CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Garantie des Dépôts

Adoption par le Parlement des modifications de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne

Par Olivier Hari le 9 mai 2011

Le 18 mars 2011, après une procédure d'élimination des divergences, l'Assemblée fédérale a adopté les modifications de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Garantie des Dépôts) telles que proposées par le Conseil fédéral dans son projet du 12 mai 2010. Le délai référendaire relatif à ces modifications arrive à échéance le 7 juillet 2011.
Le projet tel qu'adopté reprend les propositions formulées par le Conseil fédéral dans son Message du 12 mai 2010. Il est renvoyé ici à l'actualité 682 du 1er juin 2010. Il s'agit d'une part d'ancrer définitivement dans le droit positif les modifications urgentes adoptées le 19 décembre 2008 et d'autre part d'améliorer l'efficacité des procédures d'assainissement et de liquidation.
Trois aspects du projet ont fait l'objet de discussions approfondies : l'art. 27 al. 3 LB (effet des décisions de la FINMA sur la validité juridique des accords conclus précédemment en matière de compensation ou de réalisation de gré à gré de sûretés), l'art. 37g al. 1 LB (reconnaissance des décisions de faillite et mesures étrangères) ainsi que l'art. 37h al. 3 let. b (plafonnement à 6 milliards des contributions dues).
1. Validité juridique des accords en matière de compensation ou de réalisation de gré à gré de sûretés (*Swap* et *netting*)
L'art. 27 al. 3 nLB a une teneur assez proche à celle de l'actuel art. 27 al. 3 LB. « Les mesures prévues à l'art. 26, al. 1, let. f à h » ne portent pas atteinte [etc.] ont été remplacées par « Les chapitres XI et XII de la présente loi ». Les chapitres XI et XII désignent tant la procédure de mesures protectrices, que d'assainissement ou encore de liquidation. La modification constitue la concrétisation d'une motion Schweiger du 6 décembre 2010, étant précisé que pour le Conseil fédéral, représenté par Madame Widmer-Schlumpf, cette modification n'était pas nécessaire.
Il est vrai que l'art. 211 al. 2*bis* LP, applicable en matière de liquidation bancaire par renvoi (art. 34 al. 3 LB), prévoit déjà une protection du tiers cocontractant en cas de faillite, dans des domaines spécifiquement énumérés (engagements à terme strict, opérations financières à terme, swaps, options). Mais dans les autres domaines contractuels, l'administration de la faillite « peut » décider d'exécuter les exécutions du failli (art. 211 al. 2 LP). La compensation est quant à elle réglée par l'art. 213 LP, qui prévoit que le créancier a le droit de compenser sa créance avec celle que le failli a contre lui, avec toutefois quelques exceptions.
2. Reconnaissance des décisions de faillite et mesures étrangères
La majorité de la commission du Conseil des États était en faveur d'une modification de la proposition du Conseil fédéral. Elle proposait de conditionner la reconnaissance de décisions étrangères de faillite et de mesures applicables en cas d'insolvabilité à la condition de la

réciprocité, de plus en plus critiquée par la doctrine. La minorité de la commission, qui proposait de maintenir la mouture du Conseil fédéral et donc de ne plus soumettre la reconnaissance de décisions étrangères à la condition de la réciprocité, a été suivie.

3. Plafonnement du montant maximal garanti

La majorité de la commission du Conseil des États avait proposé de modifier le libellé de l'art. 37h al. 3 let. d LB, pour attribuer la compétence au Conseil fédéral de revoir périodiquement le montant maximal du système de garantie, sans circonstances particulières. Une minorité de la commission recommandait d'augmenter le plafond à 10 milliards, alors que la majorité de la commission soutenait le projet du Conseil fédéral, qui proposait de plafonner à 6 milliards le montant du système de garantie (à mettre en perspective avec les 340 milliards déposés auprès des 396 banques, ainsi que les 50 milliards déposés respectivement auprès de Credit Suisse et UBS, et les 60 milliards déposés auprès de la Raiffeisen). La proposition du Conseil fédéral a finalement été suivie.

Le 20 avril 2011, le Conseil fédéral a adopté le message concernant les propositions de révision législative visant à maîtriser les risques systémiques découlant des grandes banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, *too big to fail*). L'Assemblée fédérale doit maintenant discuter les dispositions dont l'introduction est proposée dans le détail. Une actualité séparée détaillera le contenu du message.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Olivier Hari, Adoption par le Parlement des modifications de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, publié le 9 mai 2011 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/752/