

## **CH\_VB 7476 2000-0489 vom 20. November 2002**

Bundesverwaltung, 2002-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_7476\\_2000-0489](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_7476_2000-0489)

FR: CH\_VB 7476 2000-0489 du 20 novembre 2002

IT: CH\_VB 7476 2000-0489 del 20 novembre 2002

### **Erwägungen**

#### **E. 20**

décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) et ne peuvent pas faire l'objet d'un recours<sup>21</sup>. 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

#### **E. 21**

Cf. ch. 2.2.1.6.

7503 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

7504 garantie, ceux-ci pourraient tenter d'obtenir la liquidation de la banque afin d'accélérer le remboursement de leurs créances. Les petits déposants (art. 37a) ne disposent par conséquent d'aucune voix, au même titre que les créanciers détenant des créances selon l'art. 37b, 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 Art. 31 Homologation du plan d'assainissement 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

7505 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.

7506 2.2.2.9 Art. 32 Possibilité de faire valoir des prétentions 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.

7507 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 décisions<sup>22</sup>. 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.

## E. 22

Cf. ch. 2.2.1.6.

7508 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 insolvable 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),

7509 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. 2bis, 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. 23quinquies 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 insolvable 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.

7510 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.

7511 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-

7512 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 déposants<sup>23</sup>. 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-

### **E. 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.

7513 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 contestée<sup>24</sup>. S'il existe des indices laissant supposer qu'un établissement exerce une activité soumise à autorisation, la Commission des banques<sup>25</sup> 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.

### **E. 24**

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

## **E. 25**

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

7514 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 renchérisse- ment. 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 solu- tion 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 ban- caire (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.

7515 2.2.3.11 Art. 37f Coordination avec des procédures à l'étranger 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 trou- vent 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 patrimo- niales 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 pro- cédure étrangère. Al. 1 Pour obtenir la meilleure réalisation possible des actifs et garantir l'égalité de trai- tement 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 con- sidérables 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'insol- vabilité, 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.

7516 2.2.3.12 Art. 37g Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères 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 banques<sup>26</sup> 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-

## **E. 26**

Bulletin CFB, fascicule no 40, p. 94 ss.

7517 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 dépôts<sup>27</sup>. 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,

## **E. 27**

Cf. ch. 1.1.2.3.

7518 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 annuelle<sup>28</sup>. 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 1er 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

## **E. 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».

7519 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 prétention 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 bilan<sup>29</sup> (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

## **E. 29**

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

7520 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.

7521 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 publics<sup>30</sup>. 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

### **E. 30**

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

7522 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).

7523 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 d'«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

7524 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 fédéral<sup>31</sup>. 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) 3bis 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

## **E. 31**

ATF 126 II 111

7525 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 mar- quées 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.

7526 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 renou- vellement 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 stabi- lité 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 pré- vue de la limite de couverture. Quant aux éventuels avantages d'une solution éta- tique, ils devraient être largement compensés par la souplesse inhérente à une for- mule 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 règle- ments effectués dans le cadre des systèmes de paiement et de règlement des opéra- tions 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.

7527 5.1 Directive concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit<sup>32</sup> 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 dépôts<sup>33</sup>

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

#### **E. 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.

#### **E. 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.

7528 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 investisseurs<sup>34</sup> 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'ap- partenance 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.

#### **E. 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.

7529 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 règlement<sup>35</sup> 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 TARGET<sup>36</sup> de l'Union économique et monétaire européenne (UEM), appuyant ainsi la mise en place d'une politique monétaire unique sur le territoire de l'euro<sup>37</sup>. 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.

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 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).

7530 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. 1bis LB et de l'art. 10bis 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 2002<sup>38</sup> 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)<sup>39</sup> dans le cadre de procédures de liquidation ou des mesures d'assainissement ne peuvent bénéficier du sursis<sup>40</sup>. 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. 2bis, 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.

### **E. 38**

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

### **E. 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.

### **E. 40**

Cf. art. 4 de la directive.

7531 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.

7532 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. 23quater 7490 2.2.1.4 Art. 23quinquies, al. 3 (nouveau) 7492 2.2.1.5 Art. 23octies (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

7533 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 insolubles (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

7534 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 (Projet) 7535

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.