

Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA)

Rapport sur les résultats de l'audition relative à la révision partielle de l'OIB-FINMA qui a eu lieu du 27 septembre au 8 novembre 2016

9 mars 2017

Table des matières

Eléments essentiels	4
Liste des abréviations.....	5
1 Introduction	7
2 Prises de position reçues	7
3 Résultats de l'audit et évaluation par la FINMA	8
3.1 Remarques préliminaires explicatives	8
3.2 Art. 56 al. 1 OIB-FINMA (contrats soumis à l'obligation d'adaptation).....	8
3.2.1 Art. 56 al. 1 let. a OIB-FINMA.....	8
3.2.2 Art. 56 al. 1 let. c OIB-FINMA.....	9
3.2.3 Art. 56 al. 1 let. e OIB-FINMA.....	10
3.2.4 Art. 56 al. 1 let. f OIB-FINMA.....	11
3.2.5 Contrats financiers de sociétés de groupe étrangères.....	11
3.3 Art. 56 al. 2 et 3 OIB-FINMA (exceptions à l'obligation d'adapter)	13
3.3.1 Art. 56 al. 2 let. b OIB-FINMA.....	13
3.3.2 Exception des contrats financiers avec des personnes physiques.....	14
3.3.3 Exception concernant les opérations sur le marché primaire.....	15
3.3.4 Clarification concernant les contrats non-financiers..	16
3.3.5 Clarification concernant la notion de modification du contrat.....	17
3.3.6 Clarification concernant la formulation « modification du contrat sans autre intervention des parties »	18
3.4 Art. 61a (dispositions transitoires).....	18
3.5 Introduction d'une clause de cas de rigueur (<i>hardship-clause</i>)	19
3.6 Délais de mise en œuvre spécifiques aux établissements	20
3.7 Ajournement de l'entrée en vigueur de l'OIB-FINMA.....	21

4 Suite de la procédure21

Eléments essentiels

La FINMA a organisé une audition sur le projet de révision partielle de l'OIB-FINMA du 27 septembre au 8 novembre 2016. La FINMA a ensuite procédé à des recensements afin de pouvoir mieux évaluer les conséquences des différentes requêtes des participants à l'audition.

Les modifications significatives suivantes ont été apportées au projet d'audition :

A l'art. 56 al. 1 let. h OIB-FINMA, les contrats financiers de sociétés de groupe étrangères sont soumis à l'obligation d'adapter, si une banque ou un négociant en valeurs mobilières avec siège en Suisse assure l'exécution.

Les dispositions d'exception ont été étendues aux contrats avec des contreparties qui ne sont pas des entreprises dans le sens de l'art. 77 OIMF (art. 56 al. 2 let. e OIB-FINMA) et aux contrats concernant le placement d'instruments financiers sur le marché (art. 56 al. 2 let. f OIB-FINMA).

Les délais de transition ont été allongés à douze mois pour les contrats avec des banques et des négociants en valeurs mobilières et à dix-huit mois pour les contrats avec d'autres contreparties.

L'OIB-FINMA révisée entrera en vigueur le 1^{er} avril 2017.

Liste des abréviations

ASB	Association suisse des banquiers
BRRD	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
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
ISDA	International Swaps and Derivatives Association, Inc.
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)
LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (RS 958.1)
MiFID II	Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE
OB	Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBE-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 21 octobre 1996 sur les banques étrangères en Suisse (RS 952.111)
OIB-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 30 août 2012 sur l'insolvabilité des banques et des négociants en valeurs mobilières (RS 952.05)

OIMF	Ordonnance du 25 novembre 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (RS 958.11)
PRA	Bank of England Prudent Regulation Authority
SAG	Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen [loi sur le redressement et la résolution des établissements et groupes financiers] (Allemagne)

1 Introduction

L'art. 30a de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB ; RS 952.0) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 permet à la FINMA d'ajourner temporairement (*stay*) la résiliation de contrats et l'exercice des droits de compensation, de réalisation et de transfert, lorsqu'elle ordonne ou autorise des mesures applicables en cas d'insolvabilité. L'art. 12 al. 2^{bis} de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB ; RS 952.02) entré simultanément en vigueur contraint les banques à ne conclure de nouveaux contrats ou des modifications des contrats existants soumis à un droit ou à un for étranger que lorsque la contrepartie reconnaît un ajournement au sens de l'art. 30a LB.

L'ordonnance sur les banques ne règle ni le cercle des contrats soumis à l'obligation d'adaptation ni les modalités de cette dernière. La présente révision partielle de l'OIB-FINMA vise à concrétiser les exigences de l'art. 12 al. 2^{bis} OB. Il s'agit d'une part d'accroître la sécurité juridique pour les établissements concernés et d'autre part de poser les bases de la création d'un *Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol* autorisant la mise en œuvre efficace et avantageuse des obligations selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB.¹

La FINMA a mené une audition sur le projet de révision partielle de l'OIB-FINMA du 27 septembre au 8 novembre 2016. L'audition a été précédée d'une consultation des offices (administration fédérale et Banque nationale suisse).

Le présent rapport expose, sous une forme générale et résumée, les avis émis par les participants à l'audition relative au projet de révision de l'OIB-FINMA et commente certaines dispositions lorsque cela s'avère nécessaire.

2 Prises de position reçues

Les quatre personnes et institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont participé à l'audition et adressé une prise de position à la FINMA :

- Association suisse des banquiers (ASB)
- EXPERTsuisse
- International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA)
- Prise de position commune d'UBS SA et de Credit Suisse SA (UBS et CS)

¹ Cf. les explications concernant le *Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol* au cf. 2.3 du rapport explicatif du 27 septembre 2016 relatif à la révision partielle de l'OIB-FINMA.

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

3.1 Remarques préliminaires explicatives

Tous les participants à l'audition saluent en principe la concrétisation de l'art. 12 al. 2^{bis} OB par les dispositions d'exécution dans l'OIB-FINMA.

Les modifications proposées concernent majoritairement le champ d'application (contrats soumis à l'obligation d'adaptation et exceptions) de l'art. 56 OIB-FINMA. Des remarques préliminaires concernant le champ d'application de l'obligation d'adaptation des contrats et sa relation avec les dispositions de l'art. 30a LB, qui s'appliquent nonobstant la définition concrète de l'art. 56 OIB-FINMA, s'imposent de ce fait :

L'art. 56 révisé de l'OIB-FINMA constitue une disposition d'exécution de l'art. 12 al. 2^{bis} OB, qui se réfère lui-même à un *stay* selon l'art. 30a LB. La portée des obligations selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB en relation avec l'art. 56 OIB-FINMA se limite donc d'emblée au champ d'application (notamment matériel et territorial) de l'art. 30a LB, ce qui découle implicitement de la hiérarchie des normes et explicitement de l'art. 56 al. 2 let. a OIB-FINMA. En d'autres termes, seuls les contrats incluant des droits de résiliation se référant à la prescription ou à l'autorisation de mesures selon le chapitre XI de la LB sont soumis à l'obligation d'adaptation (cf. l'art. 30a al. 4 let. a LB). Il n'y a pas d'obligation d'adaptation lorsque ce n'est pas le cas (par ex. pour les contrats qui prévoient un droit de résiliation en tout temps ou en lien avec des éléments subjectifs ou pour les contrats à durée déterminée).

Notons par ailleurs que le champ d'application de l'art. 30a LB n'est pas restreint par les dispositions de l'OIB-FINMA. La question de savoir à quelles relations contractuelles un *stay* serait applicable en cas de besoin doit être strictement dissociée de la question de savoir quelles relations contractuelles doivent être adaptées, sur la base de l'art. 12 al. 2^{bis} OB en relation avec l'art. 56 OIB-FINMA. Seule cette dernière fait l'objet de la présente audition.

3.2 Art. 56 al. 1 OIB-FINMA (contrats soumis à l'obligation d'adaptation)

3.2.1 Art. 56 al. 1 let. a OIB-FINMA

UBS et CS ainsi que l'ASB demandent qu'il soit précisé que les opérations *spot* (opérations au comptant) ainsi que les contrats qui ne sont conclus que pour une courte durée (*intraday* ou *overnight*) ne sont pas couverts par l'obligation d'adaptation. Dans de tels cas, le contrat expirerait automatiquement ou serait exécuté dans un laps de temps très bref et le fait de prévoir des droits de résiliation n'y changerait rien.

Les droits de résiliation concédés par contrat semblent improductifs en ce qui concerne les opérations *spot* qui prévoient une exécution immédiate.

Une obligation d'adaptation semble en outre inutile pour les opérations spot en raison de l'exécution immédiate. Il en va de même des opérations *intraday* ou *overnight*, qui sont dénouées très rapidement, c.-à-d. en quelques heures.

Notons en outre que la « brièveté » d'un contrat financier ou le fait qu'il expire automatiquement ne constitue pas en soi un critère à l'encontre de la soumission à l'obligation d'adaptation selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB.

Enfin, l'art. 56 al. 1 let. a OIB-FINMA concerne les contrats (contrats-cadres compris) d'achat ou de vente de papiers-valeurs, de droits valeurs ou de titres intermédiés, notamment les contrats d'achat ou de vente impliquant une livraison future ainsi que les contrats d'achat ou de vente à un prix déterminé à l'avance pour une date ultérieure (contrats à terme), dans la mesure où ces contrats prévoient des droits de résiliation au sens de l'art. 30a al. 1 LB.

Conclusion

L'art. 56 al. 1 let. a OIB-FINMA ne sera pas adapté.

3.2.2 Art. 56 al. 1 let. c OIB-FINMA

Prises de position

UBS et CS ainsi que l'ASB proposent d'adapter la terminologie de l'art. 56 al. 1 let. c OIB-FINMA en référence à l'art. 2 n° 100 BRRD à la teneur équivalente. Les participants à l'audition estiment que l'évocation des contrats à terme concernant des taux d'intérêt est inutile et entraînerait des problèmes d'interprétation, car elle ne coïncide pas avec la réglementation à l'art. 2 n° 100 BRRD.

Appréciation

La FINMA estime que l'adaptation terminologique proposée ne se traduit par aucune amélioration matérielle. L'art. 56 al. 1 OIB-FINMA a pour but de recenser tous les contrats financiers courants. Aussi, la mention des contrats à terme de taux d'intérêts ne semble pas prêter à conséquence, même si elle n'est que déclaratoire. Les contrats à terme de taux d'intérêts étant également couverts par l'art. 2 n° 100 BRRD, aucune obligation excédant le cadre de la législation européenne n'est par ailleurs introduite.

Conclusion

L'art. 56 al. 1 let. c OIB-FINMA ne sera pas adapté.

3.2.3 Art. 56 al. 1 let. e OIB-FINMA

Prises de position

UBS et CS, l'ASB ainsi que l'ISDA proposent de limiter l'obligation d'adaptation aux conventions de crédit dans la relation interbancaire d'une *durée inférieure ou égale à trois mois*, au motif unanime que l'art. 2 n° 100 BRRD prévoit une telle restriction. La mise en œuvre de l'obligation d'adaptation serait plus difficile à faire comprendre à leurs contreparties, si elle va au-delà des exigences de la BRRD. UBS et CS et l'ASB argumentent en outre que les banques suisses ne devraient pas être traitées plus sévèrement que leurs concurrentes européennes pour des raisons de compétitivité. Pour finir, la résiliation de conventions de crédit à court terme serait potentiellement plus problématique pour un assainissement en raison de la difficulté accrue à trouver une solution de substitution rapide que la planification de conventions de crédit à long terme, où les fins de financement et d'investissement sont essentielles. La prescription d'un *stay* sur des conventions de crédit à long terme dans la relation interbancaire est donc erronée d'un point de vue matériel.

Appréciation

Comme indiqué dans le rapport explicatif, aucune obligation excédant l'art. 2 n° 100 BRRD ne doit être imposée aux banques, sauf nécessité. On peut supposer qu'une obligation d'adapter également les prêts interbancaires d'une durée supérieure à trois mois pourrait se traduire par des charges supplémentaires par rapport à la concurrence européenne. Des recensements de la FINMA ont toutefois montré que le volume de crédit dans les relations interbancaires d'une durée supérieure à trois mois était loin d'être négligeable. Une résiliation des conventions de crédit correspondantes déclenchée par une mesure du chapitre XI de la LB déboucherait par conséquent sur une échéance anticipée d'obligations de paiement significatives, susceptibles de compromettre la réussite de l'assainissement. Or, un ajournement selon l'art. 30a LB vise précisément à empêcher une telle situation. L'application internationale de l'ajournement doit également être assurée au moyen de clauses de reconnaissance dans le sens de l'art. 12, al. 2^{bis} OB. Rien ne permet de prédire avec certitude dans quelle mesure la substitution de conventions de crédit à long terme dans les relations interbancaires sera aisée dans une situation de crise. La question semble secondaire dans le sens où un *stay* peut être ordonné pour deux jours ouvrables au plus, en vertu de l'art. 30a al. 3 LB. Eu égard au montant des prêts interbancaires correspondants, la charge supplémentaire par rapport aux concurrents européens semble également justifiée. Il résulte de ce qui précède qu'une exception pour les prêts interbancaires d'une durée supérieure à trois mois n'est pas appropriée.

Conclusion

L'art. 56 al. 1 let. e OIB-FINMA ne sera pas adapté.

3.2.4 Art. 56 al. 1 let. f OIB-FINMA

Prises de position

UBS et CS ainsi que l'ASB proposent la suppression pure et simple de l'art. 56 al. 2 let. f OIB-FINMA, selon lequel les « contrats ayant les mêmes effets que ceux mentionnés aux lettres a à e » sont soumis à l'obligation d'adapter. Ils considèrent qu'une telle disposition conservatoire serait inutile, en raison de la description fonctionnelle des contrats financiers répertoriés à l'art. 56 al. 1 let. a à e, qui fait que la question des contournements ne devrait même pas se poser. La disposition conservatoire serait donc préjudiciable à la sécurité juridique, car la signification des contrats « ayant les mêmes effets » est incertaine. Pour finir, il est rappelé que ni la réglementation définitive de la Prudent Regulation Authority (PRA) de la Bank of England ni la BRRD ne contiennent une clause correspondante.

Appréciation

La clause générale ne vise pas à étendre le champ d'application de l'art. 56 al. 1 OIB-FINMA. Mais elle n'a pas pour seul objectif d'empêcher les contournements. Le marché financier mondial et les instruments financiers négociés changent constamment. Dans la pratique, l'organisation structurelle des transactions financières courantes est régulièrement adaptée et développée et de nouveaux instruments financiers voient le jour. La clause générale a notamment pour but de saisir les évolutions futures sur le marché financier et d'empêcher les failles dans la réglementation occasionnées par la création de nouvelles transactions financières ou le développement de transactions existantes. L'interprétation permettra de déterminer si la clause générale s'applique aux futurs contrats concernés. En cas d'incertitude et si les assujettis en font la demande, la FINMA contribuera à clarifier la situation.

Conclusion

L'art. 56 al. 1 let. f OIB-FINMA ne sera pas adapté.

3.2.5 Contrats financiers de sociétés de groupe étrangères

Prises de position

UBS, CS et l'ASB proposent la création d'une dérogation supplémentaire pour les « contrats d'une société de groupe étrangère, où l'exécution n'est pas assurée par une banque ou un négociant en valeurs mobilières avec siège en Suisse ». L'ASB propose en outre une exception pour les contrats avec des sociétés de groupe étrangères qui « opèrent dans le secteur financier et pour autant qu'aucune garantie contraignante n'ait été accordée ». Le principal argument avancé est que la FINMA ne possède aucune compétence prudentielle directe sur les sociétés de groupe étrangères et qu'elle n'est pas non plus compétente pour des mesures de protection à l'échelle du groupe ou une faillite du groupe. Un *stay* ordonné par la FINMA pour des contrats conclus par une société de groupe étrangère est donc dépourvu de

fondement légal. Un ajournement de la résiliation de contrats de sociétés de groupe étrangères pourrait donc tout au plus être envisagé (de manière réflexe) si l'exécution était directement assurée par une banque suisse dans les contrats d'une société de groupe étrangère.

Appréciation

La FINMA ne possède en principe pas de compétences directes en matière de surveillance et d'insolvabilité vis-à-vis des sociétés de groupe étrangères d'une banque avec siège en Suisse. Par conséquent, la FINMA ne peut pas non plus ordonner d'ajournement dans le sens de l'art. 30a LB concernant les contrats financiers de sociétés de groupe étrangères, pour autant que la banque suisse ne soit pas partie au contrat. Si la prescription d'une mesure selon le chapitre XI de la LB dans un contrat d'une société de groupe étrangère débouche toutefois sur une prétention juridique directe à l'encontre de la banque suisse, il existe une relation suffisante avec la Suisse et la FINMA est autorisée à ordonner un ajournement au sens de l'art. 30a LB.

Dans le cas évoqué, l'applicabilité internationale de l'ajournement doit également être assurée. Une obligation d'adapter selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB existe donc également pour les contrats de sociétés de groupe étrangères, si le contrat correspondant inclut des droits de résiliation directement ou indirectement liés à une mesure selon le chapitre XI de la LB vis-à-vis de la banque suisse (cf. l'art. 56 al. 2 let. a OIB-FINMA) et si l'exécution du contrat correspondant par une banque ou un négociant en valeurs mobilières avec siège en Suisse est cumulativement garantie ou assurée d'une autre façon. La teneur de la réglementation correspond donc aux prescriptions correspondantes pour les banques domiciliées au Royaume-Uni.²

Rappelons par souci d'exhaustivité, que les contrats financiers conclus par une succursale étrangère d'une banque avec siège en Suisse autorisent et obligent directement la banque suisse et sont donc également couverts par l'obligation d'adapter dans le sens de l'art. 12 al. 2^{bis} OB.

Conclusion

L'art. 56 al. 1 OIB-FINMA est complété par la let. h. *Les contrats de sociétés de groupe étrangères selon l'art. 56 al. 1 let. a à g OIB-FINMA sont donc également soumis à l'obligation d'adaptation, pour autant qu'une banque ou un négociant en valeurs mobilières avec siège en Suisse assure l'exécution.*

² Cf. Bank of England, Prudential Regulation Authority, Policy Statement / PS25/15: Contractual stays in financial contracts governed by third-country law, novembre 2015, ch. 2.12.

3.3 Art. 56 al. 2 et 3 OIB-FINMA (exceptions à l'obligation d'adapter)

3.3.1 Art. 56 al. 2 let. b OIB-FINMA

Prises de position

UBS et CS ainsi que l'ASB font valoir que l'exception ne devrait pas être limitée aux infrastructures des marchés financiers et aux systèmes organisés de négociation selon le droit suisse de la surveillance. Alors qu'UBS et CS exigent que les infrastructures des marchés financiers étrangères qui ne sont pas directement comparables à celles soumises à la réglementation suisse devraient également être couvertes (par ex. *Securities Exchange Facilities*, SON étrangers, etc.), l'ASB estime qu'il faut exiger une « comparabilité fonctionnelle ». Elle propose que l'exception s'applique aux infrastructures des marchés financiers ou aux systèmes organisés de négociation étrangers « *qui seraient considérés comme tels s'ils avaient leur siège en Suisse* ».

Appréciation

La disposition d'exception de l'art. 56 al. 2 let. b OIB-FINMA s'applique pareillement pour les infrastructures des marchés financiers ou systèmes organisés de négociation suisses et étrangers. Sont ainsi couverts tous les contrats qui sont directement ou indirectement conclus ou décomptés via une infrastructure des marchés financiers (IMF) dans le sens de l'art. 2 let. a LIMF ou un système organisé de négociation (SON) dans le sens de l'art. 42 LIMF. La dérogation s'applique par ailleurs aussi aux contrats conclus ou décomptés par le biais de plates-formes de négociation ou d'infrastructures des marchés financiers étrangères. Il ne serait pas envisageable d'exiger un contrôle d'équivalence préalable des nombreux SON et IMF étrangers, conformément aux exigences de la LIMF. L'exception concerne notamment les SEF (*Securities Exchange Facilities*), qui se qualifient comme système organisé de négociation et donc comme plate-forme de négociation dans le sens de l'art. 4 al. 1 ch. 24 MiFID II. Les établissements étrangers dédiés au négoce purement bilatéral d'instruments financiers (et qui ne sont donc pas considérés comme des systèmes organisés de négociation par la MiFID II, par ex. les *Systematic Internaliser*) ne sont en revanche pas couverts par la disposition d'exception.

Conclusion

L'art. 56 al. 2 let. b OIB-FINMA ne sera pas adapté. L'exception ne se limite pas aux infrastructures des marchés financiers et aux systèmes organisés de négociation selon la LIMF.

3.3.2 Exception des contrats financiers avec des personnes physiques

Prises de position

UBS et CS, l'ASB et l'ISDA proposent d'exempter de façon générale les contrats financiers avec des personnes physiques de l'obligation d'adaptation. Ils demandent unanimement la création d'une exception supplémentaire pour les « *contrats financiers avec des personnes qui ne sont pas des entreprises dans le sens de l'art. 77 LIMF³* ». Les entreprises au sens de l'art. 77 OIMF sont des personnes inscrites au registre du commerce en tant qu'entité juridique (art. 77 al. 1 OIMF) ainsi que les entreprises étrangères actives économiquement qui, au regard du droit dont elles relèvent, sont des personnes morales, ainsi que les trusts ou les structures similaires (art. 77 al. 2 OIMF). UBS, CS et l'ASB font valoir que les contrats financiers avec des personnes physiques seraient conclus dans le cadre de la gestion de fortune ; à l'aune du volume global des transactions sur dérivés des grandes banques, leur importance serait toutefois marginale et ils ne joueraient qu'un rôle secondaire en cas d'assainissement. A l'inverse, la mise en œuvre serait particulièrement complexe, parce que les contrats devraient souvent être adaptés manuellement et que les clients privés devraient être persuadés d'accepter une clause d'adaptation incompréhensible à leurs yeux.

Appréciation

Les recensements de la FINMA ont montré que les banques concluaient un grand nombre de contrats financiers avec des personnes physiques dans le domaine de la gestion de fortune. A l'aune de l'engagement global dans le domaine des contrats financiers, les montants impliqués par les contrats avec des personnes physiques seraient toutefois relativement faibles (valeurs nominales et valeurs de remplacement). Une résiliation de ces contrats ne s'opposerait donc pas à un assainissement réussi, pour autant que des droits de résiliation correspondants soient prévus. Compte tenu de la faiblesse des montants et, partant, de l'importance limitée des contrats financiers avec des personnes physiques dans un assainissement, la charge qu'entraînerait une adaptation des contrats correspondants ne semble pas justifiée. A la lumière du principe de proportionnalité, une exception pour les contrats avec des personnes qui ne sont pas des entreprises dans le sens de l'art. 77 LIMF semble appropriée. Les contrats financiers avec des particuliers fortunés (*UHNW-Individuals*) conclus par le biais de sociétés d'investissement telles que des trusts ou des *family offices* restent toutefois couverts.

Conclusion

L'art. 56 al. 2 OIB-FINMA est complété par la let. e. Sont donc exemptés de l'obligation d'adaptation les *contrats avec des contreparties qui ne sont pas des entreprises au sens de l'art. 77 OIMF*.

³ Ordonnance du 25 novembre 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (RS 958.11).

3.3.3 Exception concernant les opérations sur le marché primaire

Prises de position

UBS, CS, l'ISDA et l'ASB demandent la création d'une dérogation supplémentaire pour les *opérations sur le marché primaire*. Leur principal argument consiste à dire à propos des opérations sur le marché primaire (notamment *underwriting agreements* ou *fund subscription agreements*) que l'utilité en cas d'assainissement serait totalement disproportionnée par rapport à la charge que représente la mise en œuvre. Les participants à l'audition rappellent en outre qu'il est pour ainsi dire inimaginable dans le cas d'une procédure d'assainissement qu'un IPO soit mené par le biais d'un preneur ferme pendant le placement courant, car le marché n'accepterait pas un tel cas de figure.

Le dernier argument avancé est que les banques suisses seraient désavantagées dans leurs activités de souscription à l'étranger en l'absence d'une clause d'exception correspondante. Conformément à l'exemple présenté par les participants à l'audition, les participants d'un IPO chinois auront beaucoup de mal à comprendre pourquoi ils devraient renoncer à un motif de résiliation au profit de la FINMA dans un contrat soumis au droit suisse et concernant un émetteur chinois. D'un point de vue purement pratique, l'exigence selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB pourrait dans bien des cas avoir pour conséquence l'impossibilité pour la banque suisse de participer en qualité de preneur ferme.

Appréciation

Se qualifient notamment de contrats concernant le placement d'instruments financiers sur le marché et de contrats sur le marché primaire les *subscription* et *underwriting agreements*, dans le cadre desquels les banques s'engagent à prendre de façon ferme ou en commission les instruments financiers émis par une tierce partie (l'émetteur) et à les placer publiquement auprès des investisseurs ou sur une base privée sur le marché. L'argument des participants à l'audition selon lequel une obligation d'adapter les contrats correspondants pourrait désavantager les banques suisses dans leur activité de souscription à l'étranger doit être pris en compte. Le fait qu'une obligation d'adapter les contrats sur le marché primaire puisse avoir des effets secondaires indésirables, si la banque n'agit pas en tant que gérant ou preneur ferme mais comme émetteur, par exemple pour lever de nouveaux capitaux et éviter les mesures d'assainissement après avoir subi des pertes, pèse également dans la balance.

Conclusion

L'art. 56 al. 2 OIB-FINMA est complété par la let. f. Les *contrats concernant le placement d'instruments financiers sur le marché* sont donc exceptés de l'obligation d'adaptation.

3.3.4 Clarification concernant les contrats non-financiers

Prises de position

L'ASB demande la création d'une dérogation supplémentaire pour les contrats dont le cœur de la matière normative et des partenaires contractants se situe en dehors des relations de négoce ou dans le secteur non-bancaire, par exemple les contrats d'achat ou de vente de marchandises et de services dans des domaines tels que l'immobilier, l'informatique, etc. Dans le même sens, EXPERTsuisse propose une exception pour les contrats qui ne sont pas usuels pour les transactions sur le marché financier. L'ASB estime que l'art. 56 OIB-FINMA n'est pas adapté aux relations d'affaires et contrats qui ne relèvent pas des relations de négoce. On pourrait notamment penser aux transactions et contrats d'achat ou de vente de marchandises et de services dans des domaines tels que l'immobilier, l'informatique, etc. L'ASB considère en outre que certaines transactions de négoce (par ex. un swap pour la couverture de change) convenues en guise de réglementations accessoires secondaires de telles transactions ne doivent pas entraîner un assujettissement à l'art. 56 OIB-FINMA. EXPERTsuisse fait en outre valoir que l'art. 56 al. 1 let. c OIB-FINMA pourrait également couvrir des relations contractuelles qui ne seraient pas essentielles pour la poursuite ininterrompue d'une banque.

Appréciation

Les contrats portant sur l'achat ou la vente de marchandises ou les contrats sur des services dans des domaines tels que l'immobilier et l'informatique ne sont soumis à aucune obligation d'adaptation selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB, pour autant qu'ils ne se qualifient pas comme contrat financier au sens de l'art. 56 al. 1 let. a à c OIB-FINMA en raison de leur structure concrète (cf. par ailleurs à propos du champ d'application de l'art. 30a LB les explications au ch. 3.1). L'introduction d'une disposition d'exception pour les transactions de négoce couvertes par l'art. 56 OIB-FINMA, qui sont conclues en guise de réglementation accessoire à un achat de marchandises ou à un contrat de prestations, ne semble toutefois pas appropriée. Une disposition d'exception correspondante entraînerait d'importantes difficultés de délimitation et d'interprétation et nuirait par conséquent à la sécurité juridique. Il en va de même de la proposition visant à exclure du champ d'application de l'obligation d'adaptation les contrats non usuels pour des transactions du marché financier.

Conclusion

L'OIB-FINMA ne sera pas adaptée.

3.3.5 Clarification concernant la notion de modification du contrat

Prises de position

L'ASB demande l'adaptation du texte de l'art. 56 al. 3 OIB-FINMA. La teneur de la disposition devrait être la suivante : « L'obligation prévue à l'art. 12, al. 2^{bis}, OB ne s'applique qu'aux modifications importantes apportées aux contrats existants et non aux modifications survenant sur la base des conditions contractuelles, sans autre intervention des parties. » D'après cette proposition, l'obligation d'adapter ne doit s'appliquer qu'aux modifications importantes et ne doit pas s'appliquer, a contrario, aux modifications insignifiantes des contrats existants. Dans ce contexte, l'ISDA demande également à la FINMA de clarifier si les modifications mineures du contrat se traduiraient par une obligation d'adapter selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB.

L'ASB justifie sa demande au motif qu'il faudrait créer une réglementation si possible compatible avec l'UE et invoque le texte de la réglementation de la PRA, selon lequel un besoin d'adaptation correspondant n'existe qu'en cas de nouvelle conclusion de transactions ou de *material amendments* en relation avec un contrat existant. L'adaptation des aspects techniques ou opérationnels (par ex. instructions de *settlement* ou coordonnées bancaires) ne doit donc notamment pas entraîner une application de l'art. 56 OIB-FINMA.

Appréciation

Conformément à l'ordonnance sur les banques, l'obligation d'adapter ne s'applique qu'en cas de nouvelle conclusion d'un contrat ou de modification d'un contrat existant. La raison en est d'une part que l'introduction d'une clause de reconnaissance suppose le consentement de la contrepartie. Le fait de lier l'obligation d'adaptation à de nouvelles conclusions de contrats ou aux modifications de contrats existants évite d'autre part la rétroaction de la disposition.

La différenciation proposée entre modifications importantes (couvertes par l'obligation d'adapter selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB) et modification insignifiantes (non couvertes par l'obligation d'adapter) des contrats existants entraînerait une confusion et des difficultés d'interprétation indésirables. Afin d'instaurer une sécurité juridique maximale, il est renoncé à la distinction entre adaptations importantes et insignifiantes des contrats existants. La conclusion d'une transaction individuelle régie par un contrat-cadre (par ex. ISDA) entraîne notamment une obligation d'adapter le contrat-cadre.

Conclusion

L'OIB-FINMA ne sera pas adaptée.

3.3.6 Clarification concernant la formulation « modification du contrat sans autre intervention des parties »

Prises de position

L'ASB et l'ISDA demandent à ce que la FINMA explique à l'aide d'exemples quelles modifications du contrat se qualifient en tant que modifications survenant sur la base des conditions contractuelles, sans autre intervention des parties.

Appréciation

Seuls les faits dans lesquels une adaptation du contrat survient sans intervention des parties sont soumis à la dérogation de l'art. 56 al. 2 let. f OIB-FINMA. Les prolongations automatiques du contrat ou les adaptations du contrat qui prennent effet à la réalisation d'une condition sont donc notamment couvertes.

Conclusion

L'OIB-FINMA ne sera pas adaptée.

3.4 Art. 61a (dispositions transitoires)

Prises de position

Une prolongation des délais de mise en œuvre est demandée par UBS, CS (tous deux six mois après l'entrée en vigueur pour les contrats avec des banques et des négociants en valeurs mobilières et douze mois pour les contrats avec d'autres contreparties), l'ISDA (douze mois après l'entrée en vigueur pour les contrats avec des banques et des négociants en valeurs mobilières et 18 mois pour les contrats avec d'autres contreparties) et l'ASB (neuf mois après l'entrée en vigueur pour les contrats avec des banques et des négociants en valeurs mobilières et douze mois pour les contrats avec d'autres contreparties).

Les participants à l'audition font valoir que les délais de transition proposés seraient beaucoup trop courts, eu égard à la charge et au nombre de contrats concernés et invoquent notamment les expériences en relation avec l'introduction de la réglementation de la PRA au Royaume-Uni. La PRA a publié⁴ sa réglementation le 13 novembre 2015 et prévu un délai de transition jusqu'au 1^{er} juillet 2016 pour les banques et les négociants en valeurs mobilières et jusqu'au 31 décembre 2017 pour les autres acteurs du marché, soit des délais de six et douze mois (sept et treize mois dans les faits). La plupart des banques ont cependant fait état de difficultés pour respecter les délais correspondants. Il est par ailleurs rappelé que les réglementations d'autres Etats prévoient également des délais de transition plus longs, par

⁴ <http://www.bankofengland.co.uk/pr/Pages/publications/ps/2015/ps2515.aspx>

ex. huit mois au Japon ou au moins douze mois selon la réglementation US en cours d'élaboration.

Les participants à l'audition considèrent en outre que la mise en œuvre de l'obligation d'adapter engendre des processus complexes. Ainsi, il faudrait organiser des formations complexes et donc intensives des collaborateurs et informer les clients de la modification du contrat. Pour finir, les participants font valoir que les banques suisses devraient adapter un nombre bien plus important de contrats que leurs concurrentes étrangères. La charge que représenteraient les explications et les négociations serait considérable, notamment avec les contreparties dans le secteur non-bancaire.

Appréciation

La FINMA reconnaît que l'identification et l'adaptation des contrats financiers pertinents engendre une charge opérationnelle. Afin de garantir une mise en œuvre ordonnée, un délai suffisant doit être accordé aux banques pour qu'elles puissent implémenter les adaptations nécessaires. L'allongement des délais de mise en œuvre doit tenir compte des expériences faites à l'étranger.

Conclusion

L'art. 61a al. 1 OIB-FINMA sera adapté. Les délais de transition sont de douze mois pour les contrats avec des banques et des négociants en valeurs mobilières et de 18 mois pour les contrats avec d'autres contreparties.

3.5 Introduction d'une clause de cas de rigueur (*hardship-clause*)

Prises de position

CS, UBS, l'ASB et l'ISDA demandent l'introduction d'une clause de cas de rigueur (*hardship-clause*) pour les cas où la mise en œuvre des obligations au titre de l'art. 12 al. 2^{bis} OB ne serait pas réalisable. Les participants à l'audition signalent que la PRA reconnaît par exemple une *impracticability* dans certaines situations. En l'absence d'une disposition d'exception, l'impraticabilité aurait pour conséquence l'interdiction de conclure le contrat. Selon les prises de position, une réglementation aussi rigide serait contraire au principe de proportionnalité.

Appréciation

Aux termes de l'art. 61a al. 2 OIB-FINMA, la FINMA a la compétence pour accorder des délais de mise en œuvre prolongés à certains établissements, dans des cas justifiés. Il est ainsi tenu compte du fait que la mise en œuvre de l'art. 12 al. 2^{bis} OB peut parfois entraîner des complications et donc des retards, dans certains cas.

Les participants à l'audition demandent en outre une réglementation d'exception aux termes de laquelle la FINMA pourrait entièrement délier un établissement de l'obligation selon l'art. 12 al. 2^{bis} OB, dans les cas où aucune clause de reconnaissance ne pourrait être convenue. La tendance visant à contraindre les établissements financiers à pourvoir les contrats financiers d'une reconnaissance correspondante des mesures d'ajournement respectives des autorités est évidente au plan international. Le Royaume-Uni, l'Allemagne et le Japon ont déjà introduit des dispositions correspondantes concernant l'obligation de reconnaissance des compétences d'ajournement des autorités. Des dispositions correspondantes sont en cours d'élaboration aux Etats-Unis. Les acteurs du marché qui refusent de reconnaître par contrat la prescription d'un *stay* se ferment ainsi aux évolutions de la législation internationale des marchés financiers. Il n'est pas possible d'en tenir compte au moyen d'une disposition d'exception. On peut en outre supposer qu'une clause d'exception explicite aurait plutôt tendance à compliquer et non à faciliter la position de négociation difficile des banques suisses précédemment évoquée. On pourrait ainsi s'attendre à ce que les contreparties récalcitrantes exigent des banques qu'elles demandent une exception, ce qui aurait pour conséquence de percevoir l'obligation d'adaptation comme facultative vis-à-vis des contreparties ayant un plus grand pouvoir de négociation. En cas de *stay*, l'exception à l'obligation d'adaptation vis-à-vis de certaines contreparties se traduirait en outre par des inégalités de traitement au profit des contreparties ayant un plus grand pouvoir de négociation, qui ne serait pas objectivement justifié.

Conclusion

L'OIB-FINMA ne sera pas adaptée.

3.6 Délais de mise en œuvre spécifiques aux établissements

Prises de position

CS et UBS demandent l'octroi de délais de mise en œuvre supplémentaires, spécifiques aux établissements, pour les grandes banques, au-delà de l'art. 61a al. 2 OIB-FINMA. Compte tenu de leur vaste réseau de succursales, les grandes banques devraient avoir la possibilité de coordonner les adaptations selon le droit suisse avec celles selon le droit étranger (notamment américain), de manière à n'aborder qu'une seule fois la question des modifications du contrat avec le client.

Appréciation

L'art. 91a al. 2 OIB-FINMA prévoit déjà la possibilité d'octroyer des délais de mise en œuvre plus importants dans des cas justifiés. La coordination avec les exigences des ordres juridiques étrangers ne justifie pas un report généralisé de la mise en œuvre du droit suisse pour les grandes banques.

3.7 Ajournement de l'entrée en vigueur de l'OIB-FINMA

Prises de position

Selon CS, UBS et l'ASB, l'ajournement de la date d'entrée en vigueur prévue devrait en outre être envisagé dans la perspective de l'élaboration en cours de la réglementation américaine concernant le *stay*. Il y aurait, à défaut, un risque de contradictions ou de conflits, notamment dans le cas des banques ayant des succursales à l'étranger. Il faudrait éviter à cet égard qu'une contrepartie suisse ait à soumettre à ses cocontractants étrangers, le cas échéant plusieurs fois et à des dates différentes, des demandes de modification découlant de réglementations *stay* de la Suisse et d'autres Etats.

4 Suite de la procédure

L'OIB-FINMA partiellement révisée entrera en vigueur le 1^{er} avril 2017. Les dispositions transitoires selon l'art. 61a OIB-FINMA s'appliquent.