

Insolvabilité bancaire

Révision totale de l'ordonnance sur la faillite bancaire de la FINMA

Par Ilias Pnevmonidis le 20 janvier 2012

Dans un [communiqué de presse du 16 janvier 2012](#), la FINMA a annoncé l'ouverture d'une procédure d'audition relative à la révision totale de son ordonnance sur la faillite bancaire (OFB-FINMA du 30 juin 2005). La nouvelle ordonnance, qui portera désormais le titre d' "ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire", va introduire de nouvelles prescriptions sur l'assainissement des banques.

La révision de l'ordonnance sur la faillite bancaire s'est avérée nécessaire suite aux modifications apportées à la loi sur les banques, qui ont introduit de nouvelles dispositions sur la protection des déposants (en vigueur depuis le 1er septembre 2011), ainsi qu'à celles découlant du projet de révision de la LB dit « *too big to fail* » (qui entreront en vigueur dans le courant de l'année). Par ailleurs, la FINMA entend ainsi transposer et intégrer les initiatives internationales relatives à l'assainissement des banques découlant des rapports du [Cross-Border Bank Resolution Group](#) au sein du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et du [Conseil de Stabilité Financière](#). [Le rapport explicatif \(en allemand\)](#) qui accompagne le projet souligne que la FINMA a aussi pris en considération les nouvelles mesures sur l'assainissement des banques introduites aux Etats-Unis ([Dodd Frank Act](#), Titre II), en Grande-Bretagne ([UK Banking Act 2009](#), avec un *Special Resolution Regime*), en Allemagne ([Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten](#)), ainsi que les [consultations](#) sur ce thème au sein de l'Union Européenne.

La FINMA reconnaît cinq objectifs principaux à l'ordonnance sur l'insolvabilité bancaire : la rapidité, l'efficacité, l'adéquation, la sécurité du droit et l'application facilitée des procédures d'assainissement des banques. Son champs d'application inclut les cas d'insolvabilité de banques, ainsi que ceux de négociants en valeurs mobilières ("établissements").

Le principe de l'universalité de la saisie de biens appartenant à des banques en Suisse ou à l'étranger et l'égalité de traitement des créanciers suisses et étrangers reste à la base de l'ordonnance. La FINMA est censée coordonner ses actions d'assainissement avec celles d'autres autorités suisses et étrangères.

Selon les nouvelles prescriptions, un plan d'assainissement serait au cœur de la procédure. La FINMA serait l'autorité compétente pour l'approbation du plan, soit avant, soit lors de l'ouverture d'une procédure d'assainissement. La FINMA pourrait même établir elle-même le plan. Celui-ci pourrait prévoir l'assainissement d'une banque dans son ensemble ou le maintien d'un ou de plusieurs services bancaires. L'ouverture formelle de la procédure aurait lieu par voie de décision de la FINMA. L'autorité compétente pourrait elle-même assumer les tâches correspondantes ou nommer un délégué à l'assainissement.

En revanche, le projet d'ordonnance stipule clairement qu'il n'y aura aucun droit à un

assainissement. Cette prescription laisse ainsi une marge d'appréciation à la FINMA et lui permet d'atténuer l'aléa moral des banques.

Le nouvel article 43 préciserait les éléments qui devraient nécessairement figurer dans le plan d'assainissement. Une fois le plan approuvé, la FINMA devrait en rendre public les grandes lignes. Il est important de souligner que les créanciers de la banque auront aussi leur mot à dire. Par conséquent, si le plan porte atteinte à leurs droits, ils pourraient le refuser dans le délai prescrit par l'ordonnance.

En adéquation avec la pratique des principales juridictions étrangères en matière d'assainissement, la mesure principale introduite pour l'assainissement des banques serait la conversion des fonds de tiers en fonds propres (*statutory bail-in*). Cette mesure présupposerait la conversion des CoCos déjà obtenus par la banque sur une base contractuelle, ainsi que la réduction de son capital-actions. Le projet d'ordonnance prévoit certaines catégories de créances qui pourraient échapper à la conversion.

Outre les mesures susmentionnées, la FINMA pourrait ordonner des mesures supplémentaires, telles qu'une renonciation totale ou partielle aux créances (*hair-cut*) ou un transfert partiel ou total des avoirs bancaires à un autre sujet de droit ou à une banque relais.

Enfin, il est important de relever que, eu égard aux contrats transférés, la FINMA pourrait imposer aux contreparties un ajournement temporaire de leurs droits de résiliation. Sans pareille disposition, une procédure d'assainissement pourrait être réduite à néant.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Ilias Pnevmonidis, Révision totale de l'ordonnance sur la faillite bancaire de la FINMA, publié le 20 janvier 2012 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/785/>