

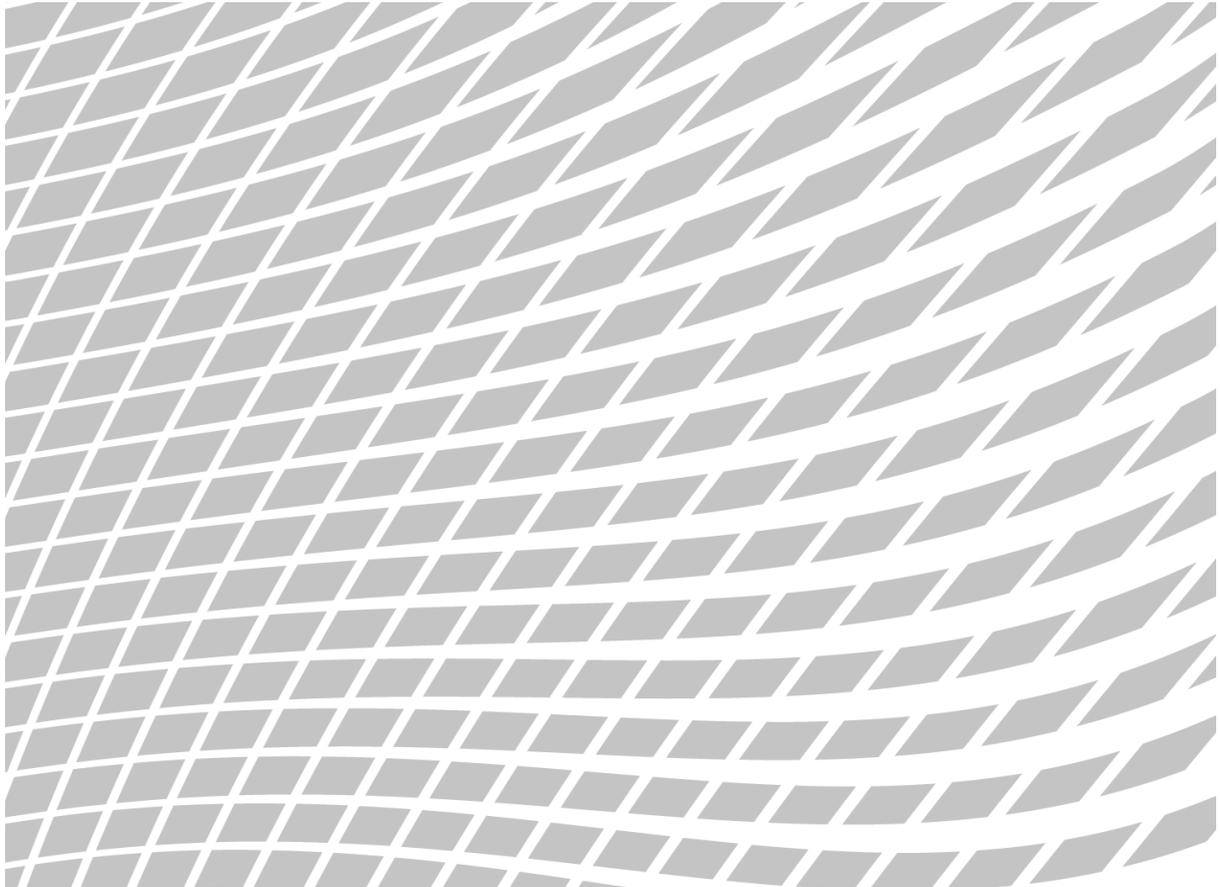
Reto Schiltknecht, 22 octobre 2012

---

## **Nouvelle ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire**

Un élément important pour l'assainissement efficace des banques et leur sortie ordonnée du marché

---



**L'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA) confère à la FINMA toutes les compétences pour assainir et liquider des banques. La Suisse est ainsi l'un des premiers pays à se doter d'une réglementation complète concernant l'assainissement des banques et à satisfaire les exigences du Conseil de stabilité financière (CSF).**

Les dispositions révisées de la loi sur les banques (LB) concernant l'assainissement sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2011. Elles constituent une base importante pour le maintien des fonctions d'importance systémique en cas de crise en instaurant une participation des propriétaires et des créanciers aux pertes et en accélérant la procédure. La FINMA présente désormais l'OIB-FINMA, qui marque une deuxième étape. L'OIB-FINMA regroupera dès le 1<sup>er</sup> novembre 2012 les dispositions relatives à la faillite et à l'assainissement des banques, créant ainsi une législation efficace et cohérente. Elle contribue à la transparence de l'activité de la FINMA et accroît la sécurité juridique, qui est essentielle lors de situations critiques.

## Nouvelle réglementation de l'assainissement des banques

L'OIB-FINMA définit des règles dans *quatre* domaines centraux : *premièrement*, ses *dispositions générales* exposent le champ d'application, des principes généraux et les règles de procédure. L'OIB-FINMA s'applique aux banques, aux négociants en valeurs mobilières et aux centrales d'émission de lettres de gage. En vertu du principe de l'universalité, elle concerne tous les biens réalisables en Suisse et à l'étranger. Elle régit également les publications, les communications, la consultation des pièces et le for en cas d'insolvabilité. La FINMA s'engage à coordonner sa procédure d'insolvabilité notamment avec les autorités et organes étrangers. Si cela sert les intérêts des créanciers, la FINMA peut également reconnaître une décision de faillite ou des mesures qui ont été prononcées à l'étranger, même en l'absence de réciprocité de la part de l'autre Etat.

*Deuxièmement*, les dispositions en vigueur relatives à la *faillite bancaire* sont, pour l'essentiel, reprises telles quelles de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite bancaire. Sont définis la procédure, les actifs de la faillite (prise d'inventaire, obligation de mise à disposition et d'annonce, biens revendiqués par des tiers, etc.), les passifs de la faillite (collocation, dépôts privilégiés, etc.), ainsi que la réalisation et la distribution.

*Troisièmement*, les prescriptions relatives à l'*assainissement bancaire* qui sont désormais réglementées dans quatre sections constituent le véritable noyau de la révision :

- Un assainissement ne peut intervenir que s'il place vraisemblablement les créanciers dans une meilleure position que la faillite. Le plan d'assainissement expose les principaux éléments de l'assainissement, tels que la future structure du capital et le modèle commercial de la banque après l'assainissement. Il est homologué et publié par la FINMA. Il peut être refusé par des créanciers représentant une majorité du capital. Les créanciers d'établissements d'importance systémique n'ont pas la possibilité de refuser le plan d'assainissement homologué par la FINMA, mais ils peuvent prétendre, le cas échéant, à une compensation.

- L'assainissement repose sur les *mesures de capitalisation*. Celles-ci doivent faire primer les intérêts des créanciers sur ceux des propriétaires tout en permettant à la banque d'obtenir suffisamment de nouveaux capitaux pour pouvoir respecter les exigences minimales de fonds propres après l'assainissement. Les fonds propres et les instruments de dette émis par la banque pour de tels cas (fonds propres de base supplémentaires [Additional Tier 1] ou fonds propres complémentaires [Tier 2]) doivent être entièrement réduits avant de convertir des fonds de tiers en fonds propres. La conversion en nouveau capital social respectera l'ordre suivant : créances de rang subordonné, puis toutes les autres créances et, enfin, les dépôts. Toutes les créances sont convertibles, sauf les créances privilégiées de première et de deuxième classe selon le droit ordinaire de la faillite, c'est-à-dire notamment les prétentions des collaborateurs. De même, les dépôts des clients couverts par la protection des déposants, à savoir une limite de 100 000 francs suisses par déposant, ne peuvent pas être convertis en nouveau capital-actions. Par ailleurs, les créances couvertes et compensables ne sont pas convertibles. Une réduction de créance partielle ou totale est possible en parallèle ou en lieu et place de la conversion de fonds de tiers en fonds propres. Dans ce cas, il n'existe aucun ordre de subordination entre les différentes catégories de créances.
- Le *maintien de certains services bancaires* est également possible lorsque les autres parties de la banque ne sont pas assainies. L'OIB-FINMA précise qu'il faut désigner le nouveau sujet de droit auquel les prestations et les biens seront transférés, décrire les services bancaires à transférer, présenter les mesures de capitalisation prises et répartir les actifs entre la banque et le nouveau sujet de droit ou une banque relais autonome. Concernant les opérations de paiement et les infrastructures du marché financier notamment, la banque et l'organisation qui lui succède ou la banque relais doivent conclure des accords de service (« Service Level Agreements ») et convenir d'éventuelles compensations. Une banque relais obtient une autorisation limitée à deux ans, mais celle-ci peut être prolongée.

Il faut un certain temps pour permettre le transfert d'une banque insolvable vers un nouveau sujet de droit ou une banque relais. C'est pourquoi l'OIB-FINMA prévoit, *quatrièmement*, que les contrats entre l'établissement concerné et ses contreparties ne pourront pas être résiliés pendant 48 heures au plus. La contrepartie pourra exercer ses droits contractuels (de résiliation) immédiatement après l'expiration de l'ajournement.

## Respect des standards internationaux

En adoptant l'OIB-FINMA, qui a suscité majoritairement l'approbation lors de l'audition, la Suisse est l'un des premiers pays à se doter d'une réglementation complète sur l'assainissement des banques. En tant qu'autorité d'assainissement et de faillite, la FINMA bénéficie de toutes les compétences pour assainir et liquider des établissements bancaires. L'OIB-FINMA satisfait aux exigences des « Key Attributes of Effective Resolution Regimes of Financial Institutions » du CSF d'octobre 2011, à quelques exceptions près qui sont plutôt secondaires. Elle est également compatible avec la proposition d'une directive européenne établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement, que la Commission européenne a présentée au grand public début juin 2012.

Grâce à l'OIB-FINMA, la FINMA comble la dernière lacune réglementaire existante et renforce ses instruments de restructuration et de liquidation ordonnée des banques. Cette base légale devrait permettre le maintien des fonctions d'importance systémique, améliorant ainsi la stabilité financière non seulement de la Suisse, mais également de toutes les économies étrangères dans lesquelles les banques suisses opérant au niveau international exercent de telles fonctions.

## Partie de l'OIB-FINMA réglant l'assainissement

Les derniers développements réglementaires dans des pays importants tels que les Etats-Unis ou la Grande-Bretagne semblent indiquer qu'un standard international prévoyant une participation substantielle des créanciers à l'assainissement d'une banque pourrait être mis en place. L'assainissement du capital n'exclut pas d'autres mesures (de restructuration), mais celles de capitalisation constitueront à l'avenir un élément central de l'assainissement bancaire, notamment si la conversion impérative des fonds de tiers en fonds propres est ordonnée. Les créanciers détiendront alors des parts de l'établissement bancaire. Il est également possible qu'ils participent aux pertes : ils pourraient devoir renoncer à une partie ou, dans un cas extrême, à l'ensemble de leurs créances sur décision de l'autorité compétente. Ces deux mesures sont désignées par l'expression *bail in* au niveau mondial.

En plus des exigences internationales accrues en matière de capital conformément aux dispositions de Bâle III et des exigences suisses relatives aux banques d'importance systémique, le capital *bail in* représente un « rempart » supplémentaire pour assainir des banques de manière plus réaliste, sans aides publiques. Les mesures de *bail in* complètent le capital convertible (« CoCo ») que les banques suisses d'importance systémique notamment doivent détenir en grande quantité. Les CoCo peuvent contribuer ultérieurement et dans une moindre mesure à une participation des créanciers ou de leur capital *bail in* aux pertes de la banque concernée.

L'efficacité des mesures de capitalisation de l'OIB-FINMA dépend de la mise à disposition par l'autorité d'assainissement d'une quantité suffisante de capital *bail in* dans les domaines appropriés. La solution proposée par l'OIB-FINMA est adéquate et équilibrée et elle repose sur la disponibilité du capital *bail in*.

Hormis quelques exceptions indiquées de manière exhaustive, toutes les créances envers les banques sont soumises au régime de la conversion obligatoire des fonds de tiers en fonds propres ou du renoncement ordonné obligatoire. Les mesures définies dans l'OIB-FINMA peuvent être combinées. Contrairement à la conversion de fonds de tiers en fonds propres, en cas de renoncement ordonné aux créances, la FINMA n'est pas tenue de « déposséder » entièrement les créanciers de rang inférieur avant de faire participer aux pertes la catégorie de créanciers immédiatement supérieure. Elle peut donc répartir les pertes entre plusieurs groupes de créanciers, ce qui accroît significativement la flexibilité. De nombreuses banques suisses devraient présenter une quantité suffisante de capital *bail in*. Reste à savoir si celui-ci est affecté à l'entité juridique « adéquate » et s'il est disponible sous une forme appropriée, par ex. en tant qu'emprunt subordonné.

Les avis concernant ces questions ne sont pas encore tranchés sur le plan mondial principalement, de sorte qu'il faudra suivre attentivement les développements (internationaux). Ainsi, l'UE propose un montant minimum de capital *bail in* dans le projet de directive susmentionné. Quelles que soient ces

évolutions, l'OIB-FINMA adoptée par la Suisse apporte des améliorations significatives et compatibles au niveau international. Par ailleurs, ses mesures de capitalisation renforcent la transparence pour les investisseurs.

## Interprétation et application de l'OIB-FINMA

L'OIB-FINMA s'applique à toutes les créances qui existent lors de son entrée en vigueur et qui n'ont pas été entièrement remboursées. Celles-ci peuvent dès lors être converties ou l'abandon des créances peut être ordonné. La situation juridique demeure néanmoins inchangée, puisque depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2011, l'art. 31 al. 3 LB stipule que la FINMA peut convertir du capital de tiers en capital propre. De plus, les autorités helvétiques ont toujours argué qu'elles auraient pu ordonner une conversion en vertu de l'art. 26 LB (mesures protectrices). Enfin, l'OIB-FINMA ne déploie ses effets que sur les créances qui existaient avant son entrée en vigueur et qui échoient après celle-ci (par ex. emprunts de longue durée). Les modifications juridiques sont, en général, réservées dans les conditions d'émission de tels instruments.

La FINMA n'a sciemment pas exclu les dépôts du *bail in*, mais elle les a classés en dernier dans l'ordre de subordination. En clair, toutes les autres possibilités devront avoir été épuisées avant que les déposants ne doivent renoncer à leurs créances ou que ces dernières ne soient converties en fonds propres. Cette solution est appropriée : elle représente un compromis acceptable entre, d'une part, la création d'un « super privilège » même pour les avoirs des clients qui ne sont pas privilégiés et qui ne relèvent pas de la protection des déposants et, d'autre part, une assimilation indifférenciée à tous les autres créanciers. Elle repose également sur la décision de principe du législateur de ne pas protéger les déposants contre les pertes allant au-delà des 100 000 francs suisses garantis.

Les banques qui sont organisées comme établissements de droit public et qui, par conséquent, ne disposent pas de fonds propres absorbant les pertes en tant que premier « rempart » devraient faire l'objet de situations particulières. Pour ces établissements, une attention accrue devra se porter sur le capital *bail in*, en plus des fonds propres de base supplémentaires et des fonds propres complémentaires qui incluent des clauses dites de *point of non-viability*.