

Insolvabilité bancaire

La FINMA concrétise l'ajournement de la résiliation des contrats

Par Leandro Lepori le 27 octobre 2016

Dans ses [*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*](#), le Conseil de stabilité financière a requis des Etats membres qu'ils implémentent dans leur réglementation la possibilité pour l'autorité de surveillance de prononcer un ajournement temporaire des droits de résiliation.

En Suisse, cette exigence a été transposée, simultanément à l'entrée en vigueur de la LIMF, dans la LB et l'OB. Ces dernières ont ainsi été modifiées afin de permettre à la FINMA d'ajourner temporairement la résiliation des contrats et l'exercice des droits de compensation, de réalisation et de transfert en cas de mesures pour insolvabilité prononcées à l'encontre d'une banque.

Si [l'art. 30a LB](#) pose le principe de l'ajournement, [l'art. 12 al. 2^{bis} OB](#) oblige les banques à ne conclure de nouveaux contrats ou des modifications des contrats existants soumis à un droit ou à un for étranger que si leur contrepartie reconnaît un ajournement de la résiliation des contrats au sens de l'art. 30a LB.

Cette condition de reconnaissance inscrite à l'art. 12 al. 2^{bis} OB s'explique par le fait que les contrats concernés par ces dispositions sont souvent conclus avec des contreparties internationales sur la base du modèle proposé par l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA) et ainsi soumis à un for et un droit applicable étranger. Il en ressort *de facto* une insécurité juridique quant au caractère contraignant d'une telle mesure ordonnée par la FINMA et son respect par une contrepartie étrangère ainsi qu'une inégalité de traitement entre cette dernière et une contrepartie suisse.

Dans son [projet d'ordonnance](#), la FINMA propose ainsi de circonscrire la possibilité d'ajournement aux seuls contrats dont le maintien est essentiel pour la banque à assainir, à savoir :

- des contrats concernant l'achat, la vente, l'emprunt ou les opérations de prise en pension en lien avec des papier-valeurs, des droits-valeurs ou des titres intermédiés ;
- des contrats concernant l'achat et la vente avec livraison future, d'emprunt ou de pension en lien avec des marchandises ou des indices en contenant ainsi qu'aux options ayant de tels sous-jacents ;
- des contrats à terme ;

- les contrats de *swap* dans la mesure où ils portent sur les papiers-valeurs, les droits-valeurs, les titres intermédiés, la météorologie, l'émission monétaire ou l'inflation ;
- aux conventions de crédit dans la relation interbancaire ;
- à tous contrats produisant les mêmes effets que ceux mentionnés ci-dessous ;
- aux *master agreements* enfermant un des contrats mentionnés ci-dessus.

Des exceptions à l'obligation d'adapter son également prévues dans le projet. Ainsi, tout contrat ne justifiant pas la résiliation ou l'exercice des droits mentionnés à l'art. 30a al. 1 LB directement ou indirectement par une mesure pour insolvabilité de la FINMA sont exemptés d'adaptation. Les contrats conclus ou compensés au travers d'une infrastructure des marchés financiers ou d'un système organisé de négociations ainsi que ceux dont la contrepartie est une banque centrale étrangère bénéficient également de l'exemption d'adaptation. Les contrats conclus entre des sociétés du groupe qui ne sont pas actives dans le domaine financier sont également exemptés de l'obligation d'adaptation. Enfin, il est prévu une exemption à cette obligation pour tous contrats dont la modification intervient sans intervention des parties.

En ce qui concerne le délai d'adaptation, le projet prévoit des délais de mise en œuvre allant de trois à six mois. Dans la mesure où les circonstances le justifient, la FINMA se réserve en outre le droit de pouvoir octroyer un délai de mise en œuvre plus long.

Dans une optique de limitation des coûts et d'automatisation du processus d'adaptation des contrats, la FINMA souhaite, à l'instar de ce qui s'est fait pour la Grande-Bretagne et pour l'Allemagne, qu'un *Swiss module* soit élaboré par l'*ISDA*. Ce dernier devrait venir compléter le [*Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol*](#) et ainsi assurer la conformité au droit suisse des nouveaux contrats. Enfin, au-delà de l'adaptation des contrats cadre de l'*ISDA* aux nouvelles contraintes légales suisses, le *Swiss module* devrait également s'imposer à terme à tous les contrats tombant sous le champ d'application de l'art. 12 al. 2^{bis} OB.

Cette révision partielle de l'[OIB-FINMA](#) améliore la sécurité juridique en définissant de manière précise les contrats tombant sous le champ d'application de l'art. 12 al. 2^{bis} OB, donne les outils nécessaire à la Suisse pour se conformer pleinement aux exigences internationales imposées par le FSB et contribue ainsi au maintien de la compétitivité de la place financière suisse tout en limitant les coûts inhérents à l'adaptation des contrats.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Leandro Lepori, La FINMA concrétise l'ajournement de la résiliation des contrats, publié le 27 octobre 2016 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/956/>