en principe pas soumises à l'impôt à la source, lorsqu'elles sont émises de manière classique (c'est-à-dire sous forme d'euro-obligations cotées). Seuls les

²⁵⁶ Cf. pour tout ce chapitre : www.ibfd.org, International Bureau of Fiscal Documentation.

instruments atypiques non cotés ou les émissions privées peuvent être soumis au régime de l'impôt à la source standard.

États-Unis

En principe, les États-Unis ne prélèvent pas d'impôt à la source sur les dividendes et les intérêts versés à des citoyens ou résidents américains. En revanche, les intérêts provenant de sources américaines et versés à des particuliers non résidents ou à des entreprises étrangères sont en principe soumis à l'impôt à la source américain. Il existe toutefois plusieurs exceptions à cette règle.

Swiss Finish

L'exonération de l'impôt anticipé pour les instruments TBTF ne crée pas de *Swiss Finish* au sens de l'art. 4 LACRE.

2.8 Évaluation de la réglementation TBTF

Il convient de compléter dans le sens de la recommandation n° 1 de la CEP les évaluations prévues à l'art. 52 LB dont le Conseil fédéral se charge aujourd'hui, à la demande du Parlement. Un tel examen régulier de la réglementation TBTF, tenant compte des intérêts de la stabilité financière, de la compétitivité de l'économie dans son ensemble et des développements de la réglementation internationale constitue une spécificité suisse. Il en va de même du rapport prévu à l'art. 52b AP-LB. Dans ces conditions, une comparaison avec le droit étranger n'a pas de raison d'être.

3 Présentation du projet

3.1 Réglementation proposée

3.1.1 Gouvernance d'entreprise

Régime de responsabilité et devoir de diligence

Le régime de responsabilité est destiné aux banques ayant une organisation complexe, c'est-à-dire ayant un effectif du personnel égal ou supérieur à 250 équivalents plein temps. Le Conseil fédéral définira, par la voie de l'ordonnance, la notion d'organisation complexe. En outre, la FINMA peut désigner d'autres banques devant être soumises au régime de responsabilité (cf. art. 19, let. b, AP-LB). Le régime de responsabilité s'appuie sur l'actuel régime de garantie d'une activité irréprochable (art. 3, al. 2, LB), qui fixe déjà aux personnes concernées des exigences d'aptitude professionnelle (*fitness*) ainsi que de probité et d'intégrité personnelle (*propriety*). De telles garanties sont une condition préalable à l'obtention et au maintien de l'autorisation d'exploiter une banque. Les conditions d'autorisation doivent être respectées en tout temps. Le régime de responsabilité comprend les éléments suivants :

- cercle des personnes concernées : toute personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, à savoir les personnes chargées de

l'administration et de la gestion (régime analogue à aujourd'hui, voir art. 3c, al. 1, AP-LB) et celles occupant des positions clés (art. 3c, al 2, AP-LB) ;

- régime d'autorisation : les banques doivent demander l'autorisation de la FINMA avant toute nomination définitive de personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable (art. 3, al. 3, AP-LB) ;
- obligation de documenter : responsabilités attribuées avec vue d'ensemble et déclaration de responsabilité (cf. art. 3d, al. 1 et 2, AP-LB).

Comme le régime de garantie d'une activité irréprochable couvre d'ores et déjà, dans de nombreuses banques, les principales personnes exerçant une influence notable, l'extension du cercle des personnes concernées s'annonce minime dans bien ces cas. Il se peut d'ailleurs qu'une même personne assume plusieurs fonctions, pour autant que le principe de séparation des fonctions soit respecté. Il restera en outre interdit de cumuler des fonctions relevant de la première ligne de défense (par ex. gestion de fortune) et de la deuxième ligne de défense (par ex. contrôle des risques). Des changements s'annoncent surtout dans les SIB actives au niveau international (*global systemically important bank*, G-SIB²⁵⁷), où le cercle des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable inclura à l'avenir les personnes directement subordonnées à un membre de la direction générale, même si des exceptions demeurent possibles.

Toutes les banques soumises au régime de responsabilité devront établir une documentation. La vue d'ensemble des responsabilités et la déclaration de responsabilité leur serviront à documenter les responsabilités confiées à toute personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable.

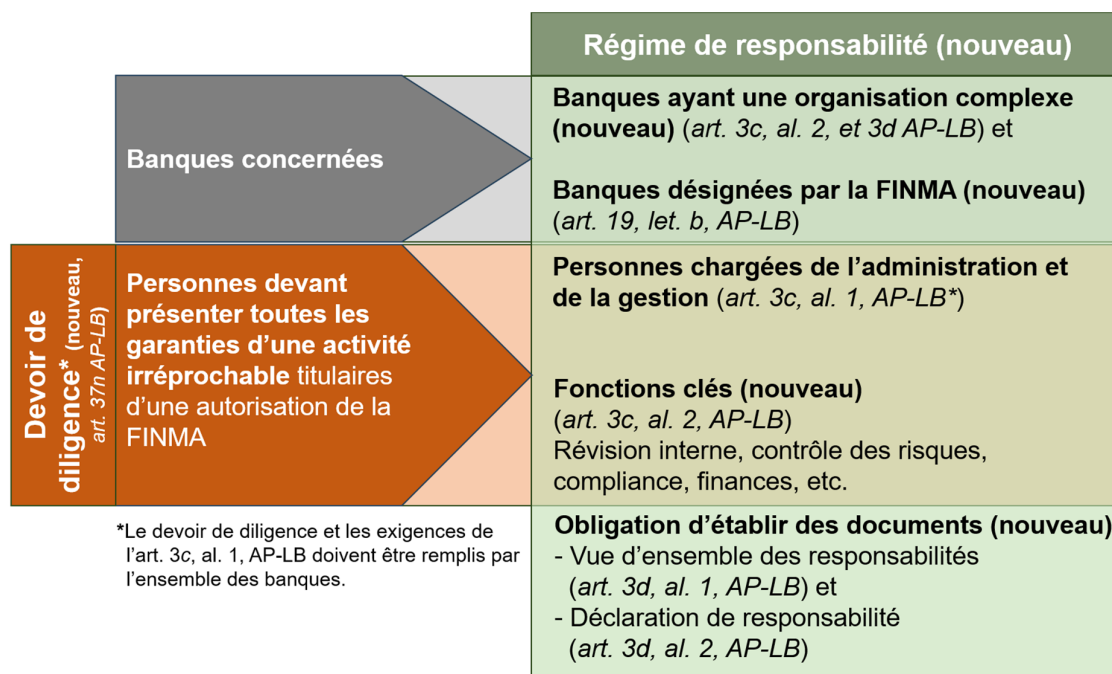
Les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable et dès lors soumises au régime de responsabilité ont un devoir de diligence à respecter (cf. art. 37n, AP-LB). Cette règle vaut pour toutes les banques. Il incombe aux banques de sanctionner toute violation du devoir de diligence par des mesures portant notamment sur la rémunération variable (cf. art. 5b, et 10b, AP-LB).

La règle proposée à propos du devoir de diligence reprend dans le droit bancaire les exigences du code des obligations (art. 717 CO), en précisant bien que cette exigence s'applique aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Toujours à ce propos, les personnes en question doivent veiller dans leur domaine de responsabilité au respect du droit en vigueur et des règlements internes de l'entreprise (art. 37n, AP-LB).

La figure 2 représente sous forme de schéma les spécificités du régime de responsabilité par rapport au devoir de diligence valable pour toutes les banques.

²⁵⁷ 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 ».

Figure 2 : lien entre le régime de responsabilité et le devoir de diligence



Rémunérations

Les exigences en matière de rémunération doivent désormais figurer dans la loi. Des principes minimaux ont été fixés pour toutes les banques, qui devront en tenir compte lors de l'aménagement de leurs systèmes de rémunération (art. 5c AP-LB). Les nouvelles dispositions de loi reprennent les règles essentielles énoncées par la FINMA dans sa circulaire sur les systèmes de rémunération (2010/01). Cet ancrage légal confère à la FINMA une base juridique solide pour intervenir auprès des banques concernées. Le Conseil fédéral fixera les nouvelles exigences par voie d'ordonnance, selon une approche proportionnée.

Dans le cas des SIB, des règles plus strictes devront s'appliquer aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable et à celles percevant une rémunération globale élevée (art. 10b AP-LB). Les banques doivent notamment reporter partiellement le versement des rémunérations variables. Il n'a donc pas lieu lors de leur attribution, mais à une date ultérieure. La durée de du report peut s'étendre sur plusieurs années. S'il s'avère, pendant ce délai, que la personne a eu un comportement fautif, il doit être possible de réduire, en tout ou en partie, les éléments de rémunération reportés encore dus (système de malus). Les SIB doivent prévoir dans leurs règlements internes des règles en la matière et s'y tenir. En outre, les systèmes de rémunération doivent inclure une réserve contraignante aux termes de laquelle, en cas de comportement fautif, elles peuvent exiger la restitution des rémunérations variables déjà versées (*clawback*). La banque s'assure ainsi qu'un comportement fautif puisse être sanctionné par des mesures affectant la rémunération, alors même que les rémunérations reportées ont déjà été versées. Il ressort toutefois des expériences faites à l'étranger que les demandes de restitution sont difficiles à faire reconnaître sur le plan juridique et qu'elles posent des défis opérationnels (par ex. récupération des

impôts et des cotisations sociales déjà payés). Les ajustements en cours d'année (*in-year-adjustments*) offrent en comparaison une plus grande sécurité juridique au stade de la mise en œuvre. Il s'agit ici d'une réduction de la rémunération variable à attribuer, au cas où la personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ou percevant une rémunération globale élevée aurait commis une faute.

Exigences générales en matière de gouvernance d'entreprise

Les exigences relatives à l'organisation d'une banque et la conception de la gouvernance d'entreprise restent très vagues et sont à peine esquissées dans la LB, à la différence des textes de loi plus récents sur les marchés financiers (à commencer par la LEFin). Diverses exigences en matière d'organisation figurent à l'heure actuelle dans son ordonnance (OB), alors que pour d'autres acteurs du secteur financier elles ont été ancrées dans la loi.

Il est par conséquent indiqué de reprendre dans la loi et de préciser les exigences en matière de gouvernance d'entreprise applicables aux banques. Une telle approche en augmentera le caractère juridiquement contraignant et tient également compte de la position des banques qui, dans le système d'autorisation en cascade de la LEFin, se situent au-dessus de tous les autres établissements financiers.

Les art. 3a et 3b AP-LB renforcent les exigences actuelles, en prévoyant notamment que la banque doit avoir une organisation opérationnelle adaptée à son champ d'activité, et donc à son modèle commercial (al. 3a, al. 2). En outre, la banque fixe des règles de gestion d'entreprise appropriées et s'organise de manière à pouvoir remplir ses obligations légales (al. 3b, al. 3). Enfin, l'article prévoit que la banque doit disposer d'un système de gestion des risques et de contrôles internes efficaces (art. 3b, al. 4). Les art. 3c ss AP-LB reprennent d'autres éléments de l'actuel art. 3 LB.

Le contenu des art. 3 à 3^{quater} LB a en outre été remanié, sans modifications de fond, dans les art. 3 à 3g AP-LB. La structure de ce chapitre était devenue opaque et difficile à comprendre au fil des ans, et les révisions se heurtaient à leurs propres limites. Les adaptations apportées ont pour effet de moderniser la LB et de l'harmoniser, en termes de structure, de densité réglementaire et de hiérarchie des normes, à d'autres lois sur les marchés financiers (dont la LEFin).

3.1.2 Surveillance

Intervention précoce

L'éventail des instruments d'intervention précoce de la FINMA sera précisé, afin de clarifier quels types de mesures seront disponibles selon le moment où elles pourront être prises. Ainsi, deux situations distinctes seront réglées dans la LB, soit :

- les interventions dans la surveillance courante concernant l'organisation (art. 19 AP-LB) et
- les interventions liées à des situations de risques élevés pour la santé économique de la banque ou pour d'autres intérêts des clients (art. 24 AP-LB).

Pour assurer une organisation adéquate (art. 19 AP-LB), la FINMA pourra notamment agir, afin de faire respecter les nouvelles dispositions relatives au régime de responsabilité, ainsi que pour corriger les déséquilibres entre l'activité de la banque, ses risques et les mesures de la banque visant à gérer les risques. Cette possibilité d'intervention contiendra une dimension préventive (« dans un avenir proche »), permettant ainsi à la FINMA d'agir avant qu'une violation du droit de la surveillance ne soit survenue. La FINMA pourra se fonder sur des critères quantitatifs ou qualitatifs pour évaluer si son action est requise.

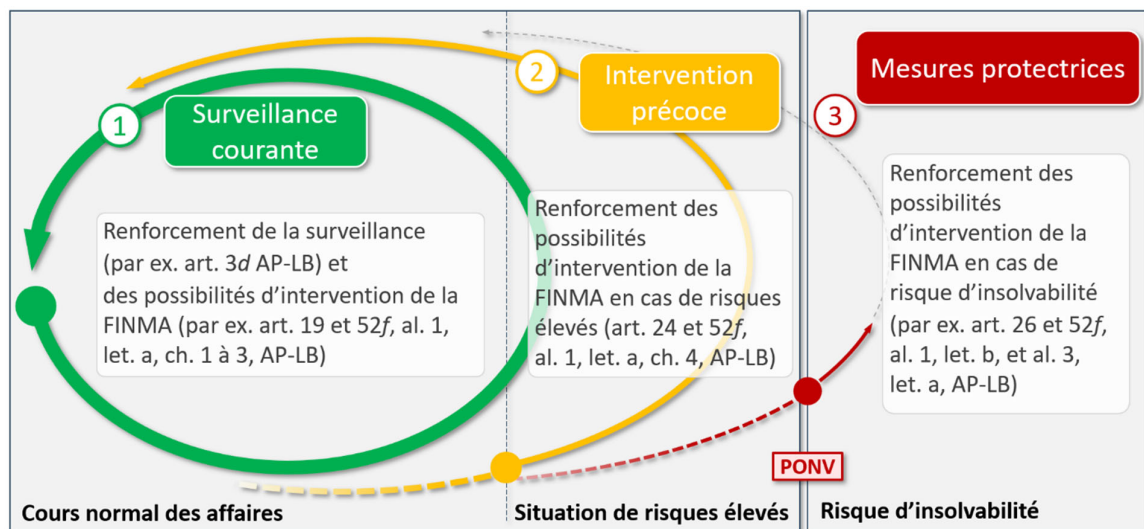
L'article 24 AP-LB permettra à la FINMA d'appliquer un large éventail de mesures visant à éviter (« dans un avenir proche ») ou à gérer les situations de risques élevés qui sont susceptibles d'impacter ou impactent considérablement la situation économique d'une banque, soit sa dotation en fonds propres ou en liquidités. Par ailleurs, la FINMA pourra également agir si d'autres risques menacent les intérêts des clients (par ex. manquements importants dans les systèmes de contrôle internes). La FINMA pourra se fonder sur des critères quantitatifs ou qualitatifs pour évaluer si son action est requise.

Au vu de l'importance des mesures visant à assurer une organisation adéquate et à stabiliser une banque dans une situation de risques élevés, les recours formés contre des mesures prises sur la base des art. 19 et 24, AP-LB n'auront pas d'effet suspensif (cf. chap. 4.1 concernant l'art. 52f AP-LB).

Enfin, en ce qui concerne les mesures protectrices en cas de risque d'insolvabilité d'une banque (art. 26 LB), plusieurs mesures qui figurent actuellement dans la liste de l'art. 26 al. 1, LB figureront désormais aux art. 19 et 24 AP-LB. Ces deux articles incorporeront d'autres mesures qui viendront aussi compléter la liste de l'art. 26 al. 1, AP-LB. Ce changement garantira davantage de sécurité juridique et favorisera les interventions de la FINMA dans ces différents contextes.

La figure 3 présente de manière schématique trois phases d'intervention de la FINMA réglées dans la LB, soit les interventions dans la surveillance courante, les interventions dans des situations de risques élevés et les mesures protectrices en cas de risque d'insolvabilité.

Figure 3 : situations différenciées



Instruments de surveillance

Information du public

Le but principal de la modification de l'art. 22 LFINMA est d'introduire une publication systématique des décisions finales rendues dans les procédures ouvertes selon l'art. 30 LFINMA. Comme aujourd'hui, la publication interviendra au moment du prononcé de la décision, de manière nominative toutefois pour les personnes morales. Les informations relatives aux personnes physiques seront quant à elles publiées de manière anonyme. La FINMA peut exceptionnellement renoncer à publier une information lorsque celle-ci porterait atteinte à des intérêts publics ou privés prépondérants, notamment si elle menace la stabilité des marchés financiers ou compromet des enquêtes en cours.

Le projet ne modifie pas de manière substantielle le régime actuel applicable aux cas particuliers qui continueront d'être publiées par la FINMA uniquement si un besoin de surveillance le justifie, soit de façon exceptionnelle. Il précise toutefois également que les enquêtes en cours pourraient, aux mêmes conditions, faire l'objet d'une communication pour codifier la pratique actuelle de la FINMA principalement en matière d'établissements non autorisés. En vertu de l'art. 22, al. 4, AP-LFINMA, la FINMA pourra aussi communiquer aux mêmes conditions sur des mesures visant à assurer une organisation adéquate, d'intervention précoce ou les mesures protectrices. Le contrôle judiciaire qui prévoit un droit d'être entendu continue de s'exercer via l'art. 25a PA (décision sur actes matériels), la protection juridique pouvant toutefois être garantie *a posteriori* par l'art. 25a PA dans les cas urgents où une information immédiate s'impose pour des raisons de droit administratif, sans consultation préalable de la personne concernée.

Sanctions administratives pécuniaires

Le projet introduit à l'art. 37a AP-LFINMA une base légale explicite permettant à la FINMA d'infliger une sanction administrative pécuniaire en cas de violation grave des

dispositions de la LFINMA ou des lois sur les marchés financiers mentionnées à l'art. 1, al. 1, LFINMA. La sanction peut atteindre jusqu'à 10 % du total du produit d'exploitation annuels moyens des trois derniers exercices déterminés selon les règles comptables applicables aux assujettis ayant la forme de personnes morales ou de sociétés de personnes. L'objectif est de doter l'autorité d'un instrument dissuasif, répressif, proportionné et adapté à la taille des établissements. Une réduction de la sanction est prévue lorsque l'assujetti collabore au-delà de ses obligations légales ou conclut un accord amiable (voir ci-dessous les explications relatives aux accords amiables).

Afin de résoudre la contradiction entre les obligations de collaborer relevant du droit de la surveillance et le principe pénal procédural du *nemo tenetur se ipsum accusare* et comme présenté à l'option 2 du rapport du Conseil fédéral sur les sanctions administratives pécuniaires du 23 février 2022²⁵⁸, l'avant-projet introduit une réglementation explicite de l'étendue de l'obligation de collaborer et du droit de se taire dans la procédure de sanction à l'art. 37b AP-LFINMA. En effet, pour ce type de sanctions et contrairement aux autres instruments de la FINMA, les garanties de l'art. 6 CEDH sont en principe applicables. Ainsi, dans cette procédure, l'assujetti demeure tenu de fournir les renseignements factuels et les documents préexistants nécessaires à la surveillance, mais il n'est pas tenu de reconnaître une violation du droit de la surveillance soit de s'auto-incriminer. Les reconnaissances du droit de la surveillance, obtenues dans le cadre de la surveillance courante ou d'investigations, ne pourront pas être utilisées contre la volonté de l'assujetti pour prononcer une sanction administrative pécuniaire. Cette clarification assure un équilibre entre les exigences de la surveillance prudentielle et la protection des droits procéduraux des assujettis.

Le projet introduit des compétences identiques pour l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision aux art. 38a AP-LSR et 38b AP-LSR.

Settlements

Avec l'introduction des sanctions administratives pécuniaires, il est également prévu d'instaurer un mécanisme d'accord amiable à l'art. 37c AP-LFINMA. La FINMA pourra proposer à l'assujetti de clore une procédure par un accord portant notamment sur les mesures nécessaires pour rétablir l'ordre légal. Cet instrument, fondé sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité, permettra de raccourcir les procédures, d'encourager la collaboration des assujettis et de limiter les recours, tout en garantissant une publication transparente comparable à celle des autres affaires d'*enforcement*.

Le projet introduit des compétences identiques pour l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision aux art. 38a et 38c AP-LSR.

Astreintes

La projet introduit également des astreintes à l'art. 32a AP-LFINMA, afin de renforcer la capacité de la FINMA à faire exécuter ses décisions. Lorsque, malgré un rappel et un délai une décision exécutoire n'est pas respectée, la FINMA pourra ordonner le

paiement d'une astreinte pouvant atteindre 5 % du produit d'exploitation journalier moyen pour une durée maximale de six mois. Cet instrument vise à assurer l'exécution rapide et effective des mesures ordonnées, sans finalité répressive, et complète les autres moyens d'exécution prévus par la loi.

Obligation de renseigner et d'annoncer

Le cercle des personnes visées par l'obligation de renseigner sera élargi à l'ensemble des collaborateurs (y compris les membres des organes et les autres personnes devant présenter la garantie de l'activité irréprochable) (art. 29, al. 1, AP-LFINMA). Dans le cadre de cette adaptation, la formulation de l'obligation de déclarer est également précisée et il est clairement indiqué que cette obligation s'applique à toute personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable (art. 29, al. 2, AP-LFINMA). Les autres collaborateurs ne sont pas concernés par l'obligation de déclarer.

Au vu de cet élargissement et du postulat 24.3890 du CN Andreas Meier « Procédures de la FINMA. Résoudre le conflit entre l'obligation de collaborer et le droit de ne pas s'auto-incriminer » accepté à l'unanimité par le parlement, un nouvel article 38a AP-LFINMA doit être introduit pour interdire l'exploitabilité par les autorités pénales des déclarations auto-incriminantes orales ou écrites obtenues par la FINMA des personnes physiques sous la menace d'une sanction pénale. Cette disposition a pour objectif de cristalliser dans la loi la pratique actuelle des tribunaux afin de garantir la sécurité juridique, l'égalité de traitement et la transparence à l'égard des assujettis et de leurs collaborateurs.

Interdiction d'exercer et confiscation

En ce qui concerne l'interdiction d'exercer, deux éléments seront modifiés à l'art. 33 AP-LFINMA. Premièrement, à l'art. 33, al. 1, AP-LFINMA seront rajoutés les règlements internes de l'entreprise pertinents pour le droit de la surveillance, afin que, en cas de violation grave de ces derniers, une interdiction d'exercer une fonction dirigeante puisse être prononcée contre l'auteur. Deuxièmement, l'article 33 alinéa 2 AP-LFINMA sera modifié pour étendre la durée de l'interdiction d'exercer, en cas de récidive, à une durée indéterminée. Les formulations de ces deux modifications s'appuient largement sur l'art. 33a LFINMA.

Concernant la confiscation, l'art. 35, al. 1 et 2, LFINMA sera modifié de manière que le cercle des personnes visées par cet article soit élargi. Ainsi, en plus des personnes exerçant des fonctions dirigeantes, seront également visés tous les collaborateurs de l'assujetti. Partant, cette disposition pourra notamment concerner les conseillers à la clientèle ou les négociants qui n'exercent pas de fonction dirigeante.

Durée des procédures

Concernant les règles de procédure, un nouvel article sera ajouté dans la LB (art. 52f AP-LB). Selon l'art. 52f, al. 1, let. a, AP-LB, les recours formés contre le renforcement des exigences minimales en matière de fonds propres et de liquidités (art. 4 AP-LB), les mesures en cas de non-respect des exigences visées à l'art. 10, al. 2, AP-LB, les mesures d'organisation adéquate (art. 19 AP-LB) et les mesures d'intervention précoce

(art. 24 AP-LB) n'ont pas d'effet suspensif (cf. art. 55, al. 5, PA). Partant, ces décisions seront directement exécutoires.

Limitation des assouplissements relatifs aux prescriptions sur les fonds propres et les liquidités

Les modifications prévoient l'ajout d'un alinéa à l'art. 4 AP-LB. Selon l'art. 4, al. 3^{bis}, AP-LB, les assouplissements accordés aux SIB par la FINMA doivent désormais être limités dans le temps et faire l'objet d'une publication. La FINMA publie une liste des assouplissements octroyés. Les banques sont tenues d'informer le public sur les conséquences concrètes des assouplissements qui leur sont accordés.

Les dispositions transitoires relatives à l'art. 4, al. 3^{bis} portent sur les assouplissements déjà accordés aux SIB sans limite temporelle. Ceux-ci peuvent être maintenus sans limitation de durée. La FINMA doit également les publier dans une liste et les banques sont tenues d'informer sur leurs conséquences concrètes. La FINMA vérifie régulièrement l'opportunité de maintenir ces assouplissements sans limite temporelle.

Activités d'audit

La FINMA doit être autorisée à procéder elle-même en tout temps, sans conditions préalables, à des contrôles directs dans le secteur bancaire, comme le signale l'art. 23 AP-LB. Rien ne change pour autant à la complémentarité des contrôles de la FINMA et de ceux des sociétés d'audit.

Plusieurs mesures destinées à renforcer ponctuellement les exigences en matière d'indépendance des sociétés d'audit sont prévues pour qu'à l'avenir, la FINMA puisse continuer à se fier aux résultats de leurs contrôles :

Outre l'activité de révision proprement dite, les entreprises de révision fournissent d'autres prestations. À l'avenir, les sociétés d'audit soumises à la surveillance prudentielle seront uniquement autorisées à fournir des prestations en rapport avec leurs révisions (art. 24, al. 6, AP-LFINMA).

Dans la nouvelle réglementation, tant le choix de la société d'audit que les changements volontaires de société d'audit requièrent l'approbation préalable de la FINMA (art. 28a al. 1^{bis} à 1^{quater} AP-LINMA) qui a ainsi la possibilité d'empêcher les assujettis de se soustraire volontairement à un audit perçu comme trop rigoureux. En outre, la FINMA peut refuser, dans des cas justifiés, d'approuver le choix.

Par ailleurs, la durée maximale d'un mandat d'audit est désormais fixée à 14 ans (art. 28b AP-LFINMA). Autre limitation prévue, en cas de concentration des mandats au sein d'une société d'audit, la FINMA pourra interdire d'en accepter de nouveaux.

Il est encore prévu d'interdire complètement aux auditeurs responsables d'exercer, en parallèle à leur mandat d'audit, d'autres activités (notamment comme membres d'organes de direction) sur les marchés financiers (art. 9a AP-LSR).

Affaires de grande portée

Le conseil d'administration de la FINMA doit continuer de statuer sur les affaires de grande portée, qui revêtent dès lors une importance stratégique. Autrement dit, selon le message sur la FINMA, il lui appartient en particulier de prendre les décisions de grande portée préjudicielle ou entraînant de graves conséquences pour l'économie ou la politique de surveillance (telle la fermeture d'une grande banque ou entreprise d'assurance)²⁵⁹.

La LFINMA renfermera un article définissant de manière non exhaustive les affaires de grande portée. Il s'agit en substance des dispositions figurant aujourd'hui dans le règlement d'organisation de la FINMA. Le nouvel article contient une définition générale des affaires de grande portée et en énumère des exemples possibles, comme c'est déjà le cas aujourd'hui dans le règlement d'organisation. Il précise encore que c'est au conseil d'administration qu'il appartient de déterminer, au cas par cas, quelles affaires sont de grande portée. Les parties concernées ne peuvent pas déduire de la présente disposition le droit d'invoquer la compétence d'un organe précis de la FINMA.

Le nouvel article de loi reprend la répartition actuelle des tâches entre le conseil d'administration et la direction, tout en l'améliorant sur trois points essentiels par rapport à aujourd'hui :

Premièrement, la sécurité juridique est renforcée du fait que les dispositions du règlement d'organisation de la FINMA sont élevées au niveau de la loi, les tribunaux étant liés par les lois alors qu'un règlement d'organisation n'a pas la même force normative, même quand son existence est prévue dans la loi, ici la LFINMA. Et comme son libellé reprend la disposition actuelle ayant fait ses preuves, les questions d'interprétation et donc les risques de contestation des éventuelles décisions rendues diminuent d'autant.

Deuxièmement c'est désormais au législateur, et non plus à la FINMA, de définir ce que sont les affaires de grande portée. La loi précise que, comme auparavant, le conseil d'administration détermine au cas par cas si une affaire est de grande portée.

Troisièmement, il convient de préciser que la répartition des compétences relève exclusivement de l'organisation interne. Il convient donc de stipuler explicitement que la décision du conseil d'administration en matière de compétences est définitive et n'est donc pas susceptible de recours. Cette précision vise à éviter que des parties concernées ne puissent exiger qu'une décision soit rendue par le conseil d'administration à la place de la direction, ou l'inverse. Toute contestation d'une décision au seul motif qu'elle aurait été prise par le mauvais organe est ainsi exclue. Cette solution renforce la sécurité juridique et la force exécutoire des décisions de la FINMA.

Exécution

Dans le cadre de l'exécution de la LFINMA et des autres lois sur les marchés financiers, dispositions d'exécution comprises, les moyens dont dispose la FINMA doivent faire l'objet d'une utilisation efficace et proportionnelle en termes de coûts et d'avantages

²⁵⁹ FF 2006 2741 ss, p. 2775

dans l'optique de la réalisation des objectifs de surveillance visés à l'art. 4 LFINMA, et les activités être hiérarchisées en fonction de leur importance ou urgence au moment de l'affectation des ressources. Dans ce contexte, le nouvel instrument des garanties au titre de la suspension de l'exécution (lettres de non-intervention, *no-action letters*) doit permettre à la FINMA de déprioriser certaines activités quand l'exécution est inappropriée ou incohérente, et dès lors ne pas faire appliquer temporairement la loi dans certains domaines ; il doit ainsi être possible de renoncer provisoirement à adopter des mesures de surveillance, d'*enforcement* ou d'autres actions concernant des dispositions spécifiques du droit des marchés financiers, y compris des dispositions d'exécution à des niveaux inférieurs, lorsque l'affectation de ressources à certaines activités visant la réalisation des objectifs de surveillance serait inappropriée ou incohérente, sans être justifiée non plus par l'importance ou l'urgence de la situation. Les ressources peuvent ainsi être utilisées plus judicieusement ailleurs.

3.1.3 Garantie des liquidités en cas de crise

Report de la publication d'informations en cas de soutien en liquidités fourni par une banque centrale

L'art. 5a AP-LB prévoit expressément la possibilité d'un report de la publication d'une annonce événementielle et de la communication prévue à la bourse lorsqu'un établissement perçoit un soutien en liquidités d'une banque centrale, afin d'atténuer la stigmatisation qui pourrait en résulter. Ce report de la publication d'informations relève de la responsabilité de l'établissement concerné, qui doit encore garantir la confidentialité des informations d'initiés.

Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités de la BNS

Le projet prévoit des modifications de loi ciblées visant à simplifier aux banques l'utilisation de créances de crédit ou la constitution d'autres sûretés pour garantir le soutien en liquidités fourni par la BNS (art. 17 à 17d AP-LB). Il s'agit notamment de faciliter la constitution et la réalisation de sûretés, en assouplissant tant les obligations contractuelles ou légales de garder le secret que les règles en matière de protection des données au profit de la banque cédante. Les assouplissements légaux concernant l'utilisation de créances de crédit doivent également tenir compte des droits de préférence et des droits accessoires au sens de l'art. 170, al. 1, CO qui y sont liés (par ex. actifs nantis), ainsi que des autres sûretés indépendantes (par ex. actifs cédés à titre de garantie).

Ces simplifications s'appliquent également au transfert ou au nantissement de créances de crédit par une banque au profit d'une société ad hoc créée à cet effet pour garantir les titres de créances émis (par ex. titres adossés à des actifs [*Asset Backed Securities*] ou titres de créances couverts [*Covered Bonds*]), à condition que la banque utilise ces titres exclusivement pour garantir un soutien en liquidités de la BNS.

Le projet prévoit en outre de simplifier l'élaboration nécessaire de cédules hypothécaires en tant que sûretés pour garantir un soutien en liquidités de la BNS (recours à un sous-dépositaire). Étant donné l'importance majeure que revêtent les cédules hypothécaires inscrites au registre en tant que sûretés destinées à garantir un

soutien en liquidités de la BNS, la possibilité légale déjà prévue dans le code civil²⁶⁰ visant à faciliter la transformation des cédulas hypothécaires sur papier inscrites au registre foncier avant le 1^{er} janvier 2012 en cédulas hypothécaires de registre doit être étendue à l'ensemble des cédulas hypothécaires sur papier inscrites au registre foncier, quelle que soit leur date de constitution.

3.1.4 Plan de stabilisation et résolution

Les modifications de loi proposées concernent principalement les aspects suivants :

- remplacement du terme « assainissement » par celui de « résolution » ;
- ajout aux objectifs TBTF d'une dimension internationale (art. 7, al. 2, AP-LB) ;
- ancrage dans la loi du plan de stabilisation (art. 9, al. 2, let. e, AP-LB) ;
- remplacement de l'actuel plan d'urgence par le plan de résolution, complété afin de prendre en compte, outre le maintien des fonctions économiques d'importance systémique, les risques pour la stabilité du système financier (art. 9, al. 2, let. d, AP-LB) ;
- complétion de la liste non exhaustive des mesures protectrices en cas de risque d'insolvabilité par l'ajout, notamment de mesures d'intervention précoce (art. 26 AP-LB) ;
- mention expresse de la sortie ordonnée du marché comme nouvelle option de résolution (art. 28, al. 1, AP-LB) ;
- définition d'objectifs généraux, dont la FINMA s'inspirera pour concevoir et mettre en œuvre la résolution et choisir les instruments de résolution (art. 28a, AP-LB) ;
- regroupement et formulation plus précise des bases légales régissant l'évaluation dans le cadre d'une procédure de résolution (art. 29a AP-LB) ;
- formulation des dispositions relatives à la cession d'activités, à la société relais et au transfert de patrimoine (art. 30 et 30b^{ter} ss AP-LB) ;
- impossibilité pour les créanciers de s'opposer à une résolution, y compris pour les banques sans importance systémique (abrogation de l'art. 31a AP-LB) ;
- limitation de la compensation accordée aux anciens actionnaires après une mesure de capitalisation au montant d'un éventuel dividende de faillite (art. 30b^{bis} AP-LB) ;
- regroupement du plan et de la décision d'assainissement de la FINMA dans un document unique, appelé décision de résolution ;
- accélération de la reconnaissance des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger (art. 37g AP-LB).

En raison des renvois figurant dans d'autres lois sur les marchés financiers, ces adaptations s'appliqueront également aux assujettis du secteur non bancaire (centrales

²⁶⁰ RS 210

d'émission de lettres de gage, directions de fonds, entreprises d'investissement, infrastructures des marchés financiers).

3.1.5 Protection des déposants

En ce qui concerne la protection des épargnants, le remboursement des avoirs de prévoyance s'effectue désormais hors de la procédure usuelle de collocation (art. 37a, al. 5 et art. 37b, al. 4, AP-LB). Dans le cas où les dépôts garantis peuvent être remboursés, le remboursement des éventuelles contributions versées par l'organisme de garantie s'effectue lui aussi en dehors de la collocation (art. 37a, al. 5^{bis} et art. 37b, al. 3, AP-LB). Une précision est encore apportée sur la question de la compensation (art. 37^{bis} AP-LB) lors du calcul du montant des dépôts privilégiés. Toutes ces adaptations ont pour effet de renforcer le système de garantie des dépôts.

3.1.6 Collaboration des autorités à des fins de prévention et de gestion de crises financières

Les éléments clés de la collaboration à venir entre les autorités sont la création d'un Conseil en stabilité financière (succédant au Comité directeur) et d'un Comité de stabilité financière (succédant au Comité de gestion des crises financières), l'instauration d'un principe général d'obligation de collaborer, ainsi que de nouvelles dispositions en matière d'information et de consultation figurant dans la loi (art. 54a ss AP-LFINMA). Tant la composition que la direction de ces deux organes restent inchangées par rapport à la réglementation actuelle du *Memorandum of Understanding* (MoU)²⁶¹ tripartite, tout en étant désormais régies par la loi. Le Conseil en stabilité financière se réunira à l'avenir au moins une fois par an, même dans les périodes sans crise. Quant au Comité de stabilité financière, il doit se réunir au moins quatre fois par an, mais, à l'instar du Conseil en stabilité financière, tous ses membres pourront au besoin convoquer une réunion extraordinaire. Les thèmes abordés ont par ailleurs gagné en variété et les deux organes seront davantage impliqués sur le terrain de la prévention des crises. Leur mandat devra préciser leurs obligations d'exécuter des exercices de crise, de discuter et d'élaborer des scénarios de crise, ainsi que d'examiner en détail les principaux aspects d'une résolution en règle.

Les nouvelles dispositions relatives à l'échange d'informations permettent de renforcer et d'améliorer la collaboration. D'une part, elles garantissent que des informations non publiques puissent être partagées tant entre les autorités impliquées (DFF, BNS et FINMA) qu'avec d'autres services fédéraux en cas de besoin. D'autre part, les nouvelles obligations d'informer et de consulter facilitent la collaboration avant et pendant les crises (y compris pour l'évaluation par ex. des risques encourus directement par les finances fédérales ou en lien avec des aides de l'État financées par la Confédération ; art. 54d ss AP-LFINMA).

²⁶¹ www.sif.admin.ch > Documentation > Informations spécialisées > 2019 > Le DFF, la FINMA et la BNS renouvellent leur coopération tripartite > Memorandum of Understanding entre le DFF, la FINMA et la BNS (2 décembre 2019)

La collaboration expressément prévue ici pour la prévention et la gestion des crises financières, qui s'étend à la BNS, prime sur la réglementation générale figurant dans l'ordonnance du 20 décembre 2024 sur l'organisation de crise de l'administration fédérale (OCAF)²⁶².

3.1.7 Exonération de l'impôt anticipé

Les dispositions d'exonération temporaire de l'impôt anticipé actuellement prévues à l'art. 5, al. 1, let. g et i, LIA pour les intérêts d'instruments TBTF doivent être reconduites pour une durée indéterminée.

3.1.8 Évaluation de la réglementation TBTF

L'actuel art. 52 LB doit être complété par un ajout proposé par la CEP. Dans ses futurs rapports au Parlement, le Conseil fédéral ne devra plus seulement examiner la comparabilité des dispositions TBTF sur le plan international et le degré de mise en œuvre des normes internationales correspondantes à l'étranger, mais aussi vérifier, de manière exhaustive et d'un point de vue stratégique, l'efficacité de ces dispositions et étudier les possibilités de les développer. Il s'agira notamment de tenir compte de manière appropriée de la taille considérable de la G-SIB suisse restante. Au vu de ces objectifs plus ambitieux, la périodicité des rapports passerait de deux à quatre ans.

Pour compléter l'évaluation de la réglementation TBTF faite par le Conseil fédéral à l'intention de l'Assemblée fédérale, il convient en outre de prévoir, à l'art. 52b AP-LB, un rapport de la FINMA à l'Assemblée fédérale. Ce rapport doit permettre à la FINMA de rendre compte, de manière régulière et ciblée, de la mise en œuvre pratique de la réglementation TBTF adoptée par le législateur. Contrairement au rapport du Conseil fédéral prévu tous les quatre ans à l'art. 52 AP-LB, un rapport annuel est ici prévu, sur le modèle du rapport de la FINMA sur la réalisation de ses propres objectifs stratégiques.

3.2 Adéquation entre les tâches et les moyens financiers

La modification proposée de la LB n'entraînera pour la Confédération aucune nouvelle tâche qui exigerait d'être financée par des fonds publics.

3.3 Questions relatives à la mise en œuvre

L'application des dispositions proposées ne nécessite pas le développement de technologies spécifiques, car la voie numérique et la mise en œuvre par l'intermédiaire de moyens électroniques sont possibles. Il n'est donc pas possible de simplifier l'exécution de ces dispositions au sens où l'entend la LACRE. Différents délais de transition sont toutefois prévus à cet effet dans les dispositions transitoires, ce qui

²⁶² RS 172.010.8

laissera aux banques et autres établissements financiers concernés suffisamment de temps pour mettre en œuvre la nouvelle réglementation à son entrée en vigueur.

3.4 Besoin de coordination avec la modification de la loi sur les banques proposée le 6 septembre 2023²⁶³

L'objet 23.062 (Loi sur les banques. Modification [*public liquidity backstop*], ci-après projet de PLB), qui prévoit déjà des modifications de la LB, est toujours en cours de traitement par le Parlement. Le projet de PLB et la modification proposée de la LB portent en partie sur les mêmes articles et, dans certains cas, il existe des interactions entre les modifications prévues dans les deux projets. Les explications qui suivent indiquent comment coordonner ces modifications pour le cas où les deux projets entreraient en vigueur.

Art. 3g

L'art. 3g du projet de PLB est couvert par les art. 3m et 3n AP-LB en ce qui concerne la modification proposée. Autrement dit, l'art. 3g AP-LB prévaut par rapport à l'art. 3g du projet de PLB et la modification de l'art. 3g du projet de PLB est de ce fait caduque. Si ce dernier entre en vigueur en premier, son art. 3g sera remplacé par les articles révisés de la LB dès leur entrée en vigueur.

Art. 10b

L'art. 10b du projet de PLB est couvert par les art. 54a, al. 1 et 54e, al. 3 et 4, AP-LFINMA. Autrement dit, l'art. 10b AP-LB prévaut dans tous les cas par rapport à l'art. 10b du projet de PLB. Si le projet de PLB entre en vigueur en premier, son art. 10b sera remplacé par les articles révisés de la LB dès leur entrée en vigueur.

Art. 26, al. 1

Si le projet de PLB entre en vigueur avant la révision proposée de la LB, sa version de l'art. 26, al. 1, let. i, deviendra l'art. 26, al. 1, let. e lors de l'entrée en vigueur de la loi révisée. Si la révision proposée de la LB entre en vigueur avant le projet de PLB ou en même temps, l'art. 26, al. 1, let. i selon le projet de PLB deviendra l'art. 26, al. 1, let. e.

Art. 32a

Le projet de PLB, qui prévoit une modification de l'art. 32a LB, utilise le terme d'assainissement. La modification de la LB proposée remplace, dans la loi, le terme d'assainissement par celui de résolution, lequel prévaut. Si le projet de PLB entre en vigueur avant la révision proposée de la LB, le terme d'assainissement devra être remplacé par celui de résolution dans l'article concerné dès l'entrée en vigueur de la loi révisée. Si le projet de PLB entre en vigueur après la modification proposée de la

²⁶³ FF 2023 2166

LB, le terme d'assainissement devra être remplacé par celui de résolution à l'art. 32a, al. 3, let. b, c, et e lors de son entrée en vigueur.

Art. 37a, al. 5 et 5^{bis}, AP-LB et art. 32i, al. 2, let. a du projet de PLB

- Si la révision proposée de la LB entre en vigueur avant ou en même temps que le projet de PLB, sera retenu l'art. 37a, al. 5 et 5^{bis}, AP-LB et non l'art. 32i, al. 2, let. a du projet de PLB.
- Si le projet de PLB entre en vigueur avant la révision proposée de la LB, son art. 32i, al. 2, let. a entrera d'abord en vigueur, puis sera abrogé lors de l'entrée en vigueur de la révision proposée de la LB, étant remplacé par l'art. 37a, al. 5 et 5^{bis}, AP-LB.

4 Commentaire des dispositions

4.1 Loi sur les banques

La LB existe depuis plus de 90 ans. À la suite de nombreuses révisions partielles, sa structure s'est développée au fil du temps et diffère aujourd'hui de celle des lois plus récentes sur les marchés financiers, en particulier de la LEFin, la plus récente d'entre elles, qui contient notamment les dispositions relatives à l'autorisation des établissements. Le présent projet législatif offre dès lors l'occasion de moderniser avec retenue les dispositions de l'actuel chapitre II « Autorisation pour la banque d'exercer son activité ».

Art. 2^{bis}, al. 1, phrase introductive et let. a

La compétence de la FINMA en matière de faillite, et donc l'applicabilité des dispositions correspondantes, s'étend désormais également aux sociétés holdings intermédiaires d'un groupe financier ou d'un conglomérat financier domiciliées en Suisse ainsi qu'aux sociétés ad hoc et aux sociétés relais ayant leur siège en Suisse et créées aux fins d'une procédure de résolution au sens des art. 28 à 32 LB. Cette extension vise à garantir que les compétences en matière de résolution couvrent l'ensemble des sociétés nécessaires à la résolution d'une banque. Comme pour les sociétés mères d'un groupe, cette compétence en matière d'insolvabilité s'applique directement et ne requiert aucune désignation préalable par la FINMA.

Remarque préliminaire concernant les chapitres II, IIa et IIb

Les dispositions générales du chapitre II, qui régissent les conditions d'octroi de l'autorisation pour la banque d'exercer son activité, sont particulièrement concernées par les modifications structurelles. Tous les articles de ce chapitre sont désormais dotés d'un titre. Les dispositions relatives aux groupes financiers et aux conglomérats financiers ainsi qu'aux banques dominées par des étrangers sont regroupées sous des intertitres (chapitre IIa et chapitre IIb), car elles se rapportent au même sujet. Les dispositions en vigueur ne subissent en principe aucune modification matérielle. L'introduction du régime de responsabilité constitue toutefois une nouveauté d'ordre matériel. Par ailleurs, certaines dispositions sont transférées de l'OB dans la LB, ce qui

n'entraîne aucune modification matérielle, mais vise à renforcer la sécurité juridique. Ces transferts ont également pour but d'harmoniser la hiérarchie des normes de la LB avec celle d'autres lois plus récentes sur les marchés financiers. Cette restructuration entraîne une nouvelle numérotation.

Ainsi, l'art. 3 LB (régime d'autorisation) est scindé et réparti entre les nouveaux art. 3 à 3*h*, AP-LB. L'art. 3*a* LB (banques cantonales) devient l'art. 3*i* AP-LB. Ces dispositions constituent le chapitre II.

Les art. 3*b* à 3*g* LB sont regroupés dans le nouveau chapitre II*a* (Dispositions spéciales concernant les groupes financiers et conglomérats financiers) et deviennent les art. 3*j* à 3*n* AP-LB.

Les art. 3^{bis} à 3^{quater} LB sont regroupés dans un nouveau chapitre II*b* (Dispositions spéciales concernant les banques dominées par des étrangers et banques étrangères) et deviennent les art. 3*r* à 3*t* AP-LB. En conséquence, les art. 3^{bis} à 3^{quater} LB sont abrogés.

À la suite du transfert de certains éléments de l'OB dans la LB, l'OB sera modifiée en conséquence à une date ultérieure.

Chapitre II Dispositions générales

Il convient de modifier le titre du chapitre II afin qu'il apparaisse clairement que ce chapitre contient des dispositions applicables à toutes les banques, tandis que les chapitres II*a* et II*b* contiennent des dispositions particulières applicables aux groupes financiers et aux conglomérats financiers, ainsi qu'aux banques dominées par des étranger et aux banques étrangères.

Art. 3 Autorisation pour la banque d'exercer son activité

L'article est complété par un intitulé et allégé dans la mesure où, comme indiqué précédemment, la majeure partie de son contenu est transférée dans les dispositions qui suivent.

Al. 1

Cet alinéa reprend l'actuel art. 3, al. 1, LB. Son libellé s'inspire de l'art. 5, al. 1 et 2, LEFin (refonte formelle). Les offices du registre du commerce veilleront à ce qu'une inscription au registre du commerce n'intervienne qu'après l'octroi de l'autorisation par la FINMA, comme ils le font déjà actuellement.

Al. 2

Son libellé s'inspire de celui de l'art. 7, al. 1, LEFin. L'article précise que l'autorisation est accordée à quiconque remplit les conditions prévues par la LB et ses dispositions d'application. Ces conditions comprennent notamment les dispositions des chapitres II, II*a* et II*b* AP-LB ainsi que d'autres exigences qui ne sont pas définies dans ces

chapitres, telle que l'exigence de mandater une société d'audit prudentiel, conformément à l'art. 18, al. 1, LB. La banque devra respecter au moins les exigences qui, pour des raisons pratiques, ne peuvent être remplies que dans le cadre de l'exercice de l'activité (par ex. les exigences en matière de fonds propres et de liquidités).

Al. 3

L'actuel art. 8a OB est transféré dans la LB. Une formulation analogue figure à l'art. 8 LEFin.

Les banques sont tenues de signaler à la FINMA si des faits déterminants pour l'obtention de l'autorisation sont modifiés. Cette disposition s'inscrit naturellement dans un régime d'autorisation et correspond à une pratique incontestée dans tous les domaines de la réglementation des marchés financiers (cf. art. 8 LEFin et art. 7 de la loi du 22 juin 2007 sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF]²⁶⁴). La modification qui fonde l'obligation de communiquer peut concerner le modèle d'affaires, certains services ou encore les organes ou personnes détenant des participations qualifiées. Une modification est considérée comme significative si elle est susceptible d'influencer le statut d'autorisation de la banque, c'est-à-dire de nécessiter un réexamen par la FINMA des conditions d'octroi de l'autorisation. Par conséquent, on est en présence d'une modification significative en cas de changement de membres des organes ou lorsque la nature des opérations, le modèle d'affaires, la forme juridique de l'entreprise ou les technologies qui sous-tendent le modèle d'affaires changent de manière considérable.

L'art. 8a OB fait référence aux personnes visées à l'art. 1b LB. Ces dernières ne sont désormais plus mentionnées, car l'al. 3 leur est applicable par analogie conformément à l'art. 1b, al. 1, LB.

Le Conseil fédéral précisera, par analogie avec l'art. 10 de l'ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (OEFin)²⁶⁵, les modifications devant être qualifiées de significatives. Les modifications qui doivent être inscrites au registre du commerce ne pourront l'être qu'après autorisation de la FINMA, conformément à ce que prévoit l'actuel art. 3, al. 1, LB (art. 3, al. 1, 2^e phrase, AP-LB). Il n'est dès lors pas nécessaire de reprendre expressément la deuxième phrase de l'art. 3, al. 3, LB.

²⁶⁴ RS 958.1

²⁶⁵ RS 954.11

Art. 3a Champ d'activité

Al. 1

Cette disposition correspond à l'actuel art. 9, al. 1, LB. La première partie de l'actuel art. 3, al. 2, let. a, LB est pratiquement identique. La référence au rayon géographique est reprise de l'OB dans la LB. Il s'agit ainsi d'éliminer un doublon entre la LB et l'OB. En définissant son rayon géographique, la banque précise si elle opère, par exemple, sur le marché local, régional, national ou international.

Al. 2

Une disposition au libellé similaire figure aujourd'hui à l'art. 9, al. 2, OB. L'art. 3, al. 2, let. a, LB mentionne déjà, dans sa première partie, que l'organisation doit correspondre à l'activité. L'al. 2 précise que l'organisation d'entreprise (notion plus actuelle que celle d'« organisation administrative ») doit correspondre au champ d'activité, c'est-à-dire aux activités commerciales exercées ainsi qu'à leur rayon géographique. La banque doit également disposer des ressources financières correspondant au champ et au rayon géographique de ses activités.

Art. 3b Organisation

Al. 1 et 2

Les al. 1 et 2 consacrent le système dualiste de gestion applicable aux banques (par opposition au système moniste en vigueur dans les pays anglo-saxons). Le système dualiste repose sur une séparation claire entre les organes chargés de la stratégie et de la surveillance (« organes chargés de la haute direction ») et les organes chargés de la gestion opérationnelle (« organes de gestion »). La deuxième partie de l'art. 3, al. 2, let. a, LB en vigueur prévoit qu'une telle séparation n'est nécessaire que lorsque le but social ou l'importance des affaires de la banque l'exige. À l'heure actuelle, cette disposition n'a toutefois qu'une portée pratique très limitée. Il ne peut être dérogé au principe de séparation que dans des cas exceptionnels. Les banquiers privés dont les associés assument une responsabilité illimitée constituent une telle exception. L'al. 1 prévoit ainsi qu'il peut être dérogé au principe du système dualiste dans des cas exceptionnels déterminés de manière précise.

Al. 3

Cette disposition inscrit pour la première fois explicitement dans la loi l'obligation pour les banques de disposer de règles de gestion d'entreprise appropriées. Elle correspond à l'art. 9, al. 1, LEFin. La banque doit mettre en place, maintenir et, au besoin, adapter des règles et des structures internes garantissant une gestion adéquate et conforme au droit. Elle doit s'organiser de manière à remplir en tout temps l'ensemble de ses obligations légales.

Al. 4

La LB en vigueur ne contient pas de disposition explicite exigeant des banques qu'elles disposent d'une organisation leur permettant de déterminer, de limiter et de contrôler les risques. Jusqu'à présent, cette exigence est prévue dans l'OB (cf. art. 12, al. 2, OB). Une règle analogue existe toutefois déjà pour les groupes financiers et les conglomérats financiers (art. 3f, al. 2, LB). Par ailleurs, le nouvel alinéa prévoit qu'une banque doit disposer d'un système de contrôle interne efficace et instituer un organe interne de révision. Les contrôles internes et l'organe interne de révision sont déjà mentionnés dans d'autres lois sur les marchés financiers, alors que, pour les banques, ces exigences sont jusqu'à présent réglées dans l'ordonnance (cf. art. 9, al. 2, LEFin, art. 27, LSA, et art. 12, al. 4, OB). La possibilité pour la FINMA de pouvoir exempter une banque de l'obligation d'instituer un organe interne de révision doit continuer à être réglé au niveau de l'ordonnance (cf. art. 12, al. 4, OB). L'al. 4 précise, en lien avec l'art. 3a, al. 2, qu'une banque ne peut réaliser que des opérations pour lesquelles elle dispose d'une organisation interne appropriée, notamment en ce qui concerne sa capacité à gérer les risques. En d'autres termes, il ne doit pas y avoir de disproportion entre l'activité, les risques qui en découlent et les mesures prises par la banque pour déterminer, limiter et contrôler ces risques.

Une gestion des risques appropriée doit, en lien avec la présentation des comptes, garantir notamment que tous les actifs et passifs ainsi que les opérations hors bilan soient correctement pris en compte. En particulier, les actifs et les passifs ne doivent être ni surévalués ni sous-évalués. À cette fin, des corrections de valeur et des provisions devront être constituées dans une mesure adéquate. Pour les actifs et les opérations hors bilan, le risque de défaillance devra être couvert par un montant adéquat de corrections de valeur et de provisions, dans le cadre de la norme comptable appliquée. La politique de la banque en matière de corrections de valeur et de provisions devra définir à cet effet des lignes directrices réalistes et non trop optimistes.

Al. 5

Cet alinéa confère au Conseil fédéral la compétence de définir par voie d'ordonnance les exigences applicables à l'organisation et précise que celui-ci devra veiller à ce que les règles soient adaptées à la taille de l'entreprise et aux risques encourus. Les normes fixées par voie d'ordonnance devront préciser les exigences en matière de gestion des risques, de système de contrôle interne et, de manière générale, d'organisation opérationnelle. Ainsi, certaines dispositions de la circulaire FINMA « Gouvernance d'entreprise – banques » (2017/01)²⁶⁶ devront être transposées dans l'ordonnance. En outre, ces normes pourront contenir des prescriptions relatives aux tâches de l'organe chargé de la haute direction, de son président ainsi que de l'organe de gestion. Par ailleurs, le Conseil fédéral pourra prévoir des règles concernant les exigences relatives à la composition et au nombre de membres de ces organes ainsi que les délais de carence applicables au passage de l'organe de gestion à l'organe de

²⁶⁶ www.finma.ch > Documentation > Circulaires > Circulaire 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » (22 septembre 2016).

la haute direction d'une banque. Il pourra déléguer à la FINMA la compétence d'édicter des dispositions d'exécution relatives aux exigences applicables à l'organisation.

Art. 3c Garantie d'une activité irréprochable

Par analogie avec d'autres lois sur les marchés financiers, cet article règle l'exigence de garantie d'une activité irréprochable applicable aux banques (cf. art. 11 LEFin, art. 14 LSA). Il précise quelles sont les personnes tenues de présenter une telle garantie. Celles-ci jouent notamment un rôle central dans le régime de responsabilité (art. 3d AP-LB), le devoir de diligence (art. 37n AP-LB) et les règles relatives aux rémunérations variables des SIB (art. 10b AP-LB).

Al. 1

Cet alinéa définit le cercle des personnes représentant la banque qui sont soumises à l'obligation de présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Celles-ci sont qualifiées de « personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable » et comprennent, comme aujourd'hui (art. 3, al. 2, let. c, LB), les membres des organes chargés de la haute direction et ceux des organes de gestion. Des personnes n'appartenant pas à un de ces organes peuvent également être considérées comme des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, dans la mesure où les compétences qui leur sont attribuées pourraient mettre en danger la pérennité de la banque²⁶⁷. En outre, les personnes occupant des postes clés au sein de banques ayant une organisation complexe sont désormais également soumises à cette obligation de garantie (cf. al. 2).

L'al. 1 inscrit en outre l'obligation pour les banques de garantir une activité irréprochable. Autrement dit, les banques sont elles-mêmes soumises à l'obligation de présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, au même titre que les autres titulaires d'une autorisation (cf. mesure n. 7 du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques)²⁶⁸. Ainsi, une banque dont l'organe chargé de la haute direction est, en tant que collège, si divisé qu'il n'est plus en mesure d'assumer ses tâches n'offre pas la garantie d'une activité irréprochable, même si chacun des membres du conseil d'administration satisfait individuellement à cette exigence (cf. message LSFIn/LEFin)²⁶⁹. Il en va de même lorsque l'organe chargé de la haute direction ne dispose pas, dans son ensemble, de l'indépendance nécessaire ou lorsque les organes chargés de la haute direction et de la gestion ne disposent pas, en tant que collèges, des connaissances techniques requises.

Par cette réglementation, le Conseil fédéral répond aux demandes formulées dans les postulats 24.4522 et 24.4538 de la CEP en prévoyant de fixer dans l'ordonnance que

²⁶⁷ BSK- BankG-Eymann/Gyr/Winzeler, 2026, art. 3, n. 17.

²⁶⁸ FF 2024 1023

²⁶⁹ FF 2015 8901, pp. 8219 ss

l'organe chargé de la haute direction dispose, dans son ensemble, de connaissances appropriées de la Suisse. Cette exigence garantit notamment que, dans le cas des banques actives sur le plan international, l'organe chargé de la haute direction soit en mesure d'assumer sa responsabilité envers l'économie suisse. Il appartiendra au président de cet organe d'assurer qu'il dispose des connaissances requises sur la Suisse. Les exigences relatives à une connaissance suffisante des conditions locales correspondent aux normes internationales. Ainsi, le CBCB prévoit que l'organe chargé de la haute direction doit, dans son ensemble, disposer d'une compréhension suffisante des conditions économiques, des marchés locaux et régionaux ainsi que du cadre juridique et réglementaire²⁷⁰. Cette exigence relative à l'aptitude collective est également suivie par la Banque centrale européenne et est expressément mentionnée dans le guide relatif à l'évaluation de l'honorabilité, des connaissances, des compétences et de l'expérience²⁷¹.

Al. 2

Conformément à l'al. 2, les personnes occupant des postes clés au sein d'une banque ayant une organisation complexe doivent présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Le Conseil fédéral définira les banques considérées comme ayant une organisation complexe (cf. al. 4, let. a). À l'instar des personnes visées à l'al. 1, celles visées à l'al. 2 doivent présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable et seront donc soumises à l'examen de la garantie d'une activité irréprochable par la FINMA. Ces personnes exercent une influence considérable sur la gestion de l'entreprise, les risques ou le système de contrôle interne. Elles ne sont pas nécessairement membres des organes chargés de la haute direction ou de la gestion, mais peuvent néanmoins exercer une influence déterminante sur le devenir de la banque. Les règles relatives à l'attribution des responsabilités prévues à l'art. 3d AP-LB leur sont applicables, de sorte qu'elles sont soumises au régime de responsabilité. Les domaines et fonctions énumérés aux let. a à h constituent des postes clés au sein de la banque.

Let. a

La fonction de révision interne constitue un élément essentiel du système de contrôle interne (généralement la troisième ligne de défense). C'est pourquoi la personne qui exerce la direction de cette fonction doit être soumise au régime de responsabilité. Il convient de relever que, dans un grand nombre de banques, la fonction de révision interne est externalisée à des tiers. Une telle externalisation demeure possible ; la

²⁷⁰ Basel Committee on Banking Supervision, Guidelines – Corporate governance principles for banks, p. 13, juillet 2015, consultable à l'adresse suivante : [Corporate governance principles for banks](#)

²⁷¹ Banque centrale européenne, Supervision bancaire, Guide relatif à l'évaluation de l'honorabilité, des connaissances, des compétences et de l'expérience, p. 49, décembre 2021, consultable à l'adresse suivante : [Guide relatif à l'évaluation de l'honorabilité, des connaissances, des compétences et de l'expérience](#).

surveillance de la révision interne devra alors être attribuée à une personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable.

Let. b

La fonction de contrôle des risques assure la surveillance et le *reporting* systématiques des positions de risque au sein d'une banque. Elle constitue donc elle aussi un élément central du système de contrôle interne (généralement au sein de la deuxième ligne de défense).

Let. c

La fonction de *compliance* au sein d'une banque comprend la surveillance du respect des prescriptions légales, réglementaires et internes, ainsi que des normes et règles de déontologie applicables. Le respect de ces règles étant essentiel pour les banques, cette fonction constitue également un élément central du système de contrôle interne (généralement au sein de la deuxième ligne de défense).

Let. d

La fonction de gestion des activités (*operations*) comprend notamment la responsabilité des processus opérationnels et de l'infrastructure dans laquelle ceux-ci se déroulent. Elle revêt donc une importance essentielle tant pour la fourniture de prestations aux clients que pour les processus internes de la banque.

Let. e

La fonction des finances assure l'établissement des rapports financiers ainsi que des rapports destinés à la FINMA. Elle comprend également la planification des fonds propres et des liquidités ainsi que la mise à disposition des informations indispensables pour la gouvernance d'entreprise.

Let. f

Les technologies de l'information et de la communication revêtent une importance centrale pour les banques, car elles garantissent l'efficacité, la qualité des services et la capacité d'innovation, tout en contribuant au respect des exigences réglementaires. Elles constituent à la fois l'épine dorsale de l'activité bancaire et un facteur clé d'un système de contrôle efficace.

Let. g

Les personnes qui dirigent des unités d'affaires significatives doivent également être considérées comme des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Le Conseil fédéral définira la notion d'unité d'affaires significative dans l'ordonnance (al. 4, let. b). Selon la définition envisagée, une unité d'affaires est considérée comme significative lorsqu'elle contribue à hauteur d'au moins 10 % au produit brut de la banque et constitue ainsi un pilier central de ses revenus. Les unités

d'affaires de niveau supérieur doivent également être considérées comme étant significatives lorsqu'elles regroupent une ou plusieurs unités d'affaires significatives. Les unités d'affaires significatives varient d'une banque à l'autre.

Let. h

Les autres fonctions centrales visées par cette lettre concernent des aspects essentiels de l'activité commerciale, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas déjà couverts par les fonctions et domaines décrits précédemment. Elles sont propres à chaque établissement et, le cas échéant, à sa situation particulière. Il peut également s'agir de fonctions importantes du point de vue des risques, mais qui n'ont pas ou peu d'incidence sur les revenus. Le Conseil fédéral définira les critères pertinents dans l'ordonnance (al. 4, let. c). Les fonctions suivantes sont notamment concernées :

- Trésorerie : la trésorerie a une fonction centrale dans de nombreuses banques, assumant notamment la responsabilité de la gestion des liquidités, du refinancement, de la gestion du bilan et de la gestion des risques de taux d'intérêt.
- Fonctions spécifiques à une situation donnée : ces fonctions ne sont pertinentes que temporairement. Elles entrent en ligne de compte lorsqu'une banque ayant une organisation complexe a mis en place une fonction spécifique en raison d'une situation particulière, par exemple à la suite d'une fusion ou dans le cadre de projets informatiques essentiels, tels que le renouvellement du système bancaire central.
- Autres unités d'affaires présentant des risques significatifs : il s'agit d'unités d'affaires dont la contribution aux revenus bruts est inférieure au seuil de 10 %, mais qui peuvent néanmoins exercer une influence importante sur la gestion de l'entreprise, les risques ou le système de contrôle interne.
- Niveau hiérarchique inférieur à celui de la direction dans les G-SIB : en tant que G-SIB, UBS dispose d'une organisation mondiale comptant plus de 100 000 collaborateurs (état en 2025). Elle est ainsi beaucoup plus grande que les autres SIB suisses. Dans une organisation de telle taille, outre les unités d'affaires significatives au sens de la let. g, certaines fonctions situées à un niveau inférieur à celui de la direction exercent également une influence considérable sur la gestion de l'entreprise, les risques ou le système de contrôle interne. Dans un souci de proportionnalité, il est essentiel que le régime de responsabilité tienne compte de la complexité organisationnelle accrue d'une banque de cette taille. Pour cette raison, les personnes directement subordonnées à un membre de la direction du groupe d'une G-SIB devraient en principe être également considérées comme des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Elles seront donc soumises au régime de responsabilité. Le cadre de gouvernance d'entreprise d'UBS définit déjà une grande partie de ces personnes comme « *key risk takers* ». Cette notion désigne les personnes qui, en raison de leur fonction, prennent des décisions déterminantes concernant l'affectation et la gestion d'une part importante des ressources de l'entreprise ou exercent une influence considérable sur

son profil de risque²⁷². On peut donc s'attendre à ce que ces personnes soient considérées comme des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Le Conseil fédéral pourra prévoir dans l'ordonnance la possibilité pour la FINMA d'accorder des exceptions aux personnes situées à un niveau inférieur à celui de la direction, pour autant que ces personnes n'exercent pas d'influence notable sur la gestion de l'entreprise, les risques ou le système de contrôle interne d'une banque.

Si les banques externalisent des fonctions importantes ou une partie d'entre elles, elles doivent confier la responsabilité de la surveillance de l'activité externalisée à une personne devant déjà présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Lorsque la fonction de révision interne, qui constitue une fonction de contrôle de l'organe responsable de la haute direction, est externalisée, sa surveillance doit être attribuée à un membre de cet organe.

Les fonctions énumérées aux lettres a à g devront être définies de manière exhaustive (en lien avec les compétences déléguées au Conseil fédéral) et pouvoir être mises en œuvre directement par les banques. Plusieurs fonctions peuvent être attribuées à une même personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, pour autant que la séparation entre la première, la deuxième et la troisième ligne de défense soit respectée. Ainsi, il est envisageable qu'une même personne assume, dans une banque, la responsabilité à la fois de la fonction de *compliance* et de celle de contrôle des risques. Cela suppose toutefois que ce cumul de fonctions soit approprié et que la personne concernée dispose des qualifications professionnelles requises pour assumer les responsabilités correspondantes. La FINMA pourra exiger que ces fonctions soient confiées à des responsables distincts lorsque cela s'imposera au regard d'une gouvernance d'entreprise appropriée ou lorsque les connaissances techniques requises feront défaut (art. 19, let. c, AP-LB).

Les banques définiront les fonctions visées à la let. h selon leur propre appréciation. Au besoin, la FINMA pourra adapter le cercle des personnes exerçant d'autres fonctions centrales (art. 19, let. d, AP-LB).

Al. 3

L'al. 3 reprend l'exigence de bonne réputation prévue à l'actuel art. 3, al. 2, let. c, LB, telle qu'elle figure aussi dans des dispositions similaires d'autres lois sur les marchés financiers (par ex. art. 11, al. 2, LEFin, et art. 14, al. 2, LSA). Il impose en outre aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable de disposer des qualifications professionnelles nécessaires à l'exercice de leur fonction.

Les al. 1 à 3 définissent ensemble l'exigence individuelle de garantie applicable aux personnes qui y sont soumises. Celle-ci comprend l'obligation de présenter toutes les

²⁷² UBS, Rapport annuel 2024, p. 230, consultable à l'adresse : <https://www.ubs.com/content/dam/assets/cc/investor-relations/annual-report/2024/annual-report-ubs-group-2024.pdf>.

garanties d'une activité irréprochable, de jouir d'une bonne réputation et de disposer des qualifications professionnelles requises par la fonction.

L'obligation de présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable suppose que les personnes concernées remplissent certaines conditions d'ordre personnel (correspondant aux notions anglaises de « *properness* » ou « *propriety* »)²⁷³. Elles devront en outre disposer des qualifications professionnelles requises (« *fitness* ») pour la fonction concernée. Les qualifications professionnelles sont expressément mentionnées à l'al. 3 ; l'expérience de direction peut également en faire partie. Toutefois, conformément à la pratique actuelle de la FINMA en matière d'autorisation, il ne sera pas exigé que chaque personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable remplisse individuellement l'ensemble des exigences en matière de qualifications professionnelles. Ces qualifications seront appréciées avant l'entrée en fonction de la personne, selon sa fonction et ses responsabilités ainsi qu'au regard de l'organe concerné dans son ensemble²⁷⁴.

Les dispositions relatives à la garantie d'une activité irréprochable devront être respectées en permanence. Elles seront donc soumises à la surveillance courante de la FINMA, même si aucun réexamen périodique n'est prévu. Une réévaluation pourra avoir lieu en présence d'indices pertinents, par exemple sur la base de contrôles effectués par la FINMA ou par les sociétés d'audit, ou encore à la suite d'événements extraordinaires tels qu'une perte importante. À l'issue d'une telle réévaluation, la FINMA pourra parvenir à la conclusion que la garantie d'une activité irréprochable n'est plus assurée. Cette exigence constitue une condition d'autorisation devant être respectée en tout temps. Si la FINMA constate qu'une personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable ne satisfait plus à cette exigence, elle ordonnera à l'établissement, conformément au droit en vigueur, de la relever de la fonction concernée (cf. rapport de la CEP, encadré 8)²⁷⁵. Contrairement à l'interdiction d'exercer une activité, le retrait de la garantie d'une activité irréprochable ne suppose pas une violation grave du droit de la surveillance. Ainsi, il est concevable qu'une personne ne remplisse plus cette exigence s'il apparaît, dans le cadre de son activité, qu'elle ne dispose pas des qualifications professionnelles requises par sa fonction, y compris des compétences de direction, alors même que la FINMA avait initialement accordé l'autorisation.

Lors de son examen de la garantie d'une activité irréprochable, la FINMA évaluera si les personnes appelées à exercer une fonction soumise à cette exigence remplissent les conditions requises. Cet examen interviendra systématiquement lors de l'octroi d'une nouvelle autorisation à une banque. Le remplacement d'une personne soumise à l'exigence de garantie ou la nomination à une fonction nouvellement créée constitue une modification significative et requerra donc l'autorisation préalable de la FINMA (cf.

²⁷³ Zulauf et Wyss (éd.), Finanzmarktenforcement, Berne 2022, p. 365.

²⁷⁴ FF 2015 9023

²⁷⁵ FF 2025 515, p. 192

art. 3b, al. 3, AP-LB). Aux fins de cette autorisation, les banques devront remettre en temps utile à la FINMA les documents nécessaires à l'évaluation de la garantie d'une activité irréprochable de la personne concernée. La FINMA procédera à cette évaluation sans délai et avec toute la diligence requise. Si des clarifications approfondies s'avèrent nécessaires, elle en informera immédiatement la banque. La banque sera libre d'annoncer la nomination de la personne concernée sous réserve de l'autorisation de la FINMA. L'entrée en fonction ne pourra toutefois intervenir qu'après l'obtention de cette autorisation.

Al. 4

L'al. 4 précise les compétences réglementaires qui sont déléguées au Conseil fédéral.

Let. a

Le régime de responsabilité ne s'applique pas à toutes les banques, mais seulement à celles dont l'organisation est plus grande et, partant, plus complexe. Le Conseil fédéral définira cette notion dans l'ordonnance. Selon la définition envisagée, les banques employant au moins 250 équivalents plein temps seront soumises au régime de responsabilité. Ce chiffre se base sur la définition des petites et moyennes entreprises (PME) utilisée par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO)²⁷⁶. En règle générale, plus le nombre de collaborateurs augmente, plus la complexité organisationnelle d'une banque s'accroît, en raison notamment d'une différenciation accrue des tâches, d'un besoin de coordination plus important et d'exigences plus élevées en matière de gouvernance. Cette définition de l'organisation complexe pourra évoluer au fil du temps et sera adaptée par le Conseil fédéral si nécessaire. Le recours au seuil applicable aux PME permet de concentrer le régime de responsabilité sur les banques les plus grandes et les plus complexes. La majorité des banques suisses se situent en dessous de ce seuil et ne seront donc pas concernées. Il ne devrait plus être nécessaire pour les banques dont l'effectif fluctue autour de 250 équivalents temps plein de satisfaire aux exigences du régime de responsabilité s'il est établi que leur effectif se maintiendra durablement au-dessus de ce seuil.

Let. b et c

Le Conseil fédéral définira les critères permettant de déterminer les unités d'affaires significatives et les autres fonctions centrales mentionnées à l'al. 2, let. g et h.

Art. 3d Attribution des responsabilités dans les banques ayant une organisation complexe

Cet article définit l'élément essentiel du régime de responsabilité, à savoir l'attribution des responsabilités au sein des banques ayant une organisation complexe. Cette

²⁷⁶ <https://www.kmu.admin.ch/fr> -> Savoir pratique -> Plus de sujets pratiques -> Faits et chiffres -> Chiffres sur les PME.

attribution documente les responsabilités que les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable doivent assumer.

Al. 1

Les banques ayant une organisation complexe sont tenues de définir les responsabilités essentielles à leur fonctionnement et de les attribuer aux personnes concernées. Elles devront élaborer et tenir à jour une vue d'ensemble des domaines et des fonctions, qui désigne clairement les personnes responsables et leurs missions. Elles se fonderont à cet effet sur l'organigramme existant de la banque.

Al. 2

Dans la déclaration de responsabilité, les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable confirment qu'elles sont responsables des tâches qui leur sont attribuées en vertu de leur fonction et de leur domaine. Elles doivent signer cette déclaration. Les signatures électroniques offrant un niveau de sécurité comparable sont admises. Par leur signature, elles confirment qu'elles sont responsables de l'exécution des tâches concernées. L'art. 37*n* définit le devoir de diligence qui leur incombe à cet égard.

La banque doit en principe attribuer les domaines et fonctions énumérés à l'al. 3*c*, al. 2, let. a à h, ainsi que les tâches liées à leur gestion, à des personnes qui sont membres de l'organe chargé de la haute direction, à moins que la responsabilité ne soit assumée par une personne extérieure à cet organe. Un tel cas peut notamment concerner la direction de la révision interne, qui, en tant qu'organe de contrôle indépendant, rend compte directement à l'organe chargé de la haute direction, ou la fonction de conformité, lorsque celle-ci ne constitue pas une fonction autonome représentée au sein de l'organe de gestion. La banque doit en outre attribuer certaines fonctions et les responsabilités qui y sont liées à l'organe de gestion. Sont notamment visés la présidence et les autres membres de cet organe ainsi que les présidences de ses comités.

Al. 3

Il appartiendra au Conseil fédéral de définir le contenu de la vue d'ensemble visée à l'al. 1 et de la déclaration visée à l'al. 2. Il devra notamment établir une liste des tâches qui incombent à la direction d'un domaine ou d'une fonction. La FINMA pourra édicter des dispositions d'exécution régissant notamment les procédures que les banques concernées devront respecter dans leurs relations avec la FINMA en matière de vue d'ensemble des responsabilités et de déclaration de responsabilité. À l'heure actuelle, la FINMA dispose déjà de processus standardisés pour l'autorisation des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, auxquels devront être intégrés les nouveaux processus relatifs à la vue d'ensemble et à la déclaration de responsabilité.

Art. 3e Lieu de la direction effective

Al. 1

La première phrase de cet alinéa figure actuellement à l'art. 10 OB ; elle est ainsi élevée au niveau de la loi. Une règle analogue figure à l'art. 10, al. 1, LEFin. La direction de la banque, assurée par les organes chargés de la haute direction et de la gestion, doit être exercée depuis la Suisse. Cette disposition exige donc une présence de la banque en Suisse et garantit à la FINMA un interlocuteur en Suisse²⁷⁷.

Al. 2

Cette disposition correspond à l'actuel art. 3, al. 2, let. d, LB (cf. également art 10, al. 2, LEFin). Elle exige que les membres de l'organe de gestion aient un domicile à partir duquel ils puissent effectivement exercer la gestion opérationnelle. La formulation « en assume la responsabilité », qui figure dans le libellé actuel, a été supprimée, car elle n'est pas appropriée dans ce contexte. La responsabilité des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable au sein de banques ayant une organisation complexe est au cœur du régime de responsabilité (art. 3c, al. 1 et 2, et 3d AP-LB) et relève également du devoir de diligence (art. 37n AP-LB).

Art. 3f Participations qualifiées

Al. 1

L'al. 1 reprend l'exigence de garantie applicable aux détenteurs de participations qualifiées, telle qu'elle figure actuellement à l'art. 3, al. 2, let. c^{bis}, LB. Celle-ci est complétée par l'exigence de bonne réputation, qui est implicitement incluse dans l'exigence de garantie. La mention explicite de la bonne réputation permet d'aligner cette disposition sur l'art. 3c, al. 3, AP-LB, l'art. 11, al. 3, LEFin et l'art. 14, al. 3, LSA, qui mentionnent également la bonne réputation en plus de l'exigence de garantie.

Al. 2

L'al. 2 reprend la définition de la participation qualifiée contenue à l'actuel art. 3, al. 2, let. c^{bis}, LB.

Al. 3

L'al. 3 correspond à l'actuel art. 3, al. 5, LB. Il ne fait l'objet d'aucune modification matérielle, mais uniquement d'une adaptation aux directives actuelles de technique législative.

²⁷⁷ BSK- BankG-Eymann/Gyr/Winzeler, 2026, art. 3, n. 36.

Al. 4

L'al. 4 reprend le contenu de l'actuel art. 3, al. 6, LB. Les banques devront annoncer à la FINMA les personnes qui acquièrent ou cèdent, directement ou indirectement, une participation qualifiée ou dont la participation atteint ou dépasse les seuils définis à l'art. 3 ou descend en dessous de ceux-ci. Cette obligation s'applique dès que les banques ont connaissance du fait en question. Au moins une fois par an, les banques devront informer la FINMA de toutes les participations qualifiées et des modifications qui y sont apportées.

Art. 3g Activité à l'étranger

Cette disposition reprend l'actuel art. 3, al. 7, LB. La notion d'agence n'a plus de portée pratique et peut dès lors être supprimée.

Art. 3h Capital minimal

Cette disposition correspond à l'actuel art. 3, al. 2, let. b, LB. Son libellé est adapté à celui de l'art. 45, al. 1, LEFin.

Art. 3i Banques cantonales

Cet article correspond matériellement à l'actuel art. 3a, LB. Il comprend désormais un titre et a été adapté aux exigences linguistiques de la technique législative en vigueur.

Chapitre IIa : Dispositions spéciales concernant les groupes financiers et conglomérats financiers

Art. 3j Conditions supplémentaires d'autorisation

Al. 1

Cet alinéa correspond à l'actuel art. 3b LB.

Al. 2

Cet alinéa définit la notion de groupe financier. Son contenu se fonde matériellement sur l'actuel art. 3c, al. 1, LB. Le terme « maison de titres » utilisé dans l'alinéa en vigueur n'est plus nécessaire, car l'art. 49, al. 1, LEFin définit les groupes financiers dominés par la négociation de titres.

Al. 3

Cet alinéa définit un conglomérat financier à dominante bancaire. Son contenu se fonde matériellement sur l'actuel art. 3c, al. 2, LB. Le terme « négoce en valeurs mobilières » n'est pas repris dans l'al. 3, car les négociants en valeurs mobilières n'existent plus depuis l'entrée en vigueur de la LEFin. Ils ont été remplacés par les maisons de titres.

L'art. 49, al. 2, LEFin comprend une définition correspondante pour les conglomérats financiers dominés par la négociation de titres.

Art. 3k Surveillance des groupes ou des conglomérats

Cet article correspond largement à l'art. 3d LB en vigueur, la seule modification étant le remplacement de l'expression « du négoce en valeurs mobilières » par « conglomérat financier dominé par la négociation de titres ».

Art. 3l Complément à la surveillance individuelle

Al. 1 et 2

Ces alinéas correspondent matériellement à l'actuel art. 3e LB. Seules quelques modifications linguistiques ont été apportées.

Al. 3

En vertu de l'al. 3, le Conseil fédéral fixe les exigences relatives à l'organisation des groupes financiers et des conglomérats financiers à dominante bancaire. Il s'agit notamment des exigences organisationnelles visées aux art. 3a à 3e, les règles inhérentes aux mesures en cas de violation du devoir de diligence (art. 5b et 37n) et aux rémunérations (art. 5c et 10b). De plus, il pourra habiliter la FINMA à édicter des dispositions d'exécution dans ces domaines. Le Conseil fédéral peut ainsi régler au niveau de l'ordonnance les normes actuellement en vigueur au sein de l'article 3f LB relatives à la garantie d'activité irréprochable et à l'organisation des groupes financiers et des conglomérats financiers.

Art. 3m Prescriptions de la FINMA

Cet article correspond, quant au fond, à l'actuel art. 3g, al. 1 et 2, LB. À l'al. 2, l'expression « dominé par le négoce en valeurs mobilières » a été supprimée, car les négociants en valeurs mobilières ont été remplacés par les maisons de titres. Les dispositions de l'art. 49, al. 3, LEFin s'appliquent par analogie aux conglomérats financiers dominés par la négociation de titres. Dans les deux alinéas, le terme « publication » a en outre été ajouté sur la base du projet de loi du 6 septembre 2023²⁷⁸, en lien avec la mise en place du PLB.

Art. 3n Exigences en matière de dotation financière et d'organisation des sociétés du groupe significatives

Cet article correspond à l'actuel art. 3g, al. 3 et 4, LB. L'al. 1 est désormais plus précis en ce sens que le Conseil fédéral peut « fixer des exigences » au lieu d'« édicter des dispositions ». L'al. 2 a été simplifié sur le plan linguistique. Comme dans l'ensemble

²⁷⁸ FF 2023 2166

de la LB, le terme « résolution » remplace celui d'« assainissement », avec en plus des références aux articles de loi.

Chapitre IIb Dispositions spéciales concernant les banques dominées par des étrangers et les banques étrangères

Art. 30 Conditions supplémentaires d'autorisation

Les al. 1 à 5 de cet article se fondent matériellement sur l'art. 3^{bis} LB en vigueur.

Al. 1

L'expression « autorisation d'établir une banque » est remplacée par « autorisation pour une banque d'exercer son activité », par analogie au titre de l'art. 3. L'alinéa précise qu'une autorisation d'exercer son activité par l'intermédiaire d'une succursale ou d'un représentant permanent en Suisse est délivrée à une banque étrangère sous certaines conditions.

La let. a est complétée par l'expression « ou l'État où se trouve le siège de la banque étrangère » pour couvrir le cas d'une succursale ou d'un représentant permanent.

Al. 2

Il précise qu'il s'agit d'une banque au sens de l'al. 1.

Al. 3

La modification ne concerne que le texte allemand.

Al. 4

Cet alinéa a été remanié sur le plan linguistique et indique désormais clairement ce que l'on entend par « dominée par des étrangers » au sens de l'al. 1.

Al. 5, let. b

La let. b a été simplifiée sur le plan linguistique.

Al. 6

L'al. 6 correspond matériellement à l'actuel art. 3^{ter}, al. 3. Simplifié sur le plan linguistique, il indique clairement qu'une banque doit informer la FINMA lorsqu'elle a des raisons de croire qu'une domination étrangère se forme ou que des changements interviennent dans les détenteurs étrangers des participations qualifiées.

Al. 7

L'al. 7 correspond à l'actuel art. 3^{ter}. Il énonce qu'une banque à domination étrangère doit solliciter une nouvelle autorisation complémentaire auprès de la FINMA en cas de changement dans les détenteurs étrangers des participations qualifiées.

Art. 3p Autorisation complémentaire pour les banques passant sous domination étrangère

Cet article correspond à l'actuel art. 3^{ter}, al. 1, LB. Les banques qui passent ultérieurement sous domination étrangère, c'est-à-dire après avoir reçu l'autorisation d'exercer leur activité, ont besoin d'une autorisation complémentaire.

Art. 3q Traités internationaux

Cet article correspond à l'actuel art. 3^{quater} LB. Les al. 1 et 2 mentionnent désormais également les sociétés de personnes. Celles-ci sont mentionnées à l'art. 3o, al. 5, let. b, AP-LB (anciennement art. 3^{bis}, al. 3, let. b) ; elles ne figuraient pas à l'art. 3^{quater} LB.

Art. 3^{bis} à 3^{quater}

Ces dispositions figurent désormais aux art. 3o à 3q AP-LB (voir ci-dessus). Les art. 3^{bis} à 3^{quater} LB en vigueur sont dès lors formellement abrogés.

Chapitre III Fonds propres, liquidités et autres règles de gestion

Art. 4 Fonds propres et liquidités

Remarques préliminaires

Les assouplissements accordés au cas par cas en vertu de l'art. 4, al. 3, LB doivent être distingués des dispositions des ordonnances fondées sur l'art. 4, al. 2, LB. Lorsque la FINMA déroge, dans un cas particulier, aux exigences générales en matière de fonds propres et de liquidités et accorde de nouveaux assouplissements, sans y être spécifiquement habilitée par l'art. 4, al. 2, LB (par ex. art. 10 OFR), elle doit, conformément au nouvel art. 4, al. 3^{bis}, AP-LB, lorsqu'ils concernent des SIB, limiter dans le temps ces assouplissements propres à l'établissement et en informer le public. Par conséquent, les restrictions prévues à l'art. 4, al. 3^{bis}, AP-LB ne s'appliquent pas à l'art. 4, al. 2, LB.

Al. 3^{bis}

Comme jusqu'à présent, l'art. 4, al. 3, LB permet à la FINMA de déroger, dans des cas particuliers, aux prescriptions générales en matière de fonds propres et de liquidités et d'accorder à certaines banques des assouplissements par rapport aux exigences minimales ou d'ordonner des renforcements. Cet alinéa reste la base légale de tels assouplissements. Toutefois, lorsque ceux-ci sont accordés à des SIB, les exigences

supplémentaires prévues à l'al. 3^{bis} AP-LB doivent être respectées. Ces dernières ne s'appliquent pas aux assouplissements accordés à des banques qui ne sont pas d'importance systémique.

Les assouplissements nouvellement octroyés par rapport aux exigences applicables aux SIB en matière de fonds propres et de liquidités doivent être limités dans le temps. La limitation dans le temps doit être conçue de manière à ce que l'assouplissement prenne effectivement fin à l'échéance fixée. En d'autres termes, le fait justifiant l'assouplissement doit être devenu obsolète au moment de l'échéance ou des mesures appropriées lui faisant perdre son importance doivent avoir été mises en œuvre dans l'intervalle. Par ailleurs, les exigences en matière de transparence sont renforcées afin de permettre au public de se faire sa propre image de la situation réelle de la banque. Les informations importantes doivent être facilement accessibles et compréhensibles pour toutes les parties prenantes concernées. À cette fin, la FINMA publie une liste de tous les assouplissements qu'elle a accordés. En outre, la banque concernée expose les conséquences qui découlent concrètement de ces assouplissements. Ce faisant, elle expose les circonstances particulières et les motifs pour lesquels des assouplissements sont réputés opportuns. Elle indique également les mécanismes grâce auxquels ces assouplissements aboutiront aux conséquences exposées. L'attente générale est ainsi que ces dernières puissent être comprises et estimées non seulement dans l'environnement actuel, mais également en cas de modification des conditions-cadres.

Les assouplissements que la FINMA a accordés aux SIB avant l'entrée en vigueur de la modification de la loi sont abordés spécifiquement dans les dispositions transitoires relatives à l'art. 4, al. 3^{bis}, AP-LB. Ils continueront à ne pas devoir être limités dans le temps, mais devront toutefois impérativement faire l'objet d'un réexamen régulier par la FINMA. Par ailleurs, ils sont également soumis aux exigences de transparence susmentionnées.

Art. 5a Report de la publication et de la communication d'informations en cas de soutien en liquidités d'une banque centrale

Les règlements de cotation des bourses suisses imposent aux émetteurs une obligation d'informer le marché des faits susceptibles d'influencer les cours (publicité ad hoc). Craignant que le recours à des liquidités soit communiqué en temps inopportun sur le marché et interprété comme un signe de faiblesse par celui-ci et par les déposants, ce qui pourrait encore aggraver une crise, les banques hésitent à solliciter des liquidités aux banques centrales, notamment lors d'événements concernant spécifiquement les banques (problématique dite de la stigmatisation). Afin de remédier à ce problème particulier, il convient d'inscrire expressément dans la loi la possibilité de différer la publication d'un communiqué ad hoc et l'annonce à la bourse en lien avec un soutien en liquidités accordé par une banque centrale. Les règlements de cotation des bourses approuvés par la FINMA (autorégulation ; cf. également art. 27 et 35 LIMF) prévoient déjà, sous certaines conditions, une exception à l'obligation de publier des faits susceptibles d'influencer les cours (ou des informations d'initiés ; cf. art. 2, let. j, LIMF), sans toutefois mentionner explicitement le soutien en liquidités accordé par une banque centrale. Le report de la publication nouvellement créé

s'applique aux banques ou aux sociétés mères, y compris les sociétés holdings intermédiaires, de groupes financiers et de conglomérats financiers dont les titres de participation ou d'autres instruments financiers sont cotés en bourse en Suisse. Il est subordonné à la condition que les informations susceptibles d'influencer les cours relatives au besoin ou à l'obtention d'un soutien en liquidités auprès d'une banque centrale puissent être tenues secrètes. L'examen des conditions applicables et la décision de reporter la publication et l'annonce relèvent de la responsabilité de l'établissement concerné. Au sein d'un groupe, le besoin de soutien en liquidités peut, par exemple, concerner une filiale bancaire qui n'est pas soumise à l'obligation de publier des informations ad hoc. Dans ce cas, la société mère du groupe, dont les titres de participation ou d'autres instruments financiers sont cotés en bourse, pourrait, en vertu de la nouvelle disposition, reporter la publication des informations d'initiés correspondantes concernant cette filiale bancaire, pour autant que les conditions soient remplies.

La disposition relative au report de la publication et de l'annonce d'un soutien en liquidités accordé par une banque centrale s'applique indépendamment de la question de savoir si le fait susceptible d'influencer les cours découle d'une décision de l'établissement concerné ou s'il existe un besoin d'assainissement ou de résolution, ou encore un plan d'assainissement ou de résolution correspondant. Elle ne requiert pas non plus une pesée des intérêts au sens strict. Il convient toutefois de partir du principe que l'émetteur tient également compte des exigences de transparence du marché lorsqu'il décide de reporter la publication. Dans le contexte de l'autorégulation existante, cette disposition vise également à renforcer la sécurité juridique des banques en cas de resserrement de liquidités.

Par besoin d'un soutien en liquidités d'une banque centrale, on entend non seulement le recours effectif à ce soutien, c'est-à-dire l'utilisation des facilités de trésorerie des banques centrales, y compris le soutien en liquidités de la BNS visé à l'art. 5, al. 2, let. e, en relation avec l'art. 9, al. 1, let. e, de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (LBN)²⁷⁹, mais aussi les circonstances sous-jacentes à la nécessité d'y recourir. Celles-ci peuvent consister en une augmentation inattendue des sorties nettes de fonds, d'une détérioration significative des possibilités de refinancement ou d'une diminution importante de la valeur de liquidité des actifs liquides. Il incombe à la banque concernée d'évaluer dans quelle mesure les informations en question sont, dans le contexte du soutien en liquidités, des informations confidentielles et susceptibles d'influencer les cours (cf. art. 2, let. j, LIMF). On ne saurait dès lors exclure qu'après avoir évalué un cas concret, la banque arrive à la conclusion que le besoin correspondant d'un soutien en liquidités fourni par une banque centrale n'est pas une information confidentielle susceptible d'influencer les cours. Le report de la publication n'est en principe soumis à aucune limitation dans le temps. La banque doit toutefois prendre les mesures organisationnelles nécessaires pour garantir la confidentialité des informations. En d'autres termes, elle assure cette confidentialité en appliquant et en respectant les règles et processus internes qu'elle a déjà mis en place pour satisfaire

²⁷⁹ RS 951.11.

aux exigences de confidentialité liées au report de la publication prévue par l'autorégulation en vigueur ou dans les règles relatives aux informations d'initiés. En particulier, en cas de fuite (*leaks*) ou de diffusion d'une rumeur suffisamment précise portant sur une information privilégiée, la confidentialité de celle-ci ne peut plus être considérée comme garantie. On estime généralement qu'il n'est pas possible, dans la pratique, de préserver pendant plusieurs semaines la confidentialité d'un soutien en liquidités accordé par une banque centrale. Dans la mesure et dès le moment où la confidentialité de l'information d'initié n'est plus garantie, les obligations réglementaires en matière de publicité ad hoc doivent être respectées. Il est supposé que la banque prépare déjà, au moment de la décision du report de la publication, un concept de communication valable si la confidentialité n'est plus garantie. La présente réglementation ne modifie en rien les dispositions concernant les opérations d'initiés et la manipulation du marché visées aux art. 142 ss LIMF.

Art. 5b Mesures en cas de violation du devoir de diligence

Les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable qui enfreignent de manière avérée le devoir de diligence qui leur incombe en vertu de l'art. 37n (voir commentaire ci-après) doivent être sanctionnées par la banque par des mesures sur les rémunérations variables ou des mesures disciplinaires. La banque doit donc prendre elle-même des mesures à l'encontre de la personne concernée qui aurait commis une violation du droit applicable ou des règlements internes de l'établissement. Elle doit, en outre, prévoir dans ses règlements internes les conditions et les modalités de sanction de telles violations.

Art. 5c Système de rémunération

Cet article inscrit pour la première fois dans la loi des principes applicables aux systèmes de rémunération de toutes les banques.

Al. 1

Le système de rémunération doit être conçu conformément aux principes de simplicité et de traçabilité. Les collaborateurs, l'organe chargé de la haute direction, l'organe de gestion ainsi que la FINMA doivent pouvoir identifier clairement les différentes composantes de la rémunération et les critères objectifs sur lesquels celle-ci repose. Les banques doivent documenter leur système de rémunération.

Al. 2

Cette disposition vise à garantir que les rémunérations soient en adéquation avec la réussite à long terme de la banque. Les composantes variables de la rémunération (par ex. bonus ou primes de résultat) ne doivent notamment être accordées que lorsque la réussite économique de la banque le justifie également dans une perspective à long terme. Cette orientation à long terme vise à garantir que les décisions en matière de rémunération ne reposent pas sur des critères de réussite à court terme, mais favorisent le développement durable de la banque. Les rémunérations ne peuvent donc pas être financées au moyen de revenus courants ou de réserves de capital qui ne

reflètent pas, ou seulement temporairement, la réussite économique de la banque. Il s'agit de garantir que la structure de rémunération soit compatible avec sa stabilité financière à long terme. Cela implique notamment que la banque ne verse pas de rémunérations susceptibles de compromettre une dotation adéquate en fonds propres et en liquidités ou qui apparaissent inadéquates au regard du résultat économique.

Le long terme est déterminé par l'horizon de risque des opérations ou des décisions concernées. Celui-ci correspond à la période durant laquelle les risques liés à une opération ou à une décision peuvent se matérialiser. Son ordre de grandeur se reflète dans les règles internationales relatives à la durée minimale du report applicable aux rémunérations variables, qui prévoient généralement une période de quatre à cinq ans (cf. ch. 2.1.2). Aux fins de l'al. 2, la période de référence pour le long terme doit être de cinq ans, soit la limite supérieure de cette fourchette.

La disposition vise en principe la rémunération dans son ensemble. Elle implique donc que la banque veille également à l'adéquation des rémunérations fixes dans le cadre de son système de rémunération et les apprécie en fonction de sa situation bénéficiaire à long terme, tout en tenant compte du fait que, contrairement aux rémunérations variables, les rémunérations fixes ne peuvent pas être adaptées en cas de mauvaise situation bénéficiaire.

La masse globale des rémunérations variables attribuées par une banque pour un exercice doit toutefois dépendre en particulier de sa réussite à long terme. La durabilité de cette réussite ainsi que les risques encourus doivent être pris en considération. En cas de mauvaise marche des affaires, les rémunérations variables doivent être réduites de manière significative, voire supprimées.

L'orientation à long terme de la disposition n'exclut toutefois pas que des rémunérations variables puissent, dans certaines circonstances, être versées ou attribuées dans une mesure appropriée malgré une période de pertes limitées. Cela peut notamment être justifié lorsqu'une banque est en phase de restructuration et qu'une réduction trop importante ou une suppression complète des rémunérations variables risque d'entraîner des départs indésirables de personnel et, partant, de compromettre les revenus futurs. Une situation comparable peut se présenter lorsqu'une banque subit une perte importante à la suite d'un cas de fraude, sans que celle-ci ne compromette de manière déterminante ses fonds propres ni ses perspectives de réussite à long terme. Dans une telle situation, une suppression généralisée des rémunérations variables pourrait également affaiblir la capacité bénéficiaire de la banque en raison de départs non souhaités de collaborateurs. Les personnes responsables de la perte devraient toutefois subir une suppression totale ou une réduction appropriée de leur rémunération.

Al. 3

La politique de rémunération doit être élaborée compte tenu des risques. Elle ne doit créer aucune incitation pouvant favoriser les conflits d'intérêts ou pousser le personnel à prendre des décisions contraires aux intérêts de la clientèle, de la banque ou d'une activité commerciale ordonnée. Un conflit d'intérêts peut notamment naître lorsque le

système de rémunération crée des incitations à placer ses propres intérêts en la matière devant ceux de la clientèle ou de la banque ou le respect des dispositions légales et internes à l'entreprise.

Cela implique que les rémunérations et les critères déterminants pour leur attribution tiennent compte des risques encourus et soient compatibles avec la stratégie de risque, la capacité de risque et l'orientation à long terme de la banque. Les rémunérations ne doivent pas inciter à prendre des risques que l'organisation, les processus et les ressources de la banque ne permettent pas de gérer et de contrôler de manière appropriée.

La prise en compte des risques et la mise en place d'incitations appropriées revêtent une importance particulière en matière de rémunérations variables, celles-ci constituant un élément essentiel du système d'incitation de nombreuses banques. Afin que le système de rémunération de ces établissements soit effectivement fondé sur les risques et crée des incitations appropriées, des mesures supplémentaires peuvent s'avérer nécessaires. Il s'agit notamment du report des rémunérations variables ainsi que de leur réduction ou de leur suppression en cas de comportement fautif ou de pertes (malus). Même si les exigences concrètes relatives au report des rémunérations variables ne concernent que les SIB (cf. art. 10b AP-LB), un tel report peut également s'imposer à d'autres banques, selon leur modèle d'affaires et leur structure d'incitation, dans l'optique d'une gestion appropriée des risques.

Des incitations appropriées impliquent également que les banques prévoient des règles selon lesquelles les violations du droit en vigueur ou des prescriptions internes se traduisent par une réduction ou une suppression des rémunérations variables.

Les rémunérations ne doivent notamment pas inciter à des comportements susceptibles de compromettre la bonne marche ou la stabilité de la banque. Les critères d'attribution ne doivent donc pas reposer uniquement sur des indicateurs de performance, mais également tenir compte de facteurs qualitatifs tels que le respect des exigences de conformité ou la promotion d'une culture du risque durable.

Al. 4

Cet alinéa autorise le Conseil fédéral à fixer par voie d'ordonnance les exigences applicables au système de rémunération. Pour ce faire, le Conseil fédéral peut notamment se fonder sur la circulaire de la FINMA 2010/01 « Systèmes de rémunération ». En l'espèce, il veille à définir des règles en fonction de la taille des entreprises et des risques. Il peut également habiliter la FINMA à préciser les exigences en matière de système de rémunération.

La réglementation relative à la publication d'informations sur les systèmes de rémunération relève d'ores et déjà de la compétence de la FINMA selon l'art. 12, al. 5, OB.

Art. 7, al. 2

La défaillance d'une SIB n'a pas seulement des répercussions sur le système financier suisse, mais peut également affecter le système financier mondial si la banque exerce des activités internationales ou en raison de l'interconnexion des marchés financiers. La résolution d'une SIB, en particulier d'une G-SIB, exige donc de prendre en compte les répercussions à l'étranger et de coordonner les mesures avec les autorités de surveillance étrangères. À défaut, il existe un risque que les autorités étrangères imposent des restrictions aux transferts de fonds des entités juridiques étrangères, compromettant ainsi le processus de résolution. Le plan d'urgence actuel se limite toutefois au maintien des fonctions d'importance systémique pour l'économie suisse. Dans le cas d'une G-SIB, il couvre ainsi en premier lieu la filiale suisse, mais non la société mère ni le groupe dans son ensemble. Désormais, ce plan d'urgence doit être remplacé par un plan de résolution couvrant l'ensemble de la banque, y compris sa dimension internationale (cf. art. 9, al. 2, let. d, AP-LB). Par conséquent, l'objectif premier de la réglementation TBTF ne se limite pas à l'atténuation des risques pour la stabilité du système financier suisse, mais tient également compte, le cas échéant, de la stabilité du système financier international. Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une réorientation du dispositif TBTF. La perspective internationale d'une résolution, qui figure déjà dans l'ordonnance, est désormais inscrite dans la loi (cf. art. 61, al. 2, 64, al. 3 et 5, et 65 ss OB). En outre, les autorités suisses et étrangères pertinentes pour une G-SIB collaborent déjà étroitement. Cette modification ne concerne pas les critères visant à déterminer l'importance systémique d'une banque (cf. art. 7, al. 1, et 8 LB).

Art. 9, al. 2, let. a, ch. 2 et 3, d et e

Let. a, ch. 2

L'adaptation ne concerne que le texte français. La désignation des fonctions économiques d'importance systémique est alignée sur la formulation de l'art. 8, al. 1, LB.

Let. a, ch. 3

Le terme « assainissement » est remplacé par celui de « résolution » (cf. commentaire de l'art. 25, al. 1, AP-LB). En conséquence, la formulation actuelle « capacité à être assainies ou liquidées » figurant à l'art. 9, al. 2, let. a, ch. 3, LB est remplacée par « capacité à faire l'objet d'une résolution ».

Let. d

Le plan d'urgence, actuellement limité aux fonctions économiques d'importance systémique et donc axé sur la Suisse, est remplacé par un plan de résolution portant sur l'ensemble de la banque, y compris sa dimension internationale. La notion de plan d'urgence est donc supprimée de la loi. Sur le fond, l'actuel plan d'urgence est intégré dans le plan de résolution que la SIB doit établir pour l'ensemble de la banque. Il est donc couvert par cette nouvelle notion. Le plan de résolution comprend, d'une part, l'élaboration d'options de résolution pour l'ensemble de la banque (cf. ch. 1) et, d'autre

part, la démonstration du maintien des fonctions économiques d'importance systémique (cf. ch. 2). Cette dernière exigence correspond à l'actuel plan d'urgence et demeure inchangée.

La nouvelle obligation d'élaborer des options de résolution pour l'ensemble de la banque vise à réduire les risques pesant sur le système financier. La référence à la stabilité financière permet de préciser que le plan de résolution ne se limite pas au maintien des fonctions économiques d'importance systémique. Sont notamment concernées les SIB actives à l'échelle internationale qui sont organisées selon une structure de société mère et ont transféré leurs fonctions économiques d'importance systémique dans une filiale dédiée. Pour ces établissements, le plan d'urgence actuel ne couvre que la filiale concernée. Pour les SIB qui n'exercent pas d'activités internationales, l'activité globale se compose essentiellement des fonctions économiques d'importance systémique. Ces fonctions n'ont donc pas été externalisées et le nouveau plan de résolution correspond largement au plan d'urgence actuel. Comme aujourd'hui, le plan de résolution devra pouvoir être mis en œuvre immédiatement.

Enfin, l'exigence explicite d'élaborer plusieurs options de résolution renforce la capacité d'action dans différents scénarios de crise. Dans le cadre de la stratégie de résolution spécifique à une banque, la FINMA fixe les solutions de résolution à préparer (cf. art. 10, al. 2^{bis}, AP-LB).

Le Conseil fédéral réglera dans l'ordonnance les exigences relatives au plan de résolution, les critères permettant de déterminer si l'obligation de la banque en la matière est remplie, ainsi que les mesures que la FINMA pourra prendre en cas de lacunes constatées (cf. art. 10, al. 2 et 4, AP-LB). Celles-ci englobent les lacunes au niveau de la planification et les obstacles à la mise en œuvre du plan (par ex. lorsque les instruments de *bail in* faisant partie intégrante du plan n'ont pas encore été émis).

Let. e

Actuellement, les SIB doivent présenter dans un plan de stabilisation soumis à l'approbation de la FINMA les mesures qu'elles peuvent prendre pour se stabiliser durablement en cas de crise de manière à pouvoir poursuivre leur activité sans intervention de l'État (cf. art. 64, al. 1, OB). Compte tenu de son importance, cette disposition est désormais inscrite dans la loi. De plus, la FINMA obtiendra la compétence d'ordonner des mesures pour combler les lacunes lorsque le plan ne répond pas aux exigences. Le plan de stabilisation est déjà ancré dans la loi pour les infrastructures du marché financier et les assurances (art. 24, al. 1 et 3, et 25, al. 4, LIMF ; art. 22a, 67, al. 4, et 75, al. 4, LSA).

Le Conseil fédéral réglera dans l'ordonnance les exigences relatives au plan de stabilisation, les critères permettant de déterminer si l'obligation de la banque en la matière est remplie, ainsi que les mesures que la FINMA pourra prendre en cas de lacunes constatées (cf. art. 10, al. 2 et 4, AP-LB).

Art. 10, al. 2, 2^{bis}, 3 et 4, let. b et c

Al. 2

Tant le plan de stabilisation que le plan de résolution des SIB sont évalués par la FINMA. Lorsque celle-ci constate des lacunes au niveau de la planification (y c. des obstacles à sa mise en œuvre), elle peut exiger leur correction. Les critères d'appréciation et les compétences de la FINMA en matière de mesures en cas de non-élimination de ces lacunes dans le délai imparti seront réglés par Conseil fédéral par voie d'ordonnance (cf. al. 4).

Comme jusqu'à présent, les SIB doivent prouver à la FINMA que le maintien des fonctions économiques d'importance systémique est garanti. De manière inchangée, la mise en œuvre des mesures organisationnelles exigées dans le cadre de la planification est soumise au même degré de la preuve strict qu'auparavant, celui-ci visant l'application complète desdites mesures²⁸⁰. De plus, conformément aux nouvelles exigences qui seront précisées dans l'ordonnance, les SIB devront établir un plan de stabilisation (art. 9, al. 2, let. e, AP-LB) et des options de résolution pour l'ensemble de la banque (art. 9, al. 2, let. d, ch. 1, AP-LB). La FINMA évaluera ce plan et ordonnera les mesures correspondantes pour combler les lacunes identifiées, si la banque n'y a pas remédié dans le délai fixé.

Al. 2^{bis}

Actuellement, la FINMA établit un plan de résolution pour les SIB, qui fournissent les informations nécessaires (cf. art. 64, al. 2, OB). À l'avenir, elle définira une stratégie de résolution pour chaque SIB, celle-ci devant élaborer un plan de résolution sur cette base. L'obligation d'établir un plan de résolution figure désormais dans la loi, à l'art. 9, al. 2, let. d, AP-LB.

La stratégie de résolution vise à garantir l'optionalité en cas de besoin. Elle définit les options de résolution que la banque est tenue d'élaborer. Celles-ci sont exposées à l'art. 28, al. 1, AP-LB : restructuration et maintien des activités de la banque, maintien de certains services bancaires et sortie ordonnée du marché. Le maintien des fonctions économiques d'importance systémique fait partie intégrante de la stratégie de résolution. Les instruments de résolution visés à l'art. 30 AP-LB peuvent être utilisés à titre individuel ou de manière combinée, quelle que soit l'option de résolution.

Lorsqu'elle définit la stratégie de résolution, la FINMA tient compte des caractéristiques de la banque (rapports de propriété, modèle d'affaires, interconnexion internationale, mandats officiels, etc.). Cela est particulièrement important au regard des caractéristiques des trois SIB qui ne sont pas actives à l'international : Raiffeisen est une banque organisée sous forme de coopérative ; la Banque cantonale de Zurich appartient au canton de Zurich et bénéficie donc d'une garantie de l'État, tandis que

²⁸⁰ FF 2011 4365, p. 4408

PostFinance propose des services de paiement relevant du service universel (cf. art. 32, al. 3, de la loi du 17 décembre 2010 sur la poste [LPO]²⁸¹) et est la propriété indirecte de la Confédération (par l'intermédiaire de La Poste Suisse SA).

Al. 3

La mise en place de majorations concernant la capacité d'assainissement et de liquidation le 23 novembre 2022²⁸² et l'expiration de l'ancien système de rabais ont rendu les assouplissements obsolètes. L'abrogation de cet alinéa transpose ce changement dans la loi.

Al. 4

L'art. 10, al. 4, let. a, LB prévoit d'ores et déjà que le Conseil fédéral règle les exigences particulières visées à l'art. 9, al. 2, après avoir entendu la Banque nationale et la FINMA. En raison de l'ajout mentionné de la let. e à l'art. 9, al. 2, AP-LB, cette compétence du Conseil fédéral englobe également le plan de stabilisation qu'une SIB doit établir. Inscrite dans l'ordonnance, l'exigence relative à ce plan sera précisée et complétée, entre autres, d'une obligation de faire approuver celui-ci par l'organe chargé de la haute direction et de contrôle de la SIB.

Let. b

L'art. 9, al. 2, ayant été étendu pour passer d'un plan d'urgence à un plan de résolution et complété pour inscrire le plan de stabilisation dans la loi, la modification subséquente de l'art. 10, al. 2, confère au Conseil fédéral la compétence de fixer les critères d'évaluation pour ces deux instruments également.

Le plan de stabilisation veille à ce que la banque puisse se stabiliser durablement en cas de crise et poursuivre son activité sans intervention de l'État. Par conséquent, les critères d'évaluation de ce plan inscrits dans l'ordonnance ont pour objectif que les mesures de stabilisation puissent être mises en œuvre rapidement, correspondent au modèle d'affaires spécifique d'une SIB, s'adaptent aux différentes situations de crise et puissent améliorer sensiblement la situation financière d'une SIB au niveau de sa dotation tant en fonds propres qu'en liquidités. En outre, le plan est réalisable. Il doit ainsi comprendre un concept de test et la banque doit mener régulièrement des tests. Elle transmet périodiquement une version actualisée du plan de stabilisation à la FINMA, qui procède à son évaluation à l'aide des critères fixés dans l'ordonnance.

En ce qui concerne le plan de résolution, les critères d'évaluation en vigueur pour le plan d'urgence seront complétés par d'autres pour évaluer les options de résolution que les SIB doivent élaborer. Les critères relatifs au maintien des fonctions économiques d'importance systémique demeurent inchangés, de sorte que celles-ci peuvent se poursuivre sans interruption, indépendamment des autres parties de la

²⁸¹ RS 783.0

²⁸² [RO 2022 804](#)

banque, en cas d'insolvabilité imminente. Les critères d'évaluation à concrétiser pour les solutions de résolution devront assurer qu'une SIB prépare celles-ci de manière à pouvoir les mettre rapidement en œuvre en cas de résolution. Pour les SIB actives à l'international, ces nouveaux critères déploieront leurs effets principalement au niveau de la maison mère et du groupe. Quant aux SIB qui ne sont pas actives à l'international, les critères en vigueur pour le plan d'urgence devraient déjà couvrir dans une large mesure la résolution de toute la banque.

De plus, l'ordonnance indiquera clairement que l'évaluation du plan de résolution d'une SIB porte non seulement sur celui-ci, mais également sur la capacité de résolution (actuellement dénommée capacité d'assainissement et de liquidation). Décentralisées pour le moment, ces deux évaluations seront regroupées dans un seul et même processus et les mesures que la FINMA devra prendre en cas de lacunes seront centralisées. L'évaluation est réalisée une fois par année. Les SIB non actives au niveau international n'étant pas soumises à l'évaluation de la capacité d'assainissement et de liquidation dans le droit en vigueur, le Conseil fédéral envisage, en relation avec l'évaluation du plan de résolution, d'étendre à ces banques l'applicabilité des critères et mesures qui figurent actuellement à l'art. 65a ss OB. Il modifiera ces critères pour tenir compte des caractéristiques spécifiques à ces SIB et pour garantir le principe de proportionnalité.

Let. c

Le Conseil fédéral définira par voie d'ordonnance les mesures que la FINMA peut ordonner si le plan de stabilisation ne répond pas aux exigences. Les mesures de stabilisation inscrites dans ce plan visent à éviter que la banque entre dans la phase de crise suivante, à savoir celle de la résolution. Elles doivent donc libérer suffisamment de fonds propres *going concern* et de liquidités. Lors de l'évaluation, la FINMA identifiera dans un premier temps les lacunes éventuelles et fixera un délai à la banque pour y remédier. Si celle-ci ne se conformait pas à cet ordre, le Conseil fédéral autorisera la FINMA à ordonner une majoration des fonds propres *going concern* et des liquidités. Ces majorations seront plafonnées et s'appliqueront jusqu'à ce que le plan de stabilisation remplisse les exigences de la FINMA.

Pour le plan de résolution également, le Conseil fédéral précisera par voie d'ordonnance les mesures que la FINMA peut ordonner en cas de lacunes. Le plan d'urgence doit d'ores et déjà prévoir suffisamment de fonds propres et de liquidités pour sa mise en œuvre (cf. art. 61, al. 1, let. c, OB) et, en cas d'obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation, la FINMA peut ordonner des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (fonds *gone concern*) et des majorations de liquidités (cf. art. 65b, al. 1, OB). Désormais, le Conseil fédéral pourra prévoir que la FINMA ordonne également une majoration des exigences *going concern* après avoir identifié des lacunes et fixé à la SIB un délai pour les combler. Il définira les majorations en tenant compte de celles qui sont déjà en vigueur pour les fonds propres et les liquidités, à savoir notamment les majorations de fonds propres liées au pilier 2 (art. 131b en relation avec l'art. 45 OFR) et les majorations de liquidités spécifiques à un établissement (art. 25 OLiq). Ce relèvement des exigences *going concern* sera plafonné et s'appliquera tant que le plan de résolution d'une SIB est lacunaire, sa

capacité de résolution n'étant dès lors pas garantie. Dans ce cas, l'objectif TBTF visant à éviter une aide de l'État serait menacé. La majoration a pour but de réduire la probabilité d'une déstabilisation et le risque d'insolvabilité. De plus, la FINMA pourra désormais ordonner des astreintes pendant cette durée (cf. art. 32a AP-LFINMA).

Enfin, aucune nouvelle mesure organisationnelle ne sera mise en place. Celles qui existent déjà et leur application continuent de se limiter aux lacunes concernant le maintien des fonctions d'importance systémique (cf. art. 62, al. 2, OB).

Art. 10b Report partiel du versement des rémunérations variables et mesures disciplinaires

Cet article concerne les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable et celles qui perçoivent une rémunération globale élevée dans une SIB. Ces personnes ont une influence déterminante sur la gestion de l'entreprise et sur les risques pris. Pour les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, tel est déjà le cas de par leur appartenance aux échelons hiérarchiques les plus élevés d'une SIB. En général, les collaborateurs des échelons inférieurs dont la rémunération globale est relativement élevée assument eux aussi une grande responsabilité en matière de risques. En d'autres termes, leurs décisions peuvent influencer de manière déterminante sur les risques d'une SIB.

Al. 1

Les composantes variables de la rémunération peuvent créer des incitations inopportunes favorisant les comportements axés sur les gains à court terme. À l'inverse, des systèmes de rémunération variable conçus judicieusement peuvent inciter les collaborateurs concernés à promouvoir le développement économique et à éviter les comportements fautifs. Pour s'assurer que la politique de rémunération est conforme aux intérêts à long terme d'une banque et du public, les SIB peuvent reporter partiellement l'attribution des rémunérations variables aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable (cf. art. 3e, al. 1, AL-LB) et aux personnes percevant une rémunération globale élevée. Ce report permet de subordonner le montant définitif de la rémunération variable attribuée au développement à long terme de la banque et au respect des règles. On garantit ainsi que la réussite économique ou un comportement fautif entraînent des conséquences sur les composantes de la rémunération qui n'ont pas encore été réglées.

Al. 2

Aucune définition juridique exhaustive des personnes percevant une rémunération globale élevée n'est prévue. Le Conseil fédéral fixera par voie d'ordonnance les critères selon lesquels les SIB déterminent ce type de rémunération (cf. al. 5, let. d). Selon l'al. 2, il incombe aux SIB d'élaborer une définition de ces personnes qui soit appropriée pour leur établissement, en tenant compte des critères du Conseil fédéral. Cette définition devra prendre en considération l'adéquation des règles de rémunération pour fixer à ces personnes des incitations appropriées en fonction du risque.

Al. 3

Cet alinéa fixe les règles que les SIB doivent respecter pour concevoir leur système de rémunération.

Let. a

Outre la violation du devoir de diligence (cf. let. b), l'évolution des résultats et des risques peut entraîner une diminution ou une suppression complète des rémunérations. En d'autres termes, les SIB doivent concevoir au moins une partie des instruments de rémunération de telle sorte que leur valeur fluctue, cette partie devant être appropriée au regard du profil de risque de la banque. Ces fluctuations doivent dépendre d'indicateurs reflétant, par exemple, les résultats à long terme, le capital engagé, le risque pris ou la valeur de l'entreprise. Les critères d'attribution d'une rémunération reportée devront également permettre de réduire ou de supprimer la rémunération variable d'une personne lorsque des pertes ont été enregistrées dans son domaine de responsabilité. De plus, les instruments devront être conçus de sorte que les plus-values éventuelles soient transparentes, compréhensibles et proportionnelles aux moins-values possibles.

Let. b

Ch. 1

Dans leur système de rémunération, les SIB doivent préciser qu'en cas de violation du droit en vigueur ou des règlements internes de l'entreprise, elles peuvent réduire ou supprimer les rémunérations variables reportées, mais non encore versées. Cela correspond à un malus. Une SIB sanctionne ainsi les comportements fautifs par l'intermédiaire des rémunérations variables en diminuant ou en supprimant totalement celles qui sont reportées.

Les règles concernant le report des rémunérations variables doivent prévoir l'ampleur de la part reportable par rapport à la rémunération variable totale et la durée du report. De plus, les banques doivent fixer les règles applicables au versement sur la durée. Le Conseil fédéral fixera les détails correspondants (cf. al. 5, let. a et b).

Ch. 2

Par ailleurs, les SIB doivent indiquer qu'en cas de comportements fautifs, elles peuvent exiger la restitution des rémunérations variables déjà versées (*clawbacks*). Cette restitution porte sur l'intégralité de la rémunération variable, c'est-à-dire également sur la part qui n'est pas reportée au moment de l'attribution, mais versée immédiatement.

Ch. 3

L'application d'un malus et les restitutions incitent les collaborateurs à éviter toute violation des obligations. L'ajustement en cours d'année (*in-year adjustment*) est un autre instrument motivant les personnes concernées. Courant au niveau international,

il implique que la rémunération variable à attribuer à une personne – souvent nonobstant l'évolution passée – soit réduite lorsque cette personne a violé une obligation. Ces ajustements en cours d'année sont plus facilement réalisables qu'un malus et, en particulier, que des restitutions, car les modifications sont apportées avant l'attribution ou le versement, se fondent sur des justificatifs de performance clairs et récents et ne requièrent ni réduction ni restitution de la rémunération attribuée ou déjà versée. Cela supprime la plupart des obstacles juridiques et administratifs inhérents aux réglementations de type malus et *clawback*.

Dans leur système de rémunération, les SIB doivent donc prévoir une règle selon laquelle la rémunération variable à attribuer est réduite en cas de violation d'une obligation.

Al. 4

Dans tous les cas, les SIB qui n'attribuent pas de rémunérations variables devront prendre d'autres mesures disciplinaires pour sanctionner les comportements fautifs. Parmi ces mesures, on peut notamment citer un avertissement oral ou écrit ayant des conséquences éventuelles sur les promotions, ou aboutissant à une mutation ou un déclassement.

Al. 5

Le Conseil fédéral fixera par voie d'ordonnance les modalités minimales à prévoir pour les rémunérations variables. Pour toutes les définitions, il pourra tenir compte des solutions observées au niveau international (cf. ch. 2.1.2).

Let. a

Sur le plan international, la part minimale du report lié à la position hiérarchique et au montant de la rémunération s'élève à 40 % ou à 60 %.

Let. b

La durée du report est d'au moins 4 à 5 ans au niveau international. La rémunération reportée n'est pas attribuée plus rapidement qu'une rémunération proportionnelle, mais elle l'est au plus dans des proportions équivalentes. Par exemple, en cas de report de 4 ans, il ne serait pas possible de verser 80 % de la rémunération au bout d'un an ; le versement équivaldrait au maximum à 25 %. Il serait également possible d'exécuter un versement intégral à l'issue de la durée du report.

Let. c

Concernant la restitution d'une rémunération variable déjà versée, les règles en vigueur sur le plan international prévoient une période similaire à celle d'un report des rémunérations variables. Si ce report a une durée minimale, la période de restitution devrait être supérieure à celle-ci afin de pouvoir récupérer également la dernière tranche.

Let. d

Le Conseil fédéral fixera les critères que les SIB doivent prendre en compte pour définir une rémunération globale élevée au sens de l'al. 2.

Chapitre VIII Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités de la Banque nationale

En sa qualité de prêteur ultime, la BNS peut, en vertu de la LBN²⁸³ et si certaines conditions sont réunies, fournir subsidiairement un soutien en liquidités. Elle peut notamment effectuer des opérations de crédit avec des banques, pour autant que les prêts soient assortis de garanties suffisantes (art. 9, al. 1, let. e, LBN). Elle fixe les conditions générales auxquelles elle conclut ces opérations de crédit destinées à soutenir les liquidités des banques (art. 9, al. 2, LBN) et agit à cet égard en toute indépendance (art. 6 LBN). Les dispositions du chapitre VIII (*Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités de la Banque nationale*) commentées ci-après ne changeront rien à ces principes et ne restreindront en rien la liberté de la BNS de décider quelles garanties elle entend accepter, et à quelles conditions. Elles ne créeront pas non plus le droit, pour les banques, de solliciter auprès de la BNS un soutien en liquidités.

Dans le cadre des conditions qu'elle a elle-même fixées, la BNS accepte un large éventail de sûretés s'agissant de la réalisation d'opérations de crédit visant à apporter un soutien en liquidités. Elle peut, contre des garanties suffisantes, accorder un tel soutien aux banques qui remplissent les conditions d'admission, au titre de la facilité étendue de liquidités (FEL). La BNS accepte comme sûretés pour l'octroi d'un soutien en liquidités dans le cadre de la FEL des créances hypothécaires couvertes par des cédulas hypothécaires de registre gérées à titre fiduciaire par SIX SIS SA (dispositif Liquidités contre garanties hypothécaires [LCGH]) et un large éventail de titres qui peuvent être livrés à SIX SIS SA (dispositif Liquidités contre titres [LCT]). Parmi les sûretés possibles, les créances issues de contrats de crédit hypothécaire constituent un groupe important. Le transfert de créances de crédit visant à garantir un soutien en liquidités de la BNS se fait par cession. On peut imaginer d'autres sûretés, telles que la création d'un droit de gage sur une créance. Pour qu'une banque puisse utiliser une créance hypothécaire comme garantie du soutien en liquidités de la BNS, elle doit obtenir le consentement contractuel du client. Il est fréquent d'intégrer à cet effet une clause de transfert dans le contrat de crédit hypothécaire. À l'heure actuelle, de nombreux contrats de crédit hypothécaire conclus par les banques ne contiennent pas (encore) de telles clauses, mais on s'attend à ce que les banques complètent progressivement leurs bases contractuelles sur ce point. Ces clauses nécessitent un avenant, c'est-à-dire une convention entre la banque et chacun des clients concernés. Dans le domaine hypothécaire, une telle modification représente un surcroît de travail pour la banque et ne peut être mise en œuvre rapidement si elle n'est envisagée qu'au moment du renouvellement d'un crédit hypothécaire, en raison de la durée parfois longue des contrats. Compte tenu du rôle de prêteur ultime de la BNS et de

²⁸³ RS 951.11

l'importance de son soutien en liquidités pour la stabilité financière, les mesures proposées aux art. 17 à 17a AP-LB visent à simplifier l'utilisation, par les banques concernées, de créances de crédit en vue de garantir le soutien en liquidités de la BNS, et donc à contribuer à renforcer la stabilité financière. Le but est d'autoriser légalement cette utilisation, même si les contrats de crédit en question ne la prévoient pas expressément (absence de clause de transfert, par ex.).

L'art 17b AP-LB vise à étendre ces simplifications au transfert ou à la mise en gage, par une banque, de créances de crédit au profit d'une société ad hoc créée à cet effet afin de garantir des titres de créance (par ex. dans le cadre de titres adossés à des actifs [*asset backed securities, ABS*] ou de titres de créance couverts [*covered bonds*]), à condition que la banque utilise ces titres exclusivement pour garantir un soutien en liquidités de la BNS.

Le projet prévoit en outre de simplifier l'élaboration nécessaire de cédules hypothécaires en tant que sûretés pour l'octroi d'un tel soutien (recours à un sous-dépositaire).

Art. 17 Transfert simplifié de créances de crédit et constitution d'autres sûretés

Al. 1

Lorsqu'une banque est confrontée à une crise, le soutien en liquidités d'une banque centrale peut devenir urgent et doit pouvoir être obtenu rapidement. Pour pouvoir bénéficier des facilités de la BNS, les banques doivent être en mesure de lui transférer si possible immédiatement, d'une manière légalement valable, un grand nombre de créances de crédit. L'al. 1 crée une base légale pour l'utilisation simplifiée de sûretés en vue de l'octroi par la BNS d'un soutien en liquidités, en permettant aux banques d'utiliser des créances de crédit comme sûretés même sans le consentement du débiteur. Cette approche raccourcit le délai de préparation et réduit les coûts pour les banques (notamment ceux liés aux modifications de contrat de grande envergure) et contribuera ainsi à étendre les possibilités d'octroi de liquidités par le prêteur ultime. L'al. 1 porte non seulement sur le transfert direct de créances de crédit à la BNS et la constitution de sûretés en sa faveur, mais aussi sur les transactions de même nature au profit de tiers désignés par la BNS, effectuées elles aussi pour garantir un soutien en liquidités (voir l'al. 3).

Aujourd'hui, le transfert de créances de crédit en vue de garantir un soutien en liquidités de la BNS prend généralement la forme d'une cession régie par le droit de la cession (art. 164 ss CO). Le créancier peut céder ou mettre en gage son droit sans le consentement du débiteur (art. 164, al. 1, CO et 899 ss CC²⁸⁴). L'art. 17, al. 1, AP-LB ne modifie donc pas le droit en vigueur. Les banques ont cependant l'habitude d'intégrer à leurs contrats des clauses de transfert pour obtenir le consentement du débiteur à l'utilisation de la créance de crédit pour des opérations de refinancement.

²⁸⁴ RS 210

Cette précaution garantit la sécurité juridique et lève les éventuels doutes sur l'admissibilité de ces opérations (la clause peut par ex. préciser l'absence de tout accord oral ou tacite interdisant la cession ou la mise en gage de la créance de crédit). L'al. 1 vise à inscrire cette sécurité juridique dans la loi pour les contrats de crédit dépourvus d'une clause de transfert (suffisante). Par ailleurs, les opérations de refinancement sont potentiellement en porte-à-faux avec le secret bancaire et la législation sur la protection des données. L'al. 1 vise à établir clairement, en relation avec l'art. 17c al. 1 à 2, et l'art. 17d AP-LB, que le consentement du client ne sera en aucun cas nécessaire. L'art. 17 AP-LB va même plus loin en permettant, à l'al. 2, l'utilisation de la créance comme sûreté même si le contrat de crédit comporte une interdiction de cession ou une autre disposition comparable restreignant l'utilisation de la créance comme sûreté (en exigeant, par ex., un consentement). Les accords contractuels de ce genre sont ponctuellement modifiés pour permettre l'utilisation de la créance de crédit déterminante comme garantie pour le soutien en liquidités de la BNS (ainsi qu'en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, voir l'art. 17a AP-LB).

Cette disposition est nécessaire parce qu'elle crée, pour un volume important de contrats de crédit existants dépourvus de clause de transfert, la possibilité de transférer des créances de crédit à la BNS. L'objectif est d'éviter la lourde charge administrative que représente l'intégration a posteriori de clauses de transfert dans les contrats en cours (*repapering*). Dans les nouveaux contrats, hypothécaires notamment, les banques prévoient régulièrement des clauses spécifiques.

L'al. 1 englobe tous les types de créances de crédit régis par le droit suisse (crédits hypothécaires ou crédits accordés aux entreprises, par ex.), pour autant que leur transfert serve à garantir un soutien en liquidités de la BNS. Il ne permet pas les transferts à d'autres fins, les parties concernées restant libres de conclure des accords contractuels en la matière.

En vertu du pouvoir d'appréciation que lui a conféré le législateur, la BNS décidera seule et en toute indépendance si elle accepte une créance de crédit comme sûreté dans le cadre de ses facilités de refinancement et pour quelle valeur de liquidité. Outre la créance de crédit proprement dite, l'al. 1 englobe les droits de préférence, droits accessoires (art. 170 CO) et autres sûretés indépendantes qui y sont liés. Les droits accessoires comprennent les gages et les cautionnements. Les autres sûretés indépendantes recouvrent notamment les cédulas hypothécaires transférées à la banque à des fins de garantie. L'al. 1 permet en outre la constitution d'autres sûretés en relation avec les créances de crédit, par exemple la constitution en gage de créances (art. 899 CC).

Il ressort de l'al. 1 que le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour qu'une banque puisse, en tant que créancière, transférer valablement une créance de crédit à la BNS. La notification du débiteur n'est pas non plus requise. Tant que le preneur de crédit n'a pas connaissance de la cession à la BNS, il peut effectuer des paiements à la banque avec effet libératoire (art. 167 CO). Si le débiteur rembourse partiellement ou intégralement la créance, celle-ci s'éteint à concurrence du montant versé. La sûreté garantissant le prêt accordé par la BNS à la banque est alors réduite d'autant. Il en va de même si le débiteur impute la créance de crédit sur une dette envers la banque (un

cas qui pourrait se présenter notamment en cas de faillite de la banque). La BNS peut prévenir ces risques en particulier par le biais d'un contrat.

Al. 2

Conformément à l'al. 1, l'al. 2 prévoit qu'en cas de transfert d'une créance de crédit ou de constitution de sûretés au sens de l'al. 1, toute interdiction de cession convenue contractuellement (art. 164, al. 1, CO) est sans effet pour lesdits transferts et constitutions. Comme mentionné dans le commentaire relatif à l'al. 1, il convient de préciser pour plus de clarté que l'al. 2 ne vise pas à limiter légalement les transferts ou les constitutions à d'autres fins ou en faveur d'autres tiers ; les accords contractuels correspondants continueront de relever de la liberté des parties concernées ou resteront valables.

Cette disposition augmente la possibilité de bénéficier d'un soutien en liquidités de la BNS puisque la liberté de la banque de choisir les créances de crédit transférables ne sera pas limitée par des interdictions de cession éventuelles. L'al. 2 recouvre toutes les dispositions contractuelles susceptibles de produire les effets d'une interdiction de cession (par ex. la nécessité d'obtenir un consentement ou toute autre condition restrictive liée au transfert). Il neutralise aussi, par conséquent, les éventuelles interdictions de mettre en gage.

Al. 3

Parmi les sûretés envisageables pour garantir l'obtention de liquidités de la part du prêteur ultime, les créances résultant d'un crédit hypothécaire, que les banques garantissent fréquemment par une cédule hypothécaire, constituent un groupe important. Les cédules hypothécaires sont inscrites au registre foncier. Pour des raisons opérationnelles, le programme LCGH met l'accent sur des créances hypothécaires qui sont couvertes par des cédules hypothécaires de registre gérées à titre fiduciaire par une société du groupe SIX dans le système Terravis Nominee. Afin de simplifier encore l'accès au programme LCGH et d'augmenter les possibilités d'obtenir des liquidités, l'al. 3 prévoit de simplifier l'élaboration de cédules hypothécaires comme sûretés pour l'octroi d'un soutien en liquidités. Il prévoit concrètement qu'une banque pourra transférer des cédules hypothécaires dont elle est elle-même créancière à un dépositaire central désigné par la BNS dans le cadre du programme LCGH ou à un créancier fiduciaire de cédules hypothécaires, sans le consentement du débiteur de la cédule hypothécaire, et ce indépendamment de dispositions contractuelles divergentes. Si une modification du registre foncier s'impose (par ex. en raison du changement de créancier d'une cédule hypothécaire de registre), la banque pourra y procéder de sa propre initiative, sans le consentement du débiteur, si les conditions visées à l'al. 3 sont remplies. Ce transfert et le changement de créancier qui s'y rattache seront autorisés à condition que les cédules hypothécaires soient constituées pour servir de sûretés pour l'obtention éventuelle de liquidités auprès de la BNS. L'al. 3 s'applique aux cédules hypothécaires papier comme aux cédules de registre.

Il convient de préciser que l'al. 3 ne fournit aucune base juridique permettant de transférer des cédules hypothécaires au dépositaire sans le consentement de leur débiteur si elles ne sont pas constituées pour garantir les soutiens en liquidités de la BNS. Il faut en outre relever que l'al. 3 permet certes de recourir à un dépositaire sans le consentement du débiteur, mais que ce consentement reste nécessaire si, après la modification du registre foncier, les cédules hypothécaires doivent servir à d'autres fins que l'obtention du soutien en liquidités de la BNS (par ex. à des fins de refinancement sur le marché). Ce consentement pourra prendre la forme d'un accord contractuel entre la banque et le client ou le débiteur.

Art. 17a Réalisation de sûretés

Au cas où un retard de paiement se produit en relation avec un soutien en liquidités accordée par la BNS à une banque, la BNS doit pouvoir, si nécessaire, transférer à des fins de réalisation les créances de crédit et les autres sûretés que la banque concernée visée à l'art. 17, al. 1, AP-LB lui aura transférées à titre de garantie ou données en gage. Si cette réalisation devient nécessaire, la BNS peut, en vertu de l'art. 17a, al. 1, AP-LB, réaliser les créances de crédit et les autres sûretés indépendantes qui lui auront été transférées, de même que les droits de préférence et les droits accessoires liés à ces créances, et les transférer à cette fin à des tiers. Ces tiers peuvent être aussi bien étrangers que suisses. Cette règle s'applique indépendamment de dispositions contractuelles divergentes et sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du débiteur. L'art 17a, al. 2, AP-LB précise, comme l'art. 17, al. 2, AP-LB, que les éventuelles interdictions de cession convenues contractuellement (art. 164, al. 1, CO) et restreignant la réalisation de créances de crédit ou de sûretés au sens de l'art. 17a, al. 1, AP-LB sont sans effet sur cette réalisation (voir le commentaire de l'art. 17, al. 2, AP-LB).

L'admissibilité des types de réalisation (réalisation privée, par ex.) dépend des dispositions générales du droit privé et du droit des faillites ainsi que des contrats liant la BNS et la banque. L'art. 17a AP-LB est sans incidence sur le droit matériel applicable. Cela dit, si un contrat de crédit ne contient pas de clause de transfert (ou qu'il contient une interdiction de cession ou une restriction semblable de la transmissibilité), un transfert peut néanmoins causer des problèmes juridiques (violation du secret bancaire, par ex.). Cette disposition clarifie la situation concernant les contrats de crédit sans clause de transfert (suffisante).

Art. 17b Transfert de créances de crédit et constitution d'autres sûretés liées à une société ad hoc

Les banques sont en mesure de refinancer sur le marché les créances de crédit qui leur reviennent par une titrisation, opération qui consiste à regrouper des créances de crédit pour les transformer en titres négociables. La notion de titrisation doit être entendue ici au sens large et englobe tous les types de titres de créance garantis (notamment les ABS et les *covered bonds*). Pour émettre de tels titres, une banque transfère des créances de crédit qui lui reviennent à une société ad hoc spécifique en guise de sûretés (ou, plus rarement, les met en gage auprès d'elle). Ces opérations de refinancement correspondent à deux modèles répandus sur le marché : celui des

covered bonds, où la banque émet elle-même des titres de créance garantis, et celui des ABS, où les titres sont émis et placés sur le marché par la société ad hoc. Les *covered bonds* et les ABS (ou des parts de ces titres de créance) peuvent aussi, dans le cadre du dispositif LCT, servir de garantie au soutien en liquidités de la BNS et offrent par conséquent une solution de rechange par rapport au transfert direct de créances de crédit d'une banque à la BNS, pour autant que les conditions fixées par la BNS à cet égard soient respectées (voir l'art. 9, al. 2, LBN). Le transfert des créances de crédit d'une banque à une société ad hoc ou la constitution d'autres sûretés en faveur de telles sociétés pose les mêmes difficultés que leur transfert direct à la BNS : les contrats de crédit sont souvent dépourvus d'une disposition qui règle l'utilisation d'une créance de crédit comme sûreté. Il faut en outre se préoccuper des questions de protection des données et de maintien du secret. Compte tenu de ces éléments et de l'objectif d'augmenter le volume potentiel de liquidités que peut fournir le prêteur ultime, il est judicieux d'étendre les simplifications prévues pour le transfert direct aux *covered bonds* et aux ABS, dans la mesure où les uns comme les autres peuvent servir de garantie au soutien en liquidités de la BNS. L'art. 17b, al. 1, AP-LB crée ainsi une base légale pour le transfert simplifié de créances de crédit à une société ad hoc créée à cet effet et pour la constitution simplifiée d'autres sûretés en faveur d'une telle société, afin de garantir les titres de créance émis par cette banque ou par la société ad hoc. À l'instar de l'art. 17, al. 1, AP-LB, l'al. 1 prévoit la possibilité de transférer des créances de crédit ou de constituer des sûretés en faveur d'une société ad hoc créée à cet effet indépendamment de dispositions contractuelles divergentes et sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du débiteur. Outre les créances de crédit au sens strict, l'al. 1 englobe, comme l'art. 17, al. 1, AP-LB, les droits de préférence et les droits accessoires qui y sont liés (art. 170 CO), de même que les autres sûretés indépendantes (voir le commentaire de l'art. 17, al. 1, AP-LB). À l'instar de l'art. 17, al. 2, AP-LB, l'al. 2 prévoit qu'en cas de transfert d'une créance de crédit ou de constitution de sûretés en faveur d'une société ad hoc créée à cet effet conformément à l'al. 1, les éventuelles interdictions de cession convenues contractuellement (art. 164, al. 1, CO) seront sans effet sur ces opérations (voir le commentaire de l'art. 17, al. 2, AP-LB).

Comme indiqué plus haut, les simplifications légales envisagées seront accordées à condition que les titres de créance émis par la banque ou par la société ad hoc servent exclusivement à garantir un soutien en liquidités de la BNS. En d'autres termes, l'art. 17b AP-LB ne vise pas à créer une base légale qui permette d'émettre des *covered bonds* et des ABS destinés à être placés sur le marché dans le cadre d'opérations de refinancement privées des banques. Pour ces opérations-là, les banques devront toujours prévoir, dans leurs contrats de crédit, les précautions et les clauses de transfert nécessaires.

L'art. 17a AP-LB ne s'applique pas. Les créances de crédit utilisées comme sûretés ne seront pas réalisées par la BNS en cas de titrisation. Celle-ci pourra en revanche réaliser les titres qui lui sont accordés comme sûretés, lesquels devront être librement transférables.

Art. 17c *Obligations d'informer de la banque*

Al. 1

Le processus opérationnel de refinancement, y compris ses préparatifs, exigent que la banque transmette à la BNS, comme le prévoit l'al. 1, les informations sur les créances de crédit pertinentes visées aux art. 17 et 17a AP-LB (notamment l'identité du débiteur, le montant du crédit et la durée résiduelle). Les banques sont en outre tenues de mettre à la disposition de la BNS, sur demande, tous les documents (y c. les contrats de crédit) concernant les créances de crédit ainsi que les sûretés qui s'y rapportent (cautionnements, conventions de garantie, cédulas hypothécaires, etc.). Les données à fournir comprennent donc aussi les données personnelles ou concernant des personnes morales liées au contrat de crédit. Cette disposition constitue un fondement juridique justifiant les traitements et les communications de données personnelles et de données concernant des personnes morales qui en découlent et qui sont effectués par les banques (en ce qui concerne notamment le droit de la protection des données, voir l'art. 31, al. 1, de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données [LPD]²⁸⁵). L'obligation d'informer porte aussi bien sur les préparatifs (par ex. la transmission d'informations dont la BNS a besoin pour déterminer si certaines créances de crédit peuvent servir comme sûretés) que sur la durée du contrat, jusqu'au remboursement intégral des soutiens en liquidités de la BNS ou respectivement jusqu'à la réalisation définitive des sûretés.

Al. 2

L'obligation d'informer prime les obligations légales ou contractuelles de la banque de garder le secret et constitue une *lex specialis*, notamment par rapport à l'art. 47 LB. Elle s'applique à tous les types de créances de crédit régies par le droit suisse et aux autres sûretés, de même qu'aux droits de préférence et aux droits accessoires susceptibles d'être transférés à la BNS aux fins de garantir un refinancement. Les informations et les documents transmis sont protégés par l'obligation légale de la BNS de garder le secret (art. 49 LBN).

Al. 3

L'al. 3 vise à soumettre la banque à l'obligation d'informer les débiteurs sur le contenu et la portée du chapitre VIII, qui contient les art. 17 à 17d AP-LB. Il l'oblige à informer non seulement le débiteur de la créance de crédit, mais aussi les autres débiteurs dont elle a connaissance et dont ce chapitre restreint les droits (par ex. le propriétaire du gage si le gage appartient à un tiers).

Conformément à cet al. 2, la banque doit informer d'une manière appropriée les débiteurs sur la possibilité que leurs créances de crédit et d'autres sûretés soient utilisées comme sûretés pour l'octroi, par la BNS, d'un soutien en liquidités et qu'elles

²⁸⁵ RS 235.1

soient réalisées et transférées à des tiers suisses ou étrangers conformément à l'art. 17a AP-LB. La banque doit notamment leur préciser qu'en vertu du chapitre VIII, les éventuelles dispositions légales ou contractuelles divergentes concernant la transmissibilité ou des interdictions de cession à la BNS selon l'art. 17 AP-LB ou à des sociétés ad hoc selon l'art. 17b AP-LB sont sans effet. Elle informe en outre le débiteur des conséquences des assouplissements apportés aux obligations de garder le secret ainsi qu'au traitement et à la communication de données personnelles. L'obligation d'informer de la banque s'applique aussi bien aux contrats existants qu'aux nouveaux contrats. Les informations peuvent être mises à la disposition du débiteur sous une forme standardisée sur papier ou électroniquement. Pour les nouveaux contrats, l'information doit avoir lieu à la souscription du contrat de crédit, tandis que, pour les contrats existants, elle sera réglée par une disposition transitoire (voir l'al. 4 des dispositions transitoires de la modification du ...). Lorsque les banques intègrent de leur propre initiative, dans le cadre de la révision des bases contractuelles, des dispositions relatives au transfert de créances de crédit ou à la constitution d'autres sûretés au sens de la présente section, l'obligation d'informer les clients concernés par ces modifications ne s'applique pas.

Le respect de l'obligation d'informer relève strictement du droit de la surveillance auquel sont assujetties les banques et ne sera en rien un critère de validité du transfert simplifié de créances de crédit ou de la constitution simplifiée d'autres sûretés en tant que tels.

Art. 17d Traitement et communication de données personnelles et de données concernant des personnes morales

Al. 1

L'al. 1 vise à donner une base légale à la collaboration et aux échanges d'informations entre la BNS et les tiers impliqués dans l'exécution du chapitre VIII en relation avec la gestion, la surveillance, le règlement et la réalisation des opérations de crédit et des droits et sûretés qui y sont liés. Le traitement et la communication de données personnelles, de données concernant des personnes morales et d'autres informations nécessite en effet une base légale appropriée. L'al. 1 vise à établir dans une loi formelle que le traitement et la communication des données et des informations en question sont admissibles entre les parties impliquées dans l'exécution du chapitre VIII, y compris, le cas échéant, les tiers nécessaires à l'exécution des dispositions (conseillers externes, par ex.). Il couvre aussi la collaboration et les échanges d'informations avec les tiers suisses et étrangers visés à l'art. 17a AP-LB aux fins de la réalisation éventuelle des créances de crédit et des sûretés qui s'y rapportent. De manière générale, les parties impliquées sont tenues de respecter le principe de la proportionnalité lorsqu'elles traitent les informations et les données en question et se les communiquent mutuellement. L'exécution de ce chapitre concerne exclusivement les données personnelles visées à l'art. 5, let. a, LPD, les données concernant des

personnes morales visées aux art. 57r ss de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)²⁸⁶ et d'autres informations.

Al. 2

L'al. 2 institue la primauté des transmissions de données et d'informations dans le cadre de l'exécution du chapitre VIII sur les obligations contractuelles ou légales de garder le secret (résultant par ex. des rapports contractuels entre la banque et le débiteur). Il constitue de ce fait une *lex specialis* par rapport à l'art. 47 LB.

Le transfert éventuel à des tiers suisses ou étrangers, à des fins de réalisation, de créances de crédit transférées à la BNS, y compris les droits de préférence, droits accessoires et autres sûretés indépendantes qui y sont liés, va de pair avec la transmission de données personnelles, de données concernant des personnes morales et d'autres informations (concernant par ex. le débiteur, le montant du crédit et la durée résiduelle). Il est probable que l'acquéreur typique des portefeuilles de crédits à réaliser sera une banque suisse, elle-même soumise au secret bancaire. On ne peut cependant pas exclure que d'autres institutions se montrent intéressées, auquel cas la BNS les soumettra sans doute contractuellement à l'obligation de garder le secret dans le cadre de la réalisation. Quoi qu'il en soit, en cas de vente effectuée dans le cadre d'une réalisation, rien ne restreindra le champ des acquéreurs aux seules banques suisses.

Chapitre IX Surveillance

Art. 19 Mesures visant à garantir une organisation adéquate

Al. 1

Cet article permet à la FINMA de veiller au rétablissement ou au maintien de l'ordre légal lorsque la banque enfreint des dispositions en lien avec l'organisation adéquate ou pourrait les enfreindre dans un avenir proche, soit notamment les conditions d'autorisation au sens de l'article 3 AP-LB. Les exigences en matière organisationnelle sont principalement définies aux chapitres II, IIa et IIb AP-LB et précisées par les ordonnances. La banque doit notamment être organisée de manière adéquate, en particulier concernant sa capacité à gérer les risques. Cela signifie qu'il ne doit pas exister de déséquilibre entre l'activité d'affaires, les risques qui en découlent et les mesures de la banque visant à identifier, limiter et surveiller ces risques (cf. chap. 4.1 concernant l'art. 3b AP-LB).

Cet article comporte également une dimension préventive (« dans un avenir proche »), car la FINMA pourra agir si elle estime que, sans intervention de sa part, l'organisation adéquate de la banque ne sera prochainement plus garantie. Pour déterminer si son intervention est requise et à quel moment, la FINMA pourra notamment se fonder sur des critères qualitatifs ou quantitatifs (par ex. manquements constatés dans le

²⁸⁶ RS 172.010

processus de contrôle interne de la banque, expansion rapide dans une région ou auprès d'une clientèle présentant des risques élevés).

La FINMA pourra, sur la base de cet article, ordonner différentes mesures qui ont toutes pour objectif de rétablir une organisation adéquate. La FINMA disposera d'une liste non-exhaustive de mesures. Concernant les instructions aux organes et la nomination d'un chargé d'enquête, ces compétences, jusqu'ici prévue à l'art. 26, al. 1, let. a et b, LB, pourront être ordonnées sur la base de l'art. 19 AP-LB.

Les recours formés contre les décisions prises sur la base de l'art. 19 AP-LB n'auront pas d'effet suspensif (art. 52f, al. 1, let. a, ch. 3, AP-LB).

L'application de l'art. 19 AP-LB n'exclura pas la prise d'autres mesures, notamment les autres moyens de surveillance prévus aux art. 29 ss LFINMA.

Let. a

La FINMA peut ordonner des adaptations de l'organisation de la banque (par ex. des règlements internes de la banque). Elle peut notamment ordonner des modifications au niveau de la gestion d'entreprise (par ex. de la politique des risques appliquée aux actifs, passifs et aux engagements hors bilan, notamment à leur provisionnement adéquat), ainsi que des processus (par ex. identification, mesure, gestion et surveillance des risques).

Let. b

Bien que le cercle des banques soumises au régime de responsabilité soit défini à l'art. 3d AP-LB, la FINMA peut soumettre une autre banque au régime de responsabilité. Cette mesure pourra par exemple permettre d'améliorer des problématiques décelées par la FINMA liées à la gouvernance de la banque (par ex. des fonctions importantes ne sont pas toutes clairement réparties) et, ainsi, garantir une organisation adéquate.

Dès que la FINMA aura soumis une autre banque au régime de responsabilité, celle-ci devra respecter les exigences prévues aux art. 3c, al. 2 et 3d, AP-LB. En plus des personnes visées à l'art. 3c, al. 1, AP-LB, les personnes chargées de la direction des domaines et fonctions visés à l'art. 3c, al. 2, AP-LB devront également présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable et signer le document établissant leurs responsabilités (cf. chap. 4.1 concernant les art. 3c et 3d AP-LB).

Let. c

La FINMA peut ordonner que la direction des différents domaines et fonctions visés à l'art. 3c, al. 2, AP-LB soit exercée par des personnes distinctes. Par exemple, la FINMA peut ordonner qu'une personne ne puisse exercer qu'une seule fonction soumise au régime de responsabilité, afin que les risques liés à cette fonction puissent réellement être identifiés et contrôlés. Cette analyse sera effectuée en fonction de la taille et des activités de la banque concernée, ainsi que de l'organisation concrète des fonctions.

Let. d

La FINMA peut ordonner à la banque de désigner d'autres fonctions centrales au sens de l'art. 3c, al. 2, let. h, AP-LB et d'adapter les responsabilités attribuées à ces fonctions (par ex. ordonner que la fonction de responsable de l'intégration lors d'une fusion importante fasse partie du régime de responsabilité).

Let. e

Si la conception ou l'application du système de rémunération ne respecte pas les dispositions y relatives (cf. art. 5c et 10b AP-LB) ou risque de les enfreindre dans un avenir proche, la FINMA peut en ordonner l'adaptation. Ainsi, la FINMA pourra ordonner des adaptations dans la conception du système de rémunération (par ex. ordonner à une banque qui possède un système de rémunérations variables de les attribuer de manière reportée pour corriger des biais d'incitations ou ordonner des adaptations des règlements internes s'ils n'incorporent pas d'incitations à ne pas violer les normes pertinentes pour la surveillance). De plus, la FINMA pourra ordonner des adaptations dans l'application du système de rémunérations (par ex. ordonner de diminuer la somme totale des rémunérations variables pour prendre en considération un manque de succès commercial ou ordonner à la banque qu'elle applique les sanctions prévues dans ses règlements internes en cas de violations). Il n'est pas prévu que cet article soit utilisé, afin d'ordonner des modifications de la rémunération variable pour une personne en particulier.

Let. f

La mesure de limitation de l'activité de la banque est déplacée de l'art. 26, al. 1, let. e, LB à l'art. 19, al. 1, let. f, AP-LB, car cette mesure peut déjà être nécessaire dans le cadre de la surveillance courante et non pas uniquement en cas de risque d'insolvabilité. Par souci de clarté, cette mesure figure explicitement à l'art. 19, al. 1, let. f, AP-LB, avec des renvois dans les art. 24, al. 1, let. a, et 26, al. 1, let. a, AP-LB. La limitation de l'activité comprend également la restriction de certaines catégories de clientèle, ainsi que l'interdiction d'étendre l'activité.

Al. 2

Les mesures prévues à l'al. 1 peuvent également viser un groupe financier ou un conglomérat financier. Par exemple, la FINMA pourrait ordonner à la société holding d'adapter l'organisation de la banque.

Art. 23 Contrôles directs

En vertu de l'art. 23 LB en vigueur, la FINMA ne peut procéder elle-même à des contrôles directs auprès de banques, de groupes bancaires et de conglomérats financiers que lorsque de tels contrôles s'avèrent nécessaires en raison de leur importance économique, de la complexité des faits ou du contrôle de modèles internes. Cette limitation de la possibilité pour la FINMA de procéder elle-même à des contrôles directs, qui ne figure pas dans les autres lois sur les marchés financiers (voir les art. 47,

al. 1, LSA et 63, al. 5, LEFin), doit être supprimée afin que la FINMA puisse, dans le cadre du système dual, procéder elle-même, sans équivoque, à de tels contrôles auprès de banques, de groupes bancaires et de conglomérats financiers.

La modification proposée de l'art. 23 LB (une disposition potestative) n'affectera en rien la complémentarité des contrôles effectués par la FINMA et de ceux effectués par les sociétés d'audit. L'art. 18, al. 1, LB, qui oblige les établissements à mandater une société d'audit, est du reste maintenu tel quel. Les banques continueront donc de confier des contrôles relevant du droit de la surveillance à des sociétés d'audit.

Pour que toutes les parties impliquées dans les activités de contrôle puissent s'appuyer sur des bases claires, il est impératif que la FINMA établisse en toute transparence la répartition des contrôles entre les sociétés d'audit et elle-même. Elle le fait dans la stratégie d'audit de chaque assujetti. Une concertation avec la révision interne est par ailleurs nécessaire (art. 5, al. 3, et 13, al. 3, OA-FINMA). La FINMA établit la stratégie d'audit des SIB (art. 32, al. 1 de l'ordonnance FINMA du 31 octobre 2024 sur l'audit prudentiel²⁸⁷) et approuve celle des autres banques (art. 35, al. 1, ordonnance FINMA sur l'audit prudentiel). Elle détermine en outre, en fonction des risques, les contrôles qu'elle effectue elle-même auprès des banques (« contrôles sur place »). Elle doit donc procéder en étroite concertation avec les sociétés d'audit.

Il faut en même temps que les banques puissent anticiper la charge de travail représentée par les audits. Celle-ci devrait en moyenne être constante, que les contrôles soient effectués par une société d'audit ou sur place, par la FINMA.

Chapitre X Mesures d'intervention précoce

Art. 24

Al. 1

Les mesures d'intervention précoce sont des mesures préventives qui visent à stabiliser une banque qui se trouve dans une situation de risques élevés. Cette situation peut exister lorsque la FINMA, sur la base d'indicateurs quantitatifs ou qualitatifs, constate que la situation économique d'une banque, en lien avec ses fonds propres ou liquidités, se détériore considérablement ou pourrait se détériorer considérablement dans un avenir proche, ceci quand bien même les exigences réglementaires en matière de fonds propres et de liquidités applicables à la banque sont respectées. La FINMA peut également intervenir si la situation économique de la banque ne s'est pas détériorée considérablement, mais que les intérêts des clients sont menacés d'une autre manière (par ex. si la banque tente systématiquement de se soustraire à la surveillance de la FINMA en ne respectant pas son obligation de renseigner et d'annoncer selon l'art. 29 LFINMA). Dans ce cadre, la FINMA doit intervenir et prendre

²⁸⁷ RS 956.161.1

les mesures nécessaires pour éviter que la détérioration ne s'accroisse ou pour préserver les intérêts des clients.

Comme l'art. 19 AP-LB, cet article comporte une dimension préventive (« dans un avenir proche »), car la FINMA devra agir si elle estime que, sans son intervention, la situation économique de la banque pourrait se détériorer considérablement. Pour cette dimension préventive, la FINMA se fonde principalement sur ses constats de la surveillance courante. En complément, elle peut se fonder sur les indicateurs de marché (par ex. le *price to book ratio* et le développement du prix des *credit default swaps*), ainsi que sur d'autres informations telles que les rapports d'analystes et des agences de notation.

Pour déterminer si son intervention est requise, la FINMA peut se fonder sur des critères qualitatifs ou quantitatifs. Elle informera sur les grandes lignes de sa pratique, afin que les banques puissent s'y référer. Par exemple, sont pertinentes les conclusions des sociétés d'audit (par ex. les rapports d'audit), les conclusions de la surveillance directe de la FINMA (par ex. les contrôles sur place, les analyses comparatives [*benchmarkings*], les tests de résistance [par ex. les *stress tests* concernant les hypothèques, les risques de taux d'intérêts et les potentiels de pertes], les rapports de gestion et de surveillance basés sur des données [par ex. les collectes d'informations sur les évolutions dans le domaine réglementaire et les indicateurs de marché]), ainsi que les rapports d'analystes et des agences de notation. Sur la base de ces données et informations, la FINMA évalue le profil de risque de la banque. Cela inclut une évaluation des risques financiers (par ex. les risques de crédits, du marché, des taux d'intérêts ou de liquidités) et une évaluation des risques non-financiers (par ex. sur la gouvernance, ainsi que sur les contrôles et processus internes, notamment des risques informatiques, cybernétiques et de blanchiment d'argent), ainsi que des risques juridiques et de réputation. Ainsi, la FINMA doit agir lorsqu'elle constate une détérioration considérable de la situation économique de la banque actuelle ou prospective ou si les intérêts des clients sont menacés d'une autre manière (par ex. déficiences dans la culture du risque et existence de conflits d'intérêts).

La FINMA dispose d'une liste non-exhaustive de mesures. Il est renvoyé aux explications de l'art. 19, al. 1, AP-LB concernant les différentes mesures qui pourraient être ordonnées.

Les recours formés contre les décisions prises sur la base de l'art. 24 AP-LB n'auront pas d'effet suspensif (art. 52f, al. 1, let. a, ch. 4, AP-LB).

L'application de l'art. 24 AP-LB n'exclut pas la prise d'autres mesures, notamment les autres moyens de surveillance prévus aux art. 29 ss LFINMA.

Let. a

Les mesures d'organisation adéquate prévues à l'art. 19 AP-LB étant moins incisives que celles prévues à l'art. 24 AP-LB, elles doivent, sans équivoque, pouvoir être prises dans le cadre d'une intervention précoce.

Let. b

Cette mesure se distingue de la limitation de l'activité de la banque prévue à l'art. 19, let. f, AP-LB, car la limitation du champ d'activité est une mesure plus large et plus incisive (cf. chap. 4.1 concernant l'art. 3a AP-LB). La FINMA peut, en plus de la limitation et de l'interdiction permanente de certaines activités, ordonner à la banque de restreindre son champ d'activité (par ex. diminuer son activité de banque d'investissement et, cas échéant, vendre cette activité).

Let. c

Sur la base de cette lettre, la FINMA peut notamment interdire à la banque de verser des dividendes, de procéder à des rachats d'actions et de payer les intérêts sur les instruments de fonds propres de base supplémentaires (instruments AT1). Cette lettre comprend donc tous les paiements à caractère de distribution, car la FINMA doit pouvoir limiter ou interdire ces types de distribution pour améliorer la situation économique de la banque.

Let. d

À teneur de cette lettre, la FINMA peut ordonner le renforcement de la dotation en fonds propres de la banque. Par exemple, la FINMA pourra ordonner ce renforcement, afin d'assurer le respect des exigences réglementaires en matière de fonds propres applicables à la banque. Les types de renforcements peuvent être de nature diverse. La FINMA peut notamment ordonner à la banque d'émettre de nouvelles actions ou d'autres instruments de capital, ainsi qu'exiger une affectation des bénéfices nets au renforcement des fonds propres.

La FINMA pourra également continuer d'ordonner des renforcements des exigences minimales en matière de fonds propres sur la base et aux conditions de l'art. 4 LB et des dispositions pertinentes des ordonnances (par ex. art. 45 et 131b OFR), soit dans le cadre de la surveillance courante.

Let. e

À teneur de cette lettre, la FINMA peut ordonner le renforcement de la dotation en liquidités de la banque. Par exemple, la FINMA pourra ordonner ce renforcement, afin d'assurer le respect des exigences réglementaires en matière de liquidités applicables à la banque. Les types de renforcements peuvent être de nature diverse. La FINMA peut notamment ordonner à la banque d'accroître ses actifs liquides de haute qualité (*high quality liquid assets*, HQLA). Dans ce cadre, elle peut notamment lui ordonner de prendre des financements supplémentaires, de procéder à la liquidation d'actifs, de diversifier ses sources de financement, de préparer des garanties en vue d'obtenir un soutien en liquidités auprès de banques centrales, ainsi que de prendre d'autres mesures que la banque elle-même a prévues comme mesures génératrices de liquidités en cas de crise. De plus, la FINMA peut ordonner à la banque de requérir auprès de la BNS un soutien en matière de liquidités. Dans ce cas spécifique, la FINMA

peut uniquement ordonner à la banque de requérir ce soutien auprès de la BNS. La décision relative à l'octroi du soutien relève uniquement de la compétence de la BNS.

La FINMA pourra également continuer d'ordonner des renforcements des exigences minimales en matière de liquidités sur la base et aux conditions de l'article 4 LB et des dispositions pertinentes des ordonnances (par ex. art. 14, al. 4, let. b, et 5, ainsi qu'art. 25, al. 1, OLiq), soit dans le cadre de la surveillance courante.

Let. f

À teneur de cette lettre, la FINMA peut ordonner à la banque de mettre en œuvre certaines mesures prévues dans son plan de stabilisation, afin de renforcer sa dotation en fonds propres ou en liquidités (cf. chap. 4.1 concernant l'art. 9, al. 2, let. e, AP-LB). Les mesures prévues dans le plan de stabilisation de la banque peuvent être de nature très variée (par ex. arrêter le versement des intérêts sur les instruments AT1, émettre de nouvelles actions et se séparer d'un champ d'activité).

Let. g

À teneur de cette lettre, la FINMA peut ordonner la convocation d'une assemblée générale extraordinaire et ordonner l'inscription d'objets à l'ordre du jour au sens des art. 704b et 805, al. 2, CO. Par exemple, la FINMA peut ordonner la convocation d'une assemblée et l'inscription à l'ordre du jour des modifications des statuts en lien avec une limitation du champ d'activité de la banque.

Let. h

La mesure visant le changement de la société d'audit au sens de la LB ou l'organe de révision institué par le CO est déplacée de l'art. 26, al. 1, let. d, LB à l'art. 24, al. 1, let. h, AP-LB, car cette mesure doit pouvoir être prise dans une situation de risques élevés et non pas uniquement en cas de risque d'insolvabilité. Partant, par souci de clarté, cette mesure figure explicitement à l'art. 24, al. 1, let. h, AP-LB, avec un renvoi dans l'art. 26, al. 1, let. a, AP-LB. La formulation de la mesure est légèrement modifiée en comparaison avec celle de l'art. 26, al. 1, let. d, LB, afin de concorder avec celle de l'art. 28a, al. 2, AP-LFINMA.

Let. i

La mesure visant à retirer aux organes leur pouvoir de représentation ou à les démettre de leurs fonctions est déplacée de l'art. 26, al. 1, let. c, LB à l'art. 24, al. 1, let. i, AP-LB, car cette mesure doit pouvoir être prise dans une situation de risques élevés et non pas uniquement en cas de risque d'insolvabilité. Partant, par souci de clarté, cette mesure figure explicitement à l'art. 24, al. 1, let. i, AP-LB, avec un renvoi dans l'art. 26, al. 1, let. a, AP-LB.

Par ailleurs, cette lettre inclut désormais explicitement la possibilité pour la FINMA d'instituer des organes. Cette mesure peut notamment être pertinente si la banque ne parvient pas elle-même à nommer un nouvel organe qui a été démis et si une

nomination rapide est nécessaire en raison d'impératifs temporels. Cela signifie que la FINMA peut rendre une décision de nomination, afin de charger une personne d'agir en qualité d'organe de la banque. Cette décision diffère de la nomination d'un chargé d'enquête au sens de l'art. 36 LFINMA, car les organes nommés ne reçoivent pas de mandat ou d'ordres de la FINMA et leur rémunération sera arrêtée et payée par la banque conformément aux engagements de droit privé qui seront conclus séparément avec celle-ci. Ainsi, la nomination de l'organe ne vise pas à élucider des faits ou à mettre en œuvre des mesures de surveillance, mais vise à pallier un manque au niveau des organes de la banque. Partant, la FINMA peut nommer un chargé d'enquête au sens de l'art. 36 LFINMA conjointement à sa décision de nomination d'un organe.

Al. 2

Si la FINMA ordonne une mesure d'intervention précoce au sens de l'al. 1 vis-à-vis d'une banque dont les titres de participation ou d'autres instruments financiers sont cotés en bourse, elle peut simultanément ordonner à la banque de reporter la publication d'une annonce événementielle qui se révélerait nécessaire à cet égard et d'une communication dans ce sens à la bourse, contrairement aux prescriptions relatives aux informations d'initiés (cf. art. 2, let. j, LIMF) ou à l'autorégulation. La possibilité de ce report est limitée aux situations dans lesquelles la publication d'informations confidentielles et susceptibles d'influer sur les cours (cf. art. 2, let. j, LIMF) risquerait de compromettre l'objectif de la mesure. Le report doit servir les objectifs que la mesure est censée poursuivre. Tout cela suppose que la mesure ordonnée ne soit pas de toute façon connue et qu'il soit en principe possible de reporter sa publication et son annonce au public et aux autres acteurs du marché. La FINMA jugera de la nécessité du report et en fixera la durée. La banque devra quant à elle garantir la confidentialité de la mesure et des actions liées à sa mise en œuvre. Pour ce qui est de la confidentialité et de la procédure à suivre si elle n'est plus garantie, il est renvoyé au commentaire de l'art. 5a AP-LB. Les mesures ordonnées par la FINMA peuvent aussi s'appliquer à un groupe ou à un conglomérat financier (voir l'al. 3). Une mesure d'intervention précoce peut par exemple viser une filiale alors que les titres de participation sont émis par la société mère. Dans un tel cas de figure, le report de la communication pourra aussi être ordonné vis-à-vis de la société mère.

Al. 3

Les mesures prévues aux al. 1 et 2 peuvent également viser un groupe financier ou un conglomérat financier. Par exemple, la FINMA pourrait ordonner à la société holding de recapitaliser la banque.

Chapitre XI Mesures en cas de risque d'insolvabilité

Remarque préliminaire sur les chapitres XI (Mesures en cas de risque d'insolvabilité) et XII (Faillite de banques insolubles [faillite bancaire])

Du fait de la technique du renvoi appliquée dans d'autres lois régissant les marchés financiers, les modifications ci-après s'appliquent également à des assujettis n'appartenant pas au secteur bancaire :

- l'art. 42 LLG dispose que les art. 25 à 37g LB sont applicables par analogie aux centrales d'émission de lettres de gage ;
- conformément à l'art. 67 LEFin, les dispositions de la LB « concernant les mesures en cas de risque d'insolvabilité et la faillite bancaire » s'appliquent par analogie aux directions de fonds et aux maisons de titres ainsi qu'aux sociétés visées à l'art. 4 LEFin, et celles « concernant la garantie des dépôts et les avoirs en déshérence » s'appliquent par analogie aux maisons de titres qui gèrent des comptes ;
- l'art. 88, al. 1, LIMF dispose que les art. 25 à 37 et 37d à 37g^{quinquies} LB s'appliquent par analogie aux infrastructures des marchés financiers et aux sociétés visés à l'art. 3 LIMF. Ce renvoi dans la LIMF sera modifié, car les art. 37g^{bis} à 37g^{quinquies} seront déplacés en tant qu'articles 52c à 52f dans le chapitre XIVb (Voies de droit).

Art. 25titre et al. 1, let. b, et 2

Titre

L'ajout apporté au titre établit clairement que cet article règle non seulement les mesures envisageables en cas de risque d'insolvabilité, mais aussi les conditions applicables. L'al. 1 prévoit des mesures protectrices, une procédure de résolution et la faillite.

Al. 1, let. b

Le terme « procédure de liquidation » est remplacé par « procédure de résolution ».

La procédure actuelle d'assainissement des banques prévue aux art. 28 ss LB a été instaurée dans le but d'accorder à une banque connaissant des difficultés financières une dernière chance – appuyée par des mesures des autorités – de poursuivre son activité, tout en satisfaisant autant que possible les créanciers²⁸⁸. Toutefois, lorsqu'une banque présente un risque d'insolvabilité, il faut songer non seulement à la protection des propriétaires et des créanciers, mais aussi à des enjeux de plus grande envergure (préserver la stabilité financière, par ex.). En procédant à une résolution, la FINMA pourra intervenir directement dans les droits des propriétaires et des créanciers en réduisant par exemple le capital social et en convertissant le capital convertible.

Par ailleurs, la résolution sous la forme d'une sortie ordonnée du marché n'est pas compatible avec le but de l'assainissement décrit plus haut. En cas de sortie du

²⁸⁸ FF 2002 8060, p. 7502.

marché, les activités de la banque sont progressivement réduites sur une certaine période et ainsi suspendues d'une manière planifiée. L'adoption du terme « résolution » tient compte du fait que la procédure de résolution pourra aussi consister en une sortie ordonnée du marché.

Le terme anglais *resolution* s'est d'ailleurs imposé sur le plan international dans le sillage de la crise financière de 2008. Il se traduit en français par « résolution ». L'UE, par exemple, traduit *resolution*, qui correspond en Suisse à la notion d'assainissement, par « résolution », et *recovery*, qui correspond en Suisse à la notion de stabilisation, par « assainissement ». Le fait de ne plus utiliser le terme « assainissement » dans le contexte TBTF suisse permettra de prévenir les malentendus sur le plan international. En français, le terme liquidation n'a pas été repris pour éviter la confusion avec la liquidation par voie de faillite et pour tenir compte du fait qu'il existe des options de résolution qui permettent à la banque de poursuivre ses activités.

Al. 2

Le terme « assainissement » est remplacé par « résolution ».

Art. 26, al. 1 et 2

Al. 1

En ce qui concerne les mesures protectrices en cas de risque d'insolvabilité d'une banque (art. 26 LB), il ressort du rapport de la Commission d'enquête parlementaire du 17 décembre 2025 que, en cas de risque d'insolvabilité (art. 25 LB), les mesures protectrices prévues à l'art. 26 LB sont beaucoup moins radicales que la résolution et la faillite²⁸⁹. Lorsque cela est nécessaire, la FINMA devrait prendre les mesures protectrices, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation, avant que les mesures de résolution ou de liquidation ne doivent être prises. Ainsi, pour favoriser l'intervention de la FINMA au moment opportun, les mesures prévues auparavant à l'art. 26, al. 1, let. a et c à e, LB pourront dorénavant être ordonnées aux conditions des art. 19 et 24 AP-LB, soit indépendamment de l'existence d'un risque d'insolvabilité. De plus, les mesures prévues à ces articles pourront également être ordonnées en cas de risque d'insolvabilité (cf. art. 26, al. 1, let. a, LB).

La mesure visant à donner des instructions aux organes de la banque (art. 26, al. 1, let. a, LB) ne figure plus expressément, car elle est contenue dans les art. 19 AP-LB et 24 AP-LB dans les différents « notamment » et car elle va de pair avec plusieurs mesures qui y figurent déjà (par ex. l'ordre de limiter l'activité de la banque). En outre, la mesure visant à nommer un chargé d'enquête (art. 26, al. 1, let. b, LB) ne figure également plus expressément à l'art. 26, al. 1, AP-LB, car cette mesure peut déjà être prise par la FINMA dès le stade de la surveillance courante sur la base de l'art. 36 LFINMA. Ainsi, la FINMA peut toujours nommer un chargé d'enquête sur la base de

²⁸⁹ FF 2025 515, p. 530.

l'art. 36 LFINMA, par exemple pour préparer une procédure de résolution (par ex. processus d'évaluation et de vente).

Il est précisé que demeure en consultation au Parlement le projet de mise en place d'un mécanisme public de garantie des liquidités pour les SIB (affaire 23.062) dans lequel figure une mesure prévue à l'art. 26, al. 1, let. i, AP-LB, soit que la FINMA puisse ordonner à la banque ou à la société mère d'amortir ou de convertir des fonds propres de base supplémentaires. Cette mesure pourrait s'intégrer en tant qu'art. 26, al. 1, let. e, AP-LB.

Enfin, la liste des mesures de l'art. 26, al. 1, AP-LB continue à être de nature non-exhaustive.

Let. a

Les mesures d'intervention précoce prévues à l'art. 24 AP-LB sont moins incisives que celles prévues à l'art. 26 AP-LB donc elles doivent, sans équivoque, pouvoir être prises dans le cadre des mesures protectrices en cas de risque d'insolvabilité.

Let. b, c et d

Ces mesures figurent aujourd'hui à l'art. 26, al. 1, let. f, g et h, LB et seront uniquement renumérotées.

Al. 2

Le contenu actuel de l'art. 26, al. 2, LB relatif à la publication est supprimé en raison de la modification de l'art. 22 LFINMA, car désormais toutes les questions liées à l'information au public y sont réglées de manière centralisée (cf. chap. 4.7 concernant l'art. 22, al. 2 et 3, AP-LFINMA).

L'art. 26, al. 2, AP-LB vise à inscrire dans la loi la possibilité pour la FINMA d'ordonner le report de la publication d'une annonce événementielle et d'une communication à la bourse en relation avec une mesure protectrice. Si la FINMA ordonne une ou plusieurs mesures protectrices, elle peut également ordonner, par analogie avec l'art. 24, al. 2, AP-LB, que la banque reporte la publication et la communication d'informations confidentielles et susceptibles d'influer sur les cours en lien avec les mesures protectrices. Concernant ce point, il est renvoyé au commentaire de l'art. 24, al. 2, AP-LB.

Art. 28 Options de résolution et procédure

Cette procédure vise à remplacer la procédure d'assainissement prévue par le droit en vigueur. Le titre précise que cet article règle les options de résolution et la procédure.

Al. 1

L'al. 1 établit clairement que la résolution ne devra pas nécessairement viser une restauration de la rentabilité ni, par conséquent, une poursuite des activités illimitée dans le temps. En effet, outre la restructuration et le maintien des activités de la banque dans son ensemble (let. a) et le maintien de certains services bancaires (let. b), il sera possible d'opter pour une sortie ordonnée du marché (let. c). La sortie ordonnée du marché vise à réduire les activités pendant une période limitée, sans menacer la stabilité financière, jusqu'à permettre, par exemple, la restitution ordonnée de la licence bancaire. Elle peut aussi inclure le maintien de certains services bancaires sous réserve que ceux-ci soient transférés à des tiers ou limités dans le temps dans le cadre d'une mise à l'arrêt des activités. De la même façon, la restructuration et la poursuite de l'activité de la banque n'excluent pas la suspension ordonnée de certaines activités.

Selon le domaine d'activité, le transfert ou la suspension des services bancaires pourront être obtenus au moyen de différents instruments de résolution, dont la mise à l'arrêt des activités (par ex. la réduction du portefeuille de négociation dans la banque d'investissement) dans le cadre d'une restructuration et le transfert, la réunion ou la reprise de tout ou partie de la banque par une société relais ou une société ad hoc, conformément à l'art. 30 AP-LB. L'option de résolution doit être conçue de manière à pouvoir être mise en œuvre avec les moyens financiers disponibles dans la situation spécifique.

Al. 2

Le terme « procédure de liquidation » est remplacé par « procédure de résolution ».

Al. 3

Le terme « délégué à l'assainissement » est remplacé par « délégué à la résolution ».

Al. 4

Le terme « procédure » est remplacé par « procédure de résolution ».

Art. 28a Objectifs de résolution

Le projet propose d'ancrer expressément dans la loi les objectifs sur lesquels la FINMA se réfère pour choisir une option et des instruments de résolution (voir l'art. 30 AP-LB). Cela est pertinent lorsque plusieurs options de résolution sont en discussion. Ainsi, la poursuite de l'activité accompagnée d'une restructuration peut, par exemple, sembler à première vue plus avantageuse pour les nouveaux propriétaires. La FINMA peut toutefois estimer que les chances de mener à bien la résolution et d'atteindre les objectifs qui y sont liés sont plus élevées en cas de poursuite de certains services bancaires (par ex. au moyen d'une aliénation à un tiers) ou de sortie ordonnée du marché. Avec la reformulation proposée, le critère, déterminant jusqu'ici, de l'aboutissement vraisemblable d'un assainissement, n'aura plus lieu d'être. Les

objectifs devront être pris en compte par rapport aux différents instruments de résolution employés.

L'énumération expresse des objectifs établit par ailleurs que la FINMA choisira l'option de résolution et les instruments à employer en fonction d'objectifs supérieurs. Cette précision sera particulièrement importante si la FINMA ordonne un *bail-in*, car elle portera alors atteinte aux droits des créanciers alors que l'un des buts de la surveillance des marchés financiers exposés à l'art. 4 LFINMA est précisément de les protéger.

Les objectifs sont énoncés dans un ordre aléatoire, l'essentiel étant de bien évaluer leur pertinence dans chaque cas d'espèce. La FINMA emploiera donc les instruments de résolution qui, selon toute vraisemblance, permettront d'atteindre au mieux les objectifs fixés au cas par cas. Il convient de noter que l'appréciation de l'option et des instruments les plus appropriés relève, par nature, d'une prévision et que la FINMA jouira donc à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Elle pourra par exemple, si un PLB est accordé simultanément, choisir la solution de résolution qui présente, selon elle, la plus grande probabilité d'un remboursement intégral.

Le choix des objectifs s'inspire de ceux prévus par l'UE (voir les art. 31 et 32 de la directive 2014/59/UE). Il est important de souligner que ces objectifs ne se limitent pas aux objectifs TBTF énoncés à l'art. 7, al. 2, LB et ne constituent pas des conditions à remplir pour l'ouverture d'une procédure de résolution. La résolution restera donc possible pour toutes les banques, au-delà des seules SIB.

Let. a à c

Les trois premiers objectifs s'inspirent des objectifs TBTF énoncés à l'art. 7, al. 2, LB, avec une formulation plus large pour celui de la let. b, conformément à l'al. 1, afin qu'il ne soit pas limité aux fonctions économiques d'importance systémique.

Let. d

La FINMA pourra, lors du choix des instruments de résolution, prendre en compte la protection des avoirs et des actifs des clients. Il s'agit là des avoirs et autres actifs que les clients ont confiés à la banque (par ex. les dépôts non couverts par la garantie des dépôts). La protection ne s'étend pas aux investissements dans des titres financiers de la banque concernée tels que les *bail-in bonds*. Ces instruments sont spécialement conçus pour absorber les pertes en cas de résolution. C'est notamment le cas des emprunts AT1 qui, du point de vue de la réglementation, font partie des fonds propres *going concern*.

Remarque préliminaire concernant les art. 28b et 28c

Du fait du regroupement du plan et de la décision d'assainissement dans un document unique, la décision de résolution, il n'y aura plus de plan d'assainissement à approuver dans le cadre de la résolution. Le projet transforme par conséquent les exigences relatives au plan d'assainissement (art. 29 et 30c LB) en principes de résolution

(art. 28b, al. 2, AP-LB) et en contenu de la décision de résolution (art. 28c, al. 1, AP-LB). Il déplace par la même occasion l'obligation de publier les grandes lignes du plan d'assainissement (art. 31, al. 4, LB), moyennant les modifications qui s'imposent, à l'art. 28c, al. 3, AP-LB.

Art. 28b Décision de résolution et principes applicables à la résolution

Al. 1

Le projet remplace le plan et la décision d'assainissement par la décision de résolution dans laquelle la FINMA détaille les mesures nécessaires à la mise en œuvre de la procédure de résolution.

Al. 2

Les principes énoncés aux let. a à d que la décision de résolution devra respecter correspondent aux exigences auxquelles doit satisfaire le plan d'assainissement en vertu des art. 29 et 30c, al. 1, LB.

Let. a

Ce principe correspond au contenu des art. 29 et 30c, al. 1, let. a, LB.

En cas de résolution, il faudra s'assurer que la banque remplit (à nouveau) les conditions d'autorisation auxquelles elle est soumise et respecte les autres prescriptions du droit de la surveillance, notamment dans les domaines du capital et des liquidités. Si la résolution est axée sur le maintien des activités de la banque ou de certains de ses services, les instruments de résolution employés doivent permettre cette poursuite moyennant le respect de ces conditions et de ces exigences. En cas de sortie ordonnée du marché, les activités commerciales de la banque sont réduites progressivement par des ventes (partielles) et l'arrêt ordonné des activités de la banque sur une période prolongée. Il faut alors également s'assurer que la banque sera en mesure de remplir les conditions d'autorisation et de respecter les autres prescriptions du droit de la surveillance aussi longtemps qu'elle fournira des services bancaires. Le projet ne reprend pas la mention « à l'avenir », qui figure à l'art. 29 LB.

Le terme « prescriptions légales » est remplacé par « prescriptions du droit de la surveillance », qui englobe les exigences formulées dans les ordonnances et celles de la FINMA (suppléments exigés au titre du pilier 2, par ex.).

Le respect de cette condition sera apprécié au moyen d'une évaluation aux valeurs de résolution que le projet règle dans un article central sur l'évaluation (art. 29a AP-LB). Il est donc renvoyé ici à cette disposition.

Let. b

Le projet étend expressément le principe NCWO aux actionnaires. Cette proposition est conforme à la pratique d'autres juridictions, où créanciers et propriétaires profitent

également du concordat. Dans le même ordre d'idées, la nouvelle méthode de calcul de l'éventuelle compensation des propriétaires en cas de réduction du capital social est expressément limitée au concordat (voir le commentaire de l'art. 30*b* AP-LB). Il faut souligner ici qu'en pratique, dans une procédure de faillite bancaire, les actionnaires n'obtiennent généralement rien parce qu'il faut d'abord rembourser les dettes de la masse en faillite et désintéresser l'ensemble des créanciers. La compensation devrait donc plutôt être l'exception que la règle.

Les créanciers qui ont contractuellement renoncé au principe NCWO ne doivent pas être pris en compte lors de la vérification du respect de ce principe et ne peuvent pas non plus condamner son éventuelle violation.

Let. c et d

Modification d'ordre linguistique

Art. 28c Contenu de la décision de résolution

Al. 1

Remarques préliminaires

Le contenu de cet alinéa correspond largement à celui de l'art. 30*c*, al. 2, LB. Les dispositions des let. d à j étant reprises telles quelles, elles ne sont pas commentées ici.

Let. a

La FINMA expose l'option de résolution et les instruments retenus conformément aux art. 28, al. 1, et 30 AP-LB.

Let. b

Modification d'ordre linguistique et modification du renvoi aux nouveaux principes formulés à l'art. 28*b*, al. 2, AP-LB.

Let. c

Le contenu de l'art. 30*c*, al. 2, let. c, LB est déplacé ici et élargi. Certaines options de résolution, notamment la sortie ordonnée du marché ou la poursuite de certains services bancaires par le biais d'une cession, ne nécessitent pas de prévoir un nouveau modèle commercial pour la banque, mais le transfert ou la suspension de services bancaires. Dans ce cas, la décision de résolution doit décrire ce transfert et cette suspension et non le nouveau modèle d'affaires.

Al. 2

Let. a

Le projet déplace ici, en l'élargissant, la possibilité pour la FINMA de suspendre la totalité des droits sociaux des propriétaires, prévue à l'art. 30b, al. 9, LB exclusivement en relation avec un *bail-in*. Cette possibilité doit subsister pour toute la durée de la procédure, indépendamment de l'option de résolution retenue. Le projet remplace le terme « droits sociaux » par celui, plus large, de « droits », afin d'éviter les problèmes de délimitation. Par mesure de clarification, l'expression « suspendre la totalité » utilisée jusqu'ici est remplacée par « suspendre ou supprimer » afin de souligner que les droits suspendus ne seront pas restaurés après coup avec effet rétroactif, mais qu'ils ne redeviendront valables que pour l'avenir, situation qui, dans certaines configurations, ne se présentera pas. Cette dernière possibilité revêt une importance pratique en cas de sortie ordonnée du marché visant un arrêt ordonné des activités dans leur ensemble et dont l'exécution devra suivre les objectifs de résolution visés à l'art. 28, al. 1^{bis}, AP-LB et non ceux du propriétaire.

Let. b

L'art. 32, al. 2, LB règle les conséquences de l'exclusion par le plan d'assainissement du droit pour la banque de demander la révocation d'actes juridiques conformément aux art. 258 à 292 LP et implique que la FINMA peut, déjà actuellement, ordonner une telle exclusion en approuvant le plan d'assainissement. Le projet règle expressément cette compétence ici, dans le cadre de la décision de résolution.

Let. c

L'exécution d'une résolution peut rendre nécessaire de libérer la banque du respect de certaines exigences. Cette libération est généralement temporaire. Elle n'est pas limitée à la durée de la procédure de résolution. À titre d'exemple, après une mesure de capitalisation (*bail-in*), une SIB n'est pas tout de suite en mesure de respecter à nouveau les exigences *gone concern* en matière de fonds propres qui s'appliquent à elle. Si la résolution est axée sur le maintien des activités de la banque ou de certains de ses services, la FINMA devra donc renoncer temporairement au respect de ces exigences et fournir un échéancier pour la restauration de ces ressources. Si la résolution est axée sur une sortie ordonnée du marché, une telle restauration sera vaine et il faudra pouvoir y renoncer complètement.

Al. 3

Cet aliéna reprend la teneur de l'art. 31, al. 4, LB en raison de l'abrogation de l'art. 31 LB due au regroupement du plan et de la décision d'assainissement dans la décision de résolution.

Art. 28d Résolution des banques cantonales

La disposition relative aux banques cantonales qui figure à l'art. 28a LB est déplacée ici et renumérotée en conséquence. En outre, le terme « assainissement » est remplacé dans tout l'article, titre compris, et des adaptations linguistiques sont apportées.

Art. 29

L'article est abrogé. Le contenu de cette disposition est déplacé à l'art. 28b, al. 2, let. a, AP-LB.

Art. 29a Évaluation

L'évaluation joue un rôle clé dans la résolution. L'art. 29a AP-LB vise à en régler des aspects importants et à déterminer de manière transparente les particularités et les compétences attachées à chaque évaluation.

Al. 1

L'al. 1 énonce les trois évaluations nécessaires pour une résolution, qui sont différentes du point de vue fonctionnel et poursuivent des objectifs distincts, d'où la nécessité de les différencier sur le plan de la méthodologie.

Let. a

L'évaluation aux valeurs d'exploitation (dite aussi « évaluation 1 » sur le plan international) est effectuée pour déterminer si l'une des conditions de l'art. 25, al. 1, LB est remplie et aide la FINMA à déterminer si la banque a atteint le stade du risque d'insolvabilité. La FINMA dispose d'une grande marge d'appréciation technique pour examiner les conditions prévues à l'art. 25, al. 1, LB. Outre l'évaluation aux valeurs d'exploitation, la FINMA doit également tenir compte d'autres éléments, notamment des prévisions en matière de liquidités. L'évaluation 1 se fonde sur la norme comptable appliquée par la banque. Elle n'ouvre aucun droit à des tiers.

Let. b

L'évaluation aux valeurs de résolution (ou « évaluation 2 ») est une évaluation autonome de droit public comportant des ajustements de valeur allant au-delà de ceux qui sont prévus dans la norme comptable appliquée et tenant compte des pertes futures, des incidences des mesures de résolution ordonnées par la FINMA et d'une estimation des coûts de résolution prévisibles. Elle s'écarte donc nettement de l'évaluation 1 et produit une réévaluation complète de l'entreprise susceptible de comporter des corrections de valeur substantielles. L'évaluation 2 soutient le choix et le calibrage des instruments de résolution et vise à déterminer si la banque dispose de suffisamment de fonds propres à l'issue de la résolution et si elle satisfait aux prescriptions du droit de la surveillance en la matière.

L'art. 28b, al. 2, let. a, AP-LB précise que la résolution devra être fondée sur une évaluation 2. L'évaluation 2 sera par conséquent indispensable à la réalisation d'une procédure de résolution. La comparaison des évaluations 2 et 3 permet de vérifier si le principe selon lequel aucun créancier ne peut être plus mal traité a été violé (test « *no creditor worse off* [NCWO] »). Elle n'est pas effectuée en cas de cession d'activités au sens de l'art. 30^{quater} AP-LB. La désignation de l'acquéreur qui remporte l'enchère sera réalisée sur la base des offres déposées (voir l'art. 30^{quater}, al. 3, AP-LB). Dans ce cas, le respect du test NCWO sera vérifié sur la base d'une comparaison du prix d'achat obtenu et de l'évaluation 3.

Étant donné que le plan d'assainissement doit être fondé sur une évaluation prudente des actifs et des passifs de la banque ainsi que sur une estimation prudente de l'assainissement requis (art. 30c, al. 1, let. a, LB), les grands principes de l'évaluation 2 figurent déjà dans la loi et sont désormais formulées de manière spécifique par souci de clarté. La FINMA conservera une grande marge d'appréciation technique. L'évaluation 2 n'ouvre aucun droit à des tiers.

Let. c

L'évaluation aux valeurs de liquidation (ou « évaluation 3 ») est une évaluation en vue d'un concordat, donc une simple évaluation *gone concern*, qui vise notamment à vérifier qu'une procédure de résolution n'est pas économiquement défavorable aux créanciers et aux propriétaires par rapport à l'ouverture immédiate d'une faillite bancaire (voir l'art. 28c, al. 2, let. b, AP-LB). Cette évaluation est donc susceptible d'ouvrir des droits à des tiers.

Al. 2

Les évaluations se fondent sur les informations pertinentes disponibles au moment de leur réalisation. Cette disposition établit clairement que les nouveaux développements et les informations qui ne seront disponibles qu'après la réalisation des évaluations seront considérés comme non pertinents. Elle tient compte du fait que, en période de crise, les informations disponibles sont rarement complètes et irréprochables, et que l'évaluation doit prendre en compte cette incertitude en prévoyant notamment des dépréciations, des provisions, des hypothèses concernant la valeur des actifs et les revenus futurs de la banque.

Al. 3

L'al. 3 désigne les responsables des évaluations visées à l'al. 1.

L'évaluation 1 est réalisée par la banque et aide la FINMA à déterminer si la banque a atteint le stade du risque d'insolvabilité visé à l'art. 25, al. 1, LB. La compétence de la banque concernant l'évaluation 1 n'affectera donc en rien la compétence de la FINMA pour constater le risque d'insolvabilité. En effet, la FINMA pourra aussi constater ce risque si la banque ne présente pas d'évaluation 1, ou sur la base d'autres critères.

Les évaluations 1 et 2 seront en principe réalisées par un chargé d'évaluation mandaté par la FINMA, et la banque sera tenue d'y prendre part (cf. art. 29a, al. 6, AP-LB). Comme indiqué dans le commentaire de l'al. 1, let. b et c, les évaluations 2 et 3 s'écartent de la norme comptable aux valeurs de continuation applicable en *going concern*. Le chargé d'évaluation pourra se fonder sur les systèmes bancaires et les modèles d'évaluation internes existants. La banque devra mettre les informations à la disposition du chargé d'évaluation (cf. al. 6).

La FINMA ne sera pas tenue d'attendre la survenance du risque d'insolvabilité : elle pourra recourir au chargé d'évaluation à un stade précoce afin que les évaluations soient disponibles à la fin de la semaine de résolution. Le but étant de continuer à mettre l'accent sur la rapidité et la sécurité juridique de l'évaluation.

Al. 4

La FINMA pourra mandater un chargé d'évaluation pour vérifier l'évaluation, notamment si elle a des doutes la concernant, ce qui peut être le cas lorsque la banque ne procède pas aux corrections de valeur nécessaires.

Al. 5

Si le recours à un chargé des évaluations 2 et 3 est impossible, par exemple faute de temps, la FINMA pourra ordonner à la banque de réaliser elle-même ces évaluations. Dans ce cas, elle soumettra les évaluations à un contrôle de plausibilité.

Al. 6

La banque sera tenue de fournir sans délai à la FINMA ou au chargé d'évaluation toutes les informations pertinentes pour les évaluations sous une forme appropriée fixée par la FINMA. La banque est ainsi soumise à une obligation de collaborer, qui comprend également l'octroi des accès techniques nécessaires aux systèmes concernés. Il lui appartiendra de s'organiser à cette fin dans le cadre de son fonctionnement courant, comme c'est déjà le cas aujourd'hui.

Al. 7

Les informations et hypothèses fondant une évaluation devront être documentées de façon appropriée. Pour l'évaluation 2, par exemple, il conviendra de documenter les ajustements de valeur effectués et leur motif (par ex. réévaluations d'actifs, provisions supplémentaires, incidences des mesures de résolution ordonnée et coûts et pertes futurs). Pour l'évaluation 3, il faudra documenter les hypothèses sur les valeurs de liquidation.

Al. 8

La FINMA précisera dans une ordonnance les modalités des évaluations ainsi que les exigences relatives au chargé d'évaluation et à la documentation des informations et

hypothèses fondant les évaluations. Les précisions relatives aux évaluations tiendront compte de leurs différentes caractéristiques, selon les modalités résumées ci-après.

L'évaluation 1 se fonde sur la norme comptable de la banque et de ses entités juridiques essentielles dans l'hypothèse du *going concern*. Elle constitue un élément fourni par la banque pour permettre à la FINMA d'évaluer le risque d'insolvabilité.

L'évaluation 2 est une évaluation de droit public en vue d'une résolution, qui est fondée sur des ajustements de valeur allant au-delà de ceux qui sont prévus dans la norme comptable appliquée et des estimations portant sur la fin de la semaine de résolution.

Les hypothèses sur lesquelles fonder l'évaluation 3 concernant les valeurs de liquidation (par ex. l'ampleur des corrections de valeur concernant différents postes du bilan) seront précisées.

Les évaluations à réaliser en vue de la résolution conformément à l'art. 29a, al. 1, AP-LB ne seront pas soumises à une obligation de révision. S'agissant de l'évaluation visée à l'art. 29a, al. 1, let. a, AP-LB, cela découle de l'al. 4, selon lequel la FINMA peut décider de mandater un chargé d'évaluation pour vérifier l'évaluation réalisée par la banque visée à l'al. 1, let. a. Pour les évaluations visées à l'art. 29a, al. 1, let. b et c, AP-LB, cette absence d'obligation résulte du fait que ces évaluations seront, en principe, réalisées par un chargé d'évaluation, c'est-à-dire par une personne disposant des compétences techniques requises. Conformément à l'al. 5, la FINMA pourra ordonner à la banque de réaliser elle-même les évaluations visées à l'al. 1, let. b et c, si le recours à un chargé d'évaluation est impossible. Les raisons qui rendent impossible le recours à un chargé d'évaluation (par ex. le refus d'accepter le mandat ou de l'exécuter dans le délai imparti compte tenu de l'urgence) devraient toutefois également empêcher une révision dans ces situations. Dans de tels cas, la FINMA procédera elle-même à un contrôle de plausibilité.

Lorsque des comptes intermédiaires établis aux valeurs de poursuite de l'exploitation et de liquidation ne servent pas à une résolution, mais à déterminer s'il existe une crainte fondée de surendettement en vue d'une faillite, leur vérification par l'organe de révision de la banque pourra, selon les circonstances du cas d'espèce, se révéler indiquée. En règle générale, l'urgence ne devrait toutefois pas permettre la réalisation d'un contrôle nécessitant beaucoup de temps. Au demeurant, une crainte fondée d'insolvabilité suffira pour que la FINMA ordonne des mesures en cas d'insolvabilité en vertu de l'art. 25, al. 1, LB.

Art. 30 Instruments de résolution

L'art. 30 proposé comporte un aperçu consolidé des instruments dont disposera la FINMA pour une résolution, d'où le changement de titre. Le projet expose en outre dans des articles distincts les instruments de transfert qui existent déjà et qui sont couramment employés à l'échelle internationale afin qu'ils soient plus facilement utilisables en pratique et qu'ils offrent une sécurité juridique renforcée. Il s'agit du transfert du patrimoine à une société ad hoc (art. 30b^{ter} AP-LB), de la cession d'activités (art. 30b^{quater} AP-LB) et du transfert à une société relais (art. 30b^{quinquies} AP-LB). Afin

d'offrir une vue d'ensemble exhaustive, le projet fait aussi figurer ici les mesures de capitalisation visées à l'art. 30*b* LB. La phrase introductive, selon laquelle la FINMA peut notamment ordonner une ou plusieurs mesures, précise explicitement que les instruments de résolution mentionnés dans l'article peuvent être utilisés, dans le cadre d'une résolution, seuls, conjointement ou successivement. La FINMA pourra ainsi recourir aux instruments de résolution nécessaires tout au long de la procédure de résolution, dont l'ouverture, la clôture et les modalités relèvent de sa compétence (cf. art. 28, al. 4, AP-LB). Cet article précise par ailleurs la relation entre les mesures et la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus ; RS 221.301) d'une part, et l'obligation de présenter une offre au sens de la LIMF d'autre part.

Al. 1

Let. a

Pour que l'aperçu des instruments de résolution soit complet, le projet mentionne ici les mesures de capitalisation. Cette disposition correspond sur le fond à l'art. 30*b*, al. 1, LB. La description détaillée des mesures figure à l'art. 30*b* AP-LB.

Let. b

Lors d'un transfert d'une partie du patrimoine de la banque à une société ad hoc, il conviendra notamment d'envisager un véhicule de gestion des actifs (société de gestion de fortune). Des explications détaillées à ce sujet figurent dans le commentaire de l'art. 30*b*^{ter} AP-LB.

Let. c

La cession d'activités permet à la FINMA d'ordonner, dans le cadre d'une résolution, le transfert des titres de participation de la banque ou de la société relais, ou le transfert de tout ou partie de leur patrimoine. Des explications détaillées à ce sujet figurent dans le commentaire de l'art. 30*b*^{quater} AP-LB.

Let. d

Le transfert des titres de participation de la banque ou celui de tout ou partie de son patrimoine à une société relais pourra permettre de gagner un temps précieux dans le cadre de la résolution et de stabiliser la situation grâce à la direction et à la gestion de cette société relais par la FINMA. Des explications détaillées à ce sujet figurent dans le commentaire de l'art. 30*b*^{quinquies} AP-LB.

Let. e

Le projet maintient comme instrument de résolution la réunion de la banque avec un autre sujet de droit, mais le déplace de l'art. 30, al. 2, let. b, LB à cette let. e.

Let. f

Le projet maintient la modification de la forme juridique, mais la déplace de l'art. 30, al. 2, let. d, LB à cette let. f.

Al. 2

Cet alinéa reprend le contenu de l'art. 31, al. 2, LB qui a été supprimé en raison du regroupement du plan d'assainissement et de la décision d'assainissement dans un seul et même document, à savoir la décision de résolution.

Al. 3

Le projet procède ici à des ajustements dus à la réorganisation des alinéas et des lettres et au regroupement du plan et de la décision d'assainissement dans la décision de résolution. Les sujets de droit et la société relais visés à l'al. 1, let. b à e, remplacent la banque à hauteur du patrimoine transféré dès que la décision de résolution a été rendue.

S'agissant des actes de transfert visés à l'art. 30, let. b à d, il convient de préciser que les propriétaires et les créanciers de la banque en résolution dont les créances ne sont pas transférées ne pourront tirer aucun droit de ce transfert. Ils ne pourront donc faire valoir aucun droit en lien avec celui-ci, que ce soit à l'égard de la FINMA, du sujet de droit bénéficiaire du transfert ou d'éventuels tiers qui y participent. Ils ne pourront notamment pas exiger que leurs propres créances soient elles aussi transférées. La protection des propriétaires et des créanciers est assurée exclusivement au moyen de l'évaluation en vue d'un concordat.

Al. 4

Il convient de préciser que la LFus n'est pas applicable, comme le prévoit déjà le droit en vigueur à l'art. 30, al. 3, deuxième phrase, LB. Il s'agit notamment de préciser expressément que, s'agissant de l'approbation au sein de la société reprenante, qui n'est pas elle-même soumise à une procédure de résolution, les dispositions relatives au droit des sociétés s'appliquent, à l'exclusion de celles de la LFus. La LFus est ainsi entièrement exclue lors de la mise en œuvre de tous les instruments de résolution énoncés à l'al. 1, let. b à f.

Al. 5

Si la résolution d'une banque entraîne chez celle-ci un changement de contrôle, les dispositions du droit des offres publiques d'acquisition (OPA) qui régissent l'obligation de présenter une offre (art. 135 ss LIMF) pourront s'appliquer dans certaines configurations. L'art. 136, al. 1, let. e, LIMF dispose que l'obligation de présenter une offre disparaît si les titres de participation sont acquis à des fins d'assainissement. La commission des OPA exige cependant un plan d'assainissement afin de juger de la situation. Cette évaluation parallèle menée par la commission et la FINMA risque de produire des incohérences et des retards. La dérogation à l'obligation de présenter une

offre visée à l'art 136, al. 1, let. e, LIMF et soumise à l'approbation de la commission des OPA est donc insuffisante au regard de l'urgence que représente le risque d'insolvabilité d'une banque. De plus, il serait peu judicieux de soumettre après coup à l'examen de la commission une mesure de résolution décidée par la FINMA. Il faut donc instaurer une dérogation selon laquelle les dispositions des art. 135 ss LIMF qui régissent l'obligation de présenter une offre ne seront pas applicables en cas de résolution.

Art. 30b, al 1, 2, 3, let. d, 4, 6, 8, première phrase, et 9

Al. 1

Cet alinéa est supprimé, car la description de la mesure de capitalisation figure désormais à l'art. 30, al. 1, let. a, AP-LB.

Al. 2

Modification d'ordre linguistique

Al. 3

Précision d'ordre linguistique dans la phrase introductive.

Let. d

La disposition est supprimée. L'exclusion, prévue ici, de la conversion et de la réduction de créances des créances nées d'engagements contractés, avec l'approbation de la FINMA ou celle de l'un de ses mandataires, pendant la durée de certaines mesures de protection ou pendant une procédure de résolution est reportée au nouvel al. 4, plus étendu, et devra être justifiée au cas par cas.

Al. 4

Le projet confère à la FINMA la compétence légale d'exclure certaines créances du *bail-in*. Afin de garantir l'efficacité de la résolution et compte tenu des objectifs définis à l'art. 28a AP-LB, la FINMA doit pouvoir, si les circonstances le justifient, exclure de la conversion et de la réduction de créances certaines créances ou un type de créances déterminé : non seulement les créances nées de livraisons de marchandises et de prestations de services visant à maintenir les activités de la banque et celles visées à l'art. 30b, al. 3, let. d, LB, mais aussi un certain nombre de créances supplémentaires. Ainsi, une exception motivée devrait désormais être possible, par exemple lorsque le *bail-in* de la ou des créances concernées ne peut pas être réalisé dans un délai raisonnable, lorsque l'exclusion de certaines créances est nécessaire pour éviter un risque de contagion à grande échelle ou lorsque la conversion ou la réduction des créances concernées entraînerait une destruction de valeur incompatible avec les objectifs de la procédure de résolution. L'exclusion de certaines créances de la conversion ou de la réduction peut également conduire à un traitement inégal de

créances de même rang. La protection des créanciers est assurée au moyen de l'évaluation en vue d'un concordat.

Al. 6

L'art. 30b, al. 6, LB autorise déjà le Conseil fédéral à exempter les banques cantonales du respect du principe énoncé à l'art. 5, let. b, LB selon lequel la réduction des créances n'est possible que si le capital social a été entièrement réduit. Les banques cantonales auront ainsi la possibilité d'émettre un titre de créance qui, en cas d'insolvabilité, pourra être réduit avant le capital social (celui-ci prenant généralement la forme d'un capital de dotation au sens du droit cantonal). Cette solution permettra d'éviter que, dans le cadre d'un *bail-in*, les créanciers obligataires acquièrent la qualité de propriétaires, ce que le droit cantonal exclut.

Le projet vise à étendre cette possibilité à PostFinance, qui ne bénéficie certes pas d'une garantie de l'État, mais qui est une filiale de La Poste Suisse SA, laquelle appartient entièrement à la Confédération. La Confédération est donc le propriétaire indirect de PostFinance, à qui la loi interdit en cas de *bail-in* de transférer la majorité des voix ou des actions à des tiers (voir l'art. 14, al. 2, LOP). En englobant la détention directe et indirecte, le projet garantit que le champ d'application de cette disposition s'étendra bien à PostFinance en tant que filiale de la Poste.

Par analogie avec l'art. 40a OFR, le Conseil fédéral pourra affiner la description des instruments de dette en tenant compte du fait que PostFinance ne bénéficie pas d'une garantie de l'État. Il définira les exigences de manière que ces instruments ne génèrent pas de risques supplémentaires inappropriés pour la Confédération. En particulier, les instruments de dette ne devront engager la Confédération ni directement ni indirectement, ce que leur conception devra permettre aux investisseurs de comprendre clairement en tout temps. L'émetteur devra notamment préciser dans les documents pertinents que les investisseurs n'auront aucune possibilité de recours contre la Confédération en relation avec les instruments et qu'ils assumeront seuls les risques.

Al. 8

Modification d'ordre linguistique

Al. 9

La disposition est supprimée. La possibilité, prévue ici par le droit en vigueur, pour la FINMA de suspendre entièrement les droits de participation des propriétaires, spécifiquement dans le cadre d'un *bail-in*, est transférée à l'art. 28c, al. 2, let. a, AP-LB. Son champ d'application est en outre étendu (cf. commentaires relatifs à l'art. 28c, al. 2, let. a, AP-LB).

Art. 30b^{bis} Compensation en cas de mesures de capitalisation

Compte tenu du lien étroit entre ces deux dispositions, la disposition relative à la compensation en cas de mesures de capitalisation, actuellement prévue à l'art. 31c LB, est déplacée directement après celle consacrée aux mesures de capitalisation figurant à l'art. 30b LB.

Al. 1

La FINMA peut ordonner des mesures de capitalisation sans attendre que la banque concernée soit surendettée (par ex. si elle souffre de problèmes de liquidité importants, voir l'art. 25, al. 1, en relation avec les art. 28 ss LB). Dans ce cas également, la mise en œuvre d'un *bail-in* suppose, dans un premier temps, la conversion intégrale en fonds propres du capital convertible visé à l'art. 11, al. 1, let. b, LB et la réduction intégrale des emprunts assortis d'un abandon de créances visés à l'art. 11, al. 2, LB, puis, dans un second temps, la réduction intégrale du capital social (art. 30b, al. 5, LB).

Il faut donc qu'une compensation appropriée des actionnaires reste possible. Les créanciers de capital convertible au sens de l'art. 11, al. 1, let. b, LB sont également considérés comme des actionnaires aux fins de cette indemnisation, dès lors que leur créance a été convertie avant le *bail-in*. Le projet précise expressément que le droit à la compensation est limité au concordat. Une compensation équitable correspond donc au montant de l'éventuel dividende qui reviendrait aux actionnaires en cas d'ouverture immédiate de la faillite. En effet, à défaut de *bail-in* et de la conversion ou de la réduction de créances qui s'y rattachent afin de rendre possible la résolution, il faudrait ordonner une liquidation par voie de faillite, auquel cas les actionnaires n'auraient droit qu'au dividende de faillite. Il ne faut pas que l'implication des créanciers dans la résolution favorise indûment les actionnaires.

Al. 2

Aucune modification

Art. 30b^{ter} Transfert de patrimoine à une société ad hoc

Al. 1

La société ad hoc peut prendre la forme d'un véhicule de gestion des actifs. La FINMA peut prévoir la création d'une telle société et ordonner le transfert à celle-ci d'une partie du patrimoine d'une banque en résolution ou d'une société relais. Elle peut par exemple soutenir la sortie ordonnée du marché d'un établissement pendant une période prolongée en excluant certains actifs ou certains passifs de la cession d'actifs à un acquéreur. Les actifs volatils, illiquides ou difficiles à évaluer pourront ainsi être cédés séparément. La constitution de la société ad hoc n'est liée à aucune forme juridique particulière. Elle pourra notamment prendre la forme d'une société anonyme ou d'une société en commandite de placements collectifs.

Al. 2

La FINMA gère et administre la société ad hoc et nomme ses organes afin d'assurer la gestion et, le cas échéant, la cession des actifs et passifs transférés.

Al. 3

Une société ad hoc a pour but de maximiser, dans la mesure du possible, la valeur des actifs qui lui ont été transférés. Cela peut consister à maintenir la valeur ou à réduire au minimum la perte de valeur par rapport l'ouverture immédiate de la faillite. Cet objectif à court terme concerne les modalités de gestion et d'administration de la société ad hoc et n'a aucune incidence sur le choix d'une solution de résolution que la FINMA devra effectuer et pour lequel elle se fondera sur les objectifs visés à l'art. 28a AP-LB.

Al. 4

La contrepartie appropriée pour le patrimoine transféré est fixée par la FINMA. Elle pourra prendre la forme de titres de créance émis par la société ad hoc ou correspondre à une valeur négative.

Art. 30b^{quater} Cession d'activités

Al. 1

Afin de renforcer le caractère opérationnel d'une procédure de résolution, il convient de préciser les règles applicables à la cession d'activités dans le cadre de la résolution et d'organiser un appel d'offres spécialement conçu à cette fin au cours duquel les acquéreurs préalablement identifiés comme adéquats seront invités à soumettre une offre. Il ne s'agit pas d'une vente aux enchères publique. La sélection des soumissionnaires doit pouvoir être justifiée et les informations relatives au déroulement de la procédure d'appel d'offres doivent être communiquées à tous les soumissionnaires admis. Nul ne peut prétendre à être invité à un appel d'offres. La FINMA jouira d'une grande marge d'appréciation quant à l'organisation de la procédure. Pour déterminer si la cession d'une entreprise constitue une option réaliste et pour choisir l'acquéreur dans le cadre de l'appel d'offres, la FINMA se fondera sur les objectifs définis à l'art. 28a.

Al. 2

L'al. 4 décrit les motifs pour lesquels la FINMA peut renoncer à organiser un appel d'offres. Outre l'urgence, il s'agit de l'atteinte des objectifs énoncés à l'art. 28a, notamment la prévention des incidences négatives sur la stabilité du système financier, la protection des fonds publics et le maintien sans interruption des services bancaires, en particulier des fonctions économiques d'importance systémique.

Al. 3

La FINMA devra évaluer les offres déposées et choisir celle qui, selon elle, présente les meilleurs atouts pour réussir la résolution et atteindre les objectifs de l'art. 28a AP-LB compte tenu des circonstances. La FINMA jouira d'une grande marge d'appréciation quant à la désignation de l'acquéreur qui remportera l'enchère. Il faut notamment tenir compte du fait que l'offre la plus appropriée pour atteindre les objectifs poursuivis ne sera pas forcément celle proposant le prix le plus élevé. C'est sur la base du prix d'adjudication du marché que l'on vérifiera que les créanciers et les propriétaires ne sont pas défavorisés par rapport à l'ouverture immédiate de la faillite bancaire. Aucun enchérisseur ne pourra prétendre à remporter l'enchère ni recourir contre une mesure de résolution ordonnée.

Art. 30b^{quinquies}

Société relais

Al. 1

La société relais peut être une banque relais dotée de sa propre licence bancaire ou une société holding relais sans licence bancaire propre. Gérée et administrée par la FINMA, elle a pour but de faire gagner du temps par rapport à la procédure de résolution. Les titres de participation de la banque en résolution, ainsi que tout ou partie de son patrimoine, seront transférés à une société relais sur ordre de la FINMA. Si le sujet transférant est une holding, par exemple, il sera liquidé à l'issue de la résolution, et les créanciers seront désintéressés en fonction de la classe de leurs créances. Une société holding relais pourrait donc théoriquement rendre possible un *closed bank bail-in*, où les propriétaires et les créanciers d'une holding financière en détresse restent dans l'établissement. Ils obtiennent une compensation dans le cadre de la liquidation de la holding financière, et le produit éventuel de la résolution leur revient, par exemple par la cession des éléments transférés dans le cadre de la résolution.

Al. 2

L'al. 2 précise que la société relais sera gérée et administrée par la FINMA, qui en nommera les organes. Il mentionne également que la FINMA pourra libérer la société relais de l'obligation de satisfaire à certaines conditions d'autorisation ou exigences en matière de surveillance, telles que les exigences en matière de fonds propres et de liquidités.

Al. 3

Cet alinéa précise que les propriétaires et les créanciers qui ne sont pas touchés par le transfert n'ont aucun droit immédiat sur les valeurs patrimoniales transférées à la société relais. Ils ne pourront donc faire valoir aucun droit en rapport avec le transfert, que ce soit à l'égard de la FINMA, de la société relais ou, le cas échéant, des tiers participant au transfert. Nul ne pourra prétendre à ce que ses propres créances vis-à-vis de l'établissement soient également transmises. La protection des propriétaires et des créanciers est assurée exclusivement au moyen de l'évaluation en vue d'un concordat.

Al. 4

La contrepartie appropriée en cas de transfert visé à l'al. 1 sera fixée par la FINMA. Elle consistera généralement en une créance du sujet de droit transférant sur les bénéfices futurs issus de la vente de la société relais ou de certaines de ses parties.

En la fixant, la FINMA devra tenir compte du but de la société relais par rapport aux objectifs de la résolution. Si le but est de sauver certaines parties de la banque (par ex. pour prévenir les incidences négatives sur le système financier ou pour maintenir des services bancaires d'importance systémique), la contrepartie ne devra pas mettre en péril la société relais.

Art. 30c

L'article est abrogé. Le contenu de l'al. 1 est reformulé et transféré à l'art. 28b, al. 2, AP-LB, tandis que celui de l'al. 2 est transféré à l'art. 28c, al. 1, AP-LB.

Art. 31

Le projet supprime cette disposition puisque la disparition du plan d'assainissement distinct annule la nécessité de l'homologuer (ancien al. 1). Il adapte le contenu des al. 2 et 4 à la disparition du plan d'assainissement et les déplace dans d'autres dispositions : l'al. 2 à l'art. 30, al. 2, AP-LB et l'al. 4 à l'art. 28c, al. 3, AP-LB. L'al. 3 est abrogé. La dérogation au principe NCWO qui y est formulée pour les seules SIB prévoit une compensation appropriée qui fait que les créanciers touchent en fin de compte au moins autant que ce qui leur reviendrait en cas de faillite²⁹⁰. Le projet rétablit donc l'obligation de respecter le principe au moment de la résolution. La disposition en vigueur ne constitue d'ailleurs pas une vraie dérogation au principe.

Art. 31a

L'article est abrogé.

Le droit des créanciers de refuser le plan d'assainissement prévu aux al. 1 et 2 fait que pendant le délai alloué pour ce refus, nul ne sait si la résolution aura bien lieu ou s'il faudra en fin de compte ouvrir la faillite. Ce droit ne s'applique pas aux créanciers des SIB (voir l'al. 3). En théorie, la procédure de résolution est donc à la disposition de toutes les autres banques, mais en pratique, elle va de pair avec une grande incertitude. Le projet supprime cette incertitude en privant toutes les banques du droit de refuser le plan.

²⁹⁰ FF 2015 8901, p. 8262

Le respect du principe NCWO étant l'un des principes à respecter dans la décision de résolution, les créanciers auront la garantie que la résolution ne leur sera pas moins favorable que l'ouverture immédiate de la faillite.

Cette modification est d'autant plus souhaitable que le regroupement du plan et de la décision d'assainissement dans la décision de résolution change les paramètres initiaux. Quoiqu'il en soit, il ne faut pas qu'une décision de la FINMA puisse être rejetée par une majorité de créanciers.

Art. 31b

L'article est abrogé. Le projet règle la contrepartie en cas d'opérations liées au transfert avec les instruments de résolution aux art. 30b^{ter} ss AP-LB.

Art. 31c

L'article est abrogé. Son contenu est déplacé à l'art. 30b AP-LB.

Art. 31d titre, al. 1 et 2, let. f

Titre

Dans le titre, « décision de résolution » vient remplacer « plan d'assainissement ».

Al. 1

Étant donné que les créanciers ne pourront plus refuser une résolution, même pour une banque qui n'est pas d'importance systémique (modification proposée à l'art. 31a LB), la distinction formulée à l'art. 31d, al. 1, let. a et b, LB n'a plus lieu d'être. À la place, le projet précise ici que les mesures de la décision de résolution prendront effet pour toutes les banques dès que cette décision est rendue, c'est-à-dire au moment indiqué dans la décision. Il répercute aussi ici le regroupement du plan et de la décision d'assainissement dans la décision de résolution.

Al. 2

Let. f

Si la résolution prévoit le recours à une société relais ou à une société ad hoc, cette société doit obtenir la personnalité juridique au moment où la décision de résolution prend effet. Le projet ajoute ce cas de figure à la liste reprise à l'art. 31d, al. 2, AP-LB.

Art. 32, al. 1 à 3^{bis}

Le regroupement du plan d'assainissement et de la décision d'assainissement dans la décision de résolution est reflété dans la formulation des al. 1 à 3^{bis}. Des adaptations rédactionnelles sont en outre apportées, mais ne modifient pas le contenu des dispositions.

Chapitre XII Faillite de banques insolvables (faillite bancaire)

Art. 33, al. 1

Mise à jour terminologique : « résolution » remplace « assainissement ».

Art. 37 *Engagements contractés lors de mesures protectrices ou pendant la procédure de résolution*

Mise à jour terminologique : « résolution » remplace « assainissement » dans le titre comme dans le corps de la disposition, et « délégué à la résolution » remplace « délégué à l'assainissement » dans le corps de la disposition. De plus, le renvoi aux mesures protectrices est limité à l'art. 26, al. 1, let. b à d, LB, soit aux mesures ne pouvant être ordonnées qu'en cas de risque d'insolvabilité.

Art. 37a, al. 5 et 5^{bis}

Al. 5

Le montant maximal ne s'applique plus aux créances des fondations bancaires du pilier 3a et des fondations de libre passage dans le contexte de leur qualification comme dépôts privilégiés. L'intégralité des créances est privilégiée, y compris le capital libre de la fondation.

Al. 5^{bis}

Afin que l'intégralité des moyens visés à l'art. 37h, al. 3, let. b, soient à nouveau disponibles aux fins de la garantie des dépôts dans les plus brefs délais après une utilisation et que les créances des banques membres à l'égard de l'organisme de garantie puissent être acquittées aussi rapidement possible, la somme de l'ensemble des créances de ce dernier à l'égard de la banque en faillite est entièrement privilégiée. Le montant maximal ne s'y applique pas.

Art. 37b *Remboursement à partir des actifs liquides disponibles*

Al. 1

Dans le cadre de la garantie des dépôts (chapitre XIII), les remboursements sont prévus uniquement pour les dépôts placés auprès des comptoirs suisses des banques (art. 37h, al. 1). Il est judicieux de reprendre la même restriction également pour les remboursements à partir des actifs liquides disponibles, en dehors de la collocation, afin de rendre clair le fait que les remboursements immédiats (avec ou sans fonds de l'organisme de garantie) s'effectuent de manière uniforme. L'élimination de la différenciation existante facilite l'établissement du plan de remboursement, de sorte que l'actuelle let. b peut être supprimée. Toute autre compensation, notamment au moyen d'hypothèques, de prêts, de découverts d'autres comptes, d'intérêts et de frais non comptabilisés en faveur de la banque, est exclue (cf. al. 5). Les dépôts comptabilisés auprès de comptoirs étrangers demeurent privilégiés dans la collocation.

Al. 2

Comme le précise l'art. 44, al. 2, OB en vigueur, le remboursement des dépôts privilégiés est exécuté au prorata si les fonds disponibles ne sont pas suffisants pour honorer l'ensemble des créances inscrites dans le plan de remboursement. Dans la réglementation proposée, la FINMA fixe un montant maximal nominal applicable à tous les déposants plutôt qu'un taux unique.

Al. 3

Afin qu'après le remboursement des dépôts garantis avec la participation de l'organisme de garantie, les créances de ce dernier à l'égard de la banque puissent être acquittées le plus rapidement possible, l'organisme de garantie est remboursé à partir des actifs liquides disponibles, en dehors de la collocation. On garantit ainsi que le système de garantie des dépôts est à nouveau prêt à être utilisé dans son entier dans les plus brefs délais après un cas d'application. Afin que l'état du système de garantie des dépôts ait été tiré au clair au préalable, le remboursement a lieu avant celui des créances visées à l'art. 37a, al. 5.

Al. 4

Les créances des fondations bancaires du pilier 3a et des fondations de libre passage sont remboursées à partir des actifs liquides disponibles, en dehors de la collocation, dès que les créances du système de garantie des dépôts ont été remboursées conformément aux al. 1 à 3.

Al. 5

Les intérêts débiteurs et créditeurs ainsi que les émoluments et la déduction d'un éventuel impôt anticipé sont pris en compte lors du remboursement des dépôts privilégiés visés à l'art. 37a, al. 1 et 5. Toute autre compensation, notamment au moyen d'hypothèques, de prêts, de découverts d'autres comptes, d'intérêts et de frais non comptabilisés en faveur de la banque, est exclue.

Art. 37g, al. 4^{ter} et 6

Al. 4^{ter}

L'art. 37g LB s'applique aussi bien aux décisions de faillite qu'aux mesures applicables en cas d'insolvabilité. Le but du législateur était de permettre la reconnaissance de toute mesure en cas d'insolvabilité prononcée à l'étranger, procédures de protection et d'assainissement comprises²⁹¹. À l'heure actuelle, la disposition est particulièrement adaptée à la reconnaissance des décisions de faillite prononcées à l'étranger, qui constitue un cas d'application majeur. Or la reconnaissance des mesures prononcées

²⁹¹ FF 2010 3645, p. 3673

à l'étranger en cas d'insolvabilité (par ex. *bail-in* ou mesures protectrices) présente en général une plus grande urgence que celle des décisions de faillite. Par exemple, en cas de *bail-in*, il semble indiqué, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que le prononcé de la reconnaissance d'une mesure ordonnée par l'autorité étrangère compétente et la publication correspondante interviennent simultanément, dans toute la mesure du possible. Les prescriptions de procédure et de forme en vigueur de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)²⁹² et de la PA ne permettent pas d'opérer avec une telle célérité tout en assurant la sécurité juridique. Il est donc prévu d'autoriser la FINMA à déroger à ces prescriptions en cas d'urgence particulière (cf. al. 6).

Al. 6

La FINMA pourra préciser les modalités de la procédure de reconnaissance des décisions de faillite rendues à l'étranger et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger par voie d'ordonnance. Pour les raisons exposées dans le commentaire du nouvel al. 4^{ter}, la FINMA pourra déroger aux prescriptions de procédure et de forme de la LDIP et de la PA en vue de la reconnaissance des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger. Les dérogations pourront porter en particulier sur la forme de la décision étrangère à produire (art. 167, al. 1, en relation avec l'art. 29, al. 1, LDIP) et sur la notification par publication (art. 34, al. 1, en relation avec l'art. 11b PA). En tant qu'autorité administrative, la FINMA pourra également intervenir d'office, sur avis de l'autorité étrangère compétente.

Art. 37g^{bis} à 37g^{quinquies}

Les art. 37g^{bis} à 37g^{quinquies}, LB sont déplacés aux art. 52c à 52f du chapitre XIVb Protection juridique de l'AP-LB.

Art. 37h, al. 3, let. a, c, ch. 1, et d

Al. 3

Let. a et d

Une modification formelle adapte le renvoi aux mesures protectrices à la nouvelle structure de l'art. 26, al. 1, AP-LB, qui reprend aux let. b à d les actuelles let. f à h. La limitation de l'activité de la banque (actuelle let. e de l'art. 26, al. 1) ne fait plus partie des mesures protectrices. La disposition connaît aussi une mise à jour terminologique (le terme « délégué à l'assainissement » est remplacé par « délégué à la résolution »).

²⁹² RS 291

Let. c, ch. 1

Aucune modification sur le plan matériel n'a été apportée. L'expression « francs suisses » est remplacée par le terme « francs », généralement utilisé dans la LB.

Art. 37i, al. 1 et 2, et 37j, al. 1

Modification formelle du renvoi aux mesures protectrices de l'art. 26, al. 1, let. b à d, AP-LB et adaptation terminologique (« délégué à la résolution » remplace « délégué à l'assainissement »).

Art. 37^{bis}, al. 1

Afin d'assurer le remboursement rapide des dépôts garantis, les banques doivent être en mesure d'établir la liste des déposants visée à l'article 37h LB dans les 72 heures suivant le prononcé d'une mesure protectrice (art. 42g OB). Pour satisfaire à cette exigence, une banque doit pouvoir déterminer rapidement le montant privilégié à l'aide d'une solution logicielle opérationnelle. Dans l'idéal, elle pourra recourir aux outils qu'elle utilise déjà pour le bouclage des intérêts en fin d'année. Les frais et l'impôt anticipé doivent aussi être pris en compte. Toute autre compensation, notamment au moyen d'hypothèques, de prêts ou de découverts d'autres comptes, est exclue.

Art. 37k, al. 2

Mise à jour terminologique : « délégué à la résolution » remplace « délégué à l'assainissement ».

Chapitre XIIIb Devoir de diligence

Le devoir de diligence est inscrit dans la LB.

Art. 37n

Al. 1

Cet alinéa reprend partiellement la formulation de l'art. 717, al. 1, CO, sans toutefois remplacer cette disposition de droit privé ; il transpose et concrétise le devoir de diligence dans le droit de la surveillance. Les exigences de diligence applicables aux personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable correspondent ainsi à celles découlant du code des obligations et de la jurisprudence en vigueur. Cette nouvelle disposition précise que le cercle des personnes soumises au devoir de diligence comprend les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable (art. 3e, al. 1, AP-LB) et que cette norme s'applique à toutes les banques. Les tâches des personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable comprennent également l'exercice des responsabilités qui leur sont attribuées en vertu de l'art. 3d, al. 1 et 2, AP-LB dans le cadre du régime de responsabilité applicable aux banques ayant une organisation complexe. Elles doivent

se comporter comme on peut raisonnablement l'attendre d'une personne consciencieuse placée dans une situation comparable²⁹³.

Al. 2

Cet alinéa prévoit que les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable veillent, dans leur domaine de responsabilité, au respect du droit en vigueur et des règlements internes de l'entreprise. Le droit en vigueur comprend les dispositions du droit de la surveillance ainsi que d'autres dispositions de droit civil, pénal ou administratif pouvant être pertinentes pour l'exercice régulier d'une activité au sein d'une banque, telles que les dispositions relatives à la lutte contre la fraude, la corruption et le blanchiment d'argent ou encore les règles de comportement prévues par la LSFIn.

Les personnes devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable doivent prendre les mesures organisationnelles nécessaires, en contrôler le respect et agir avec toute la diligence requise afin de prévenir les infractions dans leur domaine de responsabilité. Elles doivent notamment recenser, limiter et surveiller de manière appropriée les risques relevant de leur domaine de responsabilité (art. 3b, al. 4, AP-LB). On attend également d'elles qu'elles informent suffisamment leurs collaborateurs de leurs obligations découlant du droit en vigueur et des règlements internes de l'établissement (par ex. les règles et processus de lutte contre le blanchiment d'argent), qu'elles mettent en place des contrôles internes efficaces et qu'elles réagissent rapidement en cas d'infractions constatées. Il est en outre indispensable que ces personnes, indépendamment de leur origine, soient suffisamment familiarisées avec le droit suisse de la surveillance dans la mesure où celui-ci est pertinent pour leur domaine de responsabilité.

Il n'y a pas, dans le devoir de diligence, d'automatisme au sens où une violation des dispositions du droit de la surveillance ou des règlements internes de l'établissement commise dans le domaine de responsabilité d'une personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable lui serait directement imputée. Dans le cadre de la prise de mesures, il appartient à la banque ou, le cas échéant, à la FINMA, d'établir l'existence d'une violation du devoir de diligence par la personne concernée.

Al. 3

Les banques sont la première ligne de sanction en cas de violation du devoir de diligence (cf. art. 5b AP-LB). L'al. 3 dispose que la FINMA peut également sanctionner une violation grave du devoir de diligence au moyen des instruments à sa disposition, dont notamment l'interdiction d'exercer prévue à l'art. 33 LFINMA, qui s'applique directement à la personne devant présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Elle peut aussi prendre d'autres mesures visées aux art. 29 ss LFINMA,

²⁹³ Cf. ATF 139 III 24, consid. 3.2, et la jurisprudence qui y est citée.

y compris celles qui visent la banque, telles que le retrait de l'attestation d'activité irréprochable (cf. les explications concernant l'art. 3c, al. 3, AP-LB au ch. 4.1).

Chapitre XIVa Rapports

L'art. 52 du droit en vigueur figure au chapitre XV Dispositions transitoires et finales. Or, les art. 52 et 52b sont des normes pérennes qui imposent l'établissement des rapports requis à intervalles réguliers, pas des dispositions transitoires. C'est pourquoi un nouveau chapitre est introduit avant l'art. 52.

Art. 52 Rapport du Conseil fédéral

La nouvelle formulation permet de mettre en œuvre la recommandation n° 1 de la CEP.

Al. 1

L'intervalle entre les rapports passe de deux à quatre ans. Dans la mesure où la CEP exige une analyse et une réflexion stratégiques approfondies, il est judicieux de présenter les rapports au Parlement à un rythme quadriennal plutôt que bisannuel, afin de pouvoir fournir des informations plus complètes.

Al. 2

Le Conseil fédéral choisit librement les modalités selon lesquelles il analyse la réglementation TBTF et en fait rapport. Les rapports devront toutefois aborder les points ci-après.

Let. a

L'évaluation prévue à la let. a vise à déterminer dans quelle mesure les dispositions de la LB et des ordonnances (notamment OB, OFR, OLiQ) sur les SIB permettent d'atteindre le but fixé à l'art. 7, al. 2, AP-LB. De nature rétrospective, cette analyse examinera les effets des dispositions en vigueur dans l'environnement actuel pour la période concernée.

Let. b

Comme l'exige la CEP dans sa recommandation n° 1, il s'agit également d'examiner la réglementation TBTF dans une optique stratégique et prospective. L'évaluation doit tenir compte des développements internationaux (notamment les normes internationales) et identifier la manière dont il convient de faire évoluer la réglementation TBTF. Le rapport doit également exposer les conséquences des potentielles modifications réglementaires sur la compétitivité des SIB, en tenant compte de leur importance pour la stabilité du système financier suisse et du système financier international et pour l'économie suisse. Le rapport tient compte des enseignements les plus récents concernant les risques systémiques pour la stabilité financière. Le Conseil fédéral identifie les mesures à prendre, le cas échéant, sur la base de son analyse.

Outre les aspects juridiques, la mise en œuvre pratique joue également un rôle important pour la réalisation des objectifs poursuivis par le législateur au moyen de la réglementation TBTF conformément à l'art. 7, al. 2, LB. C'est pourquoi la CEP « Gestion par les autorités de la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS » a aussi examiné, dans son rapport du 17 décembre 2024, la gestion au cours des dernières années par le Conseil fédéral, l'administration fédérale et d'autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération en rapport avec la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS. Dans ce rapport, la CEP s'est aussi penchée sur la surveillance de la FINMA sur Credit Suisse, en tant que SIB, durant les années précédant la crise. Compte tenu des attentes du législateur envers le dispositif TBTF, il semble indiqué de compléter les rapports réguliers du Conseil fédéral, axés sur la réglementation TBTF, par des rapports réguliers de la FINMA à l'intention de l'Assemblée fédérale concernant la *surveillance* des SIB, au moyen du nouvel art. 52b AP-LB. Cela se justifie également par le fait que l'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance sur la FINMA (art. 21, al. 4, LFINMA), par les risques découlant de la problématique TBTF et par le renforcement prévu du dispositif TBTF après la crise de Credit Suisse. Ces rapports permettront en outre à la FINMA de rendre compte régulièrement et de manière ciblée de la mise en œuvre de la réglementation TBTF adoptée par le législateur.

Le rapport de la FINMA n'est pas publié (contrairement à celui du Conseil fédéral, visé à l'art. 52 AP-LB), car il est susceptible de contenir des informations sensibles. Il n'est notamment pas possible d'exclure que des rapports, même sous forme agrégée, permettent de tirer des conclusions concernant des SIB particulières, même si elles ne sont pas mentionnées explicitement. Le rapport pourrait en outre comporter des informations sur l'approche adoptée par la FINMA dans la surveillance des assujettis. Cette information n'est pas publique et, si elle était publiée, elle pourrait permettre aux banques de se positionner de manière à entraver une surveillance efficace. Les Commissions de gestion (CdG) chargées de la haute surveillance parlementaire ont besoin de ces informations non publiques pour pouvoir évaluer l'efficacité de la surveillance exercée par la FINMA sur les SIB et des instruments qu'elle utilise. En tant qu'auteur du rapport, la FINMA doit le classer comme confidentiel lorsqu'elle le remet au Parlement (art. 47a de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement [LParl]²⁹⁴ en relation avec l'art. 5a, al. 2, 2^e phrase, de l'ordonnance du 3 octobre 2003 sur l'administration du Parlement [OLPA]²⁹⁵). Il convient de relever que la FINMA n'est pas soumise à la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans ; art. 2, al. 2)²⁹⁶.

²⁹⁴ RS 171.10

²⁹⁵ RS 171.115

²⁹⁶ RS 152.3

Al. 1

L'al. 1 prévoit que la FINMA établit un rapport écrit annuel à l'intention de l'Assemblée fédérale sur la surveillance qu'elle exerce sur les SIB. Du point de vue temporel, le rapport de la FINMA visé à l'art. 52b AP-LB coïncidera avec le rapport du Conseil fédéral sur la réalisation des objectifs stratégiques fixés pour la FINMA, en tant qu'entité devenue autonome, en application de l'art. 148, al. 3^{bis}, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)²⁹⁷. Il différera cependant du rapport du Conseil fédéral sur le plan du contenu. Cela signifie notamment que le rapport visé à l'art. 52b AP-LB doit être conçu comme un rapport distinct de celui prévu à l'art. 148, al. 3^{bis}, LParl, d'autant plus que les objectifs stratégiques pour les entités devenues autonomes sont redéfinis à l'issue de chaque période stratégique alors que l'art. 52b AP-LB n'impose aucun lien entre les rapports et les cycles stratégiques. Élaboré dans le contexte de la haute surveillance parlementaire, le rapport sera destiné aux CdG puisque celles-ci exercent la haute surveillance sur la gestion pour le compte de l'Assemblée fédérale (art. 26, al. 1, en relation avec l'art. 52 LParl).

Le rapport portera sur la surveillance exercée par la FINMA en application du dispositif TBTF, et en particulier des dispositions du chap. V de la LB et des dispositions d'exécution instaurées sur cette base. Il doit fournir une vue d'ensemble de la surveillance de toutes les SIB, sans s'attacher à des établissements en particulier.

La troisième phrase de l'al. 1 prévoit que la FINMA transmet son rapport au DFF pour information. La transmission au DFF a lieu en même temps que la transmission aux CdG. Ensuite, le DFF informe le Conseil fédéral du rapport de la FINMA. Le Conseil fédéral est libre d'intégrer les résultats du rapport annuel visé à l'art. 52b AP-LB dans le rapport qu'il établit conformément à l'art. 52 AP-LB. Le rapport du Conseil fédéral ne doit toutefois pas permettre de déduire des informations sensibles, notamment en lien avec les SIB.

Cette nouvelle obligation en matière de rapports n'entrave pas les autres droits à l'information, plus étendus, que la LParl confère aux députés.

Al. 2, let. a à c

L'al. 2 fournit une liste non exhaustive des éléments qui doivent figurer dans le rapport pour chaque période concernée. La FINMA doit notamment rendre compte des points suivants :

- les mesures prises en application de la réglementation des SIB en vertu de la LB et de ses dispositions d'exécution (let. a) ;

²⁹⁷ RS 171.10

- les instruments de surveillance utilisés en application du titre 2, chapitre 3, LFINMA (let. b), et
- l'efficacité des mesures prises et des instruments de surveillance utilisés, ce point devant permettre d'évaluer le niveau de réalisation des objectifs poursuivis par le législateur au moyen de la réglementation TBTF selon l'art. 7, al. 2, AP-LB (let. c).

Comme expliqué à l'al. 1, ces éléments se rapportent à la surveillance des SIB. En sus de ces éléments de base, la FINMA est libre d'intégrer d'autres éléments à ses rapports, dans la mesure où ils présentent un lien avec la surveillance des SIB (par ex. actions nécessaires de la part du législateur, le cas échéant).

Chapitre XIVb Voies de droit

Remarques préliminaires concernant le chapitre XIVb Voies de droit

Les art. 37g^{bis} à 37g^{quinquies}, qui figurent actuellement au chapitre XIIa Recours dans les procédures visées aux chapitres XI et XII, sont déplacés dans le chapitre XIVb Voies de droit en tant qu'art. 52c à 52f.

En outre, du fait de la technique du renvoi appliquée dans d'autres lois régissant les marchés financiers, les modifications ci-après s'appliqueront également à des assujettis n'appartenant pas au secteur bancaire :

- Conformément à l'art. 67 LEFin, les dispositions de la LB concernant les mesures en cas de risque d'insolvabilité et la faillite bancaire s'appliquent par analogie aux directions de fonds et aux maisons de titres, ainsi qu'aux sociétés visées à l'art. 4 LEFin.
- En vertu de l'art. 88, al. 1, LIMF, les art. 25 à 37 et 37d à 37g^{quinquies} LB s'appliquent par analogie aux infrastructures des marchés financiers et aux sociétés visées à l'art. 3 LIMF.

Art. 52c Recours contre une décision de résolution

Une mise à jour rédactionnelle reflète le regroupement du plan d'assainissement et de la décision correspondante dans un seul document, la décision de résolution.

Art. 52d Recours des créanciers et des propriétaires

Al. 1

Les modifications se limitent à la phrase introductive et à la let. a. La phrase introductive est modifiée sur le plan rédactionnel pour préciser que la disposition s'applique aux établissements assujettis à la compétence de la FINMA en matière d'insolvabilité en vertu de l'art. 2^{bis} AP-LB.

Let. a

La procédure de résolution d'une banque implique des intérêts publics supérieurs. Le droit en vigueur tient déjà compte de ces enjeux pour les SIB (cf. art. 7, al. 2, LB), mais le nouveau droit mentionne expressément leur pertinence pour toutes les banques par le biais des objectifs énoncés à l'art. 28a AP-LB. L'effet potentiel sur des intérêts publics majeurs est accentué lorsqu'un PLB entre en ligne de compte pour une SIB. En cas de résolution, la FINMA doit pouvoir choisir les mesures qu'elle estime être les mieux à même de garantir l'atteinte des objectifs fixés. À cet égard, la protection des propriétaires et de certaines catégories de créanciers, notamment les investisseurs financiers qui ont acquis des instruments de *bail-in* de la banque et ont de ce fait consenti préalablement, par contrat, à une dépréciation ou à une conversion, demeure secondaire et limitée.

Ces personnes pourront uniquement faire valoir une violation du principe *no creditor worse off* en lien avec une résolution. En effet, à défaut de résolution, l'entreprise aurait été déclarée en faillite et ils n'auraient touché qu'un dividende. C'est pourquoi l'al. 1, let. a, renvoie exclusivement aux principes en matière de résolution visés à l'art. 28b, al. 2, let. b, AP-LB.

Une mise à jour rédactionnelle reflète le regroupement du plan d'assainissement et de la décision correspondante dans un seul document, la décision de résolution.

Let. b et c

Aucune modification.

Al. 2

Le renvoi à la PA est déplacé de cette disposition à l'art. 37g, al. 4^{ter}.

Al. 3

Aucune modification.

Art. 52e Délais

Cette disposition est modifiée pour refléter le regroupement du plan et de la décision d'assainissement dans un même document, la décision de résolution.

Art. 52f Effet suspensif

Alinéa 1

Les recours contre les décisions de la FINMA s'appuient sur les dispositions générales de la PA. L'article 52f alinéa 1 AP-LB prévoit une inversion du régime de base prévu à l'article 55 alinéas 1 et 2 PA, soit au principe de l'effet suspensif automatique. Le régime modifié (art. 55, al. 5, PA) prévoit que les recours formés dans les procédures

énumérées à l'article 52f alinéa 1 AP-LB n'ont pas d'effet suspensif. Les procédures qui n'ont pas d'effet suspensif sont listées de manière exhaustive (art. 52f, al. 1, let. a, ch. 1 à 4, et let. b, AP-LB). En outre, l'article 56 PA (autres mesures provisionnelles) n'est pas modifié.

Le but de ce changement par rapport au régime de base est de favoriser l'exécution immédiate de ces mesures qui sont essentielles pour garantir l'organisation adéquate de la banque ou sa stabilité, ainsi que pour protéger les clients et assurer le bon fonctionnement des marchés financiers.

Let. a

Ch. 1

Ce chiffre vise les renforcements en matière de fonds propres et de liquidités ordonnés sur la base de l'article 4 LB, ainsi que sur les dispositions pertinentes des ordonnances (par ex. art. 45 et 131b OFR, ainsi que art. 14, al. 4, let. b et 5 et art. 25, al. 1, OLiq).

Ch. 2

Ce chiffre vise toutes les mesures que la FINMA peut ordonner sur la base de l'article 10 alinéa 2 AP-LB, ainsi que les dispositions pertinentes des ordonnances (par ex. art. 62 OB), soit notamment l'ordre de corriger les lacunes constatées dans la planification de la stabilisation et de la résolution, ainsi que les mesures que la FINMA peut ordonner si les lacunes n'ont pas été corrigées dans le délai imparti.

Ch. 3 et 4

Ces chiffres visent toutes les mesures que la FINMA peut ordonner sur la base des articles 19 AP-LB et 24 AP-LB. Ces chiffres visent également les mesures qui ne figurent pas explicitement aux articles 19 AP-LB et 24 AP-LB, dans la mesure où la FINMA se fonde sur ces articles pour intervenir, car ceux-ci contiennent des listes non-exhaustives de mesures.

Let. b

Cette lettre indique que les recours formés dans les procédures visées aux chapitres XI et XII n'ont pas d'effet suspensif. Cette lettre reprend le contenu de l'article 37g^{quinquies}, 1^{ère} phrase, LB.

Alinéa 2

Selon cet alinéa, les recours formés dans les procédures énumérées à l'article 52f alinéa 1 AP-LB n'ont pas d'effet suspensif et un octroi de l'effet suspensif par l'instance de recours n'est possible que sur demande d'une partie, soit pas d'office. Cet alinéa reprend le contenu de l'article 37g^{quinquies}, 2^{ème} phrase, LB.

Bien que l'effet suspensif puisse être octroyé par le juge sur demande d'une partie, sachant que le régime concernant l'effet suspensif est expressément modifié au vu de l'importance des décisions visées pour la stabilité de la banque et pour l'intérêt public (art. 4 LFINMA), son octroi par le juge ne devra pas relever de l'automatisme. En effet, étant donné qu'il s'agit de mesures visant à mitiger des risques et qu'elles doivent être mises en œuvre de manière urgente, la possibilité laissée au tribunal d'octroyer l'effet suspensif devra être exercée avec retenue.

Al. 3

Cet alinéa reprend la teneur de l'art. 37g^{quinquies}, 3^e phrase, LB.

Let. a

Adaptation terminologique et ajout de la référence à l'art. 26 LB.

Let. b

Une mise à jour rédactionnelle à la let. b reflète le regroupement du plan d'assainissement et de la décision correspondante dans un seul document, la décision de résolution. Par conséquent le prononcé d'une procédure de résolution et les mesures ordonnées dans le cadre de l'homologation du plan d'assainissement selon le droit en vigueur sont regroupés dans la décision de résolution mentionnée à la let. b. L'actuel art. 37g^{quinquies}, let. c, LB est donc supprimé.

Let. c

La let. c correspond à l'actuel art. 37g^{quinquies}, let. d, LB avec l'ajout d'une référence à l'art. 33 LB.

Let. d

L'octroi de l'effet suspensif d'un recours sera aussi exclu pour le cas où la FINMA reconnaît des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger. En effet, celles-ci ont pour but de rétablir la confiance dans la banque concernée et d'assurer sa viabilité économique, ce qui est aussi la raison pour laquelle l'effet suspensif est exclu pour les mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées en Suisse²⁹⁸. Enfin, l'exclusion de l'octroi de l'effet suspensif prévue à la let. d lève les incertitudes susceptibles de découler de la réglementation actuelle en lien avec une mise en œuvre aussi rapide que possible en Suisse des mesures prononcées à l'étranger.

²⁹⁸ FF 2020 6151, p. 6192

Dispositions transitoires de la modification du ...

Al. 1

Les assouplissements de durée illimitée accordés par la FINMA avant la nouvelle réglementation visant les SIB peuvent être maintenus sans limite temporelle. La FINMA vérifie toutefois régulièrement s'ils restent opportuns à partir de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Au demeurant, ils sont soumis aux mêmes exigences de transparence que les assouplissements qui seront accordés en vertu de l'art. 4, al. 3^{bis}, AP-LB, qui impose à la FINMA d'en publier la liste. Les banques doivent exposer les conséquences associées aux assouplissements dont elles bénéficient, en détaillant leurs caractéristiques et leur contexte, et exposer les mécanismes qui sous-tendent les conséquences exposées.

Al. 2

À compter de l'entrée en vigueur de la modification, les banques ont un an pour mettre en œuvre les modifications concernant le régime de responsabilité (let. a, b et c), le devoir de diligence (let. d) et les rémunérations (let. e et f).

Al. 3

Dans la mesure où la modification de la loi et les dispositions d'exécution correspondantes affectent les exigences applicables aux plans de stabilisation et de résolution visés à l'art. 9, al. 2, let. d et e, les SIB devront satisfaire aux nouvelles exigences au plus tard à partir du 31 décembre de la deuxième année qui suit l'entrée en vigueur.

Al. 4

Cette disposition transitoire régit la mise en œuvre de l'obligation d'informer des banques en vertu de l'art. 17c, al. 3, AP-LB pour les contrats de crédit conclus avant l'entrée en vigueur de la modification de la LB. Pour ces contrats, il est prévu que les banques informent de manière appropriée, dans un délai de douze mois après l'entrée en vigueur de modification, les débiteurs concernés du contenu et de la portée du chapitre VIII AP-LB, notamment de la possibilité que leurs créances soient transférées ou qu'elles soient utilisées pour la constitution de sûretés conformément aux art. 17 et 17b AP-LB sans que leur consentement soit requis. Au-delà de l'obligation d'informer en vertu de l'art. 17c, al. 3, AP-LB il faut relever que les autres dispositions du chapitre VIII AP-LB s'appliquent dès l'entrée en vigueur de la modification, y compris aux contrats de crédit conclus avant cette date.

4.2 Code civil

Art. 865a (nouveau) Transformation simplifiée

Depuis l'introduction de la cédule hypothécaire de registre, les droits de gage sont généralement constitués sous forme de droits de gage de registre. Dans la pratique

juridique, la cédule hypothécaire de registre s'est largement implantée et les établissements financiers exigent souvent cette forme comme condition à l'octroi de prêts hypothécaires²⁹⁹. Elle revêt en outre une grande importance pour les banques, car elle peut être utilisée comme sûreté pour l'octroi d'un soutien en liquidités par la BNS.

Le droit en vigueur permet une conversion simplifiée uniquement pour les cédules hypothécaires sur papier inscrites au registre foncier avant le 1^{er} janvier 2012. Cette restriction n'a plus lieu d'être à l'ère numérique. La cédule hypothécaire de registre permet un traitement simple et rapide, notamment lors d'un changement de créancier, en éliminant la nécessité de transférer un titre physique. Les cédules de registre suppriment aussi le besoin de conserver en sûreté des titres physiques et d'en assurer le transfert sécurisé, nécessitant ainsi moins de personnel et d'espace tout en permettant d'éviter de fastidieuses et coûteuses procédures en annulation.

Pour ces raisons, il est prévu d'autoriser la conversion simplifiée, c'est-à-dire la conversion sans acte notarial, pour toutes les cédules hypothécaires sur papier, indépendamment de la date où elles ont été constituées. Cette modification répond à un besoin des propriétaires fonciers et des créanciers hypothécaires de pouvoir convertir facilement et par écrit les cédules sur papier en cédules de registre. Dans le cadre du présent projet, il s'agit également de contribuer au renforcement de la stabilité financière en favorisant le recours à un soutien en liquidités de la BNS, pour lequel les cédules hypothécaires de registre jouent un rôle important en tant que potentielle sûreté. La forme écrite suffit puisque seule la conversion bénéficie d'un traitement privilégié sur le plan formel, que le notaire a déjà informé le propriétaire foncier de ses droits et obligations lors de la constitution de la cédule hypothécaire sur papier et que la conversion ne place pas ce dernier dans une position moins favorable. Les modifications telles que la conversion en un autre genre de droit de gage, l'augmentation ou la réduction du montant du gage, le regroupement ou la division de droits de gage immobiliers et le transfert ou l'extension du gage nécessiteront toujours un acte authentique. La protection des parties, que le conseil du notaire et l'établissement d'un acte authentique par ce dernier visent à garantir, est ainsi préservée. La possibilité de constituer des cédules hypothécaires sur papier reste acquise.

Du point de vue systématique, cet article s'intègre dans les dispositions matérielles régissant les cédules hypothécaires. Il n'y a plus lieu de tenir compte des règles de conflit de lois vu la suppression de la restriction temporelle.

Titre final, art. 33b

L'art. 33b, tit. fin., du code civil n'a plus lieu d'être en raison de l'introduction du nouvel art. 865a.

²⁹⁹ Cf. les explications aux ch. 3.1.3 et 4.1 (art. 17 ss AP-LB).

4.3 Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage

Art. 3 Centrale des banques cantonales

La référence à l'« art. 3, al. 4 », LB qui figure à l'art. 3 LLG et sert à définir la notion de « banque cantonale » est déjà obsolète à l'heure actuelle, puisque la définition correspondante se trouve à l'art. 3a LB. Dans la réglementation proposée, la notion de « banque cantonale » est définie à l'art. 3i AP-LB.

4.4 Loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision

Art. 9a, al. 2, let. c

Conformément à l'art. 11c, let. c, OSRev, les auditeurs responsables ne sont pas autorisés à exercer une activité soumise à autorisation selon les lois sur les marchés financiers. Dans la pratique de l'ASR, seul l'exercice d'activités opérationnelles pour des assujettis est interdit à ces personnes, qui ont le droit de s'acquitter de tâches non opérationnelles. Elles peuvent donc être membres d'un organe chargé de la haute direction (le conseil d'administration, dans les sociétés anonymes).

Les auditeurs responsables ont connaissance de stratégies et de secrets d'affaires des personnes qu'ils auditent. Ils peuvent mettre ces connaissances à profit dans le cadre de mandats au sein d'un organe chargé de la haute direction et au détriment des personnes auditées, raison pour laquelle ces mandats doivent être interdits. De plus, il existe un risque de partialité dans l'exercice de leur mandat d'audit. Pour ces motifs, la nouvelle norme inscrite à l'art. 9a, al. 2, let. c, AP-LSR énonce clairement l'incompatibilité entre une activité sur les marchés financiers et l'activité d'auditeur responsable, dans le but de renforcer l'indépendance en prévenant les conflits d'intérêts.

Section 7a Sanction administrative

Les nouvelles dispositions relatives aux sanctions administratives sont intégrées à une nouvelle section précédant la section 8 sur les dispositions pénales (art. 39, 39a et 40 LSR).

Art. 38a Sanction administrative pécuniaire

Généralités

La sanction administrative pécuniaire est introduite dans le système de surveillance et de sanctions de la LSR, comme dans la LFINMA. Cet instrument relève du droit et de la procédure administratifs. Cependant, la jurisprudence³⁰⁰ considère qu'en principe, les garanties de procédure posées par l'art. 6 CEDH sont applicables à ce type de

³⁰⁰ ATF 140 II 384

sanctions dans la mesure où elles remplissent un des « critères Engel »³⁰¹. En l'espèce, il pourrait être considéré que la sanction administrative pécuniaire au vu de son montant maximal, est par sa nature ou sa gravité de nature pénale de sorte que les garanties de procédures précitées sont applicables. Ceci implique dès lors que des règles de procédures spéciales sont nécessaires pour régler le conflit entre l'obligation de collaborer et le droit de se taire, ce qui est réglé à l'art. 38*b* AP-LSR.

La LSR en vigueur permet à l'ASR d'adresser des avertissements écrits³⁰². L'ASR peut également retirer l'agrément pour une durée déterminée ou indéterminée lorsque les conditions ne sont plus remplies (art. 17, al. 1, LSR). Une entreprise soumise à la surveillance de l'État ne peut se voir retirer l'agrément pour une durée déterminée ou indéterminée que si elle ne remplit plus les conditions d'agrément ou si elle enfreint à plusieurs reprises ou de manière grave les obligations légales (art. 17, al. 2, LSR). Ceci dit, le retrait de l'agrément en cas de violation des obligations légales devrait souvent s'avérer disproportionné, du moins dans le cas des grandes entreprises de révision soumises à la surveillance de l'État. De fait, l'application de la loi se limite en pratique à l'envoi à l'entreprise d'un avertissement écrit assorti de directives pour régulariser sa situation (art. 16, al. 4, LSR). Si l'ASR souhaitait retirer un agrément pour cause de violation grave, elle devrait prouver que l'entreprise concernée n'est pas du tout en mesure d'assurer une qualité suffisante de sa révision et de respecter ses obligations légales. L'entreprise peut généralement échapper au retrait de l'agrément en indiquant qu'elle modifiera ses processus et engagera d'autres personnes. De plus, abstraction faite de la disposition permettant de condamner une entreprise (art. 39*a* LSR), les dispositions de la LSR relatives aux sanctions pénales et administratives (art. 39 et 40 LSR) visent uniquement les personnes physiques³⁰³. Elles ne sont en outre pas prévues pour une violation des devoirs de diligence, à moins qu'il n'y ait contravention aux règles concernant l'indépendance (art. 39, al. 1, let. a, LSR). Partant, il est pour ainsi dire impossible, de facto, d'infliger des amendes aux entreprises de révision pour violation des devoirs de diligence. Un avertissement écrit peut être considéré comme une mesure adéquate pour des violations légères, mais il manque une mesure efficace pour sanctionner les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'État qui ont commis des violations graves. Il est prévu de combler cette lacune réglementaire dans

³⁰¹ ATF 140 II 384

³⁰² Personnes physiques : art. 17 et 18 LSR pour celles travaillant pour le compte d'une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État ; entreprises de révision : art. 16, al. 4, et 17 LSR pour les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'État.

³⁰³ Le droit pénal suisse est conçu de manière que ses dispositions visent les personnes physiques. C'est uniquement lorsque l'infraction ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise que cette dernière peut être sanctionnée, auquel cas elle s'expose à une amende de cinq millions de francs au plus (art. 102 du code pénal ; RS 311.0). Les dispositions du droit pénal administratif, qui relèvent de la compétence des autorités administratives plutôt que des tribunaux pénaux, visent elles aussi des personnes physiques. Dans le cas des infractions visées à l'art. 39 LSR, il est possible de s'abstenir d'identifier la personne physique punissable et de condamner à sa place l'entreprise au paiement de l'amende uniquement si l'enquête rendrait nécessaires des mesures d'instruction hors de proportion par rapport à la peine encourue et si l'amende entrant en ligne de compte pour les infractions ne dépasse pas 20 000 francs (art. 39*a* LSR).

le système de surveillance et de sanctions de la LSR, de la même manière que dans la LFINMA.

Al. 1

Selon la réglementation proposée, lorsqu'une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État enfreint de manière grave ses obligations légales visées à l'art. 9, al. 1, let. b, elle peut être tenue au paiement d'une sanction administrative d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires moyen réalisé en Suisse lors des trois exercices précédents. Comme à l'art. 37a, al. 1, AP-LFINMA, c'est le revenu annuel brut qui est visé.

Dans l'ordre juridique suisse, de nombreuses autorités administratives disposent déjà de l'instrument de la sanction administrative pécuniaire. La hauteur de la sanction prévue à l'al. 1 est notamment compatible avec les règles prévues dans les lois suivantes :

- l'art. 109 de la loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (LJAr)³⁰⁴ prévoit un montant pouvant aller jusqu'à 15 % du produit brut des jeux réalisé au cours du dernier exercice ;
- les art. 49a ss de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart)³⁰⁵ prévoient un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices ;
- l'art. 90 de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV)³⁰⁶ prévoit un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel moyen réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices ;
- les art. 31 ss de la loi fédérale du 21 mars 2025 sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie (LSTE)³⁰⁷ prévoient un montant pouvant aller jusqu'à 1, 2 ou 15 % du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse au cours de l'année précédente.

L'expression « obligations légales » de l'art. 38a, al. 1, AP-LSR est repris de l'art. 9, al. 1, let. b.

Les obligations légales dont il est fait référence sont fixées notamment dans :

- le CO aux art. 956 à 964 relatifs aux exigences de comptabilité et de certification des comptes ;
- la LSR et son ordonnance d'exécution ;
- la LFINMA aux art. 24 à 28a ;
- les lois sur les marchés financiers citées à l'art. 1 al. 1 de LFINMA et leurs ordonnances d'exécution aux dispositions régissant l'audit financier et l'audit prudentiel ;

³⁰⁴ RS 935.51

³⁰⁵ RS 251

³⁰⁶ RS 784.40

³⁰⁷ FF 2025 1102 ; non encore entrée en vigueur

- les normes d'assurance-qualité et d'audit reconnues par l'autorité de surveillance.
- l'éthique professionnelle et la déontologie : ces règles englobent toutes les autres normes d'autorégulation. Leur reconnaissance par l'ASR n'est objectivement pas nécessaire, mais l'ASR doit pouvoir intervenir lorsqu'elle constate un comportement contraire auxdites règles professionnelles et déontologiques.
- le règlement de cotation : on tiendra compte du règlement de cotation applicable lorsque la société auditée par l'entreprise de révision est une entreprise ouverte au public, c'est-à-dire une société qui a des titres de participation ou un emprunt obligataire cotés en bourse.

Al. 2

La sanction ne doit pas compromettre la solvabilité des assujettis ou la fourniture ordinaire des prestations de révision. Son montant doit être proportionné, ce pour quoi il doit toujours être déterminé en fonction de la gravité de l'infraction.

Al. 3

La réduction de la sanction en cas de collaboration allant au-delà des obligations légales vise à encourager une coopération particulièrement active de l'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État avec l'autorité de surveillance. Relèvent notamment d'une telle collaboration l'auto-dénonciation précoce, ainsi que la mise en œuvre immédiate et spontanée de mesures correctives propres à rétablir l'ordre légal. Une coopération renforcée facilite l'établissement des faits, accélère la procédure et contribue à l'efficacité de la surveillance prudentielle.

Al. 4

La procédure de sanction administrative est régie par la PA. Cette précision paraît importante, car le critère qui distingue les sanctions administratives et pénales est, en définitive, la nature de la procédure (administrative ou pénale) à l'issue de laquelle les mesures sont ordonnées.

Al. 5

La PA ne prévoit pas de règles expresses relatives à la prescription de la poursuite des infractions passibles de sanctions administratives. Partant, elle ne fixe pas non plus le délai dans lequel une procédure doit être ouverte à partir de la découverte d'une violation des obligations. Ces points sont réglés dans la LSR afin d'assurer la sécurité juridique. L'ouverture de la procédure doit ainsi se faire au plus tard sept ans après l'infraction aux obligations légales.

Al. 6

L'attribution des montants de la sanction administrative pécuniaire à la Confédération garantit que la sanction poursuit une finalité d'ordre public et non un objectif de financement de l'autorité de surveillance. Elle évite tout risque d'incitation économique pour cette dernière et préserve l'indépendance de son activité, qui vise uniquement à assurer la qualité des prestations de révision et non pas à générer des recettes.

Art. 38b Obligation de collaborer à la procédure de sanction administrative

Al. 1

L'obligation de collaborer (art. 15a LSR) demeure applicable. On opère toutefois une clarification afin de prévenir le risque d'auto-incrimination qui peut y être associé dans le cadre d'une procédure ultérieure susceptible de conduire au prononcé d'une sanction pénale.

Al. 2

L'al. 2 introduit une limite importante à l'obligation de collaborer au sens de l'al. 1 en précisant que l'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État n'est pas tenue d'avouer une infraction aux obligations légales. Cette règle permet de concilier l'obligation de collaborer à la procédure administrative et les garanties applicables à la procédure pénale administrative (notamment le droit de ne pas s'auto-incriminer). L'autorité de surveillance peut toujours exiger et utiliser les documents préexistants au titre de l'obligation de collaborer pour autant qu'elle n'exige pas la création de nouveaux moyens de preuve sous menace de sanction, par exemple au moyen d'auditions. Dans le cadre de la surveillance de la révision, il est généralement possible de prouver une infraction sur la base des documents de travail archivés (art. 730c CO, principe *not documented, not done* ; cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_76/2023 du 14 novembre 2023, consid. 4.2.2). Il n'est donc pas nécessaire d'établir de nouveaux moyens de preuve. Dans ces circonstances particulières, il est possible de résoudre le conflit entre l'obligation de collaborer et le droit de ne pas s'auto-incriminer.

Al. 3

En complément à la protection accordée aux parties à la procédure par l'al. 2, dans la mesure où les informations ou documents visés à l'al. 1 comprennent des déclarations auto-incriminantes au sens de l'al. 2, ces dernières ne peuvent pas être utilisées comme moyen de preuve pour prononcer une sanction administrative pécuniaire sans le consentement de l'entreprise de révision. Pour le reste, l'obligation de collaborer dans le cadre de la procédure administrative et de la surveillance courante continue de s'appliquer. L'art. 15a LSR peut être appliqué sous peine de sanction. Cette disposition vise à assurer la compatibilité du régime de sanctions avec les garanties procédurales applicables aux mesures administratives à caractère pénal.

Art. 38c Accord amiable

Al. 1

Cet article introduit la possibilité pour l'ASR, après l'établissement des faits pertinents, de clore la procédure par un accord amiable. Cette option relève du pouvoir d'appréciation de l'ASR. Les parties n'ont donc aucun droit à l'obtention d'un accord amiable.

Al. 2

L'accord amiable est contraignant uniquement pour l'ASR et l'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État. Il ne produit aucun effet juridique direct à l'encontre de personnes physiques non-parties à la procédure.

En outre, les parties étant d'accord avec les mesures de rétablissement de l'ordre légal et la répartition des frais, elles renoncent à faire recours.

Al. 3

Lorsque la procédure est close par un accord amiable et qu'une sanction administrative pécuniaire est prononcée, l'accord doit prévoir une réduction de cette sanction. Cette règle crée une incitation à la coopération et au rétablissement rapide de l'ordre légal, tout en maintenant le caractère dissuasif de la sanction.

Al. 4

L'autorité reprend l'accord comme contenu de sa décision. En effet, la décision *constitue* l'acte juridique que rend l'accord exécutoire. En y reproduisant les termes, l'autorité garantit que les parties savent exactement ce qui a été convenu et quels sont leurs droits et obligations. Ceci est également nécessaire car ce type de décision peut également faire l'objet d'une exécution forcée en cas d'inexécution.

Art. 38d Exécution

Afin d'assurer la transparence du processus, le Conseil fédéral règlera dans une ordonnance le cadre de la fixation des sanctions administratives pécuniaires et de leur réduction prévue aux art. 38a et 38c AP-LSR.

Art. 43c Disposition transitoire relative à la modification du ...

L'auditeur responsable qui, au moment de l'entrée en vigueur de la modification, exerce une activité sur les marchés financiers dont l'art. 9a, al. 2, let. c, AP-LSR interdit l'exercice, peut poursuivre cette activité pendant un an au plus à compter de l'entrée en vigueur de la modification.

4.5 Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé

Art. 5, al. 1, let. g et i

L'art. 5, al. 1, let. g et i, règle les exonérations de l'impôt anticipé pour les intérêts issus d'instruments TBTF. La seule modification matérielle consiste en la suppression de la limitation dans le temps prévue aux let. g et i. En particulier, les instruments TBTF mentionnés restent soumis à l'approbation de la FINMA.

4.6 Loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale

Art. 26, al. 2, 2^e phrase

La référence à la définition de la notion de « banque cantonale » est mise à jour puisque celle-ci figure à l'art. 3i AP-LB.

4.7 Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers

Art. 1, al. 3

Le DFF, la FINMA et la BNS avaient déjà signé en 2011 un protocole d'entente³⁰⁸ pour régler leur collaboration dans le domaine de la stabilité financière et de la réglementation des marchés financiers et l'ont complété en 2019. Le projet inscrit la réglementation de la collaboration en vue de la prévention et de la gestion d'une crise financière en Suisse au niveau de la loi, redéfinit les structures organisationnelles nécessaires à cet effet et remplace les organes actuels (Comité directeur et Comité de gestion des crises financières). L'art. 1, al. 3, AP-LFINMA forme la base permettant aux autorités de régler leur collaboration à des fins de prévention et de gestion des crises financières en Suisse ainsi que leur organisation et leurs tâches dans le cadre du Conseil en stabilité financière et du Comité de stabilité financière. Les tâches de ces nouveaux organes et leur composition sont réglées plus précisément par les art. 54b et 54c AP-LFINMA. Ces dispositions définissent notamment la fonction de chacun dans la structure institutionnelle et les compétences, créant ainsi une base claire pour la collaboration future en matière de prévention et de gestion des crises financières en Suisse.

Art. 9a Affaires de grande portée

Al. 1

La compétence du conseil d'administration de classer une affaire comme étant de grande portée est reprise, sur le principe, du règlement d'organisation de la FINMA (art. 2^{bis}, al. 4). L'art. 9a précise toutefois dans la loi ce qui s'applique déjà aujourd'hui : le pouvoir d'appréciation dont dispose le conseil d'administration, conformément à ses obligations, pour déterminer quelles affaires sont de grande portée s'inscrit dans un cadre clairement défini. Premièrement, le conseil d'administration doit se baser sur la définition et les exemples inscrits aux al. 2 et 3. Deuxièmement, les modalités de la prise de décision, notamment la procédure à suivre pour qualifier une affaire d'affaire de grande portée, sont définies dans le règlement d'organisation (al. 4).

Dans la pratique actuelle de la FINMA, les affaires de grande portée sont identifiées selon une procédure clairement définie : la direction et ses comités identifient régulièrement des affaires susceptibles de devenir des affaires de grande portée et les

³⁰⁸ www.sif.admin.ch > Documentation > Informations spécialisées > 2019 > Le DFF, la FINMA et la BNS renouvellent leur coopération tripartite > Memorandum of Understanding entre le DFF, la FINMA et la BNS (2 décembre 2019)

signalent au conseil d'administration. Dès que le conseil d'administration reçoit un tel signalement, il procède à une analyse conforme à la loi pour déterminer, dans le cas concret, s'il doit classer l'affaire comme étant de grande portée et en confier la gestion à l'organe opérationnel. La direction et ses comités informent le conseil d'administration de l'évolution des affaires identifiées dans le cadre du point de l'ordre du jour consacré aux thèmes prioritaires lors des séances du conseil d'administration (art. 13, al. 4, du règlement d'organisation de la FINMA).

Comme toutes les autres affaires, la direction prépare les affaires de grande portée et les soumet au conseil d'administration pour décision. Les affaires de grande portée sont ainsi soumises à un mécanisme de contrôle et d'équilibre (*checks and balances*). L'inscription des procédures en lien avec les affaires de grande portée dans le règlement d'organisation accroît encore la sécurité juridique, tout en garantissant aussi bien la capacité d'action de la direction que la responsabilité stratégique du conseil d'administration.

La répartition des compétences est de nature purement organisationnelle et n'a pas pour fonction d'offrir une quelconque protection à des tiers. La décision du conseil d'administration de déclarer qu'une affaire est « de grande portée » se fonde uniquement sur la question de savoir si les conditions permettant de conclure à une affaire de grande portée relevant de sa compétence sont remplies. Elle concerne exclusivement la gouvernance interne de la FINMA. L'art. 9a dispose ainsi explicitement que la désignation de l'organe responsable est définitive et ne peut pas être attaquée. Il n'existe aucun droit d'exiger une décision du conseil d'administration plutôt que de la direction, ou inversement. Ce principe, déjà énoncé dans le message sur la LFINMA³⁰⁹, figurera clairement dans la loi.

Al. 2

La définition de la notion d'« affaire de grande portée » est reprise telle quelle de l'art. 2^{bis}, al. 2, du règlement d'organisation de la FINMA. Ces affaires portent sur des questions de principe et déploient un effet préjudiciel sur toute une série de décisions en aval. Il s'agit d'affaires stratégiques qui revêtent une importance particulière pour la place financière et l'atteinte des objectifs de la stratégie définie par le conseil d'administration. Les décisions prises dans ce cadre ont ainsi une portée stratégique et ne relèvent pas des tâches courantes d'une autorité de surveillance. Les critères déterminants sont les conséquences potentielles et non pas les éléments déclencheurs. Comme c'est déjà le cas actuellement, les affaires de grandes portées restent des cas strictement délimités : de nombreux critères restrictifs doivent être réunis pour que le conseil d'administration puisse qualifier un cas d'affaire de grande portée.

³⁰⁹ FF 2006 2741, p. 2775

Al. 3

Cet alinéa reprend sur le fond la liste d'exemples d'affaires inscrite à l'art. 2^{bis}, al. 3, du règlement d'organisation de la FINMA, avec un renvoi aux lois correspondantes pour les exemples d'assujettis concernés. Les exemples d'affaires sont adaptés sur le plan terminologique, sans modification matérielle. Les listes d'assujettis et d'affaires ne sont pas exhaustives. Elles visent à illustrer et à concrétiser la définition figurant à l'al. 2 afin de fournir au conseil d'administration et à la direction de premiers éléments pour pouvoir déterminer si une affaire est « de grande portée ».

Al. 4

Cet alinéa dispose que la FINMA règle les modalités dans son règlement d'organisation, conformément aux art. 5, al. 3, et 9, al. 1, let. i, LFINMA.

Art. 14, al. 4

Les « délégués à la résolution » sont ajoutés à l'énumération de l'al. 4 en raison de l'introduction du terme de « résolution » dans l'AP-LB.

Art. 22, al. 1^{bis}, 1^{ter}, 2, 3 et 3^{bis}

En général

Les pouvoirs d'information de la FINMA sont désormais regroupés à l'article 22 AP-LFINMA qui constitue la nouvelle base légale pour l'ensemble de ses informations (sous réserve notamment de l'art. 34 LFINMA et de l'art. 28c al. 3 AP-LB). Pour le surplus, en ce qui concerne la LB, l'art. 22 AP-LFINMA sera également la nouvelle base légale pour l'information sur les mesures visant à garantir une organisation adéquate (art. 19 AP-LB), les mesures d'intervention précoce (art. 24 AP-LB), ainsi que l'information sur les mesures protectrices en cas de risque d'insolvabilité aujourd'hui prévue à l'art. 26, al. 2, LB (cf. art. 26 AP-LB). Le regroupement dans une disposition unique clarifie le cadre juridique tant pour la FINMA que pour les assujettis, en réduisant la dispersion des bases légales et en assurant une application cohérente et prévisible.

Al. 1

Aucune modification par rapport au droit en vigueur.

Al. 1^{bis}

La FINMA aura l'obligation de communiquer sur ses décisions finales rendue dans des procédures qu'elle a ouvertes selon l'article 30 LFINMA. Cette obligation est particulièrement importante pour les décisions qui comporteront des sanctions administratives pécuniaires sur la base de l'article 37a AP-LFINMA, car conformément à l'art. 6, para. 1, CEDH, les jugements doivent être rendus publiquement. L'information sur les décisions finales permettra de garantir la transparence dans

l'application correcte du droit pertinent par l'autorité de surveillance et de porter à la connaissance du public sa pratique en matière de sanctions. Le public et les acteurs du marché peuvent ainsi prendre connaissance du prononcé d'une sanction, des motifs sur la base desquels celle-ci a été retenue et des comportements susceptibles de conduire à une telle sanction³¹⁰. Les décisions de classement, ainsi que les autres types de décisions, notamment procédurales ou relevant de la surveillance courante, ne sont pas visées par cette obligation.

L'information de la FINMA fondée sur cette disposition a pour but l'information et la transparence à l'égard du grand public et des marchés financiers sur son activité et sa pratique, afin d'augmenter la confiance de ces derniers. La nomination des assujettis permet d'éviter des rumeurs pouvant se propager parfois de manière injustifiée et créer un risque systémique³¹¹. Ainsi, cette information n'est pas une mesure à l'encontre d'un assujetti en particulier et doit être formulée de manière neutre et objective. Pour ces raisons, elle est à distinguer de la publication d'une décision en matière de surveillance au sens de l'art. 34 LFINMA qui est une mesure à l'encontre de l'assujetti, principalement actif sans autorisation, et où la décision finale entière est publiée.

L'information basée sur l'art. 22, al. AP-LFINMA intervient dès la clôture de la procédure et ne doit pas attendre l'entrée en force de la décision. Ceci est d'autant plus important dans un contexte de procédures parallèles menées par des autorités de surveillance étrangères où un report de la publication pourrait constituer une grave atteinte à la réputation de la place financière suisse. Tel est le cas en particulier lorsque les autorités étrangères sont susceptibles de procéder à la publication immédiatement.

Le contrôle judiciaire continue de s'exercer en vertu de l'art. 25a PA et prévoit un droit d'être entendu. Toutefois, la protection juridique peut également être garantie *a posteriori* par l'art. 25a PA dans les cas urgents où une information immédiate, sans consultation préalable de la personne concernée, s'impose pour des raisons prudentielles.

Enfin, les procédures closes par la conclusion d'un accord amiable sont elles aussi publiées par souci de transparence et d'égalité de traitement.

Al. 1^{ter}

Cet alinéa prévoit des exceptions non exhaustives au principe de publication. Il confère à la FINMA une marge d'appréciation lui permettant de s'adapter aux circonstances et d'éviter certains effets indésirables liés à la publication.

L'intérêt privé peut par exemple être considéré comme prépondérant lorsqu'il s'agit d'examiner le report d'une décision de retrait d'autorisation qui constitue l'*ultima ratio* des instruments de la FINMA. Toutefois, bien que la publication d'une telle décision

³¹⁰ FF 2022 776 p. 105

³¹¹ ATF 151 II 197

soit de nature à nuire fortement à la réputation de l'institut, celle-ci ne peut pas être reportée lorsque la réputation de la place financière suisse est simultanément menacée. Ceci est notamment le cas lorsque les violations du droit des marchés financiers sont graves et que des procédures menées par des autorités étrangères sont susceptibles d'être publiées de manière imminente. Dans une situation de ce type, l'intérêt public à la publication immédiate du retrait d'autorisation doit être considéré comme prépondérant à l'intérêt privé.

La renonciation à la publication doit ainsi demeurer exceptionnelle et les conditions interprétées de manière restrictive. En effet, la pratique de l'information systématique permettra aux marchés de s'habituer rapidement à la diffusion de ce type d'informations et de limiter les effets néfastes pour les assujettis.

Let. a

Une atteinte à la stabilité des marchés financiers peut par exemple être admise lorsqu'une information est susceptible de fragiliser une SIB au point de porter atteinte à la confiance des acteurs du marché ou d'entraîner des retraits de fonds, respectivement des tensions de liquidités, de sorte que ses effets sont susceptibles de dépasser l'établissement concerné.

Let. b

Cette disposition vise les enquêtes de la FINMA et celles menées par d'autres autorités au niveau national ou international. La non-publication est notamment justifiée lorsque la transparence risquerait d'entraver l'instruction, par exemple en influençant le comportement des personnes concernées ou de tiers, ainsi qu'en permettant la dissimulation d'éléments pertinents pour l'enquête.

Al. 2

Cet alinéa permet exceptionnellement à la FINMA de communiquer sur des cas particuliers ne constituant pas des décisions finales selon l'alinéa 1^{bis}, à savoir notamment des enquêtes ou des procédures particulières, ainsi que sur des mesures (par ex. sur les mesures au sens des art. 19, 24 ou 26 AP-LB), mais seulement lorsqu'il existe un besoin particulier en matière de surveillance. La FINMA peut juger la communication sur une telle mesure prudentielle nécessaire par exemple lorsqu'un établissement ne prend pas les mesures ordonnées et n'a pas procédé à une atténuation des risques dans un délai raisonnable. Dans de tels cas, la publication de la mesure aurait un effet disciplinaire. La FINMA peut également juger nécessaire une information publique lorsque la protection des clients est visée, par exemple en cas d'interdiction d'accepter des paiements ou de retrait du pouvoir de représentation des organes. En ce qui concerne les informations sur des enquêtes ou des procédures particulières, l'information y relative devrait rester identique à la communication actuelle de la FINMA, les conditions ayant été reprises (let. a à c) et la pratique actuelle de la FINMA cristallisée dans la loi, notamment sur l'inscription des instituts susceptibles d'exercer sans droit une activité soumise à autorisation dans la liste d'alerte.

Les lettres a à d donnent des exemples non exhaustifs de ce qui doit être considéré comme un besoin particulier. Ainsi, une éventuelle information avant la fin d'une procédure d'*enforcement* peut notamment se justifier, afin de protéger les acteurs du marché ou les assujettis en cas d'activité illicite d'un institut ou d'usurpation de l'identité d'un établissement autorisé, notamment par le biais de la liste d'alerte déjà utilisée aujourd'hui (let. a). La FINMA peut également être contrainte de communiquer pour corriger des informations fausses ou trompeuses susceptibles d'induire le public en erreur (let. b) ou pour préserver la réputation de la place financière suisse notamment lorsque des autorités étrangères ont déjà publié des informations sur leurs procédures ou enquêtes ou lorsque des instituts prétendent à tort être sis et régulés en Suisse (let. c). Une publication pour garantir l'exécution effective d'une décision de la FINMA est également possible, pour reprendre l'art. 26, al. 2, LB (let. d) étant précisé que la FINMA peut toujours renoncer à publier la mesure lorsque cette publication serait susceptible de compromettre le but de la mesure ordonnée. La FINMA, en se basant sur son pouvoir d'appréciation et la situation du cas d'espèce, peut juger que d'autres situations doivent être réputées comme présentant un besoin particulier en matière de surveillance en faisant chaque fois la pesée des intérêts avec les droits constitutionnels des assujettis.

C'est le lieu de préciser que cette disposition confère à la FINMA une faculté d'information dans des situations restreintes et non une obligation. Ainsi, contrairement à la communication basée sur l'alinéa 1^{bis} qui est la règle, une communication basée sur l'al. 2 relève de l'exception. Elle doit ainsi être exercée dans le respect des principes constitutionnels, notamment du principe de la proportionnalité.

Al. 3

L'al. 3 correspond à l'actuel art. 22, al. 3, LFINMA. Partant, la pratique actuelle de la FINMA en la matière n'est pas modifiée. Toutefois, une nouveauté réside dans le fait que cette exigence est désormais explicitement étendue à l'information portant non seulement sur des enquêtes et procédures, mais également sur des mesures (par ex. sur des mesures au sens des art. 19, 24 et 26 AP-LB). La disposition assure ainsi une application cohérente de cette règle à l'ensemble des situations dans lesquelles la FINMA peut communiquer de manière anticipée.

La possibilité de déroger à cette obligation à la demande de l'intéressé est maintenue, afin de tenir compte des circonstances du cas d'espèce et des intérêts légitimes en présence.

Al. 3^{bis}

Cette règle vise à protéger les droits de la personnalité et à tenir compte du fait que les procédures de surveillance ne visent pas en priorité la sanction individuelle, mais la sécurité et le bon fonctionnement du système financier.

Une exception est prévue lorsqu'il existe un besoin particulier en matière de surveillance au sens de l'al. 2. Dans ce cas, la mention de l'identité d'une personne physique peut se justifier, notamment lorsque l'information est nécessaire pour

atteindre les objectifs de protection du marché, de correction d'informations erronées ou d'exécution d'une décision. Dans ce type de situation, la FINMA décidera en cas de violation grave du droit de la surveillance, à sa propre discrétion, si toute la décision doit être publiée en vertu de l'art. 34 LFINMA ou si une simple information basée sur l'art. 22, al. 3^{bis}, AP-LFINMA suffit.

À l'inverse, l'information concernant les personnes morales et les sociétés de personnes s'effectue en principe avec mention de leur raison sociale.

Cette distinction reflète la pratique actuelle de la FINMA quand elle communique et tient compte du rôle des entités réglementées, ainsi que de l'intérêt public accru à l'égard de leur comportement sur le marché.

Al. 4

Aucune modification de la disposition en vigueur.

Art. 24, al. 6

Les entreprises de révision proposent à leurs clients de nombreuses prestations sans lien avec l'activité d'audit à proprement parler. Elles fournissent par exemple des services de conseil (fiscal ou juridique, en matière d'informatique, d'opérations, de durabilité, de ressources humaines, de cybersécurité, etc.) ou différentes formes d'assistance (par ex. pour la révision interne, les analyses forensiques, ou la mise en œuvre de nouvelles règles de prévention du blanchiment d'argent). Ces prestations peuvent interférer avec l'objectivité d'un audit prudentiel, notamment lorsque les sociétés sont amenées à vérifier les résultats de leurs propres activités de conseil ou si ces dernières sont susceptibles de générer une dépendance économique. Dans ce cas, la société d'audit pourrait présenter une appréciation exagérément positive pour ne pas compromettre de futurs mandats de conseil.

La raison d'être de ce nouvel alinéa est de garantir que les entreprises d'audit fournissent aux assujettis uniquement des prestations en lien avec leur activité d'audit. Toute prestation de conseil sans lien avec des audits est prohibée. S'il existe déjà, à l'heure actuelle, des règles fixant des exigences d'indépendance (cf. art. 11 OSRev en relation avec l'art. 11 LSR et art. 728, al. 2, ch. 4, CO) ou l'incompatibilité avec un mandat d'audit (art. 7 OA-FINMA), celles-ci ne sont pas entièrement claires, laissant une marge d'interprétation qui donne lieu à de fastidieuses clarifications entre la FINMA, les sociétés d'audit et les assujettis.

La nouvelle interdiction expresse se rapporte aux prestations qui sont sans lien avec l'audit prudentiel au sens des lois sur les marchés financiers ou avec l'audit comptable, qui ne constituent pas un autre audit de nature prudentielle ou qui ne sont pas analogues à un audit. Un autre audit de nature prudentielle est un audit qui a lieu dans le cadre des obligations d'audit dans le domaine de la surveillance : examens des modèles, audit des participants SIX/BX, audits de la BNS, audits dans le domaine des lettres de gage, etc. Les prestations analogues à un audit sont par exemple les actes de vérification convenus avec l'audit, les examens effectués en vertu d'un mandat, les

audits de rapports de durabilité ou les audits de préimplémentation. Ces actes doivent être entièrement déclarés à la FINMA. Ils aboutissent à un verdict indépendant pour un domaine délimité ne faisant pas partie de l'audit. L'objet de la prestation doit avoir été implémenté, ou du moins entièrement développé et être prêt à l'implémentation. D'autres audits de nature prudentielle et prestations analogues à un audit sont requis par la FINMA elle-même ou, parfois, des tiers (par ex. rapports des participants de SIX) et ne doivent donc pas être interdits.

Conformément à l'art. 29, al. 1, AP-LFINMA, les sociétés d'audit doivent fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Avec cette nouvelle règle, les sociétés d'audit devront aussi communiquer à la FINMA les informations à cet égard. Cette mesure ne doit toutefois pas empêcher une entreprise de révision qui, par exemple, fournit des conseils fiscaux à une banque en dehors d'un mandat d'audit, de pouvoir être engagée ultérieurement en tant que société d'audit. Les mandats d'audit et de conseil antérieurs doivent être communiqués à la FINMA au moment de l'annonce relative au choix de la société d'audit.

Art. 25, al. 2

L'obligation d'informer prévue à l'al. 2 étant rendue caduque par l'art. 28a, al. 1^{bis} à 1^{quater}, AP-LFINMA, qui prévoit une obligation d'obtenir une autorisation, cette disposition est abrogée (cf. ci-après).

Art. 28a, al. 1^{bis} à 1^{quater}, 2 et 3 La principale modification apportée à l'art. 28a LFINMA est l'obligation d'obtenir l'approbation de la FINMA pour le choix et le changement de la société d'audit.

Al. 1^{bis}

Jusqu'à l'entrée en vigueur du projet de concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit^{312 313} au 1^{er} janvier 2015, le choix de la société d'audit était soumis à l'approbation de la FINMA. La disposition en ce sens de la LFINMA avait été abrogée dans le cadre de ce projet, car l'approbation et la surveillance des sociétés d'audit passaient sous la responsabilité de l'ASR³¹⁴. Actuellement, les assujettis doivent communiquer immédiatement à la FINMA le choix de leur société d'audit (art. 13, al. 1, OA-FINMA). Le droit en vigueur ne permet pas à la FINMA de s'opposer à un changement de société d'audit, par exemple lorsque l'assujetti trouve que la société actuelle audite trop rigoureusement. La FINMA n'a aucune influence sur le choix de l'assujetti et ne peut pas refuser la nouvelle société retenue. Avec la réglementation proposée, la FINMA pourra refuser de donner son approbation lorsque des motifs le justifient. L'obligation d'obtenir une approbation

³¹² RO 2014 4073

³¹³ FF 2013 6147

³¹⁴ FF 2013 6147, p. 6190

élimine un moyen de pression des assujettis (la menace implicite de changer de société d'audit), améliorant ainsi l'efficacité des audits, et renforce l'indépendance des sociétés d'audit et la qualité de leur activité d'audit.

Conformément à l'art. 15, al. 1, LFINMA en relation avec l'art. 5, al. 1, let. a, de l'ordonnance du 15 octobre 2008 sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA)³¹⁵, l'approbation de la FINMA donne lieu à un émolument ; le Conseil fédéral en fixera les modalités dans l'Oém-FINMA.

Le choix initial d'une société d'audit et chaque changement de société d'audit ultérieur requièrent systématiquement l'approbation préalable de la FINMA. Les assujettis doivent soumettre la demande d'approbation à la FINMA au plus tard six mois avant le début de l'année d'audit. Pour la plupart d'entre eux, l'année d'audit est alignée sur l'exercice fiscal, c'est-à-dire l'année civile. De ce fait, ils doivent soumettre leur demande le 30 juin au plus tard. Ce délai a pour but de garantir la possibilité d'un audit en bonne et due forme dès le début de la nouvelle année d'audit en cas d'approbation tout comme de refus. Une préparation appropriée à ce genre de mandat nécessite suffisamment de temps pour toutes les parties impliquées.

Dans le cas où un assujetti souhaite changer de société d'audit de sa propre initiative et non pas en raison d'une obligation légale (notamment, par ex. art. 28b, al. 1, AP-LFINMA) ou d'un ordre de la FINMA fondé sur l'art 28a, al. 2, AP-LFINMA, il doit préalablement soumettre à la FINMA une demande motivée.

Al. 1^{ter}

La FINMA statue sur la demande dans les deux mois qui suivent son dépôt. Elle l'approuve notamment lorsque les conditions énumérées aux let. a à e sont remplies cumulativement. La relation de surveillance entre la FINMA et les assujettis peut dans certains cas la contraindre de refuser un choix ou un changement de société d'audit. En raison de la grande diversité d'assujettis et de situations, il n'est pas possible de déterminer tous les motifs sur lesquels la FINMA pourra se fonder pour approuver ou non une demande.

Let. a

L'al. 1 doit être respecté, à savoir que l'assujetti confie l'audit prudentiel et l'audit effectué au titre d'une autorisation à deux sociétés distinctes. L'al. 1^{bis} doit également être respecté : la FINMA doit avoir reçu la demande au moins six mois avant le début de l'année d'audit et, en cas de changement volontaire, la demande doit exposer les motifs de ce changement.

³¹⁵ RS 956.122

Let. b

La FINMA approuve une demande lorsqu'elle parvient à la conclusion que l'entreprise choisie par l'assujetti effectue ses audits en toute indépendance.

Let. c

La FINMA peut approuver la demande lorsqu'elle parvient à la conclusion que la société d'audit dispose des ressources personnelles et techniques nécessaires.

Let. d

Pour qu'elle approuve la demande, la FINMA doit juger satisfaisantes les prestations fournies jusqu'ici par la société d'audit à d'autres assujettis. Elle peut refuser l'approbation lorsqu'elle parvient à la conclusion que la société a fourni des audits insatisfaisants. Cela peut notamment être le cas lorsqu'elle constate, dans le cadre de sa propre surveillance, que la société d'audit n'a pas constaté une irrégularité.

Let. e

La FINMA peut approuver la demande de changement de société d'audit lorsque le délai écoulé depuis le dernier changement de société d'audit est suffisant. Le délai est insuffisant lorsque la société d'audit n'a pas encore eu l'occasion de s'approprier suffisamment le mandat et, éventuellement, de mettre au jour les irrégularités cachées existantes. Le délai indicatif de référence est de trois ans. Si ce délai n'est pas respecté, la FINMA n'approuve le changement que s'il existe d'autres justes motifs.

Let. f

Pour que la FINMA approuve la demande de changement volontaire, le changement ne doit pas avoir pour objectif d'échapper à un audit rigoureux de l'actuelle société d'audit. La FINMA a un intérêt à ce que les sociétés auditent les assujettis de manière approfondie et mettent au jour les manquements. Cette disposition permet à la FINMA de protéger ses intérêts en matière de surveillance lorsqu'un assujetti tente d'y faire obstacle en changeant de société d'audit.

Idéalement, la FINMA dispose d'une pratique publique dont ressortent les critères qu'elle applique pour évaluer les motifs d'approbation visés aux let. b à f. Elle est ainsi en mesure d'expliquer clairement les motifs de sa décision à l'assujetti, surtout s'il s'agit d'un refus.

Al. 1^{quater}

En cas de refus de la demande, la FINMA doit fixer à l'assujetti un délai afin que celui-ci ait suffisamment de temps pour choisir une autre société d'audit. Il s'agit de garantir l'achèvement de la procédure avant le début du prochain exercice et de la prochaine année d'audit, afin d'éviter que l'assujetti ne se retrouve sans société d'audit pour l'année à venir (ce qui constituerait une violation des conditions d'autorisation). En règle

générale, les assujettis ayant essuyé un refus ne seront guère enclins à choisir une autre société d'audit sans consulter au préalable la FINMA quant à son éligibilité. Un cas où un assujetti n'a pas de société d'audit au début de la prochaine année d'audit a donc très peu de chances de survenir. Une violation des conditions d'autorisation demeure un cas très théorique (cf. par ex. art. 18, al. 1, LB, art. 28, al. 1, LSR, art. 63, al. 1, let. a, LEFin).

Al. 2

L'al. 2 correspond à la réglementation actuelle. Le verbe « exiger » est remplacé par « ordonner » conformément à la tournure actuellement utilisée en lien avec les décisions de la FINMA. L'introduction de l'obligation d'obtenir l'approbation de la FINMA pour le choix et le changement de la société d'audit ne supprime pas la possibilité pour la FINMA de destituer une société d'audit en vertu de l'art. 28a, al. 2, LFINMA.

Al. 3

La seconde partie de l'al. 3 correspond à l'al. 3 de la disposition en vigueur. La première partie dispose désormais que la FINMA informe l'ASR au cas où elle refuse le choix ou le changement de société d'audit. Elle communique les motifs de sa décision afin que l'ASR puisse comprendre son raisonnement.

Art. 28b Durée du mandat et interdiction d'accepter de nouveaux mandats

Al. 1

Une durée de quatorze ans au plus permet à une société d'audit de s'approprier correctement son mandat, puis de contrôler l'assujetti pendant une période adéquate. Ces quatorze ans seront couverts par deux auditeurs responsables, car leur durée de fonction est limitée à 7 ans (cf. art. 730a, al. 2, CO). La rotation ainsi imposée sert à renforcer l'indépendance des sociétés d'audit et à atténuer le risque, intrinsèque au système, d'une proximité excessive entre ces dernières et les assujettis.

Al. 2

En principe, l'obligation inscrite à l'al. 1 est stricte. On peut néanmoins envisager des cas où le changement de société d'audit imposé par la loi serait inopportun, car il entraînerait des inconvénients pour l'assujetti ou pour la FINMA, notamment pendant une fusion (let. a) ou une crise (let. b). La FINMA pourra accorder des dérogations dans des cas justifiés.

Al. 3

La rotation obligatoire peut prévenir les concentrations de mandats auprès d'une même société d'audit. Une telle concentration existe aujourd'hui en lien avec les SIB, qui sont toutes soumises aux audits d'EY. Si la rotation prévue ne suffit toutefois pas à éviter ce cas de figure, la FINMA pourra intervenir en interdisant, par voie de décision, à une

société d'audit d'accepter de nouveaux mandats. Le Conseil fédéral définit les critères permettant de conclure à une concentration. Les critères peuvent englober l'importance systémique ou, de manière générale, la diversification des mandats d'audit d'une société.

Art. 29 Obligation de renseigner et d'annoncer

Al. 1

Le champ d'application de l'art. 29 LFINMA doit explicitement être étendu aux collaborateurs des assujettis. Au sens de cette disposition, le terme de collaborateur s'étend également aux membres de l'organe supérieur de direction, de surveillance et de contrôle (autrement dit du conseil d'administration) et de la direction à proprement parler, aux associés indéfiniment responsables ainsi qu'aux personnes exerçant des fonctions comparables et toutes les autres personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable. Ainsi, le cercle des personnes concernées est étendu à toute personne active au sein d'un assujetti. Le cercle des personnes est ainsi étendu pour s'aligner sur le champ d'application personnel de l'art. 145 LIMF.

C'est le lieu de préciser que, comme le devoir de collaborer des personnes physiques avec la FINMA peut présenter un risque pour celles-ci de s'auto-incriminer dans une procédure pénale ultérieure, l'exploitabilité des déclarations auto-incriminantes faites par des personnes physiques doit être limitée dans une procédure pénale. Cette restriction figure à l'art. 38a AP-LFINMA.

Al. 2

L'obligation d'annoncer est adaptée, dans ce sens que les personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable (y compris les membres des organes) seront explicitement mentionnées comme destinataires non seulement de l'obligation de renseigner (compris en tant que collaborateurs des assujettis), mais aussi de l'obligation d'annoncer prévue à l'al. 2. La FINMA aura plus facilement accès aux informations pertinentes pour son activité de surveillance. En outre, la sécurité juridique sera renforcée et la responsabilité des individus sera davantage engagée. En mentionnant explicitement les personnes devant présenter la garantie de l'activité irréprochable également en ce qui concerne l'obligation de communiquer des informations à l'al. 2, la loi énumère de manière cohérente les destinataires de l'obligation de renseigner et de communiquer. Les autres collaborateurs des assujettis ne sont soumis à aucune obligation personnelle de communiquer des informations.

Art. 32a Astreinte

Cet article introduit l'astreinte comme instrument destiné à assurer l'exécution effective des décisions exécutoires de la FINMA. Il s'agit ainsi d'une mesure administrative d'effet exécutoire. A la différence des sanctions administratives pécuniaires, elle n'a pas d'effet répressif, ni de visée punitive. La question de l'applicabilité des garanties pénales de droit supérieur ne se pose donc pas pour cet instrument.

Al. 1

Les astreintes sont appelées à l'étranger *periodic penalty payment*.

Toutes les décisions de la FINMA au sens de l'art. 5 PA qui sont exécutoires peuvent faire l'objet d'une astreinte en cas de non-exécution dans le délai imparti. Toutefois, afin de prononcer une astreinte, la FINMA doit d'abord donner un délai convenable pour exécuter la décision et informer l'assujetti qu'à défaut d'exécution dans le délai imparti, une astreinte sera prononcée. Une astreinte ne peut pas être prononcée sans information et délai préalables. Si la décision relative à l'astreinte fait l'objet d'un recours (par ex. en ce qui concerne la proportionnalité), il n'est plus possible de soulever d'autres griefs à l'encontre de la décision de fond à laquelle elle est liée.

Cet instrument s'adresse à tous les assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA.

Al. 2

L'astreinte prend la forme d'un montant journalier dû tant que l'exécution de la décision pour laquelle elle a été prononcée n'est pas intervenue. Au moment de l'exécution de la décision, le nombre total de jours nécessaires à l'exécution est calculé. Ainsi, elle a un caractère incitatif et vise à encourager une exécution rapide. Toutefois, la durée maximale pour laquelle le paiement de l'astreinte peut être ordonné est limitée à 6 mois. En effet, si après un tel délai l'assujetti n'a pas été en mesure d'exécuter une décision, d'autres mesures sont manifestement nécessaires et doivent être examinées.

Al. 3

L'astreinte peut en outre être ordonnée cumulativement avec d'autres mesures prévues par le droit de la surveillance qui pourraient s'avérer nécessaires et ne se substitue pas aux instruments existants. Le montant de l'astreinte est plafonné à 5 pour cent du produit d'exploitation brut journalier moyen de l'assujetti, calculé sur la base des trois derniers exercices, ce qui permet d'en assurer la proportionnalité en fonction de la taille et de la capacité économique de l'entité ou du groupe concerné.

Al. 4

Le but de l'instrument est l'exécution de la décision. Celui-ci ne peut être contourné.

Al. 5

L'attribution des montants à la Confédération confirme que les astreintes poursuivent une finalité d'ordre public et non un objectif financier institutionnel. Elle évite tout risque d'incitation économique pour l'autorité de surveillance et préserve l'indépendance de son activité, laquelle doit demeurer exclusivement orientée vers la protection du système.

Art. 33 Interdiction d'exercer

Al. 1

Par rapport à l'actuel art. 33, al. 1, LFINMA, une seule modification est effectuée, soit que la FINMA peut également ordonner l'interdiction d'exercer en cas de violation grave des règlements internes de l'entreprise pertinents pour le droit de la surveillance. Cette possibilité figure déjà à l'art. 33a, al. 1, LFINMA. Ainsi, sachant que ces deux mesures peuvent être ordonnées conjointement, il est important que cette extension aux règlements internes figure dans les deux dispositions pour éviter des conflits lors de l'application de ces deux normes. La formulation de l'art. 33a, al. 1, LFINMA sera modifiée, afin de préciser que, comme pour l'art. 33, al. 1, AP-LFINMA, les règlements visés sont uniquement ceux pertinents pour le droit de la surveillance. Ceci reflète la pratique actuelle de la FINMA. En conclusion, la modification de l'interdiction d'exercer vise à renforcer l'importance des règlements internes pertinents pour le droit de la surveillance et, partant, une bonne gouvernance d'entreprise.

Al. 2

Par rapport à l'actuel art. 33, al. 2, LFINMA, une seule modification est effectuée, soit que l'interdiction d'exercer peut être ordonnée, en cas de récidive, pour une durée indéterminée. Cette possibilité figure déjà à l'art. 33a, al. 1, LFINMA. Ainsi, sachant que ces deux mesures peuvent être ordonnées conjointement, il est important que les durées des interdictions soient semblables, afin d'éviter des conflits lors de l'application de ces deux normes. Ainsi, pour la fixation de la durée appropriée, il sera tenu compte de la gravité de la violation et de la récidive.

Art. 33a, al. 1

Par rapport à l'actuel article 33a alinéa 1 LFINMA, une seule modification est effectuée, soit il est précisé que, comme pour l'article 33 alinéa 1 AP-LFINMA, les règlements visés sont uniquement ceux pertinents pour le droit de la surveillance. Ceci reflète la pratique actuelle de la FINMA. En conclusion, le système actuel n'est pas modifié, mais uniquement précisé, afin de renforcer la sécurité juridique.

Art. 35, al. 1 et 2

Par rapport à l'actuel art. 35, al. 1 et 2 LFINMA, une seule modification est effectuée, soit que la FINMA peut également confisquer le gain acquis par toute personne active au sein d'un assujetti qui a acquis un gain en violant gravement le droit de la surveillance ou évité une perte en violant gravement le droit de la surveillance. Ainsi, en plus des personnes exerçant des fonctions dirigeantes, seront également visés tous les collaborateurs, soit notamment les conseillers à la clientèle ou les négociants qui n'exercent pas de fonction dirigeante. Au sens de cette disposition, le terme de collaborateur s'étend également aux membres de l'organe supérieur de direction, de surveillance et de contrôle (autrement dit du conseil d'administration) et de la direction à proprement parler, aux associés indéfiniment responsables ainsi qu'aux personnes

exerçant des fonctions comparables. Le cercle des personnes est ainsi étendu et correspond désormais au champ d'application personnel de l'art. 145 LIMF.

Avec ce nouvel instrument, l'AP-LFINMA introduit, pour certains mêmes faits, la coexistence potentielle de sanctions administratives avec les dispositions pénales déjà existantes. Un tel parallélisme n'est pas inédit : il se retrouve notamment dans la LCart, la LJAr ou la LSTE³¹⁶.

Cette dualité peut toutefois conduire à l'ouverture de procédures parallèles. Il convient dès lors d'examiner sa compatibilité avec le principe *ne bis in idem* qui interdit qu'une personne soit poursuivie ou jugée deux fois pour les mêmes faits. Le principe *ne bis in idem* exige que les personnes et les faits soient identiques. Pour qu'il y ait une identité de faits, il faut non seulement que la situation soit la même, mais aussi que les éléments constitutifs de l'infraction et la disposition pénale appliquée dans la procédure achevée englobent déjà la nature illicite de l'infraction qui fait l'objet d'une nouvelle procédure³¹⁷.

Le droit administratif fédéral ne codifie pas expressément cette problématique et pour autant qu'on puisse en juger, les tribunaux n'ont pas encore tranché cette question³¹⁸.

Toutefois, en l'espèce, les sanctions administratives pécuniaires visent des personnes morales et des sociétés de personnes, tandis que les dispositions pénales concernent principalement des personnes physiques. Dans cette configuration, la question d'un conflit avec le principe *ne bis in idem* ne se pose en principe pas.

La situation est différente lorsque la responsabilité de l'entreprise est engagée sur la base de l'art. 102, al. 2, CP, où il peut y avoir identité de personne morale entre la procédure administrative et la procédure pénale.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe *ne bis in idem* n'exclut pas le cumul de procédures portant sur les mêmes faits lorsque celles-ci s'inscrivent dans un système intégré présentant une connexion matérielle et temporelle suffisamment étroite, de sorte qu'elles constituent une réaction globale cohérente de l'État plutôt qu'une double poursuite indépendante.³¹⁹

En l'espèce, ceci est déjà possible dans la mesure où la collaboration et la coordination entre la FINMA et les autorités pénales est réglée de manière circonstanciée à l'art. 38 LFINMA de sorte que ces dernières disposent déjà de la base légale leur permettant de se coordonner, afin de réagir de manière suffisamment étroite.

³¹⁶ FF 2025 1102. Non encore entré en vigueur.

³¹⁷ FF 2022 776, p. 111

³¹⁸ FF 2022 776, p. 111

³¹⁹ CEDH, Affaire A et B c. Norvège, Arrêt de la Grande Chambre du 15.11.2016, §122 et 132

Pour le surplus, la CourEDH pose une exigence particulière pour que de telles procédures parallèles soient envisageables : « (...) *si la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif, ce dernier risque étant moins susceptible de se présenter s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné* ».

Compte tenu de ce qui précède, les autorités suisses doivent tenir compte de toute sanction antérieure infligée pour cause d'organisation déficiente afin que le montant global de la sanction reste proportionné et ne dépasse jamais le montant prévu à l'al 1.

Pour le surplus, les assujettis disposeront toujours de la possibilité de faire valoir leurs droits devant les instances de recours.

Section 2a Sanction administrative pécuniaire et accord amiable

Art. 37a Sanction administrative pécuniaire

La présente disposition introduit la sanction administrative pécuniaire comme nouvel instrument de surveillance en cas de violation grave de la LFINMA ou des lois sur les marchés financiers énumérées à l'article 1 alinéa 1 LFINMA. Cet instrument relève du droit et de la procédure administratifs. Cependant, la jurisprudence³²⁰ considère qu'en principe, les garanties de procédure posées par l'art. 6 CEDH sont applicables à ce type de sanctions dans la mesure où elles remplissent un des « critères Engel ». ³²¹ En l'espèce, il pourrait être considéré que la sanction administrative pécuniaire au vu de son montant maximal, est par sa nature ou sa gravité de nature pénale de sorte que les garanties de procédures précitées sont applicables. Ceci implique dès lors que des règles de procédures spéciales sont nécessaires pour régler le conflit entre l'obligation de collaborer et le droit de se taire, ce qui est réglé à l'art. 37b AP-LFINMA.

Al. 1

Par dispositions de la LFINMA ou des lois sur les marchés financiers il faut entendre aussi les ordonnances et circulaires qui définissent les obligations des assujettis, ainsi que les normes d'autorégulation approuvées par la FINMA, comme définit par le Conseil fédéral relatif à la LFINMA en relation avec l'article 30 LFINMA³²².

³²⁰ ATF 140 II 384

³²¹ ATF 140 II 384

³²² FF 2006 2741

Les assujettis ayant la forme juridique d'une personne morale ou d'une société de personnes peuvent être tenus au paiement d'une sanction administrative pécuniaire. Celle-ci ne vise pas les personnes physiques qui agissent pour elles (par ex. les organes et les collaborateurs). Ainsi, la FINMA, n'a pas besoin de prouver qu'une personne physique a enfreint la loi pour sanctionner l'entreprise, il suffit de prouver que l'état de fait objectif est réalisé. Cette solution tient compte de l'organisation et des structures souvent complexes des assujettis. Le terme assujetti au sens de cette disposition désigne les établissements soumis à surveillance au sens de l'article 3 LFINMA. Sont compris dans cette désignation les établissements non autorisés qui exerce de manière illicite une activité soumise à autorisation.

Dans l'ordre juridique suisse, de nombreuses autorités administratives disposent d'un tel instrument et le montant de la sanction a été établi en se basant notamment sur ces différents modèles : l'art. 109 LJAr prévoit un montant pouvant aller jusqu'à 15 % du produit brut des jeux réalisé au cours du dernier exercice ;

- les art. 49a ss LCart prévoient un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices ;
- l'art. 90 LRTS prévoit un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel moyen réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices ;
- les art. 31 ss LSTE prévoient un montant pouvant aller jusqu'à 1, 2 ou 15 % du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse au cours de l'année précédente.

Le montant maximal est plafonné à 10 pour cent du produit d'exploitation annuel brut moyen calculé sur les trois derniers exercices et déterminé selon les règles comptables applicables à l'assujetti pour tenir compte du fait que la FINMA surveille différents types d'assujettis. Ce plafond est en outre adapté à la branche et permet d'ancrer la sanction dans la capacité économique de l'entité ou du groupe concerné. Pour le surplus, une ordonnance sera adoptée par le Conseil fédéral pour encadrer la fixation des sanctions administratives pécuniaires.

Al. 2

Cet alinéa garantit le respect du principe de proportionnalité en veillant à ce que la sanction administrative pécuniaire ne conduise pas l'institut à une insolvabilité imminente. Il confirme ainsi que cette mesure constitue un instrument moins sévère qu'un retrait d'autorisation.

Al. 3

La réduction de la sanction en cas de collaboration allant au-delà des obligations légales vise à encourager une coopération particulièrement active de l'assujetti avec l'autorité de surveillance et est à examiner au cas par cas par la FINMA. Relèvent notamment d'une telle collaboration l'auto-dénonciation précoce, ainsi que la mise en œuvre immédiate et spontanée de mesures correctives propres à rétablir l'ordre légal. Une coopération renforcée facilite l'établissement des faits, accélère la procédure et

contribue à l'efficacité de la surveillance prudentielle. Pour le surplus, une ordonnance sera adoptée par le Conseil fédéral pour encadrer également la réduction des sanctions administratives pécuniaires.

Al. 4

La PA est applicable à la procédure de sanctions administrative.

Al. 5

Comme ni la PA ni la LFINMA ne contiennent de disposition générale relative à la prescription de la poursuite des actes pouvant donner lieu à des mesures de la FINMA. Pour des raisons de prévisibilité et de sécurité juridique, il semble opportun de fixer légalement le délai de prescription de la poursuite dans le domaine des sanctions administratives pécuniaires³²³. L'article 37a, alinéa 5, prévoit, par analogie avec l'article 35, alinéa 4, LFINMA concernant la confiscation, que la procédure de sanction doit être ouverte dans un délai de sept ans à compter de la violation de la disposition prudentielle. Le délai de prescription court à compter de la violation ou de la date à laquelle celle-ci a pris fin. Cette disposition se limite à l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire et n'a pas pour effet d'empêcher la FINMA d'ordonner d'autres mesures administratives après l'expiration du délai de prescription.

Al. 6

L'attribution des montants à la Confédération confirme que la sanction poursuit une finalité d'ordre public et non un objectif financier institutionnel. Elle évite tout risque d'incitation économique pour l'autorité de surveillance et préserve l'indépendance de son activité, laquelle doit demeurer exclusivement orientée vers la protection du système.

Art. 37b Obligation de collaborer à la procédure de sanction administrative

Al. 1

Au vu du caractère des sanctions administratives pécuniaires, cet alinéa règle les modalités de l'obligation de collaborer de l'assujetti dans le cadre d'une procédure pouvant conduire à une sanction administrative pécuniaire au sens de l'article 37a AP-LFINMA. Il s'agit principalement de la mise en œuvre de l'option 2 proposée dans le Rapport du conseil fédéral sur les sanctions administratives pécuniaires qui propose la primauté de l'obligation de collaborer en présence d'un rapport préexistant de droit administratif ou de surveillance³²⁴.

³²³ FF 2022 776, p. 47 et ss

³²⁴ FF 2022 776, p. 82

Cette option s'appuie sur la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au principe *nemo tenetur se ipsum accusare*, développée notamment en matière de jeux d'argent et fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³²⁵. Selon cette jurisprudence, les renseignements factuels et les documents préexistants que les assujettis sont tenus de conserver et de remettre dans le cadre de leurs obligations prudentielles peuvent, même lorsqu'ils ont été obtenus sous la contrainte dans une procédure de surveillance, peuvent être exploités au pénal sans violation du principe *nemo tenetur*. Il s'agit ainsi des documents qui existent déjà objectivement avant toute demande de l'autorité comme par exemple les documents comptables, les registres ou les pièces que l'assujetti est légalement tenu de tenir ou conserver dans le cadre de son activité réglementée. En effet, les administrés, dans le cadre de relation préexistante avec l'autorité, ont accepté un cadre réglementaire pour l'exercice de leur activité soumise à surveillance. Comme ceux-ci disposent du droit particulier d'exercer cette activité, (respectivement ils sont actifs dans un domaine hautement régulé) ils doivent se soumettre en contrepartie à des obligations spéciales procédurales. Cette obligation, à laquelle sont également soumise les sociétés actives sans autorisation, vise en fin de compte à garantir un établissement des faits efficace et complet, malgré le caractère répressif potentiel de la procédure. Une telle restriction du principe *nemo tenetur* est admissible tant qu'il s'agit de personnes morales et de sociétés de personnes.

Al. 2

L'alinéa 2 introduit toutefois une limite importante à cette obligation en précisant que l'assujetti n'est pas tenu de reconnaître une violation du droit de la surveillance. Cette règle permet de concilier l'exigence de collaboration en droit de la surveillance avec les garanties applicables aux procédures administratives à caractère répressif, en particulier le principe de non-auto-incrimination. L'obligation de collaborer au sens de l'alinéa 1 demeure toutefois applicable s'agissant des faits et des documents préexistants. Enfin, il convient de préciser que la restriction prévue à cet alinéa ne s'applique qu'aux procédures de sanctions administratives pécuniaires.

Al. 3

L'alinéa 3 renforce cette protection en prévoyant que si les informations ou documents fournis sur la base de l'alinéa 1 ou en dehors de la procédure de sanction (p.ex pendant la surveillance courante ou d'autres types de procédures) contiennent des déclarations qui constituent une auto-incrimination selon l'alinéa 2, soit une reconnaissance de la violation du droit de la surveillance, ces dernières ne peuvent être utilisées contre la volonté de l'assujetti comme moyens de preuve pour prononcer une sanction administrative pécuniaire. Par «aveu» au sens de l'alinéa 2, on entend une reconnaissance expresse et circonstanciée de la violation du droit de la surveillance. Il

³²⁵ ATF 140 II 384, consid. 3.3.2 ss

ne vise pas l'auto-incrimination portant sur les éléments de faits ni les comportements tacites (p. ex. prise de mesures correctives par la personne soumise à la surveillance).

Pour le reste, l'obligation de collaborer dans le cadre de la procédure administrative et de la surveillance courante continue à s'appliquer comme auparavant. L'article 29 LFINMA pouvant être appliqué sous peine de sanctions. Cette disposition vise à assurer la compatibilité du régime de sanctions administratives pécuniaires avec les garanties procédurales applicables à ces dernières.

Art. 37c Accord amiable

Al. 1

Cet article introduit la possibilité pour la FINMA de clore une procédure au sens de l'article 30 LFINMA par un accord amiable, après l'établissement des faits pertinents. Cet instrument permet à l'autorité de surveillance et à l'assujetti de se mettre d'accord sur la manière de rétablir l'ordre légal de façon efficace et pragmatique, lorsque les circonstances du cas s'y prêtent. La conclusion d'un accord amiable relève du pouvoir d'appréciation de la FINMA. Les parties ne disposent d'aucun droit à l'obtention d'un tel accord. Cette précision vise à préserver la liberté d'action de l'autorité de surveillance et à éviter que l'accord amiable ne soit considéré comme un droit des assujettis.

Al. 2

L'accord amiable a notamment pour objet les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal, celui-ci n'est ainsi possible que dans les cas où la FINMA dispose d'un pouvoir d'appréciation sur ces mesures. En principe, l'accord amiable pourra également contenir une reconnaissance de l'état de fait relevant. Les parties se mettent également d'accord sur la répartition des frais dans ce type d'accord qui contient par ailleurs une renonciation à recourir. L'assujetti conserve en tout temps la possibilité de refuser un accord et d'exiger une décision formelle dans la procédure, susceptible elle de recours, garantissant ainsi un contrôle judiciaire effectif.

L'accord lie exclusivement la FINMA et l'assujetti et ne peut produire d'effets juridiques directs à l'encontre de personnes physiques non-parties à la procédure. Il ne repose pas sur des mesures à l'encontre de personnes physiques afin que les garanties procédurales qui leur sont applicables ne soient pas contournées. Les mesures prévues dans un accord amiable doivent se limiter au rétablissement de l'ordre légal au niveau institutionnel et rester dans le cadre des compétences de surveillance de la FINMA. Toute conséquence éventuelle concernant les collaborateurs relève de la sphère interne de l'assujetti et demeure soumise aux règles de droit applicables, notamment en matière de droit du travail et de protection juridique. Les personnes

physiques concernées conservent en tout état de cause leurs droits propres et les voies de droit correspondantes.

Al. 3

Lorsque la procédure est close par un accord amiable et qu'une sanction administrative pécuniaire est prononcée, l'accord doit prévoir une réduction de cette sanction. Cette règle crée une incitation à la coopération et au rétablissement rapide de l'ordre légal, tout en maintenant le caractère dissuasif de la sanction.

Les modalités de la réduction de la sanction administrative pécuniaire sont réglées par le Conseil fédéral, afin d'assurer une application cohérente et encadrée de cet instrument selon l'art. 37d AP-LFINMA.

Al. 4

La FINMA reprend l'accord comme contenu de sa décision. En effet, la décision constitue l'acte juridique qui rend l'accord exécutoire. En y reproduisant les termes, la FINMA garantit que les parties savent exactement ce qui a été convenu et quels sont leurs droits et obligations. Ceci est également nécessaire car ce type de décision peut également faire l'objet d'une exécution forcée en cas d'inexécution. En outre, cette décision fait l'objet d'une publication sur la base de l'article 22 alinéa 2 AP-LFINMA.

Art. 37d Exécution

Afin d'assurer la transparence du processus, le Conseil fédéral règlera dans une ordonnance le cadre de la fixation des sanctions administratives pécuniaires et de leur réduction prévue aux art. 37a et 37c AP-LFINMA.

Art. 38a Exploitabilité des renseignements et documents provenant de personnes physiques dans les procédures pénales

Remarques générales

La disposition vise à codifier et clarifier une pratique jusqu'ici essentiellement jurisprudentielle, développée notamment par le Tribunal fédéral³²⁶.

Les autorités de poursuite pénale (notamment le DFF et le Ministère public de la Confédération) appliquent actuellement la pratique précitée, en respectant les exigences constitutionnelles et conventionnelles.

Toutefois, le Tribunal fédéral a dans un nouvel arrêt, indiqué que l'absence d'avertissement de la FINMA concernant le droit de garder le silence dans les cas où

³²⁶ ATF 142 IV 207, consid. 8.3 ; arrêt 1B_365/2019 du 7 avril 2020 ; arrêt CA.2020.10 du Tribunal pénal fédéral du 2 août 2021

une procédure pénale est prévisible pouvait entraîner l'inadmissibilité de l'exploitation des informations obtenues dans le cadre de cette procédure pénale³²⁷.

Cette jurisprudence a engendré une insécurité juridique importante et un risque d'entrave significative à la coopération entre autorités. Ainsi, une base légale est nécessaire pour clarifier les règles en matière d'exploitabilité par les autorités pénales des renseignements et documents obtenus par la FINMA.

La disposition proposée rétablit un équilibre clair et prévisible :

- elle exclut l'exploitabilité pénale des déclarations orales ou écrites auto-incriminantes obtenues par la FINMA sous la menace d'une sanction pénale,
- tout en confirmant l'exploitabilité des documents préexistants dont l'autorité pénale à connaissance même si ceux-ci ont été recueillis respectivement réclamés sous la menace d'une sanction pénale.

Elle assure ainsi la compatibilité du dispositif avec le principe *nemo tenetur*, sans vider de sa substance l'obligation de collaborer ni compromettre l'efficacité de la surveillance financière.

Il convient enfin de préciser que l'obligation de collaborer avec la FINMA subsiste pleinement et doit être respectée spontanément et de bonne foi. Les personnes assujetties ne peuvent exiger d'être préalablement menacées d'une sanction pénale pour satisfaire à leur obligation de renseigner.

Un comportement consistant à retarder, conditionner ou refuser la collaboration tant qu'aucune menace formelle de sanction n'est formulée constitue une violation de l'obligation de collaborer au sens de l'article 29 LFINMA. Une telle pratique serait incompatible avec les exigences relatives à la garantie d'une l'activité irréprochable ainsi que le bon fonctionnement de la surveillance financière et permettrait aux assujettis de bloquer ou ralentir indûment l'action de la FINMA.

Le principe de non-incrimination ne saurait ainsi être invoqué pour neutraliser ou paralyser la procédure de surveillance, mais uniquement pour empêcher l'exploitation par les autorités pénales de preuves obtenues lors de la procédure de surveillance au moyen d'une contrainte excessive soit la menace d'une sanction pénale. L'obligation de collaborer demeure la règle et la menace de sanction l'exception destinée uniquement à garantir l'effectivité de la surveillance lorsque la collaboration fait défaut.

Alinéa 1

L'alinéa 1 consacre le principe selon lequel les déclarations orales ou écrites émanant de personnes physiques, obtenues par la FINMA en vertu de l'obligation de renseigner

³²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 7B_45/2022 du 21 juillet 2025, consid. 2.4

prévue à l'article 29 LFINMA, ne peuvent être utilisées dans une procédure pénale dirigée contre ces mêmes personnes lorsqu'elles sont de nature à les auto-incriminer et qu'elles ont été recueillies sous la menace d'une sanction pénale. Cette règle vise à assurer le respect du principe de non-incrimination (*nemo tenetur se ipsum accusare*), garanti notamment par l'article 113 alinéa 1 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007³²⁸ (CPP), les articles 29 et 32 Cst., ainsi que l'article 6 CEDH. Elle permet de résoudre la tension existante entre, d'une part, l'obligation de collaborer avec la FINMA (art. 29 LFINMA) et, d'autre part, les garanties constitutionnelles et conventionnelles applicables en matière pénale.

L'alinéa 1 exclut ainsi l'exploitabilité pénale des déclarations obtenues au moyen de la menace d'une sanction pénale, sans pour autant remettre en cause, de manière générale, l'obligation de collaborer dans la procédure administrative de surveillance.

C'est le lieu de préciser que cette disposition ne s'applique qu'aux personnes physiques pour lesquelles *nemo tenetur* protège le libre arbitre.

Pour les personnes morales, le principe *nemo tenetur* s'applique aussi, mais est limité car il ne vise pas la protection du libre arbitre, ce concept étant lié à celui de la dignité humaine. Pour elle, le principe *nemo tenetur* vise uniquement à garantir un droit de la défense effectif³²⁹. Les règles fixées dans la jurisprudence continuent à s'appliquer pour elles. Cela étant, dans le cadre de la procédure de sanction administrative pécuniaire devant la FINMA, les personnes morales et les sociétés de personnes ne sont pas tenues de reconnaître une violation du droit de la surveillance de sorte que le respect du principe *nemo tenetur* est cristallisé pour elles à l'art. 37b al. 2 AP-LFINMA.

Alinéa 2

L'alinéa 2 précise que les moyens de preuve préexistants, c'est-à-dire les documents ou informations qui existaient déjà indépendamment de la volonté de la personne concernée (documents comptables, contrats, relevés, correspondances professionnelles, etc.) et dont l'autorité pénale a connaissance demeurent exploitables dans la procédure pénale, même s'ils ont été obtenus par la FINMA sous la menace d'une sanction pénale.

Cette distinction reprend la jurisprudence constante selon laquelle le principe *nemo tenetur* ne protège pas contre l'obligation de remettre des éléments existants, mais uniquement contre l'obligation de collaborer activement à sa propre condamnation par la production de déclarations auto-incriminantes nouvelles.

³²⁸ RS 312.0

³²⁹ ATF 140 II 384 confirmé dans l'ATF 142 IV 207

L'alinéa 2 permet ainsi de préserver l'efficacité de la surveillance financière et de l'entraide entre autorités (art. 38 LFINMA), tout en respectant les limites constitutionnelles applicables à la preuve pénale.

Art. 39, al. 1

L'unique modification consiste en l'ajout de l'acronyme « BNS » pour la Banque nationale suisse.

Art. 43k, al. 3

L'art. 43k, al. 3, LFINMA en vigueur indique les articles concernant l'audit qui s'appliquent à l'organisme de surveillance et aux gestionnaires de fortune et trustees placés sous sa surveillance. La modification proposée précise ainsi, en ce qui concerne l'art. 28a AP-LFINMA, que seuls les al. 1 et 2 s'appliquent dans ce contexte. Corollaire, les nouveaux alinéas de l'art. 28a relatifs à l'approbation du choix et du changement de société d'audit par la FINMA ne s'appliquent pas, de même que l'art 24, al. 6, AP-LFINMA (interdiction de la fourniture de prestations sans lien avec un audit). Le changement de société d'audit imposé par la loi selon l'art. 28b AP-LFINMA non plus n'est pas applicable dans ce contexte.

Art. 43l Obligation de renseigner et de déclarer

Cf. le commentaire de l'art. 29 AP-LFINMA.

Titre 5a Collaboration à des fins de prévention et de gestion de crises financières

Art. 54a Principes généraux

Al. 1

L'al. 1 énonce le principe selon lequel le DFF, la FINMA et la BNS collaborent étroitement dans le domaine de la prévention et de la gestion des crises financières (cf. art. 1, al. 3, AP-LFINMA). Les autorités concernées doivent tenir compte, dans leurs activités, des conséquences sur la collaboration en cas de crise et sur les domaines d'attribution et de responsabilité des autres institutions. Dans la mesure où les circonstances s'y prêtent et où la loi le permet, elles coordonnent leurs activités. Cette disposition ne crée aucune nouvelle compétence matérielle, ne transfère pas de responsabilités et ne crée pas de nouveaux instruments. Elle instaure simplement un cadre de coopération contraignant favorable à une prévention et à une gestion cohérentes et efficaces des crises financières. Les crises financières sont des crises impliquant un risque de préjudice important pour l'économie et le système financier de la Suisse (cf. art. 1, al. 3, AP-LFINMA). Elles peuvent découler, par exemple, de la défaillance d'une SIB, d'une infrastructure des marchés financiers d'importance systémique, d'une entreprise d'assurance importante économiquement ou d'une centrale d'émission de lettres de gage. Les crises isolées touchant des établissements individuels sans importance systémique et qui n'affectent pas significativement la

stabilité financière ne sont pas considérées comme des crises financières. En revanche, des crises simultanées touchant des acteurs financiers sans importance systémique peuvent, combinées, engendrer un danger pour la stabilité financière et, partant, une crise financière.

Les dispositions en matière de prévention et de gestion des crises financières ne créent pas pour le DFF, la FINMA ou la BNS de nouvelles obligations au-delà de la collaboration et de la préparation, de l'analyse et de l'échange d'informations conformément aux dispositions ci-après. La collaboration spécifiquement prévue ici pour la prévention et la gestion des crises financières, qui inclut la BNS, prévaut sur les dispositions générales de l'OCAF sur l'organisation de crise de l'administration fédérale.

Al. 2

Depuis 2011, un MoU tripartite régit la collaboration entre le DFF, la FINMA et la BNS dans les domaines de la stabilité financière et de la réglementation des marchés financiers. Cet instrument a été complété en 2019.³³⁰ Les dispositions proposées permettent d'inscrire dans la loi la collaboration entre les trois autorités en matière de prévention et gestion des crises financières. La coopération institutionnelle bénéficie ainsi d'une base légale formelle qui vient remplacer les conventions actuelles pour ce qui est des principes fondamentaux de la collaboration et apporte des garanties juridiques. Les autorités participantes restent libres de régler des détails de leur collaboration par une convention en vertu de l'al. 2, ce qui s'avérera certainement utile notamment pour régler des questions organisationnelles et procédurales ou, au besoin, d'autres aspects, par exemple en lien avec des activités internationales ou la coordination au sein d'organes multilatéraux. Étant donné que des éléments centraux de l'actuel MoU sont intégrés à la loi, il s'impose de réviser ce dernier.

Art. 54b Conseil en stabilité financière

Remarques préliminaires

Avec le Conseil en stabilité financière et le Comité de stabilité financière (art. 54c AP-LFINMA), le projet prévoit deux nouveaux organes appelés à remplacer les structures existantes dans le domaine de la prévention et de la gestion des crises financières en Suisse (Comité directeur et Comité de gestion des crises financières). La relation entre le conseil et le comité correspond pour l'essentiel à la répartition actuelle des tâches et des compétences entre les organes qu'ils remplacent. Le Conseil en stabilité financière est chargé de la conduite stratégique, le comité assurant la préparation technique et la

³³⁰ 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, 2 décembre 2019, accessible sous : www.sif.admin.ch > Documentation > Informations spécialisées > 2019 > Le DFF, la FINMA et la BNS renouvellent leur coopération tripartite > Memorandum of Understanding entre le DFF, la FINMA et la BNS

mise en œuvre opérationnelle. Les deux organes se voient également déléguer d'autres tâches.

Le Conseil en stabilité financière assume ainsi la fonction de pilotage dans la structure institutionnelle. Dans ce cadre, il définit en particulier les objectifs à moyen et à long terme et les lignes directrices fondamentales pour l'activité du Comité de stabilité financière. Ce dernier prépare les mesures, assure la coordination des mesures entre la Confédération, la FINMA et la BNS et se charge de la mise en œuvre dans la limite de ses compétences. La séparation fonctionnelle claire entre la direction stratégique au niveau du Conseil en stabilité financière et l'activité opérationnelle du Comité dans le domaine de la prévention et de la gestion des crises financières renforce la transparence en matière de responsabilités et garantit l'accomplissement adéquat des tâches aux deux niveaux.

Al. 1

Le Conseil en stabilité financière est l'organe de conduite stratégique. Ce sont donc les échelons hiérarchiques suprêmes des autorités participantes qui y siègent. Cela permet de garantir que, dans leur institution respective, les personnes représentées au sein du Conseil disposent de la compétence décisionnelle nécessaire ou jouent un rôle important dans les organes décideurs. Tandis que le Conseil évolue au niveau stratégique, c'est le Comité qui prépare et traite concrètement les dossiers. Cette structure hiérarchique garantit une conduite cohérente dans le domaine de la stabilité financière. La représentation du niveau supérieur de direction garantit la capacité décisionnelle de chaque autorité tout autant que la faculté du Conseil à agir et à prendre des décisions en tant qu'organe de coordination. L'étendue des possibilités pour les membres de se faire représenter par un suppléant découle du règlement d'organisation de chaque organisation. Les compétences, les responsabilités et les attributions des différentes autorités ne sont pas remises en question.

Al. 2

La direction du Conseil en stabilité financière incombe au chef du DFF. Le DFF est chargé notamment de planifier, d'organiser et d'assurer la tenue des réunions, qui ont lieu au moins une fois par an. Le DFF documente les réunions en bonne et due forme. Cette documentation doit être présentée aux autres autorités participantes pour validation avant sa finalisation. Ces règles permettent de tenir compte du fait que cet organe de coordination rassemble plusieurs institutions indépendantes, et garantit l'établissement de procès-verbaux corrects et approuvés par tous les membres.

Al. 3

En principe, le Conseil en stabilité financière se réunit sur convocation du DFF, mais les représentants de la FINMA et de la BNS peuvent aussi convoquer une réunion à tout moment. Ce fonctionnement garantit la possibilité de discuter rapidement au niveau stratégique lorsque c'est nécessaire. Le DFF consulte la FINMA et la BNS pour organiser les réunions et en définir les dates et l'ordre du jour. Tous les membres du Conseil peuvent proposer l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. Le DFF doit en tenir

compte de manière appropriée lorsqu'il établit l'ordre du jour final. Cette organisation assure le fonctionnement coopératif et représentatif du conseil et garantit l'indépendance de la BNS et de la FINMA au sens défini par les actes législatifs qui les régissent. Les membres du Comité de stabilité financière selon l'art. 54c, al. 1, AP-LFINMA participent en principe aux réunions du Conseil en stabilité financière. Leur participation permet de garantir la transmission au conseil des informations nécessaires aux fins de la prévention et de la gestion des crises financières, de renforcer la coordination entre les niveaux stratégique et opérationnel et d'assurer l'échange d'informations entre les deux organes.

Al. 4

La liste des tâches du Conseil en stabilité financière inscrite aux let. a à c n'est pas exhaustive. Globalement, son mandat inclut toutes les activités utiles et nécessaires au pilotage stratégique de la prévention et de la gestion des crises et du Comité de stabilité financière.

Let. a

Le Conseil en stabilité financière assume le pilotage stratégique et fixe les objectifs de base. Il joue donc un rôle de coordination et d'orientation, et définit les grands axes qui informeront l'activité du Comité de stabilité financière. Ce dernier est responsable de la mise en œuvre des prescriptions stratégiques et opère de façon autonome, dans le cadre des objectifs définis et des mandats qui lui sont confiés. De plus, le Conseil en stabilité financière peut confier des mandats au comité (cf. al. 5), en respectant le cadre fixé par l'art. 54c, al. 4, AP-LFINMA. Cette disposition n'habilite pas le conseil à donner des instructions.

Let. b

Par l'intermédiaire du DFF, le Conseil en stabilité financière informe le Conseil fédéral et le Parlement des événements importants pour la stabilité financière en Suisse. Afin de garantir la mise au courant rapide du Conseil fédéral sur les risques de crise et sa capacité à prendre en temps utile des décisions stratégiques dans son domaine de compétences, le Conseil en stabilité financière doit l'aviser au plus tard au moment où son évaluation des risques montre que des mesures extraordinaires du DFF, de la FINMA ou de la BNS sont vraisemblables. La Délégation des finances doit être informée au plus tard au moment où il paraît vraisemblable que la Confédération devra rapidement constituer une garantie en vue d'un soutien en liquidités de la BNS (PLB) ; ceci à la condition que le Parlement accepte la révision pendant de la LB visant à introduire le PLB. Cette norme contribue à la transparence entre le Conseil fédéral, la Délégation des finances du Parlement le cas échéant, et les organes de prévention et de gestion des crises. En contrepartie, le DFF informe lesdits organes des résultats essentiels des délibérations sur la stabilité financière au sein du Conseil fédéral, et éventuellement de la Délégation des finances, à moins qu'il ne soit soumis à une obligation de confidentialité.

Let. c

Le Conseil en stabilité financière coordonne la communication des autorités membres avec le public en cas de gestion de crise financière. Cette disposition vise à renforcer la confiance accordée au dispositif de gestion des crises et à la stabilité financière. La coordination porte sur le moment de la publication des informations et sur les éléments de contenu essentiels. Chaque autorité continue en principe à communiquer individuellement et de manière autonome.

Al. 5

La compétence du Conseil en stabilité financière de confier des mandats au Comité de stabilité financière s'inscrit dans une logique de pilotage et de coordination stratégiques, permettant notamment de fixer des priorités et planifier certaines vérifications ou clarifications. L'indépendance de la FINMA et de la BNS est garantie, conformément aux actes législatifs qui les régissent (LFINMA et LBN), tout comme les domaines de responsabilité existants de chaque autorité.

Al. 6

Le Conseil en stabilité financière peut solliciter l'avis de tiers, notamment pour bénéficier d'une expertise technique supplémentaire ou pour recueillir d'autres points de vue sans pour autant modifier sa composition formelle ni affecter sa compétence décisionnelle. Les tiers visés à l'al. 6 sont soumis aux obligations de confidentialité inscrites à l'art. 54j AP-LFINMA.

Art. 54c Comité de stabilité financière

Remarques préliminaires

Le Comité de stabilité financière est l'organe opérationnel de prévention et de gestion de crises financières. Il est chargé du traitement technique et de la mise en œuvre des tâches définies par le Conseil en stabilité financière. Responsable de l'exécution des mandats confiés par ce dernier, il veille à ce que les analyses, les évaluations et les recommandations nécessaires aux décisions stratégiques soient préparées sous une forme appropriée.

Al. 1

Comme le Conseil en stabilité financière, le Comité de stabilité financière se compose de représentants du DFF, de la FINMA et de la BNS. La FINMA y est représentée par son directeur et la BNS, par le membre de sa direction générale compétent pour les questions de stabilité financière. Le DFF est, quant à lui, représenté par le chef du Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) et par le directeur de l'Administration fédérale des finances (AFF). La composition du Comité de stabilité financière reflète également son rôle opérationnel, contrairement au rôle stratégique du Conseil en stabilité financière. L'étendue des possibilités pour les membres de se faire représenter par un suppléant découle du règlement d'organisation de chaque

organisation. Les membres peuvent déléguer la préparation des informations à leurs collaborateurs et leur transmettre les informations qu'ils reçoivent.

Al. 2

La direction du Comité de stabilité financière incombe au directeur de la FINMA. La FINMA est responsable de la planification, de l'organisation et de la tenue des réunions, ainsi que de la rédaction des procès-verbaux. Elle consulte le DFF et la BNS pour fixer la date des réunions et en définir l'ordre du jour. Tous les membres du Comité de stabilité financière peuvent proposer l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. La FINMA doit en tenir compte de manière appropriée lorsqu'elle établit l'ordre du jour final. On garantit ainsi une méthode de travail coopérative et représentative au sein tant du Comité de stabilité financière que du Conseil en stabilité financière ainsi qu'une égalité de traitement entre les membres. La FINMA documente les réunions en bonne et due forme. Cette documentation doit être présentée aux autres autorités participantes pour validation avant sa finalisation. Ces règles permettent de tenir compte du fait que cet organe de coordination rassemble plusieurs autorités indépendantes, et garantit l'établissement de procès-verbaux corrects et approuvés par tous les membres.

Al. 3

Le Comité de stabilité financière étant un organe opérationnel, il se réunit plus fréquemment que le Conseil en stabilité financière (organe stratégique), soit au moins quatre fois par an. Il est en principe convoqué par la FINMA, qui tient compte du DFF et de la BNS pour fixer la date de la réunion. Les représentants du DFF et de la BNS peuvent également à tout moment demander la convocation d'une réunion. Ce fonctionnement garantit la possibilité de discuter rapidement au niveau opérationnel lorsque c'est nécessaire.

Al. 4

Cet alinéa expose les principales tâches du Comité de stabilité financière. L'énumération n'est pas exhaustive, ce qui permet au comité de prendre en charge d'autres activités qui s'inscrivent dans le cadre de son mandat légal.

Let. a

Le Comité de stabilité financière exécute les tâches que le Conseil en stabilité financière lui confie à des fins de prévention et de gestion de crises financières en Suisse (art. 54b, al. 5).

Let. b

Le Comité assure la transmission des informations, les échanges et la discussion sur la situation macroéconomique et les risques spécifiques pouvant compromettre la stabilité du secteur financier en Suisse et à l'étranger. Les membres peuvent ainsi connaître l'avis des autres autorités membres, analyser systématiquement les risques correspondants et prendre leurs décisions stratégiques en s'appuyant sur des bases

solides. Cette disposition souligne la fonction principale du comité en tant que plateforme de coordination et d'échange d'analyses, sans pour autant compromettre la responsabilité décisionnelle des différents membres. La situation macroéconomique et les risques systémiques sont abordés au sein du Comité de stabilité financière. Les activités et échanges internationaux ainsi que les projets de réglementation sont en revanche discutés lors des réunions tripartites entre le SFI, la FINMA et la BNS. Il est possible que les sujets se recoupent dans une certaine mesure, car la délimitation entre prévention des crises, réglementation des marchés financiers et surveillance prudentielle n'est pas toujours stricte. Les autorités veilleront autant que possible à éviter les redondances et à axer les discussions du Comité sur des sujets liés à la stabilité financière et à la prévention des crises financières.

Let. c

Le Comité de stabilité financière informe le Conseil en stabilité financière au besoin, mais au moins une fois par an, des développements importants en vue de la préparation de la réunion annuelle dudit Conseil. Il l'informe en particulier lorsque les développements qui s'esquissent ont une influence significative sur la prévention des crises ou sur les travaux préparatoires liés à la gestion des crises. Il transmet également les informations sur les développements mentionnés aux art. 54d et 54e AP-LFINMA et sur ceux dont les membres du Comité de stabilité financière doivent discuter. La transparence vis-à-vis du Conseil en stabilité financière est ainsi garantie. Ce dernier est informé précocement des situations de crise éventuelles, peut réagir en conséquence et donner par exemple des mandats au Comité de stabilité financière. Le Conseil en stabilité financière a besoin de l'expertise du comité pour pouvoir prendre des décisions stratégiques dûment fondées. Le Comité de stabilité financière réalise des analyses et des évaluations et élabore des bases de discussion afin que le Conseil en stabilité financière puisse se forger une opinion. Il peut établir ces bases de discussion de sa propre initiative ou sur mandat du Conseil en stabilité financière.

Let. d

Cette disposition joue un rôle central dans la future réglementation de la collaboration entre les autorités, car elle inscrit dans la loi la coordination des mesures du DFF, de la BNS et de la FINMA. Elle modifie la réglementation inscrite dans l'accord tripartite, qui prévoyait seulement une prise en compte mutuelle lors des décisions. Il convient de souligner, d'une part, que cette coordination porte uniquement sur les mesures qui sont directement liées à la prévention et à la gestion des crises financières en Suisse et, d'autre part, que les mandats et pouvoirs décisionnels de chaque autorité demeurent inchangés. L'indépendance de la FINMA et de la BNS dans leur domaine de tâches respectif est donc garantie. La coopération n'est prévue que dans un domaine clairement délimité et lorsque la situation le permet. Il est nécessaire de coordonner les mesures lorsqu'elles peuvent avoir des conséquences sur les tâches des autres autorités ou affecter leur marge de manœuvre en matière de gestion de crise. La coordination vise à identifier précocement les conflits éventuels ou les activités contradictoires et à garantir la cohérence de l'approche adoptée sans pour autant restreindre l'autonomie conférée aux autorités par le législateur.

Let. e

Les autorités représentées au sein du Comité de stabilité financière développent des scénarios de crise dans le domaine de la prévention et de la gestion de crises financières en Suisse. Les perspectives du DFF, de la FINMA et de la BNS et les informations dont ils disposent diffèrent. En tant qu'autorités spécialisées assumant des tâches liées à la surveillance des marchés financiers ou à la stabilité financière, la FINMA et la BNS ont davantage d'informations sur les différents établissements financiers, les dynamiques du marché financier et les risques correspondants. Elles ont donc un rôle primordial dans le développement et dans l'examen des scénarios de crise. Le DFF doit toutefois lui aussi apporter des informations dans le cadre de la discussion des scénarios de crise, notamment en ce qui concerne les risques géopolitiques, juridiques et financiers. Avant l'exécution d'exercices de gestion de crise (let. f ci-après), le Comité de stabilité financière discutera et conviendra en principe d'une orientation générale, puis élaborera les scénarios dans le détail.

Let. f

En principe, un exercice de gestion de crise devra être réalisé au moins une fois par an, mais la fréquence n'est sciemment pas fixée. Le Comité de stabilité financière est cependant invité à en exécuter un en règle générale une fois par an. On pourrait envisager, par exemple, des exercices portant sur la résolution d'une SIB, l'avancement des préparatifs en matière de liquidités ou des scénarios fondés sur une cyberattaque d'envergure ou une pénurie d'électricité. Dans la mesure du possible, ces exercices devront tester aussi concrètement que possible les dispositifs de gestion de crise et les instruments en vigueur (par ex. soutien en liquidités, plans de résolution, PLB).

En principe, tous les membres du Comité de stabilité financière participent aux exercices de gestion de crise, mais des exceptions sont possibles. Inversement, d'autres participants peuvent être conviés en cas de besoin, tels que des représentants de l'Office fédéral de la cybersécurité (OFCS) si l'exercice porte sur une cyberattaque. La participation d'établissements financiers concernés (par ex. SIB) semble également opportune, et celle d'autorités étrangères constitue un élément important lorsque les exercices de gestion de crise portent sur une SIB active au niveau international.

Let. g

Le Comité de stabilité financière sert également à l'information, à l'échange et à la discussion sur les questions de stabilité financière qui sont liées à une résolution. La discussion peut aussi porter sur l'applicabilité des plans de résolution des SIB, notamment en lien avec les dépendances dans le domaine de responsabilité des autres autorités et les obstacles éventuels à la mise en œuvre. Pourront notamment faire l'objet de discussions : les défis inhérents à la réalisation transfrontalière d'un *bail-in*, la nécessité éventuelle d'un soutien en liquidités de la BNS ou d'un prêt de soutien en liquidités assorti d'une garantie de la Confédération contre le risque de défaillance et les développements internationaux qui compliqueraient la mise en œuvre d'un plan de résolution. Lors d'une discussion sur les plans de résolution, chaque autorité adopte le

point de vue correspondant à son mandat et assume sa responsabilité respective. Concrètement, la FINMA demeure responsable des plans de résolution, de leur applicabilité et de leur déclenchement, la BNS de la préparation et de l'octroi d'un soutien en liquidités et le DFF de la préparation d'une garantie de la Confédération en cas de défaillance pour couvrir des prêts de soutien en liquidités. L'approbation des plans de résolution incombe à la FINMA. La discussion devra en outre aborder les risques relatifs à la stabilité financière qui pourraient découler de la résolution de banques sans importance systémique ou de l'assainissement d'autres acteurs du marché financier.

Al. 5

Le Comité de stabilité financière peut également solliciter l'avis de personnes qui n'en sont pas membres. Ces tiers participent à titre informatif ou consultatif, mais n'ont pas les droits des membres ou de droits de participation. Leurs avis ne sont pas contraignants pour les décisions prises par l'organe. La possibilité de solliciter l'avis de tiers permet notamment au Comité de bénéficier d'une expertise technique supplémentaire ou de recueillir d'autres points de vue sans pour autant modifier sa composition formelle ni affecter sa compétence décisionnelle. Les tiers visés à l'al. 5 sont soumis aux obligations de confidentialité inscrites à l'art. 54*i*, al. 1, AP-LFINMA.

Art. 54d Échange d'informations entre les membres du Conseil en stabilité financière et du Comité de stabilité financière en général

Remarques préliminaires

Les compétences du DFF, de la BNS et de la FINMA dans la prévention et la gestion des crises financières demeurant inchangées, la collaboration des autorités en la matière a essentiellement un but de coordination, d'autant qu'en général, aucune de ces trois autorités ne peut surmonter seule une crise financière. Elles doivent coopérer, se partager leurs compétences et se transmettre des informations. Par exemple, la résolution d'une SIB ordonnée par la FINMA ne serait probablement pas réalisable sans soutien en liquidités de la BNS, voire sans prêt de soutien en liquidités assorti d'une garantie de la Confédération contre le risque de défaillance. Inversement, la BNS s'appuie sur une évaluation de la solvabilité de la banque concernée réalisée par la FINMA pour accorder un prêt de soutien en liquidités assorti d'une telle garantie (art. 32*a*, al. 3, let. c, P-LB³³¹ ; objet 23.062). Chaque autorité s'appuie sur les informations dont disposent les autres autorités pour gérer les crises, les prévenir et évaluer les risques (dans le cas du DFF, y compris vis-à-vis du Conseil fédéral). Les art. 54*d* et 54*e* fixent les bases nécessaires au bon fonctionnement du Conseil en stabilité financière et du Comité de stabilité financière en permettant un échange d'informations et en réglementant de manière contraignante les informations requises pour gérer les crises.

³³¹ FF 2023 2166

Les informations partagées au sein des organes sont échangées entre le DFF, la FINMA et la BNS aux fins de la prévention et de la gestion d'une crise financière en Suisse (cf. aussi l'art. 54j, al. 3, AP-LFINMA et les explications correspondantes). Il s'agit principalement d'informations : dont les autorités disposent déjà en vertu de leur mandat légal, sous réserve des informations visées à l'art. 54e, al. 1, AP-LFINMA, ou qu'elles peuvent collecter et traiter en vertu de la loi, et qui sont nécessaires pour l'accomplissement des tâches visées aux art. 54b, 54c, 54d s., et 54g. Si cela s'avère indispensable à la gestion d'une crise financière, les informations peuvent être transmises à des tiers (par ex. experts en finance ou avocats) aux fins de l'accomplissement du mandat (art. 54h AP-LFINMA). En outre, les organes peuvent, aux fins de la prévention et de la gestion d'une crise financière, transmettre ces informations à d'autres autorités suisses si ces dernières en ont besoin pour prévenir ou gérer une crise financière (par ex. en relation avec l'art. 28d AP-LB).

Al. 1

Cette disposition crée la base légale permettant aux membres, soit à la FINMA, à la BNS et au DFF, d'échanger entre eux des informations non accessibles au public en vue de préserver la stabilité du système financier. Cet échange peut porter tant sur les développements généraux au sein de ce système que sur certains participants au marché, dans la mesure où cela est nécessaire ou utile à la prévention et à la gestion des crises financières ou à l'accomplissement des tâches du Conseil en stabilité financière visées à l'art. 54b, al. 4, AP-LFINMA et de celles du Comité de stabilité financière visées à l'art. 54c, al. 4, AP-LFINMA. Les informations peuvent également être partagées au sein des différentes autorités. Cette norme vise notamment une identification précoce des risques, une évaluation commune de la situation, la coordination ou la préparation des mesures, l'examen de scénarios de crise et la réalisation d'exercices de gestion de crise sur la base de ces scénarios. Elle contribue ainsi à une collaboration efficace entre les autorités compétentes et renforce la coordination en matière de stabilité financière. Il s'agit d'une disposition potestative. Elle crée la possibilité juridique d'un échange d'informations, sans justifier une obligation générale correspondante. Les membres peuvent déléguer la préparation des informations à leurs collaborateurs et leur transmettre les informations qu'ils reçoivent.

Al. 2

Selon cet alinéa, les membres du Conseil en stabilité financière et du Comité de stabilité financière sont tenus de s'informer mutuellement sans délai des développements concernant le marché financier ou certains participants au marché, dans la mesure où ces développements pourraient, selon le membre qui en rend compte, compromettre gravement la stabilité financière de la Suisse. Cela vaut également pour les mesures prises ou prévues en réaction à d'éventuelles menaces graves. Cette disposition précise donc la possibilité d'un échange d'informations prévue à l'al. 1 et crée une obligation de transmettre des informations d'en cas de risque accru. Cette obligation déploiera ses effets notamment lorsque des constatations laissent présager qu'une autre autorité compétente sera elle aussi contrainte d'agir. Elle contribue au bon fonctionnement des deux organes et donc à la coordination rapide de l'action publique, et veille à ce que les instances compétentes

puissent utiliser leurs instruments légaux de manière efficace et coordonnée. Sont concernés tant les développements systémiques (par ex. distorsion significative du marché, pénurie de liquidités, baisse marquée des cours sur des marchés importants pour la stabilité financière) que les événements spécifiques à un établissement assujetti, dans la mesure où ils présentent une éventuelle importance systémique ou qu'une propagation ne saurait être exclue. Les mesures prises ou prévues devant faire l'objet d'une transmission d'informations englobent les instruments en vigueur des autorités compétentes et ceux que ce projet met en place, à savoir les mesures protectrices visées à l'art. 26 AP-LB, les mesures d'intervention précoce de l'art. 24 AP-LB et les autres mesures ordonnées en vertu du droit de la surveillance en cas d'insolvabilité imminente ou de violations graves des dispositions prudentielles, ainsi que les mesures prises par la BNS dans le cadre de son mandat légal pour contribuer à la stabilité financière, telles que le durcissement des exigences relatives à la surveillance macroprudentielle (par ex., demande d'activation ou d'adaptation du volant anticyclique de fonds propres) ou l'octroi d'un soutien en liquidités en cas de crise.

Ces mesures peuvent être annonciatrices d'une accentuation des risques ou d'une crise imminente. La transmission réciproque et immédiate d'informations permet aux autorités concernées d'évaluer la situation dans son ensemble, d'analyser les scénarios d'escalade possibles et, au besoin, de préparer les prochaines étapes. La disposition englobe également l'échange d'informations importantes obtenues lors d'interactions avec des autorités de surveillance et des régulateurs étrangers ou entre les ministères des finances. Lorsque des établissements sont actifs au niveau international, les développements à l'étranger ou les mesures qui y sont prises peuvent avoir des conséquences directes sur la stabilité financière en Suisse. Si les informations à ce propos sont importantes pour évaluer la situation en matière de stabilité ou pour une action éventuelle d'autres autorités suisses, elles doivent être communiquées sans délai. Les membres du Conseil en stabilité financière ou du Comité de stabilité financière qui ne sont pas représentés lors d'entretiens menés au cours de la gestion de crise doivent être dûment informés de leur teneur. L'obligation d'échanger des informations ne concerne que les informations nécessaires pour évaluer une menace et pour coordonner les autorités compétentes lors de la prévention et de la gestion d'une crise financière en Suisse. Elle vise une meilleure harmonisation en cas de crise effective ou imminente.

Al. 3

La préparation et la mise en œuvre d'un plan de résolution nécessitent une action coordonnée des membres du Comité de stabilité financière (par ex. opérations ou confirmations d'autres membres). Il s'agit de régler notamment des questions liées à l'applicabilité opérationnelle et juridique, à la couverture financière et, pour les établissements actifs au niveau international, à la coordination avec les autorités étrangères. L'évaluation d'un plan de résolution et sa mise en œuvre efficace relèvent certes de la responsabilité de la FINMA, mais la mise au courant du Comité de stabilité financière permet d'obtenir une vue d'ensemble de la situation et de lancer les discussions sur les plans de résolution prévues à l'art. 54c, al. 4, let. g, AP-LFINMA. La transmission d'informations une fois par an vise donc notamment à montrer si les plans

de résolution des SIB sont applicables selon l'évaluation la plus récente, à présenter les obstacles éventuels ou les dépendances vis-à-vis d'autres autorités, et à exposer les progrès accomplis dans la correction des manquements identifiés et les autres actions nécessaires.

L'échange d'informations concernant l'évaluation des plans de résolution selon l'al. 3 doit être plus détaillée et complète sur le fond que la communication publique de la FINMA. Elle ne sert pas uniquement à une prise de connaissance formelle, mais permet aux membres du Comité de mener une discussion approfondie. En particulier, ceux-ci sont ainsi en mesure de poser des questions, d'échanger leurs appréciations et, dans le cadre de leurs compétences légales, d'exposer les points faibles qu'ils ont identifiés ou les besoins de coordination existants, comme prévu à l'art. 54c, al. 4, let. d (cf. également l'art. 54j, al. 1, AP-LFINMA). Cette disposition renforce donc la transparence au sein de l'organe. Elle ne fonde explicitement aucune nouvelle compétence matérielle, mais contribue à garantir une évaluation conjointe de la situation et une préparation efficace aux crises quelle que soit l'autorité.

La BNS informe le Comité de stabilité financière au moins une fois par an du volume des actifs préparés par les SIB en vue d'un recours à un soutien en liquidités de la BNS. Cela permet aux autres autorités d'évaluer les risques liés à une résolution et les conséquences qui en découlent.

Art. 54e Échange d'informations en vue de la gestion de crises financières

Remarques préliminaires

Cet article concrétise et précise les prescriptions en matière de collaboration et d'échange d'informations entre les autorités lorsqu'une crise financière (cf. art. 1, al. 3, AP-LFINMA) est imminente ou en cours. Étant donné que la stabilité financière de la Suisse est en jeu dans une telle situation, la collaboration et l'échange d'informations entre les principales autorités sont indispensables. La décision, implicite ou explicite, actant l'existence d'une crise financière en vue de l'application de cette disposition est sciemment laissée au Conseil en stabilité financière et au Comité de stabilité financière, notamment à l'al. 1, afin de garantir une certaine flexibilité.

Les signes d'une crise financière s'observent à différents niveaux. On entend par stabilité financière une situation dans laquelle le système financier exerce ses principales fonctions, même sous pression. En outre, le rapport de la FINMA sur les enseignements tirés de la crise qui a provoqué la chute de Credit Suisse³³² fait mention d'indicateurs utiles pouvant signaler l'existence d'une crise financière déterminante pour la stabilité financière, notamment – en relation avec une SIB – des retraits élevés de dépôts, des pénuries de liquidités et un risque imminent d'incapacité de paiement, une perte de confiance et une incertitude du marché en raison d'une gestion des risques perçue comme déficiente par l'opinion publique ainsi que la nécessité de

³³² <https://www.finma.ch/fr/news/2023/12/20231219-mm-cs-bericht/>

mesures extraordinaires. Les SIB ne sont toutefois pas nécessairement à l'origine des crises.

Al. 1

L'al. 1 crée une obligation pour le DFF, la FINMA et la BNS d'échanger entre elles des informations sans délai et de manière exhaustive. Compte tenu de la dynamique particulière des situations de crise et de l'urgence correspondante, un échange d'informations rapide, exhaustif et proactif est primordial. Des retards ou des transmissions d'informations incomplètes peuvent entraver la coordination et affaiblir considérablement l'efficacité de la gestion de crise. La norme est formulée à dessein de manière large. Elle concerne toutes les informations qui sont objectivement propres à contribuer à la gestion d'une crise et qui sont pertinentes pour les autres autorités. Une énumération exhaustive ne prendrait pas en considération le caractère imprévisible des crises, raison pour laquelle les let. a à g mentionnent à titre d'exemple les principales informations. Cette énumération est purement informative et ne saurait restreindre le champ d'application. L'obligation d'échanger des informations s'applique même en l'absence d'une demande explicite d'information du DFF, de la FINMA ou de la BNS. Une situation de crise nécessite en effet des flux d'informations non seulement réactifs, mais également proactifs.

Let. a

Cette lettre englobe toutes les informations permettant d'évaluer la stabilité financière du ou des participants au marché concernés, à savoir, notamment, les informations sur la dotation en fonds propres et en capital, la capacité à supporter des pertes, la situation en matière de refinancement, la capacité de paiement et les pénuries de liquidités existantes ou imminentes. La lettre est formulée de manière ouverte afin d'inclure toutes les informations quantitatives et qualitatives nécessaires à une évaluation fondée des risques et à la gestion de crise.

Let. b

La let. b porte sur toutes les informations concernant les mesures prévues par le DFF, la FINMA ou la BNS pour éviter ou gérer une crise financière. Par contenu, on entend l'objectif, les modalités et l'horizon temporel des mesures prévues. L'applicabilité concerne les bases légales, les conditions organisationnelles et les dépendances éventuelles du Conseil en stabilité financière, du Comité de stabilité financière ou du Conseil fédéral. Les effets englobent aussi bien l'impact direct sur l'assujetti concerné que, pour autant qu'elles soient évaluables à ce moment précis, les conséquences indirectes sur la stabilité financière, les autres participants au marché, la confiance dans la place financière ou les autorités. La norme est formulée ainsi pour que les informations soient fournies avant la mise en œuvre des mesures prévues, ce qui permet aux autres autorités de se préparer aux éventuelles conséquences. La transmission précoce et en temps opportun des informations répond au principe général de collaboration entre les autorités, visé à l'art. 54a, al. 1, AP-LFINMA.

Let. c

Tout comme les let. d et e, cette lettre porte sur les actifs dont le participant au marché concerné dispose et qu'il a déjà préparées ou pourrait encore préparer en vue de l'octroi d'un soutien en liquidités de la BNS ou d'une banque centrale étrangère. Les lettres mentionnées englobent également les soutiens en liquidités que le participant au marché concerné a déjà obtenus auprès de banques centrales, et en premier lieu le soutien en liquidités dans le cadre de la facilité étendue de liquidités (FEL)³³³ mise à disposition par la BNS. Ces informations permettent d'évaluer les perspectives de réussite d'un recours à un soutien en liquidités et d'envisager d'autres mesures connexes éventuelles. La let. c porte sur toutes les informations relatives aux actifs que le participant au marché concerné a préparés conformément aux exigences réglementaires du projet d'OLiQ³³⁴, en tenant compte des conditions fixées par la BNS et les banques centrales étrangères.

Let. d

La let. d se réfère aux actifs à disposition au sens de l'art. 9, al. 1, let. e, LBN qui pourraient être préparés en vue d'un recours à un soutien en liquidités, mais qui ne le sont pas encore. Contrairement à la let. c, la let. d porte donc sur des informations permettant d'évaluer le volume des actifs acceptés par les banques centrales dont dispose potentiellement le participant au marché assujetti selon son bilan. En outre, des informations sur tous les autres actifs du bilan à disposition doivent être partagées en vue, par exemple, d'une évaluation liée à une résolution. Tant l'encours des actifs supplémentaires pouvant être préparés en vue d'un soutien en liquidités de la BNS ou de banques centrales étrangères que celui des autres actifs peuvent influencer sur les mesures étatiques possibles, notamment l'octroi d'un soutien en liquidités assorti d'une garantie de la Confédération contre le risque de défaillance aux SIB en vertu de l'art. 32a P-LB³³⁵(objet 23.062). En l'espèce, le DFF en particulier a besoin d'informations et d'estimations aussi précises que possible sur tous les actifs inscrits au bilan de la SIB concernée qui entrent en ligne de compte, d'une part, et sur le maintien de leur valeur, d'autre part. Si la BNS et la FINMA n'ont pas ces informations, elles peuvent les demander à la banque concernée en vertu de leurs compétences légales. Il existe des liens étroits entre les mandats existants de la BNS et de la FINMA et les informations requises par le présent alinéa, car la BNS est chargée, dans le cadre de son mandat, d'octroyer le soutien en liquidités qui sera très vraisemblablement la condition d'une résolution réussie, cette dernière relevant de la compétence de la FINMA.

³³³ Cf. également les art. 17 ss AP-LB.

³³⁴ Conformément au projet du 12 août 2026

³³⁵ FF 2023 2166

Let. e

La let. e se porte sur le soutien en liquidités déjà obtenu, y compris les actifs ou sûretés déposées à cet effet auprès de la BNS ou de banques centrales étrangères. Grâce à ces informations et à d'autres renseignements, le Comité de stabilité financière peut évaluer l'effet de l'aide déjà octroyée par des banques centrales et déterminer le potentiel d'un nouveau soutien en liquidités.

Let. f

Les situations de crise, en particulier les crises financières, sont très dynamiques et s'accompagnent de contraintes de temps considérables. De nombreuses interactions à court terme ont lieu entre le DFF, la FINMA et la BNS d'une part, et les assujettis d'autre part. Pour que le Comité de stabilité financière et le Conseil en stabilité financière puissent évaluer la situation de manière adéquate et que les décisions puissent être prises sur une base consolidée, leurs membres doivent être clairement informés de l'existence de ces interactions – idéalement au préalable, mais au moins peu après – et de leur teneur dans les grandes lignes. Il s'agit en particulier des échanges aux plus hauts niveaux hiérarchiques des autorités et des participants au marché concernés, car ils assument la responsabilité stratégique générale et, dans le cas des autorités, doivent veiller à ce que les décisions soient cohérentes et coordonnées avec les autres autorités. La lettre précise ainsi l'obligation d'une collaboration étroite prévue à l'art. 54a, al. 1, AP-LFINMA et garantit l'accès à une base d'informations aussi exhaustive et coordonnée que possible pour gérer la crise.

Let. g

Le commentaire de la let. f vaut également pour la let. g, qui concerne les interactions entre les membres du Conseil en stabilité financière et du Comité de stabilité financière et d'autres autorités suisses et étrangères.

Al. 2

Quoique renforcée, la réglementation TBTF ne pourra pas empêcher la survenance de situations exceptionnelles pouvant donner lieu à une crise bancaire. Ce genre de cas peut se présenter notamment si une SIB a épuisé les possibilités dont elle disposait pour éviter la défaillance ainsi que le soutien en liquidités de la BNS et que la FINMA a utilisé tous les instruments à sa disposition ou que ceux-ci se sont avérés inefficaces. Dans un tel cas de figure, il pourra être nécessaire d'ordonner une des mesures visées à l'art. 25, al. 1, LB pour éviter de graves dommages à l'économie et au système financier suisses (cf. art. 7, al. 1, LB). La FINMA avise immédiatement le DFF et la BNS si son évaluation conclut à l'existence de raisons sérieuses de craindre qu'une SIB est surendettée ou a d'importants problèmes de liquidités, ou qu'elle ne satisfait pas aux prescriptions en matière de fonds propres à l'expiration du délai que lui a donné la FINMA et que l'exécution de l'une des mesures visées à l'art. 25, al. 1, LB peut devenir probable. Elle les informe au stade le plus précoce possible de la crise afin que l'on dispose de suffisamment de temps pour se préparer et pour coordonner l'organisation de crise. Dans son analyse, la FINMA se concentre en particulier sur les problèmes

identifiés dans la SIB concernée et estime les effets que les actions envisageables pour y remédier pourraient avoir sur elle. Elle transmet cette analyse au DFF.

Al. 3

Après avoir pris connaissance de l'évaluation de la FINMA visé à l'al. 2, la BNS transmet elle aussi une évaluation de la situation de crise au DFF. Elle s'intéresse plus particulièrement aux effets qu'une défaillance de la SIB et les diverses actions envisageables pour y remédier pourraient avoir sur l'économie et le système financier suisses. Tant l'évaluation de la FINMA visée à l'al. 2 que celle de la BNS ont pour objectif de permettre l'examen et l'élaboration de différentes mesures. Si le DFF arrive à la conclusion qu'une intervention de l'État est nécessaire, il en informe aussitôt le Conseil fédéral et le Contrôle fédéral des finances, ainsi que la Délégation des finances du Parlement, en fonction de l'urgence.

Art. 54f Échange d'informations avec d'autres autorités

Cet article permet de faire appel à des autorités tierces suisses ou de les informer pour prévenir ou gérer une crise financière. Les exigences de confidentialité visées à l'art. 54i doivent être respectées. En particulier, l'article habilite le DFF à partager des informations avec l'OFCS, car les cyberattaques et les défaillances connexes (d'une infrastructure) pourraient compromettre la stabilité financière en Suisse. Outre l'OFCS, la transmission d'informations à d'autres autorités peut être nécessaire, par exemple aux autorités d'exécution ou de surveillance ou à d'autres autorités telles que la COMCO, le Contrôle fédéral des finances, la Délégation des finances ou, si la stabilité de PostFinance est menacée, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication en sa qualité de propriétaire.

Art. 54g Échange d'informations en vue de l'évaluation des risques pour la Confédération en lien avec la stabilité financière

L'art. 32l, al. 2, P-LB³³⁶ (objet 23.062) régle déjà les informations transmises par la FINMA et la BNS au DFF pour évaluer les risques auxquels les finances de la Confédération sont exposées en lien avec l'octroi, l'administration, la surveillance, le contrôle et le traitement des prêts de soutien en liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. L'art. 54g AP-LFINMA va cependant plus loin et se réfère directement aux processus de gestion des risques de la Confédération, en se fondant sur les directives du Conseil fédéral sur la politique de gestion des risques menée par la Confédération³³⁷. Le DFF est ainsi responsable de la coordination de la gestion des risques à l'échelle de l'administration fédérale, dans le respect de l'ordonnance du 17 février 2010 sur l'organisation du Département fédéral des finances³³⁸ et des

³³⁶ FF 2023 2166

³³⁷ Cf. FF 2024 1662, Directives sur la politique de gestion des risques menée par la Confédération.

³³⁸ RS 172.215.1

directives sur la gestion des risques menée par la Confédération. Dans cette fonction, le DFF prend en charge notamment la coordination et l'analyse des rapports consolidés concernant les risques majeurs et les risques pour le Conseil fédéral à l'intention du Conseil fédéral et du Parlement. Il est en outre responsable pour l'analyse, l'évaluation et la gestion des risques pour la stabilité financière, ces derniers s'avérant souvent être aussi des risques majeurs et des risques pour le Conseil fédéral. Le DFF a ainsi besoin, pour accomplir ces tâches, d'informations dont il ne dispose pas lui-même. Sur demande motivée du DFF, la BNS et la FINMA partagent donc avec lui les informations issues de leur domaine de compétence respectif.

Art. 54h Recours à des tiers

Si les circonstances le requièrent, le DFF, la FINMA et la BNS peuvent faire appel à des tiers pour l'accomplissement de leurs tâches dans le cadre de la gestion d'une crise financière. Le recours à des tiers peut notamment être utile pour obtenir des analyses ou des expertises de spécialistes de la finance ou d'avocats spécialisés dans un domaine particulier. Les informations requises peuvent être transmises à ces tiers dans la mesure où elles sont nécessaires à l'exécution du mandat. Les tiers sont alors tenus de protéger les informations transmises du mieux possible. Les tiers visés à l'art. 54h sont soumis aux obligations de confidentialité inscrites à l'art. 54j, al. 1, AP-LFINMA.

Art. 54i Obligations de consulter

Dans le cadre de leur collaboration en cas de crise, les autorités sont tenues de considérer les conséquences de leurs actions sur cette collaboration et sur les domaines de responsabilité des autres autorités, et de se coordonner dans la mesure du possible. Les obligations de consulter visent à garantir que ce soit également le cas pour les mesures (préparatoires) particulièrement importantes. On entend par consultation le fait de permettre aux deux autres autorités de prendre position. La prise en compte de ces avis est laissée à la libre appréciation de l'autorité responsable.

Al. 1

Comme la mise en œuvre des plans de résolution des SIB pouvant également nécessiter l'action du DFF et de la BNS en cas de crise, la FINMA leur soumet ces plans pour consultation avant de les évaluer. Des dépendances existent, par exemple, pour le soutien en liquidités, qui relève du domaine de compétences de la BNS, ou pour l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts de soutien en liquidités de la BNS selon l'art. 32a P-LB³³⁹ (objet 23.062). Ces mesures supplémentaires pourraient s'appliquer en cas de crise pour stabiliser une banque ou garantir sa résolution. Il incombe à la FINMA de déterminer si une résolution requiert l'action du DFF ou de la BNS. En d'autres termes, la FINMA doit être partie prenante dans l'évaluation des plans de résolution. Le format ou le processus de consultation ne

³³⁹ FF 2023 2166

sont pas définis plus avant. Le processus devrait néanmoins être traçable, de sorte qu'une consultation écrite ou consignée sous la forme d'un procès-verbal dans le cadre d'une réunion du Comité de stabilité financière ou du Conseil en stabilité financière semble appropriée. La FINMA décide de l'approbation du contenu des plans de résolution de manière indépendante.

Al. 2

Lorsque la gestion d'une crise laisse entrevoir la nécessité d'une garantie du risque de défaillance par la Confédération pour un prêt de soutien en liquidités de la BNS à une SIB en vertu de l'art. 32a P-LB³⁴⁰ (objet 23.062), le DFF consulte le Conseil en stabilité financière et le Comité de stabilité financière avant de soumettre une demande d'ouverture de crédit au sens de l'art. 32b P-LB³⁴¹ (objet 23.062). Étant donné que l'octroi d'une garantie du risque de défaillance ne souffre aucun report, on aura recours à l'art. 28 de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances³⁴² : le Conseil fédéral demande le crédit d'engagement nécessaire selon la procédure d'urgence après avoir obtenu l'assentiment de la Délégation des finances du Parlement. Dans ce cadre, la consultation prévue à l'al. 2 sert avant tout à confirmer le respect des conditions fixées à l'art. 32a, al. 3, P-LB³⁴³. Aucune exigence spécifique n'est définie pour la forme que doit prendre cette consultation, mais elle doit être documentée par écrit.

Art. 54j Confidentialité, traitement et communication de données

Cet article régit le traitement, la protection et la transmission des informations échangées afin de garantir une collaboration efficace entre les autorités ainsi que le flux d'informations nécessaire à cet effet. Les informations visées aux art. 54d et 54e AP-LFINMA sont très sensibles sur le plan économique et pourraient fortement compromettre la stabilité financière et celle d'établissements particuliers si elles étaient publiées. Elles englobent des renseignements ou indicateurs relatifs au capital ou aux liquidités de certains participants au marché financier ou encore à leur recours à un soutien en liquidités, des indications provenant des plans de résolution, qui comprennent des secrets d'affaires stratégiques, et les mesures (notamment les décisions) de la FINMA concernant des assujettis ou des personnes précises.

Al. 1

Le DFF, la FINMA et la BNS sont soumis au secret de fonction et au secret des affaires. Ils doivent protéger les informations échangées du mieux possible, conformément à leurs prescriptions sur la sécurité de l'information. Cette obligation vaut également en

³⁴⁰ FF 2023 2166

³⁴¹ FF 2023 2166

³⁴² RS 611.0

³⁴³ FF 2023 2166

cas de transmission à des tiers (cf. art. 54*h* AP-LFINMA) et pour les informations de tiers.

Al. 2

Concernant la loi sur la transparence, il convient de noter que deux des trois autorités responsables tenues de collaborer pour prévenir et gérer les crises financières sont explicitement exclues de son champ d'application (art. 2, al. 2, LTrans). La BNS dispose d'une indépendance particulière par rapport au Conseil fédéral et à l'administration fédérale (art. 99 Cst.). Afin qu'elle conserve cette indépendance dans le cadre de la prévention et de la gestion des crises financières, elle n'est pas soumise à la LTrans. Également indépendante dans son activité de surveillance (art. 21, al. 1, LFINMA), la FINMA opère dans un domaine particulièrement sensible sur le plan économique et politique. Elle aussi est donc exclue du champ d'application de la LTrans. La collaboration et les flux d'informations nécessaires seraient sensiblement entravés si les assujettis, la BNS et la FINMA devaient partir du principe que les informations échangées par la BNS et la FINMA avec le DFF et la documentation issue des réunions du Conseil en stabilité financière et du Comité de stabilité financière étaient soumises à la LTrans et publiables. Dans ce contexte et étant donné que la plupart des informations échangées pour prévenir et gérer les crises financières devraient provenir de la FINMA et de la BNS, qui ne sont pas soumises à la LTrans, l'al. 2 prévoit une exception à cette loi. Le principe de transparence s'applique à l'administration fédérale, mais le droit à la consultation de documents officiels peut être restreint ou différé au cas par cas (art. 7 LTrans). Cette situation se présente notamment lorsque la consultation d'un document risque de compromettre les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse (al. 1, let. f) ou peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (al. 1, let. g). Étant donné que la BNS et la FINMA ne sont pas soumises au principe de transparence et que l'administration fédérale peut déjà y déroger dans des cas d'espèce, l'exception générale qui est proposée n'aurait qu'un effet limité. C'est pourquoi sa nécessité sera de nouveau examinée en vue de l'élaboration du message, sur la base des résultats de la procédure de consultation.

Al. 3

L'al. 3 établit qu'outre le DFF, la FINMA et la BNS, les tiers nécessaires à l'exécution des dispositions de l'art. 54*a* ss AP-LFINMA visés à l'art. 54*h* AP-LFINMA (par ex. conseillers externes) aussi peuvent, si nécessaire, traiter et communiquer des informations. Une base légale suffisante doit ainsi être créée pour le traitement et la communication de données personnelles et de données concernant des personnes morales, y compris des données relatives à des poursuites ou des sanctions administratives ou pénales (cf. art. 5, let. c, ch. 5, LPD et art. 57*r*, al. 2, let. a, LOGA et des données relatives à des secrets professionnels ou à des secrets d'affaires visées à l'art. 57*r*, al. 2, let. b, LOGA). De manière générale, les autorités et les tiers sont tenus de respecter le principe de proportionnalité lorsqu'ils traitent et se communiquent mutuellement des informations et des données. L'exécution des dispositions de prévention et de gestion d'une crise financière nécessite principalement le traitement et la communication d'informations et de données concernant des personnes morales.

L'accent n'est pas mis sur le traitement et la communication de données personnelles (c.-à-d. portant sur des personnes physiques). Ceux-ci ne concerneraient que des cas particuliers et un nombre restreint de personnes physiques à propos desquelles la FINMA collecte des données personnelles en vertu de son ordonnance du 4 mai 2023 sur le traitement de données personnelles dans le cadre de la surveillance³⁴⁴ ; il ne serait nécessaire de traiter ou de communiquer ces données que si la prévention ou la gestion d'une crise financière l'exigeait. Ces données personnelles concernent notamment les membres d'organes chargés de la haute direction (en règle générale, le conseil d'administration) et d'organes de direction (en règle générale, la direction). Ainsi, l'avant-projet ne prévoit pas de traitement et de communication systématiques et réguliers de données personnelles (sensibles). Les données traitées et communiquées en vue de l'exécution des dispositions de prévention et de gestion d'une crise financière peuvent ponctuellement comporter des données personnelles sensibles appartenant à des catégories autres que celle visées à l'art. 5, let. c, ch. 5, LPD. Dans un tel cas, ces données personnelles devront être caviardées par l'autorité qui les transmet. Les données et informations nécessaires à l'exécution des dispositions doivent avoir un lien avec la prévention et la gestion de crises financières en Suisse. Les données des personnes morales comprennent principalement des informations concernant le capital et les liquidités d'assujettis, le soutien en liquidités qu'ils ont obtenu, le contenu de plans de résolution, les mesures prises par la FINMA et la BNS ainsi que les activités du DFF relatives à la gestion de crise. L'al. 3 doit servir la collaboration des autorités en vue de prévenir et de gérer des crises financières et n'a aucune incidence sur les dispositions concernant le traitement des données ou les dispositions en vigueur en matière d'entraide administrative et judiciaire dans la LFINMA.

Art. 56, al. 2 et 3

L'al. 2, let. a, se réfère aux buts de la surveillance des marchés financiers selon l'art. 4 LFINMA et porte sur les situations dans lesquelles l'exécution de la LFINMA et des autres lois sur les marchés financiers semble inopportune et ne serait donc pas judicieuse en vue d'atteindre ces objectifs. La let. a couvre les cas où le rapport entre les objectifs poursuivis selon l'art. 4 LFINMA, l'exécution des dispositions légales et les effets qu'elle aurait n'est pas proportionné. Lorsqu'il s'agit de participants au marché ou d'assujettis de petite taille, et dans les cas de peu de gravité, la disposition permet, dans le cadre de l'activité de surveillance, de déprioriser l'exécution du droit si l'allocation de ressources à certaines activités était disproportionnée dans le cas d'espèce sans être justifiée non plus par l'importance ou l'urgence de la situation. Priorité peut dès lors être donnée à des activités présentant de plus grands risques, auprès des établissements d'importance systémique notamment, de sorte que les ressources soient affectées conformément à l'importance ou à l'urgence de la situation. L'exécution peut également être inopportune sur le plan temporel en raison d'une modification législative ou d'une déréglementation imminente ou qui se révèle indispensable.

³⁴⁴ RS 956.124

L'al. 2, let. b, concerne les situations dans lesquelles, contrairement au principe de cohérence, l'exécution contreviendrait aux règles de la bonne foi (art. 5, al. 3, Cst.). Des modifications législatives ou de nouvelles réglementations peuvent donner lieu à des prescriptions involontaires dans l'application du droit, car des faits ou des conséquences n'ont, par exemple, pas été envisagés lors du processus législatif. Une telle situation peut se traduire par une incertitude juridique ou des contradictions (fausses lacunes juridiques) et, le cas échéant, empêcher une application cohérente du droit. Ces manquements devraient alors être corrigés, le législateur devant modifier les dispositions problématiques ou combler les lacunes. Dans ce contexte, la disposition permet de déprioriser l'exécution du droit lorsque son application engendrerait une surveillance incohérente et contreviendrait aux règles de la bonne foi en raison de fausses lacunes juridiques.

Les garanties en vue de la suspension de l'exécution prononcées par la FINMA représentent un engagement de renoncer de manière temporaire, c'est-à-dire jusqu'à l'échéance du délai ou la révocation des garanties, à prendre des mesures de surveillance ou d'*enforcement* ou d'autres actions en relation avec des dispositions spécifiques du droit des marchés financiers, y compris du droit de la surveillance de niveau inférieur. Elles concernent en particulier les instruments de surveillance visés aux art. 24 ss LFINMA et donc pas uniquement la FINMA, mais également les sociétés d'audit, par exemple. Les mesures pénales, par exemple, sont également exclues. Il reste possible de déposer plainte pour d'autres comportements non couverts par la suspension de l'exécution (actes punissables, escroquerie par ex.). Il convient de souligner le caractère temporaire de ces garanties : elles doivent avoir une durée limitée et ne doivent pas être utilisées comme un instrument réglementaire général.

Selon l'al. 3, les garanties peuvent être assorties de charges. Elles ne visent pas un dialogue sur la réglementation, mais, au sens d'une garantie quant à l'action de la FINMA, sont axées uniquement sur l'obtention de résultats concrets ; aucune voie de recours directe n'est donc prévue. Les garanties en vue de la suspension de l'exécution n'ont notamment pas pour objet de se prononcer sur l'étendue des droits et obligations des assujettis ; par conséquent, elles n'ont aucune incidence sur les droits et obligations des personnes concernées. Même si les garanties ne sont pas considérées comme des décisions, les personnes concernées peuvent s'en prévaloir en vertu de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.). Elles n'ont toutefois pas droit à l'établissement d'une lettre de non-intervention (*no-action letter*). La décision de suspendre l'exécution relève de la libre appréciation de la FINMA, qui est la seule à pouvoir la prendre. Aucun droit absolu à ces garanties n'est prévu. Celles-ci peuvent concerner un ou plusieurs établissements (notamment en cas de contradictions). Elles doivent être communiquées de manière appropriée afin que les personnes concernées (y c. les sociétés d'audit, par ex.) en aient connaissance (art. 22, al. 1, LFINMA).

La FINMA peut, de manière générale, restreindre ou annuler temporairement l'exécution de la LFINMA. Par souci d'exhaustivité, il convient de souligner que cette possibilité soulève quelques questions par rapport au principe de la légalité visé à l'art. 5 Cst. La FINMA dispose déjà d'une grande marge de manœuvre pour la surveillance des banques, de nombreuses dispositions de la LFINMA l'habilitant à décider elle-même de la nécessité d'une intervention et des mesures qu'elle juge

nécessaires. Dans des cas particuliers, la FINMA ou le législateur peuvent en outre prévoir des dérogations aux obligations réglementaires, notamment pour les banques de petite taille.

Art. 58 Disposition transitoire de la modification du ...

La disposition transitoire de la modification du 15 juin 2018 est arrivée à échéance et peut être supprimée. Sa teneur peut être consultée dans l'historique sur la plateforme de publication du droit fédéral.

Al. 1

Les prestations convenues entre l'assujetti et la société d'audit avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, mais dont la fourniture est désormais interdite par l'art. 24, al. 6, AP-LFINMA peuvent continuer d'être fournies pendant une année pour autant qu'elles étaient admises selon l'ancien droit.

Al. 2

Il est probable qu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, de nombreux assujettis auront atteint ou dépassé la durée maximale fixée pour les mandats d'audit. Ils devraient donc changer immédiatement de société d'audit, ce qui n'est pas réaliste car un changement prend du temps que ce soit du point de vue de la FINMA, de l'assujetti ou de la société d'audit. De plus, la FINMA doit disposer de ressources suffisantes pour procéder à l'approbation visée à l'art. 28a AP-LFINMA. Les sociétés d'audit aussi souhaiteront répartir les changements dans le temps, car la reprise d'un mandat s'accompagne de certaines charges initiales. Afin d'éviter une forte concentration de changements de société d'audit à l'entrée en vigueur du nouveau droit et afin de répartir ces changements sur la durée maximale de quatorze ans prévue, la FINMA fixera, dans l'année suivant l'entrée en vigueur et en tenant compte des risques encourus, le délai dans lequel chaque assujetti devra changer de société d'audit pour la première fois.

4.8 Loi du 19 juin sur l'infrastructure des marchés financiers

Art. 88, al. 1

Ce renvoi dans la LIMF sera modifié, car les art. 37g^{bis} à 37g^{quinquies} LB seront déplacés et deviendront les art. 52c à 52f dans le chapitre XIVb (Voies de droit).

Art. 145 Instruments de surveillances prévus par la loi sur la surveillance des marchés financiers

L'art. 145 LIMF qui renvoie aux instruments de surveillance de la LFINMA (art. 29, al. 1, 30, 32, 34 et 35, LFINMA), doit être complété par l'art. 32a AP-LFINMA relatif à l'instrument des astreintes.

4.9 Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurances³⁴⁵

Art. 51, al. 3

Le contenu actuel de l'article 51 alinéa 3 LSA relatif à la publication est abrogé en raison de la modification de l'article 22 LFINMA. En effet, désormais toutes les questions liées à l'information au public y sont réglées de manière centralisée (art. 22, al. 4, AP-LB).

5 Conséquences

Les conséquences du projet sont exposées en détail dans une analyse d'impact de la réglementation³⁴⁶ publiée séparément. Elles sont présentées ci-après sous une forme abrégée.

5.1 Conséquences pour la Confédération

5.1.1 Conséquences financières

Le projet faisant l'objet du présent rapport ne fera ni augmenter les dépenses ni diminuer les recettes de la Confédération. Les astreintes et les sanctions administratives de la FINMA pourraient engendrer des recettes directes supplémentaires, mais leur montant est difficile à estimer pour le moment, car l'on ignore l'incidence de l'effet préventif et les établissements qui seront finalement concernés. Des pertes fiscales indirectes ne sont toutefois pas exclues. Comme cela ressort du ch. 5.3.1, le projet entraînera pour les banques et les autres établissements financiers concernés des coûts supplémentaires présentant soit un caractère unique, soit une récurrence annuelle. Il pourrait dès lors réduire leur bénéfice imposable. Cette diminution n'est pas quantifiable dans sa totalité, car on ne dispose des données relatives aux coûts que pour une partie des établissements concernés. Elle devrait néanmoins être faible à l'échelle du secteur bancaire. De même, les coûts supplémentaires à la charge des entreprises et des ménages clients des établissements financiers concernés devraient être minimes (cf. ch. 5.3.2 et 5.3.3). Les recettes fiscales de la Confédération (impôts sur le bénéfice et sur le revenu) ne devraient donc baisser que dans une très faible mesure. En revanche, le renforcement du dispositif TBTF atténuera les risques existants, la probabilité d'une crise financière et, partant, celle de coûts potentiellement élevés pour la Confédération et les contribuables (cf. ch. 5.1.3).

5.1.2 Conséquences sur l'état du personnel

Le projet n'a pas de conséquences pour le personnel de la Confédération.

³⁴⁵ RS 961.01

³⁴⁶ www.efd.admin.ch > Too Big To Fail

5.1.3 Conséquences sur l'exposition aux risques de la Confédération

Le renforcement et le développement du dispositif TBTF visés par le projet seront utiles à la Confédération en ce qu'ils contribueront à réduire les risques encourus par le système financier suisse, à mieux préserver les fonctions économiques importantes des SIB et à éviter autant que possible le recours aux aides de l'État. Les effets négatifs sur le système financier ou la défaillance de fonctions économiquement importantes nuiraient à l'ensemble de l'économie et entraîneraient, par conséquent, des pertes fiscales pour la Confédération. L'impossibilité d'éviter le recours à une aide de l'État fait directement courir le risque à la Confédération de devoir assumer des coûts supplémentaires. La faillite désordonnée d'une SIB pourrait nuire considérablement à l'économie suisse et contraindre ainsi l'État à un sauvetage, par exemple au moyen d'une étatisation temporaire, qui pourrait entraîner des coûts considérables pour les finances publiques.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Le renforcement et le développement du dispositif TBTF visés par le projet seront utiles aux cantons et aux communes, puisqu'ils contribueront à réduire les risques encourus par le système financier suisse, à mieux préserver les fonctions économiques importantes des SIB et à éviter autant que possible le recours aux aides de l'État. Les effets négatifs sur le système financier ou la défaillance de fonctions économiquement importantes nuiraient à l'ensemble de l'économie et entraîneraient, par conséquent, des pertes fiscales pour les cantons et les communes.

Le projet ne fera ni augmenter les dépenses ni diminuer les recettes des cantons et des communes. Au plus, la baisse des recettes fiscales des cantons et des communes devrait être minime et découler des coûts supplémentaires que les établissements concernés devront supporter en raison de certaines mesures réglementaires.

Aucune autre conséquence régionale spécifique n'a été identifiée.

5.3 Conséquences économiques

5.3.1 Conséquences pour les banques et les autres établissements financiers

La nouvelle réglementation aura des conséquences surtout pour les quatre SIB, car les mesures de grande ampleur sur la rémunération et toutes les mesures relatives à la planification de la stabilisation et de la résolution se limitent à ces établissements. Les banques sans importance systémique ne seront concernées que par les autres mesures, puisqu'il ne serait pas justifié d'en limiter l'application aux SIB, notamment au regard du principe d'égalité devant la loi. Ces mesures seront, autant que faire se peut, proportionnées et ne s'appliqueront directement aux banques et, dans certains cas³⁴⁷,

³⁴⁷ Sanctions administratives pécuniaires, astreintes, approbation du changement et du choix de la société d'audit et rotation obligatoire de celle-ci, information du public sur les procédures prudentielles, interdiction d'exercer, obligation de renseigner et d'annoncer à la FINMA

à d'autres établissements financiers qu'en cas de comportement fautif ou de violation du droit de la surveillance. C'est le cas de l'intervention précoce, des sanctions administratives pécuniaires, des astreintes, de l'interdiction d'exercer, de la confiscation par la FINMA et du retrait de l'effet suspensif des recours. Les mesures qui concerneront un plus grand nombre de banques seront appliquées de manière proportionnelle. Par exemple, le régime de responsabilité vaudra pour les banques qui ont une structure complexe et emploient plus de 250 personnes. En résumé, dans sa grande majorité, le train de mesures déploiera proportionnellement ses effets en fonction de la taille, du modèle d'affaires et de l'activité commerciale des établissements concernés. Les résultats de l'enquête facultative sur les effets de la réglementation indiquent que les coûts de ces mesures sont globalement faibles pour les banques qui ne sont pas d'importance systémique et les autres établissements financiers (cf. tableau 2).

Les avantages que les banques et les autres établissements financiers tireront de ces mesures seront indirects et n'apparaîtront qu'à moyen ou long terme. La création d'incitations opportunes (gouvernance d'entreprise et surveillance) réduira les comportements fautifs et les violations du droit de la surveillance dans les établissements. Ils pourront ainsi stabiliser leur activité et mieux éviter les pertes de confiance, qui leur sont dommageables, et les sanctions, notamment à l'étranger. L'amélioration de la planification de la stabilisation accroîtra la probabilité qu'une SIB puisse, en situation de crise, poursuivre son activité sans intervention de l'État et que la procédure de stabilisation soit efficace. Les mesures relatives à la garantie des liquidités (report de la publication d'informations d'initiés en cas de recours à un soutien en liquidités auprès d'une banque centrale et simplification de l'utilisation des créances de crédit en tant que sûretés pour l'octroi d'un soutien en liquidités de la BNS) offriront aux banques davantage de possibilités de recourir à des facilités de banques centrales en cas de crise.

L'abrogation d'autres réglementations prévue à l'art. 4 LACRE n'est pas possible dans le domaine TBTF sans compromettre l'atteinte des objectifs de la réglementation.

Le chapitre 6.1 de l'analyse d'impact de la réglementation présente un aperçu détaillé des conséquences et, en particulier, des coûts estimés de mise en œuvre uniques ou récurrents des différentes mesures pour les banques et les autres établissements financiers concernés. Le tableau 2 livre une vue d'ensemble des coûts estimés par banque et par mesure.

Tableau 2 : Vue d'ensemble des coûts estimés³⁴⁸

Mesure	Champ d'application	Estimation des coûts par établissement
Gouvernance d'entreprise : Régime de responsabilité et devoir de diligence	SIB et autres banques ayant une organisation complexe	SIB Coûts initiaux : de 1,1 à 8 millions de francs Coûts récurrents : de 1 à 3 millions de francs par an

³⁴⁸ Source : Analyse d'impact de la réglementation, www.efd.admin.ch > Too Big To Fail

		Autres banques ayant une organisation complexe Coûts initiaux : De quelques dizaines de milliers à 3 millions de francs Coûts récurrents : De quelques dizaines de milliers à 3 millions de francs par an
Gouvernance d'entreprise : Rémunération	Banques	SIB Coûts initiaux : de 0 à 3,5 millions de francs Coûts récurrents : de 0 à 1 million de francs par an Autres banques Coûts initiaux : de 0 à 1 million de francs Coûts récurrents : de 0 à 200 000 francs par an
Surveillance : Intervention précoce	Banques	En principe, pas de coûts supplémentaires. L'intervention précoce peut permettre d'éviter des coûts supplémentaires futurs.
Surveillance : Instruments de surveillance	Établissements financiers	En principe, pas de coûts supplémentaires. Les coûts supplémentaires découlent de comportements fautifs ou de violations du droit de la surveillance uniquement (astreintes, sanctions administratives pécuniaires).
Surveillance : Assouplissements	SIB	Pas de coûts supplémentaires.
Surveillance : Activités d'audit	Établissements financiers	SIB (estimation d'une SIB uniquement) Coûts initiaux : 27 000 francs Coûts récurrents : 2 millions de francs par an Autres banques Coûts initiaux : de 0 à 45 000 francs Coûts récurrents : de 0 à 750 000 francs par an Gestionnaires de fortune Coûts initiaux : de 5000 à 472 000 francs Coûts récurrents : de 0 à 301 000 francs par an Infrastructures des marchés financiers et assurances (une estimation chacune) Coûts initiaux : de 40 000 à 167 000 francs Coûts récurrents : de 6000 à 57 000 francs par an
Garantie des liquidités en cas de crise : Report de la publication d'informations d'initiés en cas de soutien en liquidités d'une banque centrale	Banques	Pas de coûts supplémentaires.
Garantie des liquidités en cas de crise : Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités de la BNS	Banques	Pas de coûts supplémentaires (réalisation d'économies).
Planification de la stabilisation et résolution	SIB	Coûts supplémentaires faibles, guère quantifiables.
Protection des déposants	Banques	Pas de coûts supplémentaires.
Exonération de l'impôt anticipé	Banques	Pas de coûts supplémentaires.

5.3.2 Conséquences pour les autres entreprises

La création d'incitations (gouvernance d'entreprise et surveillance) réduira les comportements fautifs et les violations du droit de la surveillance au sein des banques. De manière générale, les banques pourront ainsi stabiliser leur activité et mieux éviter les pertes de confiance, qui leur sont dommageables. Les modifications réglementaires présentent dès lors également des avantages pour les entreprises clientes des banques.

Comme cela ressort du ch. 5.3.1, le projet entraînera pour les banques et les autres établissements financiers concernés des coûts supplémentaires présentant soit un caractère unique, soit une récurrence annuelle. Ceux-ci varieront toutefois considérablement en fonction de l'établissement, de sa situation et de son activité commerciale. Ils devraient être plutôt faibles à l'échelle du secteur bancaire. On ne saurait toutefois exclure que les banques en répercutent au moins une partie à leurs clients. Dans l'ensemble, les modifications réglementaires devraient engendrer des coûts très faibles pour les entreprises clientes des banques.

5.3.3 Conséquences pour d'autres groupes et acteurs économiques

Comme cela ressort du ch. 5.3.1, le projet entraînera pour les banques et les autres établissements financiers concernés une augmentation des charges et des coûts supplémentaires présentant soit un caractère unique, soit une récurrence annuelle. Ces charges et coûts varieront toutefois considérablement en fonction de l'établissement, de sa situation et de son activité commerciale. L'augmentation des charges devrait être plutôt faible à l'échelle du secteur bancaire. Les travaux nécessaires pour assurer le respect de la nouvelle réglementation entraîneront une charge supplémentaire pour les collaborateurs des banques, soit de manière unique, soit de manière récurrente, en fonction du profil de chaque banque. On ne saurait exclure que les banques répercutent au moins une partie de ces coûts à leurs clients. Dans l'ensemble toutefois, les modifications réglementaires devraient engendrer des coûts très faibles pour la clientèle des banques.

5.3.4 Conséquences pour l'ensemble de l'économie

La stabilité d'une SIB est essentielle pour l'économie d'un pays, car les difficultés financières d'une banque de ce genre peuvent, en raison de sa taille, de sa position sur le marché et des réseaux qu'elle entretient, engendrer de graves turbulences et failles dans le système financier et nuire à l'ensemble de l'économie.

Le train de mesures TBTF vise à réduire la probabilité d'une défaillance des fonctions d'importance systémique et, partant, à prévenir les incidences négatives pour l'ensemble de l'économie ou à éviter une intervention de l'État aux frais des contribuables.

Au cours de son histoire, une SIB peut traverser différentes phases et passer de l'exploitation ordinaire à une crise assortie d'une période de stabilisation, puis à une

éventuelle résolution. Le train de mesures proposé vise à réduire la probabilité qu'une SIB passe d'une phase à l'autre. La réalisation des objectifs repose sur trois axes : i) la prévention (gouvernance d'entreprise, surveillance, planification de la stabilisation), ii) le renforcement du dispositif de liquidité et iii) l'élargissement du dispositif de lutte contre les crises (résolution).

En plus des SIB, la stabilité des autres banques et établissements financiers joue un rôle important dans le bon fonctionnement du système financier, bien que les conséquences négatives de leur défaillance soient sensiblement plus faibles. Les mesures préventives proposées qui leur sont applicables revêtent donc un avantage supplémentaire pour l'ensemble de l'économie.

5.4 Conséquences pour la société

Le projet qui fait l'objet du présent rapport ne devrait pas avoir de conséquences pour la société.

5.5 Conséquences environnementales

Le projet qui fait l'objet du présent rapport ne devrait pas avoir de conséquences pour l'environnement.

5.6 Conséquences sur la transformation numérique

L'application des dispositions proposées ne nécessite pas le développement de technologies spécifiques, car la voie numérique est possible.

5.7 Résumé et bilan des conséquences

La stabilité d'une SIB est essentielle pour l'économie d'un pays, car les difficultés financières d'une banque de ce genre peuvent, en raison de sa taille, de sa position sur le marché et des réseaux qu'elle entretient, engendrer de graves turbulences et failles dans le système financier et nuire à l'ensemble de l'économie. Comme exposé au ch. 1.1, les mesures proposées dans le cadre du projet constituent une part importante du train de mesures TBTF, qui vise à réduire la probabilité d'une défaillance des fonctions d'importance systémique et, partant, à prévenir les incidences négatives pour l'ensemble de l'économie ou à éviter une intervention de l'État aux frais des contribuables (cf. 5.3.4). Ces effets bénéfiques pour l'économie s'accompagneront notamment de charges supplémentaires et de coûts de mise en œuvre à caractère unique ou récurrent pour les établissements financiers concernés (cf. ch. 5.3.1). La nouvelle réglementation aura des conséquences surtout pour les quatre SIB. Les banques sans importance systémique en ressentiront moins les effets. Une grande partie des dispositions nouvelles ou précisées ne toucheront directement les banques qu'en cas de comportement fautif ou de violation du droit de la surveillance.

Dans l'ensemble, les avantages pour toute l'économie sont jugés supérieurs à la charge supplémentaire que devront supporter les banques et les autres établissements financiers concernés.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

6.1.1. Exigences particulières pour les SIB et les banques organisées de manière complexe

Le projet législatif propose des exigences particulières plus élevées pour les SIB en ce qui concerne les rémunérations variables, ainsi que la planification de la stabilisation et de la résolution. En outre, les banques organisées de manière complexe, soit notamment les SIB, sont également soumises à des exigences supplémentaires (par ex. régime de responsabilité). De plus, l'octroi d'assouplissements pour les SIB en matière de fonds propres et de liquidités (art. 4, al. 3^{bis}, AP-LB) devra, en principe, être limité dans le temps et rendu accessible au public.

Ces modifications soulèvent des questions sur la légalité de la distinction par rapport aux autres banques en raison du principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst) et de la liberté économique (art. 27 Cst en relation avec l'art. 94 Cst). Ces droits fondamentaux commandent que des concurrents directs soient traités de manière égale. Le principe de la liberté économique interdit que des mesures puissent fausser la concurrence entre concurrents directs. Conformément à l'article 98 alinéa 1 Cst, la Confédération peut et doit légiférer sur les banques et sur les bourses. Il est généralement admis que cette disposition a pour but, outre d'assurer la protection des individus (par ex. la protection des créanciers), d'assurer également le fonctionnement des marchés financiers, ainsi que d'améliorer la réputation et la viabilité de la place financière suisse (art. 4 LFINMA)³⁴⁹.

Une chute incontrôlée d'une SIB a, par définition, des conséquences intolérables pour l'ensemble de l'économie. Raison pour laquelle, actuellement déjà, la LB opère de nombreuses distinctions entre les SIB et les autres banques (art. 7 ss LB). En effet, les SIB sont soumises à des exigences particulières (par ex. en matière de fonds propres, de liquidités et de plan d'urgence), afin de renforcer la stabilité du secteur financier. Dans cette perspective, les propositions d'instaurer des exigences plus élevées pour les SIB en matière de rémunérations variables (par ex. les impacts sur les rémunérations variables selon l'art. 10b AP-LB) s'inscrivent dans l'objectif d'assurer la protection du système financier. Par ailleurs, les banques organisées de manière complexe présentent davantage de risques pour les intérêts des clients, car leur structure rend la surveillance et les mesures de la FINMA plus difficiles à mettre en place. Ainsi, les exigences particulières opérées résultent des critères objectifs de

³⁴⁹ CR Cst., 1e édition, ZUFFEREY Jean-Baptiste, 2021, art. 98, N. 8

l'importance systémique ou de l'organisation complexe et ont notamment pour but d'améliorer la gouvernance d'entreprise.

En ce qui concerne la proportionnalité, les propositions ne vont pas au-delà de ce qu'exige impérativement la protection des intérêts publics et l'incidence des exigences plus élevées restera aussi limitée que possible (par ex. les fonctions soumises au régime de responsabilité – hormis les organes – sont limitées à certaines fonctions selon l'art. 3c, al. 2, AP-LB et les impacts sur les rémunérations variables ne seront applicables qu'en cas de comportements fautifs selon les art. 5b AP-LB et art. 10b, al. 3 et 4, AP-LB). Ce raisonnement s'applique également concernant les exigences plus élevées en matière de fonds propres, de liquidités et de planification de la stabilisation et de la résolution, ainsi que concernant l'octroi plus restrictif d'allègements, car toutes ces mesures ont pour objectif de renforcer la résilience des SIB. En conclusion, ces restrictions de police à la liberté économique et à l'égalité de traitement sont conformes à la Constitution (art. 36 Cst).

6.1.2. Réglementation relative aux pratiques de rémunération

L'intervention dans la politique de rémunération d'un établissement financier constitue une restriction de la liberté économique (art. 27 Cst) et de la liberté contractuelle³⁵⁰. En outre, les rémunérations sont des prestations contractuelles protégées par la garantie de la propriété (art. 26 Cst)³⁵¹. Il est renvoyé au commentaire général sur les atteintes à la liberté économique et à la propriété figurant dans le message du 20 avril 2011 concernant la révision de la LB³⁵². Le projet législatif propose différentes modifications, soit certaines qui concernent toutes les banques (par ex. détenir un système de rémunération durable et documenté de manière transparente selon l'art. 5c AP-LB) et d'autres qui visent uniquement les SIB (par ex. versement des rémunérations variables par tranches différenciées selon l'art. 10b, al. 1, AP-LB). Certaines nouvelles dispositions visent notamment des impacts sur les rémunérations variables déjà arrêtées (*malus*), ainsi que sur les rémunérations variables déjà versées (*clawbacks*), soit selon l'article 10b alinéa 3 lettre b chiffres 1 et 2 AP-LB.

Sachant que ces prestations contractuelles tombent sous le coup de la garantie de la propriété³⁵³, une atteinte à leur encontre doit faire l'objet d'une base légale suffisante (art. 5, al. 1, Cst)³⁵⁴. Dans le projet proposé, les modifications figurent au niveau de la loi (art. 5b AP-LB et art. 10b AP-LB) et précisent que des réductions des rémunérations variables ou d'autres mesures disciplinaires doivent être mises en œuvre en cas de comportements fautifs. Cette restriction est justifiée par un intérêt public, car elle permet d'éliminer les incitations à adopter des comportements contraires au droit et

³⁵⁰ CR Cst., 1e édition, MARTENET Vincent, 2021, art. 27, N 35

³⁵¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 31 mars 2025, B-3655/2023, consid. 1.4.4.7

³⁵² FF 2011 4365, ch. 5.1.2.1

³⁵³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 31 mars 2025, B-3655/2023, consid. 1.4.4.7

³⁵⁴ ATF 131 II 562, consid. 3.1

permet ainsi de favoriser une bonne gouvernance d'entreprise. Il est donc justifié que les personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable et les personnes recevant des salaires élevés (art. 5b AP-LB et art. 10b AP-LB) voient leurs rémunérations variables diminuées ou, pour les SIB, doivent la restituer. Par ailleurs, l'impact sur les rémunérations variables ou les mesures disciplinaires sont des mesures proportionnées, car elles ne doivent être prises par la banque qu'en cas de comportement fautif de la part du responsable. Partant, le projet proposé est approprié, nécessaire et le cercle des personnes concernées est limité aux personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable, ainsi qu'aux personnes recevant des salaires élevés. Partant, le projet proposé respecte les exigences constitutionnelles (art. 36 Cst).

6.1.3. Réglementation relative aux instruments de la FINMA

Certaines modifications concernant les pouvoirs d'intervention de la FINMA s'appliquent uniquement aux banques (par ex. les contrôles directs de la FINMA selon l'art. 23 AP-LB, ainsi que les mesures de surveillance et d'intervention précoce selon les art. 19 et 24 AP-LB) et, d'autres, à tous les assujettis (art. 3 LFINMA), soit notamment l'information au public (art. 22 AP-LFINMA), les prestations des sociétés d'audit sans lien avec les audits (art. 24, al. 6, AP-LFINMA), l'approbation du choix de la société d'audit (art. 28a, al. 1^{bis}ss, AP-LFINMA), la durée maximale du mandat d'audit (art. 28b AP-LFINMA), les conditions d'agrément pour l'audit (art. 9a AP-LSR), l'astreinte (art. 32a AP-LFINMA), l'interdiction d'exercer (art. 33 AP-LFINMA), l'interdiction de pratiquer (art. 33a AP-LFINMA), la confiscation (art. 35 AP-LFINMA) et les sanctions administratives pécuniaires (art. 37a AP-LFINMA). Les restrictions correspondantes de la sphère privée (art. 13 Cst), de la propriété (art. 26 Cst) et de la liberté économique (art. 27 Cst) sont autorisées dans la mesure où elles sont proportionnées et justifiées par un intérêt public (art. 36 Cst). Celui-ci réside principalement dans la protection des individus et dans la garantie d'un marché financier stable et résistant aux crises (art. 4 LFINMA).

En particulier, en ce qui concerne l'intervention précoce (art. 19 et 24 AP-LB), plusieurs mesures à disposition de la FINMA restreignent la liberté économique de la banque (par ex. la limitation de l'activité, l'interdiction de distributions et l'exécution de mesures prévues dans le plan de stabilisation). Ces restrictions sont justifiées, car l'objectif poursuivi par ces mesures est notamment de prévenir des violations du droit de la surveillance, d'éviter à une banque de se retrouver dans une situation de risques élevés ou de la stabiliser, ainsi que de protéger les intérêts des clients. Ainsi, ladite protection et la stabilité du marché financier sont au cœur de ces mesures. Par ailleurs, ces différentes mesures sont intégrées de manière proportionnée, car les mesures les moins incisives peuvent être prises dans la surveillance courante (art. 19 AP-LB), les mesures plus restrictives pourront être prises uniquement dans une situation de risques élevés (art. 24 AP-LB) et d'autres mesures plus drastiques pourront être prises en cas de risque d'insolvabilité (art. 26 AP-LB). Partant, ces mesures sont conformes à l'article 36 Cst.

En ce qui concerne l'information au public (art. 22 AP-LFINMA), soit l'obligation pour la FINMA d'informer le public sur les procédures d'*enforcement* closes par une décision

finale, cette mesure est susceptible de toucher à la protection de la sphère privée, garantie notamment par l'article 13 Cst. L'instrument repose sur une base légale claire dans une loi au sens formel et poursuit un intérêt public prépondérant, à savoir la transparence de l'activité de surveillance, le renforcement de la confiance dans la place financière, ainsi que l'effet préventif de la publication des décisions d'*enforcement*. Afin de tenir compte des intérêts privés dignes de protection, la communication d'informations est strictement encadrée. En particulier, les informations relatives aux personnes physiques sont publiées de manière anonyme, de sorte qu'aucune identification directe ou indirecte n'est possible. Cette anonymisation permet de préserver la sphère privée et la réputation des personnes physiques concernées. En revanche, les informations relatives aux personnes morales ou aux sociétés de personnes seront publiées de manière nominative. Celles-ci ne bénéficient pas, ou seulement de manière limitée, de la protection de la sphère privée au sens de l'article 13 Cst. et leur identification est justifiée par l'intérêt public à la transparence et à l'égalité de traitement entre les acteurs du marché. Enfin, le principe de proportionnalité est respecté dans la mesure où l'information systématique porte exclusivement sur des procédures matérielles closes par une décision finale et se limite aux éléments nécessaires à la compréhension de l'intervention de la FINMA. L'essence du droit à la protection de la sphère privée est ainsi préservée. Cette mesure est donc conforme à l'article 36 Cst.

Concernant les modifications effectuées en lien avec la surveillance directe de la FINMA et des sociétés d'audit, celles-ci restreignent la liberté économique (art. 27 Cst) des assujettis et des sociétés d'audit (par ex. l'interdiction faite aux sociétés d'audit de fournir certaines prestations de service sans lien avec l'audit et l'obligation faite aux assujettis de changer de société d'audit après une certaine durée). En effet, il sera désormais fait interdiction aux sociétés d'audit de fournir aux assujettis soumis à la surveillance prudentielle des prestations qui ne sont pas liées à l'audit (art. 24, al. 6, AP-LFINMA). Cette mesure ne restreint pas le volume total des prestations à fournir, mais les redistribue différemment entre les sociétés d'audit. Il sera interdit à l'auditeur responsable d'avoir certaines autres fonctions (art. 9a AP-LSR). En outre, il sera obligatoire pour les assujettis de recevoir l'approbation de la FINMA pour le choix et le changement de la société d'audit (art. 28a, al. 1^{bis}ss, AP-LFINMA) et de changer de société d'audit après une certaine durée (art. 28b AP-LFINMA). Notamment, l'obligation d'obtenir l'approbation de la FINMA pour un changement de société d'audit peut permettre d'éviter un changement si les motifs pour celui-ci sont liés à un audit rigoureux dont l'assujetti préférerait se débarrasser. Ainsi, ces restrictions à la liberté économique sont justifiées, car l'objectif poursuivi par ces modifications est de renforcer la qualité de l'audit en atténuant les risques de conflits d'intérêts. Elles répondent à un intérêt public prépondérant en renforçant l'efficacité de la surveillance et en accroissant l'indépendance des sociétés d'audit. En définitive, un audit rigoureux est nécessaire, afin de permettre à la FINMA d'avoir une connaissance des problématiques réelles auxquelles l'assujetti fait face. La surveillance de la FINMA sera donc améliorée et lui permettra de mieux protéger les créanciers, investisseurs et assurés, ainsi que d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers (art. 4 LFINMA). Ces différentes mesures demeurent proportionnées, car elles portent moins atteinte à la liberté économique que d'autres mesures auxquelles il a été renoncé

(par ex. la suppression de la surveillance dualiste). Partant, ces mesures sont conformes à l'article 36 Cst.

Concernant les astreintes (*periodic penalty payments*, PPP) (art. 32a AP-LFINMA), celles-ci constituent une atteinte à la liberté économique garantie par l'article 27 Cst, en ce sens qu'elles exercent une pression financière sur le libre exercice d'une activité économique privée et sur la garantie de la propriété (art. 26 Cst) dans la mesure où l'assujetti doit payer une partie de son produit d'exploitation brut à l'Etat. L'article 32a AP-LFINMA fixe de manière claire et prévisible les conditions d'application des astreintes dans une loi formelle. Celles-ci ne peuvent être ordonnées qu'après une menace formelle et l'octroi d'un délai permettant à l'assujetti concerné d'exécuter une décision de la FINMA. Ce n'est qu'en cas de non-respect persistant que les astreintes peuvent être ordonnées. Leur durée est en outre strictement limitée à six mois au maximum et leur montant est lié au produit d'exploitation brut de l'assujetti, ce qui garantit une adaptation à sa capacité économique. Les astreintes poursuivent un intérêt public légitime, à savoir l'exécution des décisions de la FINMA et l'effectivité de la surveillance des marchés financiers. Elles permettent d'assurer que les décisions administratives ne restent pas lettre morte et de préserver l'égalité de traitement entre les acteurs économiques. Enfin, l'instrument respecte le principe de proportionnalité. Les astreintes sont propres à atteindre le but visé, nécessaires en l'absence de moyens moins incisifs d'égale efficacité et proportionnées au sens étroit, compte tenu de leur limitation temporelle, de leur plafonnement économique et de leur cessation immédiate dès le rétablissement de l'ordre légal. Elles ne revêtent pas un caractère punitif et ne portent pas atteinte à l'essence de la liberté économique et à la garantie de la propriété. Cette mesure est ainsi conforme à l'article 36 Cst.

En ce qui concerne l'extension de l'obligation de renseigner et d'annoncer (art. 29 AP-LFINMA) aux personnes physiques (notamment aux organes et collaborateurs des assujettis), cette modification peut constituer une restriction aux garanties procédurales découlant de l'article 29 Cst., en particulier au droit de ne pas s'auto-incriminer (*nemo tenetur se ipsum accusare*) dans les cas où ses renseignements sont exploités dans le cadre d'une procédure pénale à l'encontre de la même personne. Toutefois, cette restriction est justifiée. Elle repose sur une base légale formelle et poursuit un intérêt public majeur, à savoir l'efficacité de la surveillance prudentielle, la protection des créanciers et des investisseurs, ainsi que la stabilité du système financier. En outre, elle respecte le principe de proportionnalité, car l'obligation vise principalement la production d'informations et de documents nécessaires à l'exercice de la surveillance et ne supprime pas les autres garanties procédurales (par ex. accès au dossier, droit d'être entendu et motivation de la décision). En outre, le projet met en place deux mécanismes de protection à savoir l'article 37b alinéa 2 AP-LFINMA qui permet à l'administré de ne pas s'auto-incriminer (soit ne pas reconnaître une violation du droit de la surveillance) dans une procédure pouvant mener à une sanction administrative pécuniaire devant la FINMA et l'article 38a AP-LFINMA qui interdit aux autorités pénales l'exploitation des déclarations auto-incriminantes faites sous la menace d'une sanction pénale par une personne physique. Ainsi, l'extension de l'obligation aux personnes physiques apparaît compatible avec l'article 29 Cst et conforme à l'article 36 Cst.

Concernant l'interdiction d'exercer (art. 33 AP-LFINMA), cette disposition est notamment modifiée afin que l'interdiction d'exercer une fonction dirigeante dans l'établissement d'un assujetti puisse être ordonnée, en cas de récidive, pour une durée indéterminée. La durée est donc alignée sur celle de l'interdiction de pratiquer (art. 33a LFINMA). Cette modification restreint la liberté économique de l'auteur (art. 27 Cst). Toutefois, cette limitation est justifiée (art. 36 Cst), car elle permet de renforcer la qualité de la gouvernance d'entreprise et ainsi, protéger les intérêts des individus (par ex. les clients d'une banque), ainsi que favoriser un marché financier stable et résistant aux crises. En outre, cette modification est proportionnelle, car l'interdiction d'exercer continuera à s'appliquer qu'en cas de violation grave du droit de la surveillance et la FINMA dispose d'une marge d'appréciation quant à la durée prononcée. Ce n'est qu'en cas de récidive que la durée peut être illimitée. Partant, cette mesure est conforme à l'article 36 Cst.

En ce qui concerne la confiscation (art. 35 AP-LFINMA), cette disposition est notamment modifiée afin que la confiscation puisse être ordonnée contre tout collaborateur d'un assujetti. Le cercle est ainsi étendu à tous les collaborateurs qui auraient acquis ou évité une perte en violation grave du droit de la surveillance. Cette modification restreint la propriété de l'auteur (art. 26 Cst). Toutefois, cette limitation est justifiée (art. 36 Cst), car elle permet de corriger les incitations à violer le droit de la surveillance pour l'obtention de gains ou pour éviter des pertes. Partant, elle protège les individus (par ex. les assurés), favorise le bon fonctionnement des marchés financiers, améliore la réputation de la place financière et relève ainsi d'un intérêt public prépondérant. En outre, cette modification est proportionnelle, car la confiscation continuera à s'appliquer qu'en cas de violation grave du droit de la surveillance. Ainsi, les cas d'application sont limités, car la mesure ne concerne que les collaborateurs qui ont commis des violations. Partant, cette mesure est conforme à l'article 36 Cst.

En conclusion, les modifications proposées sont appropriées et nécessaires à la protection des intérêts public concernés. Le principe de proportionnalité est également respecté à travers les exceptions et les allègements prévus dans plusieurs cas, pour autant que la protection des tiers reste garantie. Les dispositions proposées sont dès lors conformes à la Constitution (art. 36 Cst).

Par ailleurs, la délégation à la FINMA de nouvelles compétences en matière de surveillance des marchés financiers (par ex. les sanctions administratives pécuniaires) est conforme à la Constitution (art. 178 al. 3 Cst).

6.1.4. Constitution et réalisation de sûretés liées au soutien en liquidités de la BNS

Les mesures des art. 17 à 17d AP-LB visant à simplifier l'utilisation de créances de crédit pour garantir un soutien en liquidités de la BNS portent sur la liberté de contracter, qui est protégée par la liberté économique (art. 27 Cst.). Elles prévoient notamment des dispositions légales en matière de transfert devant permettre de garantir un soutien en liquidités de la BNS et des simplifications dans la préparation des cédulas hypothécaires en tant que sûretés pour le soutien en liquidités de la BNS, afin que les créances de crédit et d'autres sûretés (par ex. cédulas hypothécaires)

puissent être transmises à la BNS, à des sociétés ad hoc au sens de l'art. 17b AP-LB ou à des tiers en vue d'une éventuelle réalisation par la BNS (art. 17a AP-LB), même en l'absence de bases contractuelles explicites. Les nouvelles dispositions à inscrire dans la LB créeront une base légale formelle. Ces simplifications sur le plan légal permettront de transférer de manière valable, en peu de temps et aussi facilement que possible, des créances de crédit et d'autres sûretés à la BNS ou, en application de l'art. 17b AP-LB, à une société ad hoc en vue de l'émission de titres de créance couverts (*covered bonds*) liés. Les banques pourront dès lors demander un soutien en liquidités de la BNS sans devoir modifier des contrats à grande échelle, et leur approvisionnement en liquidités sera mieux garanti, notamment en cas de crise. Enfin, le risque d'une crise bancaire pouvant avoir des conséquences insupportables pour l'économie sera réduit. Les mesures contribuent ainsi à la bonne marche du système bancaire et donc à protéger le fonctionnement des marchés financiers (cf. art. 4 LFINMA). En principe, non seulement les banques, mais aussi leurs clients profiteront, notamment en cas de crise, des allègements prévus concernant le transfert de créances de crédit et la constitution de sûretés en vue du recours à un soutien en liquidités auprès de la BNS, car celui-ci pourra contribuer à atténuer le risque de défaillance d'une banque en difficulté. Tant que les sûretés ne sont pas réalisées, rien ne change à la relation d'affaires entre les clients et la banque concernée. Du point de vue des débiteurs concernés par les mesures visées aux art. 17 à 17d AP-LB, un changement de créancier est en général moins grave qu'un changement de débiteur. C'est pourquoi le droit privé en vigueur autorise la cession de créances, sauf si celle-ci est interdite notamment par une convention (art. 164, al. 1, CO). Les mesures légales proposées constitueront donc, dans la plupart des cas, une légère atteinte à la position juridique des débiteurs. Dans certains cas exceptionnels, elles pourront concerner une créance assortie d'une interdiction de cession, ce qui pourra peser plus lourd. Néanmoins, les débiteurs, comme les créanciers ou les clients, ont intérêt à ce que la banque prêteuse soit stable et viable, d'autant plus qu'elle est souvent leur banque attitrée. Il est également dans leur intérêt que leur banque soit assurée de pouvoir bénéficier rapidement d'un soutien en liquidités de la BNS en cas de crise et de pouvoir garantir ainsi sa stabilité pour réduire le risque de défaut de paiement et de crédit, d'autant plus si, comme c'est souvent le cas dans la pratique, ils entretiennent simultanément plusieurs relations d'affaires avec la banque concernée et ont des créances sur cette dernière. L'éventuel changement de créancier ne peut être effectué que vers la BNS ou des sociétés ad hoc créées spécifiquement aux fins du soutien en liquidités de la BNS. Il n'est pas ouvert à des tiers quelconques. L'aliénation subséquente de créances à des tiers n'entrerait en ligne de compte que dans le cas, exceptionnel, d'une réalisation, mais la viabilité de la banque ne serait alors de toute façon plus assurée. Dans le cadre d'une liquidation par voie de faillite, les débiteurs devraient nécessairement envisager le transfert des créances de crédit concernées à d'autres tiers. On peut donc affirmer que les mesures revêtent un intérêt public. Elles sont proportionnées, car les dispositions sont strictement liées à l'octroi d'un soutien en liquidités par la BNS et doivent être exécutées dans un cas précis, à savoir la gestion de crises. Elles ne s'appliqueront dès lors que dans des situations exceptionnelles. Par ailleurs, les dispositions sur le transfert devraient être utiles pour les contrats en vigueur, car les clauses de transfert sont actuellement inhabituelles dans les contrats hypothécaires existants, notamment chez les petites banques, voire totalement inexistantes pour les autres types de crédit. Les contrats de crédit conclus à l'avenir

devraient prévoir plus en plus souvent de telles clauses de transfert et permettre l'utilisation de créances de crédit en tant que sûretés. Il convient également de préciser que l'OLiQ soumettra les banques à des exigences réglementaires contraignantes en ce qui concerne la préparation de valeurs admises par les banques centrales en vue du recours à un soutien en liquidités auprès de ces dernières. Les simplifications prévues ici les aideront à remplir ces nouvelles exigences. Enfin, il est important de souligner que l'utilisation de créances de crédit en tant que sûretés ne compromettra en général pas la position juridique des débiteurs de ces créances, car ils pourront encore opposer au nouveau créancier toutes les exceptions qui existaient contre la créance initiale (cf. art. 169 CO). Après un examen minutieux, des mesures plus étendues, dont l'exclusion du droit légal de compensation, ont en revanche été rejetées, car elles auraient entraîné une dégradation excessive de la position juridique des débiteurs³⁵⁵. Au vu des considérations ci-dessus, les restrictions de la liberté contractuelle induites par l'AP-LB sont justifiées. Il en va de même pour la restriction de l'application du secret bancaire et des prescriptions légales relatives à la protection des données. Par conséquent, les mesures sont conformes à l'art. 36 Cst.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet faisant l'objet du présent rapport explicatif n'est en rien contraire aux obligations internationales de la Suisse.

6.3 Forme de l'acte à adopter

Aux termes de l'art. 164, al. 1, Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. L'ensemble des modifications proposées dans l'avant-projet pour la LB et les autres lois citées sont soumises à la procédure législative ordinaire.

6.4 Délégation de compétences législatives

La révision de loi qui fait l'objet du présent rapport comprend des délégations explicites de compétences législatives au Conseil fédéral, mais il s'agit parfois de modifications formelles ou de transferts (art. 3*h*, al. 2, et 3*n*, al. 1, AP-LB). En vertu de l'art. 3*b*, al. 5, AP-LB, le Conseil fédéral aura compétence pour fixer les exigences applicables à l'organisation et pourra autoriser la FINMA à édicter des dispositions d'exécution à ce sujet. En outre, il définira l'organisation complexe ainsi que certains domaines et fonctions (art. 3*c*, al. 4, AP-LB). L'art. 3*d*, al. 3, AP-LB habilite également le Conseil fédéral à définir le contenu de la vue d'ensemble et de la déclaration de responsabilité et comprend une délégation de compétences à la FINMA. En application de l'art. 3*l*, al. 3, AP-LB, le Conseil fédéral pourra fixer les exigences en matière d'organisation qui s'appliqueront aux groupes financiers et aux conglomérats financiers à dominante bancaire. Cette disposition inclut également une délégation de compétences à la FINMA. Par ailleurs, le Conseil fédéral pourra fixer les exigences applicables au

³⁵⁵ Cf. ch. 1.2.3.

système de rémunération des banques concernées et autoriser la FINMA à édicter des dispositions d'exécution à ce sujet (cf. art. 5*b*, al. 4, AP-LB). En outre, en vertu de l'art. 3*q*, al. 1, AP-LB, il aura compétence pour légiférer par la voie de traités internationaux. L'art. 10, al. 4, AP-LB étend des pouvoirs déjà en vigueur. Ainsi, le Conseil fédéral pourra définir par voie d'ordonnance d'autres critères concernant la planification de la résolution pour renforcer la prévention et, en cas de résolution, pouvoir procéder à celle-ci rapidement. L'art. 10*b*, al. 5, AP-LB habilite le Conseil fédéral à définir différentes modalités en lien avec le report de rémunérations variables. De même, l'art. 30*b*, al. 6, AP-LB, lui permet de désigner plus précisément, par voie d'ordonnance, les instruments de dette qu'une banque détenue directement ou indirectement par la Confédération peut émettre. Le Conseil fédéral édictera d'autres dispositions d'exécution en lien avec les art. 32*a*, 37*a* et 37*c* AP-LFINMA (cf. art. 37*d* AP-LFINMA) ainsi qu'avec les art. 38*a* et 38*c*, al. 3, AP-LSR (cf. art. 41 LSR).

Des compétences législatives sont également confiées à la FINMA, mais il s'agit là aussi dans une large mesure de pouvoirs existants qui ont été intégrés à l'avant-projet pour des raisons formelles ou à la suite de transferts (art. 3*p*, al. 1 et 2, et 28, al. 4, AP-LB). En application de l'art. 29*a*, al. 8, AP-LB, la FINMA sera en revanche tenue de préciser les modalités des évaluations ainsi que les exigences relatives au chargé d'évaluation et à la documentation des informations et hypothèses fondant les évaluations.

6.5 Protection des données et principe de transparence

La LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques dont les données personnelles font l'objet d'un traitement (art. 1 LPD). Sont considérées comme des données personnelles les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable (art. 5, let. a, LPD). La notion de traitement au sens de la LPD inclut la communication de données (art. 5, let. d, LPD). Selon l'art. 34 LPD, les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale. En l'espèce, des bases légales nouvelles ou complémentaires doivent être prises en considération dans deux domaines où le traitement de données personnelles est prévu. Le titre 5*a* AP-LFINMA régit dans la loi la collaboration à des fins de prévention et de gestion de crises financières (art. 54*a* ss AP-LFINMA), et une base légale est créée à l'art. 54*j*, al. 3, AP-LFINMA pour les besoins de cette collaboration. L'art. 54*j*, al. 3, AP-LFINMA prévoit ainsi que les autorités concernées et les tiers auxquels elles font éventuellement appel peuvent traiter et se communiquer des données personnelles et des données concernant des personnes morales, y compris des données relatives à des poursuites ou des sanctions administratives ou pénales (cf. art. 5, let. c, ch. 5, LPD et art. 57*r*, al. 2, let. a, LOGA) et des données relatives à des secrets professionnels ou à des secrets d'affaires visées à l'art. 57*r*, al. 2, let. b, LOGA, dans la mesure où cela est utile à leur collaboration en vue de la prévention et de la gestion de crises financières touchant la Suisse. De plus, au chapitre VIII AP-LB concernant la constitution et la réalisation de sûretés en lien avec un soutien en liquidités de la BNS, une base légale est créée pour le traitement et la communication de données personnelles et de données concernant des personnes morales par la BNS et les éventuels tiers auxquels il est fait appel aux fins

de l'exécution des dispositions du chapitre, dans la mesure où cela est nécessaire à la gestion, à la surveillance, au règlement et à la réalisation des opérations de crédit et des droits et sûretés qui y sont liés au sens de ce même chapitre (art. 17d, al. 1, AP-LB)³⁵⁶.

Les art. 54a ss AP-LFINMA règlent, entre autres, le traitement et la communication de données. Les autorités et les tiers auxquels elles font appel ont besoin de s'échanger réciproquement ces données pour garantir la collaboration aux fins de la prévention et de la gestion de crises financières en Suisse. Or, les informations et données des assujettis concernés ainsi que les informations fournies au DFF par la BNS et la FINMA seront sans aucun doute très sensibles. La collaboration et les flux d'informations nécessaires seraient donc sensiblement entravés si les participants au marché concernés, la FINMA et la BNS devaient partir du principe que les informations échangées avec le DFF ou d'autres services fédéraux ainsi que la documentation des séances du Conseil en stabilité financière et du Comité de stabilité financière sont soumises à la LTrans et publiables. La BNS et la FINMA ne sont pas assujetties à la LTrans (art. 2, al. 2, LTrans). La BNS est exclue du champ d'application afin de tenir compte de son statut indépendant particulier selon l'art. 99 Cst. et afin de garantir cette indépendance également dans le domaine de l'accès à l'information. L'exclusion de la FINMA se justifie par le fait qu'en tant qu'autorité de surveillance des marchés financiers, elle opère dans un domaine extrêmement sensible au niveau économique et politique³⁵⁷. Dans ce contexte et sachant que la plupart des informations échangées aux fins de la prévention et de la gestion des crises financières devraient provenir de la FINMA et de la BNS, qui ne sont pas soumises à la LTrans, l'art. 54j, al. 2, AP-LFINMA prévoit une exception à cette loi dans le contexte du titre 5a AP-LFINMA³⁵⁸. Enfin, à des fins d'exhaustivité, il faut préciser que les documents établis par la FINMA en vertu de l'art. 52b AP-LB sont exclus du champ d'application de la LTrans³⁵⁹.

Annexe

Analyse d'impact de la réglementation³⁶⁰

³⁵⁶ Pour plus de détails, cf. le commentaire de l'art. 17d, al. 1, AP-LB au ch. 4.1.

³⁵⁷ Cf. FF 2003 1807, 1830.

³⁵⁸ Cf. à ce sujet le commentaire de l'art. 54j, al. 2, AP-LFINMA au ch. 4.7.

³⁵⁹ Cf. à ce sujet le commentaire de l'art. 52b AP-LB au ch. 4.1.

³⁶⁰ www.efd.admin.ch > Too Big To Fail