

Mieux protéger les déposants pour stabiliser le système bancaire

La révision en cours de la loi sur les banques vise à améliorer la protection des déposants et des clients et à conférer davantage de stabilité au système. *Bruno Dorner, Anne Kathrin Herzog*

Abrégé La révision de la loi sur les banques actuellement en chantier comporte trois axes : le réexamen des dispositions régissant l'insolvabilité des banques, le renforcement de la garantie des dépôts bancaires et la ségrégation totale des titres intermédiaires dans la chaîne de garde. Le Secrétariat d'État aux questions financières internationales analyse actuellement les réponses des milieux financiers et politiques à la procédure de consultation achevée en juin. Les nouvelles dispositions devraient entrer en vigueur en 2021.

La crise des années 2007 à 2009 a montré que la Suisse ne disposait pas d'un cadre légal adéquat pour assainir et liquider des établissements bancaires. Dans son sillage, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Finma) a revu son ordonnance sur l'insolvabilité bancaire (OIB-Finma) et mis en vigueur en novembre 2012 une modification de grande envergure. Toutefois, il s'est vite avéré que cette ordonnance n'était pas une base juridique suffisante pour justifier des mesures d'assainissement constituant une ingérence dans des droits garantis par la Constitution, comme les droits de propriété des propriétaires et des créanciers des banques.

Dans son message du 4 novembre 2015 relatif aux lois sur les services financiers et aux établissements financiers, le Conseil fédéral a donc proposé de modifier également les dispositions régissant l'insolvabilité contenues dans la loi sur les banques. Il s'agit en particulier de doter les ingérences dans les droits constitutionnels d'une base ayant le rang d'une loi formelle. Le Parlement a toutefois rejeté la modification de la loi sur les banques, demandant au Conseil fédéral de la soumettre à une procédure de consultation. Le gouvernement a alors ajouté la modification des dispositions relatives à l'insolvabilité à la révision de la loi sur les banques déjà en cours pour améliorer la garantie des dépôts bancaires. La procédure de consultation de cette révision s'est achevée en juin.

Un cadre législatif clair pour assainir les banques

La loi prévoit aujourd'hui déjà que la Finma puisse ordonner des mesures d'assainis-

sement s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidités importants. La Finma peut lancer une telle procédure lorsqu'il paraît vraisemblable que les mesures de redressement aboutiront ou, du moins, que certains services bancaires pourront être maintenus.

Si la banque est assainie, la loi prévoit actuellement que ses actifs et passifs seront transférés à une banque relais. Le projet de loi prévoit d'ajouter à ces mesures la possibilité d'intervenir dans les droits des propriétaires (en général les actionnaires) et des créanciers. Le plan d'assainissement homologué par la Finma pourra par exemple ordonner la réduction des fonds propres existants ou la création de nouveaux fonds propres. Le gendarme des marchés financiers pourra également exiger la conversion de fonds de tiers en fonds propres ou la réduction des engagements de la banque envers ses créanciers (dits « bail-in »). Le projet de loi prévoit en outre l'instauration d'un mécanisme de compensation lorsque de telles mesures de capitalisation sont ordonnées, ainsi qu'une modification et une extension du droit de recours contre l'homologation du plan d'assainissement.

Si les participants à la consultation ont salué le principe de la révision des dispositions relatives à l'assainissement des banques, certaines voix critiques ont déploré que les modifications soient trop axées sur les banques établies en sociétés anonymes et restent dès lors pas ou peu applicables aux établissements ayant opté pour une autre forme juridique. Il est également apparu que le régime applicable aux créances des holdings dans une procédure

de faillite ouverte contre une banque devait encore être affiné.

Éviter une panique bancaire

La protection des déposants a été renforcée par l'adoption de mesures d'urgence au plus fort de la crise financière, puis transposée dans la loi en 2011. Dans le système actuel, les dépôts font l'objet d'un traitement privilégié jusqu'à un montant de 100 000 francs par client¹, en cas de faillite ou lorsque la Finma prend des mesures de protection contre une banque. Ces dispositions visent d'une part à protéger l'épargne et d'autre part à renforcer la confiance dans les banques, dans le but d'éviter une panique bancaire (« bank run »), c'est-à-dire un retrait massif des fonds déposés.

Le mécanisme d'indemnisation des clients en cas de crise prévoit différents cas de figure : si la banque défaillante dispose de suffisamment de liquidités, les dépôts privilégiés sont immédiatement versés à partir de ces liquidités, à concurrence du montant maximal garanti, et ce en dehors de la procédure de liquidation ordinaire. Si ces liquidités ne permettent pas de couvrir l'ensemble des prétentions, la garantie des dépôts s'applique aux avoirs détenus auprès de succursales suisses jusqu'au plafond établi. Cette garantie est confiée à l'association Esisuisse et financée par les contributions des banques, prélevées en cas de nécessité conformément aux normes d'autorégulation. Ce système permet de verser les dépôts garantis aux clients dans les meilleurs délais. Il a fait ses preuves dans la pratique et son principe n'est pas remis en cause par la révision de la loi sur les banques, même s'il est prévu d'y apporter des améliorations ponctuelles dans trois domaines.

Premièrement, le projet de loi prévoit l'adoption de nouveaux délais pour le versement des fonds issus de la garantie des dépôts, ce qui augmentera la crédibilité de ce

¹ Les avoirs de prévoyance bénéficient d'un traitement privilégié jusqu'à concurrence de 100 000 francs en cas de faillite et ne relèvent pas de la garantie des dépôts bancaires.

mécanisme: le versement des dépôts garantis au liquidateur de la faillite devra se faire dans les sept jours (contre vingt actuellement) à compter de l'ordre de faillite ou de l'adoption d'une mesure de protection. Le liquidateur disposera du même délai pour verser ces dépôts aux clients de la banque². Les établissements bancaires seront tenus d'effectuer des préparatifs pour que ces délais puissent être tenus.

Préfinancement de la garantie des dépôts

La révision porte également sur le mode de financement de la garantie des dépôts. Actuellement, les banques sont simplement contraintes de détenir des liquidités supplémentaires à hauteur de la moitié des contributions auxquelles elles sont tenues envers le mécanisme de garantie. Le problème de ce système est qu'elles ne mettent à disposition les fonds nécessaires au versement des dépôts qu'au moment où la garantie est mise en œuvre. Il s'agit donc d'un régime de financement ex post dont le danger est d'avoir des effets procycliques, car le versement des contributions dues peut aggraver la situation des banques fournissant les fonds et provoquer des problèmes supplémentaires, en particulier en cas de crise systémique. Le Conseil fédéral propose donc de remplacer l'obligation de détenir des liquidités supplémentaires. Les banques devront à l'avenir conserver en permanence, auprès d'un sous-dépositaire sûr, des titres de haute qualité aisément réalisables ou des espèces en francs suisses d'un montant correspondant à la moitié des contributions auxquelles elles sont tenues. Elles auront également la possibilité d'accorder à l'organisme de garantie des prêts en espèces, une option intéressante surtout pour des établissements de petite taille. Ces nouvelles dispositions visent à renforcer le système grâce à un mécanisme ex ante, qui présente notamment l'avantage que toute banque utilisant la garantie des dépôts y aura préalablement apporté sa contribution, ce qui accroîtra l'égalité de traitement des établissements bancaires.

² Calculés à partir du moment où les clients de la banque ont donné leurs instructions de paiement au liquidateur de la faillite.

La troisième nouveauté consiste à fixer l'engagement maximal du système bancaire envers la garantie des dépôts à 1,6 % du total des dépôts garantis. Cet engagement est aujourd'hui plafonné à 6 milliards de francs. Cette limite sera ainsi relevée pour atteindre environ 7,2 milliards (sur la base de la situation actuelle) et pourra fluctuer au gré de l'évolution des montants garantis.

La procédure de consultation a montré que si les modifications relatives à la garantie des dépôts ont été bien accueillies, le secteur bancaire s'oppose toutefois à ce qu'elles se traduisent par un accroissement des exigences en matière de fonds propres et de liquidités. En outre, il s'agit encore, dans le cas des banques d'importance systémique, de trouver la bonne mesure entre la planification en cas d'urgence et les nouveaux préparatifs que la loi exige d'elles.

Vers une séparation claire des titres

Les modifications des dispositions relatives à l'insolvabilité des banques et à la garantie des dépôts ne sont pas les seules nouveautés de la révision: les normes de ségrégation seront elles aussi durcies concernant les titres pour que les déposataires puissent garantir aux clients la possibilité d'y accéder en cas de liquidation.

Les valeurs mobilières acquises par un investisseur ne sont généralement plus gardées par lui-même, mais transmises et conservées sous forme de titres intermédiés. Elles ne sont donc plus échangées physiquement, mais virées par voie électronique sur les comptes de titres du déposataire. En Suisse, la chaîne de garde des titres négociés dans le pays se compose normalement de deux ou trois déposataires, de sorte que le déposataire principal (par exemple une banque) ne conserve pas les valeurs, mais les remet à un autre déposataire. Le droit en vigueur n'exige pas des déposataires qu'ils détiennent séparément leurs titres et ceux de leurs clients.

De nombreux déposataires principaux appliquent aujourd'hui déjà ce régime de ségrégation de leur propre gré, régime également applicable aux déposataires centraux³ en vertu de la loi sur l'infrastructure des mar-

³ En Suisse, ce rôle est dévolu à la société SIX SIS SA.

chés financiers. Il n'en reste pas moins que la ségrégation n'est pas garantie sur toute la chaîne de garde ni sur une chaîne qui se prolonge à l'étranger, ce qui rend difficile, voire impossible, la distraction des titres d'un client lors d'une faillite. Le projet de révision comble cette lacune et accroît les obligations d'informer pour les déposataires, afin que ceux-ci signalent à leurs clients les risques liés à la garde des titres. Il est impossible pour l'heure de chiffrer les charges supplémentaires que cette disposition occasionnera aux établissements bancaires; celles-ci seront toutefois raisonnables eu égard à la protection accrue conférée aux clients.

Les participants à la consultation ont également salué l'obligation de détenir séparément les avoirs des clients, qui s'avère conforme à la pratique et aux normes internationales. La principale critique était liée aux devoirs d'information. Le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) analyse actuellement les réponses à la consultation et reverra les dispositions légales en conséquence. Le Conseil fédéral adoptera probablement son message relatif à la révision de la loi sur les banques au printemps 2020.



Bruno Dörner

Avocat, chef du service juridique du Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), Berne



Anne Kathrin Herzog

Avocate, service juridique du Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), Berne