

7 août 2013

Assainissement et liquidation des banques d'importance systémique mondiale

Document de position FINMA assainissement
des banques d'importance systémique

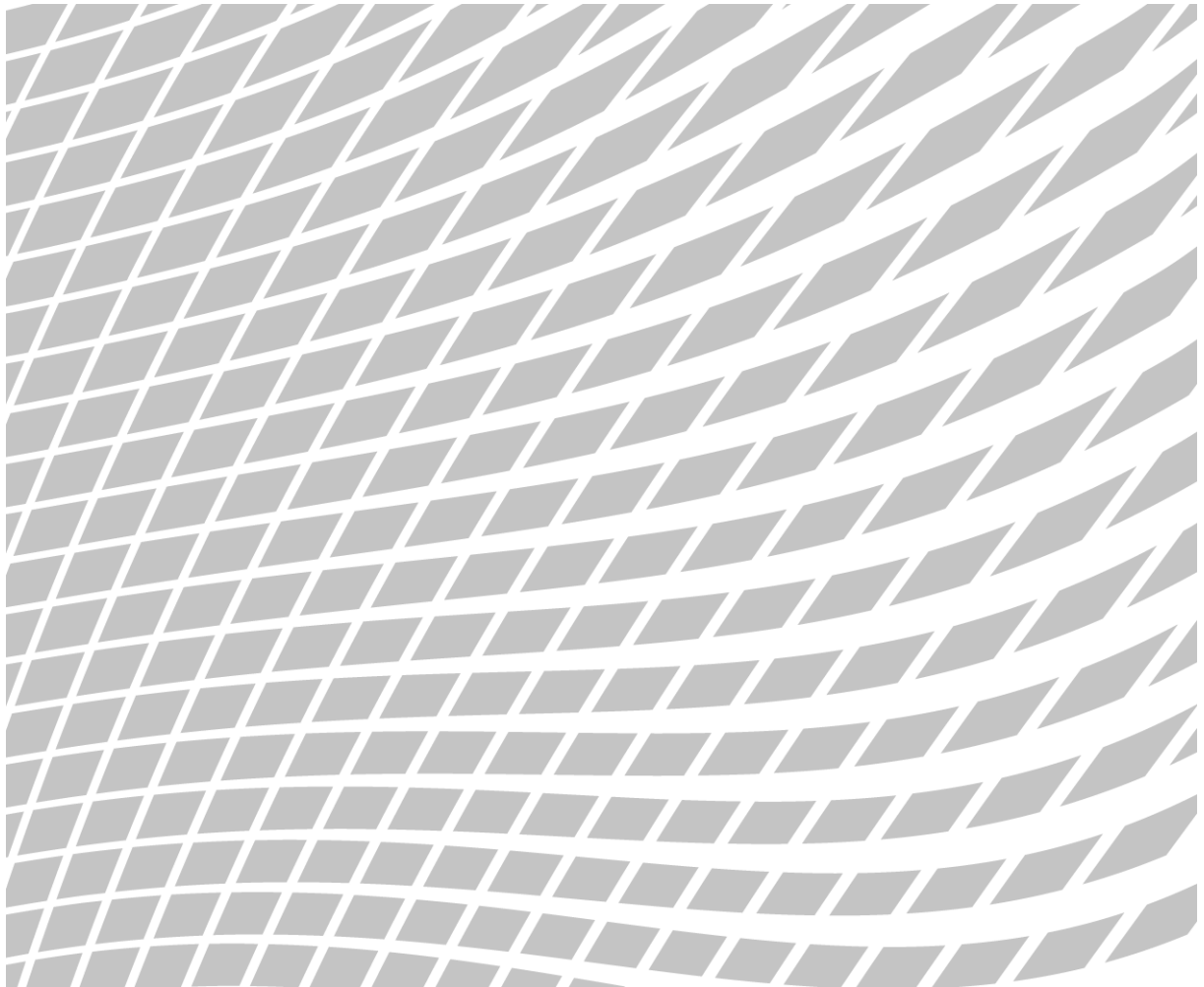


Table des matières

1	Condensé.....	3
2	Objectifs du présent document.....	4
3	Problématique du <i>too big to fail</i>.....	4
4	Approches possibles.....	5
5	Bail-in mis en œuvre de façon centralisée (« single point of entry bail-in »), stratégie d'assainissement privilégiée.....	6
5.1	Vue d'ensemble.....	6
5.2	Bases légales.....	7
5.3	Modèle d'affaires, structures du groupe et du financement.....	7
6	Recours aux outils d'assainissement pendant une crise financière.....	9
6.1	Echec de la stabilisation.....	9
6.2	Point de non-viabilité – déclencheur de l'assainissement.....	9
6.3	Intervention précoce et mesures protectrices.....	10
6.4	Procédure d'assainissement.....	10
7	Prise de décision en cas d'assainissement et de liquidation.....	11
7.1	Evaluation.....	11
7.2	Potentiel de couverture des pertes.....	12
7.3	Principes juridiques fondamentaux.....	13
7.4	Poursuite de l'activité opérationnelle.....	14
7.5	Exécution du <i>bail-in</i>	14
7.6	Scénario de repli : restructuration inhérente à une « <i>closed bank resolution</i> ».....	15
8	Conclusion et perspectives.....	16

1 Condensé

Le présent document de position expose les stratégies d'assainissement et de liquidation (« resolution strategies ») de la FINMA relatives aux banques d'importance systémique mondiale en Suisse. Il souligne les possibilités d'application opérationnelle en coopération avec les autorités étrangères de surveillance et de liquidation.

Après la crise financière de 2008 et conformément aux « *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* » élaborés sous la conduite Conseil de stabilité financière (CSF) publiés en octobre 2011 (« *Key Attributes* du CSF »), la FINMA a élaboré une stratégie d'assainissement et de liquidation pour les banques d'importance systémique mondiale en Suisse. Ce travail a grandement bénéficié des consultations ouvertes et constructives entre toutes les autorités qui forment ensemble le *Crisis Management College*.¹ L'objectif est de créer un environnement favorable à l'assainissement ou à la liquidation de ces banques en cas de crise. Cet assainissement ou cette liquidation doivent garantir le maintien des fonctions d'importance systémique ou une liquidation ordonnée, prévenir les effets négatifs sur les systèmes financiers mondiaux et nationaux ainsi que sur les économies concernées et éviter autant que possible le recours aux aides publiques.

La FINMA privilégie une stratégie dans laquelle l'autorité nationale de surveillance et de liquidation (home supervisory and resolution authority) coordonne l'assainissement et la liquidation de ces groupes financiers et se concentre sur la société faîtière ultime du groupe (« parent »). Cette approche s'appelle *single point of entry* (SPE). Les créanciers de la banque-mère ou de la société holding suprême supportent une partie des pertes, ce qui permet de recapitaliser tout le groupe financier. Cette recapitalisation doit être suffisante pour répondre aux besoins de toutes les sociétés du groupe en Suisse et à l'étranger et confère ainsi du temps pour restructurer les banques concernées afin qu'elles puissent retrouver une activité normale. L'option de repli consiste à démanteler le groupe, c'est-à-dire à céder des entités et des secteurs d'activité ou à liquider les unités non viables du groupe, tout en préservant les fonctions d'importance systémique.

La récente entrée en vigueur d'une législation détaillée² destinée à atténuer la problématique du *too big to fail* (TBTF) en Suisse a fait la une des médias. La nouvelle loi fournit les bases légales pour les mesures que la FINMA pourrait être amenée à prendre lors d'une procédure d'assainissement.

Le présent document de position aborde également plusieurs défis pouvant survenir lors de l'application de cette stratégie aux niveaux national et international. La FINMA continuera à travailler sur les plans d'assainissement et de liquidation avec les autorités compétentes et les banques concernées afin d'améliorer les conditions d'une mise en œuvre efficace et rapide de la stratégie en cas de crise.

La FINMA ainsi que d'autres autorités de surveillance collaborent actuellement en vue de stratégies et plans d'assainissement / liquidation pour les banques suisses d'importance systémique mondiale. Ce document de position expose l'avancement de ces efforts. Il convient de préciser pour la forme qu'il

¹ Il s'agit en l'occurrence des autorités du Royaume-Uni, des Etats-Unis d'Amérique et de la Suisse.

² Les dispositions de la loi sur les banques sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2011 et le 1^{er} mars 2012, celles de l'ordonnance sur l'insolvabilité bancaire le 1^{er} novembre 2012 et celles de l'ordonnance sur les banques le 1^{er} janvier 2013.

présente les résultats préliminaires de ces travaux et ne saurait préjuger de ce qui va être fait ultérieurement et exclure des mesures qui pourraient diverger. La FINMA et les autres autorités concernées se réservent donc le droit de procéder à toute modification requise en raison de nouveaux développements.

2 Objectifs du présent document

Ce document indique comment les grandes banques ayant des activités transfrontières significatives peuvent être assainies en cas de crise de façon à préserver l'intégrité du groupe dans son ensemble et à éviter une insolvabilité désordonnée. Compte tenu de la structure/nature des plus grandes banques suisses, un *bail-in* de la banque-mère constitue la stratégie la plus appropriée pour réaliser ces objectifs. Il s'agit maintenant, après les premières réflexions conceptuelles, de passer à l'étape suivante, à savoir exposer les différentes options de mise en œuvre.

Ce document expose de manière transparente la stratégie d'assainissement et de liquidation privilégiée pour les différentes parties prenantes. La publication de cette stratégie accroît de manière tangible la prévisibilité pour les autorités étrangères de surveillance et de liquidation, les banques concernées, ainsi que leurs créanciers et leurs investisseurs. Elle permet également à la FINMA d'adapter facilement l'application de la stratégie aux circonstances qui prévalent.

Il faut enfin souligner la situation particulière de la Suisse, qui rend urgente l'élaboration de concepts d'assainissement et de liquidation solides. Le système financier de la Suisse est particulièrement exposé aux risques en raison des deux banques d'importance systémique implantées dans le pays, comme l'ont très clairement rappelé les difficultés de l'une d'elles en 2008/2009. Les montants cumulés inscrits au bilan et hors bilan des deux grandes banques totalisaient quelque 2,5 trillions de francs suisses fin 2012, c'est-à-dire quatre fois le produit intérieur brut de la Suisse (600 milliards de francs). Le Parlement suisse a clairement exprimé sa volonté d'éviter toute aide publique aux banques à l'avenir (« *bail-out* ») et il a fixé, pour les banques d'importance systémique, des exigences accrues en matière de fonds propres qui vont bien au-delà des normes internationales.

Dans ce contexte, il est essentiel de présenter une stratégie globale d'assainissement pour les deux banques suisses d'importance systémique mondiale, qui prenne en compte leur situation particulière et serve de base à leur assainissement coordonné sur le plan international.

3 Problématique du *too big to fail*

La récente crise financière a révélé que le marché n'était pas en mesure de résister à la sortie de grands établissements financiers très interconnectés en raison de l'impact négatif que cela aurait sur la stabilité des économies nationales et du système financier mondial. Une procédure de faillite conduit à l'interruption immédiate de l'activité opérationnelle et provoque une destruction de valeurs additionnelle pendant la transition vers la liquidation (« *gone concern* »). Jusqu'à présent, la liquidation

ordonnée de groupes aussi complexes dans un court laps de temps ne semblait pas réalisable. Ces établissements financiers étant *too big to fail* en raison de leur importance systémique, l'Etat se voit obligé de les secourir, ce qui expose les finances publiques à des risques, empiète sur la souveraineté budgétaire du Parlement et peut entraîner des dépenses publiques imprévisibles et ainsi affecter la croissance économique du pays. Une telle intervention de l'Etat ne peut se justifier d'un point de vue réglementaire. Dans un système de libre marché, une entreprise défaillante devrait pouvoir quitter le marché de manière ordonnée. Une garantie implicite de l'Etat affaiblit les forces du marché, encourage une prise de risques excessive par les acteurs du marché au détriment de l'intérêt général et conduit à une distorsion de la concurrence.

4 Approches possibles

Compte tenu des défis mentionnés précédemment, les *Key Attributes* du CSF précisent que l'objectif d'une politique efficace d'assainissement et de liquidation est de permettre l'assainissement d'établissements financiers sans perturber gravement le système financier ni exposer les contribuables à des pertes, et tout en protégeant les fonctions économiques vitales grâce à des mécanismes permettant aux actionnaires et aux créanciers sans sûreté ni assurance d'absorber les pertes d'une manière respectant la hiérarchie des créances dans une procédure de liquidation.

Une planification préalable est essentielle pour les banques d'importance systémique, tant en vue d'une stabilisation pendant la crise que d'un assainissement ou d'une liquidation par les autorités compétentes ou les banques centrales. Les autorités de surveillance nationales et étrangères devraient coordonner leurs travaux de préparation dédiés aux mesures d'assainissement et de liquidation au sein de groupes de gestion de crise. Une législation mondiale sur l'insolvabilité bancaire étant peu probable dans un avenir proche, la reconnaissance mutuelle des plans d'assainissement et de liquidation des groupes financiers ayant des activités transfrontières devrait être assurée à l'aide d'accords de coopération. Il faut éviter autant que possible les actions unilatérales.

Le CSF planche actuellement sur des propositions de concept³ qui portent sur deux approches dont l'utilisation pourrait être combinée.

L'assainissement dit SPE relève d'une seule autorité de liquidation émanant de la juridiction responsable de la surveillance consolidée du groupe ; elle s'applique à la société holding ou à la société-mère ultime. Cette société est mise en procédure d'assainissement et simultanément l'autorité de liquidation compétente en prend son contrôle. Elle recapitalise les filiales défaillantes du groupe et garantit l'accès des entités du groupe aux liquidités. Les valeurs patrimoniales des diverses sociétés-fille sont évaluées à la valeur de continuation (« *going concern* ») et les activités poursuivies, sans nécessairement être soumises à une procédure d'assainissement. Toutefois, les autorités des pays d'accueil pourraient être amenées à exercer leurs compétences pour soutenir une mesure d'assainis-

³ Conseil de stabilité financière, *Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies*, 16 juillet 2013 ; http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_130716b.pdf

sement prise par les autorités du pays d'origine. En général, les assainissements SPE conservent l'exploitation des fonctions critiques de l'entreprise au sein du même groupe, du moins durant la phase initiale. Après un *bail-in*, l'entreprise est susceptible d'être fortement restructurée.

En revanche, l'approche *multiple point of entry* (MPE) suppose que les compétences d'assainissement et de liquidation de deux ou plusieurs autorités correspondantes soient exercées sur différentes parties du groupe. Elle est susceptible de conduire à un démantèlement de celui-ci sur une base nationale ou régionale, en fonction des secteurs d'activité, voire une combinaison des deux. Les pouvoirs exercés sur ces unités ne doivent pas se recouper et ils peuvent impliquer la mise en œuvre de plusieurs options à des moments différents au sein du groupe, telles qu'un *bail-in* dans le cadre d'un assainissement, le recours à une entité relais (« bridge entity »), un transfert d'activités ou une liquidation ordonnée.

5 Bail-in mis en œuvre de façon centralisée (« single point of entry bail-in »), stratégie d'assainissement privilégiée

5.1 Vue d'ensemble

Pour les banques suisses d'importance systémique mondiale, la FINMA privilégie une stratégie d'assainissement dénommée SPE *bail-in* : l'assainissement est dirigé centralement par l'autorité nationale de surveillance et de liquidation (en l'occurrence, la FINMA elle-même) et se concentre sur la banque-mère et, si nécessaire, sur la société holding suprême non opérationnelle (single point of entry). Cette stratégie concorde avec celle définie en 2012 par la Federal Deposit Insurance Corporation et la Bank of England dans un document commun sur ce sujet.⁴ Elaborée et appliquée en étroite collaboration avec les régulateurs étrangers, en particulier ceux du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique, elle suppose que les actionnaires et les créanciers au plus haut niveau du groupe supportent les pertes pendant que les opérations commerciales sont maintenues. Le groupe est recapitalisé afin de permettre une restructuration globale.

L'objectif est de préserver le groupe bancaire dans son ensemble sous une forme recapitalisée. La structure du groupe demeure intacte, les opérations commerciales peuvent se poursuivre sans interruption et la continuité des fonctions critiques pour l'économie est garantie. La recapitalisation à l'aide du *bail-in* permet de gagner du temps pour examiner attentivement les adaptations nécessaires du modèle d'affaires⁵.

Toutefois, si l'on constate après le début de la procédure d'assainissement qu'un *bail-in* ne sera pas suffisamment efficace ou que la probabilité de succès est trop mince, il est opté pour le démantèlement du groupe malgré le fait qu'il apparaisse comme une stratégie de repli moins souhaitable.

⁴ Federal Deposit Insurance Corporation et Bank of England, *Resolving Globally Active, Systemically Important, Financial Institutions*, 10 décembre 2012.

⁵ Par exemple, changement de direction, réduction des activités non rentables, séparation des positions en difficultés, cession des secteurs d'activité étrangers aux compétences-clés..

5.2 Bases légales

La Suisse a modifié son régime d'assainissement et de liquidation spécifique aux banques en intégrant dans son droit principal et accessoire des outils correspondants et d'autres éléments requis par les *Key Attributes* du CSF.

En tant qu'autorité d'insolvabilité, la FINMA est responsable de la stabilisation, de l'assainissement et de la liquidation des banques et des négociants en valeurs mobilières. Elle peut conclure des accords de coopération avec d'autres autorités de surveillance et de liquidation. En cas d'insolvabilité imminente, elle est autorisée à prendre des mesures immédiates, y compris des mesures protectrices.

Les mesures de capitalisation sont un élément central de la restructuration. Dans le cadre légal, la FINMA peut notamment requérir un *bail-in* ou le transfert d'actifs et de passifs entre les entités juridiques pour garantir le maintien des services bancaires essentiels. Exécuter un *bail-in* signifie ordonner la conversion de fonds de tiers en fonds propres, les créanciers devenant ainsi des actionnaires. On peut aussi obliger les créanciers à supporter une partie des pertes en réduisant le montant de leurs prêts, ce qui les contraint à abandonner tout ou partie de leurs créances. Ces mesures de *bail-in* complètent le capital à conversion obligatoire (« *contingent convertible capital* », CoCo) que les banques suisses d'importance systémique doivent détenir en quantité suffisante.

Un certain temps est nécessaire pour exécuter les mesures d'assainissement. Par conséquent, les contrats conclus entre l'établissement affecté et ses contreparties ne peuvent pas être résiliés pendant 48 heures au plus. A l'issue de la période d'ajournement, les contreparties peuvent de nouveau exercer leurs droits contractuels (de résiliation) dans la mesure où il y a eu une défaillance significative.⁶

Dans le cadre de la restructuration et de la liquidation des banques, les tribunaux bénéficient d'une fonction indépendante dans la mesure où les créanciers peuvent recourir contre les décisions de la FINMA dans les procédures tant de restructuration que de liquidation. Dans le cas des banques d'importance systémique, cette possibilité est restreinte pour garantir un équilibre des intérêts *a posteriori*, par exemple par l'intermédiaire d'une compensation versée à une classe particulière de créanciers. Cela signifie que les décisions de la FINMA ne peuvent pas être inversées.

5.3 Modèle d'affaires, structures du groupe et du financement

L'approche SPE constitue la meilleure solution pour la structure actuelle et les modèles d'affaires internationaux des deux banques d'importance systémique en Suisse. Celles-ci sont des établissements généralistes très intégrés, actifs sur le plan international, qui ont des structures concentrées de financement et de gestion des risques, une politique de comptabilisation centralisée et de solides banques-mères basées en Suisse. Même lorsqu'une société holding non opérationnelle dirige le groupe, la structure de ce dernier ne correspond pas à un concept de holding à l'américaine. En fait, une structure de banque-mère existe sous la société holding. Dans les structures actuelles, les entreprises du groupe sont majoritairement détenues par la banque-mère et pas directement par la société holding

⁶ Il faut noter qu'il n'existe actuellement aucun concept juridique permettant à d'autres juridictions d'aider la Suisse à appliquer l'ajournement.

non opérationnelle. Les banques se caractérisent par un vaste réseau international de filiales et de succursales, notamment aux Royaume-Uni, aux Etats-Unis et dans les pays APAC.⁷

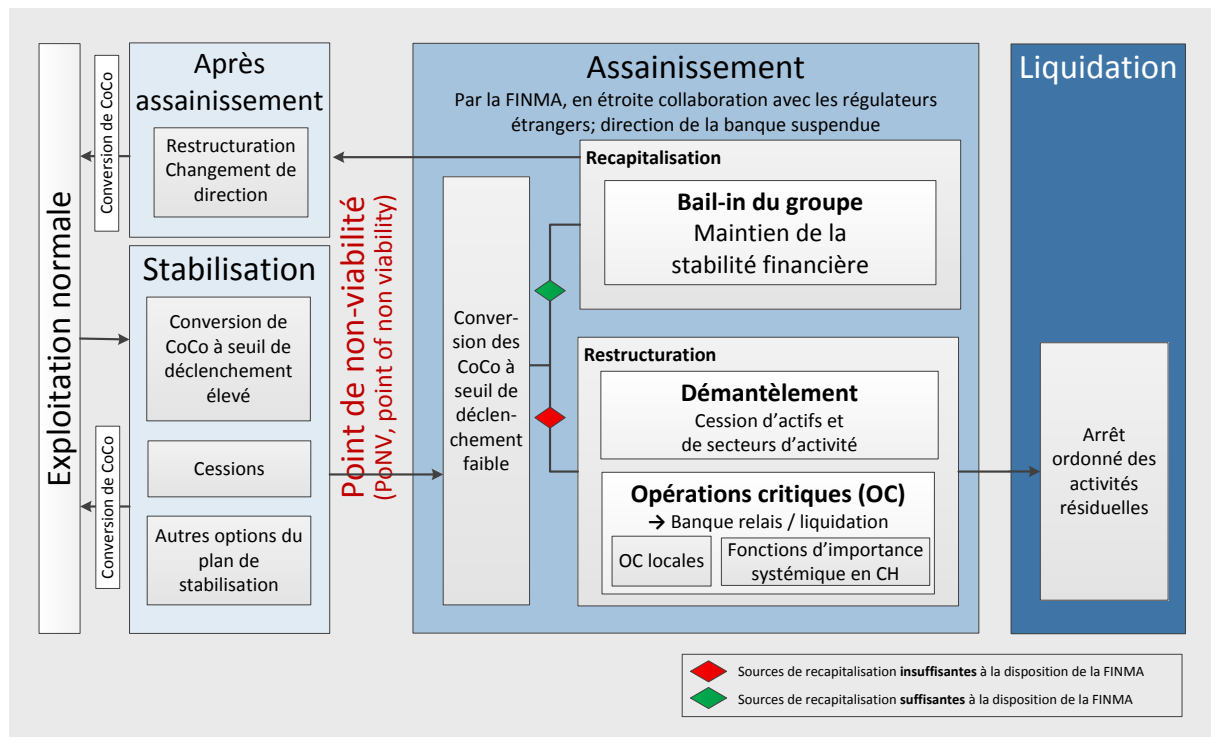
Les banques-mères couvrent pratiquement tous les besoins de financement internes. Les capitaux étrangers sont principalement levés de manière centralisée, y compris par l'intermédiaire de succursales étrangères, et, dans une moindre mesure, via des véhicules spécifiques (special purpose vehicles). Au sein de chaque groupe, le financement est alloué aux filiales en Suisse et à l'étranger sous forme de prêts intragroupes. Les émissions étrangères et l'utilisation de fonds à l'étranger (pour une utilisation exclusivement hors de Suisse) permettent d'éviter l'impôt anticipé helvétique sur les paiements de coupons pour les obligations et les prêts. Les besoins de financement des secteurs d'activité suisses sont, quant à eux, entièrement satisfaits par les créanciers et les déposants des banques-mères suisses. D'un point de vue géographique, il existe un excès de passifs en Suisse et d'importantes positions intragroupes avec les filiales étrangères comme contreparties. Actuellement, les deux banques ont des dettes subordonnées et des dettes de premier rang non garanties au niveau de la maison-mère (subordinated and senior unsecured debt), dont le montant est compris entre 30 % et 40 % des actifs pondérés en fonction des risques, en plus des fonds propres et du capital conditionnel qui s'élèveront tous deux à quelque 19 % des actifs pondérés en fonction des risques dès l'application complète des exigences suisses en matière de fonds propres pour les banques d'importance systémique en 2019.

En revanche, un MPE *bail-in* ne serait pas viable, car un financement décentralisé fait défaut et les filiales étrangères n'ont pas de passifs suffisants et appropriés en dehors du groupe qui pourraient servir à cet effet.

⁷ Région Asie-Pacifique ; en l'espèce, principalement Singapour, Hong Kong, Australie et Japon.

6 Recours aux outils d'assainissement pendant une crise financière

Le graphique suivant expose les étapes de la crise et les décisions et mesures respectives à prendre :



6.1 Echec de la stabilisation

Lors d'une crise, les banques appliqueraient initialement les mesures de stabilisation détaillées dans leurs plans correspondants, sous leur propre responsabilité, mais en collaboration étroite avec la FINMA. La phase de stabilisation est essentielle pour celle consécutive d'assainissement, car la conversion des CoCo dès que le niveau des fonds propres de base durs (« *common equity tier 1* », CET1) atteint ou tombe sous les 7 % des actifs pondérés en fonction des risques crée des fonds propres qui pourraient être suffisants pour éviter une liquidation. Une fois pleinement appliqué, ce processus pourrait fournir à chacune des deux banques suisses d'importance systémique mondiale de nouveaux fonds propres de l'ordre de 10 milliards de francs. Par ailleurs, d'autres mesures visant à renforcer la dotation en capital et en liquidités seraient mises en œuvre, dont la vente de secteurs d'activité.

6.2 Point de non-viabilité – déclencheur de l'assainissement

La stratégie d'assainissement privilégiée est activée de manière coordonnée avec les régulateurs étrangers si la stabilisation du groupe échoue. L'assainissement est déclenché s'il existe des raisons

sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants ou si elle n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la FINMA.⁸ Au niveau international, on parle de point de non-viabilité (PoNV). Concernant les fonds propres, le déclencheur est atteint pour le groupe financier sur une base consolidée ou, au plus tard, pour les entités individuelles de la banque-mère lorsque le total des fonds propres équivaut à 8 % des actifs pondérés en fonction des risques⁹ ou lorsque le niveau de CET1 correspond au plus à 5 % des actifs pondérés en fonction des risques. La FINMA dispose d'une certaine liberté pour déterminer si le déclencheur est atteint ou non.¹⁰ La coopération internationale est cruciale à ce niveau. Lorsque les autorités de surveillance étrangères estiment que l'une des entités du groupe dans leur juridiction se trouve au point de non-viabilité conformément à la législation nationale respective sur l'insolvabilité, elles en informent immédiatement la FINMA.

6.3 Intervention précoce et mesures protectrices

Au point de non-viabilité, les instruments conditionnels généreraient de nouveaux fonds propres de l'ordre de 15 à 20 milliards de francs pour chaque banque,¹¹ avec un potentiel d'absorption des pertes substantiel. Parallèlement, la FINMA reprendrait le contrôle du groupe bancaire. Elle nommerait un administrateur, donnerait des directives aux organes de direction de la banque afin de préparer la mise en œuvre de la stratégie SPE et retirerait le pouvoir de représentation de ceux-ci. La FINMA interdirait à la banque d'exécuter ou d'accepter des paiements concernant certains engagements susceptibles de faire l'objet d'un *bail-in* (bail-in-debt), dans la mesure où cela est nécessaire pour réaliser les objectifs de l'assainissement.

Il n'existe aucun mécanisme automatique entre le déclenchement de la conversion des fonds propres au point de non-viabilité et celui des plans d'urgence locaux pour sauvegarder les fonctions d'importance systémique en Suisse et à l'étranger.

6.4 Procédure d'assainissement

La FINMA mettrait alors en place une procédure officielle d'assainissement,¹² approuverait un plan d'assainissement formel et le communiquerait au public de manière appropriée. Pour ce faire, il faut impérativement que la restructuration de la banque ou du groupe financier ait des chances raisonnables d'aboutir.¹³ De plus, l'assainissement sera réalisé de telle sorte que tous les créanciers reçoivent au moins ce qu'ils percevraient en cas de faillite. Ceux que la restructuration désavantage seront indemnisés.

⁸ Art. 25 al. 1 de la loi sur les banques.

⁹ Art. 42 al. 4 de l'ordonnance sur les fonds propres.

¹⁰ Art. 21c al. 2 de l'ordonnance sur les banques.

¹¹ Ce chiffre peut être réduit en fonction du rabais accordé sur la composante progressive des fonds propres eu égard aux améliorations de la capacité d'assainissement et de liquidation (*resolvability*).

¹² Art. 28 al. 1 de la loi sur les banques.

¹³ A l'avenir, les sociétés holding devraient relever des compétences de la FINMA en matière d'assainissement, conformément à la révision correspondante de la loi sur les banques.

Le plan de liquidation définit les principaux éléments concernés, y compris la future structure des fonds propres de la banque et son modèle d'affaires après la restructuration. Dans le cas des banques d'importance systémique, même la majorité des créanciers n'a pas le pouvoir de rejeter le plan de restructuration approuvé par la FINMA, contrairement à toutes les autres banques suisses pour lesquelles une majorité du capital peut bloquer un *bail-in*. Les mesures d'assainissement sont appliquées aux émetteurs spécifiques des engagements participant au *bail-in*. Il s'agit des banques-mères et de leurs succursales étrangères et – dès que la FINMA sera compétente pour leur assainissement – des sociétés holding et de leurs véhicules à but spécial.

7 Prise de décision en cas d'assainissement et de liquidation

La FINMA décide de l'application éventuelle de l'approche SPE en étroite collaboration avec les parties prenantes nationales et internationales. Cette décision repose principalement sur la perspective claire d'un *bail-in* réussi, qui restaure la confiance du marché et permette à la banque restructurée d'opérer « comme si de rien n'était ». A supposer qu'il existe un laps de temps durant lequel le groupe bancaire puisse être restructuré en premier lieu à l'aide de mesures capitalistiques,¹⁴ la question principale consiste à déterminer le temps dont disposent les autorités pour décider d'un éventuel *bail-in*. Dans tous les cas, il faut examiner très attentivement pendant le peu de temps disponible – par exemple, en un week-end – si les engagements pouvant faire l'objet d'un *bail-in* sont suffisants. Ce jugement doit au moins reposer sur les considérations suivantes : évaluation initiale des engagements pouvant faire l'objet d'un *bail-in*, étendue probable de ce dernier et obstacles potentiels (par ex. identification et appréciation des risques juridiques et opérationnels).

7.1 Evaluation

Lorsqu'elle examine la viabilité d'un *bail-in*, la FINMA doit avoir un aperçu clair de la situation financière de la banque. Le principal objectif de l'évaluation requise à cet effet est de déterminer et de vérifier l'étendue des pertes et le besoin de recapitalisation. Il faut veiller à ce que le savoir-faire interne de la banque et les informations requises soient disponibles en peu de temps. L'évaluation doit être achevée au moins provisoirement avant de décider du type d'assainissement ou de réaliser le *bail-in*. Elle doit être préparée pendant la phase de stabilisation et finalisée au plus tard 10 jours après que le point de non-viabilité a été atteint. L'évaluation sera à la fois conservatrice et prudente.

Elle se concentre sur les actifs les plus importants et les plus volatils des unités ayant enregistré des pertes. Une prévision des pertes pour au moins l'année suivante doit également être fournie¹⁵, car il sera très probablement impossible d'entreprendre une nouvelle recapitalisation à une date ultérieure. Un *bail-in* ne peut être exécuté qu'une seule fois. Pour dissiper toute incertitude résiduelle, une recapitalisation délibérément prudente (ou « *over-bail-in* ») pourrait être opportune, avec des réserves pour

¹⁴ Ce type de stratégie d'assainissement s'appelle généralement « *open bank resolution* ». En d'autres termes, la banque est réputée viable et conserve sa licence. En revanche, une « *closed bank resolution* » implique des mesures de restructuration et le retrait ou l'amendement de la licence bancaire.

¹⁵ Cette période repose sur l'historique des pertes de la crise financière de 2008 à 2009.

une compensation ultérieure dès que l'étendue actuelle des pertes sera connue. Cela nécessiterait une autre évaluation plus détaillée après le *bail-in*.¹⁶

7.2 Potentiel de couverture des pertes

Le volume de passifs disponibles pour le *bail-in* est une condition essentielle à un SPE *bail-in*. Ceux-ci doivent avoir été émis pour des tiers sur le marché, de préférence par la société holding du niveau le plus élevé. Ils doivent suffire à couvrir les besoins de recapitalisation attendus pour le groupe consolidé et ceux de toutes ses sociétés. En fait, la législation suisse spécifique à l'assainissement des banques précise que toutes les créances envers celles-ci – à part quelques exceptions clairement définies – sont soumises au régime de conversion obligatoire des fonds de tiers en fonds propres ou de renonciation obligatoire à des créances (« *writedown* »). Toutefois, toutes les créances privilégiées en vertu de la législation ordinaire sur les faillites (notamment les créances des collaborateurs) ainsi que les dépôts des clients jusqu'à une limite de garantie de 100 000 francs suisses par déposant en sont exclus. Les créances couvertes et celles qui sont compensables ne sont ni convertibles ni réductibles.

Les deux banques détiennent actuellement une forte proportion de fonds propres de l'ancien type, qui cesseront au fil du temps d'être pris en compte comme fonds propres réglementaires, mais qui seront disponibles en tant qu'instruments de premier choix pour un *bail-in* en fonction de leur subordination. A ce jour, à concurrence de 30 % à 40 % des actifs pondérés en fonction des risques, les deux banques sont débitrices sous forme de dette subordonnée et de dette non garantie de premier rang (subordinated debt et senior unsecured debt), ainsi que de *notes* structurés. Les engagements susceptibles de faire l'objet d'un *bail-in* des banques suisses d'importance systémique mondiale se caractérisent principalement par leur montant significatif émis par des succursales étrangères de la maison-mère suisse (au Royaume-Uni, dans les îles Anglo-Normandes et aux Etats-Unis) et, dès lors, par leur assujettissement à une législation étrangère, d'où des risques d'exécution accrus pour le *bail-in*. La FINMA assume la responsabilité de ce dernier pour ces succursales. Les régulateurs locaux peuvent cependant être autorisés à prendre possession de celles-ci en vertu des dispositions légales¹⁷, ce qui constitue un obstacle dont l'atténuation doit être minutieusement étudiée. Les produits structurés, les engagements à court terme et les positions de négoce entrent dans le champ d'application du *bail-in*, à condition que cela n'entrave pas les objectifs de l'assainissement, et notamment le maintien de la stabilité financière. Les dépôts non assurés d'environ 300 milliards de francs suisses par banque sont aussi susceptibles de faire l'objet du *bail-in*, mais uniquement si tous les autres engagements ont déjà absorbé les pertes. En résumé, on peut supposer que la combinaison du capital convertible et du SPE *bail-in* suffira à couvrir des pertes très substantielles.

¹⁶ Notamment art. 31b de la loi sur les banques.

¹⁷ En particulier, certaines lois des Etats américains et lois fédérales permettent aux régulateurs américains de saisir les actifs des succursales américaines et d'autres actifs aux Etats-Unis d'une banque étrangère insolvable pour rembourser en premier lieu les créanciers des succursales américaines avant de transférer l'excédent au siège de la banque. Cela crée un avantage pour les créanciers des succursales respectives et a pour conséquence que, en règle générale, ils reçoivent plus que s'ils devaient simplement faire valoir leurs droits dans le cadre d'une procédure de liquidation.

7.3 Principes juridiques fondamentaux

La FINMA doit respecter trois principes fondamentaux lors de la mise en œuvre d'un *bail-in*.

Premièrement, il faut tenir compte du rang des créanciers. Un *bail-in* requiert l'annulation préalable des actions existantes et des autres fonds propres réglementaires, y compris ceux obtenus par la conversion d'instruments de fonds propres conditionnels. Viennent ensuite les créances subordonnées, puis toutes les autres créances et, uniquement en dernier ressort, les dépôts non assurés et non privilégiés qui seront convertis en nouveau capital social. Concernant les réductions de créances, la FINMA peut dévier de ce principe et répartir les pertes entre plusieurs catégories de créanciers.

Deuxièmement, il faut respecter le principe général de l'égalité de traitement. Les créanciers de la même classe de faillite doivent assumer une responsabilité similaire. Toutefois, des motifs juridiques ou économiques peuvent empêcher qu'un *bail-in* soit appliqué dans une même mesure à toutes les créances de même rang.¹⁸ Le cadre légal pertinent établit d'ailleurs une distinction puisque les dépôts non privilégiés ne peuvent servir au *bail-in* qu'après les autres créances non garanties de premier rang. Le principe de l'égalité de traitement n'est pas absolu, mais il permet des dérogations (limitées). Dans les cas susmentionnés, la législation récemment adoptée sur la restructuration des banques autorise des exceptions dans des limites strictes pour autant qu'elles contribuent clairement à la stabilité du système. La nouvelle restriction procédurale concernant le droit des créanciers d'approuver ou de rejeter le plan de restructuration des banques d'importance systémique illustre parfaitement cette idée.¹⁹ Bien qu'ils ne soient pas en mesure d'empêcher le plan de restructuration, les créanciers désavantagés pourraient recevoir une compensation *a posteriori*.

Troisièmement, en cas de restructuration, tout créancier doit recevoir en tant que limite absolue un montant au moins équivalent à ce qu'il percevrait en cas de liquidation, sur la base d'un taux d'assainissement ou d'un dividende de liquidation hypothétiques. Si ce test intitulé « no creditor worse off than in liquidation » ne fait pas apparaître un résultat positif au niveau de toutes les classes de créanciers, cela ne signifie pas que la procédure de restructuration ne peut se poursuivre, mais que les créanciers désavantagés devront être indemnisés *a posteriori*.

Toute dérogation à l'un de ces trois principes n'entraînera pas l'échec du plan de restructuration. Toutefois, contrairement aux règles générales, pour les banques d'importance systémique, même un groupe de créanciers représentant la majorité des engagements de troisième rang ne peut pas rejeter le plan de restructuration, car celui-ci est axé sur la protection du système financier et de l'économie dans son ensemble.²⁰ Si le recours d'un créancier ou d'un propriétaire contre l'approbation du plan de restructuration est accepté, le tribunal peut accorder une compensation *a posteriori*, mais il ne peut pas annuler les mesures prises.²¹

¹⁸ De plus, les banques estiment qu'un *bail-in* portant sur un volume substantiel d'engagements affectant leurs opérations bancaires pourrait aller à l'encontre de l'approche « *open bank* », de sorte qu'elles font la distinction entre les engagements de négoce ou de transactions et les engagements financiers.

¹⁹ Art. 24 al. 4 et art. 31a al. 3 de la loi sur les banques.

²⁰ Art. 31a al. 3 de la loi sur les banques.

²¹ Art. 24 al. 4 de la loi sur les banques.

7.4 Poursuite de l'activité opérationnelle

La poursuite des activités opérationnelles du groupe financier tout au long du SPE *bail-in* et des liquidités disponibles en quantité suffisante sont essentielles au succès de ce dernier. Il doit être possible de continuer à proposer toute la gamme de services bancaires, et le personnel ainsi que l'infrastructure doivent poursuivre leur travail normalement. Les droits de résiliation temporaires de certains contrats et de certaines relations contractuelles seront suspendus sur ordre des autorités et en coordination avec les régulateurs étrangers, bien que des amendements dans les contrats standards sur le plan international soient grandement souhaitables pour éviter les répercussions potentiellement dommageables de résiliations automatiques. Dans l'idéal, une communication convaincante sur le *bail-in* devrait susciter une confiance suffisante chez les partenaires contractuels des banques pour s'assurer qu'ils n'ont plus aucun intérêt à exercer leurs droits de résiliation et de suspension.

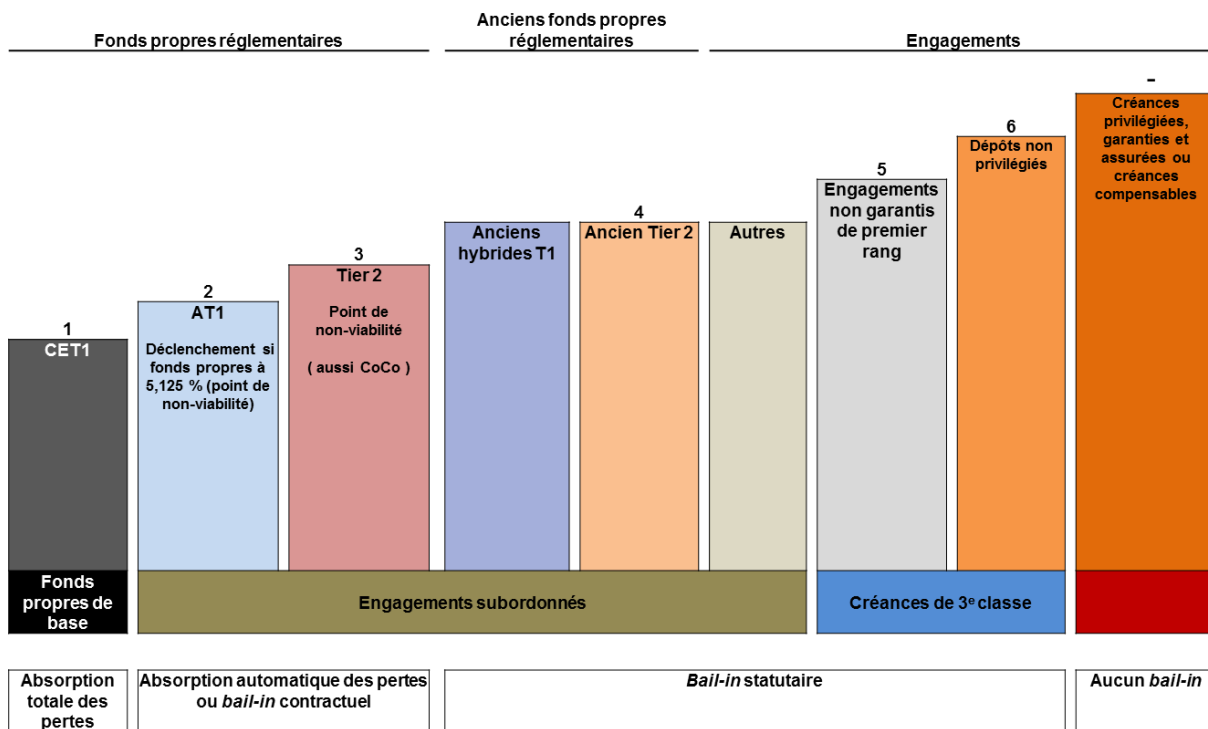
7.5 Exécution du *bail-in*

Idéalement, les autorités étrangères seraient en mesure de soutenir concrètement un *bail-in* mandaté par la FINMA sur les engagements émis par des succursales étrangères en donnant un ordre « parallèle » (« complementary order »). Cela réduirait la probabilité que le *bail-in* soit remis en cause par les tribunaux étrangers. Une sécurité juridique supplémentaire pourrait être obtenue en intégrant des « clauses de *bail-in* »²² et d'autres sur le droit suisse et le for en Suisse dans les conditions contractuelles régissant les instruments de dette. Avant l'ouverture des marchés boursiers consécutive à une décision d'assainir une banque d'importance systémique mondiale, il est essentiel que les autorités et les banques centrales concernées publient une déclaration commune précisant qu'un *bail-in* est en cours de réalisation pour recapitaliser le groupe et donnent des informations préliminaires sur les réductions attendues pour chaque groupe de créanciers et le calendrier des prochaines étapes.

Un *bail-in* requiert tout d'abord la réduction du capital social existant et des autres fonds propres réglementaires, y compris ceux obtenus par la conversion d'instruments de fonds propres conditionnels. La FINMA déterminera ensuite la part de fonds propres allouée aux créanciers de chaque rang pour leurs créances, c'est-à-dire qui détiendra la banque et dans quelle proportion. Des réductions partielles ou complètes sont également possibles en plus, ou en lieu et place, de la conversion des fonds de tiers en fonds propres. Lorsque la FINMA ordonne à des créanciers de renoncer à leurs créances, elle n'est pas tenue – contrairement à la procédure de conversion des engagements en fonds propres – d'annuler toutes celles des créanciers de rang inférieur avant d'associer aux pertes la catégorie de créanciers immédiatement supérieure. Cela signifie qu'elle peut répartir une perte entre plusieurs groupes de créanciers, ce qui accroît sensiblement la flexibilité.

²² Les créanciers reconnaîtront explicitement dans les conditions l'autorité de la FINMA en matière de *bail-in*.

Le tableau ci-après montre l'ordre d'application du *bail-in* à chaque catégorie de dette après la réduction du capital social :



Les autorités de surveillance et de liquidation étrangères ont tout intérêt à ce que les nouveaux fonds propres créés grâce au *bail-in* au niveau supérieur du groupe soient redistribués pour couvrir les pertes des éventuelles filiales. Une approche d'assainissement SPE ne comporte aucun obstacle à la libre circulation des ressources et des liquidités, et la FINMA s'assurera que les fonds propres et les liquidités parviennent à l'échelon requis du groupe.

7.6 Scénario de repli : restructuration inhérente à une « *closed bank resolution* »

Ce scénario peut être appliqué si la situation révèle d'emblée ou ultérieurement qu'un *bail-in* n'est clairement pas possible²³ et que l'on ne peut pas sauver toute la banque. Bien que des fonds propres significatifs soient alors disponibles pour chacune des banques en raison des CoCo à seuil de déclenchement faible, le plan d'urgence suisse et d'autres plans d'urgence locaux devront probablement être exécutés. Les mesures (d'urgence) appropriées pour protéger les fonctions critiques seront ordonnées. Celles-ci seront maintenues, cédées ou liquidées de manière ordonnée. Les parties restantes qui n'ont pas d'importance systémique seront diminuées ou liquidées. La restructuration ou l'assainissement ordonnés des autres activités de la banque demeureront extrêmement vastes et compliqués.

²³ Toutefois, l'annonce et la non-réalisation d'un *bail-in* ne devraient être que très rares.

8 Conclusion et perspectives

La FINMA est convaincue que le SPE *bail-in* exposé dans ce document constitue la stratégie optimale pour réaliser les objectifs de l'assainissement. Les banques suisses d'importance systémique mondiale ont suffisamment d'engagements pouvant faire l'objet d'un *bail-in* pour couvrir des pertes substantielles. Ceux-ci émanent d'émetteurs appropriés (succursales des banques-mères) et présentent une qualité adéquate. Les défis consistent à mettre en œuvre le *bail-in* et à obtenir un degré élevé de sécurité juridique, tout en évitant les conflits avec le principe de l'égalité de traitement au niveau des créanciers extérieurs. La planification actuelle de la résolution est axée sur le *bail-in*, mais des mesures d'assainissement sont élaborées en parallèle.

Pour accroître la probabilité de réaliser un SPE *bail-in*, il faut rechercher des accords de coopération avec les autorités étrangères de liquidation et créer dans les principaux pays étrangers les bases légales en vue d'une coopération et de la mise en œuvre de mesures d'accompagnement. On s'assurerait ainsi de manière suffisante que le SPE *bail-in* est reconnu tant en Suisse que dans les juridictions étrangères.