

Réglementation suisse
prévenant la faillite d'une
banque d'importance
systémique : évolution et
perspectives

MÉMOIRE

présenté

par

Eva Rodrigues

sous la direction du

Professeur Carlo Lombardini

Lausanne, le 5 janvier 2024

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ABREVIATIONS ET LOCUTIONS LATINES	XI
1 INTRODUCTION.....	1
1.1 NOTION DE BANQUE D'IMPORTANCE SYSTÉMIQUE.....	3
1.2 NOTION D'INSOLVABILITÉ ET FAILLITE BANCAIRE.....	5
1.3 PROBLÉMATIQUE DU <i>Too Big To Fail</i>	6
2 ÉVOLUTION DES NORMES INTERNATIONALES.....	8
2.1 COMITÉ DE BÂLE SUR LE CONTRÔLE BANCAIRE.....	9
2.2 CONSEIL DE LA STABILITÉ FINANCIÈRE	10
3 ÉVOLUTION DE LA RÉGLEMENTATION SUISSE	12
3.1 LOI SUR LES BANQUES	12
3.1.1 Révision entrée en vigueur en juillet 2004	13
3.1.2 Révision entrée en vigueur en janvier 2009	15
3.1.3 Révision entrée en vigueur en septembre 2011	18
3.1.4 Révision entrée en vigueur en mars 2012.....	20
3.1.5 Révision entrée en vigueur en janvier 2016	24
3.1.6 Révision entrée en vigueur en janvier 2023	25
3.2 ORDONNANCES	29
3.2.1 Modifications entraînées par l'entrée en vigueur de la réglementation TBTF	29
3.2.2 Rapports du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique	30
3.3 SCHÉMA RÉCAPITULATIF	33
4 CADRE RÉGLEMENTAIRE ACTUEL.....	34
4.1 DISPOSITIONS PRÉVENTIVES.....	34
4.1.1 Exigences particulières en matière de fonds propres et de liquidités	35
4.1.2 Planification d'urgence, de recovery et de resolution	36
4.2 DISPOSITIONS RÉACTIVES.....	40
4.2.1 Mesures en cas de risque d'insolvabilité.....	40
4.2.2 Procédure d'assainissement.....	41
4.2.3 Autorité de resolution et détermination du PONV	42
4.3 TABLEAU RÉCAPITULATIF	45
5 PERSPECTIVES DE LA RÉGLEMENTATION SUISSE	46
5.1 RÉVISION PRÉVUE DE LA LB	47
5.1.1 Chapitre XIa : « Public liquidity backstop »	47

5.1.2	<i>Autres modifications</i>	49
5.2	<i>POST CREDIT SUISSE</i>	51
5.2.1	<i>Commission d'experts « Stabilité financière »</i>	52
5.2.2	<i>Commission d'enquête parlementaire</i>	55
5.3	SCHÉMA RÉCAPITULATIF.....	56
6	CONCLUSION	57

Bibliographie

Ouvrages/Articles

AMMANN Manuel / KÄFER Niclas / WIEST Tobias, *Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken*, Saint-Gall 2023.

BAHAR Rashid, *TBTF: Do increased capital requirements, bail-in powers and resolution authority solve the problem?*, SZW 2018, p. 619-638.

BÖSCH René, *Grossbankenregulierung: Status – Quo Vadis?*, in : REUTTER Thomas/WERLEN Thomas, *Kapitalmarkttransaktionen VIII*, EIZ 144, Zürich 2014, p. 255-276.

EMMENEGGER Susan, KURZBEIN Regula, *Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz*, SZW 2013, p. 509-518.

GMÜR Bruno/BOCHUD Philippe, *Audit des banques et négociants en valeurs mobilières - un répit momentané en 2019 ?*, Expert Focus 1-2/2019, p. 100-106.

HAUNREITER Diego, *Die Krisenabwehr im Bankengesetz : unter besonderer Berücksichtigung der bankenrechtlichen Schutzfunktionen, der internationalen Finanzmarktarchitektur und der TBTF-Problematik*, Stämpfli, Berne 2011.

HUNKELER David, *Bankensanierung - insbesondere unter internationalen Aspekten*, SZW 2010, p. 481-492.

KÄHR Michel, *Die Voraussetzungen für die Ergreifung von Massnahmen bei Insolvenzgefahr nach Art. 25 BankG*, SZW 2013, p. 472-485.

LENGWILER Yvan *et al.*, *Rapport du groupe d'experts « Stabilité des banques » 2023 – Réformes nécessaires après l'effondrement de Credit Suisse*, 1^{er} septembre 2023.

MAUCHLE Yves, *Bail-in bei systemrelevanten Banken*, GesKR 2/2019, p. 244-259.

MÜLLER Thomas S., *Einleitung*, in : WATTER Rolf/ VOGT Nedim Peter/ BAUER Thomas, WINZELER Christoph (édit.), *Basler Kommentar Bankengesetz*, 2^{ème} éd., Bâle 2013 (cité : MÜLLER, *Introduction*).

ROTH Daniel, *« Too big to fail » - Stärkung der Stabilität im Finanzsektor*, SJZ 108/2012, p. 285-293.

SCHILTKNECHT Reto, *Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht*, in : SPRECHER Thomas (édit.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III*, EIZ 138, Zürich 2013, p. 57-86 (cité : SCHILTKNECHT, *Nouveau droit*).

SCHILTKNECHT Reto, *Entwicklungen im Bankeninsolvenzrecht*, in : SPRECHER Thomas (édit.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI*, EIZ 159, Zürich 2014, p. 77-92 (cité : SCHILTKNECHT, *Évolutions*).

THÉVENOZ Luc, *Des innovations à profusion dans le sauvetage de Credit Suisse*, Centre de droit bancaire et financier, 20 mars 2023, disponible sous : <https://cdbf.ch/1272/> (consulté le 24 septembre 2023).

WYSS David, *Too big to fail-Regulierung – Stand in der Schweiz*, GesKR 1/2022, p. 26-59.

Publications des organismes internationaux

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *Background to the Basel Framework*, disponible sous : <https://www.bis.org/baselframework/background.htm> (consulté le 26 août 2023) (cité : BRI, *Cadre de Bâle*).

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *Bâle III : dispositif réglementaire international pour les banques*, disponible sous : https://www.bis.org/bcbs/basel3_fr.htm (consulté le 26 août 2023) (cité : BRI, *Bâle III*).

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *Finalisation de Bâle III – En bref*, décembre 2017 (cité : BRI, *Finalisation*).

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *FSB Key Attributes – Executive Summary* (cité : BRI, *Résumé*).

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *FSI Insights on policy implementation No 32 : Institutional arrangements for bank resolution*, mai 2021 (cité : BRI, *Insights*).

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *Global systemically important banks: assessment methodology and the additional loss absorbency requirement*, disponible sous : <https://www.bis.org/bcbs/gsib/index.htm> (consulté le 25 août 2023) (cité : BRI, *G-SIB*).

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *History of the Basel Committee*, disponible sous : <https://www.bis.org/bcbs/history.htm?m=3076> (consulté le 25 août 2023) (cité : BRI, *Histoire*).

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *The Basel Framework*, disponible sous : https://www.bis.org/basel_framework/ (consulté le 18 août 2023) (cité : BRI, *Cadre de Bâle*, [référence]).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *2022 List of Global Systemically Important Banks (G-SIBs)*, 21 novembre 2022 (cité : CSF, *Liste*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *2022 Resolution Report – « Completing the agenda and sustaining progress »*, 8 décembre 2022 (cité : CSF, *Resolution Report*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *About the FSB*, disponible sous : <https://www.fsb.org/about/#mandate> (consulté le 26 août 2023) (cité : CSF, *Mandat*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *Global Systemically Important Financial Institutions (G-SIFIs)*, disponible sous : <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/market-and-institutional-resilience/global-systemically-important-financial-institutions-g-sifis/> (consulté le 26 août 2023) (cité : CSF, *G-SIFI*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *Guiding principles on the temporary funding needed to support the orderly resolution of a global systemically important bank (“G-SIB”)*, 18 août 2016 (cité : CSF, *G-SIB temporary funding*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *History of the FSB*, disponible sous : <https://www.fsb.org/about/history-of-the-fsb/> (consulté le 26 août 2023) (cité : CSF, *Histoire*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014 (cité : CSF, *Key Attributes*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *Post-2008 financial crisis reforms*, disponible sous : <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/market-and-institutional-resilience/post-2008-financial-crisis-reforms/> (consulté le 26 août 2023) (cité : CSF, *Post-2008*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution – Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet*, 9 novembre 2015 (cité : CSF, *TLAC*).

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *Work of the FSB*, disponible sous : <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/> (consulté le 26 août 2023) (cité : CSF, *Travail*).

FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Switzerland - Financial Sector Assessment Program : Technical note - Financial Safety Net and Crisis Management Arrangements*, juin 2019.

Publications des autorités suisses

BANQUE NATIONALE SUISSE, *Financial Stability Report 2023*, juin 2023 (cité : BNS, *Rapport 2023*).

BANQUE NATIONALE SUISSE, *Glossaire*, disponible sous : <https://www.snb.ch/fr/srv/id/glossary> (consulté le 27 août 2023) (cité : BNS, *Glossaire*, [mot-clé]).

BANQUE NATIONALE SUISSE, *Rapport sur la stabilité financière 2022*, septembre 2022 (cité : BNS, *Rapport 2022*).

COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE, *Communiqué de Presse : La commission d'enquête parlementaire « gestion par les autorités – fusion d'urgence de Credit Suisse » est dans les temps*, 8 septembre 2023, disponible sous : <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-puk-2023-09-08.aspx> (consulté le 30 septembre 2023).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Adoption d'un message spécial concernant l'ouverture de crédits d'engagement urgents en faveur de la BNS et d'UBS*, 29 mars 2023, disponible sous : https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/le-dff/nsb-news_list.msg-id-94030.html (consulté le 30 septembre 2023) (cité : CF, *Crédits*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Banques d'importance systémique : Le Conseil fédéral adopte des modifications de l'ordonnance sur les liquidités*, 3 juin 2022, disponible sous : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-89132.html> (consulté le 4 août 2023) (cité : CF, *OLiQ*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Le Conseil fédéral relève les exigences de capital pour les banques d'importance systémique nationale*, 21 novembre 2018, disponible sous : <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/documentation/communiques-presse/medienmitteilung.msg-id-73032.html> (consulté le 3 août 2023) (cité : CF, *Exigences de capital*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Le Département fédéral des finances met sur pied un groupe d'experts focalisé sur la stabilité des banques*, 17 mai 2023, disponible sous : <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/documentation/communiques-presse/medienmitteilung.msg-id-95229.html> (consulté le 30 septembre 2023) (cité : CF, *Stabilité*).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, *Commentaires concernant la modification de l'ordonnance sur les fonds propres*, 21 novembre 2018 (cité : DFF, *Commentaires OFR 2018*).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, *Modification de l'ordonnance sur les banques*, 23 novembre 2022 (cité : DFF, *Commentaires OB 2022*).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, *Modification de l'ordonnance sur les liquidités (dispositions particulières applicables aux banques d'importance systémique – too big to fail)*, 3 juin 2022 (cité : DFF, *Commentaires OLiQ 2022*).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, *Rapport explicatif concernant la modification de l'ordonnance sur les fonds propres – Application des réformes finales de Bâle III à l'échelle suisse*, 4 juillet 2022 (cité : DFF, *Rapport OFR 2022*).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, *Rapport explicatif concernant les modifications de l'ordonnance sur les fonds propres et de l'ordonnance sur les banques (exigences relatives aux fonds propres des banques – recalibrage TBTF et classification)*, 13 mai 2016 (cité : DFF, *Rapport modifications OFR et OB*).

FINMA, *Assainissement et faillite des banques*, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/mise-en-oeuvre/recovery-et-resolution/la-finma-en-tant-qu'autorité-de-resolution/assainissement-et-faillite-de-banques/> (consulté le 11 août 2023) (cité : FINMA, *Resolution*).

FINMA, *Beteiligung der Gläubiger als Mittel gegen die implizite Staatsgarantie*, de RAAFLAUB Patrick/BRANSON Mark, 3 mai 2013 (cité : FINMA, *Bail-in*).

FINMA, *Catégorisation des banques et des maisons de titres*, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/surveillance/banques-et-maisons-de-titres/categorisation/> (consulté le 30 août 2023) (cité : FINMA, *Surveillance*).

FINMA, *Comité de Bâle sur le contrôle bancaire*, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/finma/cooperation-internationale/policies-et-reglementation/cbcb/> (consulté le 16 août 2023) (cité : FINMA, *CBCB*).

FINMA, *Communiqué de presse : La FINMA juge exécutable les plans d'urgence suisses des deux grandes banques*, 25 février 2020 (cité : FINMA, *Communiqué 2020*).

FINMA, *Communiqué de presse : La FINMA note des progrès dans les plans de recovery et de résolution des établissements financiers d'importance systémique, mais il subsiste des lacunes*, 19 mars 2021 (cité : FINMA, *Communiqué 2021*).

FINMA, *Communiqué de presse : Pour la FINMA, les plans de recovery et de résolution des établissements too big to fail sont en bonne voie, mais des lacunes subsistent*, 24 mars 2022 (cité : FINMA, *Communiqué 2022*).

FINMA, *Fiche d'information – Le régime suisse too big to fail*, 1^{er} décembre 2014 (cité : FINMA, *TBTF 2014*).

FINMA, *Fiche d'information – Les nouvelles exigences too big to fail en matière de fonds propres pour les banques d'importance systémique à l'échelle mondiale en Suisse*, 21 octobre 2015 (cité : FINMA, *TBTF 2015*).

FINMA, *Ist das TBTF-Problem in der Schweiz gelöst ?*, de WYSS David, 17 octobre 2019 (cité : FINMA, *Problème TBTF*).

FINMA, *La FINMA en tant qu'autorité de résolution*, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/mise-en-oeuvre/recovery-et-resolution/la-finma-en-tant-qu'autorite-de-resolution/> (consulté le 25 août 2023) (cité : FINMA, *Autorité*).

FINMA, *Objectifs stratégiques 2021 à 2024*, 18 novembre 2020 (cité : FINMA, *Objectifs*).

FINMA, *Point sur les banques d'importance systémique actives au plan national*, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/mise-en-oeuvre/recovery-et-resolution/rapport-sur-la-resolution-2023/archive/rapport-sur-la-resolution-2021/point-sur-les-banques-d'importance-systémique-actives-au-plan-national/> (consulté le 10 août 2023) (cité : FINMA, *Banques 2021*).

FINMA, *Point sur les banques d'importance systémique actives au plan national*, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/mise-en-oeuvre/recovery-et-resolution/rapport-sur-la->

Feuilles fédérales

- FF **2002** 7476 *Message du 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne*
- FF **2006** 2741 *Message du 1^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN)*
- FF **2008** 7951 *Message du 5 novembre 2008 concernant la modification de la loi sur les banques (Renforcement de la protection des déposants)*
- FF **2008** 8027 *Message du 5 novembre 2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse*
- FF **2010** 3047 *Message du 12 mai 2010 relatif à la planification des mesures destinées à limiter les risques pour l'économie nationale inhérents aux grandes entreprises*
- FF **2010** 3645 *Message du 12 mai 2010 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques (garantie des dépôts)*
- FF **2011** 4365 *Message du 20 avril 2011 concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, too big to fail)*
- FF **2012** 6187 *Message du 1^{er} juin 2012 relatif à l'arrêté fédéral concernant l'approbation des modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les fonds propres (too big to fail)*
- FF **2012** 7771 *Arrêté fédéral du 18 septembre 2012 concernant l'approbation des modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les fonds propres (too big to fail)*
- FF **2012** 8725 *Message du 30 novembre 2012 relatif à l'arrêté fédéral concernant l'approbation du chap. 4 de l'ordonnance sur les liquidités des banques (too big to fail)*
- FF **2013** 4673 *Arrêté fédéral du 20 juin 2013 concernant l'approbation du chap. 4 de l'ordonnance sur les liquidités des banques (too big to fail)*
- FF **2014** 7235 *Message du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers*
- FF **2015** 1793 *Rapport du Conseil fédéral «Too big to fail» du 18 février 2015*
- FF **2017** 4537 *Rapport du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique du 28 juin 2017*
- FF **2019** 5165 *Rapport du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique du 3 juillet 2019*

- FF **2020** 6151 *Message du 19 juin 2020 concernant la modification de la loi sur les banques (LB) (Insolvabilité, garantie des dépôts, ségrégation)*
- FF **2021** 1487 *Rapport du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique du 4 juin 2021*
- FF **2023** 1366 *Initiative parlementaire du 30 mai 2023. Institution d'une CEP en vue d'établir les responsabilités des autorités et des organes dans la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS*
- FF **2023** 1369 *Arrêté fédéral du 8 juin 2023 relatif à l'institution d'une commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la gestion par les autorités de la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS*
- FF **2023** 2165 *Message du 6 septembre 2023 concernant la modification de la loi sur les banques*
- FF **2023** 2166 *Projet du 6 septembre 2023 portant sur la modification de la loi sur les banques*

Table des abréviations et locutions latines

<i>a posteriori</i>	postérieur
Accord de Bâle	Accord de Bâle sur les fonds propres
al.	alinéa
aLB	ancienne Loi sur les banques en vigueur
art.	article(s)
ASB	Association suisse des banquiers
AT1	<i>additional tier 1 capital</i> (fonds propres de base supplémentaires)
BNS	Banque nationale suisse
BRI	Banque des règlements internationaux
CEP	Commission d'enquête parlementaire
CET1	<i>common equity tier 1</i> (fonds propres de base durs)
CF	Conseil fédéral
CFB	Commission fédérale des banques
CHF	francs suisses
CoCos	<i>contingent convertible bonds</i> (obligations convertibles conditionnelles)
CSF	Conseil de stabilité financière
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
D-SIB	<i>domestic systemically important bank</i> (banque d'importance systémique nationale)
<i>de facto</i>	de par les faits
DFF	Département fédéral des finances
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ELA	<i>emergency liquidity assistance</i> (aide extraordinaire de la BNS apportée sous forme de liquidités)
ELA+	<i>emergency liquidity assistance plus</i> (aide extraordinaire supplémentaire de la BNS apportée sous forme de liquidités)
<i>ex ante</i>	au préalable
<i>ex post</i>	après les faits
FF	Feuille fédérale

FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
G-SIB	<i>global systemically important bank</i> (banque d'importance systémique internationale)
G10	Groupe des dix
G20	Groupe des vingt
GesKR	<i>Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht</i>
<i>ibidem</i>	au même endroit
<i>idem</i>	identique
<i>in</i>	dans
<i>in fine</i>	à la fin
<i>Key Attributes</i>	<i>Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions</i> (Caractéristiques principales des régimes de résolution efficaces pour les institutions financières)
la Crise	la crise financière mondiale de 2007-2009
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques), RS. 952.0
LFINMA	Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers), RS 956.1
LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers), RS 958.1
lit.	lettre(s)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
N	Numéro(s) marginal(aux)
NCWO	<i>no creditor worse-off than in liquidation</i> (pas de créancier moins bien placé qu'en cas de liquidation)
NSFR	<i>net Stable Funding Ratio</i> (ratio de financement)
OB	Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne (Ordonnance sur les banques), RS 952.02
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OFR	Ordonnance du 1 ^{er} juin 2012 les fonds propres et la répartition des risques des banques et des maisons de titres (Ordonnance sur les fonds propres, OFR), RS 952.03

OIB-FINMA	Ordonnance du 30 août 2012 de l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur l’insolvabilité des banques et des maisons de titres (Ordonnance de la FINMA sur l’insolvabilité bancaire), RS 952.05
OLiq	Ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités des banques et des maisons de titres (Ordonnance sur les liquidités), RS 952.06
Ordonnance du 16 mars	Ordonnance du 16 mars 2023 sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique, RS 952.3
p.	page(s)
par ex.	par exemple
PIB	produit intérieur brut
PLB	<i>public liquidity backstop</i> (mécanisme public de garantie des liquidités)
pLB	Loi sur les banques proposée
PONV	<i>point of non-viability</i> (point de non-viabilité)
<i>post</i>	après
<i>resolution</i>	assainissement ou liquidation
<i>resolvability</i>	capacité d’assainissement ou de liquidation
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SIB	<i>systemically important bank</i> (banque d’importance systémique)
SIFI	<i>systemically important financial institutions</i> (établissements financiers d’importance systémique)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue Suisse de Jurisprudence)
SLT	<i>Spar- und Leihkasse Thun</i> (Caisse d’épargne et de crédit de Thoune)
SPoE	<i>single point of entry</i> (point d'entrée unique)
ss.	et suivant(e)s
SZW	<i>Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht</i> (Revue suisse de droit des affaires et du marché financier)
TBTF	<i>too big to fail</i> (trop grand pour être mis en faillite)
TLAC	<i>total loss-absorbing capacity</i> (capacité totale d'absorption des pertes)
UE	Union européenne
UK	Royaume-Uni
US	États-Unis
ZKB	<i>Zürcher Kantonalbank</i> (Banque cantonale de Zurich)

1 Introduction

Bien qu'il s'agisse d'établissements du secteur privé, les banques se distinguent des autres agents économiques de par leur rôle fondamental dans le fonctionnement du système financier et en conséquence dans l'économie. Contrairement aux lois les plus récentes, aucun article de la **Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne** (LB) ne décrit formellement ses buts ; cependant, il est généralement reconnu que la LB poursuit au moins deux buts : la protection individuelle et la protection collective¹. D'une part, elle vise à **protéger les individus** contre le risque d'insolvabilité ou d'illiquidité, en particulier les parties cocontractantes les plus faibles, telles que les créanciers et les clients de la banque². D'autre part, cette loi est élaborée en vue de **protéger la fonction** du secteur bancaire, et plus largement celle du marché financier, en recherchant la stabilité et l'efficacité³. En raison des banques d'importance systémique (SIB), et notamment de la réaction en chaîne que la défaillance de l'un de ces établissements peut entraîner, la loi a également pour objectif de **protéger le système** bancaire dans son ensemble⁴.

La **prévention des crises** est un objectif intrinsèque à ces trois fonctions de protection – individuelle, fonctionnelle et systémique – de la LB⁵. Les instruments destinés à éviter les crises se trouvent principalement dans les normes internationales, les exigences minimales et les mécanismes de surveillance prévus par la réglementation bancaire⁶. Plus précisément, les exigences en matière de fonds propres et de liquidités ainsi que les mesures en cas de risque d'insolvabilité, prévues au chapitre XI de la LB, constituent l'aspect matériel de la prévention et de la gestion des crises, alors que la collaboration entre les différentes institutions et autorités en compose l'aspect formel⁷. Le chapitre XI est l'élément central de la défense contre les crises bancaires, puisqu'il poursuit les trois fonctions de protection de la LB⁸.

La **crise financière de 2007-2009** (la Crise), a mis en évidence l'absence de réglementation adéquate ou les lacunes des régimes de liquidation prévus pour les établissements financiers en difficulté, en particulier ceux ayant une importance systémique⁹. Naturellement, en réaction à cette crise, les normes internationales ont été renforcées et les réglementations nationales révisées. En transposant les standards internationaux dans son droit interne, la Suisse a suivi la tendance mondiale. Néanmoins, comme les problèmes engendrés par les banques dites « *too big to fail* » (TBTF) revêtent une importance particulière en Suisse, le pays a été amené à instaurer des exigences complémentaires, plus connues sous l'expression de « *Swiss finish* ».

Les normes introduites par la **réglementation *too big to fail*** poursuivent un double objectif : renforcer la viabilité et la capacité d'assainissement ou de liquidation (*resolvability*) des SIB¹⁰. Ainsi, la réglementation TBTF est composée d'exigences accrues en matière de fonds propres

¹ HAUNREITER, N 3 ; MÜLLER, N 18-24.

² HAUNREITER, N 1-3 ; EMMENEGGER/KURZBEIN, p. 509 ; MÜLLER, N 18-24.

³ *Idem*.

⁴ *Ibidem*, N 1-3 et 922-923 ; *Idem* ; *Idem*.

⁵ HAUNREITER, N 2-3 et 1241.

⁶ *Ibidem*, N 66.

⁷ *Ibidem*, N 1242.

⁸ *Ibidem*, N 3, 57 et 1245 ; EMMENEGGER/KURZBEIN, p. 510-511.

⁹ FF 2020 6151, p. 6160.

¹⁰ BAHAR, p. 623-624 ; MAUCHLE, p. 244.

et de liquidités, et de dispositions améliorant la *resolvability* de ces établissements très interconnectés et à forte influence économique¹¹.

Le régime *too big to fail* a été introduit en vue d'empêcher l'impact dévastateur de la faillite désordonnée d'une SIB, et non sa sortie du marché. Tant le chapitre V que le chapitre XI sont essentiels pour éviter la défaillance des fonctions d'importance systémique et le recours aux deniers publics, et ce, même dans les circonstances les plus difficiles. D'une part, les SIB doivent être plus résilientes (chapitre V), et, d'autre part, une *resolution* – autrement dit un assainissement ou une liquidation – ordonnée doit être réalisable (chapitre XI, XII, XIII).

Cependant, lorsqu'elles étaient confrontées à la situation de crise du *Credit Suisse*, les autorités suisses ont décidé de ne pas mettre en œuvre ce deuxième volet de la réglementation *too big to fail*, mais plutôt de fusionner *Credit Suisse* avec *UBS*. La décision prise en mars 2023 soulève un grand nombre de questions et est encore sujette à de nombreux débats. Tous les impacts de cette décision, et plus globalement, de la prévention et de la gestion de la crise dans son ensemble, ne sont pas encore connus. Néanmoins, il est d'ores et déjà évident que cet événement majeur aura un impact sur la réglementation suisse, voire au-delà des frontières helvétiques.

La présente contribution ne s'attache pas particulièrement à la crise du *Credit Suisse*. Cet événement est plutôt employé comme repère temporel pour l'analyse du cadre réglementaire relatif à la prévention de la faillite bancaire. En se focalisant sur la prévention et la gestion des crises dans le contexte des SIB, le présent mémoire traitera uniquement des dispositions de la LB qui sont pertinentes à ce sujet, soit **la réglementation *too big to fail* et le droit de l'insolvabilité bancaire**. Ce dernier constitue une *lex specialis* par rapport à la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), et est essentiellement contenu dans les chapitres XI, XII et XIII de la LB¹². Toutefois, comme l'indique le titre, la présente contribution se concentre sur les dispositions réglementaires appliquées en amont à une faillite, ordonnée ou désordonnée, (chapitre XI) et non sur les dispositions nécessaires à de telles opérations (chapitres XII et XIII).

Tout d'abord, il conviendra de définir les **notions** de banque d'importance systémique, d'insolvabilité, de faillite bancaire et de *too big to fail*. **L'évolution de la réglementation bancaire** destinée à prévenir la faillite d'une SIB sera ensuite décrite, et ce, en se concentrant davantage sur la réglementation suisse que sur les normes internationales. Ensuite, les **mesures en vigueur** en 2023 seront mises en évidence. Finalement, les **réformes envisagées** au niveau du cadre réglementaire seront présentées, particulièrement celles résultant de la crise du *Credit Suisse*.

¹¹ FF 2023 2165, p. 10.

¹² KÄHR, p. 473-474 ; MAUCHLE, p. 245.

1.1 Notion de banque d'importance systémique

Conformément à l'art 7 al. 1 LB, le terme « banque d'importance systémique » désigne les banques – mais aussi les groupes financiers et conglomérats financiers à dominante bancaire – dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses. Ce terme a été introduit dans la législation suisse en mars 2012, suite à la Crise qui avait révélé l'existence d'un nombre élevé de banques considérées comme trop grandes pour être mises en faillite (*too big to fail*)¹³. En effet, plus des deux tiers des 100 plus grandes banques du monde ont dû recourir à l'aide publique¹⁴.

Le caractère d'importance systémique est déterminé en fonction de **trois critères majeurs** : la taille de la banque (i), son imbrication dans le système financier et l'économie (ii), ainsi que de la possibilité de remplacer dans un délai raisonnable ses services par un autre prestataire (iii)¹⁵. L'art. 8 al. 2 LB énumère, de manière non exhaustive, **plusieurs éléments à évaluer** pour se prononcer sur ces trois critères : la part de marché des fonctions indispensables à l'économie et impossibles à substituer à court terme (lit. a) ; le montant de dépôts privilégiés dépassant les contributions totales au système de la garantie des dépôts (lit. b) ; le rapport entre le bilan de la banque et le produit intérieur brut (PIB) suisse (lit. c) ; ainsi que le profil de risque de la banque (lit. d). Le profil de risque – en d'autres termes la combinaison du modèle d'affaires, de la structure du bilan, de la qualité des actifs, des liquidités et du taux d'endettement (art. 8 al. 2 lit. d LB) – peut influencer notablement sur la probabilité de survenance et l'importance du dommage causé par la défaillance de l'établissement¹⁶. La formulation large de la loi, ainsi que la pertinence relative des critères, confèrent à la Banque nationale suisse (BNS) **une grande marge d'appréciation** lors de la désignation des banques d'importance systémique à l'échelle nationale (art. 8 al. 3 LB)¹⁷. L'importance systémique présuppose tout de même l'exercice d'**au moins une fonction d'importance systémique**, autrement dit, la banque doit détenir une part de marché importante, qui ne peut pas être facilement assumée par d'autres, dans un des segments d'activité indispensables à l'économie tels que les opérations de dépôt, de crédit et de paiement¹⁸.

Les banques peuvent revêtir une importance systémique dans un ou plusieurs pays, auquel cas le risque systémique peut s'étendre à la stabilité financière mondiale. Depuis 2011, le Conseil de stabilité financière (CSF), en collaboration avec le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB) et les autorités nationales, détermine les banques ou groupes financiers ayant une **importance systémique mondiale** (*Global systemically important bank, G-SIB*)¹⁹. Chaque année, environ 30 banques, dont *Credit Suisse* et *UBS*, sont désignées en tant que G-SIB. La classification dans les cinq sous-catégories (*buckets*) peut varier d'une année à l'autre, ce qui influe sur le niveau de fonds propres supplémentaires requis. Les G-SIB sont identifiées d'après l'impact qu'aurait leur faillite sur le système financier mondial et l'économie en général²⁰. A cet effet, **cinq critères** à pondération égale sont pris en compte : la taille, l'activité trans-juridictionnelle, l'interconnexion, la substituabilité/l'infrastructure de l'institution financière et

¹³ FF 2011 4365, p. 4375 ; BÖSCH, p. 256-257.

¹⁴ *Ibidem*, p. 4375.

¹⁵ *Ibidem*, p. 4393 ; LENGWILER *et al.*, p. 16 ; Art. 8 al. 2 LB.

¹⁶ *Ibidem*, p. 4394.

¹⁷ *Ibidem*, p. 4392 et 4394.

¹⁸ *Ibidem*, p. 4393-4395 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 35 ; BNS, *Glossaire*, [SIB].

¹⁹ CSF, *G-SIFI* ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 35.

²⁰ BRI, *Cadre de Bâle*, SCO40.6.

la complexité²¹. Hormis la taille, chaque critère est composé de nombreux indicateurs²². Outre cette méthodologie d'évaluation, la notation et la classification dans les différents *buckets* dépendent également du jugement des autorités ; par conséquent, une banque peut figurer dans une catégorie malgré un score inférieur ou supérieur aux seuils correspondants²³. Les pays membres du CSF doivent appliquer quatre **exigences supplémentaires** à leur G-SIB : un volant de fonds propres plus élevé correspondant à la classification annuelle (i) ; la norme TLAC relative à la capacité totale d'absorption des pertes, en parallèle aux exigences de fonds propres de Bâle III (ii) ; une planification et une évaluation de la *resolvability* (iii) ; ainsi qu'une surveillance accrue en particulier dans la gestion des risques (iv)²⁴.

Les SIB qui ne sont pas définies comme G-SIB sont qualifiées de *Domestic systemically important bank (D-SIB)*²⁵. Afin d'assurer la complémentarité avec le cadre défini pour les G-SIB et minimiser les externalités négatives domestiques voire transfrontalières, le CBCB fixe des principes quant à la méthodologie d'évaluation et à une plus importante absorption des pertes (*Higher Loss Absorbency*)²⁶. Pour les D-SIB, une **approche basée sur les principes** est privilégiée, ce qui permet au système d'évaluation d'être **adapté aux circonstances nationales**²⁷. En effet, les critères des G-SIB – excepté l'activité trans-juridictionnelle qui n'est pas nécessairement pertinente – sont conseillés pour déterminer l'impact des difficultés ou de la défaillance d'une banque sur le système financier et l'économie d'un pays²⁸. Néanmoins, les autorités peuvent ajouter des critères spécifiques au pays et déterminer la pondération adéquate des critères sélectionnés²⁹. Par ailleurs, il est également possible d'adapter les exigences aux particularités du pays en allant au-delà du cadre minimal, notamment celui Bâle III³⁰. La notion de *Swiss Finish* désigne ainsi les normes plus strictes, en particulier celles en matière de fonds propres, adoptées dans la réglementation TBTF suisse³¹.

Le **Cadre de Bâle** (*Basel Framework*) consolide toutes les normes du CBCB – dont Bâle III – et contient dans sa norme « Champ d'application et définitions » (*Scope and definitions*) les **méthodologies d'évaluation** des G-SIB et des D-SIB³². Le principal organisme mondial de standardisation de la réglementation prudentielle bancaire, à savoir le CBCB, établit les exigences minimales destinées aux banques à dimension internationale³³. La Suisse, en tant que membre de cet organisme, s'est engagée à implémenter et appliquer ces standards dans sa juridiction selon le calendrier prédéfini³⁴.

²¹ BRI, *Cadre de Bâle*, SCO40.7.

²² *Idem*.

²³ BRI, *G-SIB*.

²⁴ CSF, *Liste*, p. 1-2.

²⁵ FINMA, *Rapport 2020*, p. 35 ; WYSS, p. 27 ; Art. 124a OFR.

²⁶ BRI, *Cadre de Bâle*, SCO50.1 et SCO50.3-50.4.

²⁷ *Ibidem*, SCO50.5 et SCO50.14.

²⁸ *Ibidem*, SCO50.4-50.5 et SCO50.15.

²⁹ *Ibidem*, SCO50.16-50.17.

³⁰ *Ibidem*, RBC40.7 ; BNS, *Glossaire*, [*Swiss finish* et SIB].

³¹ BNS, *Glossaire*, [*Swiss finish* et SIB].

³² BRI, *Cadre de Bâle* ; BRI, *Bâle III*.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

Fin 2022, la Suisse comptait cinq SIB parmi les 222 banques actives sur le territoire helvétique³⁵. En raison de la fusion d'urgence entre *Credit Suisse* et *UBS*, il n'existe plus qu'une G-SIB suisse. En 2013, 2014 et respectivement 2015, la BNS qualifia la Banque cantonale de Zurich (*Zürcher Kantonalbank*, ZKB), la *Raiffeisen* et la *PostFinance* de D-SIB³⁶. En Suisse, les G-SIB sont désignées comme des « banques d'importance systémique actives au plan international » et les D-SIB comme des « banques d'importance systémique actives au plan national »³⁷. Ces dernières sont soumises à des exigences moins strictes³⁸.

1.2 Notion d'insolvabilité et faillite bancaire

« Une **crise** peut être définie comme un événement qui déstabilise une banque et peut entraîner son assainissement ou sa liquidation. Un tel événement peut concerner une seule banque (par ex. dans le cas d'une perte dans ses activités de négoce) ou le secteur bancaire dans son ensemble (par ex. dans le cas d'une crise du marché immobilier)³⁹. » Dans un premier temps, l'établissement ou le groupe bancaire essaie de se stabiliser de manière autonome (phase de stabilisation/*recovery*)⁴⁰. Dans un second temps, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) intervient afin d'ordonner l'assainissement ou la faillite (phase *resolution*)⁴¹.

En 2011, certaines expressions de la LB ont été remplacées afin de clairement distinguer la « liquidation » de la « faillite »⁴². Le premier terme se réfère à la liquidation solvable et forcée – en opposition à la liquidation volontaire – qui suit le retrait (art. 23^{quinquies} al. 1 LB) ou la constatation de l'absence de l'autorisation d'exercer⁴³. Le second terme désigne la **liquidation par voie de faillite** consécutive à l'insolvabilité (art. 25 al. 1 lit. c LB)⁴⁴. La FINMA peut ordonner la faillite lorsqu'une banque **risque l'insolvabilité**, plus précisément, lorsqu'elle semble surendettée, illiquide ou qu'elle ne respecte pas les prescriptions en matière de fonds propres malgré un délai de remédiation. Dans la présente contribution, les termes « liquidation » et « faillite » seront, en principe, utilisés de manière interchangeable en sous-entendant la liquidation par voie de faillite.

L'objectif de l'autorité de surveillance et de *resolution* n'est pas d'empêcher la sortie du marché ; néanmoins, dans le but de protéger les clients, les créanciers et le système financier, ainsi que d'éviter un sauvetage étatique, elle doit s'assurer que cette sortie soit la plus ordonnée possible⁴⁵. Une **resolution ordonnée** a lieu lorsque l'assainissement ou la liquidation n'engendrent pas une perturbation systémique grave, en d'autres termes, sans exposer les contribuables à des pertes et sans interrompre les fonctions économiques vitales⁴⁶. Comme

³⁵ BNS, *Rapport 2023*, p. 20.

³⁶ FINMA, *Problème TBTF*, p. 2 ; WYSS, p. 55-56.

³⁷ FINMA, *Rapport 2020*, p. 6 ; Art. 124a OFR.

³⁸ FINMA, *Rapport 2020*, p. 6.

³⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 16.

⁴² FF 2010 3645, p. 3666.

⁴³ *Idem* ; FINMA, *Autorité*.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ FINMA, *Autorité* ; LENGWILER *et al.*, p. 16.

⁴⁶ CSF, *Key Attributes*, p. 1 et 3.

l'assainissement permet d'assurer davantage de stabilité financière, puisqu'il contribue à la poursuite de l'activité ou, du moins, au maintien de certains services bancaires, il est privilégié lorsqu'une SIB se trouve en difficulté⁴⁷.

1.3 Problématique du *Too Big To Fail*

Les établissements perçus comme trop grands pour faire faillite bénéficient d'une **garantie implicite de l'État** en raison des prestations indispensables et irremplaçables à court terme qu'ils fournissent à l'économie, et par conséquent, de l'impact dévastateur qu'ils auraient lors d'une sortie du marché désordonnée⁴⁸. Cette garantie découle de l'obligation de l'État d'assurer le maintien des fonctions systémiques en vue de protéger le système financier et l'économie réelle⁴⁹. Comme la faillite d'une banque dite TBTF met en danger l'économie nationale, les pouvoirs publics sont *de facto* contraints à intervenir⁵⁰. Les banques d'importance systémique **gènèrent divers problèmes**. Tout d'abord, étant perçues comme subventionnées par l'État et donc plus solvables, elles entraînent des distorsions de concurrence et rendent l'effet disciplinaire de la menace de la faillite – pourtant essentiel au marché – inefficace⁵¹. Ensuite, puisque les bénéficiaires restent privés mais que les pertes deviennent publiques, la propension au risque au sein de ces établissements augmente (aléa moral)⁵². Finalement, en plus d'exposer les contribuables à des dommages financiers considérables, les sauvetages étatiques (*bail-out*) biaisent le bon ordre du marché⁵³.

L'objectif premier du cadre réglementaire TBTF est de diminuer la probabilité d'une intervention des pouvoirs publics causée par la présomption d'une banque *too big to fail*⁵⁴. Après la Crise, de nombreux États, dont la Suisse, ne souhaitent plus que leurs contribuables prennent en charge les coûts des sauvetages étatiques, ce qui a engendré un **changement de paradigme** : lors d'un assainissement, ce sont les créanciers qui doivent, comme pour toute autre entreprise en difficulté, absorber les pertes (*bail-in*)⁵⁵.

Pour endiguer cette problématique, il est nécessaire de diminuer la probabilité ainsi que de réduire l'étendue et la sévérité des répercussions de la défaillance d'une SIB⁵⁶. A cet effet, il convient tout d'abord d'identifier les SIB afin de les doter d'une **protection supplémentaire** au moyen d'exigences accrues en matière de fonds propres et de liquidités⁵⁷. A l'échelle internationale, le CBCB établit les standards minimaux permettant aux banques d'absorber leurs pertes potentielles et de résister à un choc de liquidités⁵⁸. Ensuite, il est nécessaire de **préparer la gestion des crises** notamment par le biais de la planification et de l'amélioration

⁴⁷ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 19 ; LENGWILER *et al.*, p. 16.

⁴⁸ FINMA, *Bail-in*, p. 1 ; FINMA, *TBTF 2014*, p. 1 ; FF 2021 1487, p. 2.

⁴⁹ FF 2011 4365, p. 4436.

⁵⁰ ROTH, p. 286 ; MÜLLER, *Introduction*, N 14.

⁵¹ FF 2011 4365, p. 4437 ; FINMA, *Bail-in*, p. 1 ; FINMA, *TBTF 2014*, p. 1 ; MÜLLER, *Introduction*, N 14 ; BRI, *Cadre de Bâle*, SCO40.1.

⁵² FF 2011 4365, p. 4436 ; FINMA, *TBTF 2014*, p. 1 ; MÜLLER, *Introduction*, N 14 ; BRI, *Cadre de Bâle*, SCO40.1.

⁵³ FINMA, *TBTF 2014*, p. 1.

⁵⁴ FF 2021 1487, p. 2 ; BÖSCH, p. 261-262 ; FINMA, *Problème TBTF*, p. 5.

⁵⁵ FINMA, *Bail-in*, p. 3 ; BÖSCH, p. 257 ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 84 ; BAHAR, p. 619 et 624-625 ; FINMA, *Problème TBTF*, p. 1-2 et 5 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 6-7.

⁵⁶ FINMA, *TBTF 2014*, p. 1-2 ; BRI, *Cadre de Bâle*, SCO40.3.

⁵⁷ *Idem* ; *Idem* ; BAHAR, p. 623-624 ; FINMA, *Problème TBTF*, p. 2.

⁵⁸ FINMA, *TBTF 2014*, p. 1-2 ; BRI, *Cadre de Bâle*, SCO40.3.

du cadre juridique⁵⁹. Le CSF coordonne les mesures internationales de *recovery* et de *resolution*⁶⁰. En tant que membres de cet organisme, la BNS et la FINMA ont eu un rôle actif dans l'élaboration des normes de *resolution*⁶¹.

La problématique du TBTF est **particulièrement marquée en Suisse**, notamment en raison du rapport entre la taille des SIB et la performance économique du pays⁶². Pour comparer de ces deux éléments, la BNS utilise l'**exposition globale** comme indicateur de la taille des banques⁶³. Au premier trimestre de 2022, l'exposition globale de *Credit Suisse* représentait 120% du PIB suisse et celle d'UBS 140%⁶⁴. Au dernier trimestre de 2022, elles s'élevaient à 60% et 125% respectivement⁶⁵. Lorsque la taille des G-SIB dépasse le PIB, les dommages sur l'économie peuvent, dans le pire des scénarios, être supérieurs à la capacité financière du pays⁶⁶. En comparaison à d'autres pays, la Suisse a un rapport taille-PIB plus élevé, ce qui expose l'économie suisse à un risque majeur et entraîne des exigences prudentielles plus strictes pour les SIB suisses⁶⁷.

Le législateur était conscient, quasiment dès le départ, que la mise en œuvre de la réglementation TBTF serait un **processus complexe et de longue durée**⁶⁸. Dans le message du 20 avril 2011, des délais de transition, la plupart indéterminés, étaient prévus pour la mise en œuvre des exigences définies dans les ordonnances d'exécution de la LB⁶⁹. Pour les mesures relatives aux fonds propres, l'implémentation progressive était prévue jusqu'au 1^{er} janvier 2019, en concordance avec Bâle III⁷⁰. Très tôt également, la nécessité d'améliorer et d'adapter la réglementation était évidente⁷¹. Plus tard, en 2019, le responsable de la division *recovery et resolution* de la FINMA affirmait que malgré une progression significative les dix dernières années, la problématique du TBTF n'était pas résolue et que pour répondre aux attentes du législateur, il restait encore « un bon bout de chemin »⁷². Il précisait aussi qu'il ne serait possible de répondre à la question « *le problème du TBTF est-il résolu en Suisse ?* » qu'en cas d'urgence, car ce n'est à ce moment-là que le résultat des efforts fournis serait visible.

⁵⁹ *Idem* ; BAHAR, p. 623-624.

⁶⁰ BRI, *Cadre de Bâle*, SCO40.3.

⁶¹ FINMA, *Rapport 2020*, p. 8.

⁶² FINMA, *Bail-in*, p. 1 ; FINMA, *TBTF 2015*, p. 4 ; FF **2015** 1793, p. 1798 ; FF **2021** 1487, p. 2.

⁶³ BNS, *Rapport 2022*, p. 20 ; BNS, *Rapport 2023*, p. 21.

⁶⁴ BNS, *Rapport 2022*, p. 20.

⁶⁵ BNS, *Rapport 2023*, p. 21.

⁶⁶ FF **2011** 4365, p. 4374.

⁶⁷ FF **2015** 1793, p. 1798 ; FF **2019** 5165, p. 5168 ; FF **2021** 1487, p. 7.

⁶⁸ FINMA, *Problème TBTF*, p. 2-3.

⁶⁹ FF **2011** 4365, p. 4427-4428 ; FF **2015** 1793, p.1796.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 4427-4428.

⁷¹ FF **2015** 1793, p. 1802 ; WYSS, p. 32.

⁷² FINMA, *Problème TBTF*, p. 5.

2 Évolution des normes internationales

Suite aux divers *bail-outs* de grands groupes financiers lors de la Crise, de nombreux gouvernements ont estimé qu'il était **indispensable de renforcer le système financier mondial**⁷³. De la Crise étaient ressorties l'absence de réglementations adaptées et les lacunes dans les régimes de liquidation prévus pour les établissements financiers en difficulté, en particulier ceux ayant une importance systémique⁷⁴. En conséquence, le forum de 2009 du Groupe des vingt (G20) avait pour objectif d'augmenter la stabilité et la résistance aux crises du système bancaire, ainsi que d'édicter de nouvelles règles uniformes destinées à prévenir et à gérer les crises⁷⁵. Les États du G20 ont confié, d'une part, l'établissement d'exigences internationales en matière de capital et de liquidités au CBCB, et, d'autre part, l'édition de normes internationales relatives à la maîtrise des crises au CSF⁷⁶. Une convergence internationale et un accord sur des principes minimaux étaient requis, car les externalités négatives ne se limitent pas aux frontières nationales, surtout pour les G-SIB⁷⁷.

Les mesures contenues dans les **réglementations TBTF** de la Suisse, des États-Unis (US), de l'Union européenne (UE) et du Royaume-Uni (UK) sont **similaires** en raison des exigences internationales de référence et de la pression de s'y conformer⁷⁸. En effet, les pays membres du CBCB et du CSF s'attendent mutuellement à ce que les normes internationales non contraignantes (*soft laws*) édictées par ces institutions soient mises en œuvre au moyen du droit national⁷⁹. Les réglementations des juridictions précitées visent toutes à renforcer la résistance aux crises des établissements financiers et à préparer les éventuelles crises futures ; toutefois, la pondération des diverses mesures varie⁸⁰.

Les normes de ces deux organismes basés à Bâle peuvent être complétées selon les spécificités nationales⁸¹. En raison de l'importance particulière de la problématique TBTF, la Suisse édicte généralement des règles plus rigoureuses, notamment au niveau des mesures prudentielles (fonds propres, liquidités et répartition des risques)⁸². Néanmoins, elle veille à l'équilibre entre la stabilité financière et la compétitivité internationale⁸³. En plus de se calquer sur les normes internationales, leur **mise en œuvre à l'étranger** influe sur l'entrée en vigueur en Suisse ; à titre d'exemple, l'application nationale du ratio de financement (*Net Stable Funding Ratio*, NSFR) a été reportée de trois ans et demi en raison du retard pris par l'UE et les US⁸⁴.

⁷³ MAUCHLE, p. 244 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 7.

⁷⁴ FF 2020 6151, p. 6160.

⁷⁵ FINMA, *Rapport 2020*, p. 7.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ ROTH, p. 285-286 ; SCHILTKNECHT, *Nouveau droit*, p. 61-62 ; BRI, *Cadre de Bâle*, SCO40.2 et SCO50.3 ; LENGWILER *et al.*, p. 19.

⁷⁸ FF 2015 1793, p. 1796-1797 ; MAUCHLE, p. 248.

⁷⁹ CSF, Mandat ; CSF, *Travail* ; LENGWILER *et al.*, p. 19.

⁸⁰ FF 2015 1793, p. 1796-1798.

⁸¹ *Ibidem*, p. 1797.

⁸² *Ibidem*, p. 1798 ; FF 2019 5165, p. 5168 ; DFF, *Rapport OFR 2022*, p. 8.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ GMÜR/BOCHUD, p. 105 ; FF 2021 1487, p. 9.

2.1 Comité de Bâle sur le contrôle bancaire

Le CBCB a été fondé par le Groupe des dix (G10) en 1974 suite à de graves perturbations dans les marchés internationaux, et en particulier l'effondrement de la banque allemande *Herstatt*⁸⁵. Cette instance centrale en matière de coordination internationale de la réglementation bancaire, dont le siège se trouve à la Banque des règlements internationaux (BRI) à Bâle, a pour objectif de **renforcer la stabilité financière**⁸⁶. Le CBCB favorise de manière déterminante l'harmonisation à l'échelle internationale des surveillances nationales⁸⁷. D'une part, il augmente la qualité du contrôle bancaire en édictant des normes prudentielles minimales, et en développant des techniques de surveillance ; d'autre part, il sert de plateforme d'échange régulier entre ses membres issus de 28 juridictions différentes⁸⁸. Les normes édictées par le CBCB sont fréquemment reconnues comme standards minimaux. C'est le cas en particulier des dispositions issues de **l'Accord de Bâle sur les fonds propres** (l'Accord de Bâle), qui est plus connu sous le nom de Bâle I, Bâle II et Bâle III⁸⁹.

Le CBCB a tout d'abord établi des principes pour la surveillance transfrontière des banques actives à l'international⁹⁰. Ensuite, l'adéquation des fonds propres est devenue sa préoccupation principale⁹¹. L'Accord de Bâle sur les fonds propres, destiné à augmenter la stabilité du système bancaire international et à diminuer l'inégalité concurrentielle issue des différentes exigences nationales, a été approuvé par le G10 en 1988 (**Bâle I**)⁹². La majorité des pays ayant des **banques actives sur le plan international** ont dès lors introduit des exigences minimales basées sur les positions pondérées en fonction des risques (*Risk-Weighted Assets*)⁹³. La première version de l'Accord de Bâle se concentrait sur le risque de crédit⁹⁴. Divers avenants ont été publiés afin d'adapter le dispositif au fil du temps, dont celui de 1996 intégrant le risque de marché au calcul d'adéquation des fonds propres⁹⁵.

La première révision de l'Accord de Bâle a eu lieu en 2004 (**Bâle II**) et était basée sur **trois piliers** : l'extension des risques couverts (i), notamment les risques opérationnels ; la conception d'un processus de contrôle prudentiel (ii) ; et l'obligation de divulgation (iii) visant à renforcer la discipline de marché et à encourager les bonnes pratiques⁹⁶. Le besoin d'amélioration du dispositif de Bâle II était manifeste avant même l'effondrement de *Lehman Brothers* en 2008, car en plus des gouvernances, de la gestion des risques et des structures d'incitation inappropriées, les banques possédaient au début de la Crise de trop grands effets de levier et des réserves de liquidités inappropriées⁹⁷.

⁸⁵ BÖSCH, p. 263-264 ; BRI, *Histoire* ; BNS, *Glossaire*, [Bâle I].

⁸⁶ FINMA, *CBCB* ; BRI, *Histoire*.

⁸⁷ HUNKELER, p. 490.

⁸⁸ BRI, *Histoire* ; BNS, *Glossaire*, [CBCB].

⁸⁹ *Idem* ; *Ibidem*, [Accord de Bâle sur les fonds propres].

⁹⁰ BRI, *Histoire*.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Idem* ; BNS, *Glossaire*, [Bâle I].

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ BÖSCH, p. 263-264 ; BRI, *Histoire* ; BNS, *Glossaire*, [Bâle II].

⁹⁷ BRI, *Histoire*.

Fin 2010, en réaction à la Crise, le dispositif de l'Accord de Bâle a été révisé en deux volets (**Bâle III**)⁹⁸. Le premier volet – en plus de renforcer les trois piliers de Bâle II, en particulier en améliorant la qualité et la quantité des fonds propres – introduit des exigences spécifiques pour les **SIB**, un **taux d'endettement maximum** (ratio de levier, *Leverage Ratio*), et deux normes en matière de **liquidités** : le *Liquidity Coverage Ratio*, un ratio déterminant un minimum de liquidités requis à court terme (30 jours), et le NSFR, un minimum destiné à remédier aux asymétries des échéances à long terme (1 an)⁹⁹. En Suisse, les premières dispositions de Bâle III ont été progressivement mises en œuvre entre 2013 et fin 2018¹⁰⁰. Le second volet, finalisé en 2017, s'est focalisé sur l'amélioration de la comparabilité des ratios de fonds propres ainsi que sur le calcul des positions pondérées en fonction des risques, afin de redonner de la crédibilité à ce dernier¹⁰¹. Ces modifications devraient entrer en vigueur en Suisse le 1^{er} juillet 2024¹⁰². L'ensemble des mesures de Bâle III ont pour objectif de renforcer la réglementation, le contrôle et la gestion des risques bancaires¹⁰³.

Outre l'Accord de Bâle sur les fonds propres, le CBCB a également publié diverses directives et recommandations, notamment à propos de la *resolution* des établissements bancaires transfrontaliers¹⁰⁴, du traitement des banques fragiles¹⁰⁵ et des tests de résistance^{106 107}.

2.2 Conseil de la stabilité financière

En réaction aux impacts économiques et sociaux négatifs de la Crise, le G20 s'est engagé dans une révision approfondie du système financier mondial¹⁰⁸. Le CSF a été chargé de coordonner le développement et la promotion d'un cadre international complet relatif à la réglementation et la surveillance¹⁰⁹. A cet effet, **plusieurs réformes** ont été adoptées, notamment dans le but d'améliorer la résilience des établissements financiers, de rendre plus efficaces la surveillance et les régimes de *resolution*, ainsi que d'atténuer le problème de l'aléa moral et les risques systémiques liés à la perception d'être *too big to fail*¹¹⁰. Plus précisément, à propos de ce dernier objectif de **mettre fin au TBTF**, le mandat était composé de trois éléments : la diminution du risque de contagion (i), la réduction des effets de la défaillance d'un établissement financier d'importance systémique (*Systemically important financial institution*, SIFI) (ii) ; et l'amélioration des possibilités de liquidation des SIFI ne sollicitant pas l'argent du contribuable (iii)¹¹¹.

⁹⁸ *Idem* ; BNS, *Glossaire*, [Bâle III].

⁹⁹ *Idem* ; *Idem* ; FINMA, *CBCB* ; FF 2021 1487, p. 9.

¹⁰⁰ BRI, *Histoire* ; BNS, *Glossaire*, [Bâle III] ; FINMA, *CBCB*.

¹⁰¹ BRI, *Finalisation*, p. 1 ; BRI, *Histoire* ; BNS, *Glossaire*, [Bâle III].

¹⁰² DFF, *Rapport OFR 2022*, p. 8.

¹⁰³ BRI, *Bâle III*.

¹⁰⁴ [Report and recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group](#)

¹⁰⁵ [Supervisory Guidance on Dealing with Weak Banks](#)

¹⁰⁶ [Principles for sound stress testing practices and supervision](#)

¹⁰⁷ HUNKELER, p. 490 ; FINMA, *Test de résistance*.

¹⁰⁸ CSF, *Post-2008*.

¹⁰⁹ *Idem* ; CSF, *Histoire*.

¹¹⁰ CSF, *Post-2008*.

¹¹¹ FF 2011 4365, p. 4389.

Afin de promouvoir la stabilité financière, le CSF opère selon un processus en trois étapes : il surveille l'évolution du système financier mondial, **détermine ses vulnérabilités** et recommande des actions de remédiation (i) ; puis, il **élabore les directives et les normes minimales** (ii) ; enfin, après la coordination des travaux, l'organisme international **supervise l'implémentation** des réformes et en rend compte au G20 (iii)¹¹².

Dans le cadre de la deuxième étape susmentionnée, le CSF définit les standards internationaux relatifs à la prévention et à la gestion des crises financières¹¹³. En 2011, il a adopté les caractéristiques principales des **régimes de resolution** efficaces pour les institutions financières (*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions ; Key Attributes*). Les politiques nationales d'assainissement et de liquidation doivent posséder douze attributs essentiels, dont une planification d'urgence ainsi que la création d'instances transfrontalières dénommées *crisis management groups* (groupes de gestion de crise) pour les SIFI mondiaux¹¹⁴. Bien qu'ils soient voués aux SIFI, les *Key Attributes* servent de principes directeurs pour les régimes de *resolution* bancaire et les mécanismes y afférents¹¹⁵.

En 2014, des recommandations supplémentaires concernant la mise en œuvre des *Key Attributes* ont été publiées¹¹⁶. L'année suivante, le CSF a édicté les normes relatives à la capacité totale d'absorption des pertes (*Total Loss-Absorbing Capacity, TLAC*) des G-SIB avant et pendant la période de *resolution*¹¹⁷. Le standard TLAC traite de la **solvabilité et de la recapitalisation** des G-SIB dans le but qu'elles puissent être assainies ou liquidées de manière ordonnée et ainsi n'être plus perçues comme *too big to fail*¹¹⁸. Le principe du *bail-in*, c'est-à-dire la participation des créanciers aux pertes avant les contribuables mais après les propriétaires, s'est imposé au niveau mondial¹¹⁹.

En 2016, la CSF a publié les lignes directrices concernant le financement temporaire de la *resolution* ordonnée d'une G-SIB (*Guiding principles on the temporary funding needed to support the orderly resolution of a global systemically important bank*)¹²⁰. Ces principes, destinés aux autorités impliquées dans les groupes de gestion de crise, viennent compléter le financement des établissements en *resolution* (*Key Attribute* numéro six) ainsi que les normes TLAC en développant un **soutien temporaire de liquidités**, auxiliaire à la propriété publique temporaire ou au soutien temporaire à la solvabilité¹²¹.

Par ailleurs, le CSF recueille chaque année les évaluations de la **resolvabilité des G-SIB** faites par les autorités compétentes conformément au processus d'évaluation, et établit une vue d'ensemble qu'il publie dans son rapport annuel sur l'implémentation des réformes en matière de *resolution*¹²².

¹¹² CSF, *Mandat ; CSF, Travail*.

¹¹³ FINMA, *Rapport 2020*, p. 8.

¹¹⁴ CSF, *Key Attributes*, p. 1 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 8.

¹¹⁵ BRI, *Résumé*, p. 1 ; FF 2020 6151, p. 6161.

¹¹⁶ CSF, *Key Attributes*, p. 1-2.

¹¹⁷ CSF, *TLAC*, p. 3.

¹¹⁸ *Idem* ; CSF, *G-SIB temporary funding*, p. 6-7.

¹¹⁹ SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 84 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 7-8.

¹²⁰ FINMA, *Rapport 2020*, p. 8 ; FF 2023 6165, p. 21.

¹²¹ CSF, *G-SIB temporary funding*, p. 7.

¹²² FINMA, *Rapport 2020*, p. 26 ; CSF, *Resolution Report*, p. 4 et 10-11.

3 Évolution de la réglementation suisse

3.1 Loi sur les banques

La révision des dispositions relatives à l'assainissement bancaire semblait déjà nécessaire peu de temps après l'entrée en vigueur de la LB en 1934¹²³. **En 1936, un arrêté fédéral urgent** a été édicté afin que le Conseil fédéral (CF) puisse modifier le droit concordataire et sauver les banques suisses de la crise¹²⁴. A deux reprises – en 1938 puis en 1976 – des commissions d'experts ont été chargées de revoir le droit relatif à l'assainissement et à la faillite de banques ; cependant, aucun de ces projets n'a abouti¹²⁵.

A la suite de la faillite de la Caisse d'épargne et de crédit de Thoun (*Spar- und Leihkasse Thun*, SLT) en 1991, une troisième commission d'experts s'est vue confiée, en mars 1999, la tâche d'adapter le droit de l'assainissement et de la liquidation bancaire ainsi que d'améliorer la protection des déposants¹²⁶. Le projet de modification proposé – reprenant en grande partie le droit de l'assainissement prévu par le régime spécial élaboré en 1936 et maintenu jusqu'en 1949 – a été fructueux¹²⁷. Cette **révision, entrée en vigueur en 2004**, visait à accroître les probabilités de survie d'une banque et à renforcer la stabilité du système bancaire dans les périodes de crise¹²⁸. La Commission fédérale des banques (CFB) s'est vue confiée davantage de responsabilités lors de la résolution des crises, puisqu'en tant qu'autorité spécialisée, elle était la seule institution à disposer des informations indispensables¹²⁹. L'État s'est ainsi vu déchargé de l'obligation d'intervenir face aux problèmes de solvabilité et a depuis privilégié les solutions privées, dont l'assainissement sous la direction de la CFB¹³⁰.

Fin 2008, les pouvoirs publics sont intervenus pour **stabiliser UBS** et renforcer la protection des déposants¹³¹. Afin d'agir rapidement et préserver l'économie suisse, le CF a édicté une ordonnance en vertu des articles 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst.) qui lui permettent d'intervenir en vue de sauvegarder les intérêts de la Suisse lors de **situations d'exception**¹³². En parallèle, la CFB a édicté des mesures spécifiques destinées aux deux grandes banques suisses de manière à réduire les risques auxquels les contribuables étaient exposés¹³³. Depuis la Crise, la **réglementation bancaire a été révisée** à plusieurs reprises afin d'atténuer les risques engendrés par les banques dites *too big to fail* et de réduire les interventions étatiques. Cependant, malgré les diverses révisions du droit bancaire relatif à la prévention et à la gestion des crises, présentées ci-après, l'État est intervenu en 2023 – comme en 1936 et en 2008 – au moyen du droit d'urgence, afin de secourir une banque en difficulté.

¹²³ FF **2002** 7476, p. 7481.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 7482.

¹²⁵ *Idem* ; EMMENEGGER/KURZBEIN, p. 510.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 7484 ; *Idem*.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 7477, 7482, 7487 et 7501 ; *Idem*.

¹²⁸ FF **2002** 7476, p. 7526.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ FF **2008** 8027, p. 8029.

¹³² *Ibidem*, p. 8051-8053.

¹³³ *Ibidem*, p. 8029.

3.1.1 Révision entrée en vigueur en juillet 2004

3.1.1.1 Modification réglementaire

La dénomination et le contenu des chapitres XI, XII et XIII ont substantiellement changé suite à la modification du 3 octobre 2003¹³⁴. En effet, avant le 1^{er} juillet 2004¹³⁵, le chapitre XI permettait aux banques exposées à des retraits excessifs et continus de demander au CF une **prorogation des échéances**. Pour l'utilisation de cette mesure, l'article 27 de l'ancienne LB en vigueur (aLB) établissait trois exigences : une durée limitée, la consultation préalable de la BNS et de la CFB, ainsi que la sélection de mesures de protection adaptées au cas d'espèce par analogie aux articles 29 à 35 du chapitre XII. Selon l'art. 28 aLB, dès lors que la banque cessait de remplir les conditions nécessaires, la prorogation des échéances était révoquée et le juge pouvait soit ordonner un sursis (art. 29), notamment en vue d'un assainissement extrajudiciaire (art. 33) ; soit charger le commissaire de demander la déclaration immédiate de faillite auprès du juge compétent (art. 35 al. 2). Cette requête était effectuée lorsque la banque devenait surendettée pendant le sursis, ou lorsque l'assainissement ou le sursis étaient voués à l'échec et qu'un concordat n'avait pas été requis. Les **prescriptions particulières** de la faillite et du concordat étaient réglées par le chapitre XIII.

Pour simplifier ce régime complexe, le droit de l'insolvabilité bancaire a été remodelé. Les **fondements des chapitres XI, XII et XIII**, appliqués en 2023, sont entrés en vigueur dès le 1^{er} juillet 2004. En effet, la prorogation des échéances et le sursis ont cessé d'être des chapitres de la loi, respectivement XI et XII, et sont devenus des mesures protectrices (art. 26 al. 1 lit. h LB) que l'autorité de surveillance peut prononcer en cas de risque d'insolvabilité. Depuis cette révision de la loi, trois chapitres distincts existent : le chapitre XI traite des **mesures appliquées en cas de risque d'insolvabilité** telles que l'assainissement ; le chapitre XII fixe la **liquidation d'une banque insolvable** dont l'assainissement ne peut être envisagé ou a échoué ; et le chapitre XIII définit le système d'autorégulation de la **garantie des dépôts**.

3.1.1.2 Raisons de la modification

Dans le message du 20 novembre 2002, la modification du droit fédéral sur l'assainissement et la liquidation des banques est considérée comme une évidence en raison des **nombreuses lacunes de procédure** constatées régulièrement dans la pratique¹³⁶. Cependant, la réforme de l'ancien droit n'est devenue une nécessité que lorsque les insuffisances, pourtant bien connues en théorie, ont eu une importance pratique avec la défaillance de la SLT¹³⁷. Pour combler ces lacunes, le maître-mot était : simplification. En premier lieu, les **dispositions spécifiques** relatives à l'assainissement et la liquidation bancaire ont été **ramenées à l'essentiel et regroupées dans la LB**¹³⁸. Auparavant, les dispositions et les divers instruments d'intervention étaient dispersés dans plusieurs actes législatifs, ce qui alourdissait et retardait la procédure¹³⁹. Désormais, seules les normes indispensables aux procédures d'assainissement et de liquidation sont exposées dans la loi afin d'offrir aux autorités une marge de manœuvre primordiale à

¹³⁴ RO 2004 2767

¹³⁵ RS 952.0, état au 14 avril 2004

¹³⁶ FF 2002 7476, p. 7477-7478.

¹³⁷ KÄHR, p. 477.

¹³⁸ FF 2002 7476, p. 7477.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 7477-7478 ; KÄHR, p. 476-477.

l'application adéquate au cas d'espèce¹⁴⁰. En second lieu, le nombre d'instances impliquées a été réduit et la coordination entre surveillance, assainissement et liquidation améliorée, **en attribuant à la CFB la compétence exclusive** d'ordonner les mesures protectrices, l'assainissement ou la faillite¹⁴¹. Les mesures d'assainissement peuvent ainsi être prises rapidement, de manière objective, réaliste et adaptée, ce qui permet d'atteindre plus facilement l'objectif principal, à savoir empêcher la liquidation¹⁴². Si cette dernière ne peut être évitée, le fait de garder le dossier auprès des autorités spécialisées et de ne pas le transférer aux offices des poursuites cantonales donne lieu à une optimisation des ressources humaines, une réduction des coûts et un dédommagement des créanciers plus efficace¹⁴³.

Auparavant, la mise en œuvre des diverses mesures visant à améliorer la situation d'une banque menacée par l'insolvabilité relevait souvent de la compétence du juge cantonal, parfois de la CFB, et exceptionnellement – pour la prorogation des échéances – du CF¹⁴⁴. La CFB surveillait le respect des obligations légales, en particulier celles concernant les fonds propres, et assainissait discrètement les banques risquant l'insolvabilité¹⁴⁵. Si son implication informelle n'amenait pas les résultats escomptés, la CFB devait retirer l'autorisation, ce qui provoquait inéluctablement la liquidation¹⁴⁶. L'assainissement d'une banque au moyen de la conversion des créances en fonds propres était exclu¹⁴⁷. Pour assurer le bon déroulement de la liquidation, les tribunaux cantonaux pouvaient accorder un sursis, soit bancaire si la banque était insolvable, soit concordataire si elle était surendettée¹⁴⁸. Le concordat par abandon d'actifs, en d'autres termes la liquidation, était la procédure la plus importante en pratique, contrairement à la faillite bancaire¹⁴⁹.

Aux lacunes réglementaires s'ajoutent les **répercussions nationales** de la fermeture d'une banque¹⁵⁰. Par conséquent, le message du 20 novembre 2002 énonce qu'« *il importe dès lors de disposer d'un instrument juridique permettant d'assainir à temps une banque menacée d'insolvabilité et, au besoin, de procéder à une liquidation rationnelle et peu coûteuse. Seul un tel moyen permet de limiter au maximum le préjudice causé aux nombreux créanciers. Un cadre juridique solide en matière d'assainissement et de liquidation de banques est par ailleurs indispensable à la place bancaire suisse*¹⁵¹. » La liquidation de la SLT – qui n'a abouti qu'après 14 ans, soit environ trois ans après la publication du message – a grandement préoccupé l'opinion publique et a motivé la réforme de la loi¹⁵². En parallèle à la révision de la procédure d'assainissement et de liquidation, l'amélioration de la **protection des déposants** a été revendiquée, en particulier en exigeant que la garantie des dépôts soit obligatoire comme dans l'UE¹⁵³. Un compromis entre la CFB, la BNS et l'Association suisse des banquiers (ASB) a été

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 7485 ; *Ibidem*, p. 477-478 et 483.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 7477-7478 ; *Ibidem*, p. 477.

¹⁴² FF 2002 7476, p. 7487-7488.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 7478-7481.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 7479 et 7487 ; KÄHR, p. 476-477.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 7479-7481 ; *Idem*.

¹⁴⁷ FF 2002 7476, p. 7481.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 7480-7481.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 7477 ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 79-80.

¹⁵¹ FF 2002 7476, p. 7477.

¹⁵² *Idem* ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 79-80.

¹⁵³ FF 2002 7476, p. 7477-7478 ; SCHILTKNECHT, *Nouveau droit*, p. 58-59.

trouvé : les petits épargnants détenant une créance égale ou inférieure à 5000 CHF sont désintéressés en priorité ; le privilège de faillite est étendu à tous les dépôts ; et la garantie de dépôts, dont la mise en œuvre continue à s'appuyer sur l'autorégulation, devient obligatoire tant pour l'ASB que pour toutes les banques, qu'elles soient signataires de la convention ou non¹⁵⁴.

3.1.2 Révision entrée en vigueur en janvier 2009

3.1.2.1 Création de la FINMA

Jusqu'en 2009, la surveillance des marchés financiers était réalisée par deux institutions distinctes : l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et la CFB, dont la création coïncide avec la crise bancaire des années 30¹⁵⁵. Une surveillance adéquate et efficace est une condition essentielle au bon fonctionnement du secteur financier – élément central de l'économie – mais relève aussi de l'intérêt public, car la défaillance des établissements financiers peut avoir des conséquences graves pour les clients et l'économie¹⁵⁶. L'objectif derrière la surveillance des marchés financiers est « *de réduire la probabilité et les effets négatifs des défaillances d'établissements financiers* »¹⁵⁷.

En 1998, le Département fédéral des finances (DFF) confia à un groupe d'experts l'examen de la réglementation et de la surveillance des marchés financiers en Suisse¹⁵⁸. Entre autres, ce groupe devait comparer la situation suisse à l'internationale et analyser les tendances et les risques émergents, tels que la collaboration entre les banques et les assurances¹⁵⁹. En effet, en Suisse, des groupes d'entreprises financières proposaient une grande diversité de services financiers¹⁶⁰. Ces conglomérats financiers exerçant des **activités dites de « bancassurance »** ont conduit le groupe d'experts à proposer, parmi les 42 recommandations de son rapport final, le regroupement de la CFB et de l'OFAP¹⁶¹. En 2001, le CF chargea une commission d'experts d'établir un projet de loi mettant en œuvre ces recommandations¹⁶². Cette commission d'experts ne souhaitait pas regrouper ces entités en raison des activités de bancassurance, mais était motivée par l'**optimisation de la surveillance** et le besoin d'une plus grande indépendance¹⁶³. Les défis croissants, causés par l'évolution rapide des marchés financiers, auxquels étaient confrontées les autorités de surveillance justifiaient la modification du cadre institutionnel¹⁶⁴.

La **réunion des trois anciennes institutions** – l'OFAP, la CFB et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent – sous une nouvelle et même entité – la FINMA – a été réalisée dans le but de créer une **meilleure réputation** auprès des clients et des autorités homologues ainsi que de générer de multiples **synergies**, notamment au niveau des

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 7483-7485.

¹⁵⁵ FF **2006** 2741, p. 2745.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 2762.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 2747.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 2747 et 2762-2763 ; MÜLLER, *Introduction*, N 8.

¹⁶² *Ibidem*, p. 2763.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 2742 et 2746.

compétences, des ressources, de la procédure, de l'exécution de la surveillance et des tâches internationales¹⁶⁵. L'approche globale de la surveillance intégrée permet, en présence d'états de faits similaires, un **traitement plus cohérent** entre les divers acteurs du marché¹⁶⁶. Elle offre également la possibilité de regrouper dans une même loi **les instruments de surveillance** similaires¹⁶⁷. De nombreuses dispositions peuvent ainsi être abrogées dans d'autres lois, ne laissant dans les lois spécifiques que les modalités propres au domaine¹⁶⁸.

La création de la FINMA s'inscrit dans une tendance internationale ; puisque, dès le milieu des années 1980 et jusqu'au début des années 2000, divers pays ont développé des autorités intégrées de surveillance des marchés financiers¹⁶⁹. Sa forme juridique d'**établissement autonome de droit public** est similaire à celles des autorités homologues présentes en Allemagne et en Autriche¹⁷⁰. Ce statut juridique a été choisi, car il offre les meilleures conditions pour une surveillance forte et efficace¹⁷¹. En effet, il permet de créer une autorité suffisamment autonome, tout en l'intégrant à la structure de l'État et en maintenant le caractère prépondérant de sa mission publique¹⁷². Pour exercer ses fonctions correctement, l'autorité de surveillance doit jouir d'une marge de manœuvre large ainsi que d'une organisation simple, transparente et claire¹⁷³. Trois éléments, étroitement liés, sont essentiels à une surveillance performante : l'**indépendance institutionnelle**, à savoir une personnalité juridique (i) ; des compétences réglementaires et organisationnelles qui donnent la possibilité à l'autorité de surveillance d'exercer librement vis-à-vis du pouvoir politique d'une manière semblable à une autorité judiciaire (**autonomie opérationnelle**) (ii) ; et des **ressources suffisantes**, tant financières que humaines, permettant d'agir rapidement et de manière adéquate face aux changements (iii)¹⁷⁴.

L'entrée en vigueur de la Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) a eu pour **conséquence** l'abrogation de certaines dispositions et de l'adaptation de la terminologie de la LB¹⁷⁵. Les acteurs des marchés financiers, dont les banques, n'ont désormais qu'une seule autorité à laquelle se référer¹⁷⁶. Par ailleurs, les cantons sont déchargés de la plupart des procédures liées au droit pénal des marchés financiers, car celles-ci deviennent la compétence du Tribunal Pénal Administratif¹⁷⁷.

¹⁶⁵ FF **2006** 2741, p. 2746-2747.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 2758.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 2746 et 2758-2759.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 2766.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 2751-2752.

¹⁷² *Ibidem*, p. 2751 et 2754.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 2749.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 2748-2749.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 2811.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 2826.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 2825.

3.1.2.2 Modification urgente de la LB

Face à la Crise, de nombreux pays ont augmenté les garanties accordées aux dépôts bancaires dans le but de rassurer les déposants et éviter des retraits massifs des avoirs (*bank run*)¹⁷⁸. Divers clients ont ainsi transféré leurs fonds à l'étranger afin de bénéficier d'une meilleure protection¹⁷⁹. Pour corriger ce handicap concurrentiel, renforcer la stabilité du système financier et accroître la confiance dans le marché financier, la Suisse a décidé fin 2008 de modifier urgemment la LB en vertu de l'art. 165 al. 1 Cst.¹⁸⁰. Les modifications sont entrées en vigueur le lendemain du vote parlementaire, soit le 20 décembre 2008, et étaient valables jusqu'au 31 décembre 2010¹⁸¹. Dans ce même contexte d'urgence, l'ordonnance du CF destinée à la recapitalisation d'*UBS*¹⁸² est entrée en vigueur le jour même de son adoption, soit le 15 octobre 2008¹⁸³.

Dans un premier temps, afin d'augmenter la **protection des déposants, cinq mesures immédiates** ont été introduites dans la LB¹⁸⁴. La limite minimale des dépôts garantis est passée de 30'000 à 100'000 CHF, devenant ainsi suffisante et concurrentielle (i)¹⁸⁵. La limite supérieure du système de la garantie des dépôts a été élevée à 6 milliards de CHF – soit 2 milliards de plus qu'auparavant – de manière à accroître la probabilité de surmonter une crise systémique ou l'effondrement d'une grande banque (ii)¹⁸⁶. Sauf exception accordée par l'autorité de surveillance, les banques ont dû disposer en permanence de 125% des dépôts privilégiés sous forme de créances couvertes ou d'autres actifs localisés en Suisse (iii)¹⁸⁷. Outre l'amélioration de la garantie des dépôts, le privilège en cas de faillite s'est étendu aux dépôts de prévoyance (iv), et un paiement immédiat des dépôts privilégiés au moyen des actifs disponibles au sein de la banque en difficulté a été mis en place (v)¹⁸⁸.

Dans un deuxième temps, un **examen approfondi** a été planifié afin d'adapter le droit ordinaire et **corriger les faiblesses avérées** de la garantie des dépôts, en particulier le financement *a posteriori*¹⁸⁹. La faillite de la succursale suisse de la banque luxembourgeoise *Kaupthing* a démontré qu'il était possible de pallier le retard causé sur le remboursement des dépôts par la collecte de contributions *ex post*¹⁹⁰. Cependant, un système financé intégralement *a posteriori* n'est adéquat que pour les difficultés ponctuelles d'une banque en particulier ; lors d'une crise du système bancaire, il amplifie le manque de liquidités et peut entraîner des problèmes d'insolvabilité auprès d'autres banques¹⁹¹.

¹⁷⁸ FF **2008** 7951, p. 7954, 7955 et 7957.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 7955-7956 et 7963.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 7952, 7954, 7957 et 7964.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 7952 ; FF **2010** 3645, p. 3646 et 3652.

¹⁸² Ordonnance du 15 octobre 2008 relative à la recapitalisation de l'UBS SA, RS **611.055**, Abrogée RO **2010** 477

¹⁸³ FF **2008** 8027, p. 8053 et 8086.

¹⁸⁴ FF **2008** 7951, p. 7952 et 7954 ; FF **2010** 3645, p. 3646.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 7952 et 7955-7956 ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 80-81.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 7952 et 7956-7957.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 7952, 7957 et 7958 ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 80-81.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 7952 et 7956-7957 ; FF **2010** 3645, p. 3646.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 7952, 7954 et 7957.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 7956.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 7956.

3.1.3 Révision entrée en vigueur en septembre 2011

La révision urgente de décembre 2008 améliorait la protection des déposants, néanmoins celle-ci demeurerait affaiblie par des **défauts systémiques**, en particulier la couverture des dépôts auprès des grandes banques ainsi que le système de financement et son risque de réaction en chaîne¹⁹². Le projet de révision du droit ordinaire, soumis à consultation en 2009, rencontra de nombreuses critiques, car il prévoyait un système de garantie composé de deux niveaux : un Fonds de droit public et une avance ou une garantie accordée par la Confédération¹⁹³. En revanche, l'intégration des mesures urgentes dans la LB ainsi que d'autres propositions, telles que la poursuite des services bancaires et la simplification de la procédure d'assainissement, étaient quasiment incontestées¹⁹⁴. En raison du temps requis pour le délai référendaire et les débats parlementaires, le message du 12 mai 2010 soumettait **deux actes législatifs** : le premier prolongeait les dispositions introduites en 2008 jusqu'à l'entrée en vigueur du second, mais d'au maximum un an ; le second permettait l'adoption dans le droit ordinaire des mesures urgentes et des modifications supplémentaires non contestées¹⁹⁵.

3.1.3.1 Points d'accord

Outre les dispositions issues de la révision urgente de 2008, la majorité des participants ont été favorables à d'autres modifications, en particulier celles concernant la procédure d'assainissement et le maintien des services bancaires¹⁹⁶. **Ainsi, l'assainissement ne se focalisait plus sur le maintien de la banque concernée, mais sur celui de ses services**¹⁹⁷. Pour que l'assainissement soit optimal, la procédure devait être simplifiée afin de la rendre moins rigide et de supprimer certains étapes intermédiaires, telles que l'obligation d'établir un plan d'assainissement même lorsqu'il n'était pas nécessaire (art. 29 al. 1 aLB¹⁹⁸)¹⁹⁹. Auparavant, les mesures protectrices ne permettaient le maintien des services bancaires que jusqu'à la décision définitive relative à l'avenir de la banque soit prise²⁰⁰. Le Parlement a modifié la loi de sorte à ce que la décision de poursuivre les services soit indépendante de la pérennité de l'établissement, et surtout de sorte à ce qu'il soit possible de transférer tout ou partie des services à d'autres sujets de droit ou à une banque relais (art. 30 aLB²⁰¹)²⁰². Ce changement permet de maintenir des services, tels que l'accès aux avoirs et le trafic de paiement, mais aussi de préserver la valeur des actifs de la banque, même en cas de faillite ultérieure de l'établissement en difficulté²⁰³. Ainsi, une faillite complète, entraînant la cessation de tous les services et un traitement inégal des créanciers, peut être évitée²⁰⁴. La conversion des créances en actifs (*debt equity swap*) était depuis 2004 une possibilité éventuelle

¹⁹² FF **2010** 3645, p. 3646.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 3646 et 3654.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 3646, 3655 et 3659.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 3647.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 3655.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 3668.

¹⁹⁸ RS **952.0**, état au 1^{er} janvier 2009

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 3659.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 3659-3660.

²⁰¹ RS **952.0**, état au 1^{er} septembre 2011

²⁰² *Ibidem*, p. 3660.

²⁰³ *Idem* ; HUNKELER, p. 484-485.

²⁰⁴ FF **2010** 3645, p. 3669.

d'assainissement ; toutefois la base légale (l'art. 31 al. 3 aLB²⁰⁵) permettant expressément son utilisation en dernier recours n'a été introduite qu'en 2011²⁰⁶.

3.1.3.2 Points de désaccord

La Crise a mis en évidence que le système de la garantie des dépôts, introduit quatre ans auparavant, n'atteignait qu'en partie ses objectifs économiques et sociaux²⁰⁷. Le but du projet de 2009 était de **corriger les défauts inhérents** à ce système²⁰⁸. En cas de crise systémique, le **financement a posteriori** est inadéquat, car son effet procyclique aggrave la situation en augmentant le manque de liquidités, ce qui peut provoquer une réaction en chaîne et entraîner des difficultés, voire l'insolvabilité d'autres banques²⁰⁹. De plus, la survenance du risque, qui est propre à chaque banque, n'est pas répercutée dans les contributions, ce qui est jugé injuste et peut encourager une prise de risque accrue²¹⁰. La **limite supérieure du système**, même élevée à 6 milliards de CHF, ne permet en principe ni de surmonter la défaillance simultanée de plusieurs banques de taille moyenne, ni l'écroulement d'une des plus grandes banques, étant donné que les avoirs déposés sont bien plus importants²¹¹. Le message du 12 mai 2010 précise qu'« en 2004 déjà, quelques grands établissements bancaires avaient des dépôts privilégiés dont le montant dépassait cette somme, mais le législateur a estimé qu'une garantie des dépôts dépassant cette limite du système ne pouvait pas être imposée au secteur privé et a renoncé à réglementer les conséquences de ce risque systémique²¹². » Lors de son élaboration, le projet de l'époque avait rencontré une seule opposition, ce qui a conduit à ne pas retenir la garantie séparée fournie par les grandes banques dont le total des dépôts privilégiés dépassait la limite du système de la garantie des dépôts²¹³.

La **solution proposée** en 2010 par le DFF en collaboration avec la BNS et la FINMA se composait, d'une part, d'un Fonds de droit public financé par les établissements bancaires afin de couvrir 3% des dépôts garantis, ce qui en 2009 équivalait à un peu moins de 10 milliards de CHF ; d'autre part, d'une avance ou d'une garantie fédérale garantissant le remboursement des dépôts après l'épuisement du Fonds²¹⁴. Cependant, cette proposition a rencontré une forte opposition et de multiples critiques ; un nombre considérable de participants à la consultation l'ont qualifiée d'**excessive et précipitée**²¹⁵. En effet, d'un côté, en plus des coûts, la réglementation envisagée étatisait la protection des déposants, ce qui engendre un aléa moral, à savoir un relâchement des comportements prudents des banques et donc davantage de prises de risque²¹⁶. De l'autre côté, il était encore trop tôt pour trouver la solution adéquate, car ni les travaux du groupe d'experts sur le sujet *too big to fail*, ni l'adaptation de la réglementation

²⁰⁵ RS **952.0**, état au 1^{er} septembre 2011

²⁰⁶ FF **2002** 7476, p. 7481 et 7487 ; FF **2010** 3645, p. 3670.

²⁰⁷ FF **2010** 3645, p. 3651.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 3646 et 3652-3654.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 3653.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 3653-3654.

²¹¹ *Ibidem*, p. 3653.

²¹² *Ibidem*, p. 3650.

²¹³ *Ibidem*, p. 3651.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 3654.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 3655.

²¹⁶ *Idem*.

internationale n'avaient abouti²¹⁷. En outre, la protection des déposants était considérée comme un instrument ne convenant pas à la protection du système, notamment face au risque systémique issu des grands établissements bancaires²¹⁸. Comme la réorganisation fondamentale liée au système de garantie des dépôts n'a pas su convaincre la majorité, la discussion de la mise en œuvre d'une éventuelle réforme n'était **envisageable qu'après les résultats de la commission d'experts « too big to fail » et le durcissement des règles internationales**²¹⁹. Ainsi, la réforme de la loi n'a été présentée qu'environ une année plus tard. Elle s'est principalement concentrée sur l'introduction des dispositions destinées à résoudre les problèmes issus des SIB et de la présomption TBTF y afférente.

3.1.4 Révision entrée en vigueur en mars 2012

En raison de la Crise, de nombreux pays occidentaux ont dû entreprendre des mesures historiques afin de stabiliser le système financier et sauver certains établissements²²⁰. En Suisse, cette crise financière a surtout affecté les deux grandes banques de l'époque – *UBS* et *Credit Suisse*²²¹. Au vu de la situation critique, **l'État est intervenu pour stabiliser UBS**, en créant un Fonds de stabilisation reprenant des actifs illiquides, ainsi qu'en contribuant à hauteur de 6 milliards de CHF aux fonds propres de la banque au moyen d'un emprunt à conversion obligatoire²²². Le CF, la BNS et la CFB ont été **contraints de sauver** cette banque, car sa défaillance aurait impacté le fonctionnement du système financier, ce qui aurait eu des conséquences directes sur l'ensemble de l'économie réelle²²³. Or, les sauvetages étatiques, étant donné qu'ils utilisent l'argent public, peuvent exposer les contribuables à des risques considérables, ce qui était le cas en 2008²²⁴. De surcroît, la garantie implicite, à savoir le fait que les pouvoirs publics soient astreints à intervenir lorsqu'une banque d'importance systémique est menacée par l'insolvabilité, incite à la fois à des prises de risque irréfléchies et engendre aussi des distorsions de concurrence et du marché²²⁵. Ainsi, pour limiter les risques systémiques, et réduire la probabilité de l'intervention de l'État, et par conséquent, les répercussions sur les contribuables et sur l'économie, **une adaptation de la législation était indispensable**²²⁶. La réglementation proposée avait pour ambition la résolution du problème *too big to fail*²²⁷.

En novembre 2009, sur mandat du Parlement, le CF confia à une **commission d'experts** la tâche de déterminer comment limiter les risques auxquels l'économie suisse était exposée en raison de ses grandes entreprises²²⁸. En octobre 2010, le DFF s'est vu chargé de la mission d'édicter un **projet de loi** sur la base du rapport de la commission d'experts ainsi que d'y régler

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 3656.

²²⁰ FF **2008** 8027, p. 8028 ; FF **2011** 4365, p. 4374.

²²¹ *Idem*.

²²² *Ibidem*, p. 8029-8030 ; *Idem* ; BAHAR, p. 619-620 ; FF **2010** 3047, p. 3048.

²²³ *Ibidem*, p. 8028-8029 ; *Idem* ; *Ibidem*, p. 621.

²²⁴ FF **2011** 4365, p. 4374 ; BAHAR, p. 619-620.

²²⁵ *Ibidem*, p. 4375.

²²⁶ *Ibidem*, p. 4369, 4374-4375, 4380 et 4428.

²²⁷ *Ibidem*, p. 4445.

²²⁸ *Ibidem*, p. 4366 et 4375 ; FF **2010** 3047, p. 3048.

le versement de rémunérations variables en cas d'aide de la Confédération²²⁹. Malgré une majorité des participants favorable au projet de loi, des réserves ont été émises, notamment quant au pouvoir d'appréciation de la FINMA et son intervention dans l'organisation d'une banque, intervention estimée en violation du principe de subsidiarité²³⁰. Pour les opposants, la compétence d'intervention de la FINMA était excessive et donc inacceptable²³¹. Suite à la **consultation**, certains points ont été adaptés ; entre autres, le fait que la structure de l'organisation ne soit plus un critère d'appréciation pour déterminer le caractère de l'importance systémique ; et que la FINMA doive se limiter au principe de la subsidiarité et n'intervenir dans l'organisation d'une banque que si elle n'obtient pas la preuve de l'application des exigences particulières²³². Au final, le message du 20 avril 2011 introduit le régime TBTF, destiné à la résolution des problèmes liés aux banques d'importance systémique, et adapte les mesures relatives à l'assainissement et l'insolvabilité des banques.

3.1.4.1 Train de mesures proposé par le projet de loi « *too big to fail* »

Quatre mesures clés sont proposées dans le nouveau **chapitre V** portant sur les banques d'importance systémique : le renforcement des exigences en matière de fonds propres et de liquidités (i et ii), la diminution des interdépendances à travers une meilleure répartition des risques (iii) ainsi que des mesures organisationnelles destinées à sauvegarder les fonctions d'importance systémique (iv)²³³. Dans le message du 20 avril 2011, il est mentionné que « *les nouvelles dispositions du chapitre V (et les exigences particulières qui en découlent) poursuivent trois objectifs : premièrement, réduire les risques pesant sur la stabilité du système financier suisse du fait de l'importance systémique de certains établissements ; deuxièmement, assurer le maintien des fonctions économiques essentielles (d'importance systémique) des banques menacées d'insolvabilité ; troisièmement, éviter, grâce aux exigences particulières applicables aux banques d'importance systémique, tout recours à une aide de l'État et, partant, supprimer une éventuelle garantie de fait de l'État, dans l'intérêt de la libre organisation du marché*²³⁴. »

L'augmentation des exigences en matière de **liquidités** a pour but de permettre aux SIB, en cas de crise sérieuse, de disposer des liquidités suffisantes pour l'exécution de leurs obligations de paiement, et ce, jusqu'à ce que les mesures préservant les fonctions d'importance systémique deviennent effectives²³⁵. Les nouvelles dispositions relatives à la **répartition des risques** visent à diminuer la concentration des risques dans les relations interbancaires et le risque de contagion qui en découle, en particulier l'interdépendance des banques ordinaires aux SIB, réduisant ainsi l'importance systémique de ces dernières²³⁶.

Le renforcement des **fonds propres** augmente la responsabilité des SIB au moyen de trois éléments : l'exigence minimale nécessaire à l'autorisation d'exercer (i) ; le volant de sécurité permettant l'absorption des pertes (ii) ; et, enfin, la composante progressive créant une marge de manœuvre financière indispensable en temps de crise et appliquée selon le plan d'urgence

²²⁹ *Ibidem*, p. 4366 et 4377 ; FF **2010** 3047, p. 3048-3049. [Rapport intermédiaire](#) (rapport final indisponible)

²³⁰ *Ibidem*, p. 4366 et 4377-4378.

²³¹ *Ibidem*, p. 4377-4378.

²³² *Ibidem*, p. 4366.

²³³ *Ibidem*, p. 4367 et 4376.

²³⁴ *Ibidem*, p. 4393

²³⁵ *Ibidem*, p. 4379 et 4402-4403.

²³⁶ *Ibidem*, p. 4379, 4404 et 4442.

(iii)²³⁷. Les exigences proposées par la réglementation suisse dépassaient nettement les normes en vigueur ainsi que les normes prévues par Bâle III²³⁸. Depuis mars 2012, le chapitre VI de la LB offre deux instruments de **capital complémentaire** : le capital de réserve et le capital convertible²³⁹. Ces derniers sont exclusivement destinés à créer des fonds propres et à prévenir ou maîtriser des crises (art. 11 al. 3 LB)²⁴⁰. Le message du 20 avril 2011 précise que « *le recours à des instruments de capital de droit privé permet au marché d'apprécier et d'évaluer en continu l'établissement financier concerné, ce qui peut être utile pour détecter les crises précocement*²⁴¹. » Le **capital de réserve** (art. 12 LB) est une autorisation particulière accordée par l'assemblée générale au conseil d'administration pour lever des fonds propres, lui offrant ainsi une marge de manœuvre dans sa planification de *recovery*²⁴². Quant au capital convertible (art. 13 LB), il augmente le capital en fonction d'un événement déclencheur objectif et peut intervenir dans la phase de *recovery* ou en tant que préambule à la phase de *resolution*²⁴³. Lorsque cet événement déterminé survient, les titres de créance émis par la banque, composant le **capital convertible**, sont convertis en fonds propres ou amortis (*contingent convertible bonds*, CoCos)²⁴⁴. En Suisse, les CoCos sont soit des emprunts à conversion obligatoire en actions ou en bons de participation (CoCos au sens strict, art. 11 al. 1 lit. b, puis 13 al. 1 LB), soit des emprunts assortis d'un abandon de créances (*write-off bonds*, art. 11 al. 2 LB)²⁴⁵. L'État fixe des exigences afférentes à ces instruments essentiellement de droit privé par le biais de l'Ordonnance sur les fonds propres (OFR)²⁴⁶. Étant donné que les **CoCos représentent un instrument primordial** dans le renforcement des fonds propres, des mesures d'accompagnement fiscales ont été prévues afin d'encourager l'émission de CoCos et dynamiser le marché de capitaux en Suisse²⁴⁷.

Ces prescriptions en matière de fonds propres sont **étroitement liées** aux exigences organisationnelles : lorsque le ratio de fonds propres atteint un certain seuil (*trigger*), la conversion des CoCos et le plan d'urgence se déclenchent (art. 129 al. 2 et 130 al. 2 aOFR ainsi que 21c aOB)²⁴⁸. Les **mesures organisationnelles** cherchent à assurer, en cas de risque d'insolvabilité, le maintien des fonctions d'importance systémique²⁴⁹. Conformément à l'article 9 al. 2 lit. d LB, les SIB doivent établir un **plan d'urgence** assurant le maintien des services indispensables en cas de menace d'insolvabilité. En application du principe de subsidiarité, chaque banque structure son organisation et détermine le contenu de son plan librement²⁵⁰. Les SIB doivent tout de même démontrer à la FINMA le caractère suffisant et approprié des mesures y formulées²⁵¹. L'autorité de surveillance n'intervient que si la banque n'a pas réussi à atteindre

²³⁷ *Ibidem*, p. 4379 ; BÖSCH, p. 267-269.

²³⁸ *Ibidem*, p. 4376.

²³⁹ *Ibidem*, p. 4368.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 4417-4418.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 4417.

²⁴² *Ibidem*, p. 4418.

²⁴³ *Ibidem*, p. 4417-4419.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 4366-4367.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 4422 et 4447 ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 84-85.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 4419.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 4366, 4368-4369 et 4383.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 4367 et 4380. RS **952.03** et Ordonnance sur les banques (OB) RS **952.02**, état au 1^{er} janvier 2013

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 4379 et 4393.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 4367-4368, 4379-4380 et 4406.

²⁵¹ *Idem*.

l'objectif déterminé par les prescriptions légales²⁵². Dans le but d'inciter les banques à améliorer leur *resolvability*, tant en Suisse qu'à l'étranger, des **remises** sur la composante progressive des fonds propres ont été accordées aux SIB allant au-delà des exigences légales minimales en matière d'organisation (art. 22a al.1 aOB)²⁵³. En revanche, même si les banques devaient également les prouver, il n'était pas possible de bénéficier de ces allègements suite à la mise en œuvre des mesures minimales indispensables à la garantie du maintien des fonctions d'importance systémique (art. 22a al.2 aOB)²⁵⁴. La FINMA fixait chaque année le niveau des remises en fonction d'une évaluation portant sur l'ensemble de la banque, s'appuyant notamment sur un *resolution effectivity test* (test d'efficacité de la *resolution*)²⁵⁵.

3.1.4.2 Mesures relatives à l'assainissement et l'insolvabilité des banques

La Suisse a été l'un des premiers pays à transposer dans une large mesure les *Key Attributes* du CSF²⁵⁶. En raison de l'expérience avec la faillite de la SLT au début des années 90, elle disposait déjà depuis 2004 d'un droit de l'insolvabilité bancaire spécifique et moderne²⁵⁷. Aucune raison ne justifie une distinction entre les banques ordinaires et les banques d'importance systémique lors de la procédure d'assainissement définie au **chapitre XI**²⁵⁸. Toutefois, lorsque la FINMA élabore le plan d'assainissement en étroite collaboration avec la banque concernée, elle peut, pour une SIB, se fonder sur le plan d'urgence²⁵⁹. La seule disposition spécifique aux SIB, à savoir l'art. 31a al. 3 LB, oblige les créanciers de ces banques à se soumettre au plan d'assainissement homologué, en leur enlevant la possibilité de le refuser, puisque l'**intérêt public** du maintien des fonctions d'importance systémique prime sur l'intérêt des créanciers à ouvrir la procédure de faillite²⁶⁰. Ainsi, pour les SIB, les effets des mesures planifiées se déploient dès l'homologation du plan (art. 51 al. 2 OIB-FINMA)²⁶¹.

De manière plus générale, les dispositions relatives à l'assainissement ont été adaptées afin d'améliorer le transfert des contrats et du patrimoine, en vue de permettre aux SIB d'élaborer des **plans d'urgence véritablement fonctionnels**²⁶². L'effet suspensif du recours contre l'**homologation du plan d'assainissement** a été exclu en vertu de l'art. 24 al. 3 aLB²⁶³. Dans le but d'éviter qu'un seul créancier ou propriétaire puisse annuler l'entièreté du plan d'assainissement, l'art. 24 al. 4 aLB mentionnait que seule une indemnisation pouvait être accordée en cas d'admission du recours²⁶⁴. Une condition a été additionnée à l'homologation du plan d'assainissement : *tenir compte de manière appropriée des liens juridiques ou économiques entre les actifs, les passifs et les contrats* (art. 31 al. 1 lit. d aLB). L'obligation de publication des grandes lignes du plan, découlant de l'art. 31 al. 4 LB, a une double utilité :

²⁵² *Ibidem*, p. 4406.

²⁵³ *Ibidem*, p. 4380 et 4400.

²⁵⁴ FF **2011** 4365, p. 4398-4400 et 4409-4410.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 4410.

²⁵⁶ FINMA, *Bail-in*, p. 2.

²⁵⁷ EMMENEGGER/KURZBEIN, p. 510 ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 79-80.

²⁵⁸ FF **2011** 4365, p. 4413.

²⁵⁹ *Idem*.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 4413 et 4416 ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 83.

²⁶¹ FF **2020** 6151, p. 6187. Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA)

²⁶² FF **2011** 4365, p. 4413.

²⁶³ RS **952.0**, état du 1^{er} mars 2012 ; FF **2011** 4365, p. 4413-4414.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 4414.

renforcer la confiance du marché et rendre les mesures prises plus transparentes, de sorte à faciliter l'analyse de l'opportunité d'un recours²⁶⁵. L'art. 32 al. 2^{bis} aLB excluait la révocation des actes juridiques découlant du plan d'assainissement homologué, tels que le transfert de valeurs patrimoniales²⁶⁶.

3.1.4.3 Terme « systémique »

Il est intéressant de relever qu'entre juillet 2004 et mars 2012, le terme « systémique » est uniquement présent à l'**article 27 aLB**, intitulé « protection systémique ». Cet article avait un double objectif : diminuer les risques systémiques issus de la participation aux systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres, et garantir l'ininterruption des accords de compensation ou de réalisation de sûretés²⁶⁷. En général, son application était pertinente lorsque l'autorité de surveillance ordonnait des mesures de l'article 26 LB, en particulier les lettres f à h²⁶⁸. En 2016, avec l'**introduction de la LIMF** (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers), l'art. 27 LB a connu une modification notable²⁶⁹, et n'a depuis subi que des changements mineurs.

En 2006, le législateur soulignait déjà que la surveillance se complexifiait, principalement au niveau des grandes banques²⁷⁰. En 2008, il est devenu évident que des mesures de soutien plus importantes devaient être envisagées, pour les cas où les banques ayant un rôle central dans le système financier suisse étaient en grande difficulté²⁷¹. **En 2012, la notion de systémique s'élargie** avec l'introduction du chapitre V, apportant les notions de banque d'importance systémique et de fonction d'importance systémique.

3.1.5 Révision entrée en vigueur en janvier 2016

La Crise a mis en lumière que comme les infrastructures des marchés financiers sont souvent des quasi-monopoles grandement interconnectés, leur défaillance menace la **stabilité du système financier**²⁷². Le manque de transparence, l'insuffisance des garanties, le risque de défaut et le volume important liés au marché du négoce de dérivés hors bourse représentaient également des menaces pour la stabilité du système²⁷³. Le cadre légal n'était ainsi plus adéquat ni à l'évolution des marchés, ni aux exigences internationales, ce qui affaiblissait la stabilité et la compétitivité de la place financière suisse²⁷⁴. Entrée en vigueur en 2016, la LIMF répond au besoin d'**harmoniser la réglementation** afférente aux **infrastructures des marchés financiers** et aux comportements des participants lors du négoce de titres et de dérivés²⁷⁵. Des

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 4415 ; WYSS, p. 36-37.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 4416-4417.

²⁶⁷ FF **2002** 7476, p. 7499-7500.

²⁶⁸ *Idem*.

²⁶⁹ FF **2014** 7235, p. 7356.

²⁷⁰ FF **2006** 2741, p. 2755-2756.

²⁷¹ FF **2008** 7951, p. 7961-7962.

²⁷² FF **2014** 7235, p. 7236.

²⁷³ *Idem*.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 7236-7237.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 7236-7238.

dispositions dispersées auparavant dans diverses lois, dont la LB, ont été abrogées et transférées dans la LIMF, ce qui a généré plus de cohérence dans la réglementation²⁷⁶.

La création de la LIMF entraîna **trois modifications** dans le chapitre XI de la LB : l'introduction de l'art. 30a relatif à l'ajournement de la résiliation des contrats, le changement de teneur de l'art. 27 et celui de l'art. 31 al. 3²⁷⁷. Les alinéas 1 à 2^{bis} de l'**art. 27** aLB ont été légèrement modifiés et transférés à l'art. 89 LIMF ; l'ancien alinéa 3 est devenu le premier et précisa les accords bénéficiant de la primauté ; finalement, le nouvel alinéa 2 réserve l'application de l'article 30a²⁷⁸. Grâce à l'article **30a** LB, la Suisse répond à l'exigence du CSF et donne une base légale plus solide à la suspension temporaire des droits de résiliation contractuels anciennement prévue par l'art. 57 de l'Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA)²⁷⁹. Cette disposition permet d'assurer la continuité des rapports contractuels même en période de crise, en empêchant la naissance des droits de résiliation ou des droits de compensation, de réalisation et de transfert visés à l'art. 27 aLB²⁸⁰, ce qui donne à la FINMA la possibilité d'exécuter efficacement les mesures prévues au chapitre XI²⁸¹. L'article **31 al. 3** aLB²⁸² a ajouté expressément la réduction des créances aux mesures de capitalisation pouvant être utilisées lorsque l'insolvabilité ne peut être résorbée d'une autre manière, et a précisé explicitement que les **droits des créanciers** mentionnés à l'al. 1 lit a à c doivent être respectés²⁸³.

3.1.6 Révision entrée en vigueur en janvier 2023

A plusieurs reprises, la base légale proposée par l'OIB-FINMA a été jugée insuffisante pour les mesures d'assainissement s'ingérant dans les droits garantis par la Constitution, en particulier ceux des propriétaires ou des créanciers²⁸⁴. Ce reproche a été pris en considération par le CF, qui, dans son message du 4 novembre 2015 relatif à la LSF²⁸⁵ et la LEFin²⁸⁶, suggéra le transfert de certaines dispositions de l'ordonnance de l'autorité de surveillance dans la LB²⁸⁷. Toutefois, le Parlement a rejeté ces propositions et les a renvoyées au CF pour modification, tout en requérant une procédure de consultation à ce sujet²⁸⁸. En plus d'adapter les dispositions régissant l'**insolvabilité** dans la LB, cette dernière révision de la loi s'étend à deux autres domaines : la **garantie des dépôts** et les **titres intermédiés**²⁸⁹. D'une part, le délai de remboursement des dépôts est raccourci et le plafond d'engagement est rehaussé afin d'augmenter la protection des déposants ; puis un fonds *ex ante* est créé dans le but de diminuer

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 7237.

²⁷⁷ FF **2014** 7235, p. 7354-7359.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 7356.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 7356-7357.

²⁸⁰ RS **952.0**, état au 1^{er} janvier 2013

²⁸¹ FF **2014** 7235, p. 7356-7357.

²⁸² RS **952.0**, état au 1^{er} janvier 2016

²⁸³ FF **2014** 7235, p. 7358-7359.

²⁸⁴ FF **2020** 6151, p. 6152 et 6156.

²⁸⁵ Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers, RS **950.1**

²⁸⁶ Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers, RS **954.1**

²⁸⁷ FF **2020** 6151, p. 6152 et 6156.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 6152, 6158 et 6171 ; WYSS, p. 32.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 6152.

les effets procycliques du financement *ex post*²⁹⁰. D'autre part, les titres des clients sont dorénavant entièrement séparés de ceux de la banque²⁹¹.

Concernant le droit de l'insolvabilité, le **transfert des dispositions de l'OIB-FINMA** se focalise essentiellement sur les prétentions des propriétaires et des créanciers, notamment lors de la conversion des fonds de tiers en fonds propres ou de la réduction de créances (*bail-in*)²⁹². Avant cette modification, le *bail-in* était mentionné à l'art. 31 al. 3 LB et ses modalités d'application étaient fixées aux art. 47 ss. OIB-FINMA ; or, pour **renforcer la sécurité juridique** et la légitimité de la compétence de la FINMA, il était nécessaire de transférer ces dispositions dans la loi²⁹³. En vertu de l'introduction de l'alinéa 3 à l'article 3g LB, le CF peut édicter des dispositions concernant la dotation financière et l'organisation des **sociétés du groupe significatives** qui remplissent des fonctions importantes pour les SIB, afin qu'elles soient capables de fournir ces prestations indispensables lors d'une crise²⁹⁴. Outre diverses précisions et légères adaptations de la loi, dix modifications essentielles ont été apportées en vue d'**améliorer la procédure d'assainissement**, notamment grâce aux articles présentés ci-après²⁹⁵.

L'**art. 28a LB** introduit une norme spéciale pour les banques cantonales : en cas de menace d'insolvabilité, la FINMA informe et consulte le canton lors de l'élaboration du plan d'assainissement (al. 2). Le plan doit tenir compte du statut particulier, des rapports de propriété et, le cas échéant, de la structure juridique (al. 1)²⁹⁶. Cette nouvelle disposition est critiquée par WYSS, car depuis 1998 les banques cantonales sont supposément soumises au même régime que les banques ordinaires²⁹⁷. Ainsi, pour l'ancien responsable de la division *Recovery et Resolution* de la FINMA (2016-2020), cette nouvelle norme est inutile voire contre-productive, puisqu'à contrario des autres modifications, elle ne rend pas le cadre juridique plus sûr²⁹⁸. Afin de maintenir les services bancaires, l'article **30 al. 2 LB** offre désormais la possibilité de prévoir dans le plan d'assainissement le regroupement de deux ou plusieurs sociétés ainsi que le changement de forme juridique²⁹⁹. D'une part, cette modification offre de nouvelles opportunités pour la planification d'urgence, et d'autre part, elle permet de simplifier l'assainissement, en particulier celui des banques organisées sous la forme de fédération de coopératives³⁰⁰.

En vertu de l'**art. 30b al. 1 LB**, le plan d'assainissement peut contenir des **mesures de capitalisation** permettant de convertir des fonds de tiers en fonds propres, réduire les créances ou les fonds propres existants et de créer de nouveaux fonds propres. Le *bail-in* demeure un instrument utilisé seulement lors d'un assainissement, mais avec la modification de la loi, son utilisation n'est plus conditionnée à l'impossibilité de résorber l'insolvabilité imminente d'une

²⁹⁰ GMÜR/BOCHUD, p. 106 ; FF 2020 6151, p. 6152-6153 et 6157.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 6152-6153 et 6158.

²⁹² *Ibidem*, p. 6152 et 6177.

²⁹³ *Ibidem*, p. 6156 et 6177 ; MAUCHLE, p. 248-249 ; WYSS, p. 35.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 6175-6176.

²⁹⁵ WYSS, p. 33.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 33-34.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 34.

²⁹⁹ FF 2020 6151, p. 6177 ; WYSS, p. 34-35.

³⁰⁰ *Idem*.

autre manière³⁰¹. La FINMA dispose ainsi d'une **plus grande marge de manœuvre** permettant d'appliquer la mesure la plus adéquate au cas d'espèce, ce qui augmente les chances d'un assainissement réussi et d'une crise systémique évitée³⁰².

Avec l'intention d'inciter les propriétaires à éviter une *resolution*, l'**alinéa 2** précise que les mesures de capitalisation inscrites dans le plan d'assainissement les privent de leur droit de souscription³⁰³. Certaines créances, mentionnées à l'**alinéa 3**, sont exclues du *bail-in* afin de préserver la stabilité de la banque³⁰⁴. En vertu de l'**alinéa 4**, la FINMA peut également exclure des créances issues de livraisons de marchandises et de prestations de services indispensables à la banque. Ce traitement inégal des créances de même rang n'est toutefois admis que s'il est justifié, notamment lorsqu'il est nécessaire pour maintenir les fonctions bancaires d'importance systémique³⁰⁵.

Selon l'**alinéa 5**, avant le recours au *bail-in*, les instruments propres à l'absorption des pertes (lit. a), à savoir les CoCos, doivent être exercés, et le capital social doit être totalement réduit (lit. b). Pour les G-SIB, cette disposition devrait rapidement perdre de son importance, puisqu'elle règle les cas de capital convertible non-conforme à la norme TLAC³⁰⁶. En cas de *bail-in*, l'ordre de la conversion des fonds de tiers en fonds propres et de la réduction des créances figurant à l'**alinéa 7** doit être respecté. Selon le **principe de l'épuisement**, les créances d'un rang ne sont touchées que si les créances précédentes ne suffisent pas à assainir la banque³⁰⁷. En premier, les créances subordonnées, telles que les instruments de dette émis sous forme de fonds propres complémentaires, sont converties ou réduites³⁰⁸. En deuxième, les *bail-in bonds* (instruments de dette pouvant être convertis en fonds propres lors d'un assainissement) au sens de l'art. 126a OFR sont exécutés lorsque l'autorité de surveillance l'ordonne³⁰⁹. En troisième, les autres créances, à l'exception des dépôts, sont converties ou réduites. En quatrième et dernier lieu, les dépôts non privilégiés au sens de l'art. 37a LB sont utilisés pour assainir la banque³¹⁰. Même s'il n'est pas expressément stipulé dans la loi, le principe d'égalité de traitement s'applique pour les créanciers du même rang, sous réserve de la situation d'une *clean holding* prévue à l'**alinéa 8**³¹¹.

La ZKB ne peut émettre ni des *bail-in bonds* classiques, ni des instruments d'amortissement du type *write-off*, qui pourtant sont nécessaires à la création de capital *gone concern* (fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes en cas de *resolution*)³¹². Par conséquent, l'**alinéa 6** confère au CF la possibilité de désigner des instruments de dette dérogeant au principe de l'al. 5 lit. b, selon lequel le capital social doit être entièrement réduit avant le recours au *bail-in*³¹³.

³⁰¹ FF 2020 6151, p. 6178.

³⁰² *Idem*.

³⁰³ *Idem* ; WYSS, p. 35.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 6178.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ WYSS, p. 36.

³⁰⁷ FF 2020 6151, p. 6180 ; WYSS, p. 36.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 6180.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 6180 et 6181.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 6181.

³¹¹ WYSS, p. 36.

³¹² FF 2020 6151, p. 6180 ; WYSS, p. 33.

³¹³ *Ibidem*, p. 6180.

Cette disposition vise à ce que le canton ne soit pas exproprié *de facto* lors d'une *resolution*³¹⁴. Elle s'applique uniquement aux banques cantonales bénéficiant d'une garantie de l'État, et dont les instruments prévoient une compensation ultérieure appropriée des créanciers³¹⁵.

L'**article 30c LB** reprend les exigences relatives au plan d'assainissement précédemment énoncées à l'article 31 al. 1 aLB (al. 1) et à l'art. 44 OIB-FINMA (al. 2)³¹⁶. Il est précisé à l'**al. 1 lit. a** que le principe de prudence s'applique tant aux actifs et passifs de la banque qu'aux besoins présumés de l'assainissement³¹⁷. En outre, le **principe du no creditor worse off** est allégué pour s'aligner sur le *Key Attribute 5.2* : avant, l'assainissement devait être vraisemblablement plus favorable pour les créanciers que l'ouverture immédiate de la faillite bancaire ; désormais, les mesures d'assainissement, dont le *bail-in*, doivent simplement ne pas être économiquement moins favorables (**al. 1 lit. b**)³¹⁸. Ces légères modifications pourraient s'avérer décisives, car il est ainsi possible d'assainir une banque avec des créanciers initialement défavorisés grâce aux mesures de compensation permettant de rétablir leur situation économique à un niveau au moins égal à l'ouverture immédiate de la faillite³¹⁹. Dans la mesure où les créanciers reçoivent une indemnisation appropriée par un moyen autre que celui de la compensation au sens de l'art. 31c al. 2 LB, l'article 31 al. 3 LB permet à la FINMA de déroger au principe du *no creditor worse-off than in liquidation* (NCWO) pour l'homologation du plan d'assainissement d'une SIB³²⁰. Comme le démontre le contenu non-exhaustif énuméré à l'**art. 30c al. 2 LB**, l'élaboration à temps d'un plan crédible est complexe³²¹. Par conséquent, de grands travaux préparatoires doivent être effectués tant par les banques, en particulier les G-SIB, que par les autorités concernées par la *resolution*³²².

L'article **31a al. 3 LB** étend expressément l'impossibilité de refuser le plan d'assainissement aux sociétés de groupes et aux conglomérats financiers d'importance systémique³²³. Les articles **31b et 31c LB** fixent le cadre des évaluations de la contrepartie et des versements de compensation³²⁴. L'introduction de l'article **31d** dans la LB clarifie l'application des mesures du plan d'assainissement : d'une part, les mesures planifiées pour les SIB prennent effet dès l'homologation du plan, d'autre part, celles prévues pour les autres banques sont tributaires de la possibilité de refuser le plan³²⁵.

³¹⁴ WYSS, p. 36.

³¹⁵ FF 2020 6151, p. 6180.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 6182-6183 ; WYSS, p. 36.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 6182 ; *Idem*.

³¹⁸ *Idem* ; *Ibidem*, p. 35-36.

³¹⁹ WYSS, p. 36.

³²⁰ FF 2020 6151, p. 6184.

³²¹ WYSS, p. 36.

³²² *Idem*.

³²³ FF 2020 6151, p. 6184-6185 ; WYSS, p. 37.

³²⁴ *Ibidem*, p. 6185-6186 ; *Idem*.

³²⁵ *Ibidem*, p. 6186-6187.

3.2 Ordonnances

3.2.1 Modifications entraînées par l'entrée en vigueur de la réglementation TBTF

La modification de la LB approuvée par l'Assemblée fédérale le 30 septembre 2011 prévoyait au chiffre III la **disposition transitoire** stipulant que la première adoption des dispositions édictées en vertu de l'art. 10 al. 4 LB était soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale sous forme d'un arrêté fédéral simple, conformément à l'art. 163 al. 2 Cst.³²⁶. L'art. **10 al. 4 LB** confère au CF la compétence d'édicter, après avoir entendu la BNS et la FINMA, diverses dispositions relatives aux SIB dans les ordonnances d'exécution³²⁷. Premièrement, l'adaptation des ordonnances doit régler les exigences particulières décrites à l'art. 9 al. 2 LB, à savoir les fonds propres et les liquidités suffisants (lit. a et b) ainsi que la répartition des risques (lit. c) et le plan d'urgence (lit. d). Deuxièmement, les critères permettant d'évaluer la preuve du respect des exigences relatives au plan d'urgence, imposée par l'art. 10 al. 2 LB, doivent être définis. Troisièmement, il faut déterminer quelles mesures la FINMA peut ordonner si cette preuve n'est pas fournie et si les lacunes ne sont pas comblées dans le délai imparti (art. 10 al. 2 LB *in fine*). Hormis l'OIB-FINMA, concrétisant les procédures d'assainissement et de faillite, entrée en vigueur en novembre 2012, l'OFR, l'Ordonnance sur les liquidités (OLiQ) et l'Ordonnance sur les banques (OB) sont entrées en vigueur le **1^{er} janvier 2013**³²⁸.

En septembre 2012, l'Assemblée fédérale approuva la modification de l'OB et l'introduction du titre 5 de la révision totale de l'OFR, à l'exception des articles 126 et 127, non soumis à l'approbation³²⁹. La nouvelle **OB** introduit les **chapitres 6a et 6b** portant respectivement sur le plan d'urgence et l'amélioration de la capacité d'assainissement et de liquidation des SIB³³⁰. Dans le chapitre *6b*, conformément aux principes du CSF, l'art. 22 OB³³¹ imposait à ces banques l'élaboration d'un plan de stabilisation (al. 1) et la communication des informations nécessaires à l'établissement d'un plan de liquidation par la FINMA (al. 2)³³². Suite à une **révision totale**, l'OB de 1972 a été abrogée et une nouvelle version est entrée en vigueur en 2015 ; les dispositions relatives aux SIB ont été regroupées dans le **chapitre 7** (art. 60 ss.)³³³. Dans le sillage de Bâle III, l'OFR datant de 2006 a été **entièrement révisée** et a établi un régime parallèle pour les SIB en complétant les dispositions ordinaires avec des dispositions spécifiques pour ces banques³³⁴. Les règles applicables aux SIB (**titre 5** de l'OFR, art. 124 ss.) doivent contribuer au maintien des fonctions d'importance systémique, à la limitation du degré d'importance systémique et à l'amélioration de la *resolvability* en Suisse et à l'étranger³³⁵.

Afin d'isoler les exigences en matière de liquidités, une nouvelle ordonnance a été élaborée³³⁶. L'**OLiQ** s'applique à toutes les banques, à l'exception du **chapitre 4** (art. 19 ss.) contenant les

³²⁶ RO 2012 811, p. 817 ; FF 2012 6187, p. 6190 et 6196.

³²⁷ FF 2011 4365, p. 4411.

³²⁸ SCHILTKNECHT, *Nouveau droit*, p. 64.

³²⁹ FF 2012 6187, p. 6190 ; FF 2012 7771.

³³⁰ RO 2012 5435.

³³¹ RS 952.02, état au 1^{er} janvier 2013

³³² FF 2012 6187, p. 6195.

³³³ RO 2014 1269, p. 1288-1292.

³³⁴ FF 2012 6187, p. 6188 et 6194.

³³⁵ *Ibidem*, p. 6188, 6191 et 6194.

³³⁶ FF 2012 6187, p. 6195 ; FF 2012 8725, p. 8726-8727.

exigences particulières pour les SIB³³⁷. Comme un manque de liquidités pourrait avoir des conséquences désastreuses tant pour la banque que pour la Suisse, les SIB doivent être capables de mieux absorber les chocs de liquidités que les banques ordinaires, et de respecter leurs obligations de paiement même dans des situations extrêmement difficiles³³⁸. Le contenu des exigences supplémentaires **se base sur les accords** convenus en juin 2010 entre la FINMA et les deux plus grandes banques suisses³³⁹. Les prescriptions quantitatives visent à couvrir, pendant au moins 30 jours, les besoins en liquidités escomptés en cas de crise sérieuse³⁴⁰. Les prescriptions qualitatives ont pour objectif la gestion et la surveillance adéquates du risque de liquidité³⁴¹. Contrairement aux accords, les exigences du chapitre 4 de l'OLiQ s'appliquent tant aux établissements individuels qu'au niveau du groupe³⁴².

3.2.2 Rapports du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique

Introduit avec la réglementation TBTF en 2012, l'art. **52 LB** impose au CF un examen des dispositions relatives aux banques d'importance systémique et au capital complémentaire (chapitres V et VI), d'abord trois ans après leur entrée en vigueur puis tous les deux ans. L'objectif étant de comparer la mise en œuvre de ces dispositions en Suisse à celle des normes internationales correspondantes à l'étranger pour suggérer des modifications au niveau des lois et des ordonnances. Cet examen de la réglementation applicable aux SIB s'intéresse dans un premier temps à l'évaluation de l'approche suisse en **comparaison internationale** dans trois catégories : les **mesures prudentielles**, qui ont pour but de renforcer la résistance aux crises à travers notamment les fonds propres et les liquidités ; les **mesures structurelles** telles que les plans d'urgence, de stabilisation et de liquidation ; et le **cadre juridique** du régime d'assainissement et de liquidation permettant la mise en place d'une procédure ordonnée³⁴³. Les quatre rapports, établis depuis l'entrée en vigueur de l'art. 52 LB, arrivent à des conclusions similaires : la réglementation TBTF est à même de réduire le risque systémique et conforme aux développements internationaux ; par conséquent, le modèle suisse ne nécessite **aucune modification fondamentale**, uniquement des ajustements³⁴⁴. Dans un second temps, les rapports développent les mesures d'adaptations requises.

Le premier rapport, se penchant exclusivement sur *Credit Suisse* et *UBS*, se base sur le rapport final du groupe d'experts chargé du développement de la stratégie en matière de marchés financiers et sur l'annexe relative à l'examen du régime suisse *too big to fail* en comparaison internationale³⁴⁵. Suite aux recommandations du **rapport de 2015**, une première révision de l'OB et l'OFR a été effectuée en 2016 afin d'adapter notamment, conformément à Bâle III et à la norme TLAC, la composition quantitative et qualitative des fonds propres **going concern**³⁴⁶

³³⁷ *Idem*.

³³⁸ *Ibidem*, p. 8726 et 8728-8729.

³³⁹ *Ibidem*, p. 8726 et 8729.

³⁴⁰ FF **2011** 4365, p. 4402-4404 ; FF **2012** 8725, p. 8729.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 4402 et 4404.

³⁴² *Ibidem*, p. 4402 ; *Ibidem*, p. 8729.

³⁴³ FF **2015** 1793, p. 1796-1799 ; FF **2017** 4537, p.4541-4545 ; FF **2019** 5165, p. 5167-5173 ; FF **2021** 1487, p. 4-14.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 1799, 1803 et 1809 ; *Ibidem*, p. 4545 et 4554 ; *Ibidem*, p. 5173 ; *Ibidem*, p. 14 et 15.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 1795 et 1796. [Rapport final du groupe d'experts](#)

³⁴⁶ Fonds nécessaires pour poursuivre l'exploitation ordinaire en cas de crise bancaire

(i) ; de requérir des **G-SIB** du capital *gone concern*³⁴⁷ composé essentiellement de *bail-in bonds* (ii) ; de fixer un délai de mise en œuvre du plan d'urgence (iii) ainsi que de transférer la classifications des banques et des valeurs cibles correspondantes dans l'OB (iv)³⁴⁸. Cette adaptation des ordonnances est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016 avec un délai transitoire jusqu'au 31 décembre 2019³⁴⁹.

Le 1^{er} janvier 2019 est entrée en vigueur la modification de l'OFR imposant également des exigences de capital *gone concern* aux **D-SIB**³⁵⁰. Contrairement aux G-SIB, ce capital ne devait pas être équivalent à 100% du capital *going concern*, mais à seulement 40% (art. 132 al. 2 OFR)³⁵¹. En plus de mettre en application la conclusion exposée dans le **rapport de 2017**, le CF soumet les sociétés du groupe significatives à la surveillance consolidée, et adapte également le traitement des participations des filiales des SIB, en remplaçant leur déduction lors du calcul des fonds propres par la pondération de leurs risques³⁵².

Afin d'améliorer la *resolvability* des G-SIB en Suisse et à l'étranger et ainsi désamorcer le risque *too big to fail*, la teneur des art. 64 ss. de l'OB a été modifiée en 2022³⁵³. Le système des remises qui était prévu aux articles 65 OB et 133 OFR³⁵⁴ et qui perdait de son effet incitatif, puisque les deux G-SIB suisses avaient atteint la remise maximale, n'a pas été abrogé comme suggéré par le **rapport de 2019**³⁵⁵. Néanmoins, il a été remplacé par un **nouveau système incitatif** : si suite à l'obligation de présenter les mesures prévues ou implémentées dans le but de maintenir leur *resolvability* (art. 64 al. 5 OB) la FINMA constate à l'issue de son évaluation (art. 65a OB) des obstacles à cette capacité et qu'ils ne sont pas éliminés dans le délai imparti, l'autorité peut relever les exigences en matière de fonds propres ou de liquidités (art. 65b OB)³⁵⁶. Malgré l'entrée en vigueur de ces dispositions en janvier 2023, le délai transitoire prévu à l'art. 69a al. 2 OB reporte le début de l'obligation de remise de la documentation (art. 64 al. 5 OB) à la fin du mois de juin 2024.

Suite à l'introduction, début 2019, de l'obligation pour toutes les banques d'un ratio de liquidités à court terme à 100 % en raison de Bâle III, il était possible que les SIB ne respectaient plus l'exigence de liquidités plus élevées conformément à l'art. 9 al. 2 lit. b LB³⁵⁷. Par conséquent, le DFF, en collaboration avec la FINMA et la BNS, a été chargé d'examiner les exigences de liquidités requises pour l'assainissement et la liquidation (*gone concern*) des SIB ainsi que dans quelle mesure les exigences particulières en matière de liquidités amélioreraient la capacité de résistance³⁵⁸. L'examen du DFF a confirmé cette incertitude, et en 2019 également, le Fonds monétaire international a constaté la nécessité d'améliorer les modalités d'assainissement et de liquidation des deux G-SIB suisses, notamment à travers le renforcement

³⁴⁷ Fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes en cas d'assainissement ou de liquidation

³⁴⁸ DFF, *Rapport modifications OFR et OB*, p. 3-5, 7 et 16 ; FF **2017** 4537, p.4549 ; FF **2021** 1487, p. 17.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 23 ; FF **2019** 5165, p. 5166 ; *Ibidem*, p. 2.

³⁵⁰ RO **2018** 5241 ; GMÜR/BOCHUD, p. 105.

³⁵¹ DFF, *Commentaires OFR 2018*, p. 3.

³⁵² FF **2017** 4537, p. 4548 ; CF, *Exigences de capital* ; DFF, *Commentaires OFR 2018*, p. 3-4.

³⁵³ DFF, *Commentaires OB 2022*, p. 9-10.

³⁵⁴ RS **952.02**, état au 1^{er} août 2021 ; RS **952.03**, état au 30 septembre 2022

³⁵⁵ FF **2019** 5165, p. 5174 ; FF **2021** 1487, p. 14 ; DFF, *Commentaires OB 2022*, p. 9.

³⁵⁶ FF **2021** 1487, p. 14 ; DFF, *Commentaires OB 2022*, p. 9-10 ; FINMA, *Rapport 2023*.

³⁵⁷ FF **2019** 5165, p. 5159-5170 et 5175-5176.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 5175-5176.

de leur dotation en liquidités³⁵⁹. Dans le **rapport de 2021**, le CF informe qu'en conséquence, un **calibrage des exigences de liquidités** était en cours, afin que les banques puissent disposer de liquidités suffisantes nécessaires tant en cas d'une stabilisation (*going concern*) que d'une liquidation (*gone concern*)³⁶⁰.

Les nouvelles dispositions de l'OLiQ relevant les exigences afin de renforcer la stabilité des SIB et du système financier sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2022³⁶¹. Toutefois, les SIB ont 18 mois, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2024, pour se conformer aux **exigences accrues** ; pendant ce temps elles doivent respecter les prescriptions fixées par la FINMA dans le cadre de la surveillance³⁶². La nouvelle réglementation instaure des exigences de base, telles que le scénario de crise basé sur un horizon de 90 jours (contre 30 jours auparavant), ainsi que des exigences supplémentaires propres à l'établissement, à savoir des majorations et des décotes, en fonction du profil de risque des SIB³⁶³. La réglementation suisse se rapproche ainsi des efforts de la communauté internationale, en particulier des dispositions applicables au UK³⁶⁴. La réglementation TBTF a été complétée dans le but d'augmenter la probabilité de surmonter une crise sans le recours à l'aide de l'État, ou le cas échéant d'en diminuer l'impact sur l'économie³⁶⁵.

³⁵⁹ FF **2021** 1487, p. 13 et 14 ; DFF, *Commentaires OLiQ 2022*, p. 4.

³⁶⁰ FF **2021** 1487, p. 14-16.

³⁶¹ CF, *OLiQ* ; DFF, *Commentaires OLiQ 2022*, p. 5 et 32.

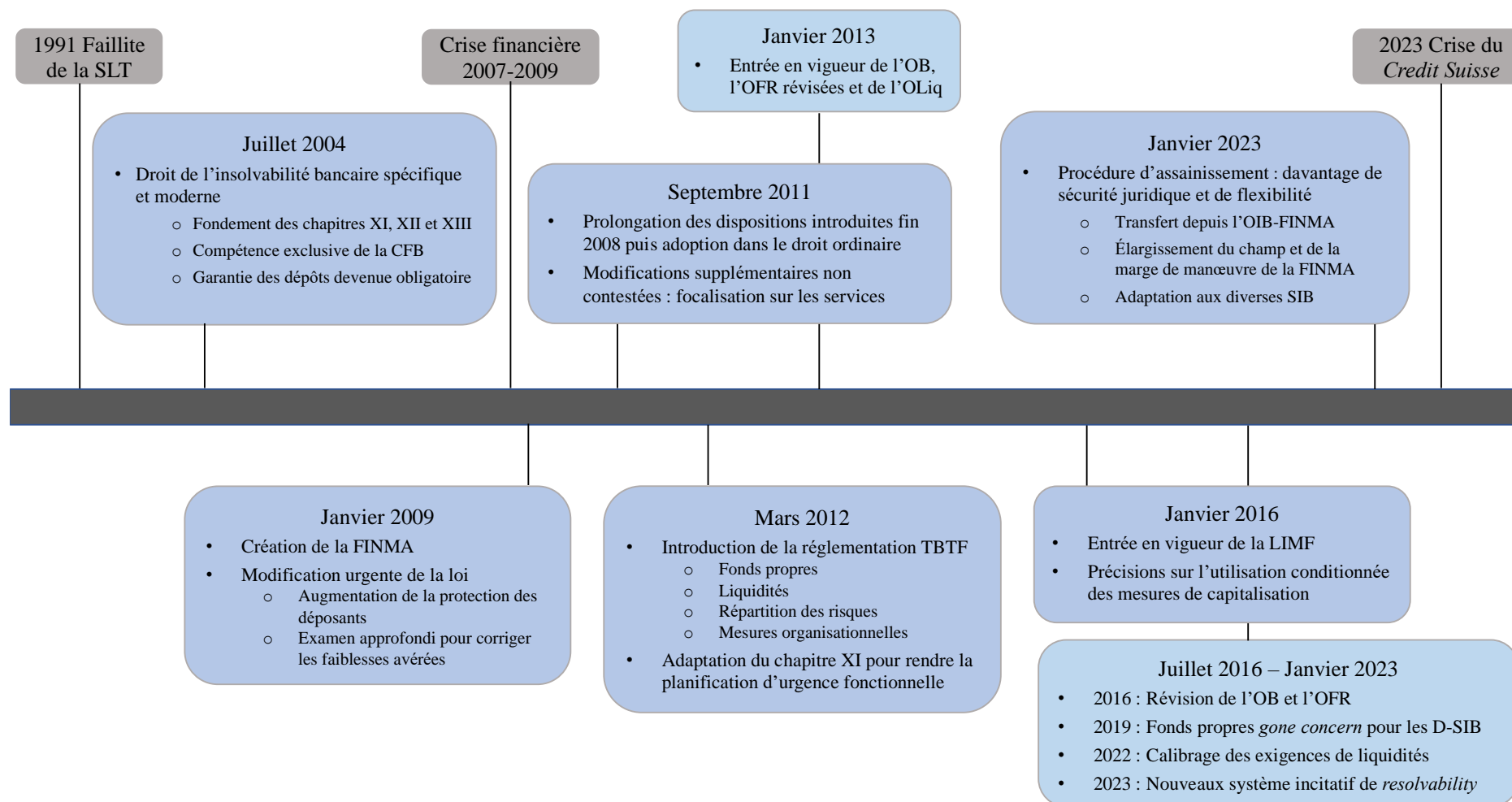
³⁶² DFF, *Commentaires OLiQ 2022*, p. 27 et 33.

³⁶³ *Ibidem*, p. 6, 8-9 et 20-22.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 6 et 29.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 4-5 et 31.

3.3 Schéma récapitulatif



4 Cadre réglementaire actuel

Selon le droit en vigueur en 2023, la réglementation prévenant la faillite des banques d'importance systémique est composée de **trois « lignes de défense »**, graduellement plus réactives que préventives. La première ligne de défense regroupe les exigences financières supplémentaires qui permettent aux SIB d'avoir davantage de stabilité³⁶⁶. La deuxième ligne de défense est formée par les exigences de planification de *recovery* et de *resolution* appliquée en cas de crise³⁶⁷. Les **dispositions préventives** renforcent la résistance autonome aux crises, au moyen d'une dotation en fonds propres et en liquidités, d'une structure organisationnelle ainsi que d'une gestion des risques appropriées³⁶⁸. Ces mesures ont pour objectif de **réduire la probabilité** d'une défaillance³⁶⁹.

Idéalement, grâce à ces deux lignes de défenses instaurées par le chapitre V de la LB, la banque se stabilise sans l'intervention de l'État. Les **dispositions réactives**, également dites curatives, permettent d'agir en cas de crise³⁷⁰. Elles sont appliquées lorsque la banque est en difficulté en dépit des mesures préventives³⁷¹. Dès que le risque d'insolvabilité s'accroît, la FINMA peut intervenir, en vertu de l'art. 25 LB, en vue de **diminuer l'impact** de la défaillance³⁷². Afin de prévenir une évolution négative et protéger les créanciers du **danger concret et imminent d'insolvabilité**, l'autorité peut, entre autres, ordonner des mesures protectrices³⁷³. En raison de leur rôle essentiel dans l'économie, l'assainissement des SIB est privilégié à la procédure de liquidation par voie de faillite³⁷⁴. Le chapitre XI de la LB constitue ainsi la troisième ligne de défense.

4.1 Dispositions préventives

Les **dispositions préventives** sont essentiellement contenues dans le **chapitre V de la LB**. L'article 7 définit les SIB (al. 1) et mentionne qu'en combinaison avec le droit bancaire ordinaire, ces dispositions particulières **visent à** : *réduire davantage les risques générés sur la stabilité du système financier, assurer le maintien des fonctions économiques importantes et éviter le recours à une aide de l'État* (al. 2). L'article 8 clarifie la notion de fonctions économiques importantes (al. 1) ainsi que les critères déterminant l'importance systémique (al. 2). Conformément à l'art. 9 al. 1 LB, les **exigences particulières** doivent dépendre du degré d'importance systémique et prendre en compte les normes internationales ainsi que l'impact sur l'établissement et la concurrence. L'alinéa 2 de l'article 9 énumère les quatre domaines d'exigences : les fonds propres, les liquidités, la répartition des risques et le plan d'urgence. L'application de ces exigences spécifiques est fixée à l'article 10, en particulier l'alinéa 4 qui confère au CF la compétence de concrétiser certaines dispositions de la loi au moyen des

³⁶⁶ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 14.

³⁶⁷ *Idem.*

³⁶⁸ BÖSCH, p. 261-262 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 14.

³⁶⁹ BRI, *Résumé*, p.1.

³⁷⁰ FF **2011** 4365, p. 4406 ; BÖSCH, p. 261-262 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 14.

³⁷¹ BÖSCH, p. 261-262.

³⁷² BRI, *Résumé*, p.1 ; AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 18-19.

³⁷³ FINMA, *Rapport 2020*, p. 16.

³⁷⁴ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 19.

ordonnances³⁷⁵. Finalement, l'art. 10a LB limite la rémunération au sein d'une SIB lorsque celle-ci reçoit une aide financière de la Confédération. Par ailleurs, en raison de leur catégorisation, les SIB sont soumises à une surveillance accrue³⁷⁶.

Ces **exigences supplémentaires** sont le plus souvent développées dans un titre ou un chapitre spécifique : le titre 5 de l'OFr régit les exigences particulières en matière de fonds propres (art. 124 à 135) et la répartition des risques (art. 136), puis les chapitres 4 de l'OLiQ (art. 19 à 29) et 7 de l'OB (art. 60 à 66c) sont voués aux SIB.

4.1.1 Exigences particulières en matière de fonds propres et de liquidités

En matière de fonds propres, les SIB doivent détenir des **fonds destinés à absorber les pertes** (fonds TLAC) **plus élevés**³⁷⁷ : elles ont besoin, d'abord, des fonds propres nécessaires pour poursuivre l'activité courante (*capital going concern*, art. 128 ss. OFr), et ensuite des fonds supplémentaires destinés à couvrir des pertes plus importantes survenant lors d'une crise (*capital gone concern*, art. 132 ss. OFr)³⁷⁸. En plus des exigences quantitatives (art. 129, 130 et 132 al. 2 OFr), les fonds propres doivent satisfaire des exigences qualitatives : le **capital going concern** est constitué de fonds propres de base durs (*common equity tier 1*, CET1, art. 21 ss. OFr), et dans une certaine mesure de fonds propres de base supplémentaires (*additional tier 1 capital*, AT1, art. 27 ss. OFr) contenant du capital convertible à seuil de déclenchement élevé (*high-trigger write-off bonds/CoCos*) (art. 131 OFr)³⁷⁹. Quant au **capital gone concern**, il est généralement composé de *bail-in bonds* conformes aux exigences de l'art. 126a OFr ; toutefois il peut également être constitué de CET1 ou de AT1 (art. 132 al. 3 et 4 OFr)³⁸⁰.

Ainsi, habituellement, **les CoCos** sont des instruments *going concern* utilisés par les banques en fonction de seuils de crise prédéfinis contractuellement (art. 27 al. 3 OFr), et ce, pour se renforcer et absorber les pertes avant un éventuel *bail-in*³⁸¹. **Les bail-in bonds** sont des instruments *gone concern* mis en place par les SIB, mais déclenchés par l'autorité de surveillance dans le cadre de la procédure d'assainissement (art. 126a al. 1 lit. h OFr). En réalité, en cas de survenance du risque d'insolvabilité et afin d'assainir la banque, la FINMA peut convertir ou annuler tous les fonds propres de base supplémentaires, donc aussi les CoCos (art. 29 al. 1 et 2 OFr). A la lecture de l'OFr, il est possible de clarifier que seules les SIB (art. 126a OFr) – et depuis le 1^{er} janvier 2023, certaines banques cantonales (art. 40a OFr ; voir point 3.1.6 ci-dessus) – peuvent émettre des *bail-in bonds*, ce qui démontre que l'assainissement bancaire par le biais du *bail-in* est exclusivement destiné aux SIB.

En outre, afin de réduire le risque de contagion, l'art. 127a al. 4 OFr limite grandement la possibilité pour les SIB de posséder pour leur propre compte des instruments de capital impliquant une conversion ou une réduction de créances d'autres banques ainsi que des *bail-in bonds* émises par des SIB suisses ou étrangères³⁸². L'article 136 OFr limite les gros risques des SIB, en particulier vis-à-vis des SIB suisses et des G-SIB étrangères.

³⁷⁵ FF 2011 4365, p. 4411.

³⁷⁶ FINMA, *Surveillance*.

³⁷⁷ Art. 9 al. 2 lit. a chiffre 1 LB ainsi que art. 128 al. 1, 129 al. 1 et 2 et 132 al. 1 et 2 OFr

³⁷⁸ FINMA, *Rapport 2020*, p. 9 ; WYSS, p. 28 et 31.

³⁷⁹ FINMA, *Rapport 2020*, p. 11, 12 et 20.

³⁸⁰ *Idem* ; DFF, *Rapport modifications OFr et OB*, p. 12.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 11 ; *Idem*.

³⁸² *Ibidem*, p. 12.

En matière de **liquidités**, les SIB doivent être aptes à répondre à leurs obligations de paiement même lors de situations extraordinaires³⁸³. Pour ce faire, les SIB doivent remplir des exigences particulières (art. 19 à 29 OLiq) nécessaires pour couvrir les risques de liquidité qui ne sont pas ou peu couverts par le ratio de liquidités à court terme³⁸⁴. Ces exigences spécifiques sont constituées, d'une part, des **dispositions communes** (art. 21 à 24 OLiq) et d'autre part, des **dispositions spécifiques** à la banque (art. 25 à 25a OLiq). Grâce aux nouvelles exigences entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2022, les risques de liquidité seront désormais couverts tant pendant la phase de *recovery* que de *resolution*³⁸⁵.

4.1.2 Planification d'urgence, de *recovery* et de *resolution*

Les plans d'urgence, de *recovery* et de *resolution* ont pour objectif de résoudre les potentielles crises³⁸⁶. L'utilité macroéconomique de ces plans réside dans l'existence de jalons permettant la réflexion et la réactivité en temps de crise³⁸⁷. En plus, selon le message du 20 avril 2011, la possibilité d'une liquidation prévue dans les plans de *recovery* et *resolution* supprime la garantie implicite de l'État³⁸⁸. Le plan d'urgence vise à permettre la sortie du marché tout en maintenant les fonctions systémiques en Suisse et en réduisant les conséquences néfastes d'une insolvabilité désordonnée sur l'économie³⁸⁹. Ce plan, également susceptible de grandement désamorcer la problématique TBTF, doit, en principe, être exécutable depuis 2019³⁹⁰.

Depuis 2020, afin d'être plus transparente sur l'avancée de la mise en œuvre de la planification issue de la réglementation TBTF, la FINMA publie des rapports de *resolution*³⁹¹. Depuis 2023, l'obligation de publier l'état des plans est contenue dans l'article 66 OB³⁹². Les rapports sont établis chaque année en se basant sur l'état des plans à la fin de l'année précédente³⁹³. En mars 2022 – soit 10 ans après l'entrée en vigueur de la réglementation TBTF – la FINMA constatait que malgré les progrès réalisés en termes de planification de *recovery* et de *resolution*, des lacunes subsistaient et que par conséquent, des efforts supplémentaires, tant de la part des banques que des autorités, étaient nécessaires pour clore les travaux de planification *too big to fail*³⁹⁴. L'autorité de surveillance et de *resolution* s'est, entre autres, fixé comme objectif stratégique de terminer ces travaux d'ici 2024 au plus tard³⁹⁵.

Selon les rapports de *resolution*³⁹⁶, les **plans de *recovery*** des cinq SIB étaient approuvés dès fin 2019. Les **plans d'urgence des deux banques G-SIB** étaient exécutables avec certaines réserves les premières années. Leurs mesures de ***resolvability*** ne sont devenues suffisantes qu'en 2022. Pour les **plans d'urgence des D-SIB**, seul celui de la ZKB était plausible en 2019.

³⁸³ FINMA, *Rapport 2023*.

³⁸⁴ FINMA, *Rapport 2020*, p. 12 ; Art. 12 et 19 OLiq.

³⁸⁵ FINMA, *Rapport 2023*.

³⁸⁶ LENGWILER *et al.*, p. 22.

³⁸⁷ FF **2011** 4365, p. 4443.

³⁸⁸ *Idem*.

³⁸⁹ FF **2011** 4365, p. 4405-4406 ; LENGWILER *et al.*, p. 22.

³⁹⁰ FINMA, *TBTF 2015*, p. 4 ; FINMA, *Problème TBTF*, p. 3-4 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 31.

³⁹¹ FINMA, *Communiqué 2020*, p. 1 et 3 ; FINMA, *Communiqué 2021*, p. 1 ; FINMA, *Rapport 2023*.

³⁹² DFF, *Commentaires OB 2022*, p. 23.

³⁹³ FINMA, *Rapport 2023*.

³⁹⁴ FINMA, *Communiqué 2022*, p. 1.

³⁹⁵ FINMA, *Rapport 2022* ; FINMA, *Objectifs*, p. 10.

³⁹⁶ FINMA, *Rapport 2020* ; FINMA, *Communiqué 2021* ; FINMA, *Communiqué 2022* ; FINMA, *Rapport 2023*.

En 2020 et 2021 l'exécutabilité des trois plans était crédible, malgré des améliorations nécessaires en matière de capital *gone concern*³⁹⁷. Fin 2022, le plan de *Raiffeisen* est devenu exécutable. Cependant, celui de la *PostFinance* a perdu sa plausibilité en raison de la non-entrée en matière du Parlement sur le projet de modification de la Loi sur l'organisation de la Poste³⁹⁸ ainsi que sur la mise en place d'une garantie de capitalisation de la Confédération. Le plan d'urgence de la ZKB devrait être exécutable prochainement grâce à l'introduction récente de l'art. 30b al. 6 LB.

4.1.2.1 Plan de stabilisation (*recovery*)

Le plan de *recovery*, aussi dénommé plan de stabilisation, décrit les mesures qu'une SIB est susceptible d'utiliser en temps de crise afin de **se stabiliser** durablement et poursuivre son activité commerciale, et ce, sans l'intervention de l'État, autrement dit sans une *resolution* (art. 64 al. 1 OB)³⁹⁹. En se fondant sur des **scénarios de crise**, la banque établit un plan de mesures ayant notamment pour but de renforcer les fonds propres et d'assurer les liquidités⁴⁰⁰. Le temps et la marge de manœuvre à disposition de la banque dépendent essentiellement de ses réserves de capital et de liquidités⁴⁰¹.

Lorsque les **indicateurs financiers et opérationnels prédéfinis** sont atteints et que la banque conclut que des mesures extraordinaires sont requises, le plan de *recovery* est déclenché⁴⁰². Dès lors, et ce avant une éventuelle *resolution*, la banque étudie la faisabilité d'un **assainissement autonome** à travers des solutions civiles telles que la vente (partielle) de l'activité ou la levée de fonds supplémentaires⁴⁰³. Dès le déclenchement du plan de *recovery*, l'autorité prépare le plan de *resolution* afin de pouvoir l'exécuter rapidement si l'insolvabilité se matérialise⁴⁰⁴. En vertu de l'art. 64 al. 1 OB le plan de stabilisation est soumis à l'approbation de la FINMA, toutefois l'autorité n'examine que le respect des exigences légales **sans confirmer l'exécutabilité du plan**⁴⁰⁵. Si l'autorité constate un potentiel d'amélioration – tel était le cas pour le plan de *recovery* de *Credit Suisse* datant de fin 2021 – la FINMA convie la banque à vérifier sa préparation de crise⁴⁰⁶.

4.1.2.2 Plan de liquidation (*resolution*)

Il incombe tout d'abord à la direction et aux actionnaires des banques d'éviter l'insolvabilité⁴⁰⁷. Mais lorsque le risque d'insolvabilité se matérialise, car le plan de *recovery* a échoué et que la SIB – n'arrivant pas à se stabiliser elle-même – a atteint le **point de non-viabilité** (*point of non-viability*, PONV), la FINMA a la possibilité d'intervenir conformément à l'art. 25 LB⁴⁰⁸.

³⁹⁷ FINMA, *Communiqué 2021*, p. 1.

³⁹⁸ Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur l'organisation de La Poste Suisse (Loi sur l'organisation de la Poste, LOP), RS **783.1**

³⁹⁹ FINMA, *Rapport 2020*, p. 2, 12-13 et 36.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁰² *Idem*.

⁴⁰³ FF **2011** 4365, p. 4443 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 15.

⁴⁰⁴ FINMA, *Rapport 2020*, p. 16.

⁴⁰⁵ FINMA, *Rapport 2023*.

⁴⁰⁶ *Idem*.

⁴⁰⁷ FINMA, *Rapport 2020*, p. 16.

⁴⁰⁸ BAHAR, p. 629 ; *Ibidem*, p. 12-13 ; WYSS, p. 34 ; Art. 29 OFR.

Lorsque la FINMA ordonne un **assainissement ou une liquidation par voie de faillite**, elle établit, sur la base des informations fournies par la banque, un plan de liquidation présentant son procédé (art. 64 al. 2 OB)⁴⁰⁹. Le rôle de la FINMA en tant qu'**autorité de surveillance et de resolution** ne consiste pas à préserver les établissements d'une restructuration d'assainissement ou d'une faillite⁴¹⁰. Dans le contexte des SIB, l'autorité a pour mission de réduire, voire d'éliminer, les impacts négatifs liés à la problématique TBTF ; autrement dit l'objectif du plan de *resolution* est d'assurer la stabilité financière en maintenant les fonctions systémiques et en limitant au maximum la participation des pouvoirs publics⁴¹¹.

Le **plan de resolution globale** (*global resolution plan*) décrit la stratégie primaire de la FINMA en matière de recapitalisation, d'assainissement et/ou de liquidation, entière ou partielle, de l'ensemble du groupe des G-SIB ainsi que les mesures préparatoires concrètes nécessaires à sa mise en œuvre⁴¹². Le plan de liquidation globale n'est pas une garantie absolue de succès, néanmoins il offre une (voire deux) stratégie(s) plausible(s)⁴¹³. En effet, la stratégie primaire de *resolution* consiste à recapitaliser le groupe bancaire avec le « *single point of entry* » (SPoE) *bail-in* (voir point 4.2.2 ci-dessous)⁴¹⁴. Lorsque cette approche *top-down* échoue ou qu'elle ne peut pas être appliquée (scénario dit de *break-up*), une scission des sociétés du groupe, suivie d'une liquidation ordonnée, est organisée afin de préserver les fonctions d'importance systémique en Suisse conformément au plan d'urgence⁴¹⁵. La stratégie de *resolution* étant globale pour les G-SIB, elle prend en considération les attentes des autorités étrangères liées aux unités étrangères du groupe⁴¹⁶.

En outre, les **G-SIB** doivent créer les conditions nécessaires pour qu'en cas de crise leur assainissement ou leur liquidation soit sans risque pour la stabilité financière (art. 65 OB)⁴¹⁷. Cette capacité d'assainissement et de liquidation est plus fréquemment dénommée **resolvability**⁴¹⁸. Les grandes banques doivent prendre les précautions nécessaires pour améliorer leur *resolvability* et pour supprimer les obstacles à l'assainissement du groupe⁴¹⁹. La FINMA évalue annuellement cette capacité d'assainissement et de liquidation (art. 65a al. 1 OB), notamment en fonction de l'adéquation entre les mesures préparatoires mises en œuvre et l'exécutabilité du plan de *resolution* globale⁴²⁰. La FINMA s'assure que le degré de *resolvability* est élevé grâce à une évaluation basée sur neuf catégories découlant de l'article 65a al. 2 OB, entre autres : la structure organisationnelle, des fonds propres et des liquidités suffisants ainsi que la capacité de fournir en douze heures certaines données essentielles lors d'une crise⁴²¹. Les **D-SIB** n'ont pas besoin de mettre en place des mesures préparatoires supplémentaires, car leurs stratégies de *resolution* se fondent principalement sur leurs plans

⁴⁰⁹ FINMA, *Rapport 2020*, p. 12-13.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁴¹¹ *Idem* ; LENGWILER *et al.*, p. 22.

⁴¹² FINMA, *Rapport 2020*, p. 2-3, 13 et 28 ; FINMA, *Rapport 2023*.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 28.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 20-21.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 30 ; FINMA, *Enseignements*, p. 85.

⁴¹⁶ FINMA, *Grandes banques 2022*.

⁴¹⁷ FINMA, *Rapport 2020*, p. 25.

⁴¹⁸ FF 2011 4365, p. 4398 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 25 et 36 ; FF 2021 1487, p. 3 et 10.

⁴¹⁹ FINMA, *Grandes banques 2021* ; FINMA, *Grandes banques 2022* ; FINMA, *Grandes banques 2023*.

⁴²⁰ FINMA, *Rapport 2020*, p. 2, 25 et 28.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 25 ; FINMA, *Grandes banques 2023*.

d'urgence⁴²². La *resolvability* d'une D-SIB peut donc être mesurée selon l'exécutabilité du plan d'urgence⁴²³. Dans ces cas, le plan de *resolution* et le plan d'urgence poursuivent un objectif identique : maintenir, au moins partiellement, les services bancaires essentiels en Suisse⁴²⁴.

4.1.2.3 Plan d'urgence

Les banques d'importance systémique doivent prouver au moyen du plan d'urgence qu'en cas de crise – en particulier en cas de menace d'insolvabilité – leurs **fonctions d'importance systémique en Suisse** peuvent être maintenues sans interruption et indépendamment des autres parties de la banque (art. 60 al. 1 OB)⁴²⁵. Le plan d'urgence est déclenché lorsque les conditions prévues à l'art. 25 al. 1 LB sont réalisées (art. 63 OB), autrement dit lorsque le PONV est atteint. En raison de cette perspective nationale, le plan d'urgence couvre, pour les D-SIB, la quasi-totalité de leur stratégie de *resolution*, tandis que pour les G-SIB, il n'en couvre qu'une partie⁴²⁶. Pour ces banques actives sur le plan international, le plan d'urgence est subsidiaire au SPoE *bail-in* contenu dans la stratégie primaire de la FINMA⁴²⁷. Les plans d'urgences des D-SIB doivent contenir deux stratégies, une primaire, et l'autre alternative⁴²⁸. L'autorité de *resolution* précise que « le plan d'urgence ne doit pas couvrir tous les risques imaginables, mais s'assurer que la banque est dûment préparée à un scénario de crise sévère, mais réaliste⁴²⁹. » A cet effet, la FINMA vérifie l'efficacité des mesures prévues, ainsi que la concrétisation des mesures préparatoires (art. 61 OB)⁴³⁰.

La Suisse privilégie, en pleine connaissance de cause, l'amélioration de la *resolvability* à l'intervention directe dans les structures et les modèles d'affaires des SIB⁴³¹. En vertu du **principe de subsidiarité**, la réglementation TBTF définit les objectifs, mais n'impose pas des mesures organisationnelles concrètes permettant de les réaliser⁴³². Certes, les exigences de planification, en particulier celle du plan d'urgence, engendrent des adaptations organisationnelles ; néanmoins, les banques sont libres de les déterminer⁴³³. Tant qu'elles prouvent que les mesures adoptées sont propres à garantir le maintien des fonctions d'importance systémique, la FINMA n'intervient pas (art. 10 al. 2 LB)⁴³⁴. L'autorité n'ordonne des mesures organisationnelles que lorsque la banque n'arrive pas à combler les lacunes l'empêchant d'atteindre l'objectif fixé (art. 62 al. 2 OB)⁴³⁵. Les **mesures organisationnelles** découlant du plan d'urgence sont à la fois préventives et réactives, car elles ont pour fonction

⁴²² *Ibidem*, p. 4, 12-13 et 25.

⁴²³ *Ibidem*, p. 25.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 2, 12 et 36.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 12-13 et 30-31.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 30.

⁴³⁰ FF 2011 4365, p. 4408-4409 ; *Idem*.

⁴³¹ FF 2015 1793, p. 1803.

⁴³² FF 2011 4365, p. 4406 ; *Idem*.

⁴³³ *Ibidem*, p. 4406 et 4443 ; *Idem*.

⁴³⁴ FF 2011 4365, p. 4406 et 4409.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 4443 ; FF 2015 1793, p. 1803.

de prouver le maintien des services bancaires essentiels, mais aussi de maîtriser les crises lorsque que le plan est activé⁴³⁶.

4.2 Dispositions réactives

Les **chapitres XI, XII et XIII** de la LB contiennent les dispositions destinées à maîtriser les crises et à éviter les pertes causées par une faillite désordonnée⁴³⁷. Néanmoins, la présente contribution se concentre exclusivement sur le premier chapitre mentionné, car il constitue l'**élément central** de la prévention des crises bancaires – objectif intrinsèque des trois fonctions de la LB⁴³⁸. Les mesures en cas de risque d'insolvabilité contenues au chapitre XI sont au cœur de l'approche globale de réduction des risques engendrés par la faillite d'une SIB⁴³⁹.

4.2.1 Mesures en cas de risque d'insolvabilité

L'assainissement des banques est principalement régi par le chapitre XI⁴⁴⁰. Les dispositions liées à l'insolvabilité et l'assainissement appliquées aux SIB ne se distinguent pas de celles appliquées aux banques ordinaires, à l'exception de l'homologation, du refus et des effets juridiques du plan d'assainissement (art. 31 al. 3, art. 31a al. 3, et respectivement art. 31d al. 1 lit. a LB). Les intérêts publics en jeu justifient ces exceptions et génèrent un besoin accru de sécurité juridique⁴⁴¹.

Conformément à l'**article 25 LB**, la FINMA peut ordonner des mesures protectrices, l'assainissement ou la faillite lorsque le **PONV** de la banque est atteint et que les intérêts des créanciers sont potentiellement en péril⁴⁴². C'est le cas, par exemple, si l'évaluation des actifs ou des difficultés à se procurer des liquidités suscitent chez l'autorité des doutes quant à la couverture des prétentions des créanciers, ou encore, si la FINMA constate une violation effective des prescriptions légales en matière de fonds propres (art. 25 LB)⁴⁴³. Selon SCHILTKNECHT, la menace d'une perte de confiance du marché est également un signe qui peut être pris en compte⁴⁴⁴. La nouvelle teneur de l'art. 25 LB entrée en vigueur en juillet 2004 permet de sauvegarder les intérêts des créanciers et protéger les banques contre les retraits d'argent massifs, puisque la menace d'insolvabilité n'entraîne plus une liquidation automatique liée au retrait de l'autorisation d'exercer⁴⁴⁵.

Les **mesures protectrices** énumérées à l'art. 26 LB étaient déjà utilisées dans la pratique avant leur introduction en 2004 afin de rétablir l'ordre légal et supprimer les irrégularités constatées, conformément à l'art. 23^{ter} al. 1 aLB⁴⁴⁶, actuellement l'art. 31 al. 1 LFINMA⁴⁴⁷. L'intervention

⁴³⁶ FF **2011** 4365, p. 4406.

⁴³⁷ HAUNREITER, N 791 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 14.

⁴³⁸ *Ibidem*, N 3, 57 et 1242.

⁴³⁹ FF **2011** 4365, p. 4406.

⁴⁴⁰ HUNKELER, p. 482.

⁴⁴¹ FF **2020** 6151, p. 6178 ; WYSS, p. 37-38 ; AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 19.

⁴⁴² FF **2002** 7476, p. 7496 ; HUNKELER, p. 482 et 484 ; LENGWILER *et al.*, p. 56 ; FINMA, *Enseignements*, p. 85.

⁴⁴³ *Idem*.

⁴⁴⁴ SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 82.

⁴⁴⁵ FF **2002** 7476, p. 7486.

⁴⁴⁶ RS **952.0**, état au 8 juin 2004

⁴⁴⁷ FF **2002** 7476, p. 7486.

de la FINMA doit, conformément au mandat légal, survenir avant que les déposants et les créanciers ne subissent un préjudice évitable⁴⁴⁸. L'autorité de surveillance peut ordonner une ou plusieurs mesures de cette liste non-exhaustive indépendamment – notamment avant – ou conjointement à une procédure d'assainissement ou de liquidation⁴⁴⁹. Avec les mesures protectrices, l'autorité de surveillance intervient de manière préventive avant le surendettement dans un double but : **protéger les créanciers** du danger imminent ; **prévenir le risque de contagion** au reste du système bancaire, notamment en évitant un *bank run* et la panique que celui-ci propage⁴⁵⁰. Sur la base de son évaluation prévisionnelle, la FINMA peut déterminer les mesures les plus adaptées au cas d'espèce⁴⁵¹.

4.2.2 Procédure d'assainissement

La **procédure d'assainissement** est ouverte lorsque ni la banque ni les autorités n'ont réussi à pallier le risque concret d'insolvabilité, et qu'il est vraisemblable que l'assainissement aboutira, que certaines fonctions bancaires seront maintenues et que les conditions d'autorisation seront à nouveau remplies (art. 28 et 29 LB)⁴⁵². Les propriétaires absorbent initialement les pertes, mais lorsque le point de non-viabilité est atteint, la FINMA peut, entre autres, ordonner le *bail-in*, transformant ainsi les créanciers en nouveaux propriétaires⁴⁵³. Une restructuration peut également avoir lieu, par exemple en modifiant la structure d'organisation ou le modèle d'affaires⁴⁵⁴. L'assainissement constitue **une dernière chance** pour la banque de poursuivre son activité, après avoir amélioré sa situation financière et éventuellement organisationnelle⁴⁵⁵. De manière générale, la recherche d'une solution économique favorable aux créanciers puis aux propriétaires prévaut sur le sauvetage de la banque ; autrement dit, la faillite peut primer sur l'assainissement en raison du principe du NCWO⁴⁵⁶. Cependant, pour les SIB, l'assainissement est privilégié à la faillite, puisqu'il permet de maintenir les services bancaires essentiels⁴⁵⁷. En vertu de ces intérêts supérieurs, l'autorité peut déroger au principe du NCWO si les créanciers de la SIB sont indemnisés correctement (art. 31 al. 3 LB). L'assainissement a pour **but de prévenir une faillite immédiate** en stabilisant la banque, et par conséquent le système financier, sans pour autant recourir à l'aide financière de l'État⁴⁵⁸.

En vue d'assainir une banque, il est possible de recourir à un transfert partiel ou complet des actifs et passifs à une autre banque existante ou créée pour l'occasion (banque relais) (art. 30 al. 2 lit. a LB). Toutefois, le *bail-in* au niveau de la *holding* du groupe (**SPoE bail-in**) est la mesure qu'il faut considérer principalement lors de l'établissement du plan d'assainissement d'une G-SIB, car il permet de maintenir les fonctions d'importance systémique et de

⁴⁴⁸ FINMA, *Rapport 2020*, p. 16 ; FINMA, *Resolution*.

⁴⁴⁹ FF **2002** 7476, p. 7486 et 7496 ; HUNKELER, p. 482 ; SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 82-83 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 16 ; LENGWILER *et al.*, p. 56.

⁴⁵⁰ FF **2002** 7476, p. 7479 et 7497 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 16.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 7486 ; *Idem* ; FINMA, *Resolution*.

⁴⁵² FF **2002** 7476, p. 7501-7502 ; HUNKELER, p. 483 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 16 et 17.

⁴⁵³ FINMA, *Problème TBTF*, p. 3, BAHAR, p. 627.

⁴⁵⁴ FINMA, *Autorité* ; LENGWILER *et al.*, p. 22.

⁴⁵⁵ FF **2002** 7476, p. 7501-7502 ; FINMA, *Resolution*.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 7502-7504 ; FINMA, *Rapport 2020*, p. 17.

⁴⁵⁷ FINMA, *Rapport 2020*, p. 17.

⁴⁵⁸ FF **2011** 4365, p. 4443 ; *Idem* ; LENGWILER *et al.*, p. 16.

recapitaliser la banque⁴⁵⁹. Comme il évite à l'État, et *in fine* au contribuable, d'endosser les frais d'assainissement, cet instrument central de l'assainissement fait partie de la **stratégie primaire de la resolution** des G-SIB⁴⁶⁰. Avec cette approche centralisée, la FINMA est la seule autorité à mettre en place l'assainissement⁴⁶¹. Ainsi, elle exécute le *bail-in* au niveau de la *holding*, qui recapitalise le groupe par des moyens internes, puis le groupe est restructuré afin d'adapter le modèle d'affaires⁴⁶². Pour qu'un *bail-in* soit réussi, la banque doit disposer de fonds *gone concern* suffisants, sinon elle devra recourir à une scission et/ou une liquidation partielle⁴⁶³. Cependant, « *le problème le plus épineux de l'assainissement réside dans l'évaluation des chances de la banque. En théorie en effet, toute banque si surendettée soit-elle peut être assainie par une conversion suffisante de créances en capital propre dans le bilan. La question se pose toutefois de savoir si les créanciers resteront clients de la banque assainie ou ne choisiront pas plutôt une banque dans laquelle ils ont davantage confiance*⁴⁶⁴ ». Par conséquent, la marge d'appréciation dont la FINMA dispose pour choisir entre la procédure d'assainissement ou de liquidation est essentielle⁴⁶⁵.

Les stratégies primaires de la *resolution* des D-SIB ont également comme **objectif principal la recapitalisation** ; néanmoins les trois stratégies se distinguent, notamment en raison des différentes formes juridiques⁴⁶⁶. Par exemple, la stratégie de *resolution* du groupe *Raiffeisen* prévoit la réunion des quelques 200 sociétés coopératives en une seule unité afin de faciliter la procédure d'assainissement⁴⁶⁷. Dans l'hypothèse d'un *bail-in*, la forme juridique de cette unité peut également être transformée conformément à l'art. 30 al. 2 lit. d LB⁴⁶⁸. Afin de garantir le bon déroulement de l'assainissement, le droit de résiliation des contrats peut être suspendu, mais au maximum pendant deux jours ouvrables, sauf si à l'expiration de ce délai les conditions d'autorisation sont à nouveau remplies, auquel cas il ne peut pas être exercé (art. 30a al. 3 et 5 LB)⁴⁶⁹. L'assainissement nécessite une coopération nationale, en particulier avec le prêteur de dernier ressort, à savoir la BNS ; mais aussi – essentiellement pour une G-SIB – une collaboration internationale avec les diverses autorités de surveillance et de *resolution*⁴⁷⁰.

4.2.3 Autorité de *resolution* et détermination du PONV

En Suisse, l'autorité de surveillance est également compétente en matière de *resolution* bancaire⁴⁷¹. En 2016, la FINMA a spécifiquement créé la division *Recovery et Resolution* afin de regrouper les compétences techniques, d'améliorer l'efficacité et la visibilité de la fonction de *resolution*⁴⁷². Cette division autonome est en charge de la restructuration en cas de crise, de

⁴⁵⁹ FINMA, *Rapport 2020*, p. 17-18 ; FINMA, *Grandes banques 2023*.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 17 et 20 ; *Idem*.

⁴⁶¹ *Idem*.

⁴⁶² FINMA, *Rapport 2020*, p. 20-21.

⁴⁶³ *Idem*.

⁴⁶⁴ FF 2002 7476, p. 7487.

⁴⁶⁵ FINMA, *Rapport 2020*, p. 17 ; AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 29.

⁴⁶⁶ FINMA, *Rapport 2020*, p. 22.

⁴⁶⁷ FINMA, *Banques 2021* ; FINMA, *Banques 2022*.

⁴⁶⁸ *Idem*.

⁴⁶⁹ FINMA, *Rapport 2020*, p. 19.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 23 et 28.

⁴⁷¹ FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, p. 9.

⁴⁷² *Idem* ; FINMA, *Rapport annuel 2016*, p. 14 et 32.

la planification d'urgence ainsi que de la mise en œuvre des procédures d'assainissement et de liquidation⁴⁷³. Afin d'implémenter les *Key Attributes* relatifs à la désignation d'une autorité de *resolution*, les juridictions ont tendance à **regrouper la fonction de surveillance et la fonction de *resolution* au sein d'une même autorité** ; et ce, principalement en raison du cadre institutionnel existant, des coûts estimés et des synergies perçues⁴⁷⁴. Il est attendu que la fonction de *resolution* soit opérationnellement indépendante de sorte à ce qu'elle soit exercée à l'abri de toute influence politique induite⁴⁷⁵.

Des **conflits d'intérêts** entre les fonctions de surveillance et de *resolution* peuvent surgir tant lorsqu'elles sont institutionnellement réunies au sein de la même autorité que lorsqu'elles sont séparées⁴⁷⁶. Notamment, la fonction de *resolution* peut avoir un poids insuffisant dans la prise de décision, et la fonction de surveillance peut privilégier ses objectifs de surveillance *going concern* au détriment de la préparation d'une *resolution* en temps utile⁴⁷⁷. Autrement dit, l'autorité de surveillance peut prolonger la période des mesures de *recovery* et retarder la constatation de la non-viabilité ; ce qui est en principe défavorable pour l'autorité de *resolution*, puisqu'elle a tout intérêt à de mettre en œuvre ses mesures le plus tôt possible⁴⁷⁸. Ce risque augmente lorsque l'autorité de surveillance est la seule en charge de déterminer la non-viabilité ou la défaillance imminente d'une banque⁴⁷⁹. Les conflits d'intérêts peuvent également se manifester par une résistance à l'utilisation des pouvoirs de *resolution* à cause d'une réticence à reconnaître l'échec d'un établissement surveillé, des craintes réputationnelles et d'un optimisme erroné quant à la capacité de stabilisation⁴⁸⁰.

La survenance d'un risque d'insolvabilité ou d'incapacité de paiement, autrement dit le **PONV**, est prévue concrètement dans les conditions d'émission ou les statuts des banques conformément à l'art. 29 OFR⁴⁸¹. Dès lors que les fonds propres atteignent certains seuils, les instruments de dette consacrés à l'absorption des pertes sont déclenchés⁴⁸². Les SIB ne satisfont pas les exigences en matière de fonds propres lorsque les CET1 sont inférieurs à 5 % des positions pondérées en fonction des risques, ou lorsque les fonds propres minimaux ne respectent pas les alinéas 1 et 2 de l'art. 42 OFR (art. 63 al. 2 OB). Le recours à ces instruments n'entraîne pas automatiquement les plans d'urgence (art. 63 al. 1 OB), car l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation⁴⁸³. Les ordonnances d'exécution précisent l'aspect de la violation des prescriptions légales en matière de fonds propres (art. 29 OFR et 63 OB) mais ne détaillent ni les autres aspects du PONV (voir point 4.2.1 ci-dessus) ni l'importante marge de manœuvre à disposition de la FINMA. Par conséquent, la présente contribution partage l'avis du groupe d'experts « Stabilité financière » (voir points 5.2.1.4 et 6 ci-dessous), en ce sens que la **constatation du PONV** – élément essentiel dans la gestion de crise – doit être légalement mieux définie.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁷⁴ BRI, *Insights*, p. 3 et 8-9.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 2-3.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 9-10.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁸¹ FINMA, *Enseignements*, p. 85.

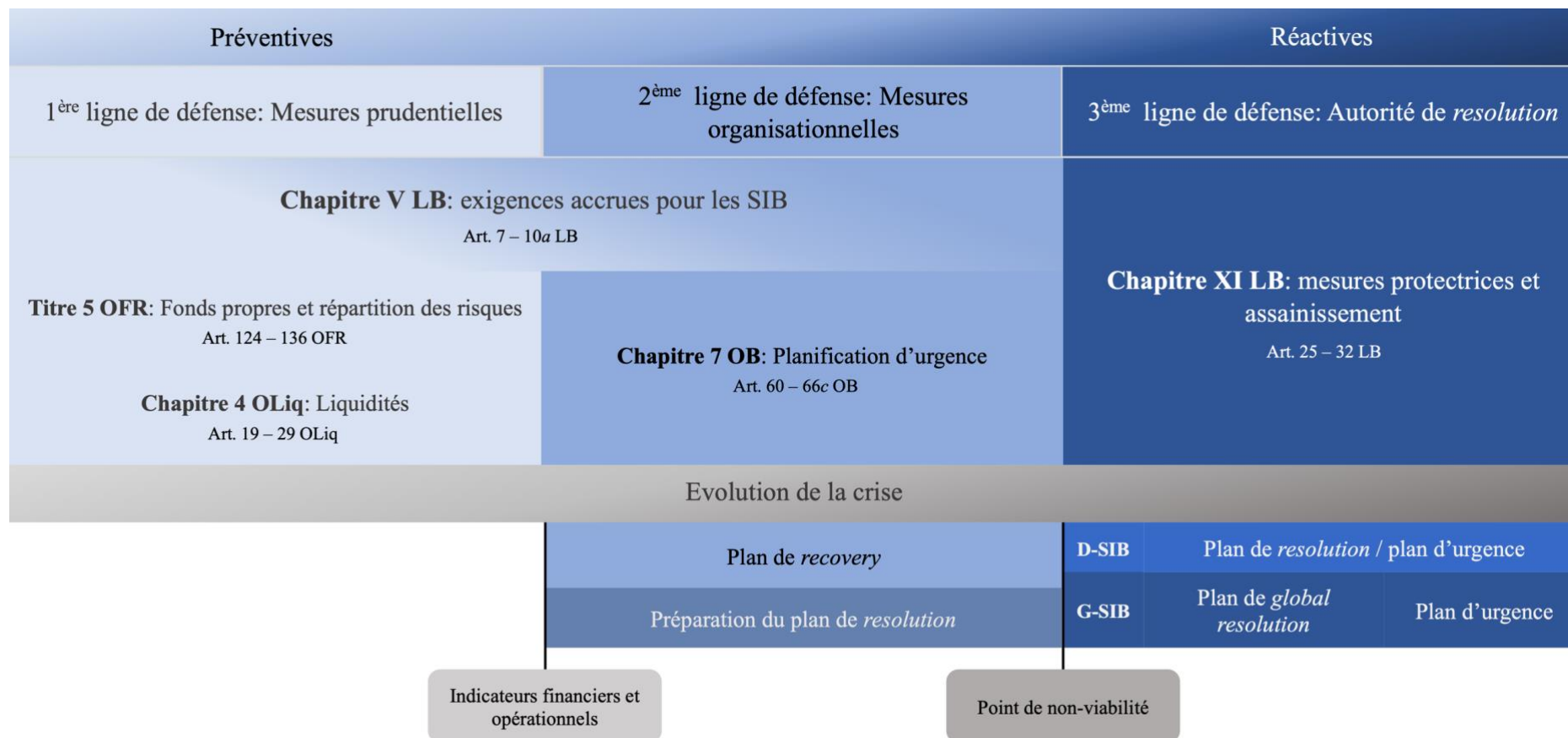
⁴⁸² *Idem* ; FINMA, *Position*, p. 9.

⁴⁸³ FINMA, *Position*, p. 9.

En outre, la FINMA a affirmé que « *Les mesures de resolution sont des mesures ultimes et ce même au PONV. Elles ne devraient être utilisées que s'il ne semble pas y avoir de meilleure solution qui pourrait rester sous le contrôle, au moins en partie, de la banque concernée*⁴⁸⁴ ». Étant donné que l'autorité de surveillance semble privilégier les intérêts des banques à ceux des marchés financiers et se désavouer de son rôle d'autorité de *resolution*, elle devrait clarifier le processus de sélection des mesures adéquates.

⁴⁸⁴ FINMA, *Enseignements*, p. 79.

4.3 Tableau récapitulatif



5 Perspectives de la réglementation suisse

La situation de la Suisse face à la problématique du TBTF s'est **significativement améliorée** grâce à la réglementation TBTF⁴⁸⁵. En effet, d'une part, les banques disposent d'une meilleure organisation en raison de leur structure et de leur planification d'urgence, ainsi que davantage de capitaux et de liquidités⁴⁸⁶. Cette meilleure capacité de résistance aux crises a contribué à la stabilité des SIB suisses pendant la pandémie de Covid-19⁴⁸⁷. D'autre part, les autorités ont accès à davantage de données, de ressources et de possibilités d'action⁴⁸⁸. Pour autant, cela ne signifie pas que le problème TBTF est résolu. L'implémentation de la réglementation TBTF n'est pas achevée, et le cadre réglementaire est en **perpétuelle amélioration** tant au niveau national qu'international. En outre, la perspective a également évolué : il n'est pas possible de supprimer la garantie implicite de l'État liée au TBTF ; néanmoins ce risque doit être mitigé⁴⁸⁹.

La réglementation TBTF et les mesures du chapitre XI réduisent le risque inhérent aux SIB. Or, même si le recours à l'argent des contribuables est minimisé, un risque résiduel subsiste. Il existe des risques résiduels au niveau du capital, de la réussite du plan d'assainissement, de la garantie des dépôts et plus manifestement au niveau des liquidités⁴⁹⁰. Le manque d'une définition claire du **risque résiduel** et de sa prise en charge dans la réglementation suisse peut se justifier par la volonté de supprimer la présomption TBTF en vue d'éviter l'aléa moral qui en découle⁴⁹¹. Toutefois, il est pertinent de s'interroger sur les comportements à adopter au cas où cette présomption persiste⁴⁹². Comme le suggère la pandémie de Covid-19, et plus tard la crise du *Credit Suisse*, **en cas de danger pour l'économie suisse, l'État interviendra**. Par conséquent, autant définir les principes à respecter. Une définition préalable des mécanismes applicables peut ne pas alimenter l'aléa moral chez les SIB, tout en réduisant le montant de fonds publics utilisés et en augmentant la confiance envers les autorités⁴⁹³.

En cas de crise, la **confiance**, que les acteurs des marchés financiers, dont les régulateurs, ont sur la compétence et le plan d'action de l'autorité en charge, est déterminante⁴⁹⁴. En Suisse, la FINMA – en particulier sa division *Recovery et Resolution* qui occupe des spécialistes à plein temps pour la prévention et la gestion des crises – dispose de la compétence en matière d'assainissement et de liquidation des établissements soumis à sa surveillance⁴⁹⁵. Malgré ces ressources et un cadre réglementaire prévu depuis plus de dix ans, le régime de *resolution* n'a pas été appliqué lorsque l'une des situations envisagées s'est présentée. La décision de fusionner d'urgence *UBS* et *Credit Suisse* en mars dernier est venue bouleverser la gestion des crises liées aux SIB, de par son écart avec la réglementation TBTF en vigueur. Cette nouvelle

⁴⁸⁵ FINMA *Problème TBTF*, p. 5 ; LENGWILER *et al.*, p. 17.

⁴⁸⁶ FINMA *Problème TBTF*, p. 5.

⁴⁸⁷ FF 2021 1487, p. 12-13.

⁴⁸⁸ FINMA *Problème TBTF*, p. 5.

⁴⁸⁹ WYSS, p. 52.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁹¹ WYSS, p. 52-53.

⁴⁹² *Idem*.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁹⁴ FINMA, *Problème TBTF*, p. 4-6.

⁴⁹⁵ SCHILTKNECHT, *Évolutions*, p. 82 ; *Ibidem*, p. 4.

crise dévoile notamment que la planification d'urgence ne tient pas suffisamment compte des enjeux d'interconnexion et de réputation internationales⁴⁹⁶.

5.1 Révision prévue de la LB

Le projet de modification de la LB prévoit d'ajouter deux nouveaux chapitres et d'effectuer quelques adaptations mineures. Le chapitre XIa introduit un mécanisme public de garantie des liquidités (*public liquidity backstop*, PLB) dans la réglementation suisse, renforçant ainsi le rôle de prêteur ultime de la BNS et précisant le recours aux garanties étatiques. Le chapitre des SIB est également modifié afin d'explicitier le rôle du DFF dans la gestion des crises. Le chapitre XIVa intègre à la loi certaines dispositions mises en place lors de la crise du *Credit Suisse*.

5.1.1 Chapitre XIa : « *Public liquidity backstop* »

En mars 2023, « *les autorités avaient trois possibilités : l'assainissement de Credit Suisse conformément au plan préparé, la nationalisation de Credit Suisse et la fusion avec UBS. Dans les trois cas, la BNS aurait dû mettre à disposition des liquidités en grande quantité et la Confédération aurait dû en garantir une partie*⁴⁹⁷. »

5.1.1.1 Introduction tardive

Depuis 2016, le CSF recommande l'**implémentation de mécanismes publics** fournissant des **liquidités provisoires**, de sorte à ce que les G-SIB disposent de liquidités suffisantes pendant la phase de *resolution*⁴⁹⁸. En effet, les exigences accrues en matière de liquidités, les refinancements privés et les liquidités fournies par les banques centrales à titre d'aide extraordinaire (*emergency liquidity assistance*, ELA), ne sont pas toujours suffisants pour stabiliser la SIB ou réaliser sa *resolution*, ce qui peut mener à la faillite d'une banque solvable⁴⁹⁹. Toutefois, à l'exception de l'ELA apportée par la BNS en échange de sûretés, **la Suisse ne prévoit pas** d'autres mesures de soutien étatique (*public backstops*)⁵⁰⁰. En plus d'aller à l'encontre des exigences du CSF, cette absence de base légale prive la Suisse d'un instrument apte à prévenir la perte de confiance et à apaiser les clients, les marchés et les autorités étrangères, rien que de par son existence⁵⁰¹. Aux US, au UK et dans l'UE des mécanismes, tels que les filets de sécurité étatiques, garantissent les liquidités nécessaires à l'assainissement ou à la liquidation d'une SIB⁵⁰². Les prêts assortis de garanties étatiques renforcent de manière préventive la confiance des acteurs du marché de sorte à ce qu'ils gardent ou établissent des relations d'affaires avec la banque même en cas de crise, ce qui permet de maintenir le recours au financement privé et les fonctions d'importance systémique⁵⁰³.

⁴⁹⁶ THÉVENOZ, p. 2.

⁴⁹⁷ LENGWILER *et al.*, p. 10.

⁴⁹⁸ CSF, *G-SIB temporary funding*, p. 6-7 ; FF 2023 2165, p. 21-22.

⁴⁹⁹ FF 2021 1487, p. 10 ; FF 2023 2165, p. 2 et 28.

⁵⁰⁰ FF 2019 5165, 5170 ; FF 2021 1487, p. 10 ; WYSS, p. 31 ; FF 2023 2165, p. 28.

⁵⁰¹ FF 2023 2165, p. 3 et 14.

⁵⁰² FF 2019 5165, 5170 ; FF 2021 1487, p. 10.

⁵⁰³ FF 2023 2165, p. 14 et 29.

Le 11 mars 2022, le DFF a été chargé d'élaborer un projet de PLB, visant à compléter le régime TBTF et remédier au risque résiduel de liquidités⁵⁰⁴. Après avoir été utilisé d'urgence dans l'ordonnance du 16 mars⁵⁰⁵, cet **instrument essentiel**, correspondant aux meilleures pratiques internationales, a été adopté par le CF le 6 septembre 2023⁵⁰⁶.

5.1.1.2 Conditions d'application

Si le projet entre en vigueur, la BNS pourra **temporairement prêter des liquidités** tout en étant couverte par une **garantie du risque de défaillance** octroyée par la Confédération⁵⁰⁷. L'article 32a al. 3 de la LB proposée (pLB)⁵⁰⁸ prévoit que cette forme de prêt soit subordonnée à **cinq conditions**⁵⁰⁹. Tout d'abord, ce prêt est subsidiaire aux autres possibilités de financement, tant celles disponibles dans le secteur privé qu'auprès du prêteur de dernier ressort (lit. a). Ensuite, la FINMA devra ordonner une procédure d'assainissement (lit. b). La banque devra être solvable ou le devenir grâce au plan d'assainissement (lit. c). Ce prêt est d'intérêt public, autrement dit, sans son octroi, l'économie et le système financier suisses risquent de subir un préjudice considérable (lit. d). Finalement, cette mesure doit respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire, elle doit être appropriée et nécessaire à l'assainissement de la banque (lit. e).

L'existence de ces éléments est indispensable pour l'octroi de ce prêt temporaire de liquidités, mais elle ne garantit pas son usage (art. 32a al. 1, 3 et 4 pLB)⁵¹⁰. Le recours à ce *public backstop* n'étant juridiquement pas un droit, la Confédération déterminera **au cas par cas** son application et son ampleur⁵¹¹. Les SIB suisses devront tout de même contribuer annuellement au budget général de la Confédération (art. 32c pLB), afin de compenser le risque de pertes auquel l'État sera confronté s'il décide de garantir ce prêt⁵¹². Ce **forfait ex ante**, permettant de diminuer les distorsions concurrentielles entre les SIB et les banques « d'importance ordinaire », sera calculé pour chaque SIB en fonction du risque de recourir à cette aide (art. 32c al. 1 pLB)⁵¹³. De plus, l'introduction de diverses mesures ayant un impact sur l'organisation et les finances de la banque – présentées ci-après – ont également pour objectif de **réduire les incitations comportementales indésirables** (aléa moral) de l'existence du PLB⁵¹⁴.

Si le prêt de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance est octroyé, la BNS et la Confédération pourront bénéficier d'une prime de risque et d'une prime de mise à disposition (art. 32d pLB)⁵¹⁵. Les **primes et les intérêts** seront fixés de sorte à inciter un prompt remboursement⁵¹⁶. En vue de diminuer l'exposition au risque, le prêt, les intérêts et les primes

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 2-3 et 8.

⁵⁰⁵ RS **952.3**, état au 19 mars 2023

⁵⁰⁶ FF **2023** 2165, p. 3 et 11.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁰⁸ FF **2023** 2166.

⁵⁰⁹ FF **2023** 2165, p. 30.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 30 et 45.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 30-31 et 42.

⁵¹² *Ibidem*, p. 22, 30 et 42.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 15 et 30.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 30-32.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 32.

seront considérés comme des **créances privilégiées** et attribuées à la troisième classe au sens de l'art. 219 al. 4 LP (art. 32i pLB)⁵¹⁷.

Pendant toute la durée du prêt, l'art. 32g al. 1 pLB **interdit à l'emprunteur** de verser des dividendes, de rembourser des fonds propres et d'octroyer ou rembourser des prêts aux propriétaires de la société mère⁵¹⁸. La SIB et les sociétés du groupe, directement ou indirectement liées, ne doivent pas non plus effectuer des actes qui pourraient retarder ou compromettre le remboursement de la totalité du prêt, prime et intérêts inclus (art. 32g al. 3 pLB)⁵¹⁹. La sanction pénale prévue à l'art. 46 LB s'étendra au non-respect de ces obligations (al. 1 lit. d pLB). Le projet de loi prévoit également l'élargissement du catalogue des mesures en matière de rémunération figurant à l'art. 10a LB⁵²⁰. L'introduction de la lettre c à l'alinéa 2 permettra d'obliger la banque à exiger la **restitution des rémunérations variables** déjà versées aux personnes exerçant ou ayant exercé une fonction dirigeante et étant en grande partie responsables de la nécessité de l'aide étatique. L'alinéa 3 sera également modifié afin d'imposer aux SIB la transposition de cette réserve dans leurs systèmes de rémunération. Si le droit applicable au contrat de travail ne le permet pas, la FINMA pourra au cas par cas renoncer à son application partielle ou totale. Aux termes du nouvel alinéa 4, l'autorité de surveillance sera chargée de contrôler l'implémentation de ces mesures.

5.1.2 Autres modifications

5.1.2.1 Intégration du rôle du DFF

Un *Memorandum of Understanding* réglant la **collaboration entre le DFF, la FINMA et la BNS** dans le domaine de la stabilité financière et de la réglementation des marchés financiers avait été signé en 2011 et renforcé en 2019⁵²¹. Avec l'introduction des articles 10b et 32l, la LB mentionnera pour la première fois – depuis la modification entrée en vigueur en janvier 2009 – le DFF, mettant ainsi en évidence **la dimension politique inévitablement présente** lors d'une crise impliquant une SIB⁵²². A la différence des articles de la LBN⁵²³ et de la LFINMA, ces deux nouveaux articles ne se limitent pas à définir les compétences des autorités, car ils précisent et concrétisent les exigences qu'elles devront remplir si les situations envisagées se produisent⁵²⁴.

Le premier article (10b pLB) fixe la collaboration des autorités lorsqu'une **SIB est confrontée à une défaillance imminente**⁵²⁵. Ainsi, le DFF recevra de la part de la FINMA l'évaluation des risques encourus par la SIB, et de la part de la BNS l'évaluation des risques pour l'économie et le système financier suisses ; ce qui lui permettra de décider si une intervention étatique est requise⁵²⁶. Ce processus est déclenché par l'avis immédiat de l'autorité de surveillance à la BNS

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 30-31.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁵¹⁹ *Idem*.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 32 et 36 ; FF 2023 2166, p. 2.

⁵²¹ FF 2023 2165, p. 37. [Memorandum of Understanding](#)

⁵²² LENGWILER *et al.*, p. 24.

⁵²³ Loi du 3 octobre 2003 fédérale sur la Banque nationale suisse (Loi sur la Banque nationale, LBN), RS 951.11

⁵²⁴ FF 2023 2165, p. 37 et 56.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 29 et 37.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 37-38 ; FF 2023 2166, p.10

et au DFF de l'application probable de l'art. 25 al. 1 LB⁵²⁷. Idéalement, cette information sera transmise « au stade le plus précoce possible » de la crise, afin de disposer de temps suffisant pour préparer et coordonner sa gestion⁵²⁸. Toutefois, le commentaire de l'article semble contredire cette anticipation de la crise, lorsqu'il exemplifie sa mise en application. Cette communication ne serait faite qu'après l'épuisement des ressources de stabilisation de la banque, l'apport de l'aide extraordinaire de la BNS et l'épuisement ou l'inefficacité de « tous les instruments » à disposition de la FINMA⁵²⁹.

Le deuxième article (32l pLB) régit l'**échange des informations** nécessaires à l'éventuelle mise en œuvre du PLB⁵³⁰. La BNS et la FINMA devront notamment transmettre au DFF toutes les informations que celui-ci estime essentielles à l'évaluation des risques auxquels les finances fédérales sont exposées en raison de ce nouvel instrument.

5.1.2.2 Chapitre XIVa : « Ordonnance du 16 mars 2023 »

Au moyen du droit d'urgence, le Conseil fédéral a élaboré le 16 mars 2023 une ordonnance mettant en place le mécanisme de PLB et d'autres mesures, telles que l'aide supplémentaire sous forme de liquidités de la BNS (ELA+)⁵³¹. S'il veut éviter que les dispositions de l'ordonnance deviennent caduques, le CF doit les soumettre à l'Assemblée fédérale dans un délai de six mois⁵³². Formellement, la fusion de *Credit Suisse* avec *UBS* s'est achevée le 12 juin 2023 et le contrat entre *UBS* et la Confédération relatif à la garantie contre les pertes a été dissous le 11 août 2023 ; par conséquent, **seules les dispositions encore nécessaires** en septembre 2023 sont transposées au chapitre XIVa⁵³³. Concrètement, l'acceptation du projet confèrera à ces dispositions la base légale requise, ce qui permettra au contrat **des prêts ELA+** entre la BNS et le *Credit Suisse* ainsi qu'aux mesures afférentes de la FINMA de continuer à déployer leurs effets juridiques⁵³⁴. La majorité des dispositions prévues dans ce chapitre ne sont valides que jusqu'à fin 2027⁵³⁵. L'article 51e pLB charge le CF d'élaborer un rapport, destiné à l'Assemblée fédérale, examinant la pertinence des dispositions du chapitre XIVa, et ce dans un délai maximal de 5 ans après leur entrée en vigueur⁵³⁶.

5.1.2.3 Modifications mineures

Afin de transposer les réformes de Bâle III, le projet de la nouvelle LB précise les dispositions en matière de publication⁵³⁷. En vertu de l'art. 5 al. 1 pLB, les banques devront *informer régulièrement le public de leurs activités et de leurs risques, en particulier de leur organisation,*

⁵²⁷ FF **2023** 2165, p. 29 et 37.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁵²⁹ *Idem*.

⁵³⁰ FF **2023** 2165, p. 29 et 56-57 ; FF **2023** 2166, p. 10.

⁵³¹ FF **2023** 2165, p. 2-3 ; voir RS **952.3**.

⁵³² *Ibidem*, p. 9 et 11 ; Art. 7d al. 2 lit. a, chiffre 1 de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), RS **172.010**.

⁵³³ *Ibidem*, p. 8 et 20-21.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 8, 33 et 59.

⁵³⁵ FF **2023** 2166, disposition transitoire III al. 3.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 33 et 59.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 5 et 33.

de leurs fonds propres et de leurs liquidités. L'article 3g al. 1 et 2 et l'art. 5 al. 3 pLB habilite expressément la FINMA à édicter les dispositions d'exécution en matière de publication⁵³⁸.

Le chapitre relatif au capital complémentaire (VI) sera formellement adapté aux révisions récentes du Code des Obligations⁵³⁹ : d'une part, les dispositions sur le capital de réserve et le capital convertible doivent être complétées suite à l'assouplissement en matière de fondation et de capital des sociétés anonymes, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023 ; d'autre part, les dispositions relatives au capital de participation seront modifiées en raison de la mise en œuvre, depuis le 1^{er} mai 2021, des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales⁵⁴⁰.

En outre, la liste exemplative de l'art. 26 al. 1 LB est complétée par la lettre i, afin d'indiquer clairement la possibilité pour la FINMA d'ordonner à la banque ou à la société mère d'amortir ou de convertir des fonds propres de base supplémentaires, également connus sous la dénomination de AT1⁵⁴¹.

5.2 *Post Credit Suisse*

Le déclin progressif de *Credit Suisse* dû à ses pratiques commerciales ainsi qu'à la perte de confiance de ses clients en son management, a été accéléré par la crise bancaire aux US et la numérisation⁵⁴². Le 15 mars 2023, deux mots – « *Absolutely not* » – exprimés par l'un des actionnaires principaux, ont précipité un *bank run* auquel la banque aux deux voiles ne pouvait pas faire face seule⁵⁴³. *Credit Suisse* était la première G-SIB sur le point d'entrer en phase de *resolution* conformément au régime TBTF, mais l'application de la réglementation a été jugée **trop risquée pour être appliquée** (*too risky to apply*)⁵⁴⁴. En contradiction avec l'objectif premier du cadre réglementaire TBTF, l'État est intervenu en soutenant financièrement la reprise de *Credit Suisse* par son concurrent *UBS*⁵⁴⁵. Cette intervention, fondée sur le droit de nécessité (art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst.), a été accueillie avec soulagement en Suisse et à l'étranger⁵⁴⁶. Toutefois, elle engendra aussi des doutes et des incertitudes quant au régime TBTF⁵⁴⁷.

Autrefois considéré comme leader international, le régime de *resolution* suisse doit être révisé : il est nécessaire de comprendre quand il s'applique et comment combler les lacunes de la gestion de crise⁵⁴⁸. **La réglementation TBTF doit être examinée urgemment**, car désormais si l'unique G-SIB du pays est confrontée à une crise, aucune entreprise suisse n'est apte à la reprendre, en tout cas à court ou moyen terme⁵⁴⁹. Par conséquent, en plus de l'évaluation des

⁵³⁸ *Idem*.

⁵³⁹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) – Code des obligations, RS 220

⁵⁴⁰ FF 2023 2165, p. 5 et 33-34.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁴² LENGWILER *et al.*, p. 5 et 10-11.

⁵⁴³ *Ibidem.*, p. 10-11.

⁵⁴⁴ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 28 et 31 ; LENGWILER *et al.*, p. 4.

⁵⁴⁵ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 28.

⁵⁴⁶ LENGWILER *et al.*, p. 10.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁴⁸ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 28 ; *Ibidem*, p. 5.

⁵⁴⁹ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 31 ; LENGWILER *et al.*, p. 5.

instruments actuels, des **instruments supplémentaires** sont requis afin de maîtriser les crises d'une G-SIB, notamment pour arrêter un *bank run* lorsque le *bail-in* et le plan d'urgence n'y parviennent pas ou seulement en générant de graves distorsions⁵⁵⁰. Sans modification du régime de *resolution*, les mécanismes actuels peuvent avoir des effets d'aggravation de la crise et par conséquent inciter les décideurs à recourir au *bail-out* au lieu d'un *bail-in*⁵⁵¹.

La **crédibilité** relative à la capacité d'intervention et la volonté politique d'appliquer le régime de *resolution* **doit être restaurée**⁵⁵². Certaines autorités de surveillance étrangères ont été surprises par le recours au droit de nécessité ainsi que de la décision des autorités suisses de ne pas mettre en œuvre le plan de *resolution* globale⁵⁵³. En outre, le choix de s'écarter de la réglementation en raison de l'instabilité financière sur les marchés nationaux et internationaux – facteur très probable quand une G-SIB se trouve en difficulté – remet en question l'applicabilité des mesures prévues dans la réglementation, notamment le *bail-in*⁵⁵⁴. Cette perte de crédibilité limite grandement les deux fonctions de base de la réglementation TBTF, à savoir la réduction de l'aléa moral et des conséquences financières pour les contribuables⁵⁵⁵.

5.2.1 Commission d'experts « Stabilité financière »

Fin mars 2023, en vue de compléter son prochain rapport sur les SIB exigé par l'art. 52 LB et de répondre aux divers postulats parlementaires ainsi qu'à la question de la nationalisation temporaire, le CF décida d'amorcer un **examen en profondeur** de la réglementation TBTF, des événements liés à la reprise de *Credit Suisse* par *UBS* et de la participation adéquate de l'Assemblée fédérale aux décisions financières urgentes⁵⁵⁶. Dans le cadre de cet examen, le DFF regroupa huit experts au sein du groupe « Stabilité financière » chargé d'analyser, d'un point de vue stratégique, le rôle des banques et du cadre étatique dans le maintien de la stabilité de la place financière suisse⁵⁵⁷. Dans son rapport intitulé « **Réformes nécessaires après l'effondrement de *Credit Suisse*** », le groupe d'experts présente les réflexions ainsi que les enseignements tirés des quinze entretiens avec les institutions impliquées dans cette gestion de crise⁵⁵⁸. « *Il formule sur cette base des recommandations qu'il convient de considérer comme des pistes de réflexion ainsi que comme une contribution à l'évaluation et au développement ultérieur de la réglementation TBTF et un soutien à la Commission d'enquête parlementaire*⁵⁵⁹. » Les recommandations de la commission d'experts sont présentées ci-après. Dans son rapport du 19 décembre 2023⁵⁶⁰, l'autorité de surveillance soutient plusieurs de ces recommandations.

⁵⁵⁰ *Idem.*

⁵⁵¹ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 29-31.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 31 ; LENGWILER *et al.*, p. 5.

⁵⁵³ LENGWILER *et al.*, p. 20-21.

⁵⁵⁴ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 28-29.

⁵⁵⁵ *Idem.*

⁵⁵⁶ CF, *Crédits* ; CF, *Stabilité* ; FF 2023 2165, p. 8-9 et 13.

⁵⁵⁷ CF, *Stabilité*.

⁵⁵⁸ LENGWILER *et al.*, p. 2 et annexe B.

⁵⁵⁹ *Ibidem.*

⁵⁶⁰ FINMA, *Enseignements*.

5.2.1.1 Recommandations en matière de liquidités

La crise de *Credit Suisse* a permis de mettre en lumière la rapidité à laquelle les retraits sont désormais effectués grâce à la numérisation⁵⁶¹. Pour cette raison, et en prenant en considération les évolutions internationales, les autorités devraient examiner **l'efficacité du système de la garantie des dépôts**⁵⁶². Dans le but de renforcer l'approvisionnement de liquidités pendant un assainissement, le **PLB** prévu depuis 2022 devrait être introduit sans délai, et la BNS devrait élargir la palette de sûretés acceptées en échange d'une **ELA** et s'inspirer de la *Banque d'Angleterre* pour atténuer la stigmatisation de cet instrument⁵⁶³. Afin que les liquidités nécessaires soient accessibles en tout temps, la loi devrait accorder à la FINMA la possibilité d'obliger les SIB à **déposer les sûretés suffisantes** auprès des banques centrales concernées⁵⁶⁴.

5.2.1.2 Recommandations en matière de fonds propres

Tout d'abord, la mise en œuvre de **Bâle III**, prévoyant des exigences plus strictes suffisantes, devrait être finalisée⁵⁶⁵. Ensuite, l'autorité de surveillance devrait être **plus transparente** quant à la qualité des fonds propres, en particulier en ce qui concerne les allègements et les dispositions transitoires⁵⁶⁶. Finalement, le **marché des AT1** doit être revitalisé suite à la crise du *Credit Suisse*⁵⁶⁷. Les autorités doivent concevoir ces instruments de sorte à ce qu'ils soient clairement compréhensibles à l'étranger, et prendre en compte les débats et les travaux actuellement en cours au niveau international⁵⁶⁸.

5.2.1.3 Recommandations sur la préparation et la gestion de crise

Le DFF, la FINMA et la BNS doivent être **conjointement responsables** pour la préparation et la gestion des crises⁵⁶⁹. Tout d'abord, elles doivent analyser et communiquer de manière transparente les réflexions qui les ont menées à cette décision ainsi que les leçons qui peuvent être tirées de cette crise⁵⁷⁰. Ensuite, la **collaboration** entre ces autorités doit être plus **institutionnalisée** : les grands principes ne suffisent pas ; il faut définir précisément le processus décisionnel et la coordination de certaines décisions⁵⁷¹. Même si les risques du *bail-in* ne sont pas négligeables, ils ne sont pas insurmontables⁵⁷². Ainsi, les trois autorités devraient à l'avenir identifier continuellement les risques liés à la réalisation de l'assainissement d'une SIB et les mesures nécessaires à leur atténuation⁵⁷³. Pour que les acteurs du marché aient

⁵⁶¹ LENGWILER *et al.*, p. 43.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 43 et 55.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁶⁴ *Idem*.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 75.

⁵⁶⁶ *Idem*.

⁵⁶⁷ *Idem*.

⁵⁶⁸ *Idem*.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 20 et 38.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 24-28.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 31.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 32.

confiance en la capacité d'assainissement de la SIB, il est capital que les autorités soient convaincues de la **faisabilité du plan de *resolution*** et s'engagent à le mettre en œuvre⁵⁷⁴.

Davantage de flexibilité est nécessaire pour faire face à d'éventuels imprévus et ainsi renforcer la préparation d'une *resolution*⁵⁷⁵. La FINMA devrait explorer tant les options d'assainissement dites de *open bank bail-in* que celles de *closed bank bail-in*⁵⁷⁶. Autrement dit, elle ne devrait pas se focaliser sur une seule solution telle que le SPoE *bail-in*, mais préparer d'autres options telles que la création d'une banque relais et la cessation de certaines parties du groupe bancaire⁵⁷⁷. En conformité avec les normes du CSF, la FINMA devrait avoir la possibilité d'ordonner des **changements organisationnels** en vue d'améliorer la *resolvability* des G-SIB⁵⁷⁸. Finalement, la loi devrait prévoir des possibilités de **participation restreintes** et à durée limitée **de l'État** dans l'assainissement d'une SIB, et ce uniquement en dernier ressort⁵⁷⁹.

5.2.1.4 Recommandations sur les instruments de surveillance

Malgré une surveillance intense du *Credit Suisse*, la banque n'a pas modifié son comportement de sorte à rétablir la confiance en son établissement⁵⁸⁰. En comparaison avec les autorités de surveillance étrangères, la FINMA a moins d'instruments rendant la surveillance efficace ; elle est notamment la seule à ne pas pouvoir prononcer des amendes⁵⁸¹. L'autorité de surveillance suisse doit être renforcée afin **d'intervenir plus tôt et de manière plus efficace**⁵⁸². La base réglementaire doit être révisée pour permettre une intervention **avant le PONV**⁵⁸³. « *Si la FINMA considère que le modèle d'affaires de la banque n'est plus viable financièrement ou que la gestion du risque est insuffisante, il doit lui être possible de lancer une procédure de gestion de crise, même contre la volonté de l'équipe dirigeante*⁵⁸⁴. » L'incapacité d'une banque de surmonter seule la crise, définie à l'art. 25 LB, devrait être complétée par d'autres indices tels que les **signaux provenant des marchés financiers**⁵⁸⁵. Comme les indicateurs en matière de liquidités et de fonds propres prévus par la loi semblent inappropriés pour signaler une crise de confiance à temps, le PONV devrait s'étendre au-delà de ceux-ci⁵⁸⁶. Dans le cas de *Credit Suisse*, la perte de 90 % de la valeur boursière, l'augmentation des *credit default swaps* et l'abaissement dans les notations annonçaient la perte d'un élément essentiel à l'activité bancaire : la confiance⁵⁸⁷. De plus, les exigences minimales en matière de fonds propres et de liquidités ne suffisent pas d'office à rassurer les acteurs du marché et à empêcher l'effondrement d'une SIB⁵⁸⁸. Pour accroître l'efficacité de la FINMA, le groupe d'experts suggère, entre autres,

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 32-33 et 35.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 32-33.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 33 et 35.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 36-39.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 57. Pour l'intensité de la surveillance voir FINMA, *Enseignements*, p. 6-7

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 57 et 59.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 57 et 65.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 62 et 65.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 15 et 62.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁸⁸ AMMANN/KÄFER/WIEST, p. 31.

d'augmenter la quantité et la qualité de son personnel, de réduire la durée de procédure ainsi que d'**étendre les instruments de surveillance** au moyen d'amendes, de mesures correctrices rapides (*prompt corrective actions*), de publicité des mesures de surveillance (*naming and shaming*), et d'un régime de responsabilité des fonctions de direction (*senior managers regime*)⁵⁸⁹.

5.2.2 Commission d'enquête parlementaire

L'article 169 Cst. confère à l'Assemblée fédérale la compétence d'exercer la haute surveillance sur les organes et les personnes chargés d'accomplir des tâches de la Confédération. Similairement à l'inspection menée par rapport au sauvetage d'*UBS*, il est indispensable d'éclaircir la fusion des deux G-SIB suisses, car celle-ci constitue un **évènement de grande portée**⁵⁹⁰. Par conséquent, le 8 juin 2023, une commission d'enquête parlementaire (CEP) a été instituée dans le but d'examiner la gestion des autorités fédérales compétentes dans le contexte de cette fusion d'urgence et de déterminer leurs responsabilités⁵⁹¹.

Le **champ d'enquête** a expressément une **portée large**, afin de pouvoir analyser de manière approfondie le rôle de tous les acteurs soumis à la haute surveillance parlementaire, et ce, pendant la crise, mais également les années la précédant⁵⁹². **Sont notamment concernés** le CF, sa délégation pour les questions financières, le DFF, la FINMA et la BNS, mais aussi les sociétés d'audit en tant que « bras armé » de l'autorité de surveillance⁵⁹³. Leurs activités seront examinées sous l'angle de la légalité, l'opportunité et l'efficacité⁵⁹⁴. La collaboration de ces entités entre elles et avec des tiers sera également sujette à examen⁵⁹⁵. La période sous revue est composée de **quatre phases** : l'avant crise, allant de 2015 à l'été 2022, autrement dit de la publication du premier rapport découlant de l'art. 52 LB à l'annonce de la stratégie d'assainissement de *Credit Suisse* (i) ; la période d'intensification de la crise, allant de l'automne 2022 à mars 2023 (ii) ; la phase aigüe de la crise, entre le 15 et le 19 mars 2023 (iii) ; et finalement la mise en œuvre de la fusion (iv)⁵⁹⁶.

La CEP a décidé de **mandater des prestataires externes** pour clarifier la mise en œuvre de la législation de la surveillance des marchés financiers, comparer les cadres juridiques des marchés financiers suisses et étrangers, et examiner l'évolution de *Credit Suisse* ces dernières années⁵⁹⁷. Cette dernière analyse n'entre pas directement dans le champ de l'enquête, mais elle contribue à la contextualisation des activités des autorités⁵⁹⁸. La CEP devra rapporter aux deux Chambres les résultats de son enquête, en présentant les éventuelles responsabilités et les lacunes constatées ainsi que les suggestions d'amélioration des institutions et du droit⁵⁹⁹.

⁵⁸⁹ LENGWILER *et al.*, p. 57-59 et 65.

⁵⁹⁰ FF 2023 1366, p. 2 et 4. [Rapport des Commissions de gestion des Chambres fédérales](#)

⁵⁹¹ *Idem* ; FF 2023 1369, art. 2.

⁵⁹² FF 2023 1366, p. 2.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁹⁴ FF 2023 1369, art. 2 al. 2.

⁵⁹⁵ *Idem*.

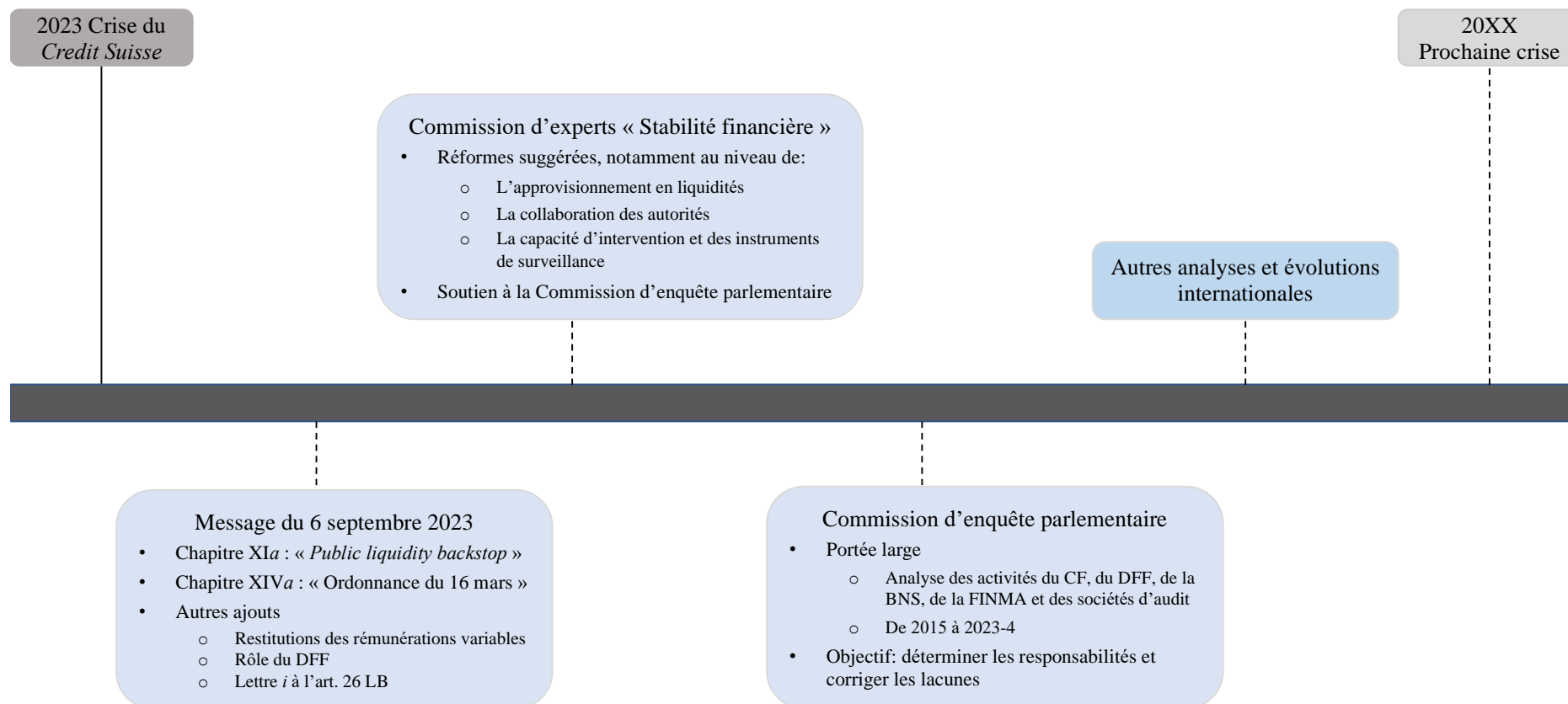
⁵⁹⁶ FF 2023 1366, p. 5 ; COMMISSION D'ENQUETE PARLEMENTAIRE.

⁵⁹⁷ COMMISSION D'ENQUETE PARLEMENTAIRE.

⁵⁹⁸ *Idem*.

⁵⁹⁹ FF 2023 1366, p. 5-6 ; FF 2023 1369, art. 3.

5.3 Schéma récapitulatif



6 Conclusion

Par le biais de ses trois fonctions de protection – individuelle, fonctionnelle et systémique – la LB a comme objectif intrinsèque de prévenir les crises bancaires. En raison de la faillite notable de la SLT dans les années 90, la Suisse disposait dès 2004 d'un droit de l'insolvabilité bancaire spécifique et moderne, contenant une garantie des dépôts obligatoire et la compétence exclusive de l'autorité spécialisée en matière d'assainissement et de liquidation. En parallèle à la création de la FINMA, les premières modifications réglementaires résultant de la crise financière mondiale de 2007-2009 ont surgi. Fin 2011, l'assainissement des banques prévu au chapitre XI a été révisé pour se concentrer sur le maintien des services bancaires. Quelques mois plus tard, le régime TBTF est entré en vigueur en vue de résoudre la problématique liée aux banques ayant un impact significatif sur l'économie suisse. En particulier, des exigences augmentant la viabilité, la résilience et la *resolvability* des SIB ont été introduites dans le chapitre V afin de diminuer les risques encourus par les contribuables. En janvier 2023, la procédure d'assainissement est devenue juridiquement plus sûre et plus adaptée aux diverses formes juridiques que revêtent les SIB suisses. Entre temps, les ordonnances d'exécution ont été ponctuellement adaptées aux évolutions des normes internationales et ont suivi le gain en importance du *bail-in*.

En mars 2023, le cadre réglementaire destiné à prévenir la faillite désordonnée d'une SIB était composé des exigences accrues fixées au chapitre V ainsi que des mesures réactives définies au chapitre XI, en particulier l'assainissement. Les plans d'urgence, de *recovery* et de *resolution*, autrement dit la planification d'urgence, représente un élément central dans la prévention et la gestion des crises des SIB, car elle établit le lien entre les mesures préventives et les mesures réactives. Cependant, face à la crise du *Credit Suisse*, les autorités suisses ont renoncé à réaliser sa *resolution* au moyen des plans prévus à cet effet, présumés *too risky to apply*. Cette décision a déclenché une phase de remise en question et de réflexion tant de la part des autorités nationales que des organismes internationaux.

Suite à cet événement majeur, la réglementation suisse sera inévitablement révisée. Néanmoins, il est encore trop tôt pour connaître sa direction exacte. Le Conseil fédéral recommande d'ores et déjà d'introduire dans la loi un *public liquidity backstop*, ainsi que des dispositions permettant la restitution des rémunérations variables et une implication plus transparente du DFF. La commission d'experts « Stabilité financière » suggère de nombreuses réformes, notamment au niveau de l'approvisionnement en liquidités, de la collaboration des autorités ainsi qu'au niveau des compétences de la FINMA. Les résultats et les propositions de la commission d'enquête parlementaire auront également un impact sur la LB.

Selon le présent avis, outre la présomption *too big to fail*, le cadre réglementaire visant à éviter la défaillance désordonnée d'une SIB et l'impact dévastateur y afférent devra aussi tenir compte du risque résiduel et de la présomption *too risky to apply*. Toute crise liée à des établissements aussi complexes engendre un sentiment d'urgence et tout plan d'action comporte un risque d'échec. Pour diminuer ce risque et augmenter les chances de réussite de la réglementation spécifiquement mise en place, les autorités devront à l'avenir être davantage confiantes quant à leurs compétences, leurs plans et leurs décisions. La marge d'appréciation dans la constatation du PONV et dans la sélection des mesures adéquates, dont la FINMA dispose en vertu de l'article 25 LB, devrait également être précisée afin de prendre explicitement en considération la confiance – élément essentiel dans le domaine financier – et de permettre une intervention aussi tard que possible, mais aussi tôt que nécessaire.