



Berne, le 23 novembre 2022

Modification de l'ordonnance sur les banques

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

Commentaire

Table des matières

1	Contexte	3
1.1	Généralités	3
1.2	Solutions étudiées et solution retenue	3
1.2.1	Insolvabilité, garantie des dépôts et ségrégation	3
1.2.2	Capacité d'assainissement et de liquidation	3
1.2.3	Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral.....	4
2	Procédure de consultation	4
2.1	Résultats de la procédure de consultation	4
2.2	Principales modifications de fond par rapport au projet mis en consultation ..	5
3	Comparaison avec le droit étranger	7
3.1	Insolvabilité, garantie des dépôts et ségrégation	7
3.2	Capacité d'assainissement et de liquidation	7
4	Présentation du projet	8
4.1	Insolvabilité	8
4.2	Garantie des dépôts	9
4.3	Capacité d'assainissement et de liquidation	9
4.4	Autres thèmes	10
4.5	Application	11
5	Commentaires des dispositions	11
5.1	Ordonnance sur les banques	11
5.2	Ordonnance sur l'émission de lettres de gage	26
5.3	Ordonnance sur les fonds propres	28
5.4	Ordonnance sur les liquidités	32
5.5	Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA	32
6	Conséquences	35
6.1	Conséquences économiques	35
6.1.1	Banques.....	35
6.1.2	Stabilité financière (capacité d'assainissement et de liquidation).....	38
6.1.3	Clients (garantie des dépôts).....	38
6.1.4	Investisseurs (insolvabilité)	39
6.2	Conséquences pour la Confédération	39
7	Aspects juridiques	40
7.1	Constitutionnalité	40
7.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	40
7.3	Délégation de compétences législatives	40
8	Entrée en vigueur	40

1 Contexte

1.1 Généralités

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

Les dispositions d'exécution que le Conseil fédéral propose d'introduire dans l'OB² et qui font l'objet du présent commentaire définissent et précisent, pour l'essentiel, la garantie des dépôts et les exigences envers les sociétés du groupe significatives. L'ordonnance sur l'émission de lettres de gage fait aussi l'objet d'une précision. Les changements réalisés dans la loi dans le domaine de l'insolvabilité ne nécessitent qu'une légère modification de l'ordonnance, tandis que ceux qui concernent la ségrégation n'ont pas besoin d'y être transposés.

Le projet comprend également une révision des dispositions de l'OB relatives à la capacité d'assainissement et de liquidation et au système de remise pour les banques d'importance systémique actives au niveau international. Le Conseil fédéral avait déjà annoncé cette révision dans son rapport du 3 juillet 2019 concernant l'examen prévu par l'art. 52 LB et dans ses commentaires du 27 novembre 2019 relatifs à la modification de l'ordonnance sur les fonds propres (OFR). Dans le sillage de ces modifications de l'OB et surtout en raison de celles-ci, d'autres ordonnances sur les marchés financiers font l'objet d'adaptations mineures (cf. commentaires des dispositions pour de plus amples informations à ce sujet).

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

1.2.1 Insolvabilité, garantie des dépôts et ségrégation

Dans son message du 19 juin 2020 concernant la modification de la LB³, le Conseil fédéral avait déjà examiné en détail les solutions dont il disposait pour modifier la loi⁴. Il a toujours veillé à cet égard à ne pas remettre fondamentalement en question le cadre juridique suisse éprouvé et équilibré dans les domaines concernés, mais à y apporter des modifications spécifiques de manière ciblée. Il suit ce même principe pour les dispositions des ordonnances qu'il présente ici, dans la mesure où la loi lui accorde une marge de manœuvre. De plus amples informations sur les éventuelles solutions étudiées figurent dans les commentaires des dispositions (chap. 5).

1.2.2 Capacité d'assainissement et de liquidation

La solution retenue incitera à maintenir la capacité d'assainissement et de liquidation (*resolvability*) des banques d'importance systémique actives au niveau international visées à l'art. 124a OFR⁵ (*global systemically important banks*, G-SIB) en fixant des exigences complémentaires concernant les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes et des majorations pour la détention de liquidités. L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) pourra relever les exigences si les obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation qu'elle a identifiés ne sont pas éliminés dans le délai imparti. Une autre solution aurait consisté à supprimer purement et simplement le système de remise, mais la FINMA

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

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

³ FF 2020 6151

⁴ FF 2020 6151 6171 ss

⁵ Ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres (RS 952.03)

n'aurait alors disposé d'aucune base légale explicite pour évaluer cette capacité et sanctionner les entraves à l'assainissement et à la liquidation. Cette solution a été abandonnée, car les autorités (Département fédéral des finances [DFF] et FINMA) ont estimé qu'elle ne répondait pas aux objectifs. De plus, la solution retenue assure aux banques concernées une plus grande sécurité de la planification ainsi qu'une plus grande sécurité juridique par rapport à la situation actuelle, car les règles inscrites dans le projet exposent les critères sur lesquels la FINMA se fondera pour évaluer la capacité d'assainissement et de liquidation d'une G-SIB.

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

Les changements relatifs à la garantie des dépôts et à l'insolvabilité découlent des modifications législatives que le Conseil fédéral a déjà approuvées dans le message du 19 juin 2020 concernant la modification de la loi sur les banques⁶. Les propositions de modification des dispositions régissant la capacité d'assainissement et de liquidation s'inscrivent dans l'objectif du Conseil fédéral de garantir la stabilité du système financier.⁷ Elles ciblent également l'objectif stratégique de la FINMA, approuvé par le Conseil fédéral, d'atténuer durablement le risque *too big to fail*.⁸

2 Procédure de consultation

2.1 Résultats de la procédure de consultation

Le projet mis en consultation a été bien accueilli par la plupart des cantons, des associations faitières de l'économie et des membres du secteur. De manière générale, les participants estiment que les modifications proposées dans le domaine de la garantie des dépôts et de l'insolvabilité, le classement dynamique des banques et les dispositions régissant les sociétés du groupe significatives sont opportunes et permettent d'atteindre les objectifs visés. Seules quelques demandes de modification ont été formulées. Peu de participants se sont exprimés sur le fond des dispositions relatives à la capacité d'assainissement et de liquidation. Dans l'ensemble, le projet n'a fait l'objet d'aucune réserve. Les remarques portaient surtout sur les points suivants:

- Garantie des dépôts: le privilège prévu pour les intérêts courus sur les dépôts privilégiés a essuyé certaines critiques et certains participants ont demandé que les intérêts courus sur les créances ne soient pas privilégiés. De plus, le format de la liste des déposants et le processus de remboursement des dépôts privilégiés devraient être définis plus clairement. En outre, les préparatifs devraient être vérifiés par une société d'audit, dans le cadre du cycle d'audit prévu dans le droit de la surveillance, au lieu de l'être par l'organe de révision. Par ailleurs, plusieurs participants souhaiteraient qu'il soit possible de consigner des prêts en espèces auprès de la Banque nationale suisse (BNS), en qualité de sous-dépositaire sûr, aux fins de la garantie des dépôts.
- Insolvabilité: les participants sont favorables au nouvel instrument de dette des banques cantonales. Toutefois, ils jugent inutilement stricte la réglementation selon laquelle une banque cantonale faisant l'objet d'un assainissement ne peut effectuer aucune distribution

⁶ FF 2020 6151

⁷ Rapport du Conseil fédéral *Leadership mondial, ancrage en Suisse: Politique pour une place financière suisse tournée vers l'avenir* du 4 décembre 2020. Source: www.sif.admin.ch > Documentation > Publications > Politique en matière de marchés financiers > [Rapport](#).

⁸ FINMA, Objectifs stratégiques 2021 à 2024 du 18 novembre 2020. Source: www.finma.ch > FINMA > Objectifs > Objectifs stratégiques > [Objectifs stratégiques de la FINMA 2021 à 2024](#).

ou indemnisation aux propriétaires avant le versement intégral de la compensation convenue aux créanciers du *bail-in* ou l'expiration de l'obligation de fournir la prestation. Ils proposent plutôt que les conditions d'émission pourraient ne pas mentionner le respect du principe NCWOL⁹, ce qui permettrait également une distribution anticipée au canton, au moins pour financer les coûts du capital d'assainissement qu'il a apporté.

- Capacité d'assainissement et de liquidation: quelques participants doutent que le Conseil fédéral dispose d'une base légale suffisante pour mettre en place un nouveau système incitatif qui autoriserait la FINMA à demander une majoration des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou des liquidités exigées en cas d'obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation. De plus, ils estiment que le projet n'est pas conforme au principe de proportionnalité, arguant que les majorations proposées ne sont pas plafonnées, contrairement à celles qui sont prévues dans le régime en vigueur, et sont inutiles pour atteindre l'objectif visé. Les participants suggèrent également des améliorations concrètes du système incitatif mis en consultation. Ils refusent en revanche que les fonds propres supplémentaires exigés soient pris en compte dans le calcul des fonds propres supplémentaires destinés à absorber les pertes.

Pour une présentation détaillée des avis reçus, nous renvoyons au rapport distinct sur les résultats de la procédure de consultation.

2.2 Principales modifications de fond par rapport au projet mis en consultation

- Garantie des dépôts: après la consultation, le projet a été immédiatement modifié de sorte que les intérêts courus sur les dépôts privilégiés soient non seulement privilégiés mais aussi garantis. Ainsi, les intérêts courus sont compris dans les dépôts garantis conformément à la liste des déposants et ne figurent plus dans l'aperçu sommaire (voir art. 42i OB). Par conséquent, de nombreux créanciers privilégiés détenant des créances (intérêts compris) de 100 000 francs maximum peuvent être remboursés une fois pour toutes et retirés de la deuxième classe. L'organisme de garantie, également colloqué dans la deuxième classe, se verra alors plus rapidement verser des acomptes, ce qui, en fin de compte, renforce le système de garantie des dépôts. Des précisions ont été apportées dans les commentaires relatifs au format de la liste des déposants (art. 42i, al. 3, OB) et au processus de remboursement (art. 44 OB), clarifiant ainsi la préparation ou l'exécution d'un assainissement ou d'une liquidation. De plus, la vérification des préparatifs (art. 42g, al. 2, P-OB) ne fait plus l'objet d'une disposition spécifique et pourra être exécutée par la société d'audit lors du cycle d'audit ordinaire. Par conséquent, plus aucune disposition transitoire n'est requise en la matière.

À l'avenir, des espèces pourront être consignées auprès de la BNS, qui agira en qualité de sous-dépositaire sûr. Il n'est pas nécessaire de modifier le projet d'ordonnance à cet effet (cf. remarque liminaire sur l'annexe 2, ch. 5.2, OFR).

- Insolvabilité: la réglementation relative au nouvel instrument de dette des banques cantonales a été modifiée conformément aux réserves formulées lors de la procédure de consultation, et l'interdiction d'effectuer une distribution ou une indemnisation aux propriétaires a été assouplie lorsque ceux-ci versent des contributions d'assainissement. Afin de renforcer *de facto* la protection des clients, l'instrument de dette ne peut être émis qu'à une valeur nominale d'au moins 100 000 francs. Du point de vue de la systématique, il

⁹ *No creditor worse of than in liquidation*. En d'autres termes, l'assainissement ne doit pas faire supporter aux créanciers des pertes plus élevées que celles qui découleraient d'une faillite de l'établissement.

est intégré dans un nouveau chapitre au niveau des fonds propres pris en compte, en tant que fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (cf. art. 40a OFR).

- Capacité d'assainissement et de liquidation: le terme «garantie» a été remplacé par «maintien» pour plus de précision. Ce changement souligne ainsi plus clairement que les banques concernées devront maintenir la capacité d'assainissement et de liquidation qui doit être atteinte et que l'on attend d'elles (art. 65 OB).

L'obligation de présenter une preuve formelle de la capacité d'assainissement et de liquidation a été remplacée par une obligation de documentation spécifique dans le cadre du processus existant (art. 64, al. 5, OB).

Énoncée à l'art. 65, al. 2, P-OB, l'obligation de déclarer les modifications significatives de la structure, de l'organisation et du modèle d'affaires a été supprimée, car une obligation d'information adéquate figure déjà dans le droit en vigueur (cf. notamment l'art. 29, al. 2, LFINMA).

Les critères mentionnés à l'art. 65a, al. 2, OB ont été précisés sur la base des avis reçus lors de la consultation.

Une majoration des liquidités reposant sur l'art. 25, al. 1, OLi¹⁰ est prévue uniquement à l'art. 65a, al. 2, let. c, OB (évaluation du besoin de liquidités). Dans les autres cas, les majorations porteront exclusivement sur les fonds destinés à absorber les pertes. Leur montant ne sera pas publié (art. 65b, al. 1, OB).

Le montant des autres fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes est plafonné à 25 % de l'exigence totale (art. 133 OFR).

Sur la base des avis reçus, les fonds propres supplémentaires visés à l'art. 131b ne seront pas inclus dans la base de calcul des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes (art. 132, al. 2, OFR).

La plupart des dispositions transitoires figurant dans le projet mis en consultation ont été supprimées (cf. art. 69a, al. 2, OB).

Quelques-unes des requêtes exprimées lors de la consultation n'ont pas pu être prises en compte. Il est ainsi toujours prévu de remplacer le système incitatif portant sur la capacité d'assainissement et de liquidation par un nouveau système. Avec l'art. 9, al. 2, let. a, ch. 3, LB, le Conseil fédéral dispose d'une base légale suffisante pour mettre à jour le système incitatif visant à préserver la capacité d'assainissement et de liquidation. Les incitations prévues par la loi permettent le remaniement du système, car celui-ci a pour but que les banques améliorent leur capacité d'assainissement et de liquidation en cas d'obstacles. Les modifications de l'OB et de l'OFR créent les bases légales requises pour que la FINMA puisse évaluer chaque année si la capacité d'assainissement et de liquidation remplit les critères définis par le Conseil fédéral dans une ordonnance. Cette évaluation est nécessaire à l'application du système incitatif par la FINMA.

Les commentaires relatifs aux sociétés du groupe significatives ont été précisés. Pour ce qui est du classement dynamique des banques, le projet modifié indique clairement à partir de quand la FINMA appliquera les nouveaux seuils.

¹⁰ Ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (RS 952.06)

3 Comparaison avec le droit étranger

3.1 Insolvabilité, garantie des dépôts et ségrégation

En ce qui concerne l'insolvabilité bancaire, la garantie des dépôts et la ségrégation, les dispositions de la présente révision du droit bancaire pertinentes pour une comparaison avec le droit étranger figurent déjà pour l'essentiel dans la LB révisée. Nous renvoyons donc à ce propos à la comparaison détaillée avec les juridictions étrangères et les normes internationales qui a été réalisée dans le message sur la modification de la LB¹¹.

3.2 Capacité d'assainissement et de liquidation

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

Les *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* du Conseil de stabilité financière (CSF)¹² constituent les normes internationales déterminantes pour, notamment, l'évaluation régulière de la capacité d'assainissement et de liquidation (des G-SIB principalement) par les autorités de surveillance. Le CSF publie également des directives sur différents thèmes et les intègre au processus d'évaluation correspondant lorsque cela est approprié et opportun¹³.

Plusieurs États, dont l'Union européenne (UE), le Royaume-Uni et les États-Unis, ont défini des cadres juridiques pour concrétiser, améliorer et vérifier la capacité d'assainissement et de liquidation des banques qui se trouvent sur leur territoire. Les autorités disposent ainsi de compétences diverses pour, le cas échéant, contrôler et sanctionner l'absence de progrès au niveau de la capacité d'assainissement et de liquidation d'un établissement bancaire. Ces compétences permettent dans certaines circonstances de vastes interventions dans la structure juridique et commerciale, tandis que le projet de la Suisse repose sur des incitations à disposer de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou à accroître les liquidités, d'une part, et à publier l'état de cette capacité des banques, d'autre part:

- Dans l'**UE**, le Conseil de résolution unique (CRU) établit au sein de l'Union bancaire un plan de liquidation pour chaque banque relevant de sa compétence. Les banques devraient atteindre leur pleine capacité d'assainissement et de liquidation d'ici à la fin de 2023. Le CRU a concrétisé au début de 2021 ses attentes en la matière¹⁴. Il procède à une évaluation et informe le public de l'état de cette capacité ainsi que des étapes requises jusqu'à ce que celle-ci soit complète¹⁵. Il exige l'exécution de mesures correctrices lorsqu'il constate des obstacles durables à la liquidation ou l'absence de progrès dans leur élimination par une banque. Des progrès importants peuvent être récompensés lors de la définition des exigences relatives à la dotation en fonds propres et en fonds de tiers

¹¹ FF 2020 6151 6160 ss

¹² <https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/>

¹³ Cf. www.fsb.org > Home > Publications > Policy Documents > Policy Areas = Resolution and Crisis Management.

¹⁴ <https://www.srb.europa.eu/en/content/expectations-banks>

¹⁵ Le CRU a publié sa première évaluation en juillet 2022: cf. [2022-07-13 SRB-Resolvability-Assessment.pdf \(europa.eu\)](https://www.srb.europa.eu/en/content/2022-07-13-SRB-Resolvability-Assessment.pdf).

en vue d'un assainissement ou d'une liquidation¹⁶. En présence d'obstacles à l'assainissement ou à la liquidation, les mesures destinées à les éliminer sont fixées en fonction du degré de gravité. Elles peuvent aller bien au-delà d'une majoration des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou de la dotation en liquidités. À cet égard, l'Union bancaire dispose elle aussi d'un système incitatif.

- Au **Royaume-Uni**, la Banque d'Angleterre a publié les règles relatives à la capacité d'assainissement et de liquidation (*Resolvability Assessment Framework*, RAF)¹⁷ en juillet 2019. Celles-ci contraignent les banques entrant dans le champ d'application de ces règles à exposer dans les grandes lignes le niveau de cette capacité à l'autorité de régulation prudentielle (*Prudential Regulatory Authority*, PRA), à la Banque d'Angleterre et au public. Cette dernière informe également le public, établissement par établissement, sur l'état de cette capacité et sur le respect des exigences définies dans le RAF (*resolution outcomes*)^{18 19}. Au Royaume-Uni, l'incitation à améliorer la capacité d'assainissement et de liquidation résulte principalement de la transparence et de la visibilité qui en découle. De plus, la direction des établissements bancaires doit répondre directement de l'atteinte de cette capacité.
- Enfin, aux **États-Unis**, la réserve fédérale (*Federal Reserve*, Fed) et l'organisme de garantie des dépôts bancaires (*Federal Deposit Insurance Corporation*, FDIC) exigent déjà depuis 2013 que certaines catégories de banques présentent un plan de liquidation à intervalles réguliers. Ces dernières doivent y exposer leur capacité d'assainissement et de liquidation à l'aune de critères définis. À l'issue de leur examen, les autorités présentent leurs conclusions non seulement aux établissements bancaires, mais également au public²⁰. Cette visibilité constitue une première incitation à améliorer constamment la capacité d'assainissement et de liquidation. La Fed et la FDIC peuvent décider conjointement, entre autres, de relever les exigences en matière de fonds propres et de liquidités lorsque leur audit révèle qu'un plan de liquidation n'est pas crédible ou qu'une liquidation au sens de la loi pertinente (US Bankruptcy Code) ne sera pas facilitée, c'est-à-dire qu'elle sera entravée²¹. Si, en dépit de ces obligations, la banque concernée ne corrige pas les défauts de son plan de liquidation dans un délai de deux ans, les autorités peuvent lui notifier des mesures encore plus strictes et l'obliger à vendre certains actifs, voire à abandonner totalement certaines activités commerciales.

4 Présentation du projet

4.1 Insolvabilité

Les nouvelles dispositions sur l'insolvabilité bancaire n'exigent pour l'essentiel qu'une exécution au niveau de l'ordonnance, à savoir la désignation des instruments de dette visés à l'art. 30b, al. 6, LB qui sont réduits avant que le capital social soit entièrement réduit, pour autant qu'ils soient émis par une banque cantonale et qu'ils prévoient une compensation ultérieure appropriée des créanciers (cf. commentaire de l'art. 40a OFR).

¹⁶ https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/mrel_policy_may_2021_final_web.pdf

¹⁷ <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/paper/2019/bank-of-englands-approach-to-assessing-resolvability-ps.pdf?la=en&hash=AF9041FF6E98967DF923DBF7A39FA18166691578>

¹⁸ <https://www.bankofengland.co.uk/quarterly-bulletin/2020/2020-q4/the-resolvability-assessment-framework>

¹⁹ La Banque d'Angleterre a publié sa première évaluation en juin 2022: cf. [Resolvability assessment of major UK banks: 2022 | Bank of England](#).

²⁰ <https://www.federalreserve.gov/supervisionreg/resolution-plans.htm>

²¹ <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/12/part-243>

4.2 Garantie des dépôts

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

4.3 Capacité d'assainissement et de liquidation

Eu égard à leur taille et à leur forte imbrication dans le système, les G-SIB visées à l'art. 124a OFR exposent la stabilité financière et l'économie suisse à un risque important si elles rencontrent des difficultés. Le risque d'insolvabilité d'une G-SIB, qui entraînerait un assainissement ou une liquidation, peut nuire à la Suisse. Déjà en vigueur, la réglementation du plan d'urgence (cf. p. ex. art. 60 ss OB) veille au maintien des fonctions d'importance systémique pour la Suisse en cas de risque d'insolvabilité. Elle ne garantit cependant pas encore la capacité globale d'assainissement et de liquidation des G-SIB, qui est l'objet des présentes modifications. Cette capacité est indispensable pour désamorcer le risque *too big to fail*. Conformément au système prévu à l'actuel art. 133 OFR, la FINMA accorde aux G-SIB des remises sur les exigences en matière de fonds supplémentaires visées à l'art. 132 OFR (fonds *gone concern*) lorsque ces établissements améliorent très vraisemblablement leur capacité d'assainissement et de liquidation (cf. art. 65, al. 1, OB dans sa version en vigueur). Ce système a démontré son efficacité puisqu'il incite de manière adéquate les G-SIB à améliorer leur capacité d'assainissement et de liquidation. Pour ce qui est des exigences relatives aux fonds propres supplémentaires destinés à absorber les pertes (cf. art. 133, al. 2, OFR en vigueur), l'OFR prévoit, par analogie avec les normes internationales, un seuil que l'octroi de remises ne doit pas empêcher d'atteindre. Les banques concernées ont atteint la remise maximale qui pouvait leur être accordée selon cette règle, de sorte que le système de remise ne produit plus d'effet incitatif²². Dans le rapport du 3 juillet 2019 concernant l'examen prévu par l'art. 52 LB et dans ses commentaires du 27 novembre 2019 relatifs à la modification de l'OFR, le Conseil fédéral envisageait d'abroger ce système en 2022²³. Le nouveau système incitatif dont la mise en place est prévue pour la fin du mois de juin 2024 (cf. dispositions transitoires de l'art. 69, al. 2, OB) encouragera les banques à exécuter d'ici là les mesures qui s'imposent encore pour respecter les critères énoncés à l'art. 65a, al. 2, OB.

En lieu et place des remises actuelles, le régime prévu dans la présente révision permettra à la FINMA de relever les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou de détention de liquidités lorsque les banques ne peuvent pas maintenir leur capacité d'assainissement et de liquidation à un niveau suffisant. Comme dans le système de remise actuel, la FINMA évaluera chaque année cette capacité à l'aune de critères fixés dans le projet, en se basant sur les données que les G-SIB devront lui fournir. Les obstacles à

²² Cf. www.finma.ch > Application du droit > Recovery et resolution > Rapport sur la *resolution*.

²³ Cf. note de bas de page 7.

l'assainissement ou à la liquidation qu'elle découvrira seront examinés et éliminés rapidement dans le cadre d'un processus de surveillance ordinaire. Si la banque ne les supprime pas dans le délai imparti, la FINMA pourra lui notifier des exigences plus élevées en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou de liquidités. Par ailleurs, le projet habilite explicitement la FINMA à informer régulièrement le public de son évaluation du plan de stabilisation et du plan d'urgence ainsi que de l'état du plan de liquidation de toutes les banques d'importance systémique.

Les banques devront maintenir la capacité d'assainissement et de liquidation qu'elles entendent atteindre en s'appuyant sur les critères définis dans ce projet. Les informations produites à cet effet seront évaluées par la FINMA et discutées avec les banques dans le cadre du processus de surveillance en place. Dans ce contexte, les autorités estiment que l'instauration de ce nouveau régime de majorations ne modifiera pas considérablement les processus actuels des banques concernées.

4.4 Autres thèmes

- OB:
 - Sous certaines conditions, il sera possible de procéder à un classement dynamique des établissements bancaires, raison pour laquelle les critères fixés à l'annexe 3 sont remaniés (art. 2, al. 4 et 5, OB). Ce classement dynamique vise à mettre régulièrement à jour les seuils introduits en 2012 dans les circulaires de la FINMA et en 2016 dans l'OB afin de tenir compte de la croissance du système bancaire. En pratique, cette modification pourra avoir des conséquences sur le volume de fonds propres à détenir et sur l'intensité de la surveillance.
 - De nouvelles dispositions concernant la dotation en capital et en liquidités, l'organisation et la garantie d'une fourniture durable des prestations (art. 66a à 66c OB) sont définies en relation avec les exigences légales relatives aux sociétés du groupe significatives des banques d'importance systémique ayant leur siège en Suisse.
- OFR/OLiq: à l'annexe 2, ch. 5.2, OFR ainsi qu'à l'art. 18, al. 3, et à l'annexe 2 OLiQ, le Conseil fédéral met en œuvre les nouvelles obligations visées à l'art. 37h, al. 7, LB concernant la neutralisation des effets des nouvelles formes de financement sur les exigences en matière de liquidités et de fonds propres. La possibilité de pouvoir déposer un prêt en espèces auprès de la BNS a un effet favorable. Le calibrage proposé tient également compte des exigences du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB). Il ne peut toutefois pas être exclu que le projet ait des effets considérables au cas par cas.
- OLG²⁴: le projet précise les dispositions applicables à l'administration de la couverture, en particulier à la désignation et à la conservation de cette dernière. Il remanie également les tâches que le chargé d'enquête nommé par la FINMA exécute dans la collaboration avec les centrales d'émission de lettres de gage. Cette personne informera régulièrement les centrales sur l'avancement de la procédure et leur fournira tous les renseignements nécessaires à l'exécution de leurs tâches (art. 21a P-OLG).
- Oém-FINMA²⁵: cette ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Son exécution a révélé qu'il était nécessaire de remanier certaines dispositions régissant la perception des taxes et des émoluments. Les modifications apportées n'entraîneront aucune hausse des coûts, car la FINMA n'assumera pas de nouvelles tâches.

²⁴ Ordonnance du 23 janvier 1931 sur l'émission de lettres de gage (RS 211.423.41)

²⁵ Ordonnance du 15 octobre 2008 sur les émoluments et les taxes de la FINMA (RS 956.122)

4.5 Application

Les nouvelles dispositions s'adressent à la FINMA et au secteur ainsi qu'à l'organisme de garantie pour ce qui concerne l'autorégulation. La loi accorde déjà un délai transitoire de cinq ans aux parties prenantes pour déterminer cette autorégulation, en d'autres termes, à l'organisme de garantie et, au final, aux banques. À ce propos, nous renvoyons également aux commentaires des dispositions transitoires (cf. chap. 5).

Les présentes dispositions sont neutres sur le plan technologique, de sorte que rien ne s'oppose à leur mise en œuvre par la voie numérique.

5 Commentaires des dispositions

5.1 Ordonnance sur les banques

Art. 2, al. 3 à 5

Al. 3

Il est question ici d'une modification d'ordre rédactionnel découlant d'une uniformisation avec les nouveaux art. 4 et 5 et visant à améliorer la lisibilité.

Al. 4

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

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

Les nouveaux seuils seront appliqués par la FINMA au classement annuel des banques durant l'année de leur entrée en vigueur, c'est-à-dire au plus tard à la prochaine échéance possible.

Al. 5

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

Le *statu quo* représente une option proche de la dynamisation des seuils qui est proposée pour la classification des banques. Sur le plan conceptuel, la dynamisation suggérée par le secteur semble toutefois appropriée dans une perspective à plus long terme. La situation actuellement tendue en matière de risques ne plaide pas contre une mise à jour des seuils, car seules quelques banques rejoindront de nouvelles catégories (cf. chap. 6 «Conséquences»). Une autre solution étudiée et débattue consisterait à dynamiser les seuils en fonction de l'évolution du produit intérieur brut (PIB). Cette variable aurait l'avantage de réagir moins sensiblement aux changements affectant les différentes banques que les volumes totaux du marché ne peuvent le faire dans le cas des grands établissements. De même, le PIB pourrait servir d'indicateur de la capacité de l'économie à assumer les risques dans la perspective de crises bancaires. Il est en revanche sujet à des fluctuations qui ne sont pas liées directement au système bancaire. Or, celles-ci influeraient sur la classification des banques si le PIB était associé à cette dernière. Les représentants du secteur ont donc préféré une dynamisation des seuils fondée sur les volumes totaux du marché. Que la dynamisation repose sur le PIB ou sur les volumes totaux du marché, cela n'a pas grande importance pour la première modification des seuils. Au vu de ce qui précède, une dynamisation basée sur les volumes totaux du marché est préconisée.

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

Annexe 3

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

Art. 12, al. 2^{bis}

Les contrats ou types de contrats devant répondre aux exigences du nouvel al. 2^{bis} sont déjà définis à l'art. 56 OIB-FINMA²⁶. Grâce à la présente modification, la compétence de la FINMA pour définir les dispositions d'exécution techniques appropriées est maintenant réglée dans une ordonnance du Conseil fédéral de manière explicite et adaptée à la hiérarchie des normes.

Chapitre 4a Dépôts et déposants privilégiés

Art. 42a Dépôts privilégiés

Cette disposition matérialise l'art. 37a, al. 7, LB, qui octroie explicitement au Conseil fédéral la compétence pour définir plus précisément les dépôts privilégiés. La présente réglementation s'appuie sur l'actuel art. 25 OIB-FINMA et sur la pratique correspondante. Les notions «dépôts privilégiés» (cf. art. 37a, al. 1, LB) et «dépôts du public» (cf. art. 5 OB) poursuivent des objectifs différents et ne sont dès lors pas similaires. La première vise à protéger la liquidité et le

²⁶ Ordonnance de la FINMA du 30 août 2012 sur l'insolvabilité bancaire (RS 952.05)

déposant, tandis que les dépôts du public permettent de déterminer le type d'activités nécessitant une autorisation en qualité de banque. Les dépôts privilégiés englobent donc également des dépôts qui ne sont pas des dépôts du public selon l'art. 5 OB (p. ex. avoirs sur les comptes des collaborateurs de la banque).

Al. 1

Let. a

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

Si une procédure d'insolvabilité révèle que la banque n'a, à tort, pas comptabilisé un dépôt, le chargé d'enquête, le délégué à l'assainissement ou le liquidateur de la faillite compétent selon la procédure (ci-après le «liquidateur de la faillite» à des fins de simplification) l'intégrera dans les comptes *a posteriori*. Comme l'art. 25 OIB-FINMA en vigueur le prévoit déjà, le liquidateur de la faillite agira de la même façon en présence d'obligations de caisse qui, par erreur, n'ont pas été comptabilisées ou déposées (cf. let. b ci-dessous).

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

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

Let. b

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

Let. c et d

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

Al. 2

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

Al. 3

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

Art. 42b Montant privilégié

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

Art. 42c Déposants privilégiés

Al. 1

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

Al. 2

D'après le message du Conseil fédéral du 12 mai 2010 concernant la modification de la LB (garantie des dépôts)²⁷, la protection des déposants inscrite dans la LB sert des objectifs à la fois économiques et sociaux. Elle vise, d'une part, à protéger le système financier et à prévenir toute crise de confiance pouvant déboucher sur des retraits massifs (*bank run*) et, d'autre part, à permettre aux clients des banques de disposer rapidement de leur argent pour couvrir leurs besoins quotidiens et, du même coup, éviter, ou du moins atténuer, les effets d'une crise financière sur la vie économique. Vue sous cet angle, la garantie des dépôts vise en premier lieu à protéger les épargnants des conséquences d'une fermeture soudaine des guichets de la banque. On peut débattre de la notion d'épargnant pour savoir qui bénéficie de cette protection, mais il est indéniable que la garantie des dépôts ne peut pas avoir pour objectif la protection d'autres banques, d'autres maisons de titres ou d'autres intermédiaires financiers soumis à surveillance, pour lesquels le montant garanti de 100 000 francs a de toute façon une importance marginale. Ces personnes sont donc exclues de la notion de déposant privilégié. Pour ce qui est de l'application de cette exclusion, les banques n'auront aucune peine à identifier les personnes concernées dans leurs livres.

Al. 3

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

Ce traitement des différentes communautés de créanciers et, surtout, l'inscription régulière des participants sur la liste des déposants privilégiés s'accompagnent d'un travail d'investigation considérable pour les banques et constituent un obstacle majeur au remboursement rapide des dépôts privilégiés en cas de crise. Dans la pratique, la question de la délimitation et de la répartition des différents droits dans les rapports internes et externes du groupe de personnes se pose régulièrement. Or, cela contrevient à la protection des déposants, qui vise à

²⁷ FF 2010 3645 3651

garantir aux personnes concernées un remboursement rapide de leur argent. Le nouvel al. 3 résout ce problème en conférant à chaque déposant un privilège unique de 100 000 francs sur son propre compte, indépendamment de ses autres droits inhérents à des groupes de créanciers de toute forme, comme c'est le cas dans la réglementation actuelle de la propriété commune de plusieurs créanciers. Le projet revient ainsi à la réglementation initiale de l'art. 15, al. 2, LB dans sa version de 1934 («un seul et même livret ne donnant droit qu'une fois au privilège [...], quel que soit le nombre de ses titulaires»).

Al. 4

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

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

Al. 1

Les fondations du pilier 3a ou les fondations de libre passage doivent placer sous forme de dépôts d'épargne auprès d'une banque les fonds investis dans le cadre d'une solution d'épargne ou de compte (art. 5, al. 1, OPP²⁸ et art. 19, al. 1, OLP²⁹). Le privilège des créances découle de l'art. 37a, al. 5, LB, celles-ci étant considérées, selon la fiction juridique, comme les dépôts de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés dans le calcul du montant du droit privilégié. Conformément à l'al. 1, les banques devront obtenir de chaque institution une déclaration confirmant que ces fondations documentent la répartition éventuelle des droits de leurs preneurs de prévoyance lorsque les fonds sont placés auprès de plusieurs banques. Dans le cadre du *reporting*, les banques doivent d'ores et déjà mettre à disposition les données correspondantes pour effectuer le calcul conformément à la règle dite des 125 % (art. 37a, al. 6, LB). Le moment venu, l'obligation de documenter les créances susmentionnées issues de la prévoyance professionnelle permettra de déterminer rapidement si celles-ci sont privilégiées auprès d'une banque insolvable et le montant correspondant.

Al. 2

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

Art. 42e Adhésion à un système d'autorégulation

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

²⁸ Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (RS 831.461.3)

²⁹ Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage (RS 831.425)

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

La possibilité d'accorder un prêt en espèces a été créée afin que les petites banques bénéficient d'une autre forme de garantie pour les contributions auxquelles elles sont tenues, car elles n'ont souvent pas assez de titres pouvant être déposés. Le projet précise donc que seules les banques des catégories 4 et 5 peuvent faire usage de cette forme de garantie. Concernant la consignation d'espèces, nous renvoyons aux commentaires de l'OFR (annexe 2, ch. 5.2) ci-après.

Art. 42g Préparatifs: dispositions générales

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

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

La liste des déposants visée à la let. c est précisée à l'art. 42i OB. À noter à cet égard que les informations ne figurant pas dans cette liste sont mentionnées dans l'aperçu sommaire. Les banques ne doivent établir de liste des déposants ni quotidiennement, ni mensuellement, ni trimestriellement. Elles doivent cependant être en mesure d'en dresser une dans un délai de 72 heures le cas échéant. Par conséquent, elles ne doivent pas non plus calculer régulièrement les intérêts courus sur les dépôts privilégiés au jour dit. Toutefois, elles doivent également pouvoir procéder au calcul dans le délai imparti le cas échéant. Tel serait par exemple le cas lorsque l'établissement dispose d'une solution informatique exploitable qui permet de calculer tous les intérêts courus dans un délai de 72 heures.

L'aperçu sommaire dont il est question à la let. d recense tous les dépôts privilégiés mais pas garantis. La mise à jour permanente de ces derniers sur la liste des déposants serait très chronophage et compromettrait le remboursement rapide des dépôts garantis.

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

Al. 1

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

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

de fonds propres, de liquidités et d'organisation, sont telles que la survenance d'un cas de garantie des dépôts est improbable.

En principe, l'assainissement d'un établissement bancaire consécutif à la mise en œuvre du plan d'urgence repose sur plusieurs mesures de restructuration, dont l'application nécessite une période d'assainissement plus ou moins longue en fonction de la taille et du modèle d'affaires de la banque d'importance systémique concernée. Ce modèle d'affaires et le volume de l'activité de dépôt de la banque peuvent alors être sensiblement modifiés. Eu égard à la période d'assainissement vraisemblablement prolongée, on dispose en général d'assez de temps pour n'entreprendre les préparatifs qu'ultérieurement, lorsque l'assainissement laisse entrevoir qu'une liquidation est plus probable que la poursuite de l'activité de la banque malgré des prévisions initialement favorables à l'assainissement. Le délégué à l'assainissement ou la FINMA fixeront ce moment en fonction de la situation concrète, en prenant notamment en compte le modèle d'affaires, l'état des liquidités et le nombre de déposants concernés.

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

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

Al. 2

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

Art. 42i Liste des déposants et aperçu sommaire

Al. 1

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

Cette liste mentionne les dépôts et les déposants pour lesquels le délai de remboursement est prolongé ou suspendu (art. 37j, al. 5, LB). Les exclusions sont définies dans le système d'autorégulation de la garantie des dépôts (art. 37j, al. 6, LB). Le projet de système d'autorégulation³⁰ prévoit les exclusions suivantes:

³⁰ FF 2021 3001; l'autorégulation devra être mise en œuvre dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur de

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

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

Al. 2

L'aperçu sommaire visé à l'art. 37h, al. 4, let. d, LB indique les dépôts privilégiés qui ne sont pas garantis et qui, de ce fait, ne figurent pas dans la liste des déposants. Par conséquent, la *let. a* précise que les dépôts visés à l'art. 37a, al. 1, LB qui sont comptabilisés auprès d'un comptoir à l'étranger sont inscrits dans l'aperçu sommaire, ce qui évite tout conflit avec d'éventuelles obligations de garder le secret prescrites par le droit d'un État autre que la Suisse.

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

Concernant les opérations *inflight* (*let. c*), nous renvoyons au commentaire de l'art. 42a.

Al. 3

L'organisme de garantie définit le format de la liste des déposants durant la période transitoire de cinq ans prévue par la loi. Il définit les éléments constitutifs de l'autorégulation, à savoir notamment les prescriptions relatives à l'affectation uniforme des comptes, des produits et des déposants ainsi qu'aux exclusions³¹.

Art. 43 *Plan de remboursement*

L'al. 1 en vigueur n'est plus nécessaire puisque son principe a été transposé dans la loi (art. 37j, al. 1, LB) et que les créances à inscrire dans la liste des déposants sont déjà décrites à l'art. 42i OB. La numérotation des alinéas de cet article est donc modifiée, et la notion «livres» est remplacée à l'al. 1 par «liste des déposants», qui a été introduite dans la loi. L'al. 2 (actuel al. 3) demeure inchangé. Le mandataire peut demander un justificatif de la créance non seulement lorsque la liste des déposants n'a pas été tenue en bonne et due forme, mais également de manière générale, lorsqu'il y a lieu de douter de la régularité des livres de la banque ayant servi de base à cette liste.

Le liquidateur de la faillite peut lui aussi utiliser la liste des déposants pour établir le plan de remboursement si *aucun* fonds de l'organisme de garantie n'a été versé.

Art. 44 *Remboursement des dépôts privilégiés*

Al. 1 et 2

Hormis quelques modifications linguistiques, les dispositions correspondent aux al. 1 et 2 en vigueur. Il est exclu en pratique de faire clairement la distinction entre le remboursement des dépôts *privilégiés* visé à l'art. 37b LB qui est effectué au moyen des fonds disponibles et le remboursement des dépôts *garantis* exécuté par l'organisme de garantie, visé à l'art. 37j LB. Il faut plutôt partir du principe qu'il s'agit d'un calcul mixte reposant toutefois sur un plan de remboursement. Pour le remboursement, la loi autorise également un processus dynamique dans lequel l'organisme de garantie exige, au besoin, les fonds manquants pour rembourser

la modification du 17 décembre 2021 de la LB.

³¹ Cf. note de bas de page 24.

les dépôts, et les avoirs qui ne sont plus requis sont éventuellement restitués sous forme d'acompte conformément à la collocation. Au début de la procédure, la FINMA peut par conséquent fixer le montant que le mandataire a le droit de demander directement à l'organisme de garantie en vue du remboursement des dépôts garantis, en fonction des liquidités dont il a besoin à cet effet. Ce montant peut être augmenté ou réduit à l'aune des liquidités que l'on pense nécessaires au moment où elles sont déterminées. En général, il devrait diminuer à mesure que les produits de réalisation sont encaissés. La FINMA et l'organisme de garantie bénéficient ainsi d'une certaine capacité de planification si les procédures durent plus longtemps que prévu ou s'ils doivent coordonner plusieurs procédures se déroulant simultanément. Cela évite également que des fonds de l'organisme de garantie qui ne sont pas utilisés ultérieurement alimentent la masse, si bien que le système de garantie des dépôts devient plus performant. Dès qu'il est clair que les créances des première et deuxième classes peuvent être réglées dans leur intégralité, des acomptes sont versés à l'organisme de garantie et aux créanciers correspondants.

Si une banque reçoit des fonds de l'organisme de garantie au cours d'une première procédure, les créances résiduelles de ce dernier sont déduites des fonds à disposition pour la garantie des dépôts au cours d'une deuxième procédure, conformément au plafond du système défini dans la loi.

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

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

Al. 3

Cette disposition garantit qu'un remboursement est exécuté à partir des comptes destinés à couvrir les prétentions de tiers, conformément à leur objectif, uniquement avec l'accord des ayants droit, par exemple les créanciers gagistes ou les personnes ayant procédé à des cessions à titre de sûreté, ou lorsque la loi ou un contrat l'autorise.

Al. 4

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

Art. 44a Information de l'organisme de garantie

Al. 1

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

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

Les opérations de couverture sont des opérations sur produits dérivés qui sont liées à la gestion des risques de change et qui sont comptabilisées au niveau de la société holding. Selon l'évolution des taux d'intérêts et des cours de change et suivant les attentes du marché en la matière, la valeur de marché de ces dérivés peut fluctuer et passer d'une créance à un enga-

gement, et inversement. C'est la raison pour laquelle les engagements qui découlent d'opérations de couverture en relation avec l'émission de *bail-in bonds* ne sont pas pris en compte dans le calcul du plafond de 5 % visé à l'art. 30b, al. 8, LB.

Section 2 Capacité d'assainissement et de liquidation

Comme nous l'avons indiqué au chiffre 4.3, la nouvelle réglementation ne vise pas en premier lieu à améliorer encore significativement la capacité d'assainissement et de liquidation, mais entend de manière générale permettre aux banques de conserver à l'avenir aussi la capacité qu'elles auront développé très vraisemblablement après 2024, de procéder aux modifications qui s'imposent et de comprendre les développements et enseignements éventuels au niveau international afin de garantir cette capacité sur le long terme. Le titre précédant l'art. 64, à savoir «Amélioration de la capacité d'assainissement et de liquidation» est donc raccourci et devient «Capacité d'assainissement et de liquidation».

Art. 64 Plan de stabilisation et plan de liquidation

Les al. 1 à 4 demeurent inchangés. Selon la modification proposée à l'al. 5, les banques d'importance systémique actives au niveau international sont tenues de documenter pour la FINMA, dans le cadre du processus prudentiel en vigueur, les mesures qu'elles ont prises pour remplir les critères visés à l'art. 65a, al. 2, OB. Cette documentation fait partie intégrante d'une série d'informations plus volumineuse que les banques doivent déjà fournir à la FINMA pour lui permettre de procéder à l'évaluation de la capacité d'assainissement et de liquidation prévue dans les *Key Attributes* du CSF³².

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

L'art. 65 précise que les G-SIB doivent maintenir leur capacité d'assainissement et de liquidation, cette capacité s'appuyant sur le respect des critères visés à l'art. 65a, al. 2, OB. Les G-SIB doivent prendre toutes les mesures qui s'imposent pour maintenir leur capacité d'assainissement et de liquidation, en particulier développer leurs propres moyens (*capabilities*) et éliminer les éventuels obstacles à la liquidation, afin que la FINMA puisse assainir ou liquider l'ensemble du groupe en cas de crise. Les changements permanents qui caractérisent le modèle d'affaires des G-SIB sont susceptibles d'engendrer des obstacles à l'assainissement et à la liquidation qui ne sont pas encore connus, mais dont le nouveau système incitatif exige également la résolution.

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

Al. 1

La FINMA évalue la capacité d'assainissement et de liquidation des G-SIB en s'appuyant sur la documentation visée à l'art. 64, al. 5, OB et, en particulier, sur les critères énumérés à l'al. 2.

Al. 2

Les différents critères sont commentés ci-après. Comme nous l'avons mentionné au chiffre 3.2, les directives du CSF sont prises en compte dans l'évaluation de la capacité d'assainissement et de liquidation des G-SIB. Tous les critères ont en commun de soutenir une stratégie de liquidation crédible et réalisable.

Let. a

Les banques doivent examiner régulièrement leur organisation en vue de la mise en œuvre de la stratégie préconisée, que celle-ci consiste en un assainissement ou en une liquidation. La stratégie préconisée par la FINMA doit donc être soutenue par l'organisation sur le plan tant juridique qu'opérationnel. Le cas échéant, la complexité de l'organisation concernée doit

³² <https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/>

être réduite, ce qui implique en particulier de diminuer le nombre de sociétés au sein du groupe financier. De plus, la structure opérationnelle doit être adaptée à la structure juridique.

La délégation des fonctions d'importance systémique d'une entité suisse et la création d'une structure de holding ont permis aux G-SIB suisses de mettre en place les conditions d'application de la stratégie de liquidation centralisée (*single point of entry*)³³. La structure existante de ces banques, à savoir une société holding et une société-mère qui est sa filiale et à laquelle les différentes filiales bancaires sont rattachées, ainsi que la gestion centralisée des liquidités sont conformes aux exigences d'une éventuelle liquidation.

Let. b

Les dispositions sur les fonds propres et les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes qui figurent dans l'OFR et les prescriptions prudentielles d'autres juridictions régissent les exigences quantitatives minimales auxquels les différents échelons organisationnels d'un groupe financier doivent satisfaire pour garantir la capacité d'absorption des pertes et la capacité de recapitalisation du groupe. En outre, en cas d'assainissement, les banques doivent être en mesure de doter tout ou partie du groupe de ressources permettant de maintenir ou de rétablir les conditions d'autorisation. À cet effet, elles doivent disposer de processus et de plans internes crédibles, applicables et conformes aux normes internationales, qui exposent les différentes mesures de recapitalisation qu'elles entendent prendre pour compenser les pertes enregistrées dans leurs filiales.

Let. c

Les exigences concernant la détention de liquidités sont définies sur la base de l'OLiQ. Conformément à la let. c, les banques doivent être en mesure d'évaluer le besoin de liquidités pour toute la période de liquidation de 90 jours définie dans l'OLiQ, d'identifier de manière fiable et rapide ce besoin dans chaque société du groupe en tenant compte des éventuelles restrictions de transfert et de montrer comment ce besoin peut être couvert (capacité de couverture). Les banques doivent garantir un *reporting* interne et externe approprié envers la FINMA. En particulier, elles doivent pouvoir lui rendre compte des indicateurs de liquidités qu'elle a fixés pour déterminer la survenance du risque d'insolvabilité (*point of non-viability*, PONV)³⁴. Les sûretés disponibles au sein du groupe doivent être identifiées de façon rapide et centralisée et pouvoir être mobilisées sans encombre.

Let. d

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

Let. e

Les banques doivent identifier les infrastructures des marchés financiers qui fournissent des services nécessaires à la poursuite de l'exploitation du groupe financier pendant et après une restructuration. Pendant et après l'assainissement, elles doivent exécuter des préparatifs de

³³ La stratégie de liquidation centralisée est préconisée par la FINMA pour l'assainissement et la liquidation des groupes financiers d'importance systémique. Elle consiste en une procédure dirigée de manière centralisée par l'autorité de surveillance et d'insolvabilité du pays d'origine, qui intervient au niveau de la plus haute entité du groupe. À l'inverse, la résolution d'un groupe financier fondée sur une stratégie dite *multiple points of entry* concerne plusieurs filiales juridiquement indépendantes les unes des autres.

³⁴ Le PONV est le moment où une insolvabilité est susceptible de se produire, c'est-à-dire le moment où l'on constate qu'une banque n'est plus solvable en l'absence de mesures supplémentaires.

grande envergure pour garantir le libre accès aux systèmes de négoce, de compensation (*clearing*), de dépôt, de règlement et de paiement proposés par les infrastructures des marchés financiers. Ces préparatifs englobent en particulier l'évaluation des ressources financières nécessaires à l'exécution des affaires courantes avec l'infrastructure des marchés financiers concernée avant et pendant un assainissement ainsi que la possibilité de transférer des services à une autre infrastructure des marchés financiers.

Let. f

Un financement vertical intragroupe au sens d'une trésorerie centralisée n'est pas préjudiciable à une liquidation. En cas de financement vertical ascendant (financement de la société-mère par les filiales), les banques doivent prouver que ce système de financement n'accélère pas la contagion au sein du groupe en cas de crise. Elles doivent en outre s'assurer que le financement vertical ascendant réponde aux conditions du marché applicable aux tiers. Les financements horizontaux sont à éviter dans toute la mesure du possible. Si des financements de ce genre sont quand même exécutés, les banques concernées doivent prouver qu'ils ne sont pas essentiels du point de vue du groupe et les exposer de manière transparente.

Let. g

Les banques doivent disposer des capacités requises pour effectuer immédiatement de manière suffisamment précise, au niveau tant du groupe que des filiales, les évaluations ainsi que les rapports financiers et réglementaires nécessaires en cas d'assainissement. Cela englobe notamment la définition du PONV et de la capacité requise pour absorber les pertes ainsi que la réalisation des évaluations nécessaires au test dit *no creditor worse off (NCWO)*³⁵. Les banques doivent être organisées de façon à pouvoir exécuter ce processus sur une base hebdomadaire en cas de crise, pendant une période prolongée. De plus, elles devraient mettre en place un processus de prévisions afin de calculer de manière fiable en cas de crise les principaux chiffres-clés avec un horizon de 30 à 90 jours.

Let. h

Les banques sont tenues d'effectuer tous les préparatifs nécessaires pour soutenir la stratégie centralisée de la FINMA. Lors de l'exécution d'un *bail-in*, elles doivent en particulier prendre les mesures qui s'imposent pour amortir et éliminer rapidement et sans conflit le capital auprès du dépositaire, convertir les instruments de *bail-in* et distribuer en conséquence auprès du dépositaire les nouvelles actions émises.

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

Let. i

Avant un *bail-in*, la banque doit disposer d'une stratégie de restructuration de son modèle d'affaires et veiller à ce que cette stratégie puisse être appliquée dans des circonstances concrètes en fonction de plusieurs possibilités. L'objectif des divers préparatifs est de rendre suffisamment vraisemblables la capacité de survie de la banque à long terme et le succès de la restructuration. Cela implique notamment une stratégie de réduction des activités de négoce et la capacité des banques à effectuer cette réduction.

Pour ce qui est des fonctions transversales, l'al. 2 ne mentionne aucun critère distinct dont la FINMA évalue la satisfaction pour déterminer la capacité d'assainissement ou de liquidation d'un établissement. En cas de liquidation, il est important qu'une banque ait pris des dispositions concernant des fonctions transversales telles que le gouvernement d'entreprise (p. ex. réglementation des compétences des organes et des personnes), la communication,

³⁵ Lors d'un test NCWO, on examine si une mesure de liquidation (soit, en premier lieu, un *bail-in*) ne mettrait pas les créanciers de la banque à liquider dans une situation pire qu'une ouverture immédiate de la faillite.

les capacités de rendre compte ou la préservation des technologies de l'information. La FINMA examinera certains aspects de ces fonctions lorsqu'elle évaluera la satisfaction des critères mentionnés précédemment. Ces thèmes faisant en outre partie des plans de stabilisation et des plans d'urgence des banques, la FINMA les évalue dans ce contexte.

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

Al. 1

Le renvoi à l'art. 124, al. 3, let. b à d, OFR indique que les exigences accrues éventuellement décidées par la FINMA sur la base de cet alinéa ne sont pas applicables aux entités suisses des G-SIB, car celles-ci sont soumises aux prescriptions régissant le plan d'urgence, qui visent à maintenir les fonctions présentant une importance systémique pour la Suisse, mais pas à garantir la capacité (globale) d'assainissement et de liquidation. L'ampleur de ces exigences dépend de la gravité des obstacles à la liquidation qui ont été identifiés. Les obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation qui découlent de la non-satisfaction du critère énoncé à l'art. 65a, al. 2, let. c, sont surmontés exclusivement par des majorations de liquidités au sens de l'art. 25, al. 1, OLiQ.

Al. 2

L'al. 2 correspond sur le fond à l'art. 133, al. 5, OFR en vigueur. Celui-ci est transféré de l'OFR à l'OB car, par dérogation aux remises actuelles, les exigences accrues concernent non seulement les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes, mais également, en présence du cas de figure visé à l'art. 65a, al. 2, let. c, la dotation en liquidités. La FINMA peut consulter des autorités étrangères aussi bien pour évaluer les obstacles que pour déterminer le montant des autres fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes visés par l'OFR et celui des majorations prévues dans l'OLiQ.

Section 3 Information du public

Art. 66

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

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

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

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

Une société du groupe significative doit pouvoir continuer à fournir les prestations importantes pendant l'assainissement ou la faillite, les adapter de manière ciblée et les cesser de manière ordonnée et progressive. L'importance d'une prestation dépend principalement de son utilité pour la réussite de l'assainissement ou de la liquidation d'une banque ou d'un groupe bancaire

d'importance systémique. La réussite de l'assainissement passe non seulement par le maintien des fonctions d'importance systémique, mais également par la poursuite de toutes les fonctions significatives prévues dans le plan d'assainissement (conformément à la définition de la société de groupe significative mentionnée à l'art. 2^{bis}, al. 1, let. b, LB³⁶).

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

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

La disposition ne vise pas à relever les exigences en vigueur sur la base des règles énoncées à la section 4 sans que la structure organisationnelle et commerciale de la banque concernée ne soit soumise à un profond remaniement.

Art. 66a Capital et liquidités

Al. 1

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

Al. 2

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

Dans le cadre d'un assainissement, elle peut ordonner la rétrocession des services fournis par les sociétés du groupe significatives lorsque la société suisse devient autonome ou est cédée.

Art. 66b Organisation

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

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

³⁶ Cf. commentaires de l'art. 3g, al. 3 et 4, dans le message (FF 2020 6151 6175).

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

Let. a

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

Let. b

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

Let. c

Lorsqu'une société du groupe significative d'une banque d'importance systémique ayant son siège en Suisse est tributaire des services d'un prestataire étranger, cette dépendance doit être surveillée et des solutions de repli applicables rapidement doivent être présentées.

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

Al. 1

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

Al. 2

Les G-SIB ont certes atteint la remise maximale possible (cf. commentaires au chap. 4.3), mais elles ne présentent pas encore leur pleine capacité d'assainissement et de liquidation. En 2022, elles ont poursuivi leurs travaux visant à surmonter les obstacles résiduels en la matière et devraient les achever à la fin de l'année. En 2023, la FINMA évaluera la capacité d'assainissement et de liquidation de ces établissements et vérifiera si les critères prévus à cet effet sont remplis. Les G-SIB auront alors le temps de corriger les défauts constatés lors de ces processus avant de remettre pour la première fois, à la fin du mois de juin 2024, la documentation requise par le nouveau système incitatif. Celui-ci pourra alors être adopté au début du mois de juillet 2024. La procédure décrite ci-avant réduit ainsi le risque pour les banques que le changement de régime se solde par une décision exigeant l'apport de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou une majoration des liquidités requises. Si les défauts constatés au cours de l'année 2023 ne sont pas corrigés de manière suffisante avant juin 2024, la FINMA déterminera une majoration en application de l'art. 65b, al. 1.

Annexe 3

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

5.2 Ordonnance sur l'émission de lettres de gage

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

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

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

Al. 1

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

Al. 7

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

Art. 14 Administration de la couverture

Les dispositions d'exécution régissant la conservation de la couverture sont primordiales dans le domaine de l'insolvabilité bancaire. L'art. 14 en vigueur date de 1949 et ne correspond plus à la pratique actuelle. L'al. 1 est donc modifié et l'article, complété par les al. 2 à 4. Les nouvelles dispositions définissent, pour l'essentiel, les principaux éléments d'une conservation de la couverture adaptée aux lettres de gage (créances et valeurs de couverture mises en gage, y c. les cédules hypothécaires de registre et les prêts), qu'il s'agisse de titres physiques ou électroniques conservés en propre ou par des tiers. Les exigences relatives à la conservation et à la désignation de la couverture sont fixées de telle sorte que les dispositions légales puissent être respectées même si la FINMA devait liquider une banque. L'élément central de la modification réside dans le fait que la désignation et la conservation de la couverture sont conçues de manière à ce qu'il soit possible, sur prescription de l'autorité compétente, de séparer la couverture des lettres de gage et des prêts de celle des autres avoirs et d'en bloquer l'accès le plus rapidement possible tout en garantissant un niveau de sécurité élevé sur le plan des processus. La conservation par des tiers est admise, mais elle ne doit pas compromettre la vitesse d'accès ni la sécurité de règlement. Le sous-dépositaire ou le fiduciaire sont donc tenus de garantir un accès inconditionnel et de conclure à cet effet avec le déposant un véritable contrat universel en faveur d'un tiers (al. 4). Au demeurant, le sous-dépositaire est soumis par analogie aux mêmes exigences qu'une banque conservant une couverture en propre.

Art. 14a Couverture complémentaire

Al. 1

L'image selon laquelle une banque dépose une valise pleine d'espèces dans un coffre-fort pour d'autres couvertures ne correspond plus à la réalité. En pratique, la banque membre vire le montant convenu sur un compte de la centrale. Les avoirs en compte de virement auprès de la BNS sont considérés comme un moyen de paiement légal. Les avoirs à vue auprès d'autres banques suisses (le cas échéant, également SIX TPA, Entris, etc.) peuvent être pris en considération à titre de couverture complémentaire, mais celle-ci doit, conformément à la

loi, être remplacée dès que possible par une couverture ordinaire. La couverture complémentaire a donc, par essence, un horizon à court terme. Il va de soi que la banque effectuant le virement ne peut pas être celle qui gère le compte.

Al. 2

La disposition comprend une clarification importante pour la pratique.

V. Bilan, compte de résultats et rapport de gestion

Par analogie avec l'art. 20 OLG, l'expression «compte de profits et pertes», qui n'est plus actuelle, est remplacée par «compte de résultats».

Art. 18 Bilans intermédiaires, al. 1, ch. 1.1.4 et 1.2.2 à 1.2.11

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

En 2005, la BNS a abandonné les extournes et le crédit lombard pour des opérations de pension. Ce changement a été inscrit à l'art. 5, al. 3, LLG³⁷ lors de l'entrée en vigueur de la LFINMA le 1^{er} janvier 2009. Les possibilités de placement des centrales ont donc été étendues aux obligations cotées en bourse de débiteurs suisses. L'OLG ne tenant pas compte de cette modification, la modification comble cette lacune.

Art. 20 Compte de résultats, phrase introductive et ch. 1.1.2

Cf. art. 18, al. 1.

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

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

La LLG révisée et le message qui s'y rapporte régissent déjà en détail les compétences de la FINMA et celles du mandataire pour ce qui concerne les mesures que la FINMA pourrait prendre contre une banque membre. Ces prescriptions légales contribuent surtout à stabiliser le système des lettres de gage. Étant donné qu'elles vont de soi, il est inutile, pour la plupart, de les préciser dans l'ordonnance. Il est notamment évident que conformément à ses tâches, la FINMA prendra des mesures contre une banque membre s'il existe un risque de conservation ou d'administration insuffisante de la couverture des prêts. Le message précise déjà que la FINMA et le mandataire nommé par elle doivent préserver les intérêts de la centrale à l'égard des valeurs de couverture en garantissant les obligations légales et réglementaires. Il décrit également la façon dont le mandataire peut accélérer la résolution du problème dans l'accomplissement de son mandat visé à l'art. 40a, al. 2, en relation avec l'al. 3, lorsque les conditions nécessaires sont réunies dans un cas concret et que les principes d'équilibre et de couverture sont respectés. Avant de transférer des prêts et la couverture, le mandataire doit demander l'approbation de la FINMA. En sa qualité de créancière, la centrale doit participer à la procédure. Enfin, l'art. 36, al. 4, LFINMA³⁸ et l'art. 34, al. 1, LB en relation avec l'art. 262 LP³⁹ régissent de manière exhaustive la répartition des coûts en fonction du principe de causalité en cas de recours à un chargé d'enquête ou en cas de faillite.

³⁷ Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (RS 211.423.4)

³⁸ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1)

³⁹ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

Art. 21a

Al. 1 et 2

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

5.3 Ordonnance sur les fonds propres

Titre 2 Fonds propres pris en compte et fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes

Chapitre 1 Généralités

Chapitre 3 Fonds supplémentaires pour les banques cantonales destinés à absorber les pertes

Art. 40a

Al. 1

À l'art. 40a, le Conseil fédéral met en œuvre le nouvel art. 30b, al. 6, LB sur les instruments de dette destinés à absorber les pertes en cas de mesures d'insolvabilité des banques cantonales. Le Parlement avait encore remanié cette disposition sur la base d'une proposition du Conseil fédéral figurant dans le message. Cet instrument n'est pas pris en considération pour le respect des exigences de fonds propres des banques cantonales (cf. art. 127a, al. 1^{bis}, OFR ci-après pour les banques cantonales d'importance systémique).

Al. 2

Cette disposition fixe les exigences relatives aux instruments de dette des banques cantonales qui ont été introduits dans l'art. 30b, al. 6, LB. Elle permet en principe aux établissements menacés d'insolvabilité d'émettre un instrument de dette qui, par dérogation à la hiérarchie des créanciers, peut être amorti avant le capital de participation du canton. Cet instrument doit répondre aux exigences minimales définies à l'art. 47f, l'obligation d'une compensation ultérieure appropriée figurant déjà explicitement dans la LB.

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

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

La *let. a* fixe le principe suivant: la compensation à prévoir dans les conditions d'émission, soit la somme des paiements partiels exécutés sur la période à des fins de compensation, doit s'appuyer sur la valeur nominale amortie des *bail-in bonds*, sans que l'on doive envisager pour autant une compensation intégrale des créanciers. Cela correspond à la volonté du Parlement, qui n'a instauré explicitement qu'une compensation «appropriée» des créanciers. Dans ce cadre, les futurs paiements compensatoires sont liés aux conditions fixées dans le mécanisme et dans l'OFR, et l'obligation de compensation est limitée dans le temps (cf. *let. b*). Les conditions suspensives visent à garantir que la compensation ultérieure n'est pas comptabilisée immédiatement dans les charges, ce qui annulerait les effets de la réduction de créance induite par l'assainissement (c.-à-d. le succès de ce dernier). Lors de l'approbation du plan d'assai-

nissement, la FINMA doit cependant vérifier *ex ante*, en se basant sur l'évaluation de la plausibilité des hypothèses de ce plan, si une indemnisation intégrale au sens d'une valeur cible est réaliste sur la durée. Cette valeur cible repose sur les considérations suivantes: si les *bail-in bonds* sont amortis en cas d'assainissement, les créanciers contribuent alors, sans contrepartie directe, à assainir la banque cantonale à concurrence du montant intégral de leur créance amortie. De leur côté, les propriétaires de la banque cantonale (soit le canton et d'éventuels autres actionnaires ou participants) conservent leur part dans la banque cantonale une fois celle-ci assainie. En revanche, les créanciers participant au *bail-in* ne peuvent pas prendre part au succès de l'assainissement sous la forme de participations aux bénéfices futurs. Il est donc justifié de ne pas amputer les éventuelles compensations ultérieures dès l'émission des instruments de dette. En lieu et place, le montant de la compensation effective dépend de la performance à venir de la banque assainie pendant la durée de la compensation obligatoire, qui est d'au moins dix ans.

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

La *let. c, ch. 1 et 2*, prévoit que la compensation doit être versée à partir des fonds librement disponibles, c'est-à-dire distribuables. Le droit à une compensation est donc lié au fait que la banque cantonale dispose de fonds distribuables générés par les bénéficiés, les paiements compensatoires n'étant admis que s'ils respectent les exigences réglementaires minimales. En plus des ressources nécessaires sur le plan réglementaire, la banque cantonale assainie peut, avant la distribution, constituer un volant de gestion approprié. Dans l'intérêt de l'établissement et de ses propriétaires, on tient ainsi compte du fait que l'obligation d'indemnisation ne doit pas compromettre le succès de l'assainissement. Comme les créanciers, le canton peut lui aussi participer au redressement de la banque en versant une contribution d'assainissement. Lors de la compensation, les créanciers et le canton sont ainsi traités sur un pied d'égalité s'ils ont contribué à l'assainissement de la banque. Lorsque cette dernière prend en charge les coûts de refinancement du canton, les créanciers recevront une compensation appropriée. Les compensations que la banque cantonale devra verser aux créanciers et au canton pourraient être soumises à une clé de répartition que la FINMA approuverait dans les limites visées à l'al. 3. Elles pourraient éventuellement inclure des distributions prenant la forme de paiements partiels. Si le canton ne contribue pas à l'assainissement, il continue d'occuper un rang subordonné par rapport aux créanciers du *bail-in* en cas de distributions ou d'indemnisations de la banque cantonale et ainsi ne pas bénéficier de ces dernières avant que les créanciers du *bail-in* aient été indemnisés conformément à la *let. a* ou que le délai fixé à la *let. b* soit échu. Il ne serait pas judicieux que le canton puisse profiter du succès de l'assainissement sous la forme de distributions avant que les créanciers du *bail-in*, qui ont perdu la totalité de leurs fonds à cause de l'assainissement, ne soient entièrement indemnisés.

Al. 3

Cette disposition garantit que les conditions définies à l'al. 2 pour l'émission des instruments de dette figurent dans un plan d'assainissement auquel le canton participe. L'objectif est de montrer aux créanciers d'une manière plausible et juridiquement sûre, dès la souscription de l'instrument de dette, comment leurs prétentions seront compensées en cas d'assainissement. Non seulement ce plan d'assainissement doit exposer le respect des exigences légales lors de l'amortissement prévu des créances, mais il doit préciser également et en particulier si et dans quelle mesure les créanciers ont renoncé de manière contraignante à leur droit, visé à

l'art. 30c, al. 1, let. b, LB, de ne pas être placés par l'assainissement dans une position économiquement moins favorable que par la faillite.

Al. 4

Le nouvel instrument de dette ne pourra être émis qu'à une valeur nominale d'au moins 100 000 francs. Au regard de la vérification du caractère approprié et de l'adéquation requise par la loi fédérale sur les services financiers⁴⁰, il devrait ainsi être *de facto* distribué seulement aux clients professionnels qui disposent des connaissances nécessaires en matière d'investissement et peuvent évaluer les risques liés à l'acquisition de tels instruments, ce qui revient à renforcer la protection des clients.

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

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

Art. 132, al. 1 à 3 et 5

Al. 1

Ne concerne que le texte allemand.

Al. 2

Cet alinéa est modifié à la let. a, ch. 2 et 3. Au lieu d'être reproduite à 100 % moins une remise, l'exigence totale est équivalente à 75 % (sans remise). Ainsi, les deux G-SIB suisses peuvent répondre aux exigences de la norme internationale sur les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes pour le ratio d'endettement maximal (*leverage ratio*).

Al. 3

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

Al. 5

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

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

Al. 1

L'al. 1 correspond à l'art. 132, al. 5, en vigueur.

Al. 2

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

⁴⁰ Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (RS 950.1)

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

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

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

Ce nouvel article remplace la réglementation actuelle des remises, qui n'est plus pertinente. Il dispose que la FINMA peut majorer les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes lorsqu'elle constate des obstacles à la capacité d'assainissement et de liquidation d'une G-SIB. Le montant de ces fonds est plafonné à 25 % de l'exigence totale. En d'autres termes, la somme des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes et des fonds exigés à l'art. 132, al. 2, ne peut représenter au plus que 100 % de l'exigence totale. La FINMA ne peut exiger pour la première fois d'autres fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes qu'à partir de juillet 2024 (cf. commentaire de l'art. 69, al. 2, OB).

La possibilité d'exiger des majorations concerne l'ensemble du groupe financier (art. 124, al. 3, let. b), la société-mère (art. 124, al. 3, let. c) ou d'autres entités importantes (art. 124, al. 3, let. d). En d'autres termes, les entités suisses des G-SIB ne sont pas concernées par cette réglementation, car elles sont soumises à un régime strict de préparation aux crises à travers le plan d'urgence, régime dans lequel la FINMA a plusieurs possibilités d'intervention. De plus, en renvoyant à l'art. 132, al. 4, l'article précise que les majorations des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes peuvent être réduites de moitié, voire d'un tiers au plus si elles sont couvertes par des fonds propres de haute qualité (fonds propres de base durs ou capital convertible répondant aux exigences applicables aux fonds propres de base supplémentaires).

Remarque préliminaire sur l'annexe 2, ch. 5.2

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

Plusieurs participants à la procédure de consultation ont demandé à pouvoir faire appel à la BNS en tant que sous-dépositaire sûr. Celle-ci a accepté sur le principe que les banques utilisent les comptes de virement qu'elles détiennent auprès de la BNS pour y déposer des espèces en francs. Les modalités de mise en œuvre seront définies ultérieurement. Figurant à l'annexe 2, ch. 1.2, OFR, la pondération-risque des fonds déposés auprès de la BNS est de 0 %.

Annexe 2

Ch. 5.2

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

Ch. 5.3

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

Ch. 5.4

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

5.4 Ordonnance sur les liquidités

Art. 18, al. 2 et 3, et annexe 2

Al. 2

Il s'agit ici d'une modification d'ordre rédactionnel due à la modification de l'art. 37h LB.

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

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

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

Art. 31b

Lors de sa séance du 29 juin 2022, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport du DFF sur les dispositions relatives au ratio de financement (*net stable funding ratio*, NSFR) visé à l'art. 31b OLiQ. Il a décidé de conserver tels quels les art. 17h, al. 3, et 17p, al. 2, let. b, ainsi que les coefficients RSF visés à l'annexe 5, ch. 2 et 3.4, OLiQ qui concernent le NSFR. L'art. 31b OLiQ n'étant ainsi plus pertinent, il peut être abrogé.

5.5 Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA

Art. 1, let. a

Le sigle FINMA a été introduit.

Art. 5, al. 1, let. b^{bis}

La FINMA peut effectuer elle-même un audit au sens des lois sur les marchés financiers sur les risques que l'assujetti peut faire porter aux créanciers, aux investisseurs, aux assurés ou au bon fonctionnement des marchés financiers (art. 24, al. 1 et 2, LFINMA). Les assujettis supportent les frais de l'audit (art. 24, al. 5, LFINMA). En percevant l'émolument prévu à

l'art. 24 LFINMA, la FINMA répercute déjà les coûts liés aux audits qu'elle réalise elle-même auprès des assujettis. La nouvelle disposition souligne l'obligation actuelle de payer des émoluments, recensant ainsi toutes les activités soumises à émolument.

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

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

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

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

Art. 16, al. 3

En vertu de l'art. 83, al. 1, OEFin⁴¹, la FINMA peut exercer la surveillance courante des gestionnaires de fortune et des trustees qui font partie d'un groupe financier (sociétés du groupe au sens de la LEFin) exclusivement dans le cadre de la surveillance du groupe. L'établissement financier n'est alors pas tenu d'adhérer à un organisme d'autorégulation (OA), et les coûts correspondants ne s'appliquent pas. Dans ce genre de cas, la FINMA pose au groupe financier des exigences strictes pour la surveillance des sociétés du groupe et veille au respect de ces exigences. L'indemnisation des charges inhérentes à la surveillance directe et régulière des sociétés du groupe au sens de la LEFin nécessite une augmentation de la taxe de base applicable au groupe financier (al. 3). Le montant annuel de 3000 francs a été fixé en fonction des charges supplémentaires attendues par la FINMA.

Art. 18, al. 2

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

La présente disposition est donc modifiée afin que le critère de calcul corresponde de nouveau à celui qui était en vigueur avant le 1^{er} janvier 2016. Ainsi, le volume total des résultats de l'année précédant l'année de taxation qui doivent être communiqués aux plates-formes de négociation conformément à l'OIMF-FINMA⁴² est de nouveau déterminant pour calculer la taxe complémentaire sur le chiffre d'affaires réalisé sur les transactions sur valeurs mobilières.

Art. 20, al. 1, let. e

La perception des taxes dues au titre de la surveillance des placements collectifs a révélé que la taxe de base par produit autorisé pouvait être réduite dans les activités de masse des placements collectifs en raison de la numérisation et de l'automatisation croissantes, d'autant que

⁴¹ Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (RS **954.11**)

⁴² Ordonnance de la FINMA du 3 décembre 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (RS **958.111**)

le nombre de placements collectifs autorisés a augmenté régulièrement. Par conséquent, la taxe de base annuelle pour les placements collectifs suisses et les placements collectifs étrangers sera fixée à 600 francs, au lieu de 750 francs actuellement.

Annexe

Ch. 1

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

Ch. 1.1

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

Ch. 1.1a

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

Ch. 1.2

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

Ch. 1.4

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

Ch. 1.6a

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

Ch. 1.10

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

Ch. 2.4

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

Ch. 2.5

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

Ch. 2.6

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

Ch. 2.7

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

Ch. 2.11

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

6 Conséquences

6.1 Conséquences économiques

6.1.1 Banques

6.1.1.1 Insolvabilité

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

- Art. 63a OB: eu égard à la volatilité de la valeur vénale des dérivés destinés à couvrir les risques de change, la banque concernée pourra avoir au fil du temps soit des engagements soit des créances. L'art. 63a OB atténue cette volatilité en excluant du plafond de 5 % visé à l'art. 30b, al. 8, LB les engagements qui découlent d'opérations de couverture en relation avec l'émission de bail-in bonds.
- L'art. 40a OFR précise la possibilité pour les banques cantonales d'émettre des instruments de dette destinés à absorber les pertes en présence de mesures en cas d'insolvabilité. Conformément à l'art. 30b, al. 6, LB, ces instruments peuvent être réduits en cas de crise avant que le capital social soit entièrement réduit. Par dérogation à l'art. 30b, al. 5, let. b, LB et à la hiérarchie des créanciers, les pertes existantes seraient supportées en premier lieu par les créanciers, et non par le canton en sa qualité de propriétaire, si les instruments de dette étaient réduits. Étant donné que les instruments de financement visés à l'art. 30b, al. 6, LB ne sont pas convertis en actions, mais qu'ils sont réduits (c.-à-d. amortis), la loi exige qu'une compensation ultérieure appropriée des créanciers soit prévue. Par conséquent, si la banque se redresse et reprend ses affaires, des paiements compensatoires contrebalanceront au moins en partie la perte liée à la réduction de créance. Il s'agit cependant d'un droit de compensation conditionnel des créanciers pour ne pas compromettre l'effet favorable de l'assainissement. La banque cantonale a donc le droit de n'effectuer aucun paiement compensatoire pour l'année correspondante si la marche des affaires est défavorable. En outre, l'obligation de compensation s'éteint à l'échéance d'un délai d'au moins dix ans. Le fait que ce droit à une compensation est uniquement conditionnel et que l'obligation de paiement est limitée dans le temps comporte des risques et des incertitudes pour les créanciers, dont l'ampleur ne sera évaluable qu'au cas par cas, en fonction d'une situation de crise spécifique. On ne saurait exclure que ces risques soient pris en compte à travers des coupons d'intérêts plus élevés lors de l'émission des instruments de dette concernés. L'art. 40a OFR prévoit également une possibilité de compensation conjointe des créanciers et du canton, à condition que ce dernier ait contribué à l'assainissement de la banque cantonale. Étant donné que l'égalité de traitement des créanciers et du canton se limite à la contribution d'assainissement versée, il est exclu que les créanciers soient contraints d'assumer des risques plus élevés en la matière. La participation du canton à l'assainissement de la banque cantonale accroît la

probabilité que celui-ci aboutisse, ce qui est également dans l'intérêt des créanciers. Les banques cantonales qui ne font pas peser des risques importants sur le système ne sont pas tenues d'émettre des instruments de dette destinés à absorber les pertes en présence de mesures en cas d'insolvabilité. Elles peuvent continuer de se refinancer par l'intermédiaire des formes de financement usuelles, si bien que les dispositions d'exécution de l'art. 30b, al. 6, LB ne devraient entraîner aucun coût supplémentaire à leur niveau. Ces dispositions permettent aux banques cantonales d'importance systémique d'accumuler des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes selon les art. 132 ss OFR grâce à des instruments de *bail-in*, ce qui est souhaitable en vue de la stabilité du système.

6.1.1.2 Garantie des dépôts

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

- L'inscription régulière des opérations *inflight* (art. 42a, al. 1, let. c et d, OB) dans la liste des déposants aurait entraîné une charge disproportionnée pour les banques. La réglementation retenue (art. 42a, al. 1, let. c et d, OB) permet de réduire les frais courants de ces établissements.
- Le traitement actuel des différents groupes de créanciers (art. 24 OIB-FINMA) et, surtout, l'inscription régulière correcte des personnes concernées dans la liste des déposants privilégiés s'accompagnent d'un vaste travail d'investigation pour les banques. La disposition visée à l'art. 42c, al. 3, OB simplifie sensiblement la gestion régulière des données et réduira les charges de conseil.
- Dans le cas extrêmement rare où le client d'une banque détiendrait simultanément un dépôt auprès d'un comptoir suisse et d'un comptoir étranger d'une même banque, il est considéré comme un déposant propre, indépendant tant par le comptoir suisse que par le comptoir étranger. Les banques n'ont donc plus de questions techniquement et juridiquement complexes à traiter en matière de consolidation et de coordination.
- À la différence des autres établissements, les banques d'importance systémique sont tenues d'établir un plan d'urgence. L'art. 42h, al. 1, OB tient compte de cette spécificité pour les préparatifs.

Les banques de très petite taille qui ont moins de 2500 clients sont exemptées des préparatifs opérationnels (art. 42h, al. 2, OB). Elles doivent cependant établir une liste des déposants. Compte tenu de l'existence de cette liste, le remboursement effectué par ces entités de taille restreinte peut être garanti sur le plan opérationnel même sans préparatifs plus importants. Le message relatif à la modification de la LB commente déjà les conséquences, pour les banques, du nouveau préfinancement de la garantie des dépôts. Pour ce qui est de la solution mise en œuvre dans l'ordonnance, on peut préciser ce qui suit:

- la couverture en fonds propres constituée au moyen d'un dépôt de titres n'a aucune incidence sur les coûts et celle constituée au moyen d'un prêt en espèces par les banques autorisées à le faire générera des coûts négligeables;
- le taux de sortie de 10 % proposé pour les exigences en matière de liquidités occasionnera, au total, des coûts supplémentaires de quelques centaines de milliers de francs seulement.

6.1.1.3 Capacité d'assainissement et de liquidation

Le processus d'évaluation sur lequel la FINMA fonde actuellement sa décision d'accorder des remises aux G-SIB est remplacé par un régime dans lequel la FINMA vise à identifier les éventuelles obstacles à la liquidation. Le but est d'assurer durablement la capacité d'assainissement et de liquidation qui devrait avoir été développée d'ici 2024. Ce nouveau processus occasionnera une charge initiale modeste tant pour les banques que pour la FINMA. Ensuite, il n'entraînera aucune charge matérielle supplémentaire par rapport au régime en vigueur. Si la FINMA identifie des obstacles à la liquidation d'une G-SIB et que celle-ci n'y remédie pas, la FINMA pourra décider en vertu de l'art. 65b, al. 1, OB de relever les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes ou de dotation en liquidités. Les coûts résultant de cette décision sont difficiles à chiffrer *ex ante*. Pour en donner un ordre de grandeur, on suppose que la majoration des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes qui sera imposée aux banques sera équivalente à la remise maximale théoriquement possible. Les coûts découleront en premier lieu des frais supplémentaires liés à l'acquisition de fonds de tiers sous la forme de *bail-in bonds* par rapport aux autres fonds de tiers (qui ne sont pas des *bail-in bonds*). Selon cette hypothèse, les coûts annuels supplémentaires pour les fonds de tiers seront de l'ordre de 50 millions de francs pour une G-SIB, si celle-ci se heurte à des obstacles dénoncés par la FINMA et qu'elle ne peut pas les lever. Ces adaptations ne concernent pas les banques d'importance systémique axées sur le marché intérieur (ZKB, Raiffeisen, Postfinance).

6.1.1.4 Ordonnance sur l'émission de lettres de gage

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

- Art. 11, al. 7, OLG: cet alinéa crée la base juridique qui permet aux centrales, en vertu de leur obligation de gestion des risques et de *reporting*, de demander aux banques membres de leur accorder un droit de consultation sur leurs données (p. ex. registre des gages) et, si nécessaire, d'obtenir d'autres renseignements. Les banques membres doivent détenir ces informations sur un support électronique et en garantir l'échange avec la centrale compétente au moyen d'interfaces informatiques. Ces travaux informatiques engendreront des coûts totaux inférieurs à 5 millions de francs pour les centrales et les banques membres. Étant donné que la nouvelle disposition ne représente pas *de facto* une obligation supplémentaire pour les entités concernées et les travaux informatiques mentionnés sont déjà exécutés (p. ex. conformément aux exigences des normes finales de Bâle III ou en vue du *reporting* régulier aux investisseurs), l'al. 7 ne fera pas augmenter les charges des centrales et des banques membres.
- Art. 14 et 14a OLG: ces articles précisent les dispositions d'exécution en vigueur relatives à la désignation et à la conservation de la couverture des lettres de gage et des prêts. Ils n'entraîneront aucun coût supplémentaire, car ils visent simplement à inscrire dans le droit une pratique qui est déjà appliquée par les établissements concernés.

6.1.1.5 Classification dynamique des banques

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

La première modification des seuils induite par la révision proposée de l'OB aura des conséquences à court terme. D'après les données actuellement disponibles, elle se traduira par le transfert de six banques dans une catégorie de surveillance moins stricte. Parmi celles-ci,

trois établissements passeront de la catégorie 3 à la catégorie 4. Ce changement leur permettra de réaliser des économies notables, car ils pourront alors bénéficier des simplifications accordées aux banques particulièrement liquides et biens capitalisées des catégories 4 et 5 visées aux art. 47a ss OFR. Toutefois, un retour prochain en catégorie 3 est probable pour deux de ces trois banques qui rejoindront la catégorie 4, car une faible croissance du bilan est suffisante à cet effet. Trois autres banques passeront de la catégorie 4 à la catégorie 5. Ce changement devrait être moins pertinent pour les établissements concernés, car les conditions réglementaires et le régime de surveillance des catégories 4 et 5 sont relativement similaires.

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

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

6.1.1.6 Sociétés du groupe significatives

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

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

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

6.1.3 Clients (garantie des dépôts)

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

- Par le passé, les opérations *inflight* (art. 42a, al. 1, let. c et d, OB) ont été sources d'incertitudes. La clarification introduite renforce la sécurité juridique pour les clients des

banques. Les créances découlant de ces opérations restent privilégiées, mais elles ne doivent pas figurer dans la liste des déposants et ne sont pas remboursées immédiatement. Ainsi, le règlement d'une grande partie des créances peut être accéléré.

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

6.1.4 Investisseurs (insolvabilité)

Compte tenu des modifications proposées à l'art. 40a OFR en matière d'insolvabilité bancaire, les pertes existantes en cas d'amortissement des instruments de dette conformément aux prescriptions de l'art. 30b, al. 6, LB seront supportées en premier lieu par les créanciers institutionnels, et non par les propriétaires des banques cantonales concernées. Les risques énoncés dans le chapitre sur les conséquences pour les banques pourront dès lors se concrétiser pour les créanciers détenant ces instruments de dette. D'un autre côté, ces créanciers pourront exiger une rémunération plus élevée pour compenser le risque encouru.

6.2 Conséquences pour la Confédération

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

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

Les dispositions contenues dans les ordonnances modifiées du Conseil fédéral se fondent sur les dispositions légales citées dans le préambule correspondant et sur celles référencées sous le titre. À propos de la constitutionnalité de la base légale, il est renvoyé aux commentaires figurant dans le message⁴³.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

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

7.3 Délégation de compétences législatives

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

8 Entrée en vigueur

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

⁴³ FF 2020 6151 6222