

10.049

**Message
concernant la modification de la loi fédérale
sur les banques (garantie des dépôts)**

du 12 mai 2010

Mesdames les Présidentes,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons par le message un projet de modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Mesdames les Présidentes, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

12 mai 2010

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le présent projet intègre dans le droit ordinaire les mesures urgentes décidées en décembre 2008 par les Chambres afin de garantir les dépôts bancaires et institue quelques aménagements.

Contexte

En adoptant, le 19 décembre 2008, une modification de loi déclarée urgente en réaction à la crise des marchés financiers, l'Assemblée fédérale a décidé cinq mesures immédiates destinées à renforcer la protection des dépôts bancaires. La première a relevé les dépôts protégés à 100 000 francs, la deuxième a obligé les banques à détenir en permanence 125 % de créances couvertes en Suisse ou d'autres actifs situés en Suisse en fonction des dépôts privilégiés de leurs clients, la troisième a prévu un remboursement immédiat plus généreux des dépôts garantis, à partir de liquidités des banques en difficulté, la quatrième a porté de 4 à 6 milliards la limite supérieure du système et la cinquième, enfin, a séparé les dépôts effectués auprès des fondations de prévoyance et leur a accordé un privilège en sus de celui réservé aux dépôts bancaires déjà garantis.

Comme l'a expliqué le Conseil fédéral dans le message relatif à cette modification de loi urgente, qui a effet jusqu'au 31 décembre 2010, ces mesures immédiates permettent certes d'améliorer la protection des dépôts, mais celle-ci n'en reste pas moins fragilisée par des défauts systémiques. Ces défauts tiennent notamment au financement a posteriori du système de garantie des dépôts qui, en cas de garantie, a un effet procyclique et risque d'entraîner une réaction en chaîne. Le système n'est pas non plus à même de garantir intégralement les dépôts ouverts auprès des plus grandes banques. Partant de ce constat, le Conseil fédéral a décidé d'examiner de plus près le système de protection des déposants et de soumettre au Parlement un projet contenant d'autres mesures destinées à la garantir.

La modification de loi proposée s'est cependant heurtée à l'opposition, tout au moins de principe, de la plupart des partis, des milieux bancaires et économiques ainsi que des cantons. Il ressort clairement des positions majoritairement très critiques que le projet mis en consultation ne peut pas être mis en œuvre dans la mesure où il prévoit un Fonds de garantie des dépôts de droit public et un deuxième niveau étendu de garantie accordée par la Confédération (avance ou garantie). La réorganisation fondamentale connexe du système de garantie des dépôts n'est plus susceptible de recueillir la majorité à l'heure actuelle.

Contenu du projet

Vu ce qui précède, il convient d'intégrer dans le droit ordinaire les mesures urgentes décidées par les Chambres en décembre 2008. Le présent projet tient compte en outre des modifications non contestées figurant dans le projet mis en consultation (à savoir celles concernant la procédure d'assainissement, le délai de paiement et les règles en cas d'insolvabilité). Ces modifications contribueront de façon notable à améliorer la garantie des dépôts en Suisse.

Compte tenu des délais nécessaires pour que le Parlement puisse débattre du projet et vu le référendum facultatif, deux actes législatifs sont soumis par le biais du présent message. L'acte A contient uniquement la prolongation des modifications de loi urgentes décidées en décembre 2008. Il restera en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acte B, qui intègre dans le droit ordinaire les modifications de loi urgentes ainsi que les modifications supplémentaires, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2011. L'acte B ne pourra pas entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2011, c'est-à-dire suffisamment tôt pour se substituer aux modifications de loi urgentes, en raison du délai référendaire, même si la votation finale a lieu lors de la session d'automne 2010.

Table des matières

Condensé	3646
1 Grandes lignes du projet	3650
1.1 Contexte	3650
1.1.1 Protection des déposants après la révision de 2004 de la loi sur les banques	3650
1.1.2 Révision urgente de décembre 2008 de la loi sur les banques	3651
1.1.3 Faiblesses persistantes	3652
1.1.3.1 Financement ex post	3653
1.1.3.2 Limite supérieure du système/grandes banques	3653
1.1.3.3 Primes indépendantes du risque	3653
1.2 Projet soumis à la consultation	3654
1.3 Résultat de la consultation	3655
1.4 Conclusions	3656
1.5 Nouvelle réglementation	3656
1.5.1 Dispositions à intégrer au droit ordinaire	3656
1.5.1.1 Privilège en cas de faillite pour tous les dépôts jusqu'à concurrence de 100 000 francs	3656
1.5.1.2 Couverture des dépôts privilégiés à hauteur de 125 pour cent par des actifs situés en Suisse	3657
1.5.1.3 Remboursement immédiat	3657
1.5.1.4 Limite supérieure du système	3658
1.5.1.5 Avoirs auprès de fondations bancaires et de libre passage	3658
1.5.2 Nouvelles dispositions	3659
1.5.2.1 Procédure d'assainissement	3659
1.5.2.2 Maintien de services bancaires	3659
1.5.2.3 Délai pour le paiement à partir de la garantie des dépôts	3660
1.5.2.4 Reconnaissance des mesures étrangères	3660
1.5.2.5 Avoirs en déshérence	3661
1.5.2.6 Centrales d'émission de lettres de gage	3661
1.5.2.7 Sociétés d'investissement selon la LPCC	3662
1.5.2.8 Assurances	3662
1.5.2.9 Cédule hypothécaire de registre	3662
1.6 Droit comparé et rapport avec le droit européen	3663
1.6.1 Droit comparé	3663
1.6.2 Rapport entre la solution suisse et le droit européen	3664
1.6.3 Evolution internationale	3664
2 Commentaire des articles	3666
2.1 Loi sur les banques	3666
2.2 Modification du droit en vigueur	3677
2.2.1 Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage	3677
2.2.2 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite	3678
2.2.3 Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs	3678

2.2.4	Loi du 24 mars 1995 sur les bourses	3679
2.2.5	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances	3679
3	Conséquences	3684
3.1	Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	3684
3.2	Conséquences économiques	3684
4	Relation avec le programme de la législature	3686
5	Aspects juridiques	3686
5.1	Constitutionnalité et conformité aux lois	3686
5.2	Délégation de compétences législatives	3686
A	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) (Renforcement de la protection des déposants) (Projet)	3687
B	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) (Projet)	3689

Message

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Protection des déposants après la révision de 2004 de la loi sur les banques¹

Les dispositions actuelles du droit fédéral relatives à l'assainissement et à la liquidation des banques sont en vigueur depuis 2004. Elles ont été partiellement modifiées par une révision urgente de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB; RS 952.0), adoptée le 19 décembre 2008 et qui est en vigueur jusque fin 2010 (ch. 1.1.2 ci-après). Cette révision du droit en cas d'insolvabilité bancaire visait à se doter de possibilités juridiques pour procéder à temps à l'assainissement d'une banque menacée d'insolvabilité et, si nécessaire, permettre de réaliser une liquidation efficace et peu coûteuse afin de limiter autant que possible le préjudice pour les nombreux créanciers tout en garantissant un paiement rapide.

En ce qui concerne la protection des déposants, la révision de la loi de 2004 a apporté certaines améliorations. Ainsi, une première amélioration a consisté à désintéresser en premier lieu les petits créanciers dont les dépôts ne dépassent pas 5000 francs. En outre, la collocation privilégiée de 30 000 francs a été étendue à l'ensemble des dépôts bancaires quelle que soit leur catégorie, la séparation des dépôts privilégiés de ceux qui ne le sont pas entraînant en cas de faillite un travail considérable et inutile. Par contre, le relèvement nominal du privilège a été refusé, au motif que cela constituerait une surcharge pour les autres créanciers ainsi que pour la garantie des dépôts.

De surcroît, les dépôts privilégiés auprès des comptoirs suisses devaient nouvellement être protégés par une garantie reposant en grande partie sur un système d'autorégulation des banques. L'autorité de surveillance donne son approbation au système d'autorégulation lorsque celui-ci est conforme aux exigences légales. Ainsi, le système doit garantir que le paiement des dépôts garantis aux ayants droit interviendra dans les trois mois à partir du moment où la banque n'est plus en mesure de les rembourser (art. 37h, al. 3, let. a, LB). Etant donné que la garantie des dépôts ne devait pas mettre en danger le système bancaire dans son ensemble, le législateur a considéré, après mûre réflexion, qu'un montant maximal de quatre milliards de francs pour l'ensemble des contributions dues restait encore supportable (art. 37h al. 3 let. b, LB). En 2004 déjà, quelques grands établissements bancaires avaient des dépôts privilégiés dont le montant dépassait cette somme, mais le législateur a estimé qu'une garantie des dépôts dépassant cette limite du système ne pouvait pas être imposée au secteur privé et a renoncé à régler les conséquences de ce risque systémique. Enfin, pour recevoir l'approbation de l'autorité de surveillance, le système doit garantir que chaque banque dispose en permanence, en plus du montant de sa liquidité légale, de moyens liquides correspondant à la moitié des contributions auxquelles elle est tenue (art. 37h, al. 3, let. c, LB). Compte tenu de cette liquidité

¹ FF 2002 7535

supplémentaire, le message² précise qu'il est possible de renoncer à prescrire la création d'un fonds dans le cadre de l'autorégulation.

S'il existe un risque pour les créanciers par suite de la situation financière de la banque, l'autorité de surveillance peut ordonner, depuis la modification de 2004, des mesures de protection. Celles-ci peuvent être mises en place soit indépendamment des mesures d'assainissement ou de liquidation, soit en combinaison avec celles-ci. Les mesures protectrices visent à écarter un danger imminent pour les créanciers, à garantir l'égalité de traitement de ces derniers et à protéger la banque de retraits qu'elle n'est pas en mesure d'honorer. Dans le cadre des mesures protectrices, l'autorité de surveillance peut aussi interdire à la banque d'opérer des paiements ou d'accepter des dépôts, et ordonner la fermeture de la banque pour ce qui est des relations avec les clients, ce qui contribue à éviter que les guichets de la banque ne soient pris d'assaut.

La seule opposition aux propositions de révision rencontrée lors de l'élaboration du projet de l'époque concernait la garantie prévue pour les dépôts privilégiés dont la somme dépasse le montant que le système de garantie pourrait supporter sans risque. Le projet initial prévoyait que les instituts concernés – soit quelques grandes banques – garantissent séparément ces dépôts par un contrat d'assurance ou un recours à des solutions sur le marché des capitaux. Au vu de cette opposition, la réglementation définitive renonçait à ce traitement différencié de la garantie pour les dépôts auprès des grands établissements bancaires.

1.1.2 Révision urgente de décembre 2008 de la loi sur les banques³

La protection des déposants inscrite dans la LB sert des objectifs à la fois économique et sociaux. Elle vise, d'une part, à protéger le système financier et à prévenir toute crise de confiance pouvant déboucher sur des retraits massifs (bank run) et, d'autre part, à permettre aux clients des banques de disposer rapidement de leur argent pour couvrir leurs besoins quotidiens et, du même coup, éviter, ou du moins atténuer, les effets d'une crise financière sur la vie économique. Or, la crise survenue en 2008 a montré que le système suisse de garantie des dépôts en vigueur jusque là ne remplissait que partiellement ces exigences.

En octobre 2008, le Conseil fédéral, la Banque nationale suisse (BNS) et la Commission fédérale des banques (CFB) ont arrêté un train de mesures destinées à stabiliser le système financier suisse et à renforcer durablement la confiance envers le marché financier suisse. Une partie de ces mesures portait sur l'amélioration de la protection des déposants. Le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales dans la session d'hiver 2008 un message correspondant contenant cinq mesures:

S'élevant à 30 000 francs par client, le montant garanti avant la crise était somme toute assez modeste et après que de nombreux pays eurent relevé leur propre limite, parfois jusqu'à garantir l'intégralité de chaque dépôt, la garantie maximale appliquée en Suisse a été jugée tout à fait insuffisante. La première mesure a donc consisté à porter cette limite de garantie à 100 000 francs par dépôt, somme nettement supé-

² FF 2002 7521

³ FF 2008 7951

rière au minimum prescrit dans l'UE. Un autre relèvement a été envisagé, mais rejeté. Le système actuel de garantie des dépôts repose sur le privilège en cas de faillite. Les dépôts privilégiés sont toujours remboursés avant toutes les autres créances, sur la base des actifs disponibles dans la masse en faillite. Au bout du compte, ce sont donc les déposants non privilégiés et les autres créanciers qui font les frais de tout nouveau privilège. Ainsi, une extension du privilège de faillite accroît le risque supporté par les déposants non privilégiés, ce qui a des conséquences négatives sur le refinancement des banques.

La deuxième mesure a consisté à obliger les banques à disposer en permanence de 125 % de créances couvertes en Suisse ou d'autres actifs situés en Suisse en proportion des dépôts privilégiés de leur clientèle. Les déposants ont ainsi la certitude que leurs dépôts privilégiés sont en sécurité auprès de n'importe quelle banque suisse. La majorité des banques satisfaisait déjà à l'époque à cette exigence minimale. Dans des cas justifiés, l'autorité de surveillance peut accorder des exceptions pour autant qu'une garantie au moins équivalente soit donnée.

Troisièmement, un remboursement immédiat plus substantiel des dépôts garantis est désormais possible à partir des moyens de la banque en difficulté. L'autorité de surveillance fixe le montant du paiement immédiat dans chaque cas particulier. A la différence de ce que prévoyait la réglementation adoptée en 2004, les déposants ont tous droit à ce paiement immédiat jusqu'à concurrence du montant protégé de leur dépôt.

Quatrièmement, la limite supérieure du système a été portée de 4 à 6 milliards de francs. En effet, le fonds de garantie des dépôts ne doit pas fondamentalement couvrir tous les dépôts garantis, mais uniquement la différence entre le montant total des dépôts garantis et le montant des dépôts garantis payables immédiatement à partir des actifs liquides de la banque. Mais la nouvelle limite supérieure du système ne devait pas menacer la stabilité du système bancaire de manière irresponsable. De ce point de vue, une hausse à 6 milliards de francs a été considérée comme raisonnable.

A titre d'autre mesure, les avoirs auprès de fondations de prévoyance du 2^e pilier et du pilier 3a, conformément à un postulat souvent exprimé, ont été soumis, en plus et indépendamment des autres placements, au privilège en cas de faillite pour un montant maximum de 100 000 francs.

Pour atteindre leur but, ces mesures devaient prendre effet sans délai, si bien que la modification législative nécessaire a été déclarée urgente. Rapidement soumis aux Chambres fédérales, le texte de loi a été adopté sans modifications, pour prendre effet au 20 décembre 2008. Il reste en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, car on a laissé entrevoir au Parlement et au public que, d'ici là, une amélioration fondamentale de la protection des déposants serait inscrite dans le droit ordinaire.

1.1.3 Faiblesses persistantes

Le système de garantie des dépôts adopté en 2004 n'offre que des possibilités limitées d'extension immédiate, du fait que son financement intervient a posteriori, autrement dit qu'il n'est mis en place qu'en cas d'insolvabilité d'un établissement. Il n'est pas non plus à même de garantir intégralement les dépôts ouverts auprès des banques les plus grandes. A la faveur de la révision urgente de 2008, on a certes corrigé certaines de ses faiblesses, mais seulement dans la mesure où sa conception

le permettait. Pour ce qui est des défauts inhérents à cette conception même, le temps à disposition était trop court pour que l'on puisse y remédier.

1.1.3.1 Financement ex post

Comme indiqué ci-dessus, le financement ex post n'est pas satisfaisant. Par rapport au financement ex ante, il présente certes l'avantage de ne pas lier les moyens des banques. De plus, on peut toujours prendre des mesures ciblées pour réduire le retard dans le remboursement des dépôts garantis résultant de la collecte des fonds après coup. Toutefois, un système entièrement financé par un régime de contributions a posteriori convient uniquement lorsqu'une petite ou moyenne banque connaît des difficultés pour des raisons qui lui sont propres et non lors de crises systémiques. Dans ce cas, l'obligation faite aux banques de verser des contributions a posteriori prive le marché de liquidités, ce qui ne fait qu'aggraver la situation, du moment que les crises se caractérisent déjà souvent par un manque général de liquidités. A cet effet procyclique s'ajoute le fait que l'obligation de contribution peut déclencher une réaction en chaîne et plonger encore d'autres banques dans des difficultés financières, voire les précipiter dans l'insolvabilité.

1.1.3.2 Limite supérieure du système/grandes banques

Même portée à 6 milliards de francs, la limite supérieure du système reste problématique. Avec cette limite, le système ne permet a priori de surmonter ni une crise systémique, autrement dit l'effondrement simultané de plusieurs banques de moyenne importance, ni la défaillance de l'une des grandes banques du pays. Les chiffres le montrent clairement: le total des dépôts privilégiés dans le système bancaire suisse s'élevait à quelque 399 milliards de francs à fin 2009. Sur ce montant, les dépôts garantis (à savoir les dépôts privilégiés, déduction faite des dépôts auprès de comptoirs étrangers ainsi que des piliers 2 et 3a, cf. art. 37b, al. 4, LB) atteignaient environ 340 milliards de francs. Sept banques ou groupes de banques présentaient des dépôts garantis supérieurs à 6 milliards de francs chacun, les deux plus importants dépassant les 55 milliards de francs. Trois des établissements présentant des dépôts de plus de 6 milliards de francs étaient des banques cantonales, dont une seule intégralement garantie par son canton.

1.1.3.3 Primes indépendantes du risque

Dans le système actuel d'autorégulation, si un cas d'assurance survient, chaque banque verse une contribution calculée en fonction de sa part à la somme des dépôts privilégiés. Les établissements qui possèdent davantage de dépôts privilégiés doivent à juste titre s'acquitter d'une contribution plus élevée, puisqu'en cas de sinistre, ils sollicitent davantage la garantie des dépôts. Ce critère ne saurait toutefois être le seul à prendre en considération, car le recours aux prestations de garantie par une banque est fonction non seulement du montant possible du préjudice, mais encore de la probabilité qu'il survienne. Or, cette probabilité diffère d'une banque à l'autre – on peut parler de risque propre à la banque – et dépend notamment des activités et de la capitalisation de l'établissement. Ainsi, le fait que le système de contribution actuel

ne tienne pas compte du risque propre à la banque non seulement est injuste, mais encore incite les banques et leurs clients à prendre davantage de risques, puisque les dépôts sont de toute façon garantis sans qu'il ne leur en coûte plus cher. Les déposants peuvent donc rechercher les rendements les plus élevés sans danger et sans se soucier du risque propre à la banque.

1.2 **Projet soumis à la consultation**

En collaboration avec la BNS et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), le DFF a élaboré un projet de loi visant à remédier fondamentalement aux inconvénients présentés du système de garantie actuel. Cette proposition, envoyée en consultation par le Conseil fédéral le 11 septembre 2009, reposait sur un système de garantie à deux niveaux:

- Le premier niveau constituait un Fonds de droit public (FGD) financé par toutes les banques pour couvrir les dépôts garantis à raison de 3 % (environ 9,75 milliards de francs, situation en 2009); les banques devaient mettre à disposition cette garantie par l'alimentation de 2 % des dépôts garantis (environ 6,5 milliards de francs) sous forme de contributions annuelles ainsi que par une couverture complémentaire sous forme d'une mise en gage de titres au profit du FGD pour le montant restant de 1 % des dépôts garantis;
- Le deuxième niveau de la proposition était constitué par une avance fédérale indemnisée par des primes versées par les banques (variante A) ou par une garantie fédérale (variante B). Celles-ci devaient garantir le paiement des dépôts garantis pour le cas où le Fonds serait épuisé.

Par ailleurs, selon le projet envoyé en consultation, les innovations de la garantie des dépôts décidées en 2008 et valables jusque fin 2010 devaient être intégrées au droit permanent:

- privilège en cas de faillite pour tous les dépôts jusqu'à 100 000 francs
- remboursement immédiat des dépôts privilégiés, hors de la collocation, à partir des actifs liquides disponibles;
- garantie des dépôts pour tous les dépôts auprès de comptoirs suisses garantis selon l'art. 37b, al. 1^{bis}, LB et non couverts par les actifs liquides;
- privilège séparé accordé aux avoirs auprès de fondations de libre passage du 2^e pilier et de fondations bancaires du pilier 3a, considérés comme des dépôts des preneurs de prévoyance et d'assurance individuels;
- couverture des dépôts privilégiés à hauteur de 125 % par des actifs situés en Suisse.

La proposition de nouvelle réglementation en matière de garantie des dépôts a finalement été complétée par les éléments suivants:

- dispositions réglant le passage de l'actuel financement ex post de la garantie des dépôts au nouveau financement ex ante;
- obligation du FGD de verser les montants destinés à rembourser les déposants au délégué à l'assainissement, au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite dans un délai de vingt jours;

- possibilité d'utiliser les moyens du FGD pour assurer le maintien de services bancaires complets ou partiels;
- autres modifications concernant des points secondaires.

1.3 Résultat de la consultation

A quelques exceptions près, la teneur fondamentale des quelque 60 positions a été très critique, voire négative. Le projet a reçu le soutien du PS Suisse, des Verts, de diverses associations (Société suisse des employés de commerce, Union intercantonale de réassurance, Union syndicale suisse, Fédération romande des consommateurs, Travail.Suisse, Fiduciaire Suisse, Prométere) ainsi que des cantons de Bâle-ville et de Berne. Parmi les participants ayant rejeté le projet figuraient non seulement le PDC, le PRD et l'UDC, mais aussi l'ensemble des représentants de l'industrie bancaire, de grandes associations économiques (notamment économistes, Union suisse des arts et métiers, Centre patronal), la majorité des cantons et le forum des consommateurs.

De nombreux participants ont qualifié la réglementation envisagée d'excessive. Les points critiqués ont été l'étatisation d'une protection des déposants qui fonctionnait bien jusque là par l'auto-régulation ainsi que les coûts de la nouvelle réglementation. Il a été sous-entendu que le projet budgétisait ces coûts à un niveau trop bas, mais même les coûts budgétisés ont été qualifiés de nocifs pour l'économie publique. Le montant de 3 % des dépôts garantis proposé pour le Fonds de garantie des dépôts a été taxé d'excessif. La critique a, à plusieurs reprises, porté sur le fait que le projet se fondait sur des études préalables insuffisantes, en particulier quant aux répercussions sur l'économie publique en général et sur l'industrie bancaire en particulier, sur les recettes fiscales des cantons et des communes ainsi que sur les coûts supplémentaires qui devraient être supportés en fin de compte par les déposants. L'octroi d'une garantie exhaustive aboutit à des incitations erronées dans le sens d'un «moral hazard». Toujours selon ces critiques, le projet constitue une tentative précipitée de protéger les déposants sans attendre les résultats des travaux du groupe d'experts «too big to fail» et les efforts de réglementation internationaux. Les cantons ont en outre fait remarquer qu'une implication des banques cantonales avec garantie de l'Etat n'était pas justifiée et handicapait ces banques dans la concurrence, puisqu'elles doivent déjà indemniser la garantie cantonale de l'Etat. Enfin, il a été exposé à maintes reprises que la protection des déposants n'était pas un instrument de protection du système et qu'il ne convenait donc pas l'utiliser pour limiter le risque systémique découlant des grandes banques.

En revanche, pratiquement tous les participants ont plaidé en faveur de la reprise dans le droit permanent des modifications urgentes décidées en décembre 2008 et ont été d'avis que la Suisse disposait par ce biais d'une protection suffisante des déposants. De même, un accueil largement favorable a été réservé notamment aux dispositions relatives à la poursuite des services bancaires et à la révision des art. 28 ss LB relatifs à la procédure d'assainissement ainsi qu'à d'autres points secondaires (dispositions sur l'insolvabilité de centrales d'émission de lettres de gage, sociétés d'investissement et assurances ainsi que reconnaissance de mesures d'insolvabilité étrangères).

Seuls des participants spécialisés du marché ont réclamé l'abrogation de l'art. 31, al. 3, LB pour les clauses de résiliation convenues contractuellement (règles de «close-out netting»), du fait que cette disposition entrave notablement la compétitivité des émetteurs suisses de produits structurés.

1.4 Conclusions

Il ressort clairement des positions majoritairement très critiques que le projet envoyé en consultation ne peut pas être mis en œuvre dans la mesure où il prévoit un Fonds de garantie des dépôts de droit public et un deuxième niveau de garantie exhaustif assuré par la Confédération (avance ou garantie). La réorganisation fondamentale du système de garantie des dépôts qui va de pair n'est pas susceptible de recueillir un soutien majoritaire à l'heure actuelle. Le cas échéant, il sera possible de reprendre la question de savoir si et comment aborder une restructuration du système lorsque l'on disposera d'une part des résultats de la commission d'experts sur le sujet «too big to fail» et d'autre part de l'aménagement et des effets des normes futures, discutées actuellement dans diverses instances internationales, applicables aux intermédiaires financiers, à savoir s'agissant du renforcement des exigences en matière de capitaux et de liquidités ainsi que des règles relatives à la transparence et aux risques.

En revanche, les mesures urgentes décidées par les Chambres en décembre 2008, quant à elles, peuvent être désormais intégrées rapidement dans le droit ordinaire. Elles apportent une amélioration sensible à la protection des dépôts bancaires. De même, il est possible de donner suite aux autres modifications du projet de consultation qui n'ont pas été contestées (notamment la procédure d'assainissement avec poursuite des services bancaires, la réduction du délai de paiement, les réglementations pour l'insolvabilité d'autres participants sur le marché financier, la reconnaissance des mesures d'insolvabilité étrangères ainsi que le traitement des avoirs en déshérence en procédure d'insolvabilité et de liquidation).

1.5 Nouvelle réglementation

1.5.1 Dispositions à intégrer au droit ordinaire

1.5.1.1 Privilège en cas de faillite pour tous les dépôts jusqu'à concurrence de 100 000 francs

Le montant de 100 000 francs de dépôts privilégiés par déposant introduit par la réglementation transitoire en vigueur (art. 37*b*, al. 1^{bis}, LB) correspond à un large consensus et résiste également à la comparaison internationale (en particulier avec l'Europe). Cette règle doit donc rester en vigueur (nouvel art. 37*a*, al. 1). Il n'existe par ailleurs aucune raison d'apporter des modifications au système en vigueur du privilège en cas de faillite (2^e classe; art. 219 LP). De même, l'égalité de traitement dont bénéficient tous les dépôts a fait ses preuves à l'usage. Une distinction entre diverses sortes de dépôts, comme le prévoit le droit européen, s'était déjà avérée inapplicable dans le cas de la SLT (Spar- und Leihkasse Thun, Caisse d'épargne et de crédit de Thoune). Enfin, même l'introduction d'un privilège plus élevé ne répondrait pas au besoin des clients commerciaux de pouvoir continuer à effectuer leurs paiements si possible sans entrave en cas d'insolvabilité de leur banque. En

revanche, la possibilité de préserver certains services bancaires indépendamment de la pérennité de l'établissement s'avère pertinente dans ce contexte (ch. 1.5.2.2).

Il importe d'aborder brièvement ici la question de la compensation, qui soulève régulièrement des questions de la part du public. Certaines banques excluent parfois dans leurs conditions générales (pour les hypothèques notamment) la possibilité pour le déposant de compenser ses dettes avec ses avoirs bancaires dans l'hypothèse d'une faillite. Une telle disposition contractuelle sort toutefois du cadre de la protection des déposants examinée ici, puisqu'elle ne joue un rôle que pour la partie non garantie de la créance des clients. Quant aux dépôts garantis, l'absence de compensation est justement dans l'intérêt du client. Celui-ci profite du remboursement rapide par la garantie des dépôts qui demeure possible, du fait de l'exclusion de toute compensation des créances existantes de la banque envers le client. Selon la convention actuellement en vigueur sur la protection des déposants, les banques ont renoncé irrévocablement à opérer une compensation avec les dépôts garantis. La solution prévue introduit une forme analogue de renonciation. La protection des déposants est donc garantie indépendamment de toute renonciation contractuelle à la compensation de la partie non garantie des créances des clients. Quant à savoir si une telle renonciation doit rester autorisée de façon générale, la question devrait être examinée lors d'une adaptation des dispositions du Code des obligations relatives aux contrats.

1.5.1.2 Couverture des dépôts privilégiés à hauteur de 125 pour cent par des actifs situés en Suisse

L'exigence de couverture de tous les dépôts à hauteur de 125 % par des actifs situés en Suisse, introduite dans le cadre de la réglementation transitoire (actuel art. 37b, al. 5, LB), doit être maintenue (nouvel art. 37g, al. 6). La garantie des dépôts par des actifs en Suisse à raison de 125 % des dépôts privilégiés signale au public que les banques disposent de fonds suffisants pour faire face à toute hypothèse (au lieu de disposer uniquement de ce qui serait probablement nécessaire). Les expériences faites dans le cadre de la mise en œuvre de cette prescription ont montré que seules quelques banques ne satisfont pas à cette exigence et ont dû requérir une dérogation. A ce propos, il est frappant de voir qu'à l'exception des banques en mains étrangères et des succursales de banques étrangères, un très petit nombre de banques ont présenté une demande de dérogation. Dans tous ces cas, il convient d'examiner au cas par cas si l'établissement présente une couverture équivalente ou si elle doit transférer en Suisse des actifs supplémentaires. La réglementation a rencontré entre-temps un accueil positif, puisque le besoin d'une telle garantie et les avantages qu'elle confère en termes de confiance de la clientèle ont été reconnus. D'autres pays appliquent d'ailleurs des règles comparables.

1.5.1.3 Remboursement immédiat

Les dépôts privilégiés dans des comptoirs suisses et étrangers doivent continuer à pouvoir être couverts jusqu'à concurrence maximale de 100 000 francs comme dans la réglementation transitoire actuelle (art. 37a^{bis} LB) en dehors de la collocation, sans compensation et immédiatement à partir des ressources liquides existantes et

disponibles (compte tenu des éventuelles autres créances privilégiées dans la faillite) (nouvel art. 37*b*). Un remboursement dans le cadre de la garantie des dépôts est superflu dans la mesure où les liquidités suffisent pour désintéresser les dépôts garantis.

1.5.1.4 Limite supérieure du système

La fixation d'une limite supérieure au système, c'est-à-dire le plafond maximum pour l'ensemble des contributions auxquelles les banques sont tenues au titre de la garantie des dépôts, vise à éviter que la stabilité du système dans son ensemble ne soit mise en danger en cas de sinistre à cause de la solidarité entre les banques. De facto, la garantie des dépôts n'est cependant pas tenue de couvrir l'ensemble des dépôts garantis en Suisse, mais uniquement la différence entre le montant maximal, qui doit désormais être fixé en fonction des actifs liquides disponibles, des dépôts à payer immédiatement par les ressources de la banque, et le montant maximal des dépôts garantis. La limite supérieure du système a été relevée de 4 à 6 milliards de francs dans le cadre des mesures urgentes décidées en 2008 (art. 37*h*, al. 3, let. b^{bis}, LB). Ce relèvement peut être qualifié de modeste. Il ne met pas en danger la stabilité du système bancaire et a d'ailleurs été largement accueilli de façon positive dans la consultation. Il peut donc être intégré au droit ordinaire (nouvel art. 37*h*, al. 3, let. b). La nouvelle limite supérieure du système offre une protection à l'ensemble des dépôts garantis qui, en pourcentage, dépasse celle des systèmes de garantie étrangers.

1.5.1.5 Avoirs auprès de fondations bancaires et de libre passage

Le traitement des avoirs des piliers 2 et 3a gérés par des fondations bancaires et de libre passage doit être repris conformément au régime transitoire (art. 37*b*, al. 4, LB). Ainsi, les avoirs doivent être imputés aux preneurs individuels de prévoyance et d'assurance et être considérés séparément des autres dépôts. Ils doivent rester privilégiés de façon distincte jusqu'à hauteur de 100 000 francs (nouvel art. 37*a*, al. 5). En revanche, ces avoirs n'entrent pas dans le cadre de la garantie des dépôts et ne font pas l'objet d'un remboursement immédiat à partir des actifs liquides, aucune urgence ne le justifiant.

Cette réglementation ne discrimine pas les créances relevant de la prévoyance professionnelle. Les prétentions d'assurés à l'encontre d'une institution de prévoyance sont intégralement garanties par le fonds de garantie en cas d'insolvabilité de cette institution, dans la mesure prévue par la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40), et pas seulement privilégiées en cas de faillite (cf. art. 56 al. 1, let. b, LPP). Quant aux droits relevant de la prévoyance subobligatoire envers ces institutions, le fonds de garantie couvre aussi les prestations calculées sur la base d'un salaire égal à une fois et demie le montant limite supérieur (art. 56, al. 1, let. c et al. 2, LPP). En outre, l'art. 219, al. 4, LP prévoit que les prétentions des assurés découlant de la prévoyance non obligatoire à l'égard d'institutions de prévoyance sont privilégiées en cas de faillite et colloquées en 2^e classe. Les ayants droit ayant des prétentions découlant de la

prévoyance professionnelle à l'encontre d'institutions de prévoyance n'ont donc pas une protection moins bonne par comparaison avec les dépôts qui sont désormais visés par l'art. 37a, al. 5.

Enfin, la protection proposée ne confère pas de privilège excessif par rapport aux ayants droit de polices de libre passage ou de polices 3a (conclues avec des assureurs). Ces derniers bénéficient en effet d'un privilège particulier, puisqu'en cas de faillite d'un assureur, le produit de la vente de la fortune liée sert en premier lieu à les désintéresser, avant tous les autres créanciers (art. 54, al. 4, loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances [LSA; RS 961.01]; désormais art. 54a, al. 2, LSA). En outre, des règles de diversification et de placement spécifiques s'appliquent au placement de la fortune liée.

1.5.2 Nouvelles dispositions

1.5.2.1 Procédure d'assainissement

Les art. 25 ss LB entrés en vigueur au 1^{er} juillet 2004, qui régissent les mesures de protection possibles en cas de risque d'insolvabilité ainsi que la procédure d'assainissement, permettent déjà aujourd'hui à la FINMA d'intervenir très tôt, de façon adaptée et exhaustive, en ordonnant des mesures de protection.

En revanche, il y a lieu de prévoir une simplification générale des prescriptions concernant la procédure d'assainissement, afin que la procédure ne soit pas prescrite de façon rigide, tout en continuant à garantir les droits des intéressés. La crise actuelle a montré que les mesures d'assainissement ne doivent pas seulement être crédibles par leur ampleur, mais qu'il faut aussi qu'elles déploient généralement leurs effets dès qu'elles sont communiquées, afin d'obtenir l'apaisement visé. D'où la nécessité de remplacer le déroulement actuel de la procédure d'assainissement, rigide et comportant une série d'étapes intermédiaires, par une réglementation visant à un assainissement optimal. Il n'est pas exclu que dans certains cas, le plan d'assainissement soit déjà disponible et approuvé dès l'ouverture de la procédure d'assainissement. Ainsi le délégué à l'assainissement ne doit plus obligatoirement élaborer un plan d'assainissement, mais uniquement si cela s'avère nécessaire et judicieux.

Les critères d'approbation d'un plan d'assainissement sont maintenus tels quels. Les droits des créanciers restent également garantis, puisque dès le moment où le plan d'assainissement empiète sur leurs droits, les créanciers non privilégiés peuvent refuser ce plan et provoquer ainsi la faillite de la banque.

1.5.2.2 Maintien de services bancaires

Dans son rapport de janvier 2008 sur l'insolvabilité bancaire⁴, soit avant l'escalade de la crise financière actuelle, la Commission fédérale des banques (CFB) avait déjà relevé que les possibilités actuelles offrent une flexibilité suffisante pour concrétiser en temps utile toutes les options. L'adoption de mesures protectrices permet par

⁴ Consultable sur le site Internet de la FINMA à la rubrique «Archives» (<http://www.finma.ch/achiv/ebk/f/aktuell/index.html>)

exemple le maintien, sans restrictions majeures, de services bancaires importants comme les paiements courants. D'où notamment la possibilité pour les clients commerciaux de continuer à recevoir des paiements sur leur compte de gestion et de s'acquitter avec cet argent de leurs propres engagements envers leurs partenaires d'affaires ou leur personnel. Dans la crise actuelle et sans même parler de la procédure liée à l'affaire UBS SA, la CFB/FINMA est déjà intervenue dans trois cas auprès de banques autorisées, sur la base du droit de l'insolvabilité bancaire (succursale de Lehman Brothers International [Europe], succursale de Kaupthing Luxembourg, ACH Securities SA) et a ordonné des mesures protectrices. A chaque fois, les mesures nécessaires ont pu être prises rapidement et avec la souplesse voulue. Mais par la suite, il a fallu ouvrir une faillite dans les trois cas.

Le droit en vigueur ne prévoit cependant aucune possibilité de maintenir certains services bancaires tout en les transférant à d'autres établissements ou à une banque relais («bridge bank»). Or, en cas de faillite d'une banque, le maintien des services, la possibilité pour la clientèle d'accéder à ses avoirs ainsi que la préservation de la valeur des actifs de la banque doivent avoir la priorité absolue. De tels objectifs doivent primer sur le remboursement aussi rapide que possible des dépôts garantis, tout en préservant l'égalité de traitement des créanciers. Les mesures protectrices ordonnées ne permettent de garantir le maintien des services bancaires que jusqu'à la décision définitive concernant l'avenir de la banque. Grâce à cette possibilité de maintenir partiellement la banque tout en la transférant à d'autres établissements, les services bancaires peuvent désormais être garantis même en cas de faillite ultérieure de la banque. D'où la possibilité à l'avenir, par exemple, de garantir sans interruption les paiements courants des clients commerciaux, même en cas de faillite bancaire.

1.5.2.3 Délai pour le paiement à partir de la garantie des dépôts

La garantie des dépôts intervient pour les dépôts privilégiés auprès d'agences suisses dès lors qu'aucun paiement immédiat ne peut se faire à partir des ressources liquides de la banque (ch. 1.5.1.3 ci-dessus). Celle-ci garantit, par le biais d'une avance octroyée à la banque concernée, le paiement des dépôts garantis par cette banque. Les créances privilégiées des déposants sont cédées à la garantie des dépôts dans la mesure des paiements effectués. Le paiement de la garantie des dépôts au délégué à l'assainissement, au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite doit désormais se faire dans les 20 jours ouvrables sous réserve que les instructions de virement nécessaires pour le paiement aient été données par les divers clients. Un délai encore plus court ne serait pas possible dans tous les cas, parce qu'il convient tout d'abord de procéder aux écritures de bouclage nécessaires au jour de référence.

1.5.2.4 Reconnaissance des mesures étrangères

La LB prévoit, pour qu'une procédure d'insolvabilité étrangère puisse être reconnue, qu'une procédure particulière doit être menée dans tous les cas en Suisse. La FINMA est ainsi tenue de nommer, pour la masse en question, un liquidateur ou – selon les modalités des mesures étrangères à reconnaître – un chargé d'enquête ou

un délégué à l'assainissement. Cette règle s'applique même s'il n'y a en Suisse aucun créancier, mais uniquement des actifs revêtant notamment la forme d'un avoir auprès d'une banque suisse.

Une procédure particulière complexe n'est pas nécessaire dans tous les cas. La FINMA doit donc pouvoir reconnaître, outre les procédures d'insolvabilité étrangères, les administrateurs désignés à l'étranger, pour autant que les créanciers domiciliés en Suisse soient mis sur pied d'égalité et que le privilège qui leur revient en vertu du droit suisse soit dûment garanti. La liquidation du patrimoine situé sur sol suisse pourra ainsi s'effectuer sous forme simplifiée, sous la surveillance de la FINMA. Divers systèmes juridiques étrangers – en particulier les Etats-Unis avec la procédure selon le US-Chapter 15 – connaissent des réglementations similaires. Cette flexibilité plus grande permet également plus facilement d'assurer pour les banques actives dans plusieurs pays une meilleure coordination et donc une exécution plus rapide et plus efficace des diverses procédures nationales d'insolvabilité, dans le sens de la protection des investisseurs.

1.5.2.5 Avoirs en déshérence

Les avoirs en déshérence sont des droits qui appartiennent à une personne avec laquelle le débiteur a perdu le contact. Dans le cas des banques, il s'agit notamment des prétentions portant sur le contenu de compartiments de coffre-fort et de dépôts de clients. Le contrat de dépôt correspondant est terminé par une résiliation qui nécessite un récépissé, ce qui entraîne de facto des créances imprescriptibles dans le cas où l'on n'arrive pas à joindre le client. Selon le droit en vigueur, on voit mal si une banque peut se séparer d'avoirs en déshérence avec un effet libératoire, et le cas échéant de quelle manière. Le présent projet offre une réglementation à cet égard, étant entendu qu'il convient de ne pas anticiper sur une réglementation générale relative à l'exigibilité et à la déchéance des avoirs en déshérence. Mais cela résout le problème de l'imprescriptibilité, propre aux banques, combiné à l'absence de transférabilité.

1.5.2.6 Centrales d'émission de lettres de gage

Les deux centrales d'émission de lettres de gage sont surveillées par la FINMA. Cette surveillance se déroule de manière analogue à celle des banques. La loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG; RS 211.423.4) ne prévoit aucune réglementation des compétences pour le cas où ces centrales deviendraient insolvables. Il est judicieux que pour les centrales d'émission de lettres de gage aussi, la procédure d'insolvabilité relève de la compétence de la FINMA et se déroule selon les prescriptions spécifiques aux banques. C'est pourquoi il convient d'inscrire dans la loi sur l'émission de lettres de gage un renvoi analogue à celui de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM; RS 954.1), qui déclare également applicables aux centrales d'émission de lettres de gage les dispositions sur l'insolvabilité de la LB. Tout indique qu'un tel renvoi a été oublié lors de la dernière révision. Or l'importance des centrales d'émission de lettres de gage s'est encore accrue dans la crise financière actuelle.

En revanche, il est possible de renoncer à faire participer les centrales d'émission de lettres de gage à la garantie des dépôts, dans la mesure où leur but est régulièrement de procurer des prêts à long terme et où un gage est présent à chaque fois. Un remboursement rapide n'y est pas prioritaire.

1.5.2.7 Sociétés d'investissement selon la LPCC

La FINMA est compétente pour toutes les opérations de liquidation liées aux placements collectifs de capitaux. Mais la loi fédérale du 23 juin 2006 sur le placement collectif de capitaux (LPCC; RS 951.31) ne contient pas de dispositions concernant la faillite d'une société d'investissement. Il est indiqué de déléguer à la FINMA la compétence d'ouvrir une faillite et de mener la procédure correspondante, et de déclarer applicables par analogie les prescriptions en matière de faillite de la LB.

1.5.2.8 Assurances

Selon la réglementation actuelle figurant dans la loi sur la surveillance des assurances, l'ouverture d'une faillite d'assurances se déroule selon un partenariat complexe entre la FINMA et le juge ordinaire. La compétence formelle appartient au juge ordinaire, mais la FINMA doit être impérativement consultée sur l'ouverture de la faillite et la désignation de l'administrateur de la faillite. En matière de procédure d'insolvabilité bancaire, la leçon a été tirée de la dispersion des compétences dans le cas de la Spar- und Leihkasse Thun (SLT, Caisse d'épargne et de crédit de Thoune) et la révision de la LB de 2004 a par conséquent entièrement transféré à la FINMA toutes les compétences. Il n'est pas judicieux de maintenir pour les assurances une réglementation prévoyant un partage des compétences. Comme pour les banques, la FINMA doit être seule compétente en cas de faillite d'entreprises d'assurance, par analogie aux dispositions régissant la faillite bancaire.

1.5.2.9 Cédule hypothécaire de registre

Enfin, le présent projet législatif offre également l'occasion d'éliminer ou d'éviter une autre insécurité juridique en matière de lettres de gage, s'agissant de la mise en gage des cédules hypothécaires de registre. L'introduction des cédules hypothécaires de registre dans le cadre de la révision du Code civil suisse du 11 décembre 2009 créera un pur droit de registre qui naîtra par inscription au registre foncier, sans qu'il y ait émission d'un titre. La transmission et la mise en gage des cédules hypothécaires de registre auront également lieu par le biais d'une inscription au registre foncier. La constitution d'un droit de gage mobilier sur une cédule hypothécaire de registre a lieu par l'inscription au registre foncier du titulaire du droit sur la base d'une déclaration écrite du créancier inscrit (nouvel art. 859, al. 1, CC). S'agissant du droit d'émission des lettres de gage, la question se pose de savoir si, même avec une cédule hypothécaire de registre – conformément à la solution de la loi sur l'émission de lettres de gage – le droit de gage de la banque membre à la centrale est constitué par l'inscription du membre au registre des gages (art. 23 loi sur l'émission des lettres de gage), ou uniquement par l'inscription au registre foncier de la centrale en tant que créancier gagiste mobilier, ce qui correspondrait à la réglementation

prévue par le nouvel art. 859, al. 1, CC. Certes, une interprétation suivant le libellé de l'art. 23 de la loi sur l'émission de lettres de gage ainsi que les éléments historiques, systématiques et téléologiques fait apparaître que le gage de la cédule hypothécaire de registre par le biais d'une lettre de gage est constitué par l'inscription du membre au registre des gages et qu'une éventuelle inscription au registre foncier ne pourrait qu'être de nature déclaratoire. Dans ce cas, ni la déclaration écrite du créancier inscrit au registre foncier ni l'inscription au registre foncier ne sont obligatoires. Mais cela ne ressort pas directement du libellé des dispositions légales, ce qui crée une insécurité juridique qui pourrait menacer l'utilisation de la cédule hypothécaire de registre (en cas de refinancement des banques) dans le système des lettres de gage. C'est pourquoi il convient de clarifier les choses en complétant l'art. 23 de la loi sur l'émission des lettres de gage.

1.6 Droit comparé et rapport avec le droit européen

1.6.1 Droit comparé

Au niveau international, comme les marchés financiers continuaient à s'enfoncer dans une spirale baissière – en dépit des multiples mesures de sauvetage adoptées au niveau national –, les ministres des finances et directeurs des banques centrales des sept pays les plus industrialisés (G7) ont adopté le 10 octobre 2008 un plan en cinq points, destiné à créer un cadre plus uniforme pour les futures solutions nationales. Il s'agissait en particulier, d'une part, de mettre à disposition des établissements financiers suffisamment de capital et de garantir leur liquidité, et d'autre part, de renforcer les systèmes de garantie des dépôts ainsi que le niveau de protection offert aux clients. En outre, en s'engageant à ne porter préjudice à aucun autre pays par les mesures adoptées sur leur territoire, les membres du G7 ont garanti qu'ils agiraient en étroite coordination. D'où le soutien du FMI au plan en cinq points.

Au niveau de l'UE, le Conseil a soutenu le 7 octobre 2008 l'intention de la Commission d'élaborer une proposition visant à encourager la convergence des systèmes de garantie des dépôts. Il s'agissait de rétablir la confiance placée dans le secteur financier, d'en garantir le bon fonctionnement et de protéger les dépôts des épargnants. La directive 2009/14 CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 modifiant la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts en ce qui concerne le niveau de garantie et le délai de remboursement⁵ a modifié la directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts⁶ et l'a améliorée pour les déposants, notamment en relevant le montant minimal de couverture de 20 000 euros à 50 000 euros ainsi qu'en raccourcissant le délai de paiement, passé de trois mois initialement à 20 jours ouvrables.

Une comparaison des systèmes de garantie des dépôts actuellement en vigueur à l'étranger fait ressortir un tableau très hétérogène. Certains Etats connaissent un système à deux niveaux, où l'Etat intervient comme garant d'un fonds de garantie des dépôts à financement privé ou tout au moins en tant que «*lender of last resort*» (c'est le cas de la France, jusque fin 2011 aussi de l'Italie, de l'Angleterre, des Etats-Unis et du Japon). Alors qu'en Italie et en Angleterre les fonds de garantie des

⁵ JO L 68 du 13.3.2009, p.3

⁶ JO L 135 du 31.5.1994, p. 5

dépôts – tout au moins encore pour l’instant – ont un financement a posteriori, la France connaît un système de financement mixte. En Angleterre, l’introduction d’un fonds de garantie alimenté ex ante est en débat. En Allemagne, aux Etats-Unis et au Japon, la garantie des dépôts est financée ex ante. L’Australie ne connaît pas de système de garantie des dépôts en tant que tel. Si un sinistre se produit, les déposants sont couverts par l’Etat, auquel appartiennent désormais des créances à l’encontre de la situation financière concernée. C’est d’une manière tout aussi variable que les obligations de contribution des établissements financiers à la garantie des dépôts sont fixées. Enfin, si l’Allemagne a intégralement repris la disposition de la directive de l’UE relative au délai de remboursement, les délais des autres pays sont plus longs.

Conformément à la directive 2009/14/CE, le montant de garantie doit être harmonisé avant le 31 décembre 2010 au niveau de 100 000 euros, étant entendu que le caractère approprié et financièrement viable de cette deuxième augmentation devait être examiné par la Commission avant la fin de 2009. La Commission avait également été chargée de rédiger d’ici la fin de 2009 un rapport portant sur l’harmonisation des mécanismes de financement pour les systèmes de garantie des dépôts ainsi que sur les avantages et les coûts d’une telle harmonisation. Ni ce rapport ni une décision du Conseil européen fondée sur ce rapport et relative à l’aménagement définitif de la protection des dépôts au sein de l’UE ne sont encore disponibles. Bien que de nombreux détails soient encore contestés, il existe tout au moins un consensus sur le niveau de garantie et sur le principe de l’harmonisation.

1.6.2 Rapport entre la solution suisse et le droit européen

Dans les grandes lignes, la solution suisse est conforme au droit européen et va même parfois au-delà de certaines des dispositions actuelles de la directive de l’UE, selon la décision définitive de l’UE. Le montant minimum de la couverture a été fixé à 100 000 francs dès 2008. Le Conseil fédéral doit rester habilité à l’adapter à la dépréciation de la monnaie (art. 37a, al. 2, LB); dans l’UE, cette compétence appartient à la Commission (art. 7, al. 7, de la directive 94/19 CE). Ensuite, en comparaison européenne, le délai de paiement immédiat des dépôts privilégiés à partir des ressources propres de la banque resp. dans les vingt jours suivant la communication de la FINMA à la garantie des dépôts (art. 37i, al. 2 LB) correspond aux exigences actuellement en vigueur fixées par la directive de l’UE.

1.6.3 Evolution internationale

Un groupe de travail formé de représentants du «Cross-border Bank Resolution Group» (CBRG) du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS) et du «Guidance Group» de l’Association internationale des systèmes de garantie des dépôts (International Association of Deposit Insurers, IADI) a élaboré 18 principes fondamentaux pour des systèmes efficaces de garantie des dépôts (Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems⁷). Ces principes fondamentaux, publiés le 18 juin 2009 et se fondant sur les «Core Prin-

⁷ <http://www.bis.org/publ/bcbs156.htm>

ciples for Effective Deposit Insurance Systems»⁸ de l'IADI, visent à fixer des principes généraux sur lesquels les autorités nationales puissent s'appuyer afin de mettre en place un système de garantie adapté à leur propre contexte économique et juridique.

Selon ces 18 principes fondamentaux, le système de garantie des dépôts vise en premier lieu à contribuer à la stabilité du système financier et à protéger les déposants. Le public cible est formé des petits déposants ne pouvant pas ou pratiquement pas se permettre une perte financière (1^{er} principe). Des limites de couverture clairement fixées, l'exclusion de toute couverture pour certains groupes de déposants ainsi que des systèmes de primes pondérées en fonction du risque, visent à éviter les incitations indésirables pour les clients bancaires comme pour les banques (2^e principe). Dans le respect des lois et des règles de confidentialité en vigueur, il faudrait rendre possible une collaboration soumise à des règles formelles, le cas échéant au niveau transfrontalier, qui permette l'échange d'informations entre les divers acteurs de la garantie des systèmes financiers, autorités de surveillance et banques centrales comprises (6^e et 7^e principes). La participation des établissements financiers sera obligatoire (8^e principe). En outre, il faudra préciser des questions fondamentales concernant le mode de financement et l'alimentation des garanties des dépôts (11^e principe), l'information régulière et complète du public, notamment en ce qui concerne la portée et les limites de la garantie (12^e principe), ou encore les décisions à prendre sur la gestion des banques insolubles ainsi que sur la collaboration entre tous les acteurs des réseaux de garantie, banques centrales et autorités de surveillance comprises (16^e principe).

Alors qu'au sein de l'UE, tout le monde s'accorde à dire que les systèmes individuels de garantie des dépôts n'ont pas suffi pour protéger les dépôts contre l'effondrement d'une banque, les efforts d'harmonisation suscitent des inquiétudes quant à une explosion des coûts. Entre temps, la Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) et la Bank of England ont signé le 10 janvier 2010 un «Memorandum of Understanding» portant sur la consultation, la collaboration et l'échange d'informations en cas d'effondrement d'établissements financiers actifs dans les deux pays de manière transfrontalière.

La modeste modification de loi proposée par le présent message pour la garantie suisse des dépôts tient compte des réserves exprimées par les marchés quant aux conséquences financières d'une garantie des dépôts intégrale. Elle suit cependant aussi les tendances internationales visant à l'harmonisation et à la coopération dans le domaine des systèmes de garantie des dépôts.

⁸ <http://www.iadi.org/core.html>

2 **Commentaire des articles**

2.1 **Loi sur les banques**

Remplacement d'expressions

Afin de clarifier le texte, les expressions «faillite» et «liquidateur de la faillite» doivent être utilisées aux chap. XI et XII de la loi, à la place de «liquidation» et «liquidateur». Ce changement permet de distinguer plus nettement sur le plan linguistique la liquidation d'un établissement par suite du retrait de l'autorisation d'exercer (art. 23^{quinquies}, al. 1) de la liquidation pour faillite par suite d'insolvabilité.

Art. 24, al. 3

Il est très important, afin que les procédures visées aux chap. XI et XII LB puissent être menées à bien de façon ciblée et efficace, que les recours s'y rapportant n'aient pas d'effet suspensif. La création de l'art. 24, al. 3, LB visait également à reprendre telle quelle l'ancienne réglementation, abrogée au 31 décembre 2006, de l'art. 111 de la loi fédérale d'organisation judiciaire et à priver généralement de tout effet suspensif les recours formés dans les procédures visées aux chap. XI et XII LB.

Le texte actuel de l'art. 24, al. 3, LB, comportant un renvoi à l'al. 2, a toutefois été jusqu'ici une source d'insécurité juridique, faute de préciser si le renvoi ne se réfère qu'aux recours des créanciers et propriétaires d'une banque ou à tous les recours formés dans les procédures selon les chap. XI et XII LB. Une formulation plus claire cherche à dissiper tout malentendu concernant la volonté du législateur, d'entente avec la jurisprudence déterminante. Le retrait de l'effet suspensif vaut pour tous les recours formés dans les procédures visées aux chap. XI et XII LB.

Art. 25, al. 4

Les mesures de contrainte des autorités étatiques ne déploient qu'un effet territorial. Au final, c'est le droit étranger qui détermine si les mesures prévues au chap. XI s'appliquent également aux avoirs étrangers détenus dans une banque suisse, comme le requiert le droit suisse. Il est probable que le droit des Etats-Unis n'accepterait pas une telle application. Dans tous les Etats membres de l'UE en revanche, l'art. 9, al. 1 du règlement (CE) N° 593/2008 (Rome I)⁹ permet l'application de lois de police impératives d'Etats tiers (loi dite d'application immédiate). Une telle applicabilité dépend toutefois, entre autres, de l'expression claire de la volonté internationale d'utiliser la norme en question. Cette condition est remplie, dans le cas du chap. XII, avec l'art. 34, al 1, LB, en relation avec l'art. 197, al. 1, LP. Une disposition correspondante manquait jusqu'à présent pour le chap. XI, lacune désormais comblée avec l'ajout de l'art. 25, al. 4.

⁹ Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177 du 4.7.2008, p. 6, rectifiée par le JO L 309 du 24.11.2009, p. 87.

Art. 27, al. 2

La sécurité du droit, indispensable au bon fonctionnement des systèmes de paiement ou de règlement, serait en péril si des ordres de paiement et de transactions sur titres ayant été introduits dans le système pouvaient être révoqués ou des transactions déjà exécutées être annulées. Pour les mesures ordonnées par la FINMA à l'encontre d'un participant, le moment à partir duquel une procédure de transfert ou une instruction devient obligatoire juridiquement du point de vue du système et opposable à des tiers («*finality of transfer instruction*») doit dès lors être réglé de manière uniforme afin de garantir la stabilité du système. L'art. 27, al. 2, ajouté lors de la révision de 2003 au sens d'une loi spéciale, vise à garantir le caractère définitif des ordres dans les systèmes de paiement et de transactions sur titres, par analogie à la directive 98/26/CE (directive sur la finalité des règlements¹⁰), modifiée par la directive 2009/44/CE¹¹). Ce but doit être maintenu sans changement matériel. Entretemps, l'application a toutefois montré que le libellé actuel manque parfois de clarté (p. ex. en relation avec l'exécution d'ordres de transfert pendant la nuit («*nighttime settlement*»)). Il doit donc être modifié. La nouvelle formulation s'appuie sur l'art. 3, al. 1 (modifié) de la directive sur la finalité des règlements, ainsi que sur la disposition analogue de l'art. 20 de la loi du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI; RS 957.1), celui-ci ne s'appliquant toutefois qu'aux autres titres intermédiés et dans le seul cas d'une exécution forcée.

Si l'instruction est introduite dans le système avant que la mesure ne soit ordonnée, elle est juridiquement obligatoire et opposable aux tiers dans tous les cas, pour autant qu'elle soit irrévocable selon les règles du système. Cette réglementation tient compte par exemple du fait que certains systèmes fonctionnent avec des fichiers d'attente qui permettent à l'exploitant du système et au participant de révoquer une instruction jusqu'à son traitement même après son enregistrement. La nouvelle formulation clarifie le fait qu'une instruction ne devient juridiquement obligatoire et opposable aux tiers (au final) que lorsque le participant n'a plus la possibilité d'influer sur l'exécution de l'instruction, selon les règles du système. Il convient toutefois de distinguer ce volet systémique de la finalité du volet du droit civil, lequel règle la question de l'irrévocabilité d'une instruction selon le rapport entre les participants au système («*finality of transfer*»).

Si l'instruction n'est introduite qu'après que la mesure a été ordonnée, elle reste juridiquement obligatoire et opposable aux tiers pour autant qu'elle soit exécutée le jour ouvrable, défini selon les règles du système, au cours duquel la mesure a été ordonnée. Il est en outre supposé qu'au moment de l'exécution, l'exploitant du système ne savait pas ni n'aurait dû savoir que la mesure avait été ordonnée. Cette réglementation cherche à éviter le plus possible que des mesures prises contre un participant ne compromettent le système. Elle empêche en outre qu'une mesure dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ne nuise aux droits et obligations qui

¹⁰ Directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, JO L 166 du 11.6.1998, p. 45, modifié en dernier lieu par la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009, JO L 146 du 10.6.2009, p. 37.

¹¹ Directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées.

reviennent ou incombent au participant du fait de sa participation au système ou en relation avec celle-ci.

Art. 27, al. 2^{bis}

L'application a montré que la disposition sur la finalité prête à confusion quant à son champ d'application. Le nouvel al. 2^{bis} précise donc clairement que les règles relatives au caractère définitif selon l'al. 2 s'appliquent toujours lorsque l'exploitant est contrôlé ou surveillé par une autorité suisse. Cette disposition permet d'englober tous les systèmes suisses (c'est-à-dire les systèmes exploités par un exploitant suisse) dans le champ d'application, indépendamment des participants et d'une éventuelle activité de l'exploitant à l'étranger (comme dans le cas de SIX x-clear SA). Ainsi, les règles relatives à la finalité s'appliquent également aux participants suisses et étrangers qui ne sont pas des banques ou des négociants en valeurs mobilières au sens du droit suisse (notamment la Poste, les collectivités de droit public, les assurances, les placements collectifs de capitaux, les entreprises de transport de fonds et de tri de numéraire), ainsi qu'aux participants indirects au système capables d'introduire des ordres de paiement et de transfert dans le système, pour autant que le participant indirect soit connu de l'exploitant du système. La formulation proposée précise également l'application de la disposition non seulement aux exploitants soumis à la surveillance prudentielle de la FINMA (p. ex. SIX SIS SA ou SIX x-clear SA), mais aussi aux exploitants assujettis à la surveillance de la Banque nationale suisse (p. ex. SIX Interbank Clearing SA et le système de paiement international Continuous Linked Settlement).

Par ailleurs, les règles sur la finalité selon l'al. 2 sont toujours applicables lorsque le contrat de participation (régulant les conditions de participation entre l'exploitant du système et le participant) est soumis au droit suisse. Cette possibilité de rattachement supplémentaire est gage de sécurité juridique, notamment dans un contexte international. L'élection du droit suisse comme droit applicable au contrat de participation renforce l'applicabilité de l'al. 2 dans les relations internationales. L'origine ou la qualification des participants n'influent pas sur l'application de l'alinéa en question.

Art. 28 Procédure d'assainissement

Al. 1

L'analyse portant sur la vraisemblance qu'un assainissement aboutisse se base sur la pratique aujourd'hui en vigueur. En revanche, l'assainissement ne se limite plus désormais au maintien de la banque concernée mais permet aussi la poursuite de certains services bancaires.

Al. 2

On ne saurait exclure la nécessité d'édicter d'autres dispositions spéciales relatives à la poursuite de la procédure d'assainissement. La FINMA peut adopter le cas échéant, dans le cadre de la disposition analogue figurant à l'art. 34, al. 3, LB sur la faillite bancaire, des mesures dérogatoires consistant soit en des décisions concrètes dans un cas d'espèce, soit en des ordonnances à caractère général et abstrait. Il s'agira principalement ici de dispositions de nature formelle et technique.

Al. 3

La nomination d'un délégué à l'assainissement n'est plus absolument nécessaire et peut aussi intervenir, dans le cadre de l'homologation, à seule fin de la mise en œuvre du plan d'assainissement existant. Bien souvent, les grandes lignes de l'assainissement sont déjà connues lors de l'ouverture de la procédure d'assainissement et il faut d'ailleurs qu'elles le soient, pour pouvoir mener une communication crédible. Dans de tels cas, il est superflu de charger un délégué de l'élaboration d'un plan d'assainissement.

Art. 29 Assainissement de la banque

Si le plan d'assainissement vise à maintenir en activité la banque concernée, il faut absolument s'assurer qu'elle respecte entièrement et durablement les conditions d'autorisation au terme de son assainissement. Il s'agit déjà d'une condition préalable à la procédure d'assainissement telle qu'elle existe aujourd'hui.

Art. 30 Maintien de services bancaires

Les services bancaires destinés aux clients doivent être préservés dans la mesure du possible. En l'occurrence, l'enjeu n'est pas le sauvetage de la banque existante, mais le maintien et le transfert d'une partie ou de la totalité des opérations bancaires, dans l'optique de leur bon déroulement.

Al. 1

Outre le maintien de la banque concernée, la poursuite de certains services bancaires est désormais réglementée comme nouvelle mesure d'assainissement possible, du moins d'une partie de la banque. Ainsi, une procédure d'assainissement n'est plus envisageable uniquement quand la banque est maintenue sous sa forme existante (ce qui n'est pas judicieux et souhaitable dans tous les cas). Au contraire, le maintien de certaines parties de la banque permet, tout en préservant l'égalité de traitement entre les créanciers, d'éviter la faillite complète – et donc la cessation de tous les services de la banque et de trouver au bout du compte une meilleure solution pour tous les protagonistes.

Le maintien de services bancaires est possible soit isolément, soit en combinaison avec l'assainissement (ou la faillite) du reste de la banque. Il serait envisageable ici de transférer une partie de la banque existante à d'autres établissements, tout en assainissant la première et en la maintenant avec un champ d'activité réduit. Autre scénario possible, toute l'activité bancaire soumise à autorisation serait transférée et la banque continuerait d'exister sous une autre forme et sous un autre régime d'autorisation.

Al. 2

Le maintien de services bancaires peut prendre diverses formes. Les deux principales sont ici un transfert partiel à d'autres établissements et la création d'une banque relais («bridge bank») à laquelle seraient confiés les actifs et les passifs.

Al. 3

Le plan d'assainissement indiquera les actifs et les passifs à transférer, ainsi que les contrats pour lesquels la banque concernée est remplacée comme cocontractante. Le transfert par le biais du plan d'assainissement déploie ses effets au moment où la

décision d'approbation devient exécutoire. Il n'y a pas d'autres prescriptions formelles à prendre en compte, en particulier la décision d'approbation constitue un titre valable également pour le transfert de biens-fonds. Les dispositions de la loi sur la fusion, dont celles sur le transfert de patrimoine, ne sont pas applicables.

Art. 31 Homologation du plan d'assainissement

Al. 1

Comme dans le droit actuel, la FINMA homologue le plan d'assainissement. Les conditions à remplir pour une homologation restent inchangées. Il faut notamment se fonder sur une évaluation prudente des actifs de la banque, pouvoir présumer que les créanciers s'en sortiront mieux qu'en cas de liquidation de la faillite, et tenir compte de la priorité des intérêts des créanciers sur ceux des propriétaires, ainsi que de l'ordre de collocation des créanciers.

Al. 2

Le plan d'assainissement reste expressément dispensé de l'approbation de l'assemblée générale. Cette règle s'applique également aux décisions qui relèveraient de sa compétence. Cette disposition vise à accélérer la procédure. La convocation et la tenue d'une assemblée générale retarderaient l'assainissement et en compromettraient l'issue.

Al. 3

Le message relatif à la loi en vigueur mentionne déjà la possibilité de transformer des fonds de tiers en fonds propres en guise de mesure d'assainissement (FF 2002 7476, p. 7502). Du point de vue constitutionnel, il est toutefois nécessaire d'édicter une base légale expresse autorisant l'échange de créances contre actifs («debt equity swap»). Une telle opération porte en effet atteinte aux droits des propriétaires et des créanciers, puisqu'elle est précédée ou s'accompagne d'une réduction des anciens fonds propres et de la création de nouveaux fonds propres. Ces deux mesures affaiblissent la position des anciens propriétaires, mais pas celle des créanciers. En ce sens, le principe général du droit de la faillite est respecté, selon lequel un assainissement doit être supporté en premier lieu par les propriétaires et non par les créanciers – encore moins par les contribuables. Avant d'ordonner une ou plusieurs de ces mesures, il s'agit de déterminer si l'insolvabilité constatée ne peut pas être éliminée d'une autre façon moins incisive. Concernant le «debt equity swap», les experts internationaux, particulièrement au sein du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, discutent de l'introduction de formes hybrides de fonds propres, de nature à exercer une action similaire (p. ex. les «CoCo Bonds»).

Art. 31a Refus du plan d'assainissement

Al. 1

Un assainissement ne peut être simplement imposé aux créanciers, en raison des empiètements potentiellement massifs qu'il représente sur leurs droits, par exemple en cas de réduction, de report de l'échéance ou de transformation des créances. Si les mesures d'assainissement concernent directement les droits des créanciers, la FINMA doit leur fixer un délai au plus tard au moment de l'homologation, dans lequel ils pourront refuser le plan d'assainissement. La FINMA est tenue d'impliquer les créanciers dès que possible. Ceux-ci ne pourront toutefois pas être informés

dans tous les cas avant l'homologation, étant donné que l'apaisement visé n'intervient parfois qu'à ce stade et qu'une information prématurée concernant des mesures possibles mais pas encore définitives ne ferait qu'accroître le sentiment d'inquiétude. Si les créanciers ne sont informés qu'au stade de l'homologation, celle-ci intervient sous réserve d'un refus possible par les créanciers.

Al. 2

Comme dans le droit en vigueur, la liquidation ne s'impose que si elle est exigée par des créanciers qui représentent, au vu des livres de la banque, plus de la moitié des créances de troisième classe. La classification découle de l'art. 219 LP, déterminant pour la collocation. Il est bien clair toutefois qu'un état de collocation n'existe pas encore au moment où la décision de procéder à un assainissement est prise. Seuls les créanciers colloqués en troisième classe selon l'art. 219, al. 4, LP, peuvent participer à la décision, c'est-à-dire les créanciers dont les créances ne sont pas garanties par un gage et ne bénéficient d'aucun privilège. Conformément aux règles générales du droit de la faillite, les propriétaires n'ont aucune possibilité d'influer sur cette décision.

Art. 32, al. 3^{bis}

La révocation d'actes juridiques (*actio pauliana*) est déjà prévue, en droit de l'insolvabilité bancaire, dans le cadre d'une procédure d'assainissement. Cette réglementation autonome concernant le moment où il est possible de faire valoir de telles prétentions doit logiquement être complétée par les délais de préemption prévus à l'art. 292 LP.

Art. 35 Assemblée des créanciers et commission de surveillance

Le libellé actuel de cette disposition doit être précisé et adapté à la pratique éprouvée, prévue par l'ordonnance de la FINMA sur la faillite bancaire (OFB; RS 952.812.32).

Al. 1

L'assemblée des créanciers se réunit uniquement si le liquidateur de la faillite estime sa tenue utile pour la procédure. Lorsqu'il ne s'agit pas d'une manifestation purement informative, ce qui est tout à fait possible dans certains cas, la FINMA doit accorder à l'assemblée des créanciers les compétences décisionnelles nécessaires, sur proposition du liquidateur de la faillite. La FINMA a cependant toute latitude en la matière et n'est pas liée à la proposition de ce dernier. Même après octroi des compétences à l'assemblée des créanciers, le liquidateur n'est en revanche pas tenu d'organiser une telle assemblée. Il peut faire adopter les décisions par voie de circulaire, dans les limites des compétences accordées à l'assemblée.

La FINMA décide, sur proposition du liquidateur de la faillite également, du quorum des présences et des voix nécessaires à la prise de mesures, sans être non plus liée à ladite proposition. Dans une procédure de faillite, s'il existe quelques créanciers principaux, en plus d'une multitude de petits créanciers, il y a lieu d'évaluer la pondération des créances représentées et des conditions d'approbation d'une autre manière que dans les situations sans position dominante. Afin de préserver équitablement les droits de tous les créanciers, les quorums doivent se déterminer au cas par cas.

La FINMA peut également ordonner l'institution d'une commission de surveillance et décider de la composition et de la mission de celle-ci, en se prononçant une nouvelle fois sur proposition du liquidateur de la faillite. Celui-ci propose également les membres, le président, ainsi que les compétences à conférer à ladite commission.

La commission de surveillance est elle aussi créée en fonction de la situation concrète. Ceci vaut également pour les tâches à lui confier, ainsi que pour les compétences et le nombre des membres. Parallèlement à l'instauration de la commission, la FINMA détermine la procédure à suivre pour la prise de mesures et les quorums nécessaires, conformément aux besoins et exigences de la situation concrète.

Al. 2

Les décisions énoncées à l'al. 1 doivent relever de la compétence de la FINMA, raison pour laquelle elle n'est pas liée par les propositions du liquidateur de la faillite.

Art. 37a Dépôts privilégiés

La version de l'art. 37b LB introduite dans le droit transitoire, qui définit les dépôts privilégiés, est transférée ici dans le droit permanent (en reprenant l'ordre logique de l'actuel art. 37a^{bis}). Les principaux points concernés sont le montant des dépôts privilégiés, à hauteur de 100 000 francs par personne, le privilège séparé accordé aux créances de fondations bancaires et de libre passage, ainsi que la couverture exigée des dépôts privilégiés par des créances couvertes en Suisse ou par d'autres actifs situés en Suisse à hauteur de 125 % en permanence.

Une précision est apportée à l'al. 1 à propos des dépôts qui, pour être privilégiés, doivent être libellés au nom du déposant. Cette mesure exclut en particulier du privilège des dépôts les avoirs dont les ayants droit sont certes connus de la banque, mais sans que les relations avec la clientèle soient établies à leur nom. Dans la pratique, il s'est avéré très fastidieux de déterminer si les clients possédant des comptes qui ne sont pas libellés à leur nom disposent encore d'une autre relation avec la banque. Cette nouvelle formulation permet d'éviter ici le risque d'un double privilège indésirable.

Le nouvel al. 2 reprend l'actuel art. 37c.

Art. 37b Remboursement immédiat

L'art. 37a^{bis} LB sur le remboursement immédiat, à partir des actifs liquides disponibles, des dépôts privilégiés effectués auprès des comptoirs suisses ou étrangers, doit être transféré tel quel dans le droit permanent.

Art. 37c

La compétence accordée au Conseil fédéral d'adapter le montant des dépôts privilégiés à la dévaluation de la monnaie est désormais réglée à l'art. 37a, al. 2, LB.

Art. 37g Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères

Al. 1

La disposition existante est précisée en ce sens qu'outre les décisions de faillite, toute mesure en cas d'insolvabilité prononcée à l'étranger peut être reconnue. Cette mesure correspond au but de la disposition, tel qu'il découle aujourd'hui déjà du titre de l'article, ainsi qu'à la pratique de la FINMA.

Al. 2

La FINMA doit pouvoir reconnaître les procédures d'insolvabilité étrangères (procédures de protection et d'assainissement comprises) ainsi que les administrateurs désignés sur place, sans obligation pour eux de mener une procédure sur le territoire suisse, pour autant que l'égalité de traitement entre les créanciers de Suisse soit garantie et que les privilèges que leur confère le droit suisse soient dûment pris en compte. La liquidation du patrimoine situé sur le territoire suisse peut ainsi s'effectuer sous forme simplifiée, sous la surveillance de la FINMA (par analogie au chap. 15 de la loi américaine sur les faillites).

Al. 3

Cette disposition est reprise telle quelle du droit en vigueur.

Al. 4

Si le patrimoine situé en Suisse ne peut être remis selon l'al. 2 à la masse en faillite étrangère et si une procédure particulière s'impose pour le patrimoine sis en Suisse, la FINMA peut désormais faire participer à la procédure non seulement les créanciers privilégiés, mais également tous les créanciers ayant leur domicile en Suisse ou à l'étranger.

Al. 5

Les dispositions de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291) sont applicables en complément des dispositions de la LB régissant la reconnaissance des mesures étrangères en matière d'insolvabilité.

Art. 37h

Al. 1

Dans cet alinéa, seul le renvoi interne doit être adapté à l'ordre des art. 37a et 37b modifié pour des raisons systématiques.

Al. 3, let. a

La disposition réduit le délai fixé ici pour le remboursement des dépôts garantis de trois mois à vingt jours ouvrables à compter de la date de la faillite ou de la date à laquelle les mesures d'assainissement définies sont ordonnées. Le délai de vingt jours ouvrables est accordé sous réserve de la mise à disposition des instructions de paiement des différents clients en vue du remboursement des dépôts. La fixation d'un délai encore plus court n'est pas possible dans tous les cas pour des raisons strictement techniques. Il faut en effet d'abord procéder aux écritures de bouclage nécessaires au jour de référence. D'après les expériences réalisées à ce jour, le raccourcissement du délai ne posera pas de problème insurmontable aux banques et sera sensiblement plus favorable aux déposants.

Al. 3, let. b

Cette disposition transpose la limite de 6 milliards de francs dans le droit permanent.

Art. 37i Déclenchement de la garantie des dépôts

Définie pour l'heure à l'art. 37i, la cession légale est déplacée à l'art. 37j, al. 4.

Al. 1

A l'instar de la procédure actuelle, la FINMA déclenche le système de garantie des dépôts soit en ouvrant une faillite bancaire, soit en ordonnant certaines mesures protectrices. Les mesures protectrices ordonnées ne déclenchent toutefois la garantie des dépôts que s'il existe simultanément un risque d'insolvabilité et si la décision ordonnée se fonde sur l'art. 26, al. 1, let. e à h. Une mesure ordonnée indépendamment des dispositions relatives à l'insolvabilité, p. ex. sur la base de l'art. 23^{ter}, ne déclenche pas le système de garantie des dépôts même si une publication ou communication correspondante a eu lieu.

Al. 2

En vertu de l'art. 37h, al. 3, let. a, l'organisme de garantie doit être en mesure de rembourser les dépôts garantis au chargé d'assainissement, au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite en faveur des déposants dans un délai de 20 jours ouvrables maximum.

Le délai ne commence pas à courir automatiquement, mais seulement à la suite de la communication de la FINMA à l'organisme de garantie. Lors de ses communications, la FINMA transmet régulièrement aussi les derniers chiffres reçus à propos de la somme des dépôts garantis de la banque concernée et, en cas d'ouverture de faillite, la somme des dépôts visés à l'art. 37b LB qui seront payés immédiatement à partir des actifs liquides disponibles. Cette procédure permet à l'organisme de garantie de commencer sans délai à préparer les fonds dans la perspective du remboursement des dépôts garantis.

Al. 3

Le but premier de toute intervention de la puissance publique est que la banque puisse poursuivre son activité soumise à autorisation, tout en sauvegardant autant que possible les droits des créanciers. Or le remboursement rapide d'une majorité des avoirs des clients risque de compromettre la poursuite de l'activité bancaire. Aussi la FINMA peut-elle s'abstenir provisoirement de communiquer sa décision à l'organisme de garantie et reporter ainsi le commencement du délai, s'il existe des perspectives d'une prochaine levée des mesures de protection ordonnées, ou si la décision intervenue n'affecte pas les dépôts privilégiés et garantis par le système de garantie des dépôts.

Al. 4

Les mesures en matière d'insolvabilité doivent généralement déployer un effet immédiat pour remplir leur but. Si toutefois, à titre exceptionnel, une telle mesure n'est pas déclarée aussitôt exécutoire, le début du délai de remboursement via la garantie des dépôts sera automatiquement reporté. Et si le caractère exécutoire initialement conféré devait être ultérieurement levé, le délai sera alors interrompu et recommencera à courir dès la nouvelle entrée en force.

Art. 37j Exécution et cession légale

Al. 1

L'argent mis à disposition est versé par le mandataire chargé par la FINMA d'exécuter la procédure d'insolvabilité. Comme il a un accès direct aux livres de la banque, le plan de remboursement nécessaire ne peut être dressé sans sa collaboration. Le mandataire demeure en outre en étroit contact avec les créanciers et devra, dans le cadre du remboursement des dépôts non garantis également, exiger les coordonnées nécessaires de chaque créancier. Il est donc justifié de confier entièrement au mandataire l'activité de remboursement.

Al. 2

Comme dans le cas du remboursement immédiat à partir des actifs liquides de la banque, il faut abandonner voire exclure toute compensation lors des remboursements au titre de la garantie des dépôts, par analogie à l'art. 37b, al. 1, LB et à l'autoréglementation actuelle. C'est l'unique façon de garantir que l'objectif d'un remboursement rapide soit atteint. Une éventuelle compensation de créances ne sera envisagée que dans une phase ultérieure, où elle sera soumise aux déposants concernés.

Al. 3

Il incombe à l'organisme de garantie de remettre au mandataire nommé par la FINMA les moyens nécessaires au remboursement des dépôts garantis. Le remboursement à chaque déposant ne relève toutefois pas de la responsabilité de l'organisme de garantie, et donc les déposants n'ont, à son encontre, aucun droit direct au remboursement de leurs dépôts garantis. Ils doivent faire valoir leur droit auprès du mandataire, en sa qualité de représentant de la masse.

Al. 4

L'organisme de garantie acquiert par cession légale, à hauteur de ses prestations fournies à chacun des créanciers, les créances envers la banque colloquées en deuxième classe. Le transfert s'effectue au moment du remboursement aux déposants. En même temps, l'organisme de garantie acquiert tous les droits accessoires liés à la créance garantie – il est ainsi habilité à exercer les actions en responsabilité et les actions révocatoires et a le droit d'être consulté en cas de procédure d'assainissement.

Art. 37k Echange de données

L'organisme de garantie ainsi que la FINMA et ses mandataires sont tenus de collaborer étroitement. En marge de l'échange intensif lié à un cas d'espèce, il incombera à la FINMA en particulier de fournir à l'organisme de garantie les contributions actuelles des différentes banques membres, notamment pour qu'elles puissent être éventuellement garanties dans le cadre de l'autorégulation. L'organisme de garantie, la FINMA et ses mandataires doivent donc être autorisés à s'échanger tous les renseignements et à se transmettre tous les documents nécessaires à la mise en œuvre de la garantie des dépôts. Cette disposition clarifie le droit actuel concernant la date admise de l'échange d'informations avec l'organisme de garantie.

La notion d'avoirs en déshérence désigne les droits qui reviennent à une personne avec laquelle le débiteur a perdu contact. Si ce sont des droits réels, ils ne sont en principe pas prescriptibles. Dans le cas des banques, il s'agit entre autres des prétentions portant sur le contenu de compartiments de coffre-fort et de dépôts de clients. En outre, le Tribunal fédéral a qualifié le «contrat d'épargne» de contrat de dépôt irrégulier¹², avec pour conséquence que le délai de prescription des créances et des contrats similaires usuels dans les banques ne commence à courir qu'à la fin du contrat de dépôt. Or celui-ci ne prenant fin que lorsqu'une résiliation a été dûment reçue, les créances des clients impossibles à atteindre sont de fait imprescriptibles.

Le droit en vigueur comporte un défaut majeur, à savoir que la banque en tant que débitrice ne sait pas si et comment elle peut se défaire avec effet libératoire des avoirs en déshérence. La loi sur la fusion¹³ n'offre pas non plus de possibilité, en dehors de la fusion, de transférer des avoirs en déshérence à un autre sujet de droit avec effet libératoire, tout risque d'exigibilité étant exclu. D'où de réels problèmes non résolus jusqu'ici de manière satisfaisante, spécialement en cas de liquidation bancaire.

La présente réglementation ne préjuge pas d'une réglementation à caractère général sur l'exigibilité des avoirs en déshérence et l'échéance correspondante. Elle permet toutefois de résoudre le problème spécifique aux banques de l'imprescriptibilité et de l'absence de toute possibilité de transfert.

Al. 1

Cette disposition permet un changement de débiteur, même sans le consentement du créancier. Le transfert ne s'effectuera toutefois pas au profit de n'importe quel sujet de droit, puisqu'une banque doit obligatoirement prendre la place de la banque transférante, afin qu'une surveillance équivalente reste garantie aux créanciers d'avoirs en déshérence. Le nouveau régime réduit d'abord le problème latent des banques dont la liquidation selon le mode ordinaire ne peut être conclue en raison des avoirs en déshérence présents. Toutefois, le transfert des avoirs en déshérence à une autre banque ne sera pas uniquement possible lors d'une liquidation, dans la mesure où les banques pourront également transférer tous leurs avoirs en déshérence à une banque spécialisée dans ce secteur. D'où la possibilité de garantir un suivi plus simple et plus professionnel de ces relations à la clientèle.

Al. 2

Les avoirs en déshérence doivent être transférés à une autre banque sur la base d'un contrat écrit conclu entre la banque transférante et la banque reprenante. Cette prescription formelle garantit que le transfert puisse être reconstitué à une date ultérieure.

Al. 3

En cas de faillite d'une banque, toutes les dettes deviennent exigibles. Le problème de l'imprescriptibilité du montant épargné est ainsi résolu. En revanche, la faillite soulève un autre problème, à savoir que l'inscription dans l'état de collocation n'est

¹² ATF 100 II 153 ss
¹³ RS 221.301

possible que si outre le nom du créancier, son domicile peut être indiqué¹⁴. C'est la seule façon de garantir que des tiers puissent contester la prétention émise. Il est toutefois justifié que, malgré l'absence de leurs coordonnées, les ayants droit d'avoirs en déshérence soient dûment pris en compte, et que le liquidateur de la faillite inscrive dans l'état de collocation leurs créances découlant des livres de la banque. Si une telle prétention est contestée par un autre créancier, le liquidateur de la faillite représentera les intérêts de ces créanciers à leur place. Un éventuel dividende afférent aux créances non réclamées sera ensuite consigné pendant dix ans après la clôture de la procédure de faillite, selon les règles usuelles.

Les avoirs en déshérence qui constituent, au même titre que le contenu des dépôts ou de compartiments de coffre-fort de clients, un droit réel ne tombent pas dans la masse mais restent la propriété du créancier. Le liquidateur de la faillite peut les transférer à une autre banque, conformément à l'al. 1. Là encore, le liquidateur représente les intérêts des créanciers concernés envers les tiers.

Al. 4

D'une façon générale, les avoirs en déshérence se caractérisent par l'absence de nouvelles du créancier et par l'impossibilité pour la banque de le contacter. Le Conseil fédéral devra définir dans une ordonnance à partir de quel moment et dans quel contexte cette condition est remplie. Il s'appuiera à cet effet sur les définitions figurant dans les directives de l'Association suisse des banquiers du 2 février 2000 relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) auprès de banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles du client.

2.2 Modification du droit en vigueur

2.2.1 Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage

Art. 23

L'introduction de la cédula hypothécaire de registre dans le cadre de la révision du code civil suisse du 11 décembre 2009 pourrait soulever la question de savoir si le futur art. 859, al. 1 (nouveau), CC pourrait également s'appliquer aux lettres de gage. Tel n'est pas le cas, puisque la naissance du droit de gage sur la couverture est régie par l'art. 23 de la loi sur l'émission de lettres de gage (LLG). La mise en gage est constituée par l'inscription au registre des gages des membres. Cette règle s'applique également à la cédula hypothécaire de registre. Une extension qui mérite d'être clarifiée par l'ajout d'un complément à l'art. 23 LLG.

Art. 42

La surveillance des deux centrales d'émission des lettres de gage s'exerce de la même manière que celle sur les banques. Dans la loi sur l'émission de lettres de gage (LLG; RS 211.423.4), il manque toutefois des dispositions réglant les compétences en cas d'insolvabilité. Or dans ce cas, les procédures d'insolvabilité doivent elles aussi se dérouler selon les prescriptions applicables aux banques, sous l'égide de la FINMA. Il convient donc d'ajouter un renvoi aux dispositions sur l'insolva-

¹⁴ ATF 51 III 135, consid. 2

bilité bancaire de la LB (mesures protectrices, plan d'assainissement et faillite) à la LLG. Contrairement au cas des négociants en valeurs mobilières, il n'est toutefois pas nécessaire que les centrales d'émission de lettres de gage participent au système de garantie des dépôts, puisque les créances sont couvertes en bonne et due forme par un gage, d'une part, et que les dépôts n'ont pas pour vocation d'être liquides à court terme, d'autre part.

2.2.2 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite

Art. 173b Procédure suivie par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers

Cette disposition règle le lien entre la LP et la procédure de faillite selon le droit des marchés financiers. Accordée jusqu'ici pour les banques et les négociants en valeurs mobilières, la compétence de la FINMA en matière de liquidation de faillite a été étendue à d'autres acteurs du marché financier en annexe à la présente modification légale.

Art. 219, al. 4, deuxième classe let. f

La liste des créanciers privilégiés est complétée conformément à l'art. 37a LB.

2.2.3 Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs

Art. 35, al. 1

L'application par analogie des dispositions sur la faillite selon le droit bancaire énoncées à l'art. 137 LPCC exclut l'applicabilité des dispositions sur la procédure concordataire. Le renvoi au concordat par abandon d'actifs devient donc caduc.

Art. 137 Ouverture de faillite

Al. 1

La FINMA a compétence pour tous les actes de liquidation intervenant dans le cadre de placements collectifs de capitaux. Or la LPCC ne prévoit pas de dispositions particulières en cas de faillite de la direction d'un fonds ou d'une société d'investissement. Il semble pourtant judicieux de confier à la FINMA la responsabilité d'ouvrir et d'exécuter les procédures de faillite pour ces deux types d'établissements d'ores et déjà soumis à son autorisation d'exercer et à sa surveillance. Par analogie avec les dispositions de la LB, la FINMA peut par conséquent décider d'ouvrir une procédure de faillite, de procéder à une liquidation ordinaire ou de prendre d'autres mesures adéquates en présence d'un risque d'insolvabilité.

Al. 2

Avec la compétence de la FINMA à ouvrir et exécuter les procédures de faillite, les dispositions de la LB adaptées aux intermédiaires financiers deviennent applicables, excluant ainsi l'applicabilité des dispositions sur la procédure concordataire prévues

par les art. 293 ss LP. Il n'est en effet plus besoin de procédure concordataire complémentaire, puisque la législation relative à la surveillance des marchés financiers donne des possibilités d'intervention précoce suffisantes à la FINMA. Dans ce contexte, il est également possible de renoncer à l'ajournement de la faillite des sociétés anonymes prévu par l'art. 725 s. CO.

Al. 3

En cas d'insolvabilité d'un établissement autorisé, les dispositions relatives à la faillite prévues par la LB s'appliquent par analogie.

Art. 138

Les tâches et compétences du chargé d'enquête selon l'art. 36 LFINMA recouvrent intégralement celles de l'ancien commissaire. La fonction de ce dernier a été reprise de l'ancienne loi sur les fonds de placements, mais a entièrement été remplacée par le chargé d'enquête, qui agit désormais comme un instrument unique de la surveillance des marchés financiers. Cette disposition peut par conséquent être abrogée.

2.2.4 Loi du 24 mars 1995 sur les bourses

Art. 36a

Les négociants en valeurs mobilières qui gèrent des dépôts de clients restent tenus de participer au système de garantie des dépôts. En cas d'insolvabilité, ils restent en principe soumis aux mêmes règles que les banques, d'où le renvoi à ces dispositions.

Au demeurant, l'entrée en vigueur de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1) et l'abrogation des clauses de responsabilité pour les mandataires de la FINMA, réglées jusqu'ici aux art. 38 et 39 LB ont rendu caduc le renvoi à ces derniers, lequel figurait jusqu'à présent à l'art. 36a.

2.2.5 Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances

Art. 51 Mesures conservatoires

Al. 2, let. h

L'art. 17 LSA impose à l'entreprise d'assurance de garantir les obligations découlant des contrats d'assurance par une fortune liée. L'art. 74 de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance (OS; RS 961.011) précise à ce sujet que le débit doit être couvert en permanence par des actifs et que la fortune liée doit être complétée par l'entreprise d'assurance sans retard en cas de découvert. Si la FINMA constate un découvert, elle doit prendre les mesures qui s'imposent afin d'accroître le montant de la fortune liée. Etant donné la fonction centrale que remplit la couverture de celle-ci pour la protection des assurés, l'applicabilité de ces mesures revêt une importance capitale.

L'art. 16, let. b de l'ancienne loi sur l'assurance dommage prévoyait non seulement la possibilité d'exiger que le montant de la fortune liée soit augmenté, mais aussi d'attribuer directement des actifs à celle-ci en cas de besoin. Or la LSA, qui a succédé à ce texte, ne comporte plus aucune disposition expresse de ce type bien qu'il ait été initialement prévu que la nouvelle législation reprenne telles quelles les dispositions relatives aux mesures conservatoires¹⁵. Faute de norme explicite, la prescription de mesures visant à accroître la fortune liée se fonde de lege lata sur les dispositions générales prévues par l'art. 51, al. 1, LSA, ce qui ne pose pas de problème particulier en la matière. Des réserves pourraient toutefois apparaître dans certains cas extraordinaires, où l'autorité de surveillance doit être à même d'attribuer directement des actifs à la fortune liée. En l'espèce, il n'est pas certain que les bases légales soient suffisantes pour autoriser une disposition modifiant le droit de la sorte, qui crée directement une réelle prérogative sur des actifs. Pour écarter ce doute, la prescription de la mesure est reprise explicitement dans le catalogue de mesures cité en exemple.

Al. 2, let. i

L'art. 16, let. e de la loi sur l'assurance dommage prévoyait expressément un sursis ou une prorogation des échéances pour les créances des entreprises d'assurance. Or ces mesures n'ont pas été reprises dans le catalogue de la LSA, bien qu'elles répondent à un besoin important en cas d'insolvabilité d'une entreprise d'assurance – exactement comme dans le cas des banques, où le sursis et la prorogation des échéances sont explicitement réglemés. En application du droit actuellement en vigueur, le sursis et la prorogation des échéances reposent sur les dispositions générales de l'art. 51, al. 1, LSA. Etant donné l'importance de ces mesures (pour la protection des assurés, entre autres), la loi doit désormais expliciter plus avant les compétences de l'autorité de surveillance dans ce cadre.

Al. 3

Les modalités de publication des mesures et les destinataires de ces informations varient au cas par cas. Selon la mesure adoptée, une publication peut s'avérer pertinente pour préserver les intérêts de tiers (dans le cas d'un sursis ou d'une prorogation d'échéances, par exemple, ou encore lorsque certains organes sont déchus de leur droit de représentation). Dans d'autres cas, une publication peut déclencher une véritable crise de confiance et empêcher de pallier rapidement les manquements constatés. Aussi est-il généralement renoncé à publier les instructions données à l'entreprise d'assurance ou les restrictions imposées dans le cadre de ses activités. La possibilité de publier les mesures prescrites correspond cependant à la réglementation prévue par l'art. 26, al. 2, LB.

Art. 52

Si la FINMA retire l'agrément accordé à une entreprise d'assurance, elle doit en ordonner la liquidation, par analogie aux autres établissements financiers soumis à sa surveillance. La FINMA désigne en outre le liquidateur, dont elle surveille l'action jusqu'à la liquidation complète de l'activité soumise à la surveillance.

¹⁵ Message du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353, p. 3394.

Art. 53

L'ouverture de la faillite d'une entreprise d'assurance intervient conformément à la réglementation actuellement prévue par la LSA, dans le cadre d'une action concertée complexe entre la FINMA et le juge de faillite. Si le juge de faillite a compétence d'un point de vue formel, la FINMA dispose d'un droit de codécision qui doit être pris en compte lors de l'ouverture de la faillite, puis de la nomination d'un administrateur de faillite. Suite aux enseignements tirés du cas de la Caisse d'épargne et de prêts de Thoune (SLT), la FINMA jouit désormais des pleines compétences pour les faillites d'établissements bancaires. Il est absurde de maintenir ce partage des compétences pour les faillites d'entreprises d'assurance. La FINMA doit disposer des pleines compétences pour les faillites d'entreprises d'assurance comme pour les faillites d'établissements bancaires, sur le modèle des dispositions relatives à la faillite bancaire.

La réglementation proposée reprend dans la LSA les dispositions de la LB applicables en cas de faillite bancaire, qu'elle complète par des règles existantes spécifiques au domaine des assurances.

Al. 1

Par analogie avec les dispositions de la LB, la FINMA peut décider d'ouvrir une procédure de faillite, de procéder à une liquidation ordinaire ou de prendre d'autres mesures adéquates en présence d'un risque d'insolvabilité.

Al. 2

Avec la compétence de la FINMA à ouvrir et exécuter les procédures de faillite, les dispositions de la LB adaptées aux intermédiaires financiers deviennent applicables aux entreprises d'assurance, excluant les dispositions sur la procédure concordataire prévues par les art. 293 ss LP. Il n'est en effet plus besoin de procédure concordataire complémentaire, puisque la législation relative à la surveillance des marchés financiers donne des possibilités d'intervention précoce suffisantes à la FINMA. Dans ce contexte, il est également possible de renoncer à l'ajournement de la faillite des sociétés anonymes prévu par l'art. 725 s. du CO.

Al. 3

Selon l'ampleur et la complexité de la procédure de faillite à exécuter, la FINMA peut nommer un ou plusieurs liquidateurs. Il s'agira en général d'un mandataire de son pool spécialisé dans le domaine des assurances, mais la liquidation peut aussi être confiée au chargé d'enquête précédemment intervenu – et donc familier de l'affaire.

Art. 54 Effets et procédure

Al. 1

La décision de liquidation d'une entreprise d'assurance insolvable (comme celle d'une banque ou d'un autre intermédiaire financier soumis à la surveillance de la FINMA) poursuit le même but et les mêmes effets juridiques que l'ouverture d'une faillite au sens de la LP. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit essentiellement de recenser et de rassembler les actifs afin de les réaliser et de liquider les dettes.

Al. 2

La procédure de liquidation des entreprises d'assurance insolvable doit tenir compte de leurs particularités, tout en suivant les règles qui ont fait leurs preuves en matière d'exécution des faillites (art. 221 ss LP). Comme dans le cas d'une faillite bancaire, la LP s'applique donc dès lors qu'aucune disposition particulière ne lui contrevient.

Al. 3

Au regard des dispositions relatives à la faillite bancaire actuellement en vigueur, il n'est pas à exclure que la promulgation de dispositions spécifiques concernant l'exécution de la liquidation devienne nécessaire pour les entreprises d'assurance aussi. Dans ce cas, la FINMA pourrait prendre des décisions divergentes, soit au cas par cas sous la forme de dispositions, soit de manière générale et abstraite sous la forme d'ordonnances. Il s'agira là essentiellement de dispositions de nature formelle telles qu'il en existe d'ores et déjà pour les banques dans le cadre de l'ordonnance de la FINMA du 30 juin 2005 sur la faillite bancaire (OFB-FINMA; RS 952.812.32).

Art. 54a Créances nées de contrats d'assurance

Cet article reprend à la lettre les dispositions de l'art. 54, al. 3 et 4, LSA. La seule différence réside dans un changement de terme en allemand («angemeldet») au lieu de «eingetragen»), dans une optique d'harmonisation avec le texte l'art. 36 LB.

Art. 54b Assemblée des créanciers et commission de surveillance

Al. 1

Dans le droit actuel, la procédure de faillite bancaire ne prévoit pas d'assemblée des créanciers (cf. art. 35 LB). Eprouvée, cette réglementation a pour but une exécution rapide de la procédure et doit être reprise pour la liquidation des entreprises d'assurance suite à une faillite. Or comme dans le cas d'une faillite bancaire, l'exécution de la liquidation d'une entreprise d'assurance sous la surveillance d'une assemblée de créanciers serait difficilement gérable du fait du grand nombre de créanciers, de la complexité des actes de liquidation à effectuer et de la rapidité d'action souvent requise. L'absence d'assemblée des créanciers ne porte d'ailleurs aucun préjudice aux créanciers, dont les droits sont défendus par les liquidateurs tenus de rendre des comptes à la FINMA.

Les liquidateurs peuvent toutefois convoquer une telle assemblée lorsque certaines décisions prises dans le cadre de la liquidation sont susceptibles de toucher aux intérêts des créanciers et que leur accord pourrait apporter une contribution essentielle au bon déroulement de la procédure.

En cas de faillite d'une entreprise d'assurance comme en cas de faillite bancaire, la FINMA peut désigner une commission de surveillance sur proposition des liquidateurs de la faillite, si cela paraît indiqué pour défendre les intérêts des créanciers. Elle en définit la composition, les tâches et les compétences en fonction de la situation concrète. Cette prescription correspond elle aussi à la disposition analogue de l'art. 35 LB.

Al. 2

Les décisions énoncées à l'al. 1 doivent relever de la compétence de la FINMA, raison pour laquelle elle n'est pas liée par les propositions du liquidateur de la faillite.

Art. 54c Distribution et clôture de la procédure

Al. 1

La distribution aux créanciers des actifs disponibles à l'issue de la procédure de faillite repose pour l'essentiel sur les dispositions des art. 261 ss LP, à la différence près que le tableau de distribution n'est pas déposé et que les créanciers ne connaissent que la part qui leur revient dans un souci d'économie de procédure, comme tel est d'ores et déjà le cas pour les faillites bancaires. Chaque créancier doit toutefois pouvoir consulter le tableau de distribution dans le cadre du droit de consultation des pièces relatives à la faillite dont il dispose.

Al. 2

Dans son rapport final, le liquidateur de la faillite doit résumer sommairement les principaux éléments et problèmes de la procédure, ainsi que les différents processus dans lesquels la masse en faillite est intervenue à l'actif ou au passif. Sauf demande expresse dans certains cas particuliers, il est inutile d'entrer dans le détail ici.

Le rapport final doit compiler toutes les données pouvant être utiles à l'issue de la procédure. Il doit, entre autres, comporter la liste des cessions de droits aux créanciers qui subsistent, ainsi que celle des dividendes non encore versés et des valeurs déposées distraites de la masse et non encore restituées.

L'activité du liquidateur cesse à la remise de ce rapport final à la FINMA.

Al. 3

La procédure de liquidation s'arrête dès lors que la FINMA a publié sa clôture. Les instructions relatives à la clôture de la procédure portent en particulier sur les valeurs déposées non restituées et sur les droits non exercés.

Art. 54d Procédures d'insolvabilité étrangères

Pour les entreprises d'assurance, la reconnaissance de décisions de faillite et de mesures d'insolvabilité étrangères ainsi que la coordination de procédures d'insolvabilité en cours en Suisse et à l'étranger doivent intervenir selon les mêmes dispositions que celles applicables aux autres intermédiaires financiers. Un simple renvoi à la réglementation prévue par les art. 37f et 37g, LB suffit donc.

Art. 56 Réalisation de la fortune liée

Le contenu des dispositions prévues par cet article est repris, mais adapté aux nouvelles compétences de la FINMA. Pour une meilleure compréhension, l'article est scindé en deux alinéas.

Al. 1

La FINMA ayant à présent pleine compétence en cas de faillite d'une entreprise d'assurance, le mandat de réalisation de la fortune liée prévu jusqu'ici en faveur de l'administration de la faillite disparaît. En tant qu'autorité en matière de faillite, la FINMA ordonnera dorénavant directement la réalisation de la fortune liée, pour autant qu'elle ne prenne aucune mesure particulière. Le transfert du portefeuille d'assurance selon l'art. 51, al. 2, let. d, LSA est une mesure particulière envisageable. Cette mesure – probablement la plus facile à comprendre – est à présent citée à titre d'exemple.

Al. 2

Le moment de l'extinction des contrats d'assurance se rapporte désormais à la demande de réalisation de la fortune liée présentée par la FINMA. Les dispositions relatives aux droits naissant de cette extinction restent quant à elles inchangées.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Le projet n'exerce aucune conséquence directe sur la Confédération, les cantons et les communes.

3.2 Conséquences économiques

Lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers

Le projet est conforme aux lignes directrices du DFF de septembre 2005 applicables à la réglementation des marchés financiers. En prévoyant une garantie des dépôts compétitive et d'un coût avantageux, le projet accroît l'attrait de la place financière suisse. Il s'applique à toutes les banques et n'a, en ce sens, aucune incidence sur la concurrence.

Coûts et avantages des modifications de loi proposées

Une partie essentielle des modifications de loi proposées est déjà en vigueur depuis un an et demi (1. augmentation à 100 000 francs des dépôts protégés, 2. obligation faite aux banques de détenir en permanence 125 % de créances couvertes en Suisse ou d'autres actifs situés en Suisse, en fonction des dépôts privilégiés de leurs clients, 3. remboursement immédiat plus généreux des dépôts garantis, à partir de liquidités des banques en difficultés, 4. relèvement de 4 à 6 milliards de la limite supérieure du système, 5. octroi d'un privilège distinct et supplémentaire pour les dépôts auprès des fondations de prévoyance). Les premières expériences montrent que, jusqu'ici, ces modifications ont fait leurs preuves. On ne constate aucun effet négatif, du moins à court terme. Les coûts supplémentaires encourus par les banques en raison du relèvement de la limite supérieure du système représentent une fraction des coûts qui auraient été subis en liaison avec le projet initial d'alimentation d'un fonds de garantie des dépôts, d'autant que les banques continuent à ne pas être tenues par le présent projet de financer ex ante la garantie des dépôts. Les participants à la consul-

tation, tous milieux confondus, ont d'ailleurs exprimé un avis tout à fait positif sur ces réglementations.

En ce qui concerne les risques, liés à l'augmentation des dépôts protégés, qui se posent au niveau de la garantie des dépôts, il convient de préciser que les dépôts garantis de la plus grande banque concernée se montent actuellement à quelque 60 milliards de francs. Etant donné que l'insolvabilité d'une banque est souvent déclenchée non pas par un surendettement, mais par l'absence de liquidités, le risque pour la garantie des dépôts paraît tolérable. En outre, l'intégration d'une autre règle dans le droit permanent exigerait que les dépôts garantis soient couverts par des actifs situés en Suisse. Cette disposition diminue encore davantage le risque que la garantie des dépôts des banques ne finisse par subir une perte.

Il convient de noter qu'en dernière analyse, une garantie obligatoire des dépôts incite également les banques et les déposants à contracter des risques plus importants (moral hazard). En revanche, il n'est que difficilement possible de revenir à la limite de 30 000 francs qui s'appliquait avant la crise. Avant la crise financière, le Conseil fédéral avait jugé «plutôt modeste» ce montant de 30 000 francs. Au début de 2009, la première mesure prise par l'UE pour préserver la confiance des déposants et assurer une plus grande stabilité des marchés financiers a consisté à relever le niveau minimal de garantie à 50 000 euros. Il est prévu de le faire passer à 100 000 euros. Les Etats-Unis ont eux aussi décidé de relever la limite à 100 000 dollars à compter de 2014. Un abaissement à 30 000 francs défavoriserait les déposants suisses par comparaison avec l'étranger. En outre, il est internationalement reconnu que des niveaux de garantie crédibles réduisent les incitations erronées dans le cas des clients des banques et des établissements bancaires.

Le problème ne serait pas résolu même si la garantie des dépôts était aménagée sur une base volontaire. D'une part, une assurance volontaire ne pourrait empêcher ni une crise de confiance ni une tempête bancaire en cas de crise. En outre, les «profiteurs» non assurés pourraient bénéficier gratuitement de la sécurité accrue de leur banque et du système financée par les déposants assurés. Il ne faut pas non plus négliger le fait que selon la situation de crise, on peut aussi tout à fait s'attendre à ce que des pressions politiques soient exercées afin que même les déposants non assurés puissent recevoir des prestations au titre de la garantie des dépôts.

Globalement, le Conseil fédéral escompte que les modifications qui seront reprises dans le droit permanent auront un rapport coût-utilité avantageux. En protégeant les épargnants, en préservant la stabilité du système et en garantissant que tout le monde se retrouve sur un pied d'égalité dans la concurrence internationale, le projet présente des aspects positifs qui l'emportent largement.

L'utilité macro-économique des dispositions nouvelles à intégrer à la législation peut être qualifiée de positive. Les règles améliorées concernant la procédure d'assainissement permettent de réaliser l'assainissement en tenant encore mieux compte des divers intérêts économiques des acteurs. Notamment, la nouvelle possibilité de poursuivre les services bancaires par le biais d'autres établissements ou d'une banque relais (bridge bank) réduit le risque d'une faillite bancaire et raffermi la confiance dans la place financière. Ensuite, le raccourcissement du délai de remboursement à partir de la garantie des dépôts renforce la position des déposants sans entraîner des coûts plus élevés pour les banques. La reconnaissance des mesures étrangères en cas d'insolvabilité et l'extension de la compétence de la FINMA à

d'autres participants du marché financier dans le cadre de la procédure d'insolvabilité accroissent l'efficacité de la procédure sans entraîner des coûts plus élevés.

Relations avec l'UE

Pour ce qui concerne l'évolution internationale, nous renvoyons ici aux explications détaillées du ch. 1.6. Le niveau de protection de la réglementation proposée s'avère, au final, comparable à celui de l'UE.

4 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011¹⁶, ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008 sur le programme de législature 2007 à 2011¹⁷, pour les raisons découlant des explications ci-dessus.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

La modification de la loi sur les banques s'appuie, comme la loi elle-même, sur l'art. 98 Cst.

5.2 Délégation de compétences législatives

Conformément à l'art. 28, al. 2, LB, la FINMA édicte les mesures et les décisions nécessaires à la mise en œuvre de la procédure d'assainissement. Au besoin, elle édicte des dispositions générales et abstraites. Cette compétence législative est indispensable à l'exécution rapide et régulière de la procédure.

Prévue par le nouvel art. 37a, al. 2, la compétence du Conseil fédéral d'adapter le montant maximal des dépôts privilégiés à la dévaluation de la monnaie correspond aux dispositions en vigueur (art. 37c de la version de 2004).

En vertu du nouvel art. 37l, le Conseil fédéral détermine quand des avoirs sont réputés en déshérence. Cette délégation se justifie compte tenu du fait qu'une réglementation détaillée devra être mise en place en la matière.

¹⁶ FF 2008 639

¹⁷ FF 2008 7745