

**Message
concernant la modification de la loi fédérale
sur les banques et les caisses d'épargne**

du 20 novembre 2002

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par la présente, nous vous soumettons le message et le projet de modification de la loi sur les banques, en vous proposant de les adopter.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

1996 P 95.3574 Protection légale des épargnants (N 24.9.96, Vollmer)

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'expression de notre haute considération.

20 novembre 2002 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Kaspar Villiger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Les dispositions actuelles du droit fédéral sur l'assainissement et la liquidation de banques exigent une révision. La nécessité d'une amélioration à ce niveau s'est fait jour bien avant la fermeture de la Spar- und Leihkasse Thun (SLT; Caisse d'épargne et de crédit de Thoune), un événement qui a sérieusement inquiété l'opinion publique au-delà même des frontières de notre pays. Non encore terminée, la liquidation de la SLT a une fois encore révélé les nombreuses lacunes de la procédure. Des voix se sont notamment élevées pour réclamer une protection accrue des déposants. À cela s'ajoutent les répercussions que la fermeture d'une banque peut entraîner à l'échelle nationale. 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.

Le présent message se fonde sur un rapport d'experts de la doctrine, de la jurisprudence et de l'administration. Il prévoit une modification de la loi sur les banques consistant à regrouper dans cette loi et à ramener à l'essentiel les dispositions relevant de l'assainissement et de la liquidation de banques, aujourd'hui dispersées dans divers actes législatifs. Cette modification permet d'optimiser la coordination des aspects de surveillance, d'assainissement et de liquidation. La Commission fédérale des banques (ci-après Commission des banques) jouira d'une compétence exclusive pour diriger les procédures, y compris lors d'un assainissement et d'une faillite bancaire. La procédure d'assainissement est souple. Après avoir entendu les créanciers et les propriétaires, un délégué à l'assainissement désigné par la Commission des banques établit un plan d'assainissement et le soumet à la Commission des banques pour approbation. Si l'assainissement n'aboutit pas, la Commission des banques ouvre une procédure de faillite (liquidation) soumise à des règles spécifiques. La procédure de faillite en vertu de la législation sur la poursuite pour dettes et la faillite s'applique uniquement à titre supplétif. Des mesures sont en outre prévues pour, d'une part, protéger les créanciers et leur garantir l'égalité de traitement, et, d'autre part, protéger les banques contre des retraits qui ne pourraient être honorés.

En ce qui concerne la protection des déposants, une première amélioration consiste à désintéresser en priorité les petits créanciers dont les dépôts ne dépassent pas 5000 francs. Le privilège de faillite d'un montant de 30 000 francs sera par ailleurs étendu à l'ensemble des dépôts en banque. Enfin, les dépôts bénéficiant d'un privilège légal seront désormais obligatoirement protégés par une garantie reposant en grande partie sur un système d'autorégulation soumis à l'approbation de la Commission des banques. La protection des déposants atteindra ainsi en Suisse un niveau correspondant à celui de l'Union européenne.

Message

1 Partie générale

1.1 Contexte/Lacunes du régime en vigueur

Depuis qu'elle a été créée dans les années 30, la législation sur l'assainissement et la liquidation de banques a suscité nombre d'investigations et de propositions de révision, ainsi que diverses études et expertises. Dans la pratique en effet, des lacunes importantes ont souvent été constatées au cours des procédures d'assainissement et de liquidation. Les prescriptions concernant l'assainissement et la liquidation de banques sont dispersées dans divers actes législatifs, ce qui rend difficile la vue d'ensemble de la procédure pour les parties concernées et retarde le déroulement de cette procédure déjà lourde en elle-même. La coordination du droit en matière de surveillance, d'assainissement et de liquidation n'est pas clairement réglée. Un grand nombre d'instances sont, parallèlement ou successivement, impliquées dans la procédure.

Le cas de la SLT a non seulement généré des critiques quant à la procédure, mais aussi soulevé la question de la protection des déposants considérés comme particulièrement vulnérables. Diverses requêtes adressées au Conseil fédéral ont relevé que cette protection exigeait des améliorations, notamment par rapport aux législations étrangères. Contrairement à ce que prescrit la législation de l'Union européenne (UE), par exemple, la garantie de dépôt n'est pas obligatoire en Suisse. De plus, le privilège de faillite actuel reste limité à certains types de comptes, malgré une modification de la loi en 1997. Etant donné l'importance croissante du trafic des paiements sans numéraire, les fonds sont acceptés aujourd'hui sous les formes les plus diverses, si bien que la restriction du privilège à certains types de livrets et de comptes – expressément précisés – ne se justifie plus.

1.1.1 Droit relatif à l'assainissement et à la liquidation de banques

1.1.1.1 Législation en vigueur

1.1.1.1.1 Loi sur les banques et dispositions exécutoires

La loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB; RS 952.0) contient des dispositions spéciales en matière de faillite, de concordat et de sursis. Ces prescriptions sont précisées dans l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (ordonnance sur les banques, OB; RS 952.02) et dans le règlement d'exécution du 30 août 1961 de la loi sur les banques et les caisses d'épargne (RLB; RS 952.821). Le Tribunal fédéral a par ailleurs édicté, dans son ordonnance du 11 avril 1935 concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne (OCBC; RS 952.831), des dispositions spéciales applicables aux établissements assujettis à la loi sur les banques. En présence d'un risque d'insolvabilité d'une banque, ces dispositions offrent actuellement toute une gamme d'instruments. Ceux-ci sont énumérés ci-après.

Mesures préventives

Afin de remédier à des irrégularités, la loi sur les banques autorise la Commission des banques à intervenir bien avant qu'une banque ne soit surendettée. La surveillance préventive des banques vise, d'une part, à protéger les créanciers et, d'autre part, à prévenir la propagation de la crise d'une banque dans le système bancaire, étroitement interdépendant. La Commission des banques dispose à cet égard de divers instruments¹. Elle exerce entre autres sa surveillance en vertu de l'art. 4 LB, qui oblige les banques à disposer en tout temps des fonds propres nécessaires. La jurisprudence considère que toute insuffisance de fonds propres non redressable en temps utile constitue une «grave violation des obligations légales», justifiant dans le cas extrême que la Commission des banques retire l'autorisation. Dans le cadre de son activité de surveillance cependant, la Commission des banques commence par étudier les moyens de prévenir – avec l'aide de la banque ou de tiers – une liquidation en raison de problèmes d'actifs. Si les efforts d'assainissement menés de façon discrète n'aboutissent pas ou que de graves irrégularités paraissent compromettre la survie de la banque concernée, la Commission des banques prend des dispositions plus drastiques.

Fermeture d'une banque

La Commission des banques peut ordonner la fermeture d'une banque et bloquer son activité en lui retirant simultanément l'autorisation d'exercer celle-ci (art. 23^{quinquies} LB)². Mais la fermeture peut aussi précéder le retrait de l'autorisation. Dans le cas de la fermeture, la banque n'a plus le droit d'effectuer de nouveaux paiements et d'accepter de nouveaux dépôts. Cette fermeture ne modifie en principe pas les obligations civiles de la banque concernée. Elle n'a pas non plus d'incidence sur les intérêts, l'échéance et la compensation des créances, et n'apporte surtout aucune protection contre des poursuites. Pour obtenir une telle protection, la banque doit demander un sursis bancaire ou concordataire ou une prorogation des échéances, ce qui fait perdre un temps précieux dans la perspective d'un assainissement.

Prorogation des échéances par le Conseil fédéral

A certaines conditions et après avoir consulté la Commission des banques et la Banque nationale, le Conseil fédéral peut accorder une prorogation d'échéances à une banque exposée à des retraits excessifs et continus. Cette possibilité n'a cependant pas fait ses preuves dans la pratique. La prorogation des échéances s'est en fait toujours révélée une simple étape vers l'assainissement ou la liquidation.

¹ Pour une vue d'ensemble, cf. Leo Schürmann, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne 1994, p. 345 ss, ou Nobel Peter, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, Berne 1997, p. 225 ss.

² Cf. la décision de la Commission des banques du 29 mars 1983 en la cause Banque Commerciale SA, Genève, Bulletin CFB, fascicule n° 12, p. 19. Dans sa décision (consid. 6, non publié) du 6 mars 1990 relative à l'affaire Mebco Bank SA, Genève, le Tribunal fédéral a confirmé l'exécution immédiate du retrait de l'autorisation.

Sursis bancaire prononcé par le juge compétent

Le sursis bancaire relève de la compétence du juge cantonal du sursis. Comme la prorogation des échéances, le sursis accordé à une banque insolvable, mais non surendettée, a pour but de relâcher la pression des créanciers. Les effets d'un tel sursis correspondent en principe à ceux du sursis concordataire au sens de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1). Le sursis protège la banque des poursuites et doit lui permettre de traiter ses problèmes, par exemple en organisant un assainissement extrajudiciaire. Récemment, le sursis a été accordé après que la Commission des banques eut décrété une liquidation, car il a été considéré qu'un tel octroi était dans l'intérêt des créanciers³. Théoriquement, le sursis constitue donc un instrument utile aussi bien pour l'assainissement que pour la liquidation. En fait, depuis les années 30, il n'a jamais servi que de prélude à une liquidation⁴.

Sursis concordataire prononcé par le juge du concordat

Une prorogation des échéances ou un sursis bancaire n'étant accordé qu'à des banques non surendettées, celles qui le sont doivent demander un sursis concordataire auprès du tribunal cantonal compétent. Mais le surendettement n'est pas une condition légale du sursis concordataire, ce qui ressort de la possibilité de conclure un concordat-sursis qui ne s'utilise toutefois guère comme mesure unique dans la pratique⁵. Ces dernières décennies, seules les procédures de liquidation (concordat par abandon d'actif) ont revêtu une certaine importance pratique. Contrairement à la prorogation des échéances et au sursis bancaire, le sursis concordataire fait partie de la procédure judiciaire ordinaire en matière de sursis. À l'inverse des dispositions citées dans les paragraphes précédents, le sursis concordataire implique la protection des déposants au sens de la convention de l'Association suisse des banquiers⁶.

Autoliquidation

Dans une banque comme dans n'importe quelle autre société, l'assemblée générale peut décider de la liquidation de l'établissement, par exemple à la suite de la disparition de l'intérêt commercial. La liquidation s'effectue selon les règles du droit des sociétés, de manière à assurer le désintéressement de tous les créanciers.

Liquidation à la suite d'un retrait d'autorisation par la Commission des banques

Si les efforts informels en vue d'assainir discrètement une banque menacée d'insolvabilité restent infructueux, la Commission des banques n'a alors pas d'autre choix, sous le régime actuel, que de retirer l'autorisation d'exercer en s'appuyant sur l'art. 23^{quinquies}, al. 2, LB. Pour protéger l'égalité des créanciers, la Commission des banques ordonne la fermeture de la banque et limite le trafic des paiements. Le retrait de l'autorisation entraîne obligatoirement la liquidation, donc la fin de l'exis-

³ ATF 117 III 83.

⁴ Ehrensam Paul, Die Bankenkrise der 30er Jahre in der Schweiz, in: Commission fédérale des banques (éd.), 50 ans de surveillance fédérale des banques/50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zurich 1985, p. 104.

⁵ Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6^e éd., Berne 1997, p. 444, notes 15 et 19.

⁶ Cf. ch. 1.1.2.3.

tence de la banque. Il est également exclu d'assainir une banque en portant atteinte aux droits des créanciers, par exemple en convertissant les créances en fonds propres. Reste la possibilité d'accorder le sursis bancaire⁷ ou le sursis concordataire, mais ces deux instruments ne servent qu'à assurer le bon déroulement de la liquidation. Celle-ci doit être réalisée non par les organes existants de la banque, mais par un liquidateur nommé et surveillé par la Commission des banques. Si la banque s'avère surendettée à la valeur de liquidation, une procédure de concordat ou de faillite sera engagée auprès du tribunal.

Faillite bancaire

La faillite d'une banque constitue le mode de liquidation ultime et le plus radical, qui n'a plus guère été appliqué ces dernières décennies. Le juge cantonal compétent nomme l'administration de la faillite, qui exerce seule tous les droits des créanciers.

1.1.1.1.2 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

À défaut d'applicabilité des dispositions spéciales de la législation sur les banques, telles qu'elles sont exposées ci-dessus, la LP s'applique aussi aux banques. Une faillite peut ainsi être ouverte contre une banque en vertu des dispositions de la poursuite ordinaire par voie de faillite (art. 159 ss LP), de la poursuite pour effets de change (art. 177 ss LP) ou de la faillite sans poursuite préalable (art. 190 LP). De plus, la faillite peut également être prononcée sans poursuite préalable si la banque a suspendu ses paiements (art. 190, ch. 2, LP), si elle s'est déclarée insolvable (art. 191, al. 1, LP) ou a déposé son bilan (art. 725 s. du code des obligations, CO; RS 220). Dans de tels cas, les instances compétentes sont les autorités cantonales.

1.1.1.1.3 Droit des obligations

Une banque surendettée ayant un statut de société anonyme ou de coopérative est en outre tenue de se conformer à la règle des avis obligatoires selon les art. 725, 725a et 903 CO. Un ajournement de la faillite tel qu'il est prévu aux art. 725a, al. 1, et 903, al. 5, CO n'est cependant pas autorisé (art. 35, al. 2, LB). Les banques sont par ailleurs soumises aux dispositions des art. 1157 ss CO relatives à la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations (art. 60 OB) mais, en cas de faillite, seulement si l'administration de la masse le juge opportun (art. 49, al. 2, RLB).

1.1.1.2 Ancienne législation et efforts de révision

Peu après l'entrée en vigueur en 1934 de la loi sur les banques, il est apparu que les dispositions de cette dernière en matière d'assainissement devaient être révisées. Aucun des efforts entrepris dans ce sens n'a cependant permis d'aboutir à une nouvelle réglementation en la matière.

⁷ ATF 117 III 83.

La crise des banques suisses survenue au début des années 30 a conduit à édicter, en 1936, un arrêté fédéral urgent habilitant le Conseil fédéral à prendre des mesures pour sauvegarder le crédit du pays. Le Conseil fédéral a alors modifié le droit concordataire par un arrêté concernant l'assainissement de banques (RO 1936 185). La procédure comportait deux étapes, la première relevant de la compétence de la Commission des banques, la seconde de celle du Tribunal fédéral. Plusieurs banques ont par la suite été assainies avec succès. Cet arrêté du Conseil fédéral devait initialement s'appliquer jusqu'à la fin de 1937, mais il a été prorogé trois fois avant son abrogation en 1949.

En 1938 déjà, une commission d'experts présidée par le professeur Haab avait été chargée par la Commission des banques d'étudier les possibilités d'intégrer dans la législation ordinaire l'arrêté du Conseil fédéral sur l'assainissement des banques. Dans son rapport, la commission a proposé de regrouper l'ensemble des dispositions légales sur l'assainissement et la faillite de banques dans une nouvelle loi spéciale ou une loi de délégation des pouvoirs. Ces propositions ont finalement été abandonnées.

En 1976, le Département fédéral des finances (DFF) a confié à une commission d'experts présidée par le juge fédéral Egli le mandat de procéder à une refonte complète des dispositions spéciales de la loi sur les banques. Le projet de la commission prévoyait de remplacer ces dispositions par une loi spéciale. Ce projet n'a pas été poursuivi, et n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'une procédure de consultation.

1.1.2 Protection des déposants et privilège de faillite

1.1.2.1 Historique

Les cantons assumaient initialement la surveillance des banques (essentiellement des caisses d'épargne), dont le nombre a rapidement augmenté dès le milieu du XIX^e siècle. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie limitait considérablement les interventions légales dans les activités de ces établissements. On se préoccupait surtout de protéger les petits déposants. Les cantons mettaient ainsi l'accent moins sur une surveillance continue des opérations bancaires (discipline relevant du droit de surveillance) que sur des règles destinées à sanctionner les coupables et à protéger les innocents en cas de faillite (discipline de marché). Mais la responsabilité personnelle des propriétaires n'a guère fonctionné, surtout lorsqu'il s'agissait de coopératives. Le souci de protéger les petits épargnants que manifestaient divers cantons n'a pas pu se concrétiser dans la mesure où la LP transférait ce type de compétence à la Confédération. La mise en place d'un privilège indirect par la stipulation d'un droit de gage au bénéfice de l'épargnant était en contradiction avec le principe du nantissement tel qu'il ressort du droit des obligations. Il ne restait ainsi aux cantons désireux de protéger efficacement les déposants que la garantie de l'Etat pour les actifs des banques cantonales. En revanche, le privilège de faillite et le droit de gage ont l'un et l'autre été adoptés par la législation fédérale sur les banques. Tandis que le privilège de faillite a été renforcé par la dernière révision en 1997, les droits de gage ont été définitivement abolis.

1.1.2.2

Privilège de faillite pour les dépôts d'épargne

Accorder un privilège de faillite consiste à favoriser une catégorie de créanciers lors d'une faillite, par collocation de leurs créances dans une certaine classe aux fins de paiement avant les créances des classes suivantes (cf. art. 219, al. 4, LP). Introduit en 1934 avec l'entrée en vigueur de la LB, le privilège de faillite, d'un montant de 5000 francs pour les dépôts d'épargne, a été porté en 1971 à 10 000 francs et en 1997 à 30 000 francs par client (art. 37a LB). Depuis 1997, ce privilège englobe, outre les formes d'épargne traditionnelles (dépôts contenant le terme «épargne»), tous les dépôts à inscrire au bilan selon l'art. 25, al. 1, ch. 2.3, OB, et toutes «les créances résultant de comptes où sont versés régulièrement les revenus de l'activité lucrative, les rentes et les pensions de travailleurs ou les contributions d'entretien et d'aliments découlant du droit de la famille». En 1997 également, ces créances privilégiées ont été attribuées à une classe spéciale, située entre la deuxième et la troisième classe, ce qui signifie par exemple qu'elles sont prises en considération après les créances garanties par gage et celles des employés de la banque, mais avant toutes les autres créances.

La restriction du privilège aux dépôts mentionnés ci-dessus ne se justifie plus étant donné l'importance croissante du trafic des paiements sans numéraire – dans lequel les fonds sont acceptés sous les formes les plus diverses⁸. Il est en effet difficile d'admettre que le compte courant d'une petite entreprise, à partir duquel sont versés les salaires des employés, échappe au privilège, alors qu'un compte où est versée régulièrement une rente en bénéficie quel que soit le besoin de protection effectif du titulaire de ce compte. En cas de faillite ou de concordat, une telle restriction peut en outre conduire à de délicats problèmes de délimitation et nuire ainsi à une identification et à un remboursement rapides des dépôts privilégiés. Il s'agit en effet d'identifier d'abord les comptes privilégiés, ce qui prend du temps, le déposant devant, le cas échéant, fournir la preuve de l'entrée régulière de salaires, de rentes et de prestations relevant du droit de la famille. De plus, les banques ne sont pas en mesure de justifier les dépôts privilégiés du fait de l'imprécision de la délimitation, et les créanciers ne peuvent pas non plus prendre connaissance de la part de dépôts garantis dont dispose la banque.

1.1.2.3

Convention de l'Association suisse des banquiers, relative à la protection des déposants

En complément au privilège de faillite, la «convention relative à la protection des déposants en cas de liquidation forcée» mise en place en 1980 par l'Association suisse des banquiers et proposée à l'adhésion sous une forme révisée en 1993 permet le versement anticipé d'un montant dont le plafond est maintenant fixé à 30 000 francs pour les dépôts bénéficiant du privilège légal. Du point de vue juridique, il s'agit là d'une avance remboursable. Contre mise en gage de leur actif pour un montant équivalent, les petits créanciers récupèrent ainsi rapidement leur argent après ouverture de la faillite ou homologation du sursis concordataire. Le financement des avances versées aux déposants est assuré par des contributions des banques

⁸ Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Loseblattsammlung, Zurich 1976–2000, note 10 relative à l'art. 37a LB.

signataires; en d'autres termes, les banques mobilisent les sommes nécessaires de cas en cas, selon les besoins. Il ne s'agit donc pas d'un fonds selon le modèle allemand. L'Association suisse des banquiers fait mettre en gage les créances des déposants concernés et se porte, à la place de ces derniers, créancière de la masse. Les avances versées par les banques signataires sont globalement limitées à 1 milliard de francs. Toutes les banques qui acceptent des dépôts ont signé cette convention. La garantie des dépôts n'est cependant pas obligatoire. Chaque banque signataire peut dénoncer la convention pour la fin d'une année civile, moyennant un préavis de 12 mois. Le Conseil d'administration de l'Association suisse des banquiers peut aussi abroger la convention avec effet immédiat si le nombre ou la taille des banques signataires faisant l'objet d'un sursis concordataire ou d'une faillite est de nature à provoquer le surendettement d'autres banques signataires.

1.2 Résultats de la procédure préalable

1.2.1 Commission d'experts

Le 19 mars 1999, le chef du DFF a institué une commission d'experts⁹ chargée de réviser le droit relatif à l'assainissement et à la liquidation de banques ainsi qu'à la protection des déposants. Cette commission avait pour tâche d'adapter la législation actuelle en matière d'assainissement et de liquidation de banques, et de présenter un projet de loi assorti d'un rapport explicatif. Elle devait en outre examiner si la protection des déposants était assurée de manière satisfaisante et proposer éventuellement des améliorations. La commission a présenté son rapport en octobre 2000, après 16 séances et une réunion avec des représentants du secteur des assurances.

1.2.2 Consultation

Le rapport de la commission a été soumis aux gouvernements cantonaux, au Tribunal fédéral, ainsi qu'à treize partis politiques, huit associations faitières de l'économie et 18 autres organisations. Les résultats de la consultation ont été publiés en décembre 2001; un commentaire détaillé de l'issue de cette consultation figure dans le rapport correspondant.

⁹ Faisaient partie de la commission: Barbara Schaefer, D^r en droit, sous-directrice de l'Administration fédérale des finances (présidente); Bernhard Binzegger, expert comptable dipl. (représenté en partie par Mathias Widmer, Dr en droit, juge à la Cour d'appel de Bâle, ancien directeur d'ATAG Ernst & Young AG); Urs W. Birchler, privat-docent, D^r ès sc. écon., directeur de la Banque nationale suisse; Niklaus Blattner, professeur, D^r ès sc. pol., alors président du Comité exécutif de l'Association suisse des banquiers, actuellement membre du directoire de la Banque nationale suisse (représenté en partie par Christoph Winzeler, privat-docent, D^r en droit, membre de la direction de l'Association suisse des banquiers); Dominik Gasser, avocat, adjoint scientifique, Office fédéral de la justice; Karl Spühler, professeur, D^r en droit, Université du Zurich; Urs Zulauf, D^r en droit, sous-directeur de la Commission fédérale des banques. Les membres exerçaient leur charge en qualité d'experts indépendants. Le secrétariat était dirigé par Eva Hüpkens, D^r en droit, Commission fédérale des banques, et Bruno Dörner, avocat, Administration fédérale des finances.

Pour l'essentiel, on relèvera que la majorité des milieux consultés ont largement salué l'objectif majeur et le contenu des propositions soumises par la commission d'experts dans le domaine de l'*assainissement et de la liquidation de banques*. Les modifications suggérées par certains participants concernent principalement le droit des propriétaires de banque d'intervenir dans la procédure, et les conséquences juridiques des transactions effectuées dans le cadre des systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres lors d'une procédure d'assainissement ou de liquidation.

Un accueil très favorable a également été réservé aux propositions en matière de *protection des déposants*, notamment en ce qui concerne la possibilité de désintéresser en priorité les petits épargnants disposant d'une créance ne dépassant pas 5000 francs et l'extension du privilège de faillite à tous les dépôts. Une obligation relative à la garantie des dépôts a également été approuvée, cette obligation continuant par ailleurs de s'appuyer dans une large mesure sur le système d'autorégulation des banques. La seule opposition concerne la garantie prévue pour les dépôts privilégiés dont la somme dépasse le montant que le système de garantie pourrait supporter sans risque. Dans ce contexte, la commission d'experts avait proposé que les instituts concernés – soit quelques grandes banques uniquement – garantissent séparément ces dépôts par un contrat d'assurance ou un recours à des solutions sur le marché des capitaux (garanties, nantissement, cautionnement, etc.).

Pour ce qui est de cette dernière question, le Conseil fédéral propose maintenant une solution conçue de concert avec la Commission des banques, la Banque nationale et l'Association suisse des banquiers. Les autres suggestions des participants à la consultation ont pour la plupart été intégrées au projet, dans le cadre d'une collaboration avec les intéressés.

1.3 Classement d'interventions parlementaires

La protection des déposants, telle que la prévoit le présent projet de loi, devient largement conforme au droit en vigueur dans l'UE, ce qui répond à la motion Vollmer¹⁰ transformée en postulat.

2 Partie spéciale

2.1 Grandes lignes du présent projet de loi

2.1.1 Assainissement et liquidation de banques

Les dispositions proposées en matière de procédure doivent – notamment dans l'intérêt des créanciers – permettre une procédure d'assainissement et de liquidation adaptée à chaque cas particulier. Seules les règles essentielles à une telle procédure sont proposées, de manière à offrir la marge de manoeuvre indispensable aux autorités compétentes.

¹⁰ Postulat Vollmer Peter (95.3574), Protection légale des épargnants

2.1.1.1 Mesures en cas de risque d'insolvabilité

Selon le projet (art. 25 ss), il n'est plus procédé automatiquement – par le retrait de l'autorisation d'exercer - à la liquidation des banques menacées d'insolvabilité. La Commission des banques peut d'abord prendre des mesures protectrices, à la fois pour sauvegarder les intérêts des créanciers et protéger la banque des retraits d'argent. La Commission des banques doit dès lors examiner si des *mesures d'assainissement* permettent un sauvetage de la banque. Si elle conclut – à l'avance ou après une procédure d'assainissement – qu'un tel sauvetage est impossible, la banque se verra alors imposer la liquidation forcée, comme c'est le cas dans le droit actuel.

Ce régime spécial ne vaut qu'en cas de risque d'insolvabilité. La Commission des banques conserve le devoir et la compétence de retirer l'autorisation à une banque qui ne remplirait plus les conditions ou aurait violé gravement ses obligations légales (art. 23^{quinq}ies, al. 1, LB). S'il n'y a pas surendettement mais que la banque présente par exemple de graves défauts d'organisation, le retrait de l'autorisation entraîne la liquidation, comme par le passé. Vu l'absence de risque pour les créanciers, celle-ci peut dans de tels cas se dérouler selon les règles ordinaires du droit des sociétés (art. 739 ss CO).

2.1.1.1.1 Mesures protectrices

Les mesures protectrices dont dispose la Commission des banques pour les banques menacées d'insolvabilité sont énumérées dans la loi, quoique de façon non exhaustive. Il s'agit d'instruments utilisés dans la pratique actuelle, qui se fondent sur la disposition générale de l'art. 23^{er} LB. Ces instruments permettent une protection optimale, adaptée à chaque cas. La Commission des banques peut exercer son influence à l'échelon directorial de la banque, en donnant des instructions aux organes, en leur retirant partiellement ou totalement le droit de représenter la banque, voire en les destituant si la situation l'impose. Elle peut aussi prendre des mesures ciblées au niveau opérationnel, par exemple limiter l'activité ou le trafic des paiements, ou encore fermer la banque. La Commission des banques acquiert par ailleurs la compétence d'accorder un sursis ou une prorogation des échéances (art. 26, al. 1, let. h). Cette nouveauté permet également de corriger une situation juridique insatisfaisante, dans laquelle le droit administratif interdit à une banque fermée ce que celle-ci est tenue d'accomplir en vertu du droit civil, c'est-à-dire rembourser sur demande les avoirs échus. Toutes les mesures protectrices peuvent être ordonnées soit antérieurement, soit parallèlement aux mesures d'assainissement ou à la liquidation. Si la Commission des banques juge qu'une banque menacée d'insolvabilité peut être assainie, elle ordonnera pour les affaires courantes des restrictions moins sévères que dans le cas d'une liquidation directe.

2.1.1.1.2 Procédure d'assainissement

En vertu du droit actuel, la Commission des banques tente déjà d'assainir discrètement les banques menacées d'insolvabilité ou qui manquent de fonds propres. L'assainissement peut consister à obtenir des apports directs de capital de la part d'un actionnaire majoritaire, séparer les actifs menacés ou faire reprendre la banque par une autre banque. En outre, dans le cas d'une banque comptant peu de gros créanciers, on peut éventuellement essayer de traiter officieusement avec ceux-ci.

Il est délicat de procéder à des assainissements portant atteinte aux droits des créanciers. Une telle atteinte suscite obligatoirement une perte de confiance et incite souvent les clients à émigrer vers une banque plus saine. Ce problème général n'exclut cependant pas qu'un assainissement puisse être mené à bien. En conséquence, le droit de l'assainissement proposé se veut-il aussi praticable que possible, reprenant largement le régime spécial créé dans les années 30 et qui avait fait ses preuves¹¹. Les principes directeurs de ce projet sont les suivants (art. 28):

- évaluation, par la Commission des banques, des chances d'assainissement;
- en cas d'assainissement possible, pas de retrait de l'autorisation, mais nomination, par la Commission des banques, d'un délégué à l'assainissement;
- le cas échéant, prononcé simultanément d'une décision ordonnant des mesures de protection;
- élaboration d'un plan d'assainissement par le délégué à l'assainissement;
- obligation de tenir compte d'éventuelles objections de créanciers et de propriétaires quant au plan d'assainissement, l'accord de ceux-ci n'étant toutefois pas nécessaire;
- en revanche, prononcé de la liquidation (faillite bancaire) si les créanciers l'exigent – à condition que ceux-ci représentent plus de la moitié des créances non privilégiées;
- adoption du plan d'assainissement par la Commission des banques, pour autant que ce plan réponde aux exigences légales.

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.

2.1.1.1.3 Compétences élargies de la Commission des banques

Les mesures destinées à protéger et à assainir une banque menacée ne peuvent remplir leur objectif majeur – empêcher une liquidation – que dans la mesure où elles sont prises rapidement, de façon objective et adaptée à chaque cas particulier. La décision doit être prise par une instance capable de se faire immédiatement une image réaliste et complète de la situation, et qui pourra ensuite prendre les mesures

¹¹ Cf. ch. 1.1.1.2

nécessaires en connaissance de cause. En raison de la nature particulière de l'insolvabilité d'une banque et des questions de technique bancaire liées à ce contexte, la Commission des banques est seule à pouvoir assumer ce rôle. Dans ces circonstances, il est juste de charger la Commission des banques de décider des mesures de protection et d'assainissement appropriées.

2.1.1.2 Simplification de la procédure de faillite d'une banque

Si l'assainissement est irréalisable, s'il échoue ou que la survie de la banque peut d'emblée être exclue, il faut autant que possible procéder sans retard à la liquidation de l'établissement afin de dédommager rapidement les créanciers et d'éviter des coûts inutiles. Cet objectif serait difficilement atteignable si la Commission des banques, qui a généralement conduit une procédure préalable d'assainissement, devait, à ce stade avancé de la procédure, transmettre le dossier à un office cantonal des faillites chargé d'exécuter la liquidation. Cet office devrait à son tour étudier le cas, ce qui ferait perdre un temps précieux. Nombre d'offices des faillites ne pourraient par ailleurs assumer la liquidation – ne serait-ce que d'une banque de taille moyenne – car ils ne disposent pas des connaissances professionnelles et des capacités en personnel nécessaires. Il est par conséquent conforme à la nature de telles affaires de placer la procédure de liquidation sous la surveillance de la Commission des banques.

La procédure de liquidation proposée s'inspire de la procédure de liquidation ordinaire au sens de la LP; toutefois, compte tenu des aspects particuliers de la liquidation d'une banque, quelques règles spéciales sont applicables, ce qui est déjà en partie le cas aujourd'hui. La Commission des banques prononce la liquidation. Cette décision déploie les effets de l'ouverture d'une faillite. La Commission des banques nomme et surveille les liquidateurs. À titre de nouveauté, il convient de relever que les créances globales jusqu'à 5000 francs sont remboursées d'emblée, en dehors de la collocation. Une telle mesure épargne une longue attente à beaucoup de petits déposants, améliore l'efficacité de la procédure et réduit les coûts de cette dernière. Comme jusqu'ici, les valeurs déposées ne sont pas incluses dans la masse en faillite, mais en sont distraites. Lors de la publication de l'état de collocation et de la procédure de distribution, il sera tenu compte de façon appropriée du secret bancaire.

Du fait que l'effondrement d'une banque internationale a de nombreuses conséquences de portée internationale qui ne peuvent toutes être réglées par l'Etat du siège principal, le projet de loi présente aussi des règles applicables dans le cas d'insolvabilité transnationale. Ces adaptations ne touchent pas les dispositions spécifiques sur l'entraide administrative et judiciaire.

2.1.1.3 Voies de droit

La nouvelle réglementation des procédures décrites simplifie les voies de recours et entraîne de ce fait une unification du pouvoir de cognition. La Commission des banques a désormais seule la compétence de prendre des mesures de protection et d'assainissement, et de prononcer la liquidation. Comme sous le régime actuel

(art. 24 LB), ses décisions peuvent en principe être déferées au Tribunal fédéral par la voie de recours de droit administratif. Dans l'intérêt de l'ensemble des personnes touchées et d'une procédure ciblée, les créanciers et les propriétaires de la banque ne doivent cependant pouvoir recourir que contre les décisions les plus importantes pour eux. La procédure peut être adaptée sans problème si – conformément au message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (FF 2001 4000) – une autre instance (Tribunal administratif fédéral) devait intervenir entre la Commission des banques et le Tribunal fédéral lors de recours de droit administratif.

2.1.1.4 Adaptation des ordonnances

Le projet de loi sur les banques regroupe les dispositions concernant l'assainissement et la liquidation de banques, aujourd'hui réparties dans nombre d'actes législatifs. Il conviendrait dès lors d'abroger les dispositions correspondantes des ordonnances concernées. Dans ce contexte entrent surtout en considération l'OB¹², le RLB et l'OCBC. La compétence d'adapter ou d'abroger ces actes appartient au Conseil fédéral pour les deux premiers cités, et au Tribunal fédéral pour le troisième. À l'avenir, il devrait être possible de renoncer à la réglementation par voie d'ordonnance. La Commission des banques pourrait fixer les dispositions d'exécution éventuellement nécessaires dans ses directives et circulaires.

2.1.2 Privilège de faillite et protection des déposants

Le présent projet améliore notablement la position des déposants. Outre le désintéressement prioritaire des créanciers dont les dépôts ne dépassent pas 5000 francs, il prévoit l'extension du privilège de faillite à tous les dépôts¹³. Les comptes courants du grand public sont donc protégés au même titre que les dépôts d'épargne traditionnels.

Le montant bénéficiant du privilège, soit 30 000 francs comme jusqu'ici, correspond à peu de chose près aux 20 000 euros (cours d'octobre 2002) devant être assurés conformément à la directive de l'UE sur les systèmes de garantie des dépôts¹⁴. Selon le projet, les banques sont désormais tenues par la loi de garantir les dépôts à concurrence du privilège de faillite. En cas de crise, le système bancaire gagne donc en stabilité. Sur le modèle de la Convention relative à la protection des déposants de l'Association suisse des banquiers¹⁵, les banques doivent garantir les dépôts dans le cadre d'un système d'autorégulation soumis à l'approbation de la Commission des banques. Le montant total que doit assurer le système sera cependant notablement plus élevé. Si l'autorégulation n'offre pas de garantie suffisante, le Conseil fédéral édictera une ordonnance.

¹² Cf. art. 55–61.

¹³ La notion de dépôt s'entend ici au sens large et ne correspond pas à celle qui détermine l'assujettissement à la LB (art. 3a OB).

¹⁴ Cf. ch. 5.2.

¹⁵ Cf. ch. 1.1.2.3.

2.1.3 Autres dispositions (Responsabilité/Emoluments)

Le projet contient par ailleurs des adaptations formelles concernant, d'une part, les règles relatives à la responsabilité des fondateurs et des organes de la banque et, d'autre part, la base des émoluments prélevés par la Commission des banques. Ces adaptations n'entraînent aucun changement pour les personnes concernées.

2.2 Commentaires des dispositions du projet de loi

2.2.1 Modification de dispositions précédant le chapitre XI

2.2.1.1 Art. 16 Phrase introductive

Le numéro de l'article mentionné dans cette phrase doit être adapté en fonction du présent projet de loi.

2.2.1.2 Art. 23, al. 4

Cet article est remplacé par le nouvel art. 23^{octies}.

2.2.1.3 Art. 23^{quater}

Al. 1

Cette disposition s'appuie sur la disposition actuelle de l'art. 23^{quater} LB. La nouvelle désignation «chargé d'enquête», qui a remplacé celle «d'observateur», souligne que le mandat de la personne déléguée peut aller plus loin qu'une simple observation passive suivie d'un rapport à l'intention de la Commission des banques (cf. al. 2), extension que le droit actuel n'admet que de manière limitée¹⁶. La Commission des banques désignera notamment un chargé d'enquête si l'étendue exacte des difficultés supposées n'est pas connue. Un chargé d'enquête peut également être désigné pour contrôler l'exécution de mesures de surveillance. Il intervient en outre si des éléments laissent supposer qu'un établissement ne remplit plus les conditions liées à l'octroi d'une autorisation, que la loi a été violée ou qu'une société exerce une activité bancaire sans autorisation de la Commission des banques.

Le mandat est octroyé au chargé d'enquête en fonction des circonstances, au cas par cas. La Commission des banques dispose d'une liste de candidats potentiels indépendants et spécialisés, pouvant être engagés en tant que chargé d'enquête, délégué à l'assainissement ou liquidateur (voir ci-après). Au besoin, elle trouvera ainsi immédiatement une personne disponible. Les candidats sont choisis en fonction d'une série de critères (p. ex. expérience judiciaire et du droit de la faillite, expertise dans le domaine du droit bancaire, niveau des honoraires, expérience internationale, nombre de collaborateurs) qui sont pondérés différemment selon le type et l'importance du mandat. Dans des cas compliqués, comportant des points de rattachement à

¹⁶ ATF 126 II 119 consid. 5.

l'étranger, ainsi qu'auprès de banques disposant d'une autorisation, il est généralement nécessaire de recourir à l'infrastructure et au savoir-faire d'une société de révision bancaire ou d'une étude d'avocats disposant d'un réseau international. Dans des cas moins complexes – par exemple lorsqu'il s'agit d'examiner l'existence de l'obligation de disposer d'une autorisation d'exercer pour une entreprise de petite taille –, les connaissances d'une étude d'avocats qualifiée, d'une société fiduciaire ou d'experts comptables indépendants sont généralement suffisantes.

Al. 2

Contrairement à ce que prescrit le droit actuel en ce qui concerne l'observateur, la Commission des banques peut ordonner que le chargé d'enquête agisse, dans certaines limites, à la place des organes de la banque.

Le projet de loi utilise le terme de «tâches» en lieu et place de celui de «compétences». Il souligne ainsi que le chargé d'enquête accomplit bien une tâche souveraine, mais ne devient pas pour autant une «autorité fédérale». Sous réserve d'instructions divergentes données par la Commission des banques, les organes ordinaires restent en fonctions en cas de désignation d'un chargé d'enquête. Celui-ci ne peut par conséquent rendre de décisions; il peut uniquement donner des instructions¹⁷.

Al. 3

En vertu de la réglementation actuelle, l'observateur jouit déjà d'un droit de regard illimité dans les affaires ainsi que dans les livres et les dossiers de la banque. Dans la mesure où l'exécution de son mandat l'exige, le chargé d'enquête doit lui aussi pouvoir demander des renseignements et jouir d'un droit de regard dans les dossiers de la banque. Ce droit comprend l'accès à tous les locaux utilisés par la banque ou les entreprises soumises à autorisation. Il inclut en particulier l'accès aux systèmes informatiques de ces établissements. L'établissement concerné est tenu de collaborer et de donner toutes les informations requises. La collecte d'informations suffisantes et avérées sert l'intérêt public et doit permettre de reconnaître à temps toute violation de la loi ou autre défaillance¹⁸. L'activité du chargé d'enquête tombe sous le coup de la disposition de l'art. 47 LB relative au secret bancaire.

Al. 4

L'établissement concerné doit supporter les frais liés à l'activité du chargé d'enquête. Cette réglementation correspond à la solution actuelle. Le principe est également valable si le doute de la Commission des banques concernant la légalité d'un acte était justifié dans un premier temps mais s'est révélé infondé par la suite, par exemple parce que l'activité exercée n'est pas soumise à la loi sur les banques¹⁹.

¹⁷ Cf. ch. 2.2.1.6, dernier paragraphe.

¹⁸ ATF 121 II 148, consid. 3a.

¹⁹ Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1991 en la cause X. AG, consid. 6, in: bulletin CFB, fascicule n° 22, p. 53 ss.

2.2.1.4

Art. 23^{quinquies}, al. 3 (nouveau)

Aux termes de l'art. 23^{quinquies}, al. 1, LB actuellement en vigueur, la Commission des banques retire l'autorisation d'exercer à une banque qui ne remplit plus les conditions requises ou qui viole gravement ses obligations légales. Selon l'al. 2, le retrait de l'autorisation entraîne obligatoirement la liquidation de la banque concernée.

Cette réglementation reste applicable dans son principe. Toutefois, les mesures de protection et d'assainissement selon le chapitre XI sont désormais réservées. La Commission des banques n'est plus systématiquement tenue de retirer l'autorisation et d'ordonner la liquidation en cas d'insuffisance de fonds propres à laquelle on ne peut remédier à brève échéance, situation qui, selon la jurisprudence, constitue une grave violation de la loi. Si la Commission des banques estime qu'une procédure d'assainissement permet d'envisager la poursuite des activités de la banque, elle peut renoncer à retirer l'autorisation. Elle n'ordonnera donc la liquidation et ne prononcera la faillite de la banque (art. 33) qu'en cas d'échec de l'assainissement.

Généralement, le risque d'insolvabilité d'une banque est lié à des problèmes fondamentaux d'organisation; bien souvent la direction de la banque ne garantit plus une gestion irréprochable des affaires. Dans de tels cas, il y a violation des conditions de l'autorisation, ce qui en soi devrait entraîner le retrait de cette dernière. Une procédure d'assainissement n'est cependant pas exclue, pour autant qu'il y ait de bonnes chances de pouvoir éliminer les problèmes en prenant des mesures au niveau de l'organisation ou du personnel.

La possibilité de recourir à l'assainissement sans retirer obligatoirement l'autorisation ne privilégie pas les banques menacées d'insolvabilité par rapport à d'autres banques qui, tout en étant solvables, connaissent des difficultés pour d'autres motifs. Pour ces dernières banques également, la Commission des banques n'ordonne le retrait de l'autorisation que dans la mesure où toutes les tentatives de rétablir une situation légale ont échoué.

2.2.1.5

Art. 23^{octies} (nouveau)

L'art. 23^{octies} remplace l'actuel art. 23, al. 4, LB. Sur le plan matériel, ce nouvel article ne modifie en rien la situation actuelle, selon laquelle les frais de la Commission des banques sont couverts par des émoluments et des taxes. La base légale est uniquement précisée en application des prescriptions constitutionnelles. La règle proposée maintient le système de financement actuel, prévoyant que la Commission des banques prélève des taxes et des émoluments pour couvrir ses frais (cf. l'ordonnance du 2 décembre 1996 réglant la perception de taxes et d'émoluments par la Commission fédérale des banques; Oém-CFB; RS 611.014). La mention explicite de ces taxes au niveau de la loi tient compte des exigences de la Constitution fédérale quant à la perception de taxes (art. 164, al. 1, let. d, Cst.). Comme cela est le cas dans la loi actuellement en vigueur, l'art. 23^{octies} s'applique à tous les domaines soumis à la surveillance de la Commission des banques (voir aussi à ce sujet l'art.1, al. 1, de l'ordonnance du 2 décembre 1996 réglant la perception de taxes et d'émoluments par la Commission fédérale des banques; RS 611.014).

Al. 1

Les frais de procédures ayant trait à la surveillance des banques (enquêtes y comprises) et de prestations sont couverts par des émoluments. Le financement de tous les autres frais est assuré par une taxe de surveillance fixée de manière forfaitaire. Dans la mesure où la procédure n'aboutit pas de toute manière à une décision, la Commission des banques rend une décision sur l'émolument lorsque la facture est contestée. La notion d'émoluments utilisée jusqu'ici était entendue dans un sens trop restrictif, les émoluments n'étant perçus qu'en contrepartie d'une prestation étatique dont le coût est individuellement imputable à l'assujetti (équivalence individuelle).

Al. 2

La taxe de surveillance forfaitaire peut être qualifiée de taxe causale fondée sur une équivalence collective. Conformément au principe de causalité, les taxes perçues auprès d'un groupe d'assujettis déterminé couvrent les frais de surveillance que ce dernier occasionne. Ces frais incluent ainsi les coûts de certaines activités de surveillance consistant par exemple à observer et surveiller les marchés et leur évolution, ou à participer à l'évolution du droit. Les coûts de ces activités ne sauraient en effet être imputés individuellement à chaque intervenant sur le marché. La répartition de la taxe de surveillance en une taxe de base fixe et une taxe complémentaire variable se justifie en raison des différences de taille des entreprises assujetties à la surveillance (p. ex. dimension d'une grande banque par rapport à celle d'un établissement exclusivement négociant en valeurs mobilières). Telle qu'elle s'inscrit dans la loi, la définition des assujettis à la taxe, de l'objet des taxes, et des bases de calcul correspond à la réglementation actuelle, fixée par voie d'ordonnance. Aux termes de l'ordonnance en vigueur, les fonds de placement prennent à leur charge 10 à 20 % et les autres assujettis à la surveillance 80 à 90 % des frais de la Commission des banques devant être couverts par la taxe de surveillance. La part des fonds de placement est aujourd'hui de 14 %.

Al. 3

La taxe de base doit couvrir les frais liés aux activités fondamentales de la surveillance. Occasionnés régulièrement (généralement une fois par an) par les assujettis à la surveillance, ces frais sont plus ou moins les mêmes pour tous, indépendamment de la taille de l'entreprise. Les taxes de base actuelles ont été fixées dans le cadre de la consultation organisée avant l'entrée en vigueur de l'Oém-CFB, par suite d'un consensus politique. Il est prévu d'en adapter les montants à l'augmentation des frais de la Commission des banques. Les taxes de base représentent aujourd'hui quelque 22 % de l'ensemble des taxes de surveillance.

Al. 4

Contrairement à la taxe de base, les taxes complémentaires sont aujourd'hui perçues pour moitié en fonction de la dimension de l'entreprise (total du bilan) et pour moitié en fonction du chiffre d'affaires (transactions sur titres). En ce qui concerne les fonds de placement, la taxe complémentaire est calculée sur la fortune du fonds. Les taxes complémentaires constituent la majeure partie (78 %) des taxes de surveillance. Comme elle l'a fait savoir en avril 2002, la Commission des banques va

intensifier la surveillance des activités des sociétés de révision bancaire reconnues. Dans ce contexte, il est également question de soumettre ces sociétés au paiement d'une taxe.

Al. 5

En ce qui concerne la taxe de surveillance forfaitaire, le Conseil fédéral fixe la répartition de la charge entre les fonds de placement et les autres assujettis. Il s'agit d'un simple calcul mathématique, la part des frais à couvrir par la taxe complémentaire résultant de la différence entre le total des frais de la Commission des banques, d'une part, et le produit des émoluments et de la taxe de base, d'autre part.

2.2.1.6 **Art. 24, al. 2 (nouveau)**

L'art. 24, al. 2, règle le droit de recours des créanciers et des propriétaires. Ceux-ci sont habilités à déposer un recours de droit administratif, qui remplace le recours selon l'art. 17 LP. Cette disposition ne modifie en rien le droit de recours de la banque concernée et offre des voies de droit largement comparables à celles de la LP. Elle est uniquement valable pour les mesures en cas de risque d'insolvabilité et la procédure de liquidation de banques insolubles (chapitres XI et XII); le droit de recourir contre d'autres décisions de la Commission des banques reste inchangé. N'est pas non plus touchée la légitimation aux actions en justice dans le cadre de la procédure de liquidation (action en contestation de l'état de collocation ou en revendication, par exemple) qui demeurent régies par les règles de compétences déjà en vigueur actuellement.

Selon le présent projet, une banque connaissant des problèmes de solvabilité doit être soumise à une procédure efficace, adaptée à chaque cas particulier et permettant d'aboutir soit à un assainissement, soit – si ce dernier n'est pas envisageable – à la liquidation la plus avantageuse possible pour les créanciers et les propriétaires. Atteindre cet objectif suppose avant tout que les mesures prises par la Commission des banques ou les personnes instituées ne fassent pas chacune l'objet de recours bloquant inévitablement le déroulement de la procédure. Des procédures de recours engagées par des créanciers ou des propriétaires pourraient rapidement avoir des effets désastreux dans certains cas, en particulier lors d'un assainissement mais aussi au cours d'une liquidation. Dans l'intérêt de l'ensemble des participants à la procédure, les créanciers et les propriétaires doivent donc disposer de voies de droit concentrées sur l'essentiel, soit sur les décisions qui portent directement atteinte à leurs droits. Pour des questions de sécurité du droit, il convient en outre de préciser les décisions contre lesquelles les créanciers et les propriétaires sont habilités à recourir. Le domaine d'application du droit de recours est dès lors défini d'emblée avec clarté pour toutes les parties.

Lorsque l'on considère le déroulement de la procédure dans son ensemble, de la prise de mesures protectrices jusqu'à la liquidation, en passant par l'assainissement, on constate à l'évidence que deux aspects sont essentiels pour les créanciers et les propriétaires, soit l'homologation du plan d'assainissement, d'une part, et les opérations de réalisation, d'autre part. Jusqu'au moment de l'établissement du plan d'assainissement, la procédure ne touche les créanciers et les propriétaires que de façon marginale, voire pas du tout. Les mesures protectrices préalables et la décision

de faire examiner les possibilités d'assainissement n'affectent en effet leurs créances ou leurs participations que provisoirement ou indirectement. (Selon la réglementation de la LP, les créanciers – à l'exception du créancier requérant – n'ont aucun droit de recours contre la décision relative au sursis concordataire, qui est comparable aux mesures protectrices selon l'art. 26, let. f à h). Le plan d'assainissement et les mesures qu'il comporte peuvent par contre toucher directement les créanciers et les propriétaires. Ceux-ci doivent donc être en mesure de faire valoir leurs objections si ce plan porte atteinte à leurs droits (art. 29, al. 2); ils ont de plus la possibilité de recourir contre la décision d'homologation rendue par la Commission des banques. Les créanciers et les propriétaires n'ont en revanche aucun droit de recours contre une décision de la Commission des banques qui refuserait l'exécution d'un plan d'assainissement et ordonnerait la liquidation de la banque. Cette règle correspond elle aussi à celle de la LP, qui ne prévoit pour les créanciers et les propriétaires aucun droit de recours contre la déclaration de faillite. Une fois décidé, l'assainissement se déroule conformément au plan d'assainissement. Il convient par conséquent que les créanciers et les propriétaires ne puissent en principe recourir contre l'exécution des mesures d'assainissement prévues. Sous réserve des conditions posées par l'art. 103 de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ; RS 173.110), le recours est cependant autorisé pour révoquer certaines opérations de réalisation, celles-ci pouvant entraîner des pertes de substance et réduire ainsi les droits des créanciers et des propriétaires. Dans le cas d'une procédure de liquidation également, les créanciers comme les propriétaires sont habilités à demander la révocation d'opérations de réalisation; la règle est donc analogue à celle de la LP.

Les personnes nommées par la Commission des banques dans les diverses phases de la procédure (chargés d'enquête, délégués à l'assainissement, liquidateurs) ont pour tâche d'exécuter les décisions de la Commission des banques. Contrairement à l'administrateur d'une faillite au sens de la LP, elles n'ont aucun pouvoir de décision. Un recours direct contre les actes des personnes mandatées est dès lors exclu d'emblée. Sur dénonciation d'une personne concernée, il incombe par contre à la Commission des banques de rendre une décision formelle. Selon la réglementation actuelle (fondée sur la LP), les créanciers et les propriétaires ne peuvent prétendre à une décision qu'en ce qui concerne des opérations de réalisation. A l'avenir, lorsqu'elle ordonnera une procédure d'assainissement ou une liquidation, la Commission des banques fixera aussi le délai durant lequel une telle décision peut être requise. Une personne nommée par la Commission des banques peut aussi demander à cette dernière de rendre une décision lorsque l'exécution du mandat l'exige (par exemple lorsque des collaborateurs de la banque opposent de la résistance aux injonctions du liquidateur). La décision de la Commission des banques peut ensuite être déférée au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif (art. 24 LB). Le recours n'ayant pas d'effet suspensif (art. 111, al. 1, OJ e contrario) – sous réserve d'une décision différente du Tribunal fédéral –, il ne retardera guère la procédure d'assainissement ou de liquidation. Dès lors qu'elle peut avoir des répercussions d'une grande portée sur la procédure, une décision d'accorder l'effet suspensif ne devrait être prise qu'avec prudence.

2.2.2 Chapitre XI Mesures en cas de risque d'insolvabilité

2.2.2.1 Art. 25 Conditions

Al. 1

Ordonner des mesures selon les art. 25 ss suppose d'abord que les créanciers courent un risque en raison de la situation financière de la banque. Dans un premier temps, la Commission des banques contactera de manière informelle entre autres les propriétaires et éventuellement les créanciers majoritaires de la banque, afin d'obtenir les informations nécessaires à une appréciation globale de la situation aussi complète que possible.

Des *raisons sérieuses de craindre un surendettement* existent non pas seulement à partir du moment où la banque ne remplit plus ses engagements envers ses créanciers, mais dès l'instant qu'une nouvelle évaluation des actifs suscite des doutes quant à la couverture des prétentions des créanciers. Il suffit que des circonstances particulières permettent de conclure à l'existence ou à la survenue prochaine d'un surendettement; la preuve formelle du surendettement n'est pas nécessaire.

Une banque a par exemple des *problèmes de liquidité importants* si elle n'est pas en mesure de se procurer des liquidités aux conditions du marché et qu'il faut dès lors présumer que la liquidité existante ne couvre plus les engagements échus ou qui viendront prochainement à échéance.

Enfin, les intérêts des créanciers sont – en tout cas potentiellement – en péril lorsque la banque ne parvient plus à satisfaire aux *prescriptions légales concernant les fonds propres*. Si l'établissement ne remédie pas à cette carence dans le délai imparti par la Commission des banques, cette dernière peut prendre des mesures. Si les circonstances font apparaître que la banque ne pourra de toute manière pas corriger cette insuffisance dans le délai imparti, la Commission des banques peut renoncer à fixer un délai.

Al. 2

Afin d'assurer la souplesse de la procédure, la disposition prévoit que les mesures protectrices puissent être ordonnées soit indépendamment des mesures d'assainissement ou de liquidation, soit en combinaison avec celles-ci. Il va de soi qu'après l'introduction de mesures d'assainissement, il est possible de retirer une autorisation en vertu de l'art. 23^{quinquies} LB et d'ordonner la liquidation forcée (faillite bancaire) selon les art. 33 ss si les mesures prévues se soldent par un échec.

Al. 3

L'applicabilité des dispositions concernant la procédure concordataire selon les art. 293 ss LP est exclue, car la présente loi crée une procédure d'assainissement spéciale adaptée aux banques, assortie de mesures spécifiques. Une procédure concordataire n'est plus nécessaire. Selon les expériences faites dans la pratique, conduire une telle procédure en parallèle avec la procédure spéciale prévue par la loi sur les banques irait en effet à l'encontre de l'efficacité souhaitée. De même, l'ajournement de la faillite tel que le prévoient les art. 725 s. CO pour la société anonyme est dénué de sens pour les banques. Seule la Commission des banques, et non le juge, doit pouvoir décider de l'assainissement et de la liquidation de banques. Une banque peut toutefois déposer une déclaration d'insolvabilité auprès de la Commission des

banques. Une telle situation ne se présentera cependant guère dans la pratique, les banques n'ayant jusqu'à maintenant jamais effectué une telle déclaration auprès du juge. Est également caduque la règle prévoyant qu'en cas de surendettement manifeste d'une banque, l'organe de révision institué par le CO avise le juge si le conseil d'administration omet de le faire (art. 729b, al. 2, CO). À cette règle se substitue l'obligation incombant aux réviseurs bancaires d'informer aussitôt la Commission des banques conformément à l'art. 21, al. 4, LB.

2.2.2.2 Art. 26 Mesures protectrices

Al. 1

Les mesures protectrices sont des mesures préventives. Elles visent à écarter un danger imminent pour les créanciers, à garantir l'égalité de traitement de ces derniers et à protéger la banque de retraits que celle-ci n'est pas en mesure d'honorer (*bank run*). Certaines mesures sont expressément énumérées dans le projet, la liste n'étant pas exhaustive. Il est possible d'ordonner des mesures isolément ou de les combiner. La Commission des banques en fixe le type et l'ampleur. Elle est ici liée par le principe de la proportionnalité et ne peut ordonner que les mesures jugées nécessaires pour assurer la protection des créanciers. Aujourd'hui déjà, elle peut ordonner certaines de ces mesures à l'encontre de banques solvables (p. ex. donner des instructions aux organes ou démettre ceux-ci de leurs fonctions) lorsqu'elle «apprend que des infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités ont été commises» (art. 23^{er} LB).

Let. a

Les instructions aux organes de la banque peuvent par exemple consister à interdire l'exécution de certaines opérations. L'autorité de surveillance peut aussi exiger de la banque qu'elle remédie à des insuffisances d'ordre organisationnel, renonce entièrement ou partiellement au versement de boni ou de dividendes, s'abstienne d'élargir son champ d'activité, prépare une augmentation de capital ou rembourse à des clients des fonds qu'elle a acceptés en violation des dispositions légales.

Let. b

Si la Commission des banques ne dispose pas encore d'indications précises sur l'étendue des problèmes financiers, mais qu'elle a des raisons de surveiller l'évolution de la situation, elle désignera un chargé d'enquête. La tâche du chargé d'enquête peut aussi consister à surveiller la mise en œuvre des instructions de la Commission des banques (cf. aussi l'art. 23^{quater}).

Let. c

Si les organes de la banque sont responsables de graves manquements ayant contribué à mettre l'établissement en péril, la Commission des banques peut les révoquer. La Commission peut aussi se limiter à retirer à certains organes le pouvoir de représentation.

Let. d

Les réviseurs bancaires doivent s'assurer que les dispositions de la loi et de l'ordonnance sont observées et que les conditions pour l'octroi d'une autorisation sont remplies. Ils sont également tenus d'informer la Commission des banques s'ils constatent de graves irrégularités (art. 19, al. 1, et art. 21, al. 3 et 4, LB). Si un réviseur se rend coupable de manquements – qu'il a par exemple tardé à attirer l'attention de la banque sur des problèmes financiers et qu'il ne l'a pas exhortée à prendre des mesures pour corriger la situation –, la Commission des banques peut ordonner sa révocation. Cette règle s'applique également si le réviseur entrave les mesures d'assainissement. La Commission des banques peut aussi révoquer l'organe de révision du droit civil – désigné par la banque – si elle lui reproche des manquements ou une violation du devoir de diligence dans l'accomplissement de ses tâches de révision.

Let. e

Une limitation ou l'interdiction permanente de certaines activités de la banque est envisageable si ces activités sont à l'origine des problèmes financiers ou si elles mettent en danger les intérêts des créanciers, par exemple en portant atteinte à la liquidité de l'établissement. La Commission des banques peut interdire certaines opérations provoquant des pertes, restreindre les opérations de dépôt ou limiter l'octroi de crédits.

Let. f

En vertu du droit actuel déjà, la Commission des banques peut interdire à la banque d'opérer des paiements et d'accepter des dépôts en application des art. 23^{ter} et 23^{quinquies} LB²⁰. L'art. 35, al. 3, let. a, de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1) mentionne également ces compétences. Les mesures figurant désormais expressément dans la loi sur les banques découlent donc dans une large mesure de la pratique actuelle de la Commission des banques. L'interdiction doit éviter, jusqu'à la fin de la procédure d'assainissement ou jusqu'à l'ouverture de la faillite de la banque, que certains créanciers ne soient désintéressés aux dépens des autres ou que des déposants ne continuent de bonne foi d'effectuer des versements. La Commission des banques peut autoriser des exceptions, en particulier si de telles mesures apparaissent nécessaires pour réaliser les mesures d'assainissement. Afin d'éviter des abus pendant la durée des mesures protectrices, elle peut aussi interdire à un débiteur de compenser sa dette avec une créance (l'art. 27 est réservé).

Let. g

La Commission des banques peut ordonner la fermeture de la banque pour ce qui est des relations avec les clients. Cette mesure soutient l'interdiction d'opérer des paiements selon la let. f, et contribue à éviter que les guichets de la banque ne soient pris d'assaut.

²⁰ Cf. la décision du 3 octobre 1991 en la cause SLT, mentionnée dans le Bulletin CFB, fascicule n° 22, p. 11.

Let. h

Enfin, la Commission des banques peut ordonner un sursis ou une prorogation des échéances – notamment dans le cadre d’une fermeture ou d’une interdiction d’effectuer des versements – et accorder ainsi à la banque, directement ou indirectement, une protection contre les poursuites. Durant le sursis, il n’est pas possible d’engager des poursuites contre la banque ou de demander la continuation d’une poursuite en cours. La banque peut ainsi mettre en œuvre les mesures d’assainissement sans être gênée par des créanciers impatients. La prorogation des échéances empêche pour sa part qu’une prétention ne devienne exigible. Ces mesures garantissent une souplesse aussi large que possible. La Commission des banques peut décider lequel de ces deux instruments elle entend utiliser. En vertu de l’art. 61, al. 1, OB, les créances gagées des centrales d’émission de lettres de gage sont aujourd’hui déjà exclues de la prorogation des échéances et du sursis. Le nouveau droit n’entraîne pas de changement à cet égard. Les moyens subsidiaires de surveillance que la loi du 25 juin 1930 sur l’émission de lettres de gage (LLG; RS 211.423.4) confère à la Commission des banques sont également maintenus.

Al. 2

Le mode et l’étendue de la publication varient en fonction de chaque cas particulier. Selon la mesure choisie, une publication peut être utile pour protéger les intérêts de tiers (p. ex. lorsqu’une interdiction d’accepter des versements a été prononcée, qu’un sursis a été accordé ou que le pouvoir de représentation a été retiré à des organes). Dans nombre de cas cependant, une publication entraînera une crise de confiance et s’opposera à la prompte élimination des irrégularités. Le plus souvent, il faudra par conséquent renoncer à communiquer publiquement les instructions données aux organes de la banque ou la limitation de certaines des activités de la banque.

Al. 3

Le sursis selon l’art. 26, al. 1, let. h, produit les mêmes effets qu’un sursis selon la LP. Il n’est notamment pas possible d’engager ou de continuer une poursuite contre la banque pendant la durée du sursis. Les délais de prescription et de péremption, ainsi que le cours des intérêts pour toutes les créances qui ne sont pas garanties par un gage sont suspendus. La Commission des Banques peut rendre une décision contraire et laisser courir les intérêts. La compensation est soumise à une réglementation spéciale (cf. art. 297, al. 4, LP). La validité des accords dits *close-out netting* n’est pas touchée par ces règles (cf. art. 27, al. 3).

2.2.2.3

Art. 27

Protection systémique

Cet article vise à réduire les risques systémiques liés à la participation aux systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres, et à assurer la continuité des accords de compensation ou portant sur la réalisation de sûretés lorsque la Commission des banques ordonne des mesures telles qu’une interdiction d’effectuer des versements, un sursis, une prorogation des échéance ou une fermeture de la banque. Cet article pose des règles valables non seulement lors de la mise en œuvre de mesures

protectrices, mais aussi en cas de liquidation directe. Dans un tel cas en effet, une ou plusieurs mesures selon l'art. 26, al. 1, let. f à h, sont généralement ordonnées.

Al. 1

Sous le régime actuel, la pratique constante de la Commission des banques a été de communiquer la fermeture de banques aux exploitants de systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et de coordonner avec ces organisations les actes envers la banque en instance de fermeture. L'al. 1 crée une base légale expresse pour ce procédé de la Commission des banques.

Al. 2

La sécurité juridique indispensable à l'exploitation de systèmes de paiement et de règlement est menacée lorsque les ordres de paiement et de transactions sur titres qui ont été introduits dans le système sont révoqués ou que des transactions déjà exécutées sont annulées. La disposition proposée doit empêcher qu'après un ordre d'interdiction d'effectuer des versements, de fermeture, de sursis ou de prorogation des échéances, des actes de disposition du débiteur ne deviennent nuls et qu'ils doivent dès lors être annulés (cf. l'art. 204, al. 1, LP). La réglementation est valable indépendamment du système utilisé, qu'il soit suisse (p. ex. SIS) ou étranger (p. ex. Euroclear). Les seules conditions en sont que le participant soit une banque ou un négociant en valeurs mobilières (négociant en titres) selon le droit suisse et que l'exploitant du système n'ait pas eu ou pu avoir connaissance des mesures ordonnées. Le moment auquel un versement ou un ordre de transfert a été introduit dans un système est déterminé d'après les règles du système concerné.

Al. 3

La compensation ou l'existence de garanties peuvent réduire sensiblement le risque de crédit lié aux transactions financières. Les accords de compensation (*netting*) et la possibilité de réalisation immédiate de sûretés diminuent en outre le risque que d'autres acteurs de la chaîne économique ne puissent plus remplir leurs engagements. Ces moyens contribuent à améliorer la stabilité et à limiter le risque systémique.

La notion d'*accord de compensation* comprend les accords de compensation au sens de l'art. 12f, al. 2, OB. La compensation en cas de défaillance de la contrepartie (*close-out netting*) joue en particulier un rôle important en cas de risque d'insolvabilité. Dans le cadre du *close-out netting*, les engagements réciproques des parties sont échus ou clôturés. Seule subsiste pour l'une des parties l'obligation de payer le montant net (qui correspond à la différence entre les bénéfices et les pertes non réalisés dans le cadre des transactions – entre les deux parties – prises en compte dans le *netting*).

Au moment de l'ouverture de la faillite, l'administration de la faillite (comme le cocontractant) peut aujourd'hui faire valoir la différence entre la valeur convenue des prestations contractuelles et la valeur de celles-ci sur le marché, ce qui aboutit finalement à une reconnaissance des accords de *netting* en question (cf. l'art. 211, al. 2^{bis}, LP). L'al. 3 garantit la validité de cette réglementation également lors de mesures prises par la Commission des banques, en particulier lors d'une décision de prorogation des échéances, car celle-ci pourrait faire obstacle à l'échéance des créances

découlant d'un accord de *close-out netting*. Pour des raisons pratiques, l'application de cette disposition se limitera sans doute à quelques contrats-cadres usuels à l'échelon international (*master agreements*).

Lors d'accords sur la réalisation de *sûretés* de gré à gré, les preneurs de garantie doivent pouvoir compter sur le fait qu'ils pourront réaliser les sûretés conformément au contrat, malgré les mesures ordonnées par la Commission des banques. Les sûretés réelles sont souvent accordées dans le contexte de la participation à des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et dans des transactions financières entre acteurs économiques. La possibilité de réaliser rapidement une sûreté doit permettre de limiter la perturbation du marché déclenchée par une insolvabilité, et par conséquent réduire le risque systémique.

Selon le droit suisse de la faillite, les sûretés réelles rentrent dans la masse de la faillite (art. 198 LP). Le créancier gagiste ne perd pas ses droits de ce fait, mais, après l'ouverture de la faillite, il n'est plus possible de réaliser immédiatement de gré à gré les sûretés réelles que le participant failli a constituées. Sur le plan des relations transfrontières, cette situation juridique entraîne une inutile distorsion de la concurrence pour un constituant suisse d'une sûreté, l'impossibilité de réalisation immédiate réduisant notablement la valeur de la sûreté. En fin de compte, cette situation pourrait aussi conduire à ce que le preneur de la garantie ne puisse plus remplir ses propres obligations envers d'autres cocontractants. Aussi un preneur de garantie doit-il pouvoir réaliser immédiatement la sûreté de gré à gré lorsque la Commission des banques ordonne des mesures selon l'art. 26, al. 1, let. f à h, contre le débiteur. Cette règle s'applique cependant aux seules sûretés qui sont négociées en bourse ou sur un marché représentatif au sens de l'art. 14 OB; elle porte donc notamment sur les sûretés en espèces, les transferts de propriété au titre de sûreté, les titres et autres créances incorporées dans des titres.

La règle proposée correspond par ailleurs à l'art. 36 OCBC, selon lequel les créanciers gagistes bénéficiant de gages mobiliers peuvent réaliser ces derniers par le moyen d'une vente de gré à gré ou par une vente (liquidation) en bourse, «si l'acte constitutif de gage les y autorise». Etant donné le genre des sûretés et l'efficacité des marchés, il y a lieu de partir du principe qu'un prix convenable peut être obtenu pour ces sûretés.

2.2.2.4

Remarques préliminaires concernant la procédure d'assainissement (art. 28 à 32)

Avant d'ouvrir une procédure formelle d'assainissement, il faut que toutes les tentatives raisonnables pour réaliser un assainissement informel aient été entreprises. Si ces tentatives se soldent par un échec mais qu'il existe néanmoins des perspectives de rétablir une situation conforme à la loi (en éliminant en particulier les problèmes financiers), l'assainissement prévu par la loi peut être ordonné. À ce stade, il peut paraître douteux qu'un assainissement soit encore possible, mais celui-ci ne saurait être exclu a priori. S'inspirant de l'arrêté du Conseil fédéral de 1936, les dispositions qui suivent ont pour but d'accorder de par la loi à une banque connaissant des difficultés financières une dernière chance – appuyée par des mesures des autorités – de poursuivre son activité, tout en désintéressant autant que possible les créanciers. Ni la banque, ni les créanciers ne disposent cependant d'un droit à l'ouverture d'une

procédure d'assainissement. La Commission des banques examine les perspectives d'assainissement et expose dans sa décision les motifs qui l'ont incitée à ouvrir une procédure d'assainissement. L'assainissement n'a de sens que dans la mesure où la banque pourra remplir à l'avenir *toutes* les conditions nécessaires à l'autorisation d'exercer. Aussi la Commission des banques doit-elle également examiner, entre autres, si des améliorations éventuellement nécessaires au niveau de l'organisation peuvent être mises en œuvre de manière réaliste. Logiquement, les intermédiaires financiers ne peuvent pas bénéficier de mesures d'assainissement s'ils ne disposent d'aucune autorisation ou si celle-ci leur a été refusée. Enfin, la Commission des banques devra dans chaque cas surveiller l'évolution des coûts afin de maintenir un juste rapport entre charges et perspectives de succès.

2.2.2.5 Art. 28 Délégué à l'assainissement et gestion de la banque pendant la procédure

Al. 1 et 2

Lorsqu'un assainissement paraît avoir des chances raisonnables d'aboutir, la Commission des banques peut mettre en œuvre une procédure d'assainissement et nommer à cet effet un délégué à l'assainissement. Si elle a déjà désigné un chargé d'enquête, elle peut élargir le mandat de celui-ci en conséquence. Comme le chargé d'enquête, le délégué à l'assainissement ne dispose pas de pouvoirs souverains. Les mesures qu'il prend ne sont dès lors pas des décisions au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) et ne peuvent pas faire l'objet d'un recours²¹.

2.2.2.6 Art. 29 Plan d'assainissement

Al. 1

Le délégué à l'assainissement établit un plan d'assainissement exposant comment et dans quels délais il est possible de remédier aux insuffisances éventuelles en matière d'organisation et quels sont les changements nécessaires sur le plan du personnel (p. ex. remplacer la direction). L'aspect majeur du plan d'assainissement réside toutefois dans la stratégie élaborée pour éliminer les problèmes financiers. Cette stratégie peut par exemple consister dans une reprise partielle ou totale de la banque par un autre établissement, une nouvelle orientation de l'activité de la banque, l'abandon de certains secteurs d'activité, la vente d'une partie des actifs ou la recapitalisation de l'entreprise (le cas échéant également par des tiers intéressés). Elle peut aussi prévoir le versement de capitaux supplémentaires par les actionnaires ou une augmentation du capital, ou encore la transformation de créances en souffrance en capital propre au moyen d'une libération par compensation (*debt equity swap*). L'assainissement n'a pas pour seul but le sauvetage la banque. Il doit aussi et surtout permettre de rechercher pour les créanciers et les actionnaires ou propriétaires une solution optimale du point de vue économique. En principe, la protection des créanciers prime celle des propriétaires. Les intérêts des propriétaires doivent être pris en

²¹ Cf. ch. 2.2.1.6.

compte de manière appropriée, dans la mesure où le soutien de ceux-ci est requis à moyen et à long terme pour réaliser un assainissement fructueux. En particulier lors d'une réduction du capital social suivie d'une augmentation de ce dernier, il faudra veiller à ce que les propriétaires favorables à l'assainissement ne soient pas désavantagés par rapport aux propriétaires opposés à une telle procédure. L'attribution appropriée des droits de souscription, par exemple, permet d'atteindre cet objectif. Cette pratique est déjà usuelle dans le cadre de l'assainissement de sociétés de capitaux.

Al. 2

Il convient de prendre les mesures d'assainissement rapidement et de ne pas les entraver par une lourde procédure. Accorder un droit de participation à tous les créanciers et propriétaires n'est par conséquent pas indiqué. Si le plan d'assainissement prévoit une atteinte directe aux droits des créanciers ou des propriétaires, ceux-ci doivent cependant en être informés. Ils ont alors la possibilité de formuler leurs objections dans un délai de 20 jours. Le délégué à l'assainissement doit tenir compte de ces critiques dans son plan d'assainissement; s'il ne les prend pas en considération, il doit motiver sa décision auprès de la Commission des banques.

Al. 3

Le plan d'assainissement doit être approuvé par la Commission des banques. Les conditions de cette homologation sont régies par l'art. 31. Il n'est par contre pas nécessaire que l'assemblée générale de la banque approuve le plan d'assainissement. Il en va de même pour des décisions qui, en vertu de l'art. 698, al. 2, CO, relèveraient de la compétence de cette dernière, par exemple élection ou révocation de membres du conseil d'administration et de l'organe de révision (art. 698, al. 2, ch. 2, CO), extension des tâches de l'organe de révision (art. 731 CO), augmentations de capital (art. 650 ss CO), retrait du droit de souscription (art. 652b, al. 2, CO), réductions de capital (art. 732 CO), fusion ou reprise par une autre société (art. 748 CO). Le but de la présente disposition est d'accélérer la procédure. La convocation et la tenue d'une assemblée générale ralentiraient l'assainissement et compromettraient ses chances de succès. La disposition évite aussi que quelques actionnaires importants ne puissent boycotter un projet d'assainissement.

2.2.2.7

Art. 30

Refus du plan d'assainissement

En raison de l'atteinte que subissent les droits des créanciers – atteinte qui peut être très importante en cas de réduction, report de l'échéance ou transformation des créances –, il n'est pas possible d'imposer simplement un assainissement aux créanciers. Selon la réglementation proposée, il faut par conséquent ordonner la liquidation si celle-ci est demandée par des créanciers représentant, au vu des livres de la banque, plus de la moitié des créances de troisième classe. (La classification ressort de la disposition de l'art. 219 LP, qui définit la collocation, étant bien entendu qu'un état de collocation n'existe pas encore au moment où la décision de procéder à un assainissement est prise.) Seuls les créanciers colloqués en troisième classe selon l'art. 219, al. 4, LP peuvent donc participer à la décision, soit les créanciers dont les créances ne sont pas garanties par un gage et ne bénéficient d'aucun privilège. Si l'on autorisait à participer aux prises de décision les créanciers jouissant d'une

garantie, ceux-ci pourraient tenter d'obtenir la liquidation de la banque afin d'accélérer le remboursement de leurs créances. Les petits déposants (art. 37*a*) ne disposent par conséquent d'aucune voix, au même titre que les créanciers détenant des créances selon l'art. 37*b*, pour autant que ces dernières bénéficient du privilège (et de la garantie de dépôt) en raison de leur montant et soient colloquées dans la deuxième classe (ces créanciers ont cependant le droit de vote pour la partie de leurs dépôts qui excède le montant privilégié, celle-ci étant colloquée dans la troisième classe).

2.2.2.8

Si le plan d'assainissement porte atteinte aux droits des créanciers, le délégué à l'assainissement ne peut le présenter pour homologation qu'après aboutissement de la procédure citée à l'art. 29, al. 2. La Commission des banques peut modifier le plan d'assainissement et poser des conditions ou des exigences supplémentaires. L'obligation de procéder à l'homologation doit garantir dans la mesure du possible que l'exécution d'une procédure d'assainissement interviendra uniquement si cette dernière a de réelles chances de succès et qu'elle ne sera pas utilisée abusivement pour repousser la décision de liquidation, ce qui ne ferait qu'entraîner des coûts supplémentaires au détriment des créanciers. Aussi la Commission des banques doit-elle notamment déterminer si l'assainissement est effectivement une solution plus favorable que la liquidation. Il ne lui est évidemment pas possible de préjuger avec certitude du succès du plan, l'issue de l'assainissement dépendant de nombreux facteurs.

Let. a

L'appréciation des perspectives d'assainissement implique une analyse réaliste de la situation, comprenant notamment une estimation conservatrice des actifs, fondée sur des chiffres actuels. Dans ce contexte, il faut également prendre en considération la situation générale de l'économie et l'évolution probable de la conjoncture. L'estimation des couvertures fournies par les preneurs de crédits, en particulier des sûretés réelles, doit inclure les dépréciations présentes et futures. Une évaluation sûre de la solvabilité des débiteurs n'étant souvent guère possible, il importe également de faire preuve de retenue dans ce domaine. Il s'agit en outre d'évaluer avec prudence la situation économique des entreprises tierces envers lesquelles la banque a des créances ou dans lesquelles elle possède des participations. Afin de tenir compte d'autres pertes éventuellement attendues, qui ne peuvent souvent être aisément estimées, il convient de prévoir des provisions ou des corrections de valeurs suffisantes.

Let. b

Cette disposition souligne que l'assainissement vise non seulement à sauver l'établissement bancaire lui-même, mais aussi à maîtriser les problèmes financiers en préservant le mieux possible les intérêts des créanciers. Normalement, les intérêts des déposants devraient être mieux préservés par l'assainissement que par une liquidation. Cette dernière entraîne la cessation de l'activité commerciale et la suspension du trafic des paiements, ce qui ôte à la banque la possibilité d'améliorer sa situation économique. Lors d'un *debt equity swap*, procédure dans laquelle les créanciers

obtiennent des droits de propriété sur la banque, il faut tenir compte du fait qu'à la suite d'un assainissement couronné de succès, ceux-ci profiteront d'une augmentation de valeur. Ils renoncent certes au règlement immédiat de leur créance, qui n'est de toute manière pas réalisable à court terme, mais ont la perspective de voir la valeur de leurs parts égaler, voire dépasser le montant de leur créance initiale et leur procurer un bénéfice si l'évolution économique est favorable.

Let. c

Le plan d'assainissement doit tenir compte de manière appropriée des objections des créanciers et des propriétaires (art. 29, al. 2). Si aucune suite n'est donnée aux requêtes formulées, ce refus devra être dûment motivé dans le plan d'assainissement. Cette règle est d'autant plus importante que les créanciers et les propriétaires ne disposent pas d'autres possibilités d'intervention et que le plan d'assainissement peut porter une atteinte considérable à leurs droits. La Commission des banques doit s'assurer que la charge imposée aux personnes concernées n'est pas disproportionnée et que, pour les créanciers, elle ne dépasse pas celle qui aurait résulté d'une liquidation (cf. let. b).

Let. d

Le plan d'assainissement doit donner aux intérêts des créanciers la priorité par rapport à ceux des propriétaires; les privilèges du droit de la faillite et du droit bancaire sont déterminants pour la pondération des intérêts des différentes catégories de créanciers (cf. art. 219 LP et art. 37b). Le rang des intéressés correspond à un principe généralement reconnu. Les actionnaires doivent être les premiers à supporter les pertes, d'autant plus que, contrairement aux créanciers, ils ont eu la possibilité d'influer de manière effective sur la gestion des activités de la banque et d'intervenir à titre préventif dès les premiers indices de difficultés financières. Les créanciers détenant une créance subordonnée qui ont expressément mis du capital-risque à la disposition de l'établissement seront pratiquement assimilés aux actionnaires. Ce sont ensuite les créanciers colloqués en troisième classe qui sont appelés à supporter les pertes, puis, éventuellement et en dernier lieu, les créanciers privilégiés. D'une part, cette règle incite les actionnaires et les créanciers non protégés à se soucier de la solvabilité de leur banque dans la mesure de leurs possibilités. D'autre part, elle évite que certains ne soient tentés d'office d'opter pour la liquidation.

Let. e

Au terme de la phase d'assainissement, la banque doit remplir toutes les conditions pour obtenir une autorisation et être en mesure de respecter de nouveau les autres prescriptions légales. Des dérogations par rapport aux exigences concernant les fonds propres ne sont tolérées que pendant la procédure d'assainissement. Il ne faut en aucun cas créer pour la banque à assainir un régime spécial lui accordant au-delà de la phase d'assainissement des avantages concurrentiels et intervenant ainsi dans les mécanismes du marché.

La révocation d'actes juridiques accomplis lorsque le risque d'insolvabilité existait déjà (action dite paulienne, cf. art. 285 ss LP) implique, selon le droit actuel, une faillite ou un concordat par abandon d'actifs. Les expériences faites lors d'assainissements de banques dans les années 30 ont déjà démontré que cette réglementation était peu satisfaisante. L'assainissement gagnera en efficacité si l'on ne charge pas cette banque de laborieux procès dirigés contre ses anciens organes, mais qu'on lui permette de se concentrer sur ses nouvelles activités. Il serait toutefois inéquitable que, faute de faillite, les organes ou les tiers favorisés ne supportent pas les conséquences de leurs actes.

Al. 1

Les actions pauliennes doivent pouvoir être exercées dès l'instant où le plan d'assainissement a été homologué, soit au cours de la procédure d'assainissement déjà, et non pas uniquement lors d'une liquidation (qui n'aura peut-être même pas lieu). Sous réserve des dispositions de l'al. 2, la banque est habilitée à faire valoir ces prétentions.

Al. 2

Les créanciers doivent avoir la possibilité d'intenter une action paulienne si un plan d'assainissement portant atteinte à leurs droits ne prévoit pas que la banque en cours d'assainissement fasse valoir ces prétentions. Une cession aux créanciers selon l'art. 260, al. 1, LP n'intervient cependant pas. Un créancier ne peut faire valoir des prétentions que dans la mesure de l'atteinte portée à ses droits par le plan d'assainissement.

Al. 3

Les art. 286 à 288 LP permettent de révoquer des actes juridiques qui sont intervenus dans un délai déterminé avant la saisie ou l'ouverture de la faillite. Comme l'assainissement d'une banque n'entraîne ni saisie, ni ouverture de faillite, l'homologation du plan d'assainissement par la Commission des banques constitue le moment déterminant pour le calcul dudit délai. Si la Commission a toutefois déjà décidé auparavant d'introduire une mesure protectrice selon l'art. 26, al.1, let. e à h, le moment où la décision a été rendue est déterminant.

Al. 4

Il est possible de faire valoir des prétentions en responsabilité au sens de la loi sur les banques selon le même principe que celui qui est applicable à l'action paulienne.

2.2.3	Chapitre XII Liquidation de banques insolubles (faillite bancaire)
2.2.3.1	Art. 33 Ordre de liquidation et nomination des liquidateurs

Al. 1

Si la Commission des banques constate que les efforts d'assainissement n'ont pas permis de sauver une banque en difficulté, ou qu'une tentative d'assainissement apparaît d'emblée vouée à l'échec, la banque doit être liquidée car elle ne remplit plus les conditions exigées pour l'obtention d'une autorisation. La mise en liquidation est rendue impérative par le fait qu'elle constitue le seul moyen d'éviter que la situation des créanciers ne se détériore davantage. Afin de protéger les déposants, l'ordre de liquidation doit s'accompagner du retrait de l'autorisation d'exercer. Comme on l'a dit plus haut, la Commission des banques, avant de statuer sur une liquidation éventuelle, devra se faire une idée aussi complète que possible de la situation dans laquelle se trouve l'établissement en consultant également les propriétaires et les principaux créanciers de celui-ci.

La Commission des banques publie l'ordre de liquidation. Cette réglementation, correspondant à celle qui est prévue en cas de faillite (art. 232, al. 1, LP), est nécessaire pour informer les créanciers et les débiteurs de la banque. La forme et le contenu de la publication ne sont pas définis. En complément de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, il conviendrait également de pouvoir recourir aux médias électroniques (Internet, p. ex.).

Al. 2

Selon l'étendue et la complexité de la procédure de liquidation, la Commission des banques nomme un ou plusieurs liquidateurs. Il s'agira généralement d'une société fiduciaire qui connaît bien les affaires bancaires. Les chargés d'enquête et les délégués à l'assainissement qui se sont déjà occupés de la cause peuvent également être chargés de la liquidation. De fait, les liquidateurs assument à la fois les fonctions de l'office des faillites et celles de l'administration de la faillite selon la LP. Ils devront par exemple dresser l'inventaire de la fortune comprise dans la masse en liquidation, prendre des mesures pour sauvegarder la fortune, prendre des décisions concernant les biens à distraire ou à inclure dans la masse, examiner les créances produites, établir un état de collocation et procéder à la répartition. Ils exercent les droits de l'assemblée des créanciers et ceux de la commission de surveillance (parfois également appelée commission des créanciers), pour autant que la Commission des banques ne désigne pas elle-même une telle commission (cf. art. 35, al. 2). Mais contrairement à ce qui est le cas dans une procédure de faillite, les liquidateurs n'ont pas la compétence de rendre des décisions²².

Il est logique que la nomination des liquidateurs soit le fait de la Commission des banques, celle-ci ayant généralement elle-même ordonné les mesures protectrices ou surveillé la procédure d'assainissement. La Commission des banques est par conséquent l'organe le mieux placé pour déterminer quelles sont les personnes répondant aux exigences posées à un liquidateur dans un cas déterminé.

²² Cf. ch. 2.2.1.6.

Il incombe également à la Commission des banques de surveiller les liquidateurs. Cette solution permet d'éviter que deux autorités (la Commission des banques et les tribunaux selon la LP) n'assument en même temps des fonctions de surveillance comme c'est le cas dans la procédure actuelle. Cette surveillance aurait également pu être confiée aux tribunaux, c'est-à-dire aux autorités de surveillance selon les art. 17 ss LP. Faute de connaissances approfondies de la procédure préalable, celles-ci auraient cependant de la peine à garantir une surveillance de la liquidation qui suive immédiatement la procédure sur mesures protectrices ou mesures d'assainissement. Toutefois, l'argument majeur qui s'oppose à l'attribution de la surveillance aux tribunaux concerne principalement les cantons ruraux, dans lesquels les procédures de faillite d'une certaine envergure sont relativement peu nombreuses. Les autorités de surveillance y seraient dépassées par la liquidation d'une banque: elles ne disposent ni du personnel nécessaire, ni des connaissances techniques spécifiques au domaine bancaire. Une surveillance exercée par les tribunaux cantonaux n'est donc pas envisageable. Créer une instance spéciale serait également inopportun du fait qu'une telle autorité ne disposerait pas non plus de connaissances suffisamment approfondies de la procédure préalable pour exercer sa surveillance. Comme les liquidations de banques insolubles sont par ailleurs relativement rares, cette autorité ne pourrait être instituée à titre permanent. Le personnel nécessaire à la surveillance et l'infrastructure requise devraient dès lors être mis en place de cas en cas, ce qui impliquerait des retards. En outre, cette instance n'aurait pas les connaissances et, surtout, l'expérience indispensables en matière de liquidation de banques. Seule la Commission des banques est ainsi à même de garantir une surveillance continue des liquidateurs. Selon le droit en vigueur, la Commission des banques exerce d'ailleurs déjà – tant que la procédure de faillite n'a pas été ouverte – la surveillance sur les liquidateurs qu'elle a nommés. La solution proposée soumet les banques à une surveillance ininterrompue de la Commission des banques depuis le début de leur activité jusqu'à la fermeture définitive de l'établissement. Les liquidateurs établissent des rapports à l'intention de la Commission des banques si celle-ci le leur demande.

Al. 3

Les créanciers doivent être informés chaque année de l'état d'avancement de la procédure. Il convient en particulier de leur communiquer – tout en garantissant le secret bancaire (art. 47 LB) – les indications qui leur permettront de sauvegarder leurs droits (cf. aussi art. 36, al. 2).

2.2.3.2 Art. 34 Effets et procédure

Al. 1

L'ordre de liquidation d'une banque insoluble selon la loi sur les banques vise le même but et déploie les mêmes effets que l'ouverture de la faillite par le juge pour un établissement non bancaire, selon la LP. Dans les deux cas, il s'agit essentiellement de dresser un état des actifs, de réunir ces actifs et de les réaliser, ainsi que de liquider les dettes. Aussi les règles suivantes sont-elles, par analogie au droit régissant la faillite, également valables en cas de liquidation d'une banque: tous les biens saisissables forment une seule masse et sont affectés au paiement des créanciers (art. 197, al. 1, LP), la banque perd son pouvoir de disposition (art. 204, al. 1, LP),

les paiements effectués auprès de la banque n'ont des effets libératoires envers les créanciers de la banque que jusqu'à concurrence de la somme qui se retrouve dans la masse (art. 205, al. 1, LP), toutes les poursuites dirigées contre la banque s'éteignent et tous les procès civils non urgents contre la banque sont suspendus (art. 206, al. 1, et art. 207, al. 1, LP), toutes les dettes de la banque deviennent exigibles (art. 208, al. 1, LP), le cours des intérêts à l'égard de la banque s'arrête (art. 209, al. 1, LP) et les créanciers sont désintéressés dans un ordre déterminé (art. 219 LP). Il convient enfin de relever que les dispositions spéciales sur la conversion de créances (art. 211, al. 2^{bis}, LP) s'appliquent, dans l'esprit de la loi, non seulement en cas de faillite, mais à toute procédure de liquidation (donc également à celle dont il est question ici).

Al. 2

En ce qui concerne la procédure, la liquidation d'une banque insolvable se distingue de la liquidation selon l'art. 23^{quinquies} LB qui (à l'exception de la nomination du liquidateur par la Commission des banques) est opérée conformément aux dispositions du CO applicables en la matière (pour les sociétés anonymes: art. 739 ss CO). Les compétences des liquidateurs ne sont par conséquent pas identiques dans les deux procédures. Cette situation est la même dans le secteur non bancaire, où la procédure de la faillite s'applique en cas de surendettement, les règles du CO étant applicables dans les autres cas. La procédure proposée ici pour la liquidation de banques insolubles doit tenir compte des particularités du domaine bancaire mais, pour le reste, elle doit appliquer les règles de la faillite (art. 221 ss LP), lesquelles ont fait leurs preuves. La LP est dès lors applicable dans la mesure où des dispositions spéciales de la présente loi ne s'y opposent pas. En vertu des dispositions contenues dans ce chapitre, les règles suivantes de la procédure de faillite sont pour l'essentiel également applicables lors de la liquidation d'une banque insolvable: la prise d'inventaire (art. 221 LP), l'obligation de la banque faillie de coopérer à la procédure de liquidation (art. 222, 228 et 229 LP), l'appel aux créanciers (art. 232 LP), la vérification des créances (art. 244 à 246 LP) et la collocation des créances (art. 247 à 251 LP). Une réglementation adaptée aux banques est en revanche prévue dans le domaine des compétences ainsi que pour la réalisation et la distribution

Al. 3

On ne saurait exclure que la procédure de liquidation requière l'adoption d'autres règles spéciales. Le cas échéant, la Commission des banques peut prendre des dispositions dérogeant à la loi, cela non seulement dans un cas particulier par le biais d'une décision mais également de manière générale et abstraite, sous la forme d'une ordonnance. Il s'agira principalement de dispositions de nature formelle, par exemple de la réglementation concernant les délais ou le déroulement de procédures.

2.2.3.3

Art. 35

Assemblée des créanciers et commission de surveillance

Al. 1

Le droit en vigueur (art. 36, al. 2, et art. 37, al. 5, LB) prévoit déjà qu'aucune assemblée des créanciers n'aura lieu en cas de faillite d'une banque. Cette règle a fait ses preuves et permet d'accélérer la procédure; réaliser la liquidation d'une banque sous la surveillance d'une assemblée des créanciers ne serait pas judicieux en raison du grand nombre de créanciers, de la complexité des actes de liquidation et de la rapidité d'intervention souvent requise. Par ailleurs, l'organisation d'une assemblée des créanciers ne permettrait pas de garantir le secret bancaire (art. 47 LB). L'absence d'une telle assemblée ne compromet pas pour autant les intérêts des créanciers. Les droits de ces derniers sont préservés par les liquidateurs, qui sont tenus de rendre compte à la Commission des banques.

Les liquidateurs convoqueront une assemblée des créanciers en particulier si des décisions à prendre dans le cadre d'une liquidation portent atteinte à des intérêts majeurs des créanciers et si l'accord de ces derniers peut contribuer de manière importante au bon déroulement de la procédure.

Al. 2

La Commission des banques instaure une commission de surveillance lorsque c'est un moyen opportun de représenter les intérêts des créanciers. Elle peut définir les différentes tâches de cette commission.

2.2.3.4

Art. 36

Traitement des créances; état de collocation

Al. 1

La reprise de la réglementation existante (art. 36, al. 3, et art. 37, al. 4, LB) permet de procéder de façon simple et rapide à l'inventaire des créances attendues.

Al. 2

La sauvegarde du secret professionnel ou du secret bancaire (cf. art. 47 LB) ne serait pas garantie si chaque créancier disposait d'un droit de regard illimité dans l'état de collocation, lequel présente la liste complète des déposants et de leurs dépôts. Un créancier peut cependant faire valoir un intérêt légitime à connaître sa propre collocation et surtout à s'informer de la collocation de prétentions d'autres créanciers, collocation qu'il pourrait éventuellement estimer injustifiée et contester le cas échéant. Le projet tient compte de ces intérêts opposés en permettant aux créanciers de consulter l'état de collocation, dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts. Un créancier pouvant justifier de sa qualité et d'un intérêt légitime obtiendra de la part des liquidateurs l'autorisation de consulter partiellement ou entièrement l'état de collocation. Cette réglementation n'est pas non plus nouvelle. Elle correspond par analogie à l'art. 10 OCBC concernant la procédure de concordat.

2.2.3.5

Art. 37

Engagements contractés lors de mesures protectrices

En vertu de cette disposition, les engagements contractés par la banque après que la Commission des banques a ordonné des mesures protectrices en vertu de l'art. 26, al. 1, – par exemple limitation de l'activité de la banque, interdiction faite à celle-ci d'effectuer des versements ou d'accepter des paiements, fermeture de la banque ou octroi d'un sursis – bénéficient d'un traitement privilégié. Les engagements contractés avec l'accord de la Commission des banques, du chargé d'enquête ou du délégué à l'assainissement sont honorés avant les autres créances en cas de liquidation, donc avant même le remboursement des petits dépôts selon art. 37a. Sans un tel privilège pour les engagements mentionnés, personne ne serait disposé à conclure des affaires avec une banque en difficulté, ce qui rendrait difficile voire impossible la poursuite des activités bancaires généralement nécessaire lors d'un assainissement. Cette réglementation correspond à l'art. 310 LP, qui prévoit que les dettes contractées pendant le sursis concordataire, avec l'assentiment du commissaire, constituent des dettes de la masse et sont payées avant toutes les autres créances.

2.2.3.6

Art. 37a

Petits dépôts

Al. 1

Selon cette nouvelle disposition, les créanciers qui disposent de un ou plusieurs dépôts bénéficiant en vertu de l'art. 37b d'un privilège de faillite et ne dépassant pas 5000 francs au total, doivent être désintéressés avant l'établissement de l'état de collocation et en dehors de ce dernier. Ces créanciers sont ainsi définitivement exclus de la procédure. Leurs créances sont traitées comme des dettes de la masse. Les petits créanciers doivent en principe être désintéressés immédiatement, le montant pouvant toutefois être versé en plusieurs acomptes, en fonction de la situation financière de la banque insolvable. Un tel traitement enfreint certes le principe de l'égalité de traitement des créanciers, mais il se justifie par une simplification considérable de la procédure, et par les économies réalisées au niveau des frais vu la diminution sensible du nombre des créanciers participant à la procédure de liquidation. En définitive, les créanciers restants bénéficient eux aussi de ces économies. Les calculs effectués par des experts indiquent que dans une banque de taille moyenne, le remboursement des petits dépôts permettrait aujourd'hui de désintéresser définitivement 60 % des créanciers avec, en moyenne, 6 % des actifs. Leurs créances ne sont pas compensées avec des créances de la banque, car les recherches nécessaires à cet effet occasionneraient des frais démesurés et prendraient trop de temps. Mais si cette absence de compensation devait empêcher de régler certains cas simples d'importance mineure, la Commission des banques pourrait y remédier en abaissant le montant (al. 2). Cette disposition ne s'applique pas aux créanciers qui ne peuvent pas être contactés immédiatement. Il serait en effet contraire à la simplification de la procédure visée par la nouvelle réglementation que les liquidateurs se voient obligés d'entamer une longue procédure pour retrouver les créanciers (notamment ceux qui se trouvent à l'étranger). En revanche, les créanciers qui disposent de créances dépassant 5000 francs peuvent également bénéficier de cette dis-

position s'ils renoncent à la partie de leur créance qui excède 5000 francs (une telle solution peut être intéressante si la créance totale dépasse de peu la limite de 5000 francs).

Al. 2

La Commission des banques peut abaisser le montant de 5000 francs. Elle le fera notamment si les liquidités de la banque ne suffisent pas pour rembourser l'ensemble des petites créances. Dans une situation extrême, ce montant peut être réduit à zéro. La réduction du montant diminue en conséquence le nombre des créanciers exclus de la procédure. Les dépôts restants des créanciers qui n'ont pas été désintéressés bénéficient du privilège prévu à l'art. 37b.

2.2.3.7 Art. 37b Dépôts privilégiés

Al. 1

Les dépôts effectués par les clients d'une banque bénéficient déjà d'un privilège en vertu du droit actuel; en cas de faillite, les créances de ces clients sont remboursées avant nombre d'autres créances (art. 37a LB). Il n'y a aucune raison de modifier ce principe accordant, pour des raisons économiques et relevant de la politique sociale, un privilège aux créances des déposants²³. Après l'inclusion récente des avoirs découlant des assurances sociales dans la deuxième classe (en droit commun des poursuites), il est justifié d'y attribuer également les dépôts à concurrence du montant bénéficiant du privilège. Les avoirs colloqués dans cette catégorie sont des créances dont la nature relève de la politique sociale; dans les limites du montant bénéficiant du privilège, ce principe est également valable pour les créances des clients d'une banque. La modification proposée élimine ainsi la «classe intermédiaire» au sens de l'art. 37a LB, simplifie l'ordre des différentes créances dans le cas d'une faillite et raccourcit en conséquence la procédure de liquidation. Chaque déposant ne peut faire valoir ce privilège qu'une seule fois, même s'il dispose de plusieurs comptes, faute de quoi il commettrait un abus de droit. La banque peut faire valoir ses propres créances à l'égard du déposant, pour autant que le contrat correspondant n'exclue pas cette possibilité.

Le système actuel qui limite le privilège à certaines catégories de dépôts (cf. art. 37a, al. 2, LB) entraîne des inégalités peu justifiables entre déposants; il est donc prévu d'en étendre le principe à tous les dépôts quelle que soit leur catégorie. Cela rendra également la procédure plus économique. Le cas de la SLT a démontré que séparer les dépôts privilégiés de ceux qui ne le sont pas entraîne un travail considérable. Pour classer un compte, il a souvent fallu en analyser le détail des mouvements. Cela entraîne des coûts supplémentaires et retarde inutilement le processus de liquidation. Une enquête de la Commission des banques auprès de banques représentatives a montré que l'extension du privilège n'aura pas d'incidences négatives. Dans les grandes banques, les dépôts privilégiés constitueront moins de 25 % de tous les dépôts et, dans les petits établissements bancaires, rarement plus de 50 %. Ces taux ne diffèrent guère de ceux d'aujourd'hui, si bien que l'extension du privi-

²³ Cf. Birchler Urs W., «Bankruptcy priority for bank deposits: a contract theoretic explanation», *The Review of Financial Studies*, 13, août 2000, p. 813 à 839.

lège ne représente pas une atteinte majeure aux droits des créanciers non privilégiés et qu'elle ne grève pas plus que de raison la garantie des dépôts. En revanche, le relèvement nominal du privilège à 35 000 francs par exemple constituerait certainement une surcharge pour les autres créanciers et pour la garantie des dépôts. Il est donc justifié de maintenir ce plafond à 30 000 francs.

Seront exclus du privilège l'ensemble des dépôts au porteur, soit également ceux qui étaient déjà en possession du créancier avant la fermeture des guichets et qui bénéficiaient encore d'une protection selon la législation actuelle (cf. art. 37a, al. 3, LB). Cette nouvelle mesure est destinée à éviter qu'un client n'obtienne un montant supérieur à la somme privilégiée en répartissant sur plusieurs personnes les dépôts qui dépassent cette somme. Elle permet également de supprimer des recherches longues et difficiles quant aux propriétaires de tels dépôts.

Par contre, les dépôts de banques ne sont plus exclus du privilège (art. 37a, al. 2, ch. 2, LB) – ce qui est conforme au principe de limiter au mieux les frais de la liquidation. Comme tous les autres, ces dépôts ne sont privilégiés qu'à hauteur de 30 000 francs pour chacune des banques créancières de sorte que, même quantitativement, l'exclusion de celles-ci ne pourrait être justifiée par la protection des autres créanciers.

Comme les dépôts sont souvent libellés en dollars américains et qu'à l'avenir ils le seront vraisemblablement de plus en plus en euros, il n'y a aucune raison de ne pas étendre le privilège aux monnaies étrangères. Le privilège concerne donc aussi les dépôts en monnaie étrangère – sans que la loi ne le mentionne expressément. L'UE a d'ailleurs adopté ce principe dans sa directive en la matière, qui couvre toutes les monnaies de l'Espace économique européen (EEE) et autorise les Etats membres à inclure d'autres monnaies étrangères s'ils le jugent opportun.

Ainsi redéfinis de façon très claire, les dépôts privilégiés peuvent désormais apparaître à part dans le bilan des banques. Une réglementation appropriée des bilans – à instaurer dans le cadre d'une révision de l'OB – facilitera l'évaluation de la couverture.

Al. 2

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la Commission des banques peut aussi recourir aux instruments légaux de surveillance envers des personnes ou des entreprises dont l'obligation de se soumettre à la surveillance de la Commission des banques est contestée²⁴. S'il existe des indices laissant supposer qu'un établissement exerce une activité soumise à autorisation, la Commission des banques²⁵ étudie le cas et prend les dispositions requises. Les nouvelles dispositions ou les modifications proposées par le présent projet s'appliquent donc aussi aux entreprises pour lesquelles la Commission des banques examine cette éventualité. Il serait toutefois choquant que l'on puisse faire valoir des dépôts privilégiés lors de la liquidation d'une entreprise de ce genre. Ses créanciers ne devaient notamment pas compter que l'entreprise en question était une banque offrant des dépôts privilégiés. Cette disposition n'est par conséquent pas applicable à de tels établissements.

²⁴ ATF 121 II 148, consid. 3a; 116 Ib 198, consid. 3.

²⁵ ATF 115 Ib 58, consid. 3; 105 Ib 408 consid. 2.

Al. 3

Cette disposition correspond mot pour mot à l'actuel art. 37a, al. 4, LB.

2.2.3.8 Art. 37c Adaptation à la dévaluation de la monnaie

La possibilité d'adapter, en fonction de la dévaluation de la monnaie, les petits dépôts et les dépôts privilégiés dont le montant est fixé par la loi permet notamment d'éviter que la protection des déposants ne se détériore en raison du renchérissement.

2.2.3.9 Art. 37d Traitement des valeurs déposées

Cette disposition correspond à l'art. 37b LB, qui prévoit que les valeurs déposées auprès de la banque (cf. art. 16 LB) n'entrent pas dans la masse en cas de faillite, mais qu'elles sont distraites en faveur du déposant, sous réserve de l'ensemble des prétentions de la banque envers ce dernier. Aucun motif ne justifie de modifier cette norme valable depuis 1997; il suffit de l'adapter au fait que les banques seront désormais soumises à une procédure de liquidation spéciale en vertu de la loi sur les banques (et ne feront plus faillite).

2.2.3.10 Art. 37e Distribution et fin de la procédure

Al. 1

Après la liquidation, la distribution des actifs restants aux créanciers est en principe opérée conformément aux dispositions des art. 261 ss LP. Contrairement à la solution prévue par la LP, le tableau de distribution n'est pas déposé. Cette mesure vise à garantir une procédure la moins coûteuse possible et à sauvegarder le secret bancaire (art. 47 LB). Seule la part qui lui revient est communiquée à chaque créancier. Comme pour l'état de collocation, le créancier qui justifie d'un intérêt légitime peut être autorisé à consulter une partie ou l'ensemble du tableau de distribution.

Al. 2

L'activité des liquidateurs prend fin avec la remise du rapport final à la Commission des banques.

Al. 3

La procédure de liquidation s'achève avec la publication, par la Commission des banques, de la clôture de la procédure. La clôture comprend également d'éventuelles décisions relatives aux valeurs déposées qui n'ont pas été retirées et aux prétentions que les ayants droit n'ont pas fait valoir. Le cas échéant, il conviendra de respecter dans ce contexte les réglementations concernant les fonds en déshérence.

Cet article règle le cas de la faillite d'une banque qui exerce son activité au niveau international, a son siège en Suisse et dispose de succursales à l'étranger. Le droit suisse en matière d'insolvabilité suit dans ce cas le principe de l'unité de la faillite et englobe ainsi l'ensemble de la fortune du débiteur, quel que soit le lieu où se trouvent les biens (art. 197, al. 1, LP). En principe, il faut également inclure dans l'inventaire de la faillite suisse la fortune qui se trouve à l'étranger. Mais c'est l'ordre juridique du pays étranger concerné qui déterminera si les valeurs patrimoniales situées à l'étranger peuvent ou non être comprises dans la procédure suisse en cas de liquidation d'une banque suisse. Traditionnellement, de nombreux Etats usent d'une conception territoriale dans leur droit de la faillite; ils sont dès lors peu enclins à reconnaître dans leur pays les effets d'une procédure de faillite qui se déroule à l'étranger, et à autoriser l'inclusion de valeurs patrimoniales dans la procédure étrangère.

Al. 1

Pour obtenir la meilleure réalisation possible des actifs et garantir l'égalité de traitement des créanciers, il faut éviter de mener une procédure séparée dans chaque Etat où une banque suisse a une succursale ou dispose d'actifs. Les différences considérables que comporte le droit matériel empêchent cependant de réaliser une seule procédure de faillite bancaire qui soit universellement valable. L'objectif est donc de parvenir – par la collaboration avec les autorités étrangères et la reconnaissance mutuelle des mesures – à mettre en oeuvre une procédure principale en cas d'insolvabilité, et de coordonner, le cas échéant, des procédures parallèles en cours. Cette approche doit permettre d'obtenir une réalisation aussi efficace que possible de la masse en liquidation et une distribution aux créanciers suisses et étrangers qui soit conforme au rang et au montant de leurs créances. Les liquidateurs sont par conséquent tenus de coordonner leurs opérations avec les autorités étrangères compétentes.

Al. 2

Cet alinéa reprend les termes de l'art. 172, al. 3, de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291), concernant l'imputation des dividendes partiels obtenus à l'étranger. Cette disposition se fonde sur l'idée que tous les créanciers se trouvant dans une situation juridique comparable du point de vue du type et de la garantie de leur créance doivent, dans la mesure du possible, être traités de la même manière (*par conditio creditorum*). Chaque créancier qui participe à une procédure suisse peut ainsi garder ce qu'il a obtenu dans le cadre d'une procédure à l'étranger. Il ne doit toutefois pouvoir participer à la distribution de la masse dans la procédure suisse que lorsque les créanciers du même rang ont obtenu le même dividende sur leur créance. Cette disposition garantit que les créanciers qui participent à une procédure à l'étranger ne sont pas privilégiés par rapport aux créanciers du même rang qui ne participent qu'à la procédure suisse.

A l'inverse de l'article 37f, cet article règle le cas de l'insolvabilité d'une banque exerçant une activité internationale qui a son siège principal à l'étranger et une succursale en Suisse. Cette disposition complète par quelques règles spéciales les art. 166 ss LDIP concernant la procédure de reconnaissance des décisions de faillite étrangères.

Al. 1

Selon les art. 166 ss LDIP, les faillites prononcées à l'étranger peuvent, à certaines conditions, être reconnues en Suisse. La requête en reconnaissance doit être portée devant le tribunal du lieu de situation des biens en Suisse (art. 167, al. 1, LDIP). Or, selon le présent projet, ce ne sont pas les tribunaux de la faillite, mais la Commission des banques qui est compétente pour exécuter la procédure de liquidation de banques. Il est dès lors justifié d'autoriser la Commission des banques à reconnaître les décisions de faillite étrangères à la place des tribunaux compétents selon la LDIP. D'éventuelles mesures de liquidation ou d'assainissement ordonnées à l'étranger doivent également pouvoir être reconnues par la Commission des banques (cf. art. 175 LDIP).

Al. 2

Aux termes de l'art. 166, al. 1, LDIP, la reconnaissance d'une décision de faillite étrangère n'est autorisée que si la décision a été rendue au domicile ou au siège statutaire du débiteur. La pratique a montré que parfois, les autorités étrangères tout comme la Commission des banques²⁶ ouvrent la faillite non pas au siège légal mais au siège effectif de la banque, donc là où la banque exerce en réalité son activité. L'al. 2 règle expressément cette question afin que l'on puisse également reconnaître des décisions étrangères dans les cas de ce genre. La compétence de la Commission des banques s'étend à toutes les mesures d'assainissement et de liquidation que les instances compétentes selon le droit étranger ont ordonnées à l'égard de la banque insolvable. Cette compétence comprend donc non seulement les mesures prises par les tribunaux, mais également celles qui ont été arrêtées par les autorités de surveillance.

Al. 3

Selon l'art. 170, al. 1, LDIP, la reconnaissance d'une décision de faillite étrangère entraîne la réalisation d'une procédure de faillite sommaire, dite faillite auxiliaire. L'art. 172, al. 1, LDIP prévoit quant à lui que l'état de collocation dans une telle faillite comprend uniquement les créances pour lesquelles il existe une garantie sous forme de gage déposé en Suisse, ainsi que les créances privilégiées de créanciers qui ont leur domicile en Suisse. Cette réglementation peut entraîner des désavantages pour les clients étrangers de la banque du fait que leurs créances privilégiées non garanties par gage ne peuvent pas faire l'objet d'une collocation. La présente disposition permet d'inclure ces créances dans l'état de collocation, ce qui est d'ailleurs dans l'intérêt de la place financière suisse dont les activités comportent une dimen-

²⁶ Bulletin CFB, fascicule n° 40, p. 94 ss.

sion internationale. Il n'est toutefois pas obligatoire d'intégrer les créances de clients étrangers dans l'état de collocation: cela peut être assorti de certaines conditions – par exemple que l'Etat étranger garantisse la réciprocité.

Al. 4

Les art. 166 à 175 LDIP sont applicables en matière de reconnaissance d'une faillite étrangère, sous réserve des dérogations prévues dans le présent article. Si aucune procédure de faillite n'est introduite à l'étranger ou qu'aucune requête en reconnaissance n'a été déposée, la succursale d'une banque étrangère est liquidée en application, par analogie, de l'art. 50, al. 1, LP. Lorsqu'une procédure a été introduite à l'étranger et qu'une requête en reconnaissance est pendante, ou que le dépôt d'une telle requête est probable, la Commission des banques peut prendre des mesures protectrices et suspendre la liquidation. Une telle solution peut se justifier par exemple si les créanciers d'une succursale sont en majorité domiciliés dans l'Etat où la faillite principale est prononcée, ou si leurs actifs se trouvent principalement dans ce pays.

2.2.4 Chapitre XIII Garantie des dépôts

2.2.4.1 Art. 37h Principe

Le privilège prévu pour les dépôts cités à l'art. 37b était certes le droit qu'ont les déposants à un désintéressement en cas de liquidation, mais sans garantir un règlement rapide de leur dû. Ainsi, les déposants ne sont pas protégés efficacement, c'est pourquoi la convention facultative de l'Association suisse des banquiers, relative à la protection des déposants, prévoit aujourd'hui déjà le versement d'avances sur ces dépôts²⁷. Le régime actuel présente cependant certaines lacunes que la nouvelle réglementation prévue aux art. 37h et 37i se propose de combler. L'art. 37h règle les modalités de la garantie des dépôts privilégiés.

Al. 1

Cette disposition oblige les banques à garantir les dépôts privilégiés cités à l'art. 37b. Elle s'applique aux comptoirs d'une banque sur le territoire suisse, que le siège de cette banque se trouve en Suisse ou à l'étranger. Par contre, elle ne s'étend pas aux agences à l'étranger de banques suisses (il pourra cependant y avoir garantie des dépôts si l'Etat dans lequel se trouve l'agence en prévoit une lui-même).

Dans la mesure du possible, les banques doivent organiser la garantie des dépôts dans le cadre de l'autorégulation existante. Le système proposé se fonde ainsi sur la convention de l'Association suisse des banquiers relative à la protection des déposants, qui assure un remboursement rapide des créances privilégiées. En principe, il est donc possible de maintenir cette convention, tout en y apportant certaines modifications décrites ci-dessous. Sous réserve de l'approbation de la Commission des banques (al. 2 et 3), les banques restent libres de déterminer le mode de financement de la garantie dans le cadre du système d'autorégulation. Il peut s'agir de l'obligation de fournir une contribution dans les cas impliquant l'exécution de la garantie,

²⁷ Cf. ch. 1.1.2.3.

de l'approvisionnement régulier d'un fonds, d'une assurance ou d'une combinaison de ces différentes options. L'avantage d'un fonds réside dans le fait que le système de garantie sera moins lourdement sollicité, le cas échéant, puisqu'il disposera de liquidités à hauteur des avances qui auront été versées. Si l'on adopte le système de l'intervention des banques en cas de nécessité immédiate uniquement, il peut arriver en période de crise que les contributions à verser de façon soudaine par les banques représentent une charge excessive pour le système bancaire, la protection légale des déposants n'étant alors plus garantie. Un fonds permettrait aussi de pondérer les contributions des banques en fonction des risques. Il impliquerait par contre des frais – notamment administratifs – à ne pas sous-estimer. De plus, un fonds immobiliserait de l'argent en prévision d'un événement qui ne se produira peut-être jamais. Jusqu'ici, les banques étaient libres de signer la convention relative à la protection des déposants, l'Association suisse des banquiers ne pouvant imposer la signature de cette convention qu'à titre de condition pour l'obtention de la qualité de membre de l'association. Pratiquement toutes les banques sises en Suisse ont cependant signé la convention. Selon la nouvelle disposition, chaque banque qui détient des créances privilégiées est tenue de s'affilier au système d'autorégulation. A l'instar des autres règles de déontologie – convention de diligence, directives concernant le mandat de gestion de fortune ou règles de conduite pour les négociants en valeurs mobilières, par exemple –, l'affiliation au système d'autorégulation est désormais obligatoire et fait l'objet d'un contrôle dans le cadre de la révision annuelle²⁸.

Les *banques cantonales* sont elles aussi tenues de s'affilier au système d'autorégulation du fait qu'elles sont soumises depuis la révision de la LB (en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1999) à l'autorisation de la Commission des banques. Une garantie des dépôts peut paraître au premier abord superflue pour une banque cantonale bénéficiant de la garantie de l'Etat. Mais, juridiquement tout au moins, il n'est pas exclu qu'un canton fasse liquider sa banque cantonale en dépit de cette garantie. La garantie de l'Etat couvrirait alors les dépôts, mais pas un remboursement rapide de ceux-ci (cf. art. 37h, al. 3, let. a) – qui devrait être assuré par la garantie des dépôts. Celle-ci est donc aussi utile pour les banques cantonales, d'autant plus que, depuis la révision précitée, la garantie de l'Etat peut être limitée (art. 3a, dernière phrase, LB).

Al. 2

La Commission des banques donne son approbation au système d'autorégulation des banques et garantit ainsi que la protection des déposants est conforme aux exigences légales.

Al. 3

Les conditions pour obtenir une telle approbation sont les suivantes:

Let. a

Le paiement des dépôts garantis aux ayants droit doit intervenir dans les trois mois à partir du moment où la banque n'est plus en mesure de rembourser les dépôts en question. Or, une telle situation se présente généralement au moment même où est

²⁸ Cf. le ch. marginal 24 et l'annexe I de la circulaire de la Commission fédérale des banques 96/3 «Rapport de révision: forme et contenu».

rendue la décision de limiter les activités de la banque, d'interdire les versements, de fermer la banque, d'octroyer le sursis ou la prorogation des échéances (art. 26, al. 1, let. e à h) ou de prononcer l'ouverture d'une procédure de liquidation (art. 33 ss). Il est donc justifié de calculer ce délai à partir du moment où l'autorité a rendu la décision correspondante. Cette solution est conforme au but de protection des déposants et au droit de l'UE. Si des raisons pratiques ne permettent pas de respecter le délai dans un cas donné, la Commission des banques peut accorder une exception ou une prorogation. Les déposants bénéficiaires dudit privilège obtiennent ainsi une préention déductible en justice contre l'organisme de garantie des dépôts. Le paiement d'une avance n'est plus prévu comme c'est le cas aujourd'hui; le versement aux déposants du montant garanti s'effectue sans conditions. La protection des déposants devient largement conforme au droit en vigueur dans l'UE.

La situation sera aussi plus transparente pour les créanciers grâce à l'obligation imposée aux banques – à inscrire dans l'OB – de faire apparaître les dépôts privilégiés dans leur bilan²⁹ (ce qui n'était guère possible jusqu'ici à cause de problèmes de délimitation).

Let. b

Pour des raisons d'ordre économique et politique, un système de garantie doit assurer en tout état de cause un niveau de sécurité aussi élevé que possible. La garantie des dépôts ne doit cependant pas compromettre la stabilité du système bancaire. Il s'agit d'exclure que – dans une situation économique tendue – l'effondrement d'une banque déclenche une réaction en chaîne, soit la ruine d'autres établissements bancaires en raison de l'obligation qu'ont les banques de contribuer à la garantie des dépôts. Si un tel cas devait se produire, la garantie des dépôts aurait non seulement manqué son but, mais provoqué l'effet inverse de ce qui était recherché. Il est toutefois extrêmement difficile de déterminer quelles doivent être les limites de la capacité financière de l'organisme de garantie des dépôts.

Des sondages ont indiqué que les dépôts privilégiés tels que les définit le présent projet représenteraient, selon la banque considérée, 20 à 30 % au maximum du *total du bilan* comptabilisé en Suisse. Cela signifie que l'actif d'une banque devrait perdre plus de 70 % de sa valeur pour que les dépôts privilégiés ne soient plus entièrement couverts. La probabilité d'un tel événement est si faible qu'elle peut être considérée comme négligeable. Ce n'est donc pas la garantie en elle-même qui pose un problème de capacité financière, mais le fait que le paiement des créances privilégiées doive être effectué dans les trois mois en vertu de la let. a de la présente disposition. La limite du système de garantie correspond ainsi à la capacité de celui-ci à fournir la liquidité en cas de crise.

La convention relative à la protection des déposants actuellement en vigueur fixe la *limite du système* à un milliard de francs. Ce montant aurait couvert environ douze fois le cas «Spar- und Leihkasse Thun» (mais avec l'ancienne définition des dépôts privilégiés), et permettrait ainsi de surmonter une crise plus importante des petites banques. Mais s'il fallait fermer une grande banque ou plusieurs banques de moyenne envergure, cette limite d'un milliard serait dépassée. Le Conseil fédéral est convaincu que, dans le futur système d'autorégulation, le système de garantie doit être à même de prendre en charge bien plus que le milliard actuel. A l'instar de la

²⁹ Cf. dernier paragraphe ch. 2.2.3.7 concernant l'art. 37b, al. 1.

Commission des banques, de la Banque nationale et de l'Association suisse des banquiers, il estime qu'il est possible de fixer ce montant maximal à quatre milliards de francs sans mettre le système de garantie en péril et que cette solution tient compte dans la plus grande mesure possible des intérêts légitimes de toutes les parties impliquées. L'Association suisse des banquiers et la Commission des banques devront négocier les règles concrètes relatives à l'importance et au calcul de ce montant maximal dans le cadre du système d'autorégulation. Il s'agira entre autres de déterminer comment est évalué le montant maximal et comment se calcule la contribution de chaque banque en fonction de ce montant maximal et de la proportion des dépôts garantis tenus par la banque. Il faudra en particulier fixer l'étendue de la prestation à fournir en cas de sinistres, en tenant compte du fait que le système de garantie n'est reconstitué des montants versés qu'après la clôture de la procédure de liquidation, laquelle pourra à l'avenir aussi prendre plusieurs années.

Quelques grandes banques disposent cependant de dépôts privilégiés (au sens de l'art. 37b) dont le total dépasse la limite évoquée ici, même si celle-ci était portée à quatre milliards de francs. La couverture de tels dépôts qui dépassent le montant maximal n'est dès lors pas envisageable dans le cadre de l'autorégulation, car elle pourrait entraîner un risque systémique. La commission d'experts avait proposé que les banques concernées recourent à un contrat d'assurance ou à des solutions sur le marché des capitaux (garanties, mises en gage, cautionnements, etc.) pour couvrir les dépôts concernés. Lors de la procédure de consultation, cette proposition a été clairement rejetée par différents milieux. On a fait valoir qu'une garantie des dépôts allant au delà de la limite du système serait inutile et sans rapport avec les scénarios de crise possibles. Une telle garantie étant inconnue à l'étranger, son instauration en Suisse uniquement pénaliserait en outre la place bancaire helvétique. Face à ces critiques, l'administration a approfondi la question et en a conclu qu'une garantie des dépôts dépassant la limite du système ne pouvait pas être imposée au secteur privé, pour différentes raisons:

Le marché privé international n'est pas en mesure de garantir la liquidité correspondante. Les dépôts privilégiés auprès de banques en Suisse atteignent un montant qui se situe entre 120 et 140 milliards de francs. Selon les experts de la Swiss Re et des banques, la capacité globale des assurances et des marchés financiers internationaux de mettre à disposition des liquidités se chiffre à quelque dix milliards de francs. L'ordre de grandeur est le même pour les lignes de crédit que l'Argentine et le Mexique ont obtenues de grands syndicats bancaires.

Même si les liquidités promises atteignaient le volume demandé, il est très douteux que de tels engagements puissent être respectés en cas de crise. En cas de déstabilisation grave des marchés financiers à l'échelon planétaire – cause la plus vraisemblable de faillite d'une grande banque –, il y a lieu de supposer que les bailleurs de fonds seraient également confrontés à de sérieuses difficultés financières et à des problèmes de liquidité. Cette forme de protection n'aurait donc qu'une valeur théorique.

Un coup d'œil à l'étranger montre qu'aucun pays industrialisé ne connaît un système de garantie des dépôts qui serait susceptible d'assurer la disponibilité des dépôts protégés en cas de fermeture d'une grande banque sans apport de liquidités de la part de l'Etat. Le nouveau système de garantie institué en France, par exemple, est basé sur un fonds d'un milliard d'euros financé par les banques. En Allemagne, les banques financent plusieurs organismes de garantie des dépôts – lesquels ne prévoient pas explicitement de limite au système. En fait, il y a en Allemagne comme dans tous les pays une limite implicite; il est impensable que le secteur bancaire allemand soit en mesure de financer les dépôts d'une grande banque qui aurait fait faillite.

Dans le même contexte, le groupe de travail du Financial Stability Forum a tiré des expériences acquises dans le monde entier la conclusion que les systèmes de garantie des dépôts ne peuvent pas avoir pour fonction de parer à des risques systémiques; de l'avis du Forum, la seule solution envisageable pour ceux-ci est de prévoir des interventions largement coordonnées des pouvoirs publics³⁰.

On constate en résumé que le problème de liquidité provoqué par une crise systémique ne peut être résolu que de façon pragmatique, et non par une réglementation préalable. Ce genre de crises exceptionnelles exige des solutions particulières, à trouver de cas en cas. Il est bien clair que là aussi le secteur privé doit assumer en premier lieu les responsabilités qui lui incombent. Juridiquement, il serait également envisageable que la Banque nationale couvre si nécessaire un besoin de liquidité exceptionnel (cf. art. 9, al. 1, let. e, projet LBN). Mais il convient de souligner que la décision d'apporter une aide en liquidités dans tel ou tel cas particulier relève de la compétence exclusive de la Banque nationale. Il ne faudrait pas qu'une banque insolvable soit maintenue à flot avec l'aide de la banque centrale; elle devrait être liquidée ou recapitalisée. On doit donc faire une distinction très claire entre une aide en liquidités de la Banque nationale et d'éventuelles mesures visant à recapitaliser une banque insolvable au moyen de fonds publics. En tout état de cause, on devra examiner soigneusement dans quelle mesure – et sous quelle forme – il est justifié que l'Etat participe à la solution d'une crise de solvabilité. Le Conseil fédéral renonce par conséquent à une réglementation portant sur les dépôts dépassant la limite du système. En contrepartie, il part du principe que la limite actuelle sera augmentée à 4 milliards de francs, dans le sens des considérations exposées ici. Cela doit ainsi permettre de couvrir les risques prévisibles à vues humaines.

Let. c

L'obligation faite aux banques de disposer d'une liquidité plus importante améliore la capacité de celles-ci de faire face à leur obligation de contribution en situation de crise. En outre, elle permettra à la Banque nationale de mettre plus facilement des liquidités à la disposition des banques puisque ces dernières détiendront davantage d'actifs escomptables à la Banque nationale. Au total, la liquidité sera augmentée de la moitié du montant maximal indiqué à la let.b, c'est-à-dire de 2 milliards de francs, ce qui peut être considéré comme une amélioration notable. Dans ces circonstances, il sera possible de renoncer à prescrire la création d'un fonds dans le cadre de l'autorégulation. La liquidité exigée doit être composée de disponibilités et d'actifs facilement réalisables (il s'agit là de la liquidité globale et non pas de la liquidité de

³⁰ Cf. FSF Working Group of Deposit Insurance, International Guidance on Deposit Insurance, A Consultative Process and Background Paper, juin 2000, p. 16.

caisse) et contrôlée par la Commission des banques. L'existence de la liquidité supplémentaire peut être vérifiée par ex. par le biais d'obligations d'informer, de directives en matière de présentation des comptes ou par le biais de sondages et de contrôles approfondis effectués par les sociétés de révision bancaire. Il faudra fixer des règles à cet effet, dans le cadre du système d'autorégulation. Il s'agira également d'y définir comment se calcule concrètement la liquidité supplémentaire par rapport à la contribution prévue à la let. b.

Al. 4

Cette disposition permet au Conseil fédéral d'adapter le montant maximal de 4 milliards (al. 3, let. b) au cas où un changement de situation l'exigerait. Tel pourrait être le cas si la proportion des dépôts privilégiés devait fortement varier ou si le contexte économique dans lequel travaillent les banques devait subir de profondes modifications.

Al. 5

Cette disposition souligne le caractère obligatoire de la garantie. Elle oblige le Conseil fédéral à régler les points nécessaires dans une ordonnance au cas où l'autorégulation n'aboutirait pas ou resterait insatisfaisante.

2.2.4.2 Art. 37i Cession légale

En vertu de la cession légale, l'organisme de garantie des dépôts acquiert la créance privilégiée – colloquée en deuxième classe – en échange de la prestation qu'il fournit au créancier de la banque. Il se subroge en outre dans tous les droits accessoires attachés à la créance, à savoir les droits de révocation du créancier au sens de l'art. 32 et les droits de participation dans une éventuelle procédure d'assainissement (au cours de laquelle l'organisme de garantie des dépôts peut devoir fournir des prestations, cf. art. 37h, al. 3, let. a). L'organisme de garantie des dépôts ne dispose pas d'un droit de recours contre le créancier, même si les créances qu'il a acquises ne sont pas – ou que partiellement – couvertes à la clôture de la liquidation de la banque.

2.2.5 Dispositions modifiées au delà du chapitre XIII

2.2.5.1 Art. 39

Il apparaît judicieux de revoir également les dispositions concernant la responsabilité que contient la loi sur les banques. La réglementation actuelle en la matière ne diffère pas fondamentalement de la solution prévue par le droit de la société anonyme, solution reprise à l'époque de l'élaboration de la loi sur les banques. Seule la responsabilité des banquiers privés fait l'objet d'une réglementation spéciale, car ceux-ci ont soit le statut d'entreprise individuelle, soit celui de société de personnes. Dans ce dernier domaine, la loi sur les banques renvoie de manière générale au CO (art. 38, al. 2, LB).

La révision du droit de la société anonyme, entrée en vigueur en 1992, a cependant provoqué certaines incertitudes dans son application. Le nouvel art. 759 CO prévoit en matière de solidarité une réglementation différente de celle qui était applicable avant la révision. Si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles n'est désormais solidairement responsable que dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement, en raison de sa faute et compte tenu des circonstances. Ne serait-ce qu'en raison des termes qu'elle utilise, cette disposition est partiellement en contradiction avec l'art. 44 LB actuel, même si, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a interprété cette règle à la lumière de l'art. 759 CO. Par ailleurs, une réglementation analogue à celle du nouvel art. 754, al. 2, CO, qui règle la responsabilité en cas de délégation licite de l'exercice d'une attribution à un autre organe, est également absente dans la loi sur les banques. De telles délégations sont courantes dans le domaine bancaire (cf. p. ex. art. 3, al. 2, let. a, LB). Il est en outre nécessaire d'adapter la terminologie des dispositions consacrées aux responsabilités, car le présent projet remplace les notions de «observateurs» et de «commissaires» par celles de «chargé d'enquête» et de «délégué à l'assainissement». Enfin, le régime actuel en matière de responsabilité des réviseurs est insatisfaisant: alors que selon la doctrine dominante la responsabilité des réviseurs élus (conformément au CO) par l'assemblée générale relève de l'art. 755 CO, celle des réviseurs institués en vertu de la LB est définie par les art. 97 ss CO. Cette inégalité de traitement pose des problèmes dans la mesure, notamment, où les révisions selon le CO et celles selon la LB sont généralement effectuées par les mêmes personnes.

En principe, il n'y a aucune raison de prévoir, pour les organes d'une banque, une réglementation de la responsabilité différant de celle qui est applicable aux autres sociétés anonymes. Il serait par conséquent possible de reprendre littéralement, dans la loi sur les banques, les dispositions pertinentes du droit de la société anonyme. Plus simple, la solution proposée ici renvoie dans une seule disposition (art. 39) aux art. 752 ss CO qui régissent le droit de la responsabilité dans la société anonyme et s'appliquent ainsi à toutes les personnes responsables, de même qu'aux banques qui revêtent une autre forme juridique. Cela permettra par conséquent d'abroger purement et simplement les art. 40 à 45 LB. L'art. 38 LB applicable aux banquiers privés peut être maintenu tel quel.

Al. 1

Cet alinéa définit la responsabilité des fondateurs, des organes et de toutes les personnes mandatées par la *banque*. Lors de l'appréciation du devoir de diligence, il faudra tenir compte des exigences particulières qui découlent de la loi sur les banques. Ce principe résulte du droit de la société anonyme, qui renvoie d'une manière générale aux devoirs des personnes responsables (cf. art. 754, al. 1, CO) et qui inclut ainsi, dans le domaine bancaire, les devoirs spécifiques prévus par la loi sur les banques.

Al. 2

Cette disposition précise et met à jour la désignation des personnes mandatées par la *Commission des banques* pour accomplir des tâches spécifiques. Les mandataires n'accomplissent pas de tâches publiques au sens étroit et n'assument leur responsabilité envers la banque, ses actionnaires et ses créanciers, qu'en vertu du droit civil. Il est évident qu'ils ne peuvent être rendus responsables d'actes dommageables qu'ils auraient accomplis dans le cadre d'une exécution conforme du mandat que

leur a confié la Commission des banques. Dans ce cas, se pose tout au plus la question de savoir si la responsabilité de la Confédération n'est pas engagée en vertu de la loi sur la responsabilité.

2.2.5.2 Art. 47, ch. 1

Cette disposition fait l'objet d'une adaptation en raison de la suppression de la notion de «commissaire» et de l'introduction des nouvelles fonctions de chargé d'enquête et de délégué à l'assainissement.

2.2.6 Modification du droit en vigueur

1. Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)

Art. 36a (nouveau) Application aux négociants en valeurs mobilières des dispositions relatives à l'insolvabilité bancaire

La réglementation et la surveillance des négociants en valeurs mobilières selon la loi sur les bourses correspondent dans une large mesure à celles qui sont prévues pour les banques dans le cadre de la loi sur les banques. Il est dès lors justifié d'appliquer aux négociants en valeurs mobilières les règles concernant l'assainissement, la liquidation et la responsabilité des banques. La Commission des banques doit également avoir la compétence de désigner un chargé d'enquête pour les négociants en valeurs mobilières. Cette règle s'appuie sur la jurisprudence du Tribunal fédéral³¹. L'application de l'art. 37d garantit que les valeurs déposées peuvent être distraites, cette possibilité jouant en l'occurrence un rôle important pour les négociants en valeurs mobilières. En principe, les nouvelles dispositions ne devraient ni compliquer ni renchérir l'activité des négociants en valeurs mobilières. Cependant, les négociants en valeurs mobilières qui détiennent des dépôts devront s'affilier au système de garantie des dépôts prévu pour les banques.

2. Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

Art. 173b (nouveau) 3^{bis} Procédure applicable aux banques

Après que les modifications proposées auront été introduites dans la loi sur les banques, il est encore envisageable – bien que peu probable – que des poursuites dirigées contre une banque soient continuées jusqu'à la réquisition de faillite. Comme il n'appartiendra plus aux tribunaux cantonaux de prononcer l'ouverture d'une faillite bancaire – la seule procédure possible étant une liquidation par la Commission des banques –, cette modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite assure qu'une éventuelle réquisition de faillite sera transmise à la Commission des banques. Celle-ci examinera alors l'applicabilité de mesures au sens des art. 25 ss. Elle ouvrira la liquidation si des mesures protectrices ou d'assainissement ne sont pas envisageables. Il va de soi que le créancier qui a introduit la poursuite

³¹ ATF 126 II 111

ne doit supporter ni les frais de la transmission du dossier effectuée en vertu de cet article, ni les frais de la procédure devant la Commission des banques.

2.2.7 Dispositions transitoires

Al. 1

Un délai doit être fixé dans lequel l'organisme de garantie du système d'autorégulation établi sur la base de l'art. 37h doit soumettre pour approbation le système d'autorégulation.

Al. 2

Si la Commission des banques a déjà prononcé la liquidation d'une banque en vertu du droit actuellement en vigueur, la procédure en question doit être poursuivie et clôturée selon ce même droit. On évite ainsi que les nouvelles dispositions soient appliquées à des procédures de liquidations, de sursis bancaires ou de sursis concordataires déjà en cours avec lesquelles la nouvelle réglementation n'est pas entièrement compatibles.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour les finances et le personnel

3.1.1 Conséquences pour la Confédération

Les nouvelles compétences attribuées en matière de liquidation notamment devraient entraîner une augmentation d'effectif à la Commission des banques. Mais les besoins réels dépendront de la situation momentanée du secteur bancaire, ce qui rend une quantification prévisionnelle difficile à établir. On peut supposer très approximativement que la Commission des banques aura besoin de deux ou trois postes supplémentaires pour être à même d'assumer ses nouvelles tâches.

3.1.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Cette augmentation de personnel au niveau de la Confédération déchargera d'autant les tribunaux cantonaux. Là aussi, il n'est guère possible de quantifier les économies qui pourront être faites en termes de ressources humaines; elles seront le plus marquées dans les cantons comportant une forte densité d'établissements bancaires et donc un nombre de procédures plus important.

3.2 Conséquences dans le secteur informatique

Il n'y a pas de conséquences à attendre du projet dans le domaine informatique.

3.3

Conséquences économiques

Il est nécessaire de compléter la législation actuelle sur la poursuite pour dettes et la faillite par de nouvelles dispositions applicables en cas d'insolvabilité des banques, du fait de l'importance globale que celles-ci revêtent sur le plan économique et aussi en raison de leur vulnérabilité particulière (financement à court terme). Le renouvellement proposé du droit en matière d'assainissement accroît les chances qu'une banque menacée dans son existence puisse survivre durablement sur de nouvelles bases. La protection des déposants prévient simultanément un blocage ou un retrait massif des fonds déposés par les clients de la banque, avec les répercussions qui en résulteraient sur le système de paiement. Cette révision vient ainsi renforcer la stabilité du système bancaire dans les périodes de crise.

Cependant, les règles proposées déploieront déjà leurs effets en temps normal. La perspective d'un assainissement réussi en cas de crise devrait faire diminuer quelque peu les frais de crédit d'une banque. Le fait de privilégier les petits déposants entraîne toutefois un risque légèrement accru pour les gros créanciers. Mais cette conséquence sera bénéfique en termes de discipline du marché, en ce sens que les gros investisseurs sont mieux placés pour s'informer de la qualité d'une banque.

Le présent projet confère une fonction plus importante à la Commission des banques lorsqu'il s'agit de surmonter des crises. Cela se justifie par le fait qu'elle est la seule des instances envisageables à disposer des informations indispensables, en sa qualité d'autorité spécialisée. L'Association suisse des banquiers continuera d'assumer une certaine responsabilité en veillant sur le système d'autorégulation pour la protection des déposants – une responsabilité qui tendra plutôt à augmenter avec la hausse prévue de la limite de couverture. Quant aux éventuels avantages d'une solution étatique, ils devraient être largement compensés par la souplesse inhérente à une formule privée.

Avec ce projet, l'Etat ne se voit pas obligé d'intervenir en cas de crise. La possibilité de procéder à un assainissement sous la direction de la Commission des banques améliore au contraire la perspective de trouver des solutions privées aux problèmes de solvabilité.

4

Programme de la législature

Le présent projet est annoncé dans le programme de la législature 1999–2003 (FF 2000 2168, ch. A2 2.2).

5

Rapports avec le droit européen

L'UE connaît des dispositions législatives applicables à l'insolvabilité transnationale de banques, à la protection des déposants ou investisseurs, à la validité des règlements effectués dans le cadre des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, ainsi qu'à la réalisation de garanties en relation avec des transactions financières. On verra ci-après que le présent projet tient compte de ces dispositions dans la mesure où cela s'avère judicieux pour la situation qui règne en Suisse.

5.1 Directive concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit³²

Cette directive règle la reconnaissance mutuelle des mesures d'assainissement et des procédures de liquidation entre Etats de l'UE. Elle vise à protéger les créanciers, à garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et à favoriser la réussite des mesures d'assainissement. Selon cette directive, une banque insolvable et ses succursales dans d'autres Etats membres est assujettie exclusivement au droit et aux procédures de l'Etat membre d'origine (pays où se trouve le siège de l'établissement). Les mesures de protection, d'assainissement et de liquidation adoptées dans l'Etat membre d'origine produisent leurs effets sans restriction dans tous les pays de l'UE, même dans ceux qui n'en ont pas prévues. L'Etat membre d'origine est simplement tenu d'informer les autorités de surveillance des banques dans les autres Etats membres sur l'objet et les effets de ces mesures. Cette directive régit la reconnaissance et les effets des mesures en question au sein de l'UE exclusivement. Les succursales de banques dont le siège se trouve à l'extérieur de l'Union sont liquidées comme des entreprises indépendantes, les autorités étant censées harmoniser alors leurs procédures. La directive ne contient pas de règles matérielles à l'égard de banques confrontées à des difficultés financières.

Les art. 37f et 37g du projet de loi s'inspirent du régime en vigueur dans l'UE. Mais il va de soi que la compétence accordée à la Commission des banques de reconnaître des mesures prises à l'étranger et d'harmoniser la faillite d'une banque avec des procédures étrangères ne se limite pas aux Etats membres de l'Union.

5.2 Directive relative aux systèmes de garantie des dépôts³³

Cette directive harmonise la protection des déposants au sein de l'UE. Elle oblige toutes les banques à adhérer à un système de garantie des dépôts officiellement reconnu. Les déposants auprès de succursales situées sur le territoire de l'UE doivent jouir du même système de protection que les déposants de l'Etat où se trouve le siège social de l'établissement considéré. La directive fixe le niveau de garantie minimal à 20 000 euros (environ 30 000 francs à fin 2001), de manière à englober le plus grand nombre possible de dépôts pour assurer à la fois la protection des consommateurs et la stabilité du système financier. Les dépôts sont garantis dans les monnaies des pays membres, le montant de couverture minimum s'appliquant en principe au déposant, et non au dépôt. Les Etats membres ont le loisir d'exclure les déposants institutionnels et professionnels du système de garantie des dépôts. Ils peuvent prévoir une franchise de 10 % pour les déposants. Les banques sont tenues d'informer leurs clients en détail sur le montant de l'indemnité et sur l'étendue du système de garantie des dépôts. Le versement aux déposants doit se faire en l'espace de trois mois dès lors que l'établissement est décrété en cessation de paiement ou

³² Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, Journal officiel n° L 125 du 05/05/2001, p. 0015–0023.

³³ Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts, Journal officiel n° L 135 du 31/05/1994, p. 5 ss.

que l'autorité compétente a constaté qu'il n'est plus capable de payer les dépôts échus et remboursables. Ce délai peut être prolongé en cas de situation exceptionnelle. La directive ne dit rien concernant l'organisation et le financement des systèmes de garantie des dépôts, de sorte que les organismes correspondants peuvent avoir un caractère privé ou public. Peuvent être admis des fonds de garantie alimentés par des contributions régulières versées à l'avance, aussi bien que des systèmes où les contributions se paient postérieurement en cas de besoin. La directive prescrit en outre la procédure à suivre lorsqu'une banque ne remplit pas ses obligations à l'égard du système de garantie des dépôts. Pour les banques dont le siège se trouve à l'extérieur de la Communauté, les Etats membres examinent si les succursales situées sur leur territoire disposent d'une couverture équivalente à celle prescrite par la directive. Si ce n'est pas le cas, ces succursales peuvent être tenues d'adhérer au système de garantie des dépôts du pays où elles se trouvent.

Le niveau de protection des déposants prévu dans le présent projet de loi correspond à celui de la directive: les banques doivent adhérer à un système de garantie assurant chaque dépôt à hauteur de 30 000 francs (20 000 euros) au minimum. Comme sous le régime européen, le projet suisse entend imposer le versement de la garantie dans les trois mois qui suivent le moment où l'on a constaté l'insolvabilité d'une banque. Contrairement à la directive, le projet n'exige pas que le système suisse de protection des déposants s'étende aux succursales à l'étranger de banques suisses. Au sein de l'UE aussi bien que dans d'autres pays, les succursales de banques suisses sont soumises aux autorités de surveillance locales (*host country supervision*) et ont, selon les dispositions légales du pays considéré, la possibilité ou l'obligation d'adhérer à un système local de protection des déposants. La protection qui en résulte pour les clients de succursales étrangères de banques suisses est suffisante, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une couverture supplémentaire par le système suisse de garantie des dépôts.

5.3 Directive sur l'indemnisation des investisseurs³⁴

Cette directive a été adoptée le 17 février 1997, sur le modèle de la directive relative aux systèmes de garantie des dépôts. En cas d'insolvabilité de sociétés d'investissement (qui correspondent aux négociants en titres selon le droit suisse), cette directive offre aux petits investisseurs une garantie analogue d'au moins 20 000 euros. Toutes les sociétés d'investissement sont tenues de s'affilier à un système d'indemnisation des investisseurs. Celui-ci assure les fonds ou instruments détenus dans le cadre des opérations sur titres d'un investisseur. Pour les succursales établies dans d'autres Etats membres, cette directive applique également le principe de l'appartenance au système du pays d'origine. Les banques actives dans le négoce des valeurs mobilières sont également considérées comme des sociétés d'investissement; elles ne peuvent adhérer à un système de garantie que dans la mesure où celui-ci satisfait aux exigences de la directive sur l'indemnisation des investisseurs aussi bien qu'à celles de la directive sur la protection des déposants.

³⁴ Directive 97/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs, Journal officiel n° L 084 du 26/03/1997, p. 22 ss.

Selon le projet, les dispositions de la LB sur la protection des déposants s'appliquent également aux négociants en titres (cf. II Modification du droit en vigueur, ch. 2). Les investisseurs auprès de ceux-ci se voient ainsi protégés au sens de la directive. Contrairement à la législation européenne, qui exige la garantie de toutes les créances de l'investisseur à l'égard d'une entreprise d'investissement en demeure, le projet prévoit la protection de l'argent déposé exclusivement; les valeurs déposées peuvent cependant être distraites de la masse en cas d'insolvabilité (art. 37d).

5.4 Directive concernant le caractère définitif du règlement³⁵

Cette directive est destinée à réduire le risque systémique résultant de la participation à des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, et en particulier le risque résultant de l'insolvabilité d'un participant au système. Elle fournit les conditions juridiques nécessaires pour intégrer les systèmes de paiement nationaux dans le système TARGET³⁶ de l'Union économique et monétaire européenne (UEM), appuyant ainsi la mise en place d'une politique monétaire unique sur le territoire de l'euro³⁷.

Selon la directive, les ordres de paiement et de transfert produisent leurs effets en droit et sont opposables aux tiers à condition que ces ordres aient été introduits dans un système avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le moment où un ordre de paiement ou de transfert est introduit dans un système est défini par les règles de fonctionnement de ce système. Cet ordre ne peut être alors révoqué, même s'il a été introduit le jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sans avoir connaissance de celle-ci. La notion de «procédure d'insolvabilité» englobe les mesures d'assainissement ou de liquidation qui ont pour effet de limiter le pouvoir du participant d'effectuer des paiements ou d'autres opérations. Chaque Etat membre doit désigner une autorité nationale à informer lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant au système. Cette autorité doit elle-même en informer les autres Etats membres. Selon la directive, les droits des participants et ceux des banques centrales des Etats membres et de la Banque centrale européenne sur les garanties constituées en leur faveur ne sont pas affectés par une procédure d'insolvabilité à l'encontre de l'organisme qui a constitué les garanties.

³⁵ Directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, Journal officiel n° L 166 du 11/06/1998 p. 45 ss.

³⁶ TARGET est le sigle de Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer System, le système de règlement brut en temps réel (RBTR) pour l'euro. TARGET englobe 15 systèmes nationaux RBTR et le mécanisme de règlement de la banque centrale européenne, formant ainsi une plate-forme commune pour le traitement de paiements transfrontaliers.

³⁷ Directive concernant le caractère définitif du règlement, préambule (3) de la directive, cf. aussi Opinion of the European Monetary Institute relating to a proposal for a European Parliament and Council Directive on settlement finality and collateral security (98/C 156/12).

Le projet reprend dans une large mesure les dispositions de cette directive (art. 27, al. 1 à 3). Il est prévu par ailleurs d'accorder à la Commission des banques la compétence de soumettre les responsables de systèmes de garantie à son autorité, par une modification de l'art. 1^{bis} LB et de l'art. 10^{bis} LBVM en relation avec la révision de la loi sur la Banque nationale.

5.5 Directive concernant les contrats de garantie financière

La directive évoquée ci-dessus concernant le caractère définitif du règlement s'applique exclusivement aux garanties constituées pour la participation à des systèmes de paiement et à des opérations des banques centrales des Etats membres et de la Banque centrale européenne. La directive concernant les contrats de garantie financière qui est entrée en vigueur le 27 juin 2002³⁸ harmonise de surcroît les règles applicables à la constitution et au transfert de garanties pour les opérations sur marché financier. La défaillance du fournisseur d'une garantie peut entraîner la réalisation immédiate de celle-ci. Le preneur de la garantie n'a alors plus à subir un délai qui peut diminuer la valeur de la garantie et le mettre lui-même dans l'impossibilité d'honorer ses obligations. Ainsi, la réalisation de garanties et l'application de la clause de compensation avec déchéance du terme (*netting by close-out*)³⁹ dans le cadre de procédures de liquidation ou des mesures d'assainissement ne peuvent bénéficier du sursis⁴⁰.

Dans l'esprit de cette directive, le présent projet de loi prévoit la réalisation de gré à gré de certaines sûretés (art. 27, al. 3). Pour ce qui est du *netting by close-out*, il en existe déjà un fondement juridique solide depuis la révision de la LP. L'art. 211, al. 2^{bis}, LP exclut le droit d'option de l'administration de la faillite et prévoit en lieu et place une compensation. Cette disposition est applicable si l'on peut se référer à un prix courant ou à un cours boursier, ainsi que dans le cas d'engagements à terme strict, d'opérations financières à terme, de swaps ou d'options. Elle vaut non seulement lors de liquidations mais aussi quand la Commission des banques ordonne des mesures protectrices.

³⁸ Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière

³⁹ Dans la compensation avec déchéance du terme, le délai restant à courir avant l'échéance des obligations financières réciproques des parties est raccourci ou tombe, de sorte que lesdites obligations sont remplacées par l'obligation pour une partie de payer à l'autre partie un montant net représentant la différence entre leurs valeurs actuelles estimées.

⁴⁰ Cf. art. 4 de la directive.

6 Bases juridiques

6.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

Les modifications proposées ici de la loi sur les banques sont basées, comme celle-ci, sur l'art. 98 Cst.

6.2 Délégation de compétences législatives

Il n'est proposé aucune modification des règles de délégation en vigueur.

Table des matières

Condensé	7477
1 Partie générale	7478
1.1 Contexte/Lacunes du régime en vigueur	7478
1.1.1 Droit relatif à l'assainissement et à la liquidation de banques	7478
1.1.1.1 Législation en vigueur	7478
1.1.1.1.1 Loi sur les banques et dispositions exécutoires	7478
1.1.1.1.2 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite	7481
1.1.1.1.3 Droit des obligations	7481
1.1.1.2 Ancienne législation et efforts de révision	7481
1.1.2 Protection des déposants et privilège de faillite	7482
1.1.2.1 Historique	7482
1.1.2.2 Privilège de faillite pour les dépôts d'épargne	7483
1.1.2.3 Convention de l'Association suisse des banquiers, relative à la protection des déposants	7483
1.2 Résultats de la procédure préalable	7484
1.2.1 Commission d'experts	7484
1.2.2 Consultation	7484
1.3 Classement d'interventions parlementaires	7485
2 Partie spéciale	7485
2.1 Grandes lignes du présent projet de loi	7485
2.1.1 Assainissement et liquidation de banques	7485
2.1.1.1 Mesures en cas de risque d'insolvabilité	7486
2.1.1.1.1 Mesures protectrices	7486
2.1.1.1.2 Procédure d'assainissement	7487
2.1.1.1.3 Compétences élargies de la Commission des banques	7487
2.1.1.2 Simplification de la procédure de faillite d'une banque	7488
2.1.1.3 Voies de droit	7488
2.1.1.4 Adaptation des ordonnances	7489
2.1.2 Privilège de faillite et protection des déposants	7489
2.1.3 Autres dispositions (Responsabilité/Emoluments)	7490
2.2 Commentaires des dispositions du projet de loi	7490
2.2.1 Modification de dispositions précédant le chapitre XI	7490
2.2.1.1 Art. 16 Phrase introductive	7490
2.2.1.2 Art. 23, al. 4	7490
2.2.1.3 Art. 23 ^{quater}	7490
2.2.1.4 Art. 23 ^{quinquies} , al. 3 (nouveau)	7492
2.2.1.5 Art. 23 ^{octies} (nouveau)	7492
2.2.1.6 Art. 24, al. 2 (nouveau)	7494
2.2.2 Chapitre XI: Mesures en cas de risque d'insolvabilité	7496

2.2.2.1 Art. 25 Conditions	7496
2.2.2.2 Art. 26 Mesures protectrices	7497
2.2.2.3 Art. 27 Protection systémique	7499
2.2.2.4 Remarques préliminaires concernant la procédure d'assainissement (art. 28 à 32)	7501
2.2.2.5 Art. 28 Délégué à l'assainissement et gestion de la banque pendant la procédure	7502
2.2.2.6 Art. 29 Plan d'assainissement	7502
2.2.2.7 Art. 30 Refus du plan d'assainissement	7503
2.2.2.8 Art. 31 Homologation du plan d'assainissement	7504
2.2.2.9 Art. 32 Possibilité de faire valoir des prétentions	7506
2.2.3 Chapitre XII Liquidation de banques insolvables (faillite bancaire)	7507
2.2.3.1 Art. 33 Ordre de liquidation et nomination des liquidateurs	7507
2.2.3.2 Art. 34 Effets et procédure	7508
2.2.3.3 Art. 35 Assemblée des créanciers et commission de surveillance	7510
2.2.3.4 Art. 36 Traitement des créances; état de collocation	7510
2.2.3.5 Art. 37 Engagements contractés lors de mesures protectrices	7511
2.2.3.6 Art. 37a Petits dépôts	7511
2.2.3.7 Art. 37b Dépôts privilégiés	7512
2.2.3.8 Art. 37c Adaptation à la dévaluation de la monnaie	7514
2.2.3.9 Art. 37d Traitement des valeurs déposées	7514
2.2.3.10 Art. 37e Distribution et fin de la procédure	7514
2.2.3.11 Art. 37f Coordination avec des procédures à l'étranger	7515
2.2.3.12 Art. 37g Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères	7516
2.2.4 Chapitre XIII Garantie des dépôts	7517
2.2.4.1 Art. 37h Principe	7517
2.2.4.2 Art. 37i Cession légale	7522
2.2.5 Dispositions modifiées au delà du chapitre XIII	7522
2.2.5.1 Art. 39	7522
2.2.5.2 Art. 47, ch. 1	7524
2.2.6 Modification du droit en vigueur	7524
2.2.7 Dispositions transitoires	7525
3 Conséquences	7525
3.1 Conséquences pour les finances et le personnel	7525
3.1.1 Conséquences pour la Confédération	7525
3.1.2 Conséquences pour les cantons et les communes	7525
3.2 Conséquences dans le secteur informatique	7525
3.3 Conséquences économiques	7526

4 Programme de la législature	7526
5 Rapports avec le droit européen	7526
5.1 Directive concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit	7527
5.2 Directive relative aux systèmes de garantie des dépôts	7527
5.3 Directive sur l'indemnisation des investisseurs	7528
5.4 Directive concernant le caractère définitif du règlement	7529
5.5 Directive concernant les contrats de garantie financière	7530
6 Bases juridiques	7531
6.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	7531
6.2 Délégation de compétences législatives	7531
 Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (<i>Projet</i>)	 7535

Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	2002
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	51
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	02.084
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	24.12.2002
Date	
Data	
Seite	7476-7534
Page	
Pagina	
Ref. No	10 126 852

Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen.

Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses.

I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.