

Insolvabilité bancaire

Entrée en vigueur de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire

Par CDBF le 21 novembre 2012

Dans un [communiqué de presse du 22 octobre 2012](#), la FINMA a annoncé l'entrée en vigueur de son [ordonnance sur l'insolvabilité des banques](#) (ci-après OIB-FINMA). Cette nouvelle ordonnance a remplacé l'ordonnance FINMA sur la faillite bancaire. Par ailleurs, elle va compléter les stratégies réglementaires suisses ayant pour objectif de réduire considérablement la problématique du "*too big to fail*" et créer une législation efficace et cohérente en matière d'assainissement bancaire. Son projet a été soumis à une procédure d'audition le 16 janvier 2012 (voir [actualité n.785](#)). Lors de l'audition, le projet a rencontré une approbation majoritaire. Néanmoins, la FINMA l'a adapté afin de tenir compte des propositions d'amélioration et, surtout, des développements internationaux issus du CSF et de l'UE.

Contrairement aux règles révisées de la loi sur les banques, qui sont entrées en vigueur le 1er septembre 2012 et qui concernent les banques d'importance systémique, l'OIB-FINMA s'applique à toutes les banques, négociants en valeurs mobilières et centrales d'émission de lettres de gage (art. 2 OIB-FINMA). Les principes de l'universalité de la saisie de biens appartenant à des banques en Suisse ou à l'étranger et de l'égalité de traitement des créanciers suisses et étrangers restent les fondements de l'ordonnance (art. 3 al. 1 et 2 OIB-FINMA). En outre, la FINMA s'engage à coordonner ses procédures d'assainissement ou de faillite avec les autorités et les organes étrangers (art. 9 OIB-FINMA).

Concernant les dispositions relatives à la faillite bancaire (procédure, actifs et passifs de la faillite, réalisation et distribution), l'OIB-FINMA les a, pour l'essentiel, reprises telles quelles de l'ordonnance précédente de la FINMA sur la faillite bancaire.

Les prescriptions relatives à l'assainissement bancaire constituent le véritable noyau dur de cette révision. La FINMA sera l'autorité compétente pour établir ainsi que pour approuver le plan d'assainissement d'une banque (art. 41, 42 et 45 OIB-FINMA). Ce plan devra exposer les principaux éléments de l'assainissement, en particulier la future structure du capital, la future organisation et la direction de la banque ainsi que le modèle commercial de cette dernière après l'assainissement (art. 44 OIB-FINMA). L'ouverture formelle de la procédure d'assainissement aura lieu par voie de décision de la FINMA (art. 41 al. 1 OIB-FINMA).

Il est important de souligner que les créanciers de la banque auront aussi leur mot à dire. Si le plan porte atteinte à leurs droits, ils auront la possibilité de le refuser dans le délai prescrit par l'ordonnance (art. 46 OIB-FINMA). Toutefois, cette règle ne s'appliquera pas aux créanciers d'établissements d'importance systémique.

L'assainissement reposera essentiellement sur des mesures de capitalisation, ordonnées par l'autorité de surveillance. Sur en premier niveau, ces mesures présupposeraient la conversion des CoCos déjà émis par la banque sur une base contractuelle, ainsi que la réduction de son

capital-actions (art. 48 let. b et c OIB-FINMA). Deuxièmement, la FINMA pourra imposer une conversion de fonds de tiers en fonds propres (*statutory bail-in*). Toutes les créances seront convertibles à l'exception des créances privilégiées de première et de deuxième classes selon le droit ordinaire de la faillite, des créances couvertes et compensables ainsi que les dépôts des clients couverts par la protection des déposants (art. 49 OIB-FINMA). La conversion respectera l'ordre suivant : créances de rang subordonné, puis toutes les autres créances et, enfin, les dépôts (art. 48 let. d OIB-FINMA).

En troisième lieu, la FINMA pourra imposer une réduction obligatoire de créance partielle ou totale en parallèle ou en lieu et place de la conversion susmentionnée (art. 50 OIB-FINMA). Il convient de préciser que, dans ce cas, il n'existera aucun ordre de subordination entre les différentes catégories de créances. Par conséquent, la FINMA ne sera pas tenue de "déposséder" entièrement les créanciers de rang inférieur avant de faire participer aux pertes la catégorie de créanciers immédiatement supérieure.

S'agissant du maintien de certains services bancaires, la FINMA pourra désigner un nouveau sujet de droit auquel les prestations et les biens seront transférés (art. 51 al. 1 OIB-FINMA) ou créer une banque relais avec une autorisation limitée, en principe, à deux ans, mais qui pourrait être prolongée (art. 52 OIB-FINMA).

Enfin, l'OIB-FINMA prévoit un ajournement, pendant 48 heures au plus, des droits contractuels de résiliation des contreparties à l'établissement soumis à l'assainissement (art. 57 al. 1, 2 et 3 OIB-FINMA). L'ajournement pourra être exercé pour des contrats portant sur des papiers-valeurs et des droits-valeurs, sur des matières premières, sur les opérations à terme, sur des opérations d'échange et pour tous les autres contrats avec des effets similaires, même s'ils se présentent sous la forme de *master agreements* (art. 56 OIB-FINMA).

Nous saluons ce développement législatif qui va renforcer les compétences de restructuration et de liquidation ordonnée des banques par la FINMA. Grâce à l'ordonnance, la Suisse a comblé une importante lacune réglementaire. Par ailleurs, elle est devenue l'un des premiers pays à se doter d'une réglementation complète sur l'assainissement bancaire et à satisfaire aux exigences des « [Key Attributes of Effective Resolution Regimes of Financial Institutions](#) » du CSF. En revanche, nous restons sceptiques s'agissant des mesures visant au renoncement ordonné obligatoire de créances, sans que ne soit prévu un ordre de subordination entre les différentes catégories de créances. Une telle procédure pourrait s'avérer particulièrement justifiée par rapport au besoin de flexibilité. Néanmoins, elle pourrait soulever en pratique des problèmes significatifs quant au traitement des droits des créanciers.