

27 septembre 2016

Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire

Rapport explicatif relatif à la révision partielle de l'OIB-FINMA

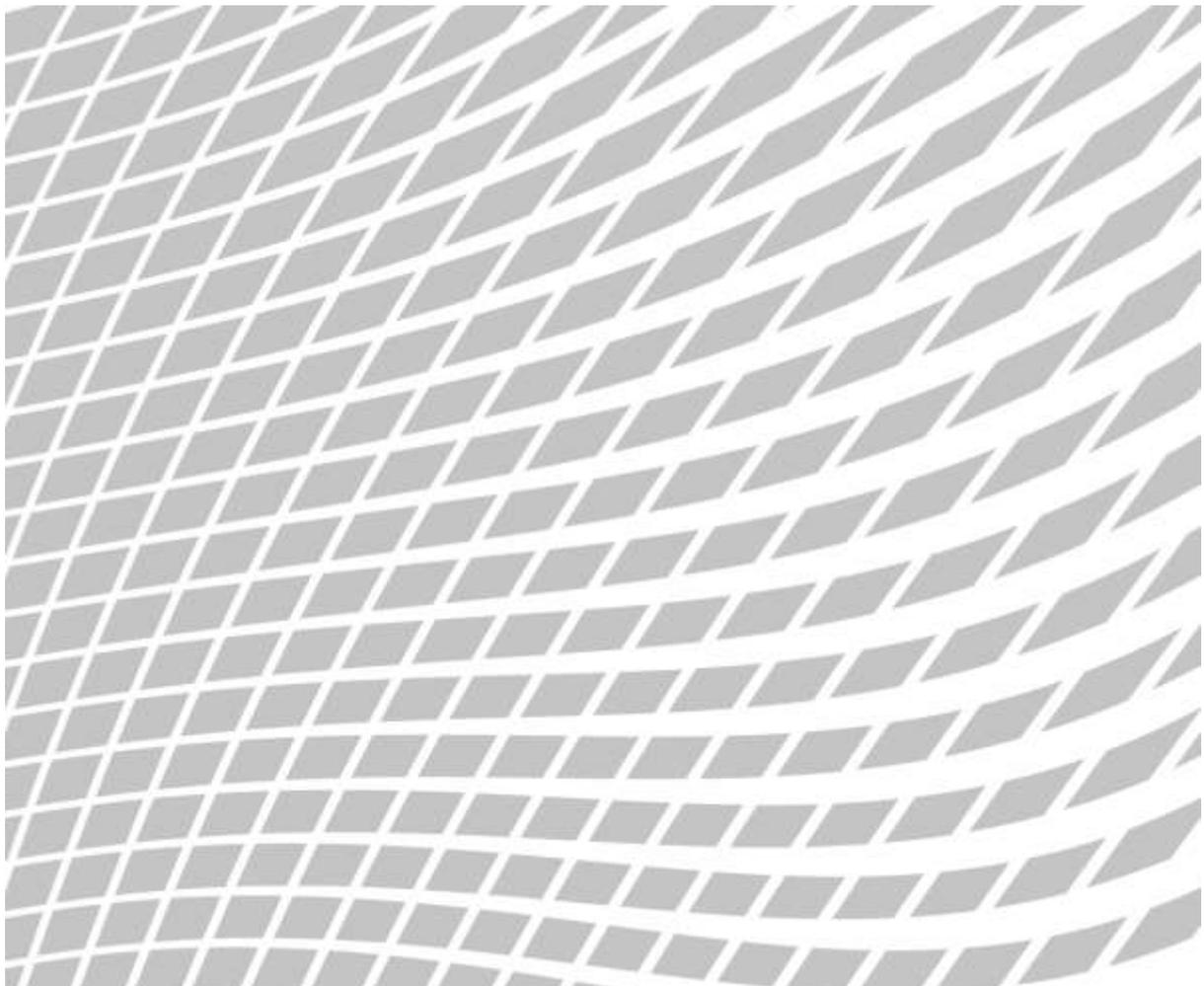


Table des matières

Eléments essentiels	3
1 Contexte.....	4
2 Exemples d'application et mode de fonctionnement du <i>swiss module</i>.....	5
2.1 Exemple d'application sans clause de reconnaissance.....	5
2.2 Exemple d'application avec clause de reconnaissance.....	6
2.3 <i>Swiss Jurisdictional Module to the ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol</i>	6
3 Environnement international	7
4 Besoin de réglementation et objectifs	8
5 Explications relatives aux différentes dispositions	9
5.1 Art. 56 OIB-FINMA	9
5.2 Art. 61a OIB-FINMA	12
6 Champ d'application spécifique à l'établissement.....	13
7 Effets et alternatives	13

Éléments essentiels

Entré en vigueur au 1^{er} janvier 2016, l'art. 12 al. 2^{bis} de l'ordonnance sur les banques (OB) oblige les banques suisses et des négociants en valeurs mobilières suisses à ne plus conclure de nouveaux contrats soumis à un droit ou à un for étranger que si leurs contreparties reconnaissent tout ajournement de la résiliation des contrats ordonné par la FINMA au sens de l'art. 30a de la loi sur les banques. Cette disposition laisse toutefois plusieurs questions sans réponse. Pour lever ces imprécisions, des dispositions d'exécution doivent être intégrées dans l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire. Il convient notamment de régler les points suivants :

1. clarification du type de contrats concernés par le champ d'application de l'art. 12 al. 2^{bis} OB ;
2. clarification au niveau des sociétés de groupe de banques suisses et de négociants en valeurs mobilières suisses qui sont assujetties à l'obligation d'adapter de l'art. 12 al. 2^{bis} OB ;
3. précision indiquant que l'obligation d'adapter prévue à l'art. 12 al. 2^{bis} OB ne s'applique que lors de modifications de contrats ou en présence de nouveaux contrats ;
4. définition d'exceptions appropriées à cette obligation d'adapter pour certains contrats (dont les contrats avec les infrastructures des marchés financiers) ; et
5. réglementation des délais de mise en œuvre.

1 Contexte

L'art. 30a de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB ; RS 952.0) est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2016. Il permet à la FINMA d'ajourner temporairement la résiliation de contrats et l'exercice de droits de compensation, de réalisation et de transfert (*stay*) en ordonnant ou en autorisant des mesures pour insolvabilité¹. Un ajournement a pour but de garantir que la FINMA puisse adopter des mesures de protection ou d'assainissement sans qu'elles ne fassent naître des droits de résiliation ou des droits visés à l'art. 27 al. 1 LB² (cf. le message du septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers³).

Cet ajournement temporaire ne devant pas excéder deux jours ouvrables permet de garantir, même en cas d'assainissement, la poursuite ininterrompue des principaux rapports contractuels. La FINMA peut ordonner, en même temps que des mesures contre l'insolvabilité, un ajournement de la résiliation de contrats. Il n'est, durant deux jours ouvrables, pas possible de faire valoir les droits de résiliation et autres droits selon l'art. 30a al. 1 LB naissant suite aux mesures ordonnées contre l'insolvabilité. Si la banque remplit, lorsque l'ajournement prend fin, les conditions d'autorisation, les contrats subsistent et il n'est pas possible non plus à l'avenir de faire valoir les droits de résiliation apparus durant la période d'ajournement.

L'art. 12 al. 2^{bis} de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB ; RS 952.02) est entré en vigueur à la même date que le nouvel art. 30a LB. Il oblige les banques suisses à ne conclure de nouveaux contrats ou des modifications des contrats existants soumis à un droit ou à un for étranger que si leur contrepartie reconnaît un ajournement de la résiliation des contrats au sens de l'art. 30a LB. Cette obligation trouve son explication dans le fait que les contrats internationaux sont souvent soumis à un droit étranger et/ou prévoient un for étranger. Ainsi, une contrepartie frappée par un ajournement pourrait faire valoir qu'en raison du statut contractuel étranger retenu, elle n'est pas concernée par un ajournement de la FINMA, sachant que tout litige éventuel autour de cette question serait tranché par un tribunal étranger.

Cette situation est problématique : en effet, la seule annonce de certaines contreparties indiquant qu'elles n'acceptent pas un ajournement de la FINMA enverrait un signal négatif au marché et remettrait par ailleurs en cause l'efficacité de l'assainissement. Il suffirait que cette question soit jugée devant des tribunaux étrangers pour faire basculer le portefeuille de contrats concernés dans une insécurité juridique considérable et ce, alors que la banque est dans une phase critique et doit être assainie. Il serait enfin concevable que des contreparties liées par un contrat soumis à un droit étranger ou à un contrat privilégiant un for étranger pourraient recourir avec succès contre l'ajournement. Elles seraient alors avantagées par rapport aux autres contreparties (essentiellement suisses), ce qui ne

¹ La durée de l'ajournement peut être de deux jours ouvrables au plus et concerner uniquement les droits contractuels (tels que les droits de résiliation) que feraient naître une mesure de la FINMA. Les autres droits, tels que les droits de résiliation qui seraient activés par un retard de paiement d'une des parties au contrat, sont exclus de l'ajournement (cf. à ce sujet l'art. 30a al. 2 et 3 LB).

² Il s'agit des droits de compensation de créances, de réalisation de gré à gré de garanties et de transfert de créances, d'engagements et de garanties.

³ FF 2014 7235, ici 7356 à 7358

serait pas sans poser problème au regard de l'obligation d'égalité de traitement⁴. L'art. 12 al. 2^{bis} OB vise donc à créer les conditions cadres requises pour un assainissement efficace, mais également à garantir l'égalité juridique entre les contreparties concernées par un ajournement.

Seuls les contrats qui prévoient un statut étranger et/ou un for étranger entrent dans le champ d'application de l'art. 12 al. 2^{bis} OB, puisqu'aucune menace ne pèse en principe sur l'applicabilité de la totalité des autres contrats. L'adaptation des contrats consiste en la reconnaissance contractuelle préalable par la contrepartie de la banque suisse de tout ajournement ordonné par la FINMA.⁵

Selon l'ordonnance sur les banques, cette obligation ne concerne que les nouveaux contrats, c'est-à-dire ceux qui ont été conclus ou modifiés après la mise en œuvre de l'obligation d'adapter (au sujet du délai de mise en œuvre, cf. chap. 5.2). Cela s'explique par le fait que l'introduction d'une clause de reconnaissance ne peut intervenir qu'avec le consentement de la contrepartie de la banque suisse. Ce consentement ne peut pas être exigé pour les contrats existants. En revanche, lors de la conclusion de nouveaux contrats, la banque suisse doit veiller à ce que la contrepartie concernée accepte une clause de reconnaissance ou se résoudre à trouver une autre partie pour conclure avec elle les transactions souhaitées. Cette disposition ne vise pas un effet rétroactif sur les contrats préexistants. Ainsi, il n'y a aucune obligation pour les banques de vérifier la compatibilité de toutes les relations contractuelles en vigueur avec l'art. 12 al. 2^{bis} OB ni de les adapter.

2 Exemples d'application et mode de fonctionnement du *swiss module*

2.1 Exemple d'application sans clause de reconnaissance

La banque A domiciliée en Suisse conclut un contrat cadre sur le négoce des dérivés avec la banque G domiciliée en Grande-Bretagne. Par la suite, ces banques concluent plusieurs transactions concernant l'achat et la vente d'options. Comme c'est alors habituellement le cas, le contrat cadre est soumis au droit anglais et désigne un for anglais compétent en cas de litiges⁶. Le contrat cadre précise en outre qu'il est automatiquement résilié et que toutes les créances ouvertes sont compensées entre les parties dès lors que des mesures pour insolvabilité, quelles qu'elles soient, sont prises à l'encontre de la banque A. La banque A a conclu un contrat similaire avec la banque S, également domiciliée en Suisse. Contrairement au contrat liant les banques A et G, cet autre contrat prévoit l'application du droit suisse et un for suisse.

La banque A fait alors face à une situation de crise. La FINMA décide de procéder à un assainissement. A cet effet, elle approuve un plan d'assainissement (cf. art. 31 LB). Afin que cette approbation

⁴ Il convient de noter à ce sujet qu'un ajournement des droits de résiliation au sens de l'art. 30a LB peut être ordonné à l'encontre de tous les contrats, quels que soient leur statut ou le for choisi.

⁵ Cf. sur l'ensemble : rapport explicatif concernant l'ordonnance sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers, OIMF) du 25 novembre 2015, p. 50 s.

⁶ Pour ce qui est du *master agreement* de l'ISDA, le contrat-cadre qui est la référence internationale pour le négoce des produits dérivés, les parties n'ont par exemple le choix qu'entre le droit anglais et le droit new-yorkais.

n'entraîne pas la résiliation automatique des contrats cadres évoqués (ainsi que de nombreux contrats semblables), elle ordonne en même temps l'ajournement temporaire des droits de résiliation au sens de l'art. 30a LB. L'ajournement est valable quels que soient le droit ou le for retenus et concerne par conséquent aussi bien les rapports contractuels entre les banques A et G qu'entre A et S.

Cependant, la banque G considère que son contrat cadre qui est soumis au droit anglais n'est pas concerné par la décision de la FINMA. Elle résilie donc le contrat et compense toutes les créances ouvertes. Si le chargé d'assainissement souhaite recourir contre cette procédure, il doit s'adresser à un tribunal anglais dont il est difficile de présager de la décision. De plus, la banque A devra essayer de conclure les transactions désormais résiliées avec des nouvelles contreparties, ce qui peut s'avérer compliqué, surtout en cas de crise, et générer des coûts élevés. La convention contractuelle d'une clause de reconnaissance permet d'en tenir compte à titre préventif.

Quant à la banque S, elle n'a aucune raison de ne pas se plier à la décision d'ajournement puisque le contrat cadre correspondant est soumis au droit suisse et que tout litige serait tranché par une instance suisse.

2.2 Exemple d'application avec clause de reconnaissance

Du fait de la mise en œuvre de l'exigence visée à l'art. 12 al. 2^{bis} OB, la banque A ne peut conclure de nouveaux contrats avec la banque G que s'ils prévoient le droit et le for suisse ou si la banque G déclare au préalable consentir à reconnaître tout ajournement de la FINMA au sens de l'art. 30a LB. Comme le choix du droit anglais ou américain est le standard pour le négoce international, les parties intègrent normalement une clause de reconnaissance correspondante dans leurs contrats. Dans le cas présent, les banques A et G vont en effet adapter le contrat cadre qui les lie en lui ajoutant une clause de reconnaissance.

Le contrat cadre entre les banques A et S ne nécessite aucune adaptation puisqu'il prévoit le droit suisse et un for suisse et qu'en l'espèce, l'applicabilité d'un ajournement n'est pas remise en cause.

Du fait de l'adaptation du contrat entre les banques A et G, le risque que cette dernière n'accepte pas un ajournement ordonné par la FINMA a été fortement réduit. Le résultat obtenu est double: premièrement, la banque A peut poursuivre ses affaires avec la banque G même en cas d'assainissement et ne doit pas chercher de nouveaux partenaires commerciaux en pleine crise et, deuxièmement, on garantit ainsi que les contreparties suisses (banque S) ne sont pas désavantagées par rapport aux contreparties étrangères (banque G). Elles doivent, chacune, se conformer pareillement à un ajournement éventuel.

2.3 *Swiss Jurisdictional Module to the ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol*

Le *Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol* est un avenant qui a été élaboré par l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA) pour les pays qui soumettent leurs banques à une obligation d'adapter les contrats. Il a pour but d'aider les banques concernées et leurs contreparties à satis-

faire aux exigences réglementaires et à maintenir à un niveau minimum les coûts correspondants. En plus de l'*ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol*, qui constitue le contrat de base, il existe des modules spécifiques à chaque pays, appelés *jurisdictional modules*. Jusqu'à présent, des modules ont été publiés pour la Grande-Bretagne et pour l'Allemagne⁷.

Afin de faciliter la mise en œuvre des exigences de l'art. 12 al. 2^{bis} OB pour les banques suisses, un module doit également être élaboré pour la Suisse (*swiss module*). Celui-ci se fondera sur les art. 12 al. 2^{bis} OB et 56 OIB-FINMA. Adopter le *swiss module* permettra donc de répondre entièrement aux exigences suisses. Il convient de noter que ce module ne permet pas seulement d'adapter les contrats cadres ISDA, mais tous les contrats qui entrent dans le champ d'application de l'art. 12 al. 2^{bis} OB.

Les banques suisses peuvent reprendre le *swiss module* en tant que *regulated entity counterparty* en faisant parvenir une *adherence letter* à l'ISDA. Les parties qui souhaitent continuer à négocier avec la banque suisse peuvent, de la même manière, reprendre le *swiss module* en tant que *module adhering party*. Si la banque suisse comme sa contrepartie ont adopté le *swiss module*, tous les contrats conclus entre elles et entrant dans le champ d'application de l'art. 12 al. 2^{bis} OB sont réputés être dotés d'une clause de reconnaissance appropriée.

3 Environnement international

Les *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* publiés par le Conseil de stabilité financière (*Financial Stability Board* ou FSB) prévoient que les Etats membres doivent avoir la possibilité d'ordonner un ajournement temporaire des droits de résiliation (*temporary stay on early termination rights*)⁸. Outre la Suisse, d'autres places financières importantes ont également transposé cette exigence dans leur droit national, c'est par exemple le cas des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne, de l'Allemagne, de la France et du Japon.

Afin de garantir la faisabilité internationale d'un ajournement, tous les pays précités se sont également déclarés prêts à soumettre au moins leurs G-SIBs⁹ à une obligation d'adapter leurs contrats. En Allemagne, cette obligation a été introduite avec le § 60a de la *Sanierungs- und Abwicklungsgesetz*¹⁰, loi entrée en vigueur au mois de novembre 2015. En Grande-Bretagne également, une réglementation équivalente est déjà en vigueur¹¹. Aux Etats-Unis, une réglementation similaire est en projet. La con-

⁷ Cf. <https://www2.isda.org/functional-areas/protocol-management/protocol/24>

⁸ *FSB Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, p. 51 ss

⁹ *Global systemically important banks* ou banques d'importance systémique mondiale

¹⁰ *Sanierungs- und Abwicklungsgesetz* du 10 décembre 2014 (BGBl. I p. 2091), modifiée par l'article 1 de la loi du 2 novembre 2015 (BGBl. I p. 1864)

¹¹ Cf. à ce sujet : <http://www.bankofengland.co.uk/prd/Documents/publications/ps/2015/ps2515app1.pdf>

sultation la concernant a été ouverte le 11 mai 2016¹². Il en va de même au Japon où la consultation a débuté le 22 juin 2016¹³.

L'obligation d'adapter les contrats est donc reconnue sur le plan international et mise en œuvre sur les places financières les plus importantes du point de vue de la Suisse, alors qu'au niveau international, il y a une focalisation sur les contrats financiers. Cela signifie que les acteurs du marché financier suisse doivent également déclarer vis-à-vis des banques étrangères qui sont domiciliées dans l'un de ces pays qu'ils consentent à reconnaître tout ajournement de leurs droits de résiliation ordonné par l'autorité de surveillance nationale concernée.

4 Besoin de réglementation et objectifs

L'obligation d'adapter les nouveaux contrats introduite par le nouvel art. 12 al. 2^{bis} OB est formulée sur la base de principes. La sécurité juridique des acteurs concernés rend nécessaire différentes concrétisations au niveau de l'OIB-FINMA. Il convient notamment d'apporter une précision concernant le type de contrats soumis à une obligation d'adapter. L'ordonnance sur les banques ne règle pas explicitement cette question, dans la mesure où elle se contente de parler de *contrats*. Il s'agit également de définir les nécessaires exceptions à l'obligation d'adapter. Elles concernent notamment les contrats avec les infrastructures des marchés financiers, vu qu'il est probable que les banques concernées n'arrivent pas à contraindre ces contreparties à accepter une adaptation de leurs contrats.

L'art. 69 al. 5 OB autorise la FINMA à accorder aux banques des délais appropriés pour la mise en œuvre des mesures au sens de l'art. 12 al. 2^{bis} OB en tenant compte des standards internationaux. L'intégration de dispositions d'exécution dans l'OIB-FINMA permettra d'introduire un tel délai transitoire.

La révision partielle de l'OIB-FINMA telle qu'elle est proposée offrira également la possibilité aux banques de procéder aux adaptations de contrats exigés par l'art. 12 al. 2^{bis} OB selon un processus standardisé au niveau international. Sur la base des dispositions d'exécution de l'OIB-FINMA telles que prévues, l'ISDA doit en effet élaborer le *swiss module* déjà évoqué. L'élaboration du *swiss module* est tributaire de certaines des concrétisations présentées ci-avant, notamment de la définition explicite des types de contrats à adapter. Le *swiss module* reflétera la réglementation en vigueur en Suisse. Son adoption permettra d'adapter uniformément tous les contrats concernés aux exigences de l'art. 12 al. 2^{bis} OB, en contenant les coûts. Ainsi, les banques suisses et leurs contreparties satisferont tout simplement aux exigences sans avoir à faire de concessions plus larges que celles expressément imposées par la réglementation.

En résumé, il faut retenir qu'une concrétisation de l'art. 12 al. 2 bis OB est nécessaire pour garantir la sécurité juridique autour de la mise en œuvre de la nouvelle obligation et instaurer un processus correspondant aux réglementations internationales similaires. Enfin, il faut savoir que plusieurs des

¹² <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-05-11/pdf/2016-11209.pdf>

¹³ <http://www.fsa.go.jp/news/27/20160622-1.html>

banques déjà consultées plaident en faveur d'une concrétisation par la FINMA. Pour finir, cette concrétisation est nécessaire pour élaborer le *swiss module* déjà évoqué qui permettra de procéder aux adaptations de contrats pour un coût et un investissement en ressources nettement moins élevés.

5 Explications relatives aux différentes dispositions

5.1 Art. 56 OIB-FINMA

5.1.1 Al. 1

Selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB, les *nouveaux contrats ou les modifications des contrats existants soumis à un droit ou à un for étranger* doivent comprendre une clause de reconnaissance. Les contreparties d'une banque suisse doivent, au préalable, s'engager contractuellement à reconnaître un éventuel ajournement par la FINMA selon l'art. 30a LB. Sont considérés comme *ajournement de la résiliation des contrats selon l'art. 30a LB* aussi bien les droits de résiliation que le droit d'exercer des droits de compensation, de réalisation et de transfert. Les contreparties doivent donc reconnaître un ajournement aussi bien concernant la résiliation de contrats et l'exercice de droits visant à les résilier que concernant l'exercice de droits de compensation, de réalisation et de transfert. Le libellé de la clause de reconnaissance est mis à disposition comme modèle de texte sur la base de l'art. 56 OIB-FINMA.

Au regard du but de la loi, cette obligation est limitée aux contrats dont le maintien est essentiel pour la banque à assainir. Ces prémisses ont conduit à l'élaboration d'une liste des contrats devant être assujettis à une obligation d'adapter. Pour ce faire, la première référence a été l'ancien art. 56 OIB-FINMA en vigueur du 1^{er} novembre 2012 au 31 décembre 2015, qui désignait les contrats pouvant alors être soumis à un ajournement¹⁴. Cette énumération avait été harmonisée avec la définition des contrats financiers au sens de l'art. 2 n° 100 de la directive 2014/59/UE sur le redressement et la résolution des crises bancaires (*Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD*)¹⁵. Tant l'Allemagne que la Grande-Bretagne limitent l'obligation d'adapter aux contrats financiers définis dans cette disposition. Les banques suisses ne doivent pas se voir imposer des obligations plus vastes.

Il est à noter que selon l'art. 30a LB tout contrat quel qu'il soit peut être concerné par un ajournement. La définition des contrats qui sont soumis à l'obligation d'adapter ne change rien à cette compétence globale. Par conséquent, même les contrats ne devant pas contenir de clause de reconnaissance au sens de l'art. 56 OIB-FINMA peuvent toujours faire l'objet d'un ajournement. Il ne faut pas confondre

¹⁴ Suite à l'introduction de l'art. 30a LB (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016), l'ancien art. 56 OIB-FINMA a été supprimé puisque conformément à l'art. 30a LB toutes les relations contractuelles peuvent être soumises à un ajournement.

¹⁵ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, JO L 173 du 12.6.2014, p. 190 à 348.

non plus l'art. 56 al. 1 OIB-FINMA avec l'art. 75 al. 1 de l'ordonnance du 25 novembre 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF ; RS 958.11). Alors que le premier définit les contrats soumis à l'obligation d'adapter, le second procède à une énumération exemplative des contrats pouvant être soumis à un ajournement.¹⁶

Seuls les contrats régissant les transactions du marché financier doivent être soumis à l'obligation d'adapter. Selon la let. a, la réglementation s'applique par conséquent aux contrats concernant l'achat, la vente, l'emprunt ou la pension dans la mesure où ils portent sur des papiers-valeurs, des droits valeurs ou des titres intermédiés. La let. a vise également ces contrats lorsqu'ils portent sur des indices qui contiennent des papiers-valeurs, des droits-valeurs ou des titres intermédiés. Les options relatives aux sous-jacents mentionnés ou à des indices ayant de tels sous-jacents sont également visées.

Selon la let. b, les contrats concernant l'achat et la vente avec livraison future, d'emprunt ou de pension sont soumis à l'obligation d'adapter s'ils portent sur des marchandises ou des indices qui en contiennent. Les options en lien avec des marchandises ou des indices contenant des marchandises sont également visées.

Selon la let. c, les contrats concernant l'achat, la vente ou le transfert pour une date future et à un prix déterminé d'avance sont soumis à l'obligation d'adapter lorsqu'ils portent sur des marchandises, des prestations de service, des droits ou des taux d'intérêt. Cela ne vaut toutefois que si la réalisation du contrat est convenue pour une date future et qu'un prix a été déterminé d'avance.

La let. d précise pour finir que les contrats de *swap* sont concernés par l'obligation d'adapter lorsqu'ils portent sur les papiers-valeurs, les droits-valeurs, les titres intermédiés, la météorologie, l'émission monétaire ou l'inflation. Les dérivés de crédit et les options sur taux entrent de manière générale dans le champ d'application de l'obligation d'adapter.

La let. e couvre, pour sa part, les conventions de crédit dans la relation interbancaire. La formule « dans la relation interbancaire » est employée pour préciser que les crédits aux entreprises dans le secteur non-bancaire ne sont pas soumis à l'obligation d'adapter. Cela vaut qu'il s'agisse d'un crédit bilatéral ou d'un crédit syndiqué. Le cas où une banque prêteuse accorde une sous-participation (*funded subparticipation*) ou toute autre participation similaire à une autre banque ne constitue pas non plus une convention de crédit dans la relation interbancaire. Cette exception semble conforme puisque les banques impliquées dans les cas cités le sont en tant que prêteuses (et non comme preneurs de crédit) et que donc, un ajournement des droits de résiliation n'est normalement pas nécessaire dans la perspective d'un assainissement efficace.

La lettre f précise que si d'autres contrats ont les mêmes effets que ceux mentionnés à l'al. 1, ils sont également soumis à l'obligation d'adapter. Cette dernière doit être comprise comme une règle générale garantissant que les contrats qui aboutiraient au même résultat économique que les types de

¹⁶ Cf. rapport explicatif concernant l'ordonnance sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, p. 34 ; l'art. 75 OIMF a repris l'énumération de l'ancien art. 56 OIB-FINMA. Contrairement à cette disposition qui dressait une énumération exhaustive des contrats soumis à un ajournement, la liste de l'art. 75 OIMF n'est donnée qu'à titre d'exemple.

contrat spécifiquement mentionnés sans en faire partie d'un point de vue juridique soient également soumis à l'obligation d'adapter. Pour lever tout doute, la let. g précise que les contrats spécifiquement mentionnés auparavant sont concernés par l'obligation d'adapter même s'ils sont conclus sous forme de conventions cadres. Ce sera notamment et régulièrement le cas pour les dérivés, le prêt de valeurs mobilières et les opérations de pension. Concernant le prêt et les opérations de pension, il convient de noter qu'ils ne constituent pas des transactions sur valeurs mobilières.

5.1.2 Al. 2

L'art. 2 précise quels contrats font exception à l'obligation d'adapter. La let. a cite en premier lieu les contrats qui ne justifient pas la résiliation ou l'exercice des droits selon l'art. 30a al.1 LB¹⁷ directement ou indirectement par une mesure pour insolvabilité de la FINMA. Cette exception est motivée par le fait que ces contrats ne peuvent tout simplement pas faire l'objet d'un ajournement ordonné par la FINMA. L'art. 30a al. 2 LB énonce en effet qu'un ajournement ne peut être ordonné que si les mesures justifient la résiliation ou l'exercice des droits visés à l'art. 30a al. 1 LB. Les contrats qui ne lient pas la résiliation à une mesure de la FINMA ne peuvent donc pas être concernés par un ajournement. Une obligation d'adapter est donc superflue.

Les contrats qui ont un rapport indirect avec une mesure pour insolvabilité de la FINMA sont toutefois soumis à l'obligation d'adapter. Par exemple, lorsqu'un contrat entre la filiale étrangère d'une banque suisse et une partie tierce prévoit qu'un droit de résiliation est reconnu à cette dernière si la FINMA ordonne des mesures pour insolvabilité à l'encontre de la banque suisse (clause de défaillance réciproque ou *cross-default clause*¹⁸), le contrat devrait être adapté en conséquence. En revanche, les contrats entre les sociétés de groupe étrangères des banques suisses et des parties tierces qui ne contiennent pas de clause de défaillance réciproque se référant à une société suisse du groupe sont exclus de l'obligation. Et ce, justement parce que ces contrats ne lient pas un droit de résiliation à une mesure pour insolvabilité approuvée ou ordonnée par la FINMA.

Les let. b et c excluent les contrats avec certaines contreparties. Cette exclusion concerne tout d'abord les infrastructures des marchés financiers et les systèmes organisés de négociation. Aucune obligation d'adapter les contrats ne doit s'appliquer à l'encontre de ces parties. Cette mesure concorde avec les dispositions correspondantes adoptées en Grande-Bretagne et en Allemagne et prévues dans le projet de consultation aux Etats-Unis¹⁹. La première raison qui motive cette exception tient au fait qu'un ajournement de la résiliation à l'encontre des infrastructures des marchés financiers, c'est-à-dire des contreparties centrales, pourraient avoir des conséquences imprévisibles sur le système financier. Actuellement, des études sont en cours (au niveau international également) pour déterminer comment il est souhaitable d'appréhender ce risque et de quelle manière la permanence du rattachement des banques suisses aux infrastructures de marchés financiers correspondantes doit

¹⁷ Il s'agit ici des droits de résiliation, de compensation, de réalisation et de transfert.

¹⁸ Une clause de défaillance réciproque accorde à une partie au contrat le droit de résilier le contrat si un événement précis affecte une partie tierce (définie contractuellement). Exemple : la banque A conclut un contrat avec la banque B. Les parties au contrat conviennent que la banque B a le droit de résilier le contrat si la société mère de la banque A fait faillite.

¹⁹ Quoique les Etats-Unis ne prévoient pas d'exception pour les contrats avec les infrastructures de marchés mais excluent spécifiquement les contrats avec les contreparties centrales de la réglementation.

être assurée. Il faut ajouter à cela qu'il serait difficile aux banques suisses, pour ne pas dire impossible, d'obliger les infrastructures de marchés financiers étrangères à accepter une adaptation. Et ce, notamment, parce que les réglementations étrangères ne prévoient justement pas une telle obligation d'adapter.

En vertu de la let. c, les contrats avec des banques centrales étrangères sont par ailleurs exclus de l'obligation d'adapter car il serait difficile de leur imposer une adaptation.

Selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB, les banques suisses sont soumises à l'obligation d'adapter tant à l'échelon de chaque établissement qu'à celui du groupe. Ce principe est restreint par la let. d. Celle-ci prévoit en effet une exception pour les sociétés du groupe qui ne sont pas actives dans le domaine financier. Quiconque est considéré comme actif dans le domaine financier est lié par l'art. 4 OB. Cette exception est justifiée par le fait que les sociétés du groupe qui ne sont pas actives dans le domaine financier ne gèrent pas de contrats financiers importants pour l'existence du groupe bancaire. Une obligation d'adapter les contrats correspondants est par conséquent superflue.

5.1.3 Al. 3

L'al. 3 régit la modification déjà convenue d'un contrat. C'est le cas lorsque le contrat est modifié sans autre intervention des parties. En l'occurrence, aucune adaptation ne doit être apportée au contrat. Celle-ci ne serait d'ailleurs pas applicable sans autre démarche puisque c'est aux banques soumises à la réglementation qu'il incombe de convaincre leurs contreparties d'accepter une clause de reconnaissance. Elles ne peuvent pas les y contraindre dans le cadre d'une adaptation automatique du contrat. Ce n'est qu'à la conclusion d'un nouveau contrat que les négociations laissent un espace suffisant pour convenir d'une clause de reconnaissance.

5.2 Art. 61a OIB-FINMA

En vertu de l'art. 69 al. 5 OB, la FINMA peut accorder des délais appropriés aux banques pour la mise en œuvre de l'obligation au sens de l'art. 12 al. 2^{bis} OB, ce qui se traduit par l'introduction de l'art. 61a OIB-FINMA qui prévoit deux délais transitoires. Les contrats ayant comme contreparties des banques et des négociants en valeurs mobilières et conclus plus de trois mois après l'entrée en vigueur de la modification doivent se conformer aux conditions prévues à l'art. 56 OIB-FINMA. Les contrats avec toute autre contrepartie ne doivent remplir ces conditions que s'ils sont conclus ou modifiés plus de six mois après l'introduction de la modification.

L'introduction progressive de l'obligation d'adapter vise à donner aux banques la possibilité d'échelonner la réalisation des tâches correspondantes. Il faut s'attendre à ce que les banques en tant que contreparties parfois soumises elles-mêmes à une obligation similaire soient plus enclines à signer une adaptation du contrat que d'autres parties. Pour les autres parties, il faudra certainement fournir plus d'explications, ce qui demande du temps et justifie un délai de mise en œuvre plus long.

L'al. 2 du même article énonce simplement que des délais de mise en œuvre plus étendus peuvent être accordés à certains établissements si les circonstances le justifient. Il donne ainsi la flexibilité

nécessaire pour les cas de rigueur. Cela pourrait arriver, par exemple, si une contrepartie importante pour la banque concernée refusait de signer une clause de reconnaissance. L'exception prévue à l'al. 2 permettrait d'accorder un délai plus étendu à la banque concernée pour rechercher une nouvelle contrepartie prête à se conformer aux exigences.

6 Champ d'application spécifique à l'établissement

L'obligation prévue à l'art. 12 al. 2^{bis} OB doit être respectée par les banques et les négociants en valeurs mobilières à l'échelon de l'établissement comme à celui du groupe. L'obligation ne vaut pas seulement pour les banques d'importance systémique ou les autres grandes banques, mais aussi pour les petits établissements dans la mesure où ceux-ci concluent aussi des contrats financiers soumis à un droit ou à un for étranger selon l'art. 56 al. 1 OIB-FINMA. L'exclusion de certains établissements de l'obligation d'adapter pourrait inciter des contreparties à contourner ladite obligation en ne passant des contrats qu'avec des banques suisses qui ne sont pas soumises à l'obligation d'adapter. Cela engendrerait des distorsions de la concurrence indésirables. En outre, les frais liés aux adaptations contractuelles sont estimés comme très faibles, car tous les contrats tombant sous le coup de cette obligation peuvent être aisément adaptés au moyen d'une reprise du *swiss module*. Les frais devraient ainsi pouvoir être assumés sans problème même par les petits établissements. Les participants à l'audition concernés sont priés de prendre position quant aux conséquences attendues, notamment concernant les frais possibles.

7 Effets et alternatives

La mise en œuvre de l'obligation d'adapter les contrats au sens de l'art. 12 al. 2^{bis} OB déjà en vigueur générera des coûts pour les établissements concernés et leurs contreparties (notamment en raison de la charge administrative). La concrétisation proposée ici dans le cadre des dispositions d'exécution de l'OIB-FINMA devrait contribuer à réduire ces coûts pour les parties concernées. Et ce, d'une part, parce qu'elle délimite désormais clairement quels contrats doivent être adaptés. Le cercle des contrats à renégocier peut ainsi être défini précisément et il ne sera pas nécessaire de procéder à des adaptations préventives. Et, d'autre part, aussi parce que les nouvelles dispositions préparent le terrain pour l'élaboration d'un *swiss module* pour la Suisse. La FINMA a bon espoir que la version finale du *swiss module* sera disponible au moment de l'entrée en vigueur de l'art. 56 OIB-FINMA. L'adaptation globale de l'ensemble des contrats soumis à la réglementation qu'il permettrait devrait réduire considérablement les coûts et l'investissement en ressources des banques. Des délais transitoires précis pour la mise en œuvre permettent d'être plus efficace dans la planification et l'allocation des ressources.

Une alternative possible consisterait à réduire encore le champ d'application en fonction du type des contrats à adapter. Il serait par exemple possible de limiter l'obligation aux contrats sur dérivés, de prêt de valeurs mobilières et aux opérations de pension. Les banques devraient ainsi adapter un nombre plus faible de contrats. L'inconvénient de cette manière de procéder viendrait notamment du

fait qu'en cas d'assainissement, il pourrait arriver que les principaux contrats financiers ne soient pas tous munis d'une clause de reconnaissance, ce qui rendrait l'assainissement plus difficile.

Une renonciation pure et simple à toute disposition d'exécution relative à l'art. 12 al. 2^{bis} OB reviendrait à laisser planer le doute sur certaines questions liées à la mise en œuvre. Dans ce contexte, il ne serait plus possible non plus de garantir le respect uniforme des obligations par les banques. La définition dudit *swiss module* se heurterait probablement aussi à des difficultés puisque ce dernier doit définir précisément quels types de contrats avec quelles contreparties il faut adapter. Dernier point, on peut supposer qu'à défaut des dispositions clairement définies dans l'ordonnance, les banques auraient les plus grandes difficultés à expliquer la réglementation suisse à leurs contreparties, et par conséquent, à motiver et à obtenir l'adaptation du contrat.