

11 septembre 2009

**Rapport explicatif
relatif à la loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires
(loi sur la garantie des dépôts bancaires, LGDB)**

Condensé

En proie à une crise qui sévit désormais depuis un certain temps, les marchés financiers internationaux connaissent de profonds bouleversements. Dans le monde entier, des établissements réputés solides ont connu de graves difficultés et n'ont été sauvés que grâce à des aides de l'Etat se chiffrant souvent en milliards. De plus, face au nombre et à l'importance des banques affectées par la crise, les systèmes nationaux de garantie des dépôts des clients n'étaient plus à même de remplir leur fonction. Dans de nombreux cas, l'Etat a dû se résoudre à accorder des garanties illimitées, afin de maintenir la confiance des déposants dans leur banque et éviter des vagues de retraits massifs.

En Suisse, dans son message du 5 novembre 2008 concernant la révision de la loi sur les banques, le Conseil fédéral a soumis au Parlement diverses propositions visant à renforcer la protection des déposants. Déclarées urgentes, ces nouvelles dispositions légales ont été rapidement adoptées par le Parlement pour entrer en vigueur le 20 décembre 2008, avec une durée de validité limitée à fin 2010. Dans son message, le Conseil fédéral soulignait toutefois que cette révision de la loi ne comblait pas toutes les lacunes du système de garantie des dépôts et qu'il restait donc nécessaire de réexaminer en profondeur la protection des déposants et, en particulier, de décider quelles modifications, parmi celles adoptées d'urgence en 2008, devaient être inscrites dans le droit permanent.

Le projet de loi élaboré dans le cadre de ce réexamen fait l'objet du présent rapport explicatif. Il prévoit un système de garantie des dépôts à deux niveaux: le premier consiste en un fonds de garantie des dépôts de droit public, doté d'un capital cible d'environ 9,75 milliards de francs (3 % de tous les dépôts garantis). Le fonds sera alimenté par les banques, qui verseront des contributions annuelles jusqu'à ce que le capital cible soit constitué à hauteur de deux tiers et garantiront le tiers restant par la mise en gage de titres auprès du fonds. Quant au second niveau, prévu au cas où le fonds serait épuisé, il prend la forme d'une avance (variante A) ou d'une garantie (variante B) de la Confédération, indemnisée par une prime annuelle également versée par les banques. Les autres mesures d'amélioration de la garantie des dépôts sont l'obligation, en cas d'application, de verser les montants destinés à rembourser les dépôts garantis au délégué à l'assainissement, au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite dans un délai de vingt jours et la possibilité d'utiliser les moyens du fonds pour maintenir des services bancaires complets ou partiels. De plus, il est prévu d'inscrire le système actuel en vigueur jusqu'à fin 2010 dans le droit permanent. Cela concerne les éléments suivants: privilège de faillite pour tous les dépôts garantis jusqu'à concurrence de 100 000 francs, remboursement immédiat des dépôts garantis à partir des moyens liquides disponibles, privilège distinct des avoirs des piliers 2 et 3a et, enfin, couverture des dépôts privilégiés à hauteur de 125 % de leur valeur par des actifs situés en Suisse. Cette nouvelle réglementation sera mise en œuvre progressivement, en suivant un processus de transition à long terme.

L'ensemble de ces mesures vise à doter la Suisse d'un système de protection des déposants moderne et à la hauteur des nouvelles exigences se faisant jour dans ce domaine.

Table des matières

1 Grandes lignes du projet	5
1.1 Contexte	5
1.1.1 Protection des déposants après la révision de 2004 de la loi sur les banques	5
1.1.2 Révision urgente de décembre 2008 de la loi sur les banques	6
1.1.3 Faiblesses persistantes	8
1.1.3.1 Financement ex post	8
1.1.3.2 Limite supérieure du système / grandes banques	8
1.1.3.3 Primes indépendantes du risque	8
1.2 Nouvelle réglementation	9
1.2.1 Vue d'ensemble	9
1.2.2 Nouveau système de garantie des dépôts	10
1.2.2.1 Forme de la garantie	10
1.2.2.2 Solution de droit public	11
1.2.2.3 Etendue de la garantie	12
1.2.3 Fonds de garantie des dépôts (FGD)	14
1.2.3.1 But et tâches	14
1.2.3.2 Financement	15
1.2.3.2.1 Capital cible	15
1.2.3.2.2 Coûts du FGD	16
1.2.3.2.3 Placement des moyens	17
1.2.3.2.4 Passage du financement ex post au financement ex ante	17
1.2.3.3 Organisation du FGD	18
1.2.4 Second niveau de garantie des dépôts	18
1.2.4.1 Fondement du second niveau	18
1.2.4.2 Variante A: Avance de la Confédération	20
1.2.4.2.1 Raisons justifiant une avance de la Confédération	20
1.2.4.2.2 Indemnisation	21
1.2.4.2.3 Cas d'application	21
1.2.4.2.4 Rapport avec le FGD	21
1.2.4.3 Variante B: Garantie de la Confédération	22
1.2.4.3.1 Fondements d'une garantie	22
1.2.4.3.2 Financement	22
1.2.4.3.3 Cas de garantie	23
1.2.4.3.4 Rapport avec le FGD	23
1.2.5 Maintien de services bancaires	24
1.2.6 Procédure d'assainissement	25
1.2.7 Autres modifications concernant des points secondaires	26
1.2.7.1 Négociants en valeurs mobilières	26
1.2.7.2 Centrales d'émission de lettres de gage	26
1.2.7.3 Sociétés d'investissements selon la LPCC	27
1.2.7.4 Assurances	27
1.2.7.5 Reconnaissance des mesures étrangères	27
1.2.8 Privilège en cas de faillite pour tous les dépôts jusqu'à 100 000 francs	28
1.2.9 Avoirs auprès de fondations bancaires et de libre passage	28

1.2.10	Délais de remboursement	29
1.2.11	Couverture des dépôts privilégiés à hauteur de 125 % par des actifs situés en Suisse	30
1.3	Droit comparé et rapport avec le droit européen	30
1.3.1	Droit comparé	30
1.3.2	Rapport entre la solution suisse et le droit européen	32
1.3.3	Evolution internationale	32
1.4	Classement d'interventions parlementaires	33
2	Commentaires des articles	34
2.1	Fonds de garantie des dépôts	34
2.1.1	Dispositions générales	34
2.1.2	Garantie des dépôts	34
2.1.3	Prestations destinées au maintien de services bancaires	37
2.1.4	Organisation	38
2.1.5	Financement	40
2.1.6	Echange d'informations et voies de droit	46
2.2	Variante A: Avance de la Confédération	47
2.3	Variante B: Garantie de la Confédération	48
2.4	Dispositions finales et transitoires	50
2.5	Modification du droit en vigueur	52
2.5.1	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers	52
2.5.2	Loi du 8 novembre 1934 sur les banques	52
2.5.3	Loi du 24 mars 1995 sur les bourses	59
2.5.4	Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage	60
2.5.5	Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs	60
2.5.6	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances	61
3	Conséquences	66
3.1	Conséquences pour la Confédération	66
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes	66
3.3	Conséquences pour l'économie	66
4	Relation avec le programme de législation	68
5	Aspects juridiques	68
5.1	Constitutionnalité et légalité	68
5.2	Délégation de compétences législatives	68

Rapport explicatif

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Protection des déposants après la révision de 2004 de la loi sur les banques¹

Les dispositions actuelles du droit fédéral sur l'assainissement et la liquidation de banques sont entrées en vigueur en 2004. Elles ont été partiellement modifiées par une révision urgente de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB; RS 952.0), adoptée le 19 décembre 2008, dont la validité est limitée à fin 2010 (cf. ch. 1.1.2 ci-après). Il s'agissait de disposer d'un instrument juridique permettant d'assainir à temps une banque menacée d'insolvabilité et, au besoin, de procéder à une liquidation rationnelle et peu coûteuse afin de limiter au maximum le préjudice causé aux nombreux créanciers.

En ce qui concerne la protection des déposants, la révision de 2004 a apporté un certain nombre d'améliorations par rapport à la situation antérieure. Ainsi, une première amélioration a consisté à désintéresser en premier lieu les petits créanciers dont les dépôts ne dépassent pas 5000 francs. En outre, la collocation privilégiée de 30 000 francs a été étendue à l'ensemble des dépôts bancaires quelle que soit leur catégorie, la séparation des dépôts privilégiés de ceux qui ne le sont pas entraînant en cas de faillite un travail considérable et inutile. Le relèvement nominal du privilège a par contre été refusé, au motif que cela constituerait une surcharge pour les autres créanciers ainsi que pour la garantie des dépôts. Le plafond a ainsi été maintenu à 30 000 francs.

En plus, les dépôts privilégiés auprès des comptoirs suisses devaient nouvellement être protégés par une garantie reposant en grande partie sur un système d'autorégulation des banques. L'autorité de surveillance donne son approbation au système d'autorégulation lorsque celui-ci est conforme aux exigences légales. Ainsi, le système doit garantir que le paiement des dépôts garantis aux ayants droit interviendra dans les trois mois à partir du moment où la banque n'est plus en mesure de les rembourser (art. 37h, al. 3, let. a, LB). La garantie des dépôts ne doit pas compromettre la stabilité du système bancaire tout entier. Après de nombreuses hésitations, le législateur a estimé qu'un montant maximal de quatre milliards de francs pour l'ensemble des contributions dues restait supportable (art. 37h, al. 3, let. b, LB). Quelques grands établissements bancaires avaient, en 2004 déjà, des dépôts privilégiés dont le montant dépassait cette somme, mais le législateur a estimé qu'une garantie des dépôts dépassant cette limite du système ne pouvait pas être imposée au secteur privé et a renoncé à réglementer les conséquences de ce risque systémique. Enfin, pour recevoir l'approbation de l'autorité de surveillance, le système doit garantir que chaque banque dispose en permanence, en plus du montant de sa liquidité légale, de moyens liquides correspondant à la moitié des contributions auxquel-

¹ FF 2002 7476

les elle est tenue (art. 37h, al. 3, let. c, LB). Compte tenu de cette liquidité supplémentaire, le message² précise qu'il est possible de renoncer à prescrire la création d'un fonds dans le cadre de l'autorégulation.

Lorsque les créanciers courent un risque en raison de la situation financière de la banque, depuis la révision de 2004 l'autorité de surveillance peut ordonner des mesures protectrices. Celles-ci peuvent être mises en place soit indépendamment des mesures d'assainissement ou de liquidation, soit en combinaison avec celles-ci. Les mesures protectrices visent à écarter un danger imminent pour les créanciers, à garantir l'égalité de traitement de ces derniers et à protéger la banque de retraits qu'elle n'est pas en mesure d'honorer. Dans le cadre des mesures protectrices, l'autorité de surveillance peut aussi interdire à la banque d'opérer des paiements ou d'accepter des dépôts, et ordonner la fermeture de la banque pour ce qui est des relations avec les clients, ce qui contribue à éviter que les guichets de la banque soient pris d'assaut.

Lors de la procédure de consultation, un accueil très favorable avait été réservé aux propositions de révision. La seule opposition concernait la garantie prévue pour les dépôts protégés dont la somme dépasse le montant que le système de garantie pourrait supporter sans risque. Le projet initial prévoyait que les instituts concernés – soit quelques grandes banques – garantissent séparément ces dépôts par un contrat d'assurance ou un recours à des solutions sur le marché des capitaux. Au vu de cette opposition, la réglementation définitive renonçait à ce traitement différencié de la garantie pour les dépôts auprès des grands établissements bancaires.

De plus, au cours de l'élaboration par les banques d'une nouvelle convention relative à la garantie des dépôts, il est apparu qu'une partie des questions soulevées par cette garantie ne concernaient pas uniquement les banques et les négociants en valeurs mobilières, mais qu'il fallait aussi tenir compte, en particulier, des mandataires désignés par l'autorité de surveillance et placés sous son contrôle ainsi que des créanciers jouissant d'une garantie. Or, l'autorégulation seule ne permettait pas de résoudre certaines questions liées à ces interfaces opportunément, ni avec la force obligatoire nécessaire pour toutes les parties, et c'est pourquoi on a dû régler ces questions par voie d'ordonnance. Ainsi, l'ordonnance sur les banques charge le mandataire nommé par l'autorité de surveillance notamment de dresser un plan de remboursement, puis de procéder au remboursement des dépôts garantis. Les tâches soumises à autorégulation se limitent donc, pour l'essentiel, à assurer la mise à disposition en temps utile des fonds nécessaires.

1.1.2 Révision urgente de décembre 2008 de la loi sur les banques³

La protection des déposants inscrite dans la LB sert des objectifs à la fois économique et sociaux. Elle vise, d'une part, à protéger le système financier et prévenir toute crise de confiance pouvant déboucher sur des retraits massifs (*bank run*) et, d'autre part, à permettre aux clients des banques de disposer rapidement de leur argent pour couvrir leurs besoins quotidiens et, du même coup, éviter, ou du moins atténuer, les effets d'une crise financière sur la vie économique. Or, la crise survenue en 2008 a montré que le système suisse de garantie des dépôts ne remplissait que partiellement ces exigences.

² FF 2002 7521

³ FF 2008 7951

Le 15 octobre 2008, le Conseil fédéral, la Banque nationale suisse (BNS) et la Commission fédérale des banques (CFB) ont arrêté un train de mesures destinées à stabiliser le système financier suisse et à renforcer durablement la confiance envers le marché financier suisse. Au nombre de ces mesures figurait l'amélioration de la protection des déposants: il était décidé, à titre de mesure immédiate, de soumettre aux Chambres fédérales, durant la session d'hiver, un message prévoyant notamment un relèvement adéquat tant du montant garanti par dépôt que de la limite supérieure du système, les décisions prises par les Etats membres de l'Union européenne (UE) devant servir de valeurs indicatives.

S'élevant à 30 000 francs, le montant garanti avant la crise était somme toute assez modeste et après que de nombreux pays eurent relevé leur propre limite, parfois jusqu'à garantir l'intégralité de chaque dépôt, on a jugé la garantie maximale appliquée en Suisse comme tout à fait insuffisante. La première mesure a donc consisté à porter cette limite de garantie à 100 000 francs par dépôt, une somme nettement supérieure au minimum prescrit dans l'UE. Une augmentation plus importante a aussi été examinée, pour être finalement rejetée, car le système de garantie des dépôts repose sur le privilège de faillite. Les dépôts privilégiés sont toujours remboursés avant toutes les autres créances, sur la base des actifs disponibles dans la masse en faillite. Au bout du compte, ce sont donc les déposants non privilégiés et les autres créanciers qui font les frais de nouveaux privilèges. Ainsi, une extension du privilège de faillite accroît le risque supporté par les déposants non privilégiés, ce qui a des conséquences négatives sur le refinancement des banques.

La deuxième mesure a consisté à obliger les banques à disposer en permanence de créances couvertes en Suisse ou d'autres actifs situés en Suisse en proportion des dépôts privilégiés de leur clientèle. Les déposants ont ainsi la certitude que leurs dépôts privilégiés sont en sécurité auprès de n'importe quelle banque suisse. Soulignons que la plupart des banques satisfaisaient déjà à cette exigence minimale, l'autorité de surveillance pouvant autoriser des exceptions dans des cas justifiés.

Troisièmement, un remboursement immédiat plus substantiel des dépôts garantis est désormais possible à partir des moyens de la banque en difficulté. L'autorité de surveillance fixe le montant du paiement immédiat dans chaque cas particulier. A la différence de ce que prévoyait la réglementation adoptée en 2004, les déposants ont tous droit à ce paiement immédiat, quel que soit le montant de leur dépôt.

Quatrièmement, la limite supérieure du système a été portée de 4 à 6 milliards de francs. On a renoncé à la relever davantage, car il s'agit en principe de couvrir non pas l'intégralité des dépôts garantis, mais seulement la différence entre le montant total immédiatement remboursable sur les actifs liquides de la banque et le montant maximal des dépôts garantis. De plus, la nouvelle limite supérieure du système ne devait pas menacer la stabilité du système bancaire de manière irresponsable. De ce point de vue, on a considéré une hausse à 6 milliards de francs comme raisonnable.

Enfin, pour répondre à une demande maintes fois exprimée, les avoirs déposés auprès de fondations de prévoyance des deuxième et troisième piliers ont été soumis au privilège de faillite en sus et indépendamment des autres dépôts.

Pour atteindre leur but, ces mesures devaient prendre effet sans délai, si bien que la modification législative nécessaire a été déclarée urgente. Rapidement soumis aux Chambres fédérales, le texte de loi a été adopté sans modifications, pour entrer en vigueur le 20 décembre 2008. Sa validité est toutefois limitée au 31 décembre 2010,

car on a laissé entrevoir au Parlement et au public que, d'ici là, une protection des déposants fondamentalement améliorée serait inscrite dans le droit ordinaire.

1.1.3 Faiblesses persistantes

Le système de garantie des dépôts adopté en 2004 n'offre que des possibilités limitées d'extension immédiate, du fait que son financement intervient a posteriori, autrement dit qu'il n'est mis en place qu'en cas d'insolvabilité d'un établissement. Il n'est pas non plus à même de garantir intégralement les dépôts ouverts auprès des banques les plus grandes. A la faveur de la révision urgente de 2008, on a certes corrigé certaines de ses faiblesses, mais seulement dans la mesure où sa conception le permettait. Pour ce qui est des défauts inhérents à cette conception même, le temps à disposition était trop court pour que l'on puisse y remédier.

1.1.3.1 Financement ex post

Comme indiqué ci-dessus, le financement ex post n'est pas satisfaisant. Par rapport au financement ex ante, il présente certes l'avantage de ne pas lier les moyens des banques. De plus, on peut toujours réduire le retard dans le remboursement des dépôts garantis résultant de la collecte des fonds après coup par des mesures ciblées. Toutefois, un système entièrement financé par un régime de contributions a posteriori convient uniquement lorsqu'une petite ou moyenne banque connaît des difficultés pour des raisons qui lui sont propres et non lors de crises systémiques. Dans ce cas, l'obligation faite aux banques de verser des contributions a posteriori prive le marché de liquidités, ce qui ne fait qu'aggraver la situation, du moment que les crises se caractérisent déjà souvent par un manque général de liquidités. De plus, à cet effet procyclique s'ajoute le risque que l'obligation de verser des contributions déclenche une réaction en chaîne et précipite d'autres banques dans l'insolvabilité.

1.1.3.2 Limite supérieure du système / grandes banques

Même rehaussée à 6 milliards de francs, la limite supérieure du système reste problématique. Avec cette limite, le système ne permet a priori de surmonter ni une crise systémique, autrement dit l'effondrement simultané de plusieurs banques de moyenne importance, ni la défaillance de l'une des grandes banques du pays. Les chiffres le montrent clairement: fin 2008, les dépôts privilégiés du système bancaire suisse se chiffraient à environ 368 milliards de francs, dont quelque 325 milliards de dépôts garantis (dépôts privilégiés sous déduction des dépôts dans les comptoirs à l'étranger et dans les piliers 2 et 3a; cf. art. 37b, al. 4, LB). Huit établissements ou groupes bancaires affichaient des dépôts privilégiés d'un montant supérieur à 6 milliards de francs chacun, les deux plus grandes banques du pays atteignant quant à elles un total dépassant 60 milliards. Trois des établissements présentant des dépôts de plus de 6 milliards de francs étaient des banques cantonales, dont une seule intégralement garantie par son canton.

1.1.3.3 Primes indépendantes du risque

Dans le système actuel d'autorégulation, si un cas d'assurance survient, chaque banque verse une contribution calculée en fonction de sa part à la somme des dépôts privilégiés. Il est juste en effet que plus cette part est élevée, plus la banque doive

payer, puisqu'en cas de sinistre, elle bénéficiera davantage de la garantie des dépôts. Ce critère n'est toutefois pas le seul à prendre en considération, car le recours aux prestations de garantie par une banque est fonction non seulement du montant possible du sinistre, mais encore de la probabilité qu'il survienne. Or, cette probabilité diffère d'une banque à l'autre – on peut parler de risque propre à la banque – et dépend notamment des activités et de la capitalisation de l'établissement. Ainsi, le fait que le système de contribution actuel ne tienne pas compte du risque propre à la banque non seulement est injuste, mais encore incite les banques et leurs clients à prendre davantage de risques, puisque les dépôts sont de toute façon garantis sans qu'il ne leur en coûte plus cher. Les déposants peuvent donc rechercher les rendements les plus élevés sans risque et sans se soucier du risque propre à la banque.

1.2 Nouvelle réglementation

1.2.1 Vue d'ensemble

La réglementation proposée repose sur un système de garantie à deux niveaux:

- le premier niveau consiste en un fonds de garantie des dépôts (FGD) de droit public financé par toutes les banques et destiné à garantir les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37a LB à hauteur de 3 % de la somme de ces dépôts (environ 9,75 milliards de francs, état en 2009). Les banques alimentent ce fonds jusqu'à concurrence de 2 % de la somme des dépôts garantis (environ 6,5 milliards de francs) par des contributions annuelles et assurent la couverture du solde de 1 % par la mise en gage de titres auprès du FGD;
- le second niveau comporte une avance (variante A) ou une garantie (variante B) de la Confédération, indemnisée par des primes versées par les banques. Cette avance ou garantie est destinée à assurer le remboursement des dépôts garantis au cas où le FGD serait épuisé.

Il est également prévu d'inscrire les nouveautés adoptées en 2008 et valables jusqu'à fin 2010 dans le droit permanent:

- privilège de faillite pour tous les dépôts jusqu'à 100 000 francs (art. 37a, al. 1, LB);
- remboursement immédiat des dépôts privilégiés, hors de la collocation, à partir des actifs liquides disponibles (art. 37b, al. 1, LB);
- garantie par les banques, auprès de leurs comptoirs suisses, de tous les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37a, al. 1, LB et non couverts par les actifs liquides disponibles (art. 2, let. a);
- privilège distinct pour les avoirs auprès de fondations de libre passage du deuxième pilier et de fondations bancaires du pilier 3a considérés comme des dépôts de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés (art. 37a, al. 5, LB);
- couverture des dépôts privilégiés à hauteur de 125 % par des actifs situés en Suisse (art. 37a, al. 6, LB).

Enfin, la nouvelle réglementation sera complétée par les éléments suivants:

- dispositions réglant le passage de l'actuel financement ex post de la garantie des dépôts au nouveau financement ex ante;

- obligation du FGD de verser les montants destinés à rembourser les déposants au délégué à l'assainissement, au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite dans un délai de vingt jours;
- possibilité d'utiliser les moyens du FGD pour assurer le maintien de services bancaires complets ou partiels;
- autres changements mineurs concernant des points accessoires.

La suite du présent rapport explicatif est consacrée d'abord à la description des nouveautés (ch. 1.2.2 à 1.2.7), puis à celle des règles reprises du droit actuel (ch. 1.2.8 à 1.2.11).

1.2.2 Nouveau système de garantie des dépôts

1.2.2.1 Forme de la garantie

La crise financière de 2008 a montré que la garantie des dépôts ne doit pas avoir pour seul but de protéger les créanciers. Elle doit aussi être conçue de façon à apporter une contribution décisive au renforcement de la stabilité du système financier, d'autant que cette stabilité profite en fin de compte à chaque déposant.

Or, du point de vue de la stabilité du système, le principal inconvénient de l'actuelle garantie des dépôts est son financement *ex post*. Même s'il présente l'avantage de ne pas lier de moyens à long terme, ce mode de financement ne convient guère en cas de crise du système. En effet, l'obligation faite aux banques de contribuer à la garantie après coup prive le marché de liquidités à un moment où celles-ci, comme souvent en situation de crise, font déjà largement défaut. Elle a donc un effet procyclique, auquel s'ajoute le fait qu'elle peut déclencher une réaction en chaîne et mettre d'autres banques en difficulté.

C'est pourquoi proposition est faite de passer progressivement, en suivant un processus de transition à long terme, à un financement *ex ante* de la garantie des dépôts selon un modèle à deux niveaux, le premier consistant en un fonds de garantie des dépôts (FGD). Placé sous le signe de la solidarité entre banques, le FGD sera financé par toutes les banques soumises au système de garantie des dépôts et doté d'environ 9,75 milliards de francs. Il sera constitué en fonds de droit public indépendant et géré par un conseil d'administration désigné par le Conseil fédéral. Ses frais d'administration seront prélevés sur ses rendements et, si ceux-ci ne suffisent pas, sur le capital disponible. Si celui-ci ne suffit pas non plus, il incombera aux banques d'assumer ces frais.

Le second niveau de financement de la garantie des dépôts prend la forme d'une avance de la Confédération inscrite dans la loi (variante A) ou d'une garantie de la Confédération, également inscrite dans la loi (variante B), à laquelle on ne recourra que si le fonds est épuisé. En effet, la crise financière actuelle a montré qu'il existe déjà *de facto* une garantie implicite de l'Etat vis-à-vis des banques présentant une importance systémique. En fixant expressément dans la loi ce rôle de la Confédération relatif aux dépôts garantis, on contribuera à créer un climat de confiance, tout en s'assurant que la Confédération sera indemnisée en conséquence du recours à une avance ou une garantie de sa part. De plus, tant l'avance que la garantie de la Confédération seront destinées à financer uniquement des prestations en faveur des déposants et non le maintien de services bancaires.

Le système de garantie des dépôts proposé prévoit de confier différentes tâches au FGD, à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et à la Confédération. Le FGD gèrera sa fortune, encaissera les contributions des banques (d'après les données de la FINMA) et décidera – sur proposition de la FINMA – de l'utilisation des fonds dans les limites prescrites par la loi et lorsqu'ils devront servir à maintenir des services bancaires. Le cas échéant, le Conseil fédéral pourra, sur proposition du FGD, autoriser l'utilisation des fonds à des fins allant au-delà des limites fixées dans la loi. La FINMA, de son côté, décidera de l'utilisation des fonds lorsqu'il s'agira de fournir des prestations de garantie des dépôts. Enfin, la Confédération percevra auprès du FGD (d'après les données de la FINMA) une prime destinée à financer la garantie accordée aux banques, à charge ensuite du FGD de répartir cette prime sur les banques. Il appartiendra en outre à la Confédération de décider du recours à une avance ou à sa garantie, sur proposition du FGD.

1.2.2.2 Solution de droit public

La protection des déposants repose actuellement sur un système d'autorégulation des banques prescrit par la loi, auquel toutes les banques détenant des dépôts garantis sont tenues d'adhérer⁴. Le système d'autorégulation est soumis à l'approbation de la FINMA. L'organisme en charge de l'autorégulation est une association privée selon les art. 60 ss du code civil suisse, fondée par les banques et les négociants en valeurs mobilières. En cas d'application de la garantie des dépôts, il incombe à cette association de calculer et de percevoir les contributions des banques.

Le système d'autorégulation en vigueur et le fait que sa mise en œuvre soit confiée à une association privée ne signifient pas que la garantie des dépôts ne présente pas un intérêt public prépondérant. Il suffit pour s'en persuader de considérer les prescriptions légales régissant l'approbation du système d'autorégulation. Le transfert de tâches publiques à des organismes privés est loin d'être inhabituel en Suisse. Il ne fait que refléter une conception libérale de l'Etat, au nom de laquelle on s'efforce d'aménager l'exécution des tâches de façon aussi flexible et dépolitisée que possible, sans pour autant remettre en question la responsabilité de l'Etat.

Avec la crise des marchés financiers, la protection des déposants a considérablement gagné en importance et présente aujourd'hui un intérêt public encore plus grand qu'auparavant. Alors que l'actuel système d'autorégulation est essentiellement conçu pour faire face à la faillite isolée de l'une ou l'autre petite ou moyenne banque, la crise financière qui sévit actuellement dans le monde entier a mis en évidence qu'il peut être nécessaire de sauvegarder la stabilité même du système et que la faillite d'une très grande banque fait aussi partie des cas d'application possibles. A cet égard, une protection fiable des déposants peut renforcer la confiance dans le système financier, réduisant ainsi la probabilité que n'éclate une crise systémique. La crise actuelle a en outre clairement montré que, dans certaines circonstances, seul l'Etat est à même de préserver ou de restaurer la confiance nécessaire au bon fonctionnement des marchés financiers. Ce capital de confiance dont jouit l'Etat doit aussi être mis à profit dans l'organisation de la protection des déposants, qu'il s'agit en outre d'axer davantage sur la protection du système financier en tant que tel.

Le système proposé de protection des déposants se distingue du système actuel par sa portée nettement plus grande et ses objectifs bien plus complets et par le fait qu'il

⁴ Art. 37h, al. 1bis, 2^e phrase, LB

implique un renforcement du rôle de l'Etat. Il prévoit en effet une avance (variante A) ou une garantie (variante B) de la Confédération pour tous les dépôts garantis ne pouvant pas être remboursés par le FGD. De plus, avec le financement ex ante, l'Etat est appelé à assumer une nouvelle tâche d'intérêt public, à savoir l'administration du fonds de garantie, et le fait que les banques devront verser leur contribution non plus après coup, mais à l'avance, se traduira aussi par une intervention accrue de l'Etat. Enfin, le nouveau système prévoit que les avoirs du FGD pourront aussi être utilisés pour assurer le maintien de services bancaires.

Ce renforcement du rôle et de l'engagement de la Confédération dans le système de protection des déposants et l'intérêt public accru que présente la protection du système financier en tant que tel nécessitent que l'influence de la Confédération soit renforcée également en ce qui concerne la mise en œuvre opérationnelle de la protection des déposants. A cet égard, vu les nouvelles conditions cadres prévues, force est de constater que l'actuelle organisation privée de la protection des déposants reposant sur un système d'autorégulation – découlant d'une conception libérale de l'Etat – ne pourrait plus donner entière satisfaction. C'est pourquoi il est indispensable de doter la protection des déposants d'un statut de droit public.

1.2.2.3 Etendue de la garantie

Le système actuel de garantie des dépôts repose sur le privilège de faillite. Les dépôts jouissant de ce privilège sont colloqués en deuxième classe et sont par conséquent remboursés, à partir des actifs disponibles dans la masse en faillite, avant tous les autres dépôts et dettes de la banque, à l'exception des créances également privilégiées selon l'art. 219 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), en particulier les créances que les travailleurs peuvent faire valoir en vertu de leur contrat de travail. De plus, l'effet de ce privilège de faillite est sensiblement renforcé par l'obligation des banques en vigueur depuis le 20 décembre 2008 de disposer en permanence d'actifs situés en Suisse à hauteur de 125 % de leurs dépôts privilégiés (cf. art. 37b, al. 5, LB actuelle). Ces deux éléments, à savoir le privilège de faillite et la couverture par des actifs situés en Suisse, seront maintenus à l'avenir.

Le remboursement des dépôts privilégiés aura lieu d'abord à partir des moyens liquides dont dispose la banque concernée. La disponibilité de liquidités suffisantes non seulement pour rembourser les dépôts garantis, mais encore pour couvrir les besoins de la banque, fait l'objet de la réglementation des liquidités. Celle-ci est en cours de révision pour ce qui concerne les grandes banques et sera donc sensiblement améliorée par rapport au système actuellement en vigueur.

Si les moyens liquides dont dispose la banque sont insuffisants pour rembourser l'intégralité des dépôts privilégiés, le FGD complètera le remboursement. Il sera tenu de mettre les moyens destinés au remboursement des dépôts garantis à la disposition du liquidateur de la faillite, du délégué à l'assainissement ou du chargé d'enquête nommé par la FINMA dans les vingt jours. Il incombera ensuite à ce dernier de payer les ayants droit. Les déposants n'auront aucun droit direct vis-à-vis du FGD.

Compte tenu de la couverture complète des dépôts privilégiés (et des autres créances privilégiées) à laquelle on peut s'attendre dans les procédures de faillite, il apparaît que le remboursement rapide des dépôts garantis assuré par le système actuel revêt déjà, de fait, le caractère d'une avance. A cet égard, rien ne changera.

Il faut souligner par ailleurs qu'à l'avenir également, la garantie des dépôts ne s'étendra pas à tous les dépôts *privilegiés*, autrement dit que ceux-ci ne seront pas tous considérés comme *garantis*. En effet, en cas de faillite, seront privilégiés, mais non garantis, d'une part, les dépôts effectués auprès de comptoirs étrangers de banques suisses (art. 2, let. a). Ces dépôts sont garantis selon le système de garantie en vigueur dans le pays où se trouve le comptoir concerné. D'autre part, seront également privilégiés, mais non garantis dans le cadre du système de garantie des dépôts, les avoirs déposés auprès de fondations bancaires et de fondations de libre passage (art. 37a, al. 5, LB; pour les motifs, cf. ch. 1.2.9 ci-après).

L'obligation de prestations du FGD se limitera aux moyens dont il dispose effectivement. Ceux-ci se composent, d'une part, des réserves et, d'autre part, des contributions destinées à alimenter le fonds ainsi que des valeurs patrimoniales mises en gage, pour autant qu'elles ne soient pas déjà liées à un cas d'application particulier. Pendant la phase d'alimentation, le FGD pourra percevoir auprès des banques des moyens à hauteur d'environ 3,25 milliards de francs que celles-ci seront tenues de couvrir (comme aujourd'hui) par des liquidités complémentaires. Si ces moyens ne suffisent pas, le FGD pourra demander aux banques un nouveau paiement d'environ 3,25 milliards de francs. Les droits des déposants passeront au FGD à hauteur des remboursements effectués. Cela signifie qu'au terme de la procédure de liquidation de la banque en faillite, le FGD récupérera, dans la plupart des cas, l'intégralité des montants déboursés ou, exceptionnellement, au moins une grande partie de ces montants.

Les moyens du FGD seront destinés, comme nous l'avons vu, au remboursement des dépôts garantis, mais pourront aussi être utilisés, jusqu'à concurrence d'un montant donné, pour assurer le maintien de services bancaires, le Conseil fédéral étant habilité à augmenter ce montant selon le cas. Il appartiendra au FGD de décider de l'utilisation de ses moyens, compte tenu des conditions prévues par la loi.

Si un cas d'application devait requérir davantage de moyens que ceux dont dispose le FGD, on pourra recourir à une avance (variante A) ou une garantie (variante B) de la Confédération. Dans ce cas également, les droits des déposants seront transférés à hauteur des remboursements effectués soit au FGD si l'on a recouru à une avance, le fonds étant alors lui-même débiteur de ces montants envers la Confédération, soit directement à la Confédération si c'est la garantie qui est choisie. Dans les deux variantes, la Confédération récupérera en règle générale l'intégralité des montants en jeu à la fin de la procédure de liquidation de la banque en faillite. Le recours à une avance ou à la garantie de la Confédération ne sera possible qu'en vue du remboursement de dépôts garantis – et non pour assurer le maintien de services bancaires – et pour autant que les moyens du FGD soient épuisés. Ce dernier soumettra la demande correspondante au Conseil fédéral, qui, si les conditions sont remplies, demandera le crédit nécessaire conformément à la loi sur les finances de la Confédération.

Il convient enfin d'évoquer brièvement la situation de PostFinance. En tant qu'unité de La Poste Suisse (la Poste) – elle-même établissement de droit public –, PostFinance accepte des dépôts du public, mais, bien qu'elle exerce ainsi une activité bancaire en principe soumise à autorisation, elle n'est pas assujettie à la législation applicable en la matière en vertu de l'exception prévue à l'art. 3, al. 1, de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (OB; RS 952.02). De plus, étant donné que les engagements de la Poste bénéficient de fait d'une garantie implicite de l'Etat (voir à ce sujet les explications du Conseil fédéral

dans son message relatif à la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la poste, FF 2009 4731, p. 4753), la question de la soumission des avoirs détenus par PostFinance au système de garantie des dépôts n'a jusqu'ici jamais été à l'ordre du jour. Or, il est prévu, selon les travaux de révision en cours de l'actuelle loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la poste (loi sur l'organisation de la Poste, LOP; RS 783.1) de transformer PostFinance, en tant que filiale de la Poste, en société anonyme de droit privé et de soumettre ses activités à la surveillance ordinaire des marchés financiers (FF loc. cit.). Ces changements s'accompagneront de l'abolition de la garantie de l'Etat dont bénéficie PostFinance, dans la mesure où la Confédération ne se portera garante des dépôts de la clientèle – jusqu'à concurrence de 100 000 francs par créancier – plus que durant cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (cf. art. 15, al. 3, let. a, P-LOP; FF 2009 4773). Dotée du statut de banque, PostFinance serait soumise au présent système de garantie des dépôts.

1.2.3 Fonds de garantie des dépôts (FGD)

1.2.3.1 But et tâches

Le FGD représente le premier niveau de la garantie des dépôts. Il a pour but:

- de promouvoir la confiance des déposants dans la stabilité des établissements et du système financiers;
- de protéger ces personnes contre la perte de leurs dépôts et, partant, de mettre les établissements garantis à l'abri de retraits massifs;
- de protéger les dépôts contre la mainmise d'autres créanciers de la banque.

Pour remplir ces fonctions, le FGD devra veiller à disposer du capital nécessaire par un financement suffisant et à gérer ce capital selon une approche à bas risques. De plus, il devra mettre à disposition des liquidités suffisantes pour assurer une couverture crédible des dépôts en cas de sinistre.

Il est prévu de constituer le FGD en fonds de droit public indépendant doté de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre. Le FGD disposera d'un capital cible, qui devra être constitué notamment à partir de contributions de solidarité obligatoires des banques. Ce capital sera donc alimenté jusqu'à concurrence de ses deux tiers par les contributions annuelles des banques, calculées pour chacune en fonction du montant total des dépôts garantis qu'elle détient et du risque qui lui est propre de survenance d'un cas de garantie. Le dernier tiers du capital cible ne sera pas alimenté par les contributions des banques, mais couvert par des valeurs patrimoniales qu'elles devront mettre en gage auprès du FGD dès l'entrée en vigueur de la loi (couverture). Jusqu'à ce que le capital cible soit entièrement constitué, le FGD disposera pour fournir ses prestations, outre de la couverture, d'une disponibilité de paiement des banques garantie (comme jusqu'ici) par des liquidités complémentaires et d'une obligation de paiement supplémentaire non garantie, s'élevant chacune à 1 % de la somme des dépôts garantis de toutes les banques, soit à environ 6,5 milliards de francs au total.

Le système est conçu de manière que le FGD ne puisse jamais faire lui-même faillite, car s'il devait être à court de moyens, son obligation de paiement prendrait fin. Si, à la suite de l'insolvabilité d'une banque, le FGD subit une perte définitive, celle-ci sera inscrite au débit des réserves, puis, si ces dernières sont insuffisantes, au débit

du capital disponible et, enfin, au débit de la couverture. De plus, si, après une perte définitive, les moyens accumulés chutent à moins de deux tiers du capital cible, les banques seront tenues de verser de nouveau des contributions annuelles jusqu'à ce que la situation soit rétablie. De même, si la perte définitive entraîne également une réduction de la couverture, les banques devront la reconstituer. Les prestations versées par les banques pour renflouer le FGD seront destinées à d'éventuels futurs cas d'application. Ce n'est que si l'on a eu recours à une avance de la Confédération que les contributions des banques pourront servir à rembourser la dette du FGD envers la Confédération qui en est résultée.

1.2.3.2 Financement

1.2.3.2.1 Capital cible

Le projet de loi prévoit que le capital cible du FGD s'élève à 3 % de la somme des dépôts garantis de toutes les banques. Il sera calculé annuellement, à la date de clôture de l'exercice. Cette somme étant d'environ 325 milliards de francs (état en 2009), le capital cible destiné à garantir les dépôts se chiffrera à quelque 9,75 milliards. Ce montant dépasse d'environ 50 % celui actuellement mis à disposition par l'association privée en charge du système d'autorégulation. Toutefois, même en portant les fonds disponibles à cette hauteur, il restera encore cinq banques détenant chacune des dépôts garantis excédant ce montant (groupe Raiffeisen, UBS SA, Credit Suisse, Banque cantonale zurichoise et Banque Migros). Il sera néanmoins plus facile qu'aujourd'hui de couvrir l'insolvabilité simultanée de plusieurs banques de moyenne importance.

En comparaison internationale, la couverture par un fonds de 3 % des dépôts garantis est relativement élevée. Aux Etats-Unis, la couverture – assurée par la Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) – est actuellement de 1 % (cible: 1,25 %), en France de 1,23 % et en Norvège de 1,5 %. Toutefois, eu égard au fait qu'en termes d'économie nationale, le secteur bancaire revêt une plus grande importance en Suisse que dans ces pays, la couverture proposée se justifie.

Selon le projet, chaque banque sera tenue d'alimenter le FGD par des contributions annuelles jusqu'à ce que les deux tiers du capital cible soient accumulés. Les contributions resteront acquises au fonds et ne seront donc pas remboursables, même si la banque décide d'abandonner les opérations de dépôt. Les contributions de chaque banque seront calculées d'après le montant des dépôts garantis qu'elle détient et le risque qui lui est propre de survenance d'un cas de garantie. Le risque propre à la banque sera déterminé par la FINMA, qui tiendra compte à cet effet notamment des éléments suivants: la dotation en fonds propres de la banque, son ratio de levier financier, la croissance des dépôts garantis ainsi que les dérogations éventuelles en relation avec la couverture des dépôts privilégiés par des actifs situés en Suisse. Il sera également tenu compte de la garantie des engagements de la banque par des tiers, en particulier d'une éventuelle garantie étatique totale ou partielle accordée par un canton. Quant au dernier tiers du capital cible, les banques devront le couvrir en mettant en gage auprès du FGD des valeurs patrimoniales admises en pension par la BNS, autrement dit des valeurs offrant une grande liquidité même en temps de crise.

La détermination, pour chaque banque, des valeurs patrimoniales qu'elle devra mettre en gage auprès du FGD ainsi que – dans la phase initiale – des liquidités complémentaires qu'elle devra détenir et de l'obligation de paiement supplémentaire

qui lui incombera aura lieu par analogie avec celle des contributions annuelles. L'obligation des banques d'effectuer des paiements en faveur du FGD et de détenir des liquidités complémentaires s'éteindra progressivement au fur et à mesure de l'alimentation du fonds. Les nouvelles banques seront soumises aux mêmes obligations que les banques contribuant déjà au système. Elles devront donc aussi participer à la constitution du capital cible, mettre en gage des titres auprès du FGD, détenir des liquidités complémentaires et, le cas échéant, effectuer des paiements supplémentaires.

Si, à la suite d'une perte définitive subie en raison de l'insolvabilité d'une banque, le capital disponible du FGD descend au dessous de la barre des 3 % de la somme des dépôts garantis de toutes les banques, il y aura lieu de le réalimenter. Toutefois, demander aux banques de le faire en une seule fois risquerait, selon les circonstances, de produire l'effet procyclique critiqué dans le système actuel. C'est pourquoi il est prévu, le cas échéant, de rétablir l'obligation des banques de verser des contributions annuelles d'alimentation du capital cible. En revanche, si l'on a aussi dû puiser dans la couverture, celle-ci devra être reconstituée immédiatement.

Les contributions annuelles des banques s'élèveront au total à 4 % du montant qu'il leur incombera de verser pour constituer le capital cible à hauteur de ses deux tiers, ce qui représente des contributions annuelles totales de 260 millions de francs. A ce rythme, compte tenu des contributions annuelles et des rendements résultant de leur placement et à la condition qu'aucun cas d'application ne survienne entre-temps, il faudra 22 ans pour constituer la part de deux tiers du capital cible.

Dès que les moyens accumulés atteindront ces deux tiers du capital cible, l'obligation de contribution des banques prendra fin et les rendements des placements, ainsi que les autres recettes provenant en particulier d'opérations d'assainissement ou de remboursements sous forme de dividende, seront affectés aux réserves. Les banques n'auront aucun droit sur les réserves, même si le Conseil fédéral pourra, sur proposition du FGD et si la situation le permet, autoriser des remboursements prélevés sur ces dernières. En contrepartie, si un sinistre survient, on aura recours d'abord aux réserves.

1.2.3.2 Coûts du FGD

Les contributions annuelles prévues se traduiront pour les banques par des coûts annuels, pendant les vingt-deux premières années, équivalant à environ 8 points de base (1 point de base = 0,1 %) de leur part de dépôts garantis. Elles représentent le principal facteur de coûts du nouveau système. Il faut y ajouter des coûts annuels de 1,5 point de base pour la mise en gage des valeurs patrimoniales et de 1 point de base pour la détention des liquidités complémentaires, tant qu'elles seront nécessaires. On en arrive ainsi à des coûts annuels moyens de 11 points de base. Il en résultera pour chaque banque, selon la pondération du risque qui lui est propre, une charge se situant vraisemblablement entre 8 et 30 points de base. Cette charge est le prix à payer si l'on veut disposer d'une solide garantie des dépôts. De plus, le principal facteur de coûts, soit les contributions annuelles, doit nécessairement être fixé à la hauteur prévue si l'on veut se débarrasser de l'effet procyclique inopportun du système actuel dans un délai raisonnable. Enfin, il convient de souligner que, contrairement à d'autres systèmes, celui proposé ici ne devra pas être alimenté en permanence, puisque les contributions annuelles tomberont dès que le capital cible sera entièrement constitué. Le système deviendra alors très avantageux.

1.2.3.2.3 Placement des moyens

Les moyens perçus par le FGD seront placés sur le marché, les décisions de placement étant prises conformément aux directives de placement du conseil d'administration. Ces directives seront soumises à l'approbation du Conseil fédéral, ce qui se justifie pleinement au regard du fait que si les moyens du FGD se révèlent insuffisants, ce sera la Confédération qui sera appelée à pallier cette insuffisance.

Le capital considérable détenu par le FGD devra, d'une part, être placé en toute sécurité et de façon à conserver sa valeur et, d'autre part, être immédiatement disponible, directement ou indirectement, en cas de besoin. Il faudra donc élaborer une stratégie et une politique de placement répondant à ces exigences. Leurs conditions cadres devront prescrire en particulier que les placements:

- soient à bas risques;
- soient indépendants des banques garanties (les moyens du FGD ne devront donc pas être placés dans le secteur financier suisse);
- puissent, en cas de crise, devenir rapidement liquides dans une large proportion et sans grandes pertes de cours.

Vu ces conditions, il paraît évident que le FGD devra placer ses moyens essentiellement dans le secteur public.

1.2.3.2.4 Passage du financement ex post au financement ex ante

La nouvelle réglementation vise principalement à mettre en place le financement ex ante de la garantie des dépôts, de manière à supprimer, ou du moins à fortement diminuer, l'effet procyclique qu'entraîne son actuel financement ex post. Ce but ne pourra pas être atteint dès l'entrée en vigueur de la loi, car exiger du système bancaire qu'il alimente immédiatement le FGD à hauteur de son capital cible de 9,75 milliards de francs serait le grever d'une charge disproportionnée. C'est pourquoi les dispositions transitoires prévoient un passage progressif de l'actuel financement ex post au financement ex ante: à l'entrée en vigueur de la loi, les banques devront tout de suite fournir la couverture de 1 % de la somme de tous les dépôts garantis, soit environ 3,25 milliards de francs, par la mise en gage de titres auprès du FGD. Simultanément, elles devront commencer à verser leurs contributions annuelles destinées à constituer le solde de 6,5 milliards de francs du fonds. De plus, jusqu'à ce que celui-ci soit entièrement constitué, elles auront l'obligation, en cas d'application, de verser le capital encore impayé, dans la mesure où le FGD devra fournir des prestations excédant la couverture et les contributions annuelles déjà versées. Enfin, également dès l'entrée en vigueur de la loi, les banques seront tenues de garantir leur obligation de paiement mentionnée ci-dessus en détenant des liquidités complémentaires dépassant les liquidités légales. L'obligation de paiement et l'obligation de couvrir cette dernière par des liquidités complémentaires existent déjà dans le système actuel de garantie des dépôts (cf. art. 37h, al. 3, let. c, LB). Toutes deux diminueront progressivement au fur et à mesure que le FGD sera alimenté, pour s'éteindre lorsqu'il sera entièrement constitué. Dès ce moment, la garantie des dépôts sera financée exclusivement ex ante.

1.2.3.3 Organisation du FGD

En accord avec son mandat légal consistant principalement à exercer la gestion de fortune, le FGD possèdera le statut juridique de fonds de droit public indépendant. Il sera géré par un conseil d'administration nommé par le Conseil fédéral. Se fondant sur la présente loi et sur le classement des risques propres à chaque banque établi par la FINMA, le conseil d'administration percevra les contributions des banques et fournira, sur ordre de la FINMA, les prestations de garantie des dépôts. Il lui appartiendra en outre de décider de la fourniture de prestations visant le maintien de services bancaires, sur proposition de la FINMA. Enfin, il sera chargé d'informer le public sur les tâches et sur les activités du FGD, de manière à instaurer un véritable climat de confiance.

Le conseil d'administration sera compétent pour toutes les affaires importantes. Il lui appartiendra notamment de rendre des décisions et de décider des placements et de l'utilisation des moyens. Il désignera un office de gestion chargé d'exécuter ses décisions.

La conception du FGD s'inspire notamment de celle du fonds de compensation de l'AVS⁵. Comme pour ce dernier, son organisation sera réglée en détail non pas dans la loi, mais par voie d'ordonnance. Il en résultera une plus grande flexibilité au cas où il serait nécessaire de l'adapter en fonction des enseignements tirés des premières expériences pratiques. On a aussi examiné la variante de l'établissement de droit public, pour finalement la rejeter. La tâche principale du FGD consistera en effet à gérer sa fortune, c'est-à-dire à la placer, à l'utiliser si un cas de garantie survient et, dans un sens plus large, à percevoir les contributions des banques. Or, le modèle d'organisation de la fondation – ou, en l'occurrence, du fonds – est mieux adapté à ce genre de tâche que celui de l'établissement, qui est en règle générale une unité externalisée de l'administration centrale, dotée d'un effectif relativement important. Vu les prescriptions légales prévues, l'administration du FGD disposera d'une marge de manœuvre assez étroite dans l'accomplissement de ses tâches. Son pouvoir de décision se limitera en effet au placement de ses moyens et à l'approbation de leur utilisation en vue du maintien de services bancaires. L'exécution de ces tâches n'étant pas de nature à mobiliser d'importantes ressources, l'effectif du FGD sera modeste et n'augmentera dans tous les cas jamais au point de justifier la création d'un établissement. De plus, il n'est pas nécessaire de donner à l'administration du FGD une visibilité justifiant de constituer un établissement. Le rôle – voulu – de contrepoids du FGD par rapport à la FINMA ne doit pas forcément passer par le statut d'établissement. Il peut très bien résulter, comme proposé, des compétences attribuées au FGD en matière de placement et d'utilisation de ses moyens.

1.2.4 Second niveau de garantie des dépôts

1.2.4.1 Fondement du second niveau

Pour être efficace, la protection des déposants doit remplir les critères suivants:

- elle doit disposer de moyens suffisants pour satisfaire *toutes* les prétentions potentielles. A défaut, les déposants sont incités, en cas de problème dans leur

⁵ Cf. art. 109 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10)

banque, à retirer leur argent si possible avant les autres déposants. Ce n'est que s'il est clairement établi que les moyens disponibles suffisent à garantir tous les dépôts que l'on peut éviter des retraits massifs;

- elle ne doit soulever aucun doute quant à son efficacité. Son but est notamment de rassurer les déposants dans les périodes d'incertitude et, partant, de protéger les banques contre tout retrait massif de fonds. Si la capacité ou la disponibilité du système de garantie des dépôts à effectuer des remboursements est mise en doute, ce but ne saurait être atteint.

Si l'on veut éviter des retraits massifs, il est nécessaire de disposer d'une garantie supplémentaire allant au-delà de celle du FGD, autrement dit d'un second niveau de garantie. Se pose alors la question de sa conception. L'examen de cette question a rapidement montré que seul l'Etat est à même de prendre en charge ce second niveau de garantie des dépôts. Toute autre possibilité de prévenir efficacement des retraits massifs est irréaliste. Eu égard aux montants en jeu, une solution de conception traditionnelle, reposant sur le marché, est hors de question, comme on l'avait d'ailleurs déjà clairement constaté lors des auditions tenues dans le cadre de la révision de 2004 de la LB. Quant à la création – en sus du FGD – d'un autre fonds qui garantirait exclusivement les dépôts des grandes banques, elle est trop compliquée et trop onéreuse, sans compter qu'un tel fonds ne pourrait pas non plus, et de loin, couvrir tous les dépôts garantis.

La garantie complète des dépôts est donc tributaire de l'aide de l'Etat. Au demeurant, ce rôle nouveau de l'Etat en matière de garantie des dépôts découle déjà implicitement du train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse⁶, adopté fin 2008. L'Etat assume déjà *de facto* ce rôle. Il s'agit donc, à la faveur de la présente proposition, de lui ôter son caractère implicite pour l'inscrire expressément dans la loi. Les raisons en sont évidentes:

- seules une réglementation et une communication claires du rôle de l'Etat sont à même d'écarter les doutes rationnels ou irrationnels des déposants sur la sécurité de leurs dépôts. Il est impossible d'exclure le risque de retraits massifs tant que des incertitudes subsistent dans ce domaine. La stabilité du système exige donc que le rôle de l'Etat soit clairement inscrit dans la loi;
- renoncer à régler le rôle de l'Etat dans la loi tout en sachant que son intervention est de fait incontournable est politiquement discutable. En cas de crise, il est indispensable que les organes de l'Etat puissent intervenir rapidement en s'appuyant sur une base légale claire;
- régler la garantie des dépôts par l'Etat revient à signaler clairement que même les grandes banques ne sont théoriquement pas à l'abri d'une faillite. Dans le même temps, il en résulte un effet psychologique positif sur leurs clients, ce qui rend un tel événement beaucoup plus improbable;
- enfin, inscrire explicitement dans la loi le rôle actuellement implicite de l'Etat présente aussi l'avantage que ce dernier peut se faire indemniser par la perception d'une prime.

L'exemple le plus connu de garantie des dépôts par l'Etat est celui de la FDIC, aux Etats-Unis. La FDIC est une autorité indépendante du gouvernement fédéral, financée par des primes d'assurance perçues auprès des banques qui lui sont soumises. Si

⁶ FF 2008 8027

ses moyens ne suffisent pas à sauver une banque, la FDIC est aidée par le gouvernement fédéral⁷.

Abstraction faite de qui devrait assumer en fin de compte une couverture insuffisante – peu vraisemblable – des dépôts garantis, trois solutions sont envisageables pour étendre la garantie des dépôts au-delà des limites du FGD:

- a) versement d'une avance sur les dépôts par la BNS: il s'agirait de créer une base légale permettant à la BNS de rembourser les dépôts garantis par le versement d'une avance. La BNS s'étant toutefois fermement opposée à cette solution, on y a renoncé;
- b) versement d'une avance sur les dépôts par la Confédération: il est aussi envisageable de créer une base légale permettant à la Confédération de verser une avance destinée à rembourser les dépôts garantis. Cette solution est présentée au ch. 1.2.4.2 ci-dessous (variante A).
- c) garantie de la Confédération: une garantie légale de la Confédération comprendrait non seulement le versement d'une avance sur les dépôts, mais encore la prise en charge d'un éventuel découvert après la liquidation de la banque ou des banques défailtante(s). Cette garantie globale de la Confédération est présentée au ch. 1.2.4.3 ci-après (variante B).

1.2.4.2 Variante A: Avance de la Confédération

1.2.4.2.1 Raisons justifiant une avance de la Confédération

A propos des modalités concrètes du second échelon de garantie – auquel intervient l'Etat –, il faut garder à l'esprit que les dépôts garantis font partie, en raison de leur privilège en cas de faillite après les travailleurs et les assurances sociales, des catégories de créanciers protégées en priorité. Les pertes d'une banque sont d'abord supportées par d'autres investisseurs moins prioritaires en cas de faillite. Le risque primaire encouru par les dépôts garantis est donc avant tout un risque de liquidité, au cas où les dépôts ne seraient pas sur-le-champ disponibles dans leur totalité. Un risque de perte ne peut certes jamais être entièrement exclu. Mais compte tenu du privilège légal conféré aux dépôts en cas de faillite et de l'obligation faite aux banques (à l'avenir également) de disposer d'actifs situés en Suisse à hauteur de 125 % de leurs dépôts privilégiés (art. 37a, al. 6, LB), il est hautement improbable que la substance d'une banque ne suffise pas, à l'issue de sa liquidation, à couvrir les dépôts privilégiés. Et même si une perte devait apparaître, elle ne représenterait qu'une fraction des dépôts garantis. Au vu de ce risque relativement faible, le FGD ou les autres banques pourront sans autre pallier une insuffisance de couverture de la banque faillie. Il s'ensuit qu'une garantie intégrale des dépôts ne nécessite pas de garantie de la Confédération portant sur la couverture défailtante de la banque. De même, aux yeux des déposants, il n'y a pas de besoin prioritaire d'une garantie au sens où la Confédération répondrait en dernier lieu de ladite couverture. Par contre, la certitude d'obtenir à très court terme le remboursement des dépôts dans un cas de garantie, et donc de conserver dans tous les cas cet argent, est un facteur crucial. Le rôle de la Confédération dans la garantie des dépôts peut donc se limiter à avancer le remboursement des dépôts garantis.

⁷ Les dépôts garantis sont protégés par «the full faith and credit of the United States» [12 U.S.C. section 1828(a)(1)(B)].

L'avance de la Confédération revêt la forme d'un prêt au FGD. Celui-ci garantit un remboursement complet à la Confédération. Si ses moyens n'y suffisent pas, le FGD doit le faire valoir auprès des banques. Les moyens financiers avancés rapporteront à la Confédération des intérêts alignés sur le marché.

1.2.4.2.2 Indemnisation

La protection des déposants mise en place par le biais d'une avance de la Confédération ne génère en principe pas de nouveaux coûts. Au contraire, elle ne fait que rendre visibles et répartir différemment – au moyen, comme proposé ici, de primes à charge des banques – des coûts qui existent déjà. En effet, sans protection explicite des déposants, ce sont les contribuables qui supportent ces coûts parce que chacun attend de la Confédération qu'elle intervienne. Cette protection implicite jusqu'ici n'est donc gratuite qu'aux yeux des banques et des déposants, alors qu'elle engendre des coûts réels pour les contribuables. La rendre explicite revient à en répercuter les coûts, selon le principe de causalité, des contribuables sur les banques et les déposants, qui profitent, grâce à cette avance, d'une sécurité et d'une stabilité sensiblement accrues. Et comme il s'agit d'une avance et non d'une garantie de la perte, il est indiqué de fixer la prime à un taux modéré d'un pb (soit à un niveau plus bas que pour la variante exposée plus loin qui prévoit une garantie de la Confédération), ce qui correspond à env. 32 millions de francs par an.

La Confédération prélève auprès du FGD une prime calculée sur la base de tous les dépôts garantis, déduction faite des moyens dont dispose le FGD. Ce dernier répercutera les primes sur les banques, les critères applicables dans ce contexte étant les mêmes que pour l'alimentation du fonds.

1.2.4.2.3 Cas d'application

Le FGD requiert l'avance de la Confédération lorsque ni les liquidités immédiatement disponibles de la banque, ni ses moyens à lui qui ne sont pas déjà liés dans un cas autre d'application ne suffisent pour rembourser les dépôts garantis. Par contre, l'avance de la Confédération ne pourra pas servir au maintien de services bancaires. Elle se limite exclusivement au remboursement des dépôts garantis.

La Confédération remettra à la personne désignée par la FINMA, dans un délai approprié, le montant nécessaire au remboursement des dépôts garantis. Même s'il s'agit d'une dépense liée, il n'est normalement pas possible de prévoir, ni même d'estimer seulement, l'ampleur des besoins financiers ou le moment de leur survenance. D'où la nécessité de demander en temps voulu les crédits nécessaires, dans le cadre du budget et de ses suppléments. Le cas échéant, il faudra recourir à la procédure d'urgence prévue à l'art. 34 LFC.

1.2.4.2.4 Rapport avec le FGD

Comme déjà indiqué à plusieurs reprises, l'avance de la Confédération vise à mettre à disposition – une fois épuisés les moyens de la banque concernée et ceux du FGD –, les liquidités nécessaires au remboursement des dépôts garantis, sans que les déposants doivent attendre l'achèvement des mesures d'assainissement ou de la procédure de faillite.

Le FGD a droit au versement d'un dividende, puisqu'il est subrogé aux droits des déposants. De son côté, le FGD dédommagera la Confédération à hauteur des

avances consenties, majorées d'un taux d'intérêt aligné sur le marché. Si les moyens de la banque faillie ne suffisent pas, le FGD complétera en puisant dans ses propres moyens.

L'avance de la Confédération servira en priorité pour les grandes banques ayant une importance systémique. Or plusieurs d'entre elles sont des banques cantonales bénéficiant d'une garantie intégrale ou partielle du canton propriétaire. Cette garantie n'est toutefois pas axée sur un rapide désintéressement des déposants, mais sur une reprise de la perte en cas de faillite, autrement dit elle ne prendra effet qu'à l'issue de la procédure de faillite. D'où la nécessité de l'avance de la Confédération pour que les déposants d'une banque cantonale aient eux également l'assurance de disposer à bref délai de leurs dépôts garantis. L'argument en faveur d'un assujettissement des banques cantonales au système de garantie des dépôts est donc qu'elles aussi peuvent profiter de l'avance de la Confédération.

1.2.4.3 Variante B: Garantie de la Confédération

1.2.4.3.1 Fondements d'une garantie

Un risque de perte ne peut jamais être totalement exclu lorsqu'une banque fait faillite. Il existe toujours une probabilité, certes très réduite, que les actifs liquides disponibles de la banque tombent sous la valeur des dépôts garantis. Ce risque de perte s'ajoute au risque de liquidité: Lorsque la clientèle d'une banque se fait du souci pour la substance de ses dépôts, un retrait des dépôts en raison du besoin de sécurité conduit à une aggravation de la situation de liquidité de la banque. On peut par conséquent argumenter qu'une garantie extensive des dépôts ne doit pas seulement avancer les montants mais garantir une couverture complète de la valeur des dépôts garantis.

1.2.4.3.2 Financement

Comme pour l'avance de la Confédération, la Confédération recevra également une prime annuelle pour la garantie de la Confédération. Celle-ci serait perçue auprès du FGD et calculée sur la base de tous les dépôts garantis. Le FGD de son côté demandera le remboursement de cette prime aux banques selon les mêmes critères que lors de la constitution du fonds. La probabilité du risque de devoir recourir à la garantie de la Confédération sera en outre prise en considération dans ce calcul, de telle sorte que les grandes banques prennent en charge une part plus que proportionnelle de la prime.

Des primes qui prennent vraiment en compte le risque sont difficiles à définir. Ainsi que les difficultés de la réglementation relative aux fonds propres ("Bâle II") l'ont démontré, il n'est pas possible de mesurer de manière fiable le vrai risque des banques, même à grands frais. Les primes sont par conséquent soit trop basses, ce qui correspond à une subvention des banques garanties, soit trop élevées, de qui constitue un désavantage concurrentiel pour les banques concernées.

Des éléments de réponse pour la fixation de la prime pourraient être déduits de la garantie d'Etat que différents cantons prévoient en faveur de leur banque cantonale, garantie comparable à bien des égards avec la garantie de la Confédération discutée ici. La rémunération de la garantie d'Etat intervient cependant en règle générale par le biais des intérêts dus pour le capital de dotation et, le cas échéant, dans le cadre de

la distribution des bénéficiaires, de sorte qu'une comparaison des primes n'est guère possible. Neuf banques cantonales procèdent à l'heure actuelle à une rémunération de la garantie d'Etat explicite et indépendante du bénéficiaire. Pour l'année 2007, ces banques cantonales ont payé des montants qui, mis en relation avec les dépôts garantis, représentaient entre 1.5 et 4.5 points de base.

Parmi les garanties d'Etat, celle dont bénéficie la Banque cantonale de Berne est la plus proche de la garantie de la Confédération présentée. Le canton de Berne répond des engagements d'épargne à hauteur de 100 000 francs par créancier ainsi que des emprunts ouverts. En contrepartie, il reçoit une rémunération de 3 à 6 points de base calculée sur les fonds étrangers bénéficiant de la garantie. Le niveau de la rémunération est fixé chaque année par le Conseil d'Etat qui prend en compte en particulier la dotation en fonds propres de la banque. Pour l'année 2008, une rémunération de 3 points de base a été acquittée.

Lors de la comparaison des rémunérations, il convient enfin de tenir compte des fonctions différentes des moyens mis à disposition. La garantie d'Etat cantonale illimitée couvre un risque de ducroire, puisque les montants versés sont destinés à désintéresser les créanciers non satisfaits dans la faillite, de sorte que le canton subit une perte définitive. La garantie de la Confédération aura par contre en règle générale une simple fonction d'avance avec un risque de perte moins important. Cela doit être pris en considération lors de la fixation de la prime.

Au vu de ce qui précède, la prime pour la garantie de la Confédération serait fixée à 3 points de base dans la loi. Avec des dépôts garantis de 325 milliards de francs cela entraînerait des recettes annuelles de 97 millions de francs pour la Confédération.

1.2.4.3.3 Cas de garantie

Les explications données plus haut à propos de l'avance (ch. 1.2.4.2.3) sont applicables par analogie.

1.2.4.3.4 Rapport avec le FGD

S'il a fallu recourir à la garantie de la Confédération et si le montant nécessaire a été remis au liquidateur de la faillite, la Confédération a droit au versement d'un dividende, puisqu'elle est subrogée aux droits des déposants. Le remboursement ne s'effectue toutefois que si le FGD a recouvré le montant avancé par lui. Sinon, le FGD risquerait sur une longue période de ne pas être suffisamment alimenté pour pouvoir assumer ses tâches. En même temps, les prescriptions en matière de fonds propres et l'obligation faite aux banques de détenir des actifs à hauteur de 125 % des dépôts privilégiés (art. 37b, al. 6, LB) donnent à penser que la Confédération récupérera généralement la totalité de sa contribution.

Si la Confédération a fourni des prestations au profit des déposants d'une banque cantonale au bénéfice d'une garantie d'Etat et a subi par là une perte définitive, elle peut faire valoir, à l'égard du canton concerné, une compensation à hauteur des prestations fournies. Les droits correspondants de la Confédération passent au canton. Quant à l'intérêt qu'offre pour les banques cantonales la participation à la garantie des dépôts, l'argumentation développée à propos de l'avance de la Confédération reste valable (voir ch. 1.2.4.2.4).

1.2.5 Maintien de services bancaires

Les art. 25 ss. LB, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004, qui réglementent les mesures envisageables en cas de risque d'insolvabilité ainsi que la procédure d'assainissement, permettent déjà aujourd'hui à la FINMA des interventions précoces, ciblées et de grande envergure, par le biais de mesures protectrices. Dans son rapport de janvier 2008 sur l'insolvabilité bancaire⁸, soit avant l'escalade de la crise financière actuelle, la Commission fédérale des banques (CFB) avait déjà relevé que les possibilités actuelles offrent une flexibilité suffisante pour concrétiser en temps utile toutes les options. L'adoption de mesures protectrices permet par exemple le maintien, sans restrictions majeures, de services bancaires importants comme les paiements courants. D'où notamment la possibilité pour les clients commerciaux de continuer à recevoir des paiements sur leur compte de gestion et de s'acquitter avec cet argent de leurs propres engagements envers leurs partenaires d'affaires ou leur personnel. Dans la crise actuelle et sans même parler de la procédure liée à l'affaire UBS SA, la CFB/FINMA est déjà intervenue dans trois cas auprès de banques autorisées, sur la base du droit de l'insolvabilité bancaire (succursale de Lehman Brothers International [Europe], succursale de Kaupthing Luxembourg, ACH Securities SA) et a ordonné des mesures protectrices. A chaque fois, les mesures nécessaires ont pu être prises rapidement et avec la souplesse voulue. Mais par la suite, il a fallu ouvrir une faillite dans les trois cas.

Le droit en vigueur ne prévoit cependant aucune possibilité de maintenir certains services bancaires tout en les transférant à d'autres établissements ou à une banque relais (*bridge bank*). Dans ce contexte, il devrait donc être également possible d'affecter les mêmes moyens financiers, plutôt qu'au remboursement des dépôts garantis, au maintien et au transfert des services bancaires ou d'une partie d'entre eux. Car en cas de faillite d'une banque, le maintien des services, la possibilité pour la clientèle d'accéder à ses avoirs ainsi que la préservation de la valeur des actifs de la banque doivent avoir la priorité absolue. De tels objectifs doivent primer sur le remboursement aussi rapide que possible des dépôts garantis. Les mesures protectrices ordonnées ne permettent de garantir le maintien des services bancaires que jusqu'à la décision définitive concernant l'avenir de la banque. Grâce à cette possibilité de maintenir partiellement la banque tout en la transférant à d'autres établissements, les services bancaires peuvent désormais être garantis même en cas de faillite ultérieure de la banque. D'où la possibilité à l'avenir, par exemple, de garantir sans interruption les paiements courants des clients commerciaux, même en cas de faillite bancaire. La FINMA ne devrait donc ordonner le remboursement immédiat des dépôts à partir des actifs liquides de la banque (ch. 1.2.10) qu'à défaut de perspectives de poursuite ou de transfert éventuel d'une partie au moins des activités de la banque.

En relation avec la possibilité du maintien au moins partiel de services bancaires, il est prévu de pouvoir y consacrer à l'avenir – dans une mesure limitée – des moyens du fonds, l'accord du FGD étant bien entendu nécessaire. Autrement dit, le capital disponible du FGD n'est plus réservé au remboursement rapide des dépôts garantis. Dans un cas d'espèce, il servira aussi, par exemple, au maintien de services bancaires et à un transfert partiel à une autre banque ou à une nouvelle banque. Le

⁸ Téléchargeable sur le site de la FINMA, sous la rubrique «Archives» (www.finma.ch/archiv/ebk/f/aktuell/20080128/20080128_f.pdf).

critère régissant l'utilisation de la fortune du FGD pour soutenir financièrement de telles mesures est la minimisation du dommage potentiel pour les déposants.

En revanche, les moyens du FGD ne peuvent en aucun cas être affectés à des mesures visant à étendre les services bancaires existants ou à en créer de nouveaux. Ils peuvent tout au plus soutenir la poursuite de certains services bancaires dans la même mesure que précédemment.

Cette possibilité d'utilisation des moyens de la garantie des dépôts est également recommandée au niveau international dans les *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*⁹. Les principes exigent notamment que la garantie des dépôts puisse soutenir des mesures d'assainissement visant au maintien de secteurs d'activité, s'il devait en résulter pour elle des coûts moindres qu'en cas de fermeture et de remboursement des dépôts.

L'affectation de moyens du FGD au maintien de la totalité ou d'une partie des activités bancaires suppose que toutes les créances garanties de la banque sont couvertes. Ce principe vaut tant si les dépôts sont transférés que s'ils restent auprès de la banque, dans le cadre du maintien de services bancaires. Comme les moyens du FGD sont affectés au maintien des services et les dépôts ne bénéficient que d'une garantie unique, il faut s'assurer que si une faillite devait malgré tout survenir, le capital disponible suffise à couvrir les dépôts garantis.

Dans le cadre d'une procédure d'assainissement, le maintien (partiel) des services bancaires à l'aide de moyens du FGD intervient sur ordre de la FINMA dont, comme jusqu'ici, les mandataires procéderont à la mise en œuvre avec d'éventuelles mesures protectrices ordonnées en accompagnement. Les formes envisageables d'utilisation des moyens du FGD dans le cadre de la poursuite des activités bancaires comprennent notamment un soutien financier sous forme de prêts ou l'octroi de garanties en cas de transfert partiel de la banque ou de création d'une banque-relais («*bridge bank*») à laquelle seraient confiés les actifs et les passifs.

1.2.6 Procédure d'assainissement

Le maintien de services bancaires comme mesure d'assainissement possible, du moins d'une partie de la banque, doit être redéfini dans les dispositions de la LB traitant de la procédure d'assainissement. Ainsi, une procédure d'assainissement n'est plus envisageable uniquement quand la banque est maintenue sous sa forme existante (ce qui n'est pas judicieux et souhaitable dans tous les cas). Au contraire, le maintien de certaines parties au moins de la banque permet, tout en préservant l'égalité de traitement entre les créanciers, d'éviter la faillite complète – et donc la cessation de tous les services de la banque – et de trouver au bout du compte une meilleure solution pour tous les protagonistes.

En même temps, il y a lieu de prévoir une simplification générale des prescriptions concernant la procédure d'assainissement, afin que tout en garantissant comme jusqu'ici les droits des intéressés, la procédure ne soit plus prescrite de façon rigide. La crise actuelle a montré que les mesures d'assainissement ne doivent pas seulement être crédibles par les moyens engagés, mais qu'il faut généralement encore qu'elles déploient leurs effets dès qu'elles sont communiquées, afin d'obtenir

⁹ Publiés par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS) et par l'Association internationale des systèmes de garantie des dépôts (International Association of Deposit Insurers, IADI) en juin 2009.

l'apaisement visé. D'où la nécessité de remplacer le déroulement actuel de la procédure d'assainissement, rigide et comportant une série d'étapes intermédiaires, par une réglementation visant à un assainissement optimal. Il n'est pas exclu que dans certains cas, le plan d'assainissement soit déjà disponible et dûment accepté dès l'ouverture de la procédure d'assainissement. Ainsi le délégué à l'assainissement ne doit plus forcément élaborer un plan d'assainissement, mais seulement si c'est nécessaire et judicieux dans un cas d'espèce.

Les critères d'acceptation d'un plan d'assainissement sont maintenus tels quels. Les droits des créanciers sont également sauvegardés, puisque dès le moment où le plan d'assainissement empiète sur leurs droits, les créanciers non privilégiés peuvent refuser le plan d'assainissement et provoquer ainsi la faillite de la banque.

1.2.7 Autres modifications concernant des points secondaires

1.2.7.1 Négociants en valeurs mobilières

Le privilège des dépôts et leur remboursement immédiat à partir des actifs liquides disponibles doivent être également maintenus dans le cas des négociants en valeurs mobilières. Comme pour les banques, leurs dépôts privilégiés doivent être couverts par des actifs situés en Suisse.

En ce qui concerne les négociants en valeurs mobilières le remboursement rapide des avoirs figurant sur les comptes de passage n'est pas prioritaire. En l'occurrence, le facteur décisif est le transfert rapide des valeurs déposées. Celui-ci s'effectue toutefois en dehors de la procédure de faillite, par distraction opérée immédiatement. Ce n'est que dans la mesure où les dépôts ne sont pas investis en valeurs mobilières que le désintéressement intervient dans le cadre de la procédure de faillite. A ce propos, les avoirs de la clientèle des négociants en valeurs mobilières sont eux aussi privilégiés et couverts par des actifs jusqu'à concurrence de 100 000 francs. Dans la plupart des cas, les avoirs qui ne seraient pas investis en valeurs mobilières, qui d'ailleurs ne produisent pas d'intérêts, ne sont pas significatifs par rapport aux valeurs déposées par chacun des clients. Ils ne représentent, pour tous les négociants en valeurs mobilières indépendants, qu'un peu plus de 200 millions de francs, soit moins d'un pour-mille de tous les dépôts garantis.

Il est néanmoins recommandé d'assujettir les négociants en valeurs mobilières à la garantie des dépôts, pour des raisons d'égalité de traitement et pour éviter toute distorsion de concurrence entre les négociants en valeurs mobilières détenant des dépôts garantis et les banques. Les spécificités de leur activités devront toutefois être prises en compte dans le calcul du risque propre à la banque, qui a une influence sur le montant de la contribution obligatoire.

1.2.7.2 Centrales d'émission de lettres de gage

Les deux centrales d'émission de lettres de gage sont surveillées par la FINMA. Cette surveillance se déroule de manière analogue à celle des banques. La loi sur l'émission de lettres de gage (LLG) ne prévoit toutefois aucune disposition précisant la compétence en cas d'insolvabilité. Il se justifie que pour les centrales d'émission de lettres de gage aussi, la procédure d'insolvabilité relève de la compétence de la FINMA et se déroule selon les prescriptions spécifiques aux banques. D'où l'importance d'inscrire dans la LLG, par analogie à la loi sur les bourses, un renvoi

prévoyant que les prescriptions relatives à l'insolvabilité bancaire sont applicables aux centrales d'émission de lettres de gage. Tout indique qu'un tel renvoi a été oublié lors de la dernière révision. Or l'importance des centrales d'émission de lettres de gage s'est encore accrue dans la crise financière actuelle.

En revanche, il est possible de renoncer à faire participer les centrales d'émission de lettres de gage au FGD, dans la mesure où elles visent régulièrement à procurer des prêts à long terme et où un gage est présent à chaque fois. Un remboursement rapide n'y est pas prioritaire.

1.2.7.3 Sociétés d'investissements selon la LPCC

La FINMA est chargée de toutes les opérations de liquidation liées aux placements collectifs de capitaux. La LPCC ne prévoit toutefois aucune disposition sur la faillite d'une société d'investissements. Il est indiqué de déléguer à la FINMA la compétence d'ouvrir une faillite et de mener la procédure correspondante, et de déclarer applicables par analogie les prescriptions en matière de faillite de la LB.

1.2.7.4 Assurances

Selon la réglementation actuelle figurant dans la LSA, l'ouverture d'une faillite d'assurances se déroule selon un partenariat complexe entre la FINMA et le juge ordinaire. La compétence formelle appartient au juge ordinaire, mais la FINMA doit être impérativement consultée sur l'ouverture de la faillite et la désignation de l'administrateur de la faillite. En matière de procédure d'insolvabilité bancaire, la leçon a été tirée de la dispersion des compétences dans le cas de la Spar- und Leihkasse Thun (SLT, Caisse d'épargne et de crédit de Thoune) et la révision de la LB de 2004 a par conséquent entièrement transféré à la FINMA toutes les compétences. Il n'est pas judicieux de maintenir pour les assurances une réglementation prévoyant un partage des compétences. Comme pour les banques, la FINMA doit être seule compétente en cas de faillite d'entreprises d'assurance, par analogie aux dispositions régissant la faillite bancaire.

1.2.7.5 Reconnaissance des mesures étrangères

La LB prévoit, pour qu'une procédure d'insolvabilité étrangère puisse être reconnue, qu'une procédure particulière doit être menée dans tous les cas en Suisse. La FINMA est ainsi tenue de nommer, pour la masse en question, un liquidateur ou – selon les modalités des mesures étrangères à reconnaître – un chargé d'enquête ou un délégué à l'assainissement. Cette règle s'applique même s'il n'y a en Suisse aucun créancier, mais uniquement des actifs revêtant notamment la forme d'un avoir auprès d'une banque suisse.

Une procédure particulière complexe n'est pas nécessaire dans tous les cas. La FINMA doit donc pouvoir reconnaître, outre les procédures d'insolvabilité étrangères, les administrateurs désignés à l'étranger, pour autant que les créanciers domiciliés en Suisse soient mis sur pied d'égalité et que le privilège qui leur revient en vertu du droit suisse soit dûment garanti. La liquidation du patrimoine situé sur sol suisse pourra aussi s'effectuer sous forme simplifiée, sous la surveillance de la FINMA. Divers ordres juridiques étrangers prévoient des réglementations similaires, notamment les Etats-Unis dans la procédure selon le chapitre 15 de la loi sur les

faillites. Cette flexibilité accrue permettra d'offrir, dans les cas où des banques sont actives dans plusieurs pays, une meilleure coordination et donc un déroulement plus rapide et efficace des diverses procédures nationales en cas d'insolvabilité, dans l'intérêt de la protection des déposants.

1.2.8 Privilège en cas de faillite pour tous les dépôts jusqu'à 100 000 francs

La réglementation en vigueur pour définir les dépôts à protéger repose sur un large consensus. En outre, elle est compatible avec le droit international (européen notamment). Il convient donc de reprendre dans le droit permanent le montant des dépôts privilégiés, à hauteur de 100 000 francs par déposant, introduit dans le droit transitoire. Rien ne justifie par ailleurs de modifier le système existant du privilège en cas de faillite (2^e classe; art. 219 LP). De même, l'égalité de traitement dont bénéficient tous les dépôts a fait ses preuves à l'usage. Une distinction entre diverses sortes de dépôts, comme le prévoit le droit européen, s'était déjà avérée inapplicable dans le cas SLT. Enfin, même l'introduction d'un privilège plus élevé ne répondrait pas au besoin des clients commerciaux de pouvoir continuer à effectuer leurs paiements si possible sans entrave en cas d'insolvabilité de leur banque. En revanche, la possibilité de préserver certains services bancaires indépendamment de la pérennité de l'établissement s'avère pertinente ici (ch. 1.2.5).

Il importe d'aborder brièvement ici la question de la compensation, qui soulève régulièrement des questions de la part du public. Certaines banques excluent parfois dans leurs conditions générales (pour les hypothèques notamment) la possibilité pour le déposant de compenser ses dettes avec ses avoirs bancaires dans l'hypothèse d'une faillite. Une telle disposition contractuelle sort toutefois du cadre de la protection des déposants examinée ici, puisqu'elle ne joue un rôle que pour la partie non garantie de la créance des clients. Quant aux dépôts garantis, l'absence de compensation est justement dans l'intérêt du client. Celui-ci profite du remboursement rapide par la garantie des dépôts qui demeure possible, du fait de l'exclusion de toute compensation des créances existantes de la banque envers le client. Selon la convention actuellement en vigueur sur la protection des déposants, les banques ont renoncé irrévocablement à opérer une compensation avec les dépôts garantis. La solution prévue introduit une forme analogue de renonciation. La protection des déposants est donc garantie indépendamment de toute renonciation contractuelle à la compensation de la partie non garantie des créances des clients. Quant à savoir si une telle renonciation doit rester autorisée de façon générale, la question devrait être examinée lors d'une adaptation des dispositions du code des obligations relatives aux contrats.

1.2.9 Avoirs auprès de fondations bancaires et de libre passage

Le traitement des avoirs des piliers 2 et 3a gérés par des fondations bancaires et de libre passage doit être repris conformément au régime transitoire (art. 37b, al. 4, LB). Ainsi, les avoirs doivent être imputés aux preneurs individuels de prévoyance et d'assurance et considérés séparément des autres dépôts. Ils doivent rester privilégiés de façon distincte à hauteur de 100 000 francs. En revanche, ces avoirs n'entrent pas dans le cadre de la garantie des dépôts et ne font pas l'objet d'un remboursement immédiat à partir des actifs liquides, aucune urgence ne le justifiant.

Cette réglementation ne discrimine pas les créances relevant de la prévoyance professionnelle. En effet, le fonds de garantie garantit intégralement les prétentions des assurés à l'égard d'une institution de prévoyance devenue insolvable. Ces droits, dont l'étendue est fixée dans la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40), ne sont donc pas seulement privilégiés en cas de faillite (voir art. 56, al. 1, let. b, LPP). Quant aux droits relevant de la prévoyance subrogatoire envers ces institutions, le fonds de garantie couvre aussi les prestations calculées sur la base d'un salaire égal à une fois et demie le montant-limite supérieur (art. 56, al. 1, let. c et al. 2, LPP). En outre, l'art. 219, al. 4, LP prévoit que les prétentions des assurés découlant de la prévoyance non obligatoire à l'égard d'institutions de prévoyance sont privilégiées en cas de faillite et colloquées en première classe.

Ainsi, les droits relevant de la prévoyance professionnelle à l'encontre d'institutions de prévoyance n'offrent pas une moins bonne protection que les dépôts désormais visés à l'art. 37a, al. 5, puisque le fonds de garantie en garantit la totalité ou du moins qu'ils bénéficient du privilège de la première classe en cas de faillite.

La protection proposée ne confère enfin pas de privilège excessif par rapport aux ayants droit de polices de libre passage ou de polices 3a (conclues avec des assureurs). Ces derniers bénéficient en effet d'un privilège particulier, puisqu'en cas de faillite d'un assureur le produit de la vente de la fortune liée sert en premier lieu à les désintéresser, avant tous les autres créanciers (art. 54, al. 4, LSA).

1.2.10 Délais de remboursement

Comme dans la réglementation transitoire actuelle, les dépôts privilégiés doivent pouvoir être couverts dans un premier temps, et sans délai, à partir des liquidités présentes et disponibles (compte tenu des autres créances susceptibles d'être privilégiées en cas de faillite). Si la banque dispose de liquidités suffisantes, les dépôts privilégiés auprès d'agences suisses ou étrangères seront remboursés immédiatement et en dehors de la procédure ordinaire de collocation (art. 37b), jusqu'à concurrence de 100 000 francs au maximum, à l'exclusion de toute compensation. Un remboursement dans le cadre de la garantie des dépôts est superflu dans la mesure où les liquidités suffisent pour désintéresser les dépôts garantis.

Ce n'est que lorsque les liquidités de la banque ne permettent pas de rembourser immédiatement les dépôts privilégiés auprès d'agences suisses que la garantie des dépôts intervient à titre subsidiaire. Elle consiste à assurer le remboursement des dépôts garantis, sous la forme d'une avance. Les créances privilégiées des déposants sont cédées au FGD dans la mesure des paiements effectués. Le remboursement par le FGD au délégué à l'assainissement, au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite s'effectuera désormais dans les vingt jours ouvrables. Suite au passage à un financement *ex ante*, les moyens nécessaires sont déjà disponibles et ne il ne faut donc plus commencer par les collecter auprès de chaque banque. Le délai de vingt jours ouvrables signifie que le remboursement sera effectué à temps si chaque client a donné les instructions de virement requises. Le remboursement effectif dépend en revanche de la collaboration dont font preuve les clients.

1.2.11 Couverture des dépôts privilégiés à hauteur de 125 % par des actifs situés en Suisse

L'exigence de couverture de tous les dépôts à hauteur de 125 % par des actifs situés en Suisse, introduite dans le cadre de la réglementation transitoire (actuel art. 37b, al. 5, LB), doit être maintenue. Les expériences réalisées dans le cadre de la mise en œuvre de cette prescription ont montré que seules quelques banques ne satisfont pas à cette exigence et ont dû requérir une dérogation. A ce propos, il est frappant de voir qu'à l'exception des banques en mains étrangères et des succursales de banques étrangères, un très petit nombre de banques ont présenté une demande de dérogation. Dans tous ces cas, un examen individuel doit déterminer si une couverture adéquate est en place ou s'il faut que la banque transfère en Suisse davantage de valeurs patrimoniales. La réglementation a rencontré entre-temps un accueil positif, puisque le besoin d'une telle garantie et les avantages qu'elle confère en termes de confiance de la clientèle ont été reconnus. D'autres pays ont adopté des règles comparables.

La volonté d'opérer les adaptations prévues en Suisse sans perdre de vue le contexte international, ou le souci de ne pas encourager de réglementation susceptible de discriminer les étrangers plaideraient pour une couverture de 100 % seulement des actifs. Le débat international relatif à la réglementation du secteur financier née de la crise monter déjà maintenant une tendance vers une politique industrielle et de fermeture des marchés dans le secteur financier. Or cette tendance pourrait mettre en péril la réorganisation judicieuse de la surveillance des marchés financiers prônée suite aux expériences faites durant la crise. En outre, l'argument de la marge de sécurité pourrait être difficile à expliquer sans autre au plan international. D'autres Etats pourraient à leur tour adopter des mesures nationales de protection comparables.

L'exigence de disposer d'actifs situés en Suisse à hauteur de 125 % des dépôts privilégiés sera néanmoins maintenue pour signaler au public que la substance disponible dans les banques sera dans tous les cas suffisante (au lieu de se limiter à ce qui serait probablement nécessaire). Le risque de désavantager, au niveau national, des banques actives à l'échelle internationale est dûment pris en compte par la dérogation d'ores et déjà prévue sur ce point, moyennant des garanties équivalentes.

1.3 Droit comparé et rapport avec le droit européen

1.3.1 Droit comparé

Au niveau international, comme les marchés financiers continuaient à s'enfoncer dans une spirale baissière – en dépit des multiples mesures de sauvetage adoptées au niveau national –, les ministres des finances et directeurs des banques centrales des sept pays les plus industrialisés (G7) ont adopté le 10 octobre 2008 un plan en cinq points, destiné à créer un cadre plus uniforme pour les futures solutions nationales. Il s'agissait en particulier, d'une part, de mettre à disposition des établissements financiers suffisamment de capital et de garantir leur liquidité, et d'autre part, de renforcer les systèmes de garantie des dépôts ainsi que le niveau de protection offert aux clients. En outre, en s'engageant à ne porter préjudice à aucun autre pays par les mesures adoptées sur leur territoire, les membres du G7 ont garanti qu'ils agiraient en étroite coordination. D'où le soutien du FMI au plan en cinq points.

Au niveau de l'UE, le Conseil a soutenu le 7 octobre 2008 l'intention de la Commission d'élaborer une proposition visant à encourager la convergence des systèmes de garantie des dépôts. Il s'agissait de rétablir la confiance placée dans le secteur financier, d'en garantir le bon fonctionnement et de protéger les dépôts des épargnants. Ainsi, la directive 2009/14 CE du 11 mars 2009 a modifié la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts, de façon à améliorer la garantie de base offerte aux déposants. Parmi les changements opérés, les points suivants méritent d'être soulignés. Dans une première étape, une modification de l'art. 7 de la directive 94/19/CE a porté le niveau de garantie minimal de 20 000 à 50 000 euros. Le 31 décembre 2010, le niveau de garantie devrait être fixé à 100 000 euros, la Commission ayant jusqu'à la fin de 2009 pour analyser si cette seconde augmentation est appropriée et financièrement viable. La Commission est en outre habilitée à ajuster le niveau de garantie en fonction de l'inflation dans l'UE, sur la base des modifications de l'indice des prix à la consommation harmonisé publié par elle. En outre, l'art. 10 de la directive 94/19/CE a été modifié, le délai de remboursement initialement fixé à trois mois étant réduit à 20 jours ouvrables. Dans des circonstances exceptionnelles, les systèmes de garantie des dépôts peuvent demander une prolongation du délai, qui ne peut pas dépasser dix jours ouvrables. La Commission a jusqu'au 16 mars 2011 pour évaluer si une nouvelle réduction du délai de remboursement à dix jours ouvrables entrerait en ligne de compte.

Les Etats membres avaient jusqu'au 30 juin 2009 pour mettre en vigueur la plupart des dispositions (art. 2 de la directive 2009/14/CE), le délai de transposition pour le relèvement du niveau de garantie minimal à 100 000 euros expirant le 31 décembre 2010. Une comparaison des solutions adoptées par les Etats membres montre que même après le premier délai de mise en œuvre fixé dans la directive UE, et en dépit de l'augmentation généralement effectuée du niveau de garantie des dépôts, il n'y a guère de convergence ni entre l'organisation et le mode de financement des instituts de garantie des dépôts, ni entre la réglementation et la mise en œuvre de la protection des déposants (voir l'annexe du présent rapport). A titre d'exemple, le financement des fonds de garantie des dépôts et le rôle de l'Etat dans le système de garantie des dépôts sont réglés de manière différente. En outre, le plafond des dépôts garantis et les délais de remboursement varient d'un Etat à l'autre. Par ailleurs, selon l'art. 3 de la directive 94/19/CE, qui n'a pas été révisé, il appartient à chaque Etat membre de veiller à l'instauration et à la reconnaissance officielle d'un (ou plusieurs) systèmes de garantie des dépôts, et aucun établissement de crédit ne peut accepter de dépôts s'il n'est pas membre de l'un de ces systèmes. Toutefois, les Etats membres peuvent dispenser sous certaines conditions un établissement de crédit d'adhérer à un tel système – lorsque l'établissement appartient à un système qui le protège et notamment garantit sa liquidité et sa solvabilité. Le cas échéant, l'adhésion à un système de garantie des dépôts est facultative. La Commission a été chargée à présent de modifier l'art. 12 de la directive 94/19/CE et d'établir, d'ici la fin de 2009, un rapport consacré notamment à l'harmonisation des mécanismes de financement des systèmes de garantie des dépôts ainsi qu'aux avantages et aux coûts d'une telle harmonisation.

L'annexe du présent rapport donne des informations, pour des pays spécifiques, sur la garantie, le montant minimum de la couverture et le délai de remboursement, ainsi que sur le système de garantie des dépôts. En résumé, on peut constater que la plupart des Etats membres de l'UE ont mis en œuvre la directive CE en ce qui concerne le montant minimum de la couverture. La garantie des dépôts y est

généralement financée sur une base privée; l'Etat intervient comme prêteur ultime («lender of last resort»), comme en Allemagne, en France, en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis). L'Allemagne, la France, l'Italie, les Etats-Unis et le Japon prévoient un financement a priori. La Grande-Bretagne et l'Australie connaissent un financement a posteriori, la Grande-Bretagne songeant toutefois à introduire un système a priori. Enfin, si l'Allemagne a intégralement repris la disposition de la directive CE relative au délai de remboursement, les délais des autres pays sont plus longs.

1.3.2 Rapport entre la solution suisse et le droit européen

La solution suisse est conforme au droit européen et va même au-delà de certaines des dispositions de la directive CE (voir ch. 1.2.2.). Ainsi, le délai de remboursement fixé à vingt jours correspond à ce qui se fait ailleurs en Europe, et respecte les exigences en vigueur dans la directive CE. Le montant minimum de la couverture a été fixé dès 2008 à 100 000 francs. Le Conseil fédéral est habilité à l'adapter à la dévaluation de la monnaie – dans l'UE, cette compétence appartient à la Commission (art. 7, al. 7 de la directive 94/19 CE). Parmi les particularités du système suisse figurent la participation de l'Etat au système de protection des déposants, ainsi que la possibilité de maintien des services bancaires dont dispose le FGD. En outre, il s'agira d'un fonds de droit public indépendant, alors que la plupart des solutions étrangères prévoient à l'heure actuelle une garantie des dépôts de droit privé. Il faut cependant relever que les Etats-Unis, avec la FDIC, connaissent également une institution publique de garantie des dépôts. De même, la garantie des dépôts australienne est organisée selon le droit public. En Allemagne, le fonds de garantie des dépôts est soumis au droit public. Enfin, le *Financial Services Compensation Scheme* britannique, qui a été créé par le *Financial Services & Markets Act 2000*, doit également être attribué au droit public. On relèvera en outre que les garanties des dépôts étrangères dont l'institution est formellement attribuée au droit privé, sont tellement liées aux autorités étatiques au plan de l'organisation, qu'on ne saurait plus parler d'une institution de droit privé (cf. à ce sujet les indications détaillées dans l'annexe). Compte tenu de l'importance exceptionnelle conférée aux marchés financiers en Suisse, la solution proposée ici par conséquent s'avère justifiée.

1.3.3 Evolution internationale

Un groupe de travail formé de représentants du «Cross-border Bank Resolution Group» (CBRG) du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS) et du «Guidance Group» de l'Association internationale des systèmes de garantie des dépôts (International Association of Deposit Insurers, IADI) a élaboré 18 principes fondamentaux pour des systèmes efficaces de garantie des dépôts (Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems¹⁰). Ces principes fondamentaux, publiés le 18 juin 2009 et se fondant sur les «Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems»¹¹ de l'IADI, visent à fixer des principes généraux sur lesquels les autorités nationales puissent s'appuyer pour la mise en place d'un système de garantie adapté à leur propre contexte économique et juridique.

¹⁰ <http://www.bis.org/publ/bcbs156.htm>

¹¹ <http://www.iadi.org/core.html>

Selon ces 18 principes fondamentaux, le système de garantie des dépôts vise en premier lieu à contribuer à la stabilité du système financier et à protéger les déposants. Le public cible est formé des petits déposants ne pouvant pas se permettre, ou alors très difficilement, une perte financière (1^{er} principe). Des limites de couverture clairement fixées, l'exclusion de toute couverture pour certains groupes de déposants ainsi que des systèmes de primes pondérées en fonction du risque, visent à éviter les incitations indésirables pour les clients bancaires comme pour les banques (2^e principe). Le système de garantie des dépôts doit rester indépendant de ses mandants (5^e principe). Dans le respect des lois et des règles de confidentialité en vigueur, il faudrait rendre possible une collaboration formellement réglée, le cas échéant au niveau transfrontalier, qui permette l'échange d'informations entre les divers acteurs de la garantie des systèmes financiers, autorités de surveillance et banques centrales comprises (6^e et 7^e principe). La participation des établissements financiers sera obligatoire (8^e principe). La désignation précise et limitative des dépôts susceptibles d'être garantis vise à permettre l'inventaire et le remboursement rapides des montants (9^e principe). En outre, il faudra préciser des questions fondamentales concernant le mode de financement et l'alimentation des garanties des dépôts (11^e principe), l'information régulière et complète du public, notamment en ce qui concerne la portée et les limites de la garantie (12^e principe), ou encore les décisions à prendre sur la gestion des banques insolubles ainsi que sur la collaboration entre tous les acteurs des réseaux de garantie, banques centrales et autorités de surveillance comprises (16^e principe).

Le système de garantie suisse des dépôts prévu dans la LGDB est pleinement conforme aux principes susmentionnés, notamment en ce qui concerne le but visé, l'organisation et le financement, ainsi que les garanties fournies.

1.4 Classement d'interventions parlementaires

La révision de la LB remontant à décembre 2008 a déjà accédé aux requêtes formulées dans les motions Bischof Pirmin¹² et Leutenegger-Oberholzer Susanne¹³. Le présent projet va au-delà de ce que demandaient ces deux auteurs.

¹² Motion Bischof Pirmin (08.3529), Renforcement de la protection des déposants.

¹³ Motion Leutenegger-Oberholzer Susanne (08.3546), Renforcer la protection des petits épargnants.

2 Commentaires des articles

2.1 Fonds de garantie des dépôts

2.1.1 Dispositions générales

Art. 1 But et personnalité juridique

Afin de garantir les dépôts et de renforcer la confiance dans la place financière suisse, il est créé un fonds de droit public indépendant (FGD) doté de la personnalité juridique et tenant sa propre comptabilité. La création d'un tel fonds, doté du capital correspondant, permettra de passer de l'actuel financement a posteriori de la garantie des dépôts à un financement anticipé et, ce faisant, de corriger le principal défaut du système en place. Le rôle accru désormais joué par la Confédération et les obligations supplémentaires lui incombant (avance ou garantie de la Confédération accordée dans une deuxième étape, après les prestations du FGD) ainsi que l'intérêt public accru que revêt une protection systémique justifient de doter le fonds d'une structure de droit public et ainsi d'abandonner l'autorégulation en vigueur jusque-là dans ce domaine.

Art. 2 Tâches

Let. a

Comme aujourd'hui, le but sera maintenu de garantir les dépôts des clients bancaires. A cet effet, le FGD mettra à disposition, comme l'a fait jusqu'ici l'autorégulation bancaire, les moyens nécessaires pour que le remboursement des dépôts garantis puisse s'effectuer dans les délais légaux.

Let. b

A l'avenir, les moyens financiers prévus pour la garantie des dépôts ne seront plus seulement affectés au remboursement des dépôts. Il peut être préférable pour les clients de ne pas obtenir uniquement la garantie de leurs dépôts, mais de bénéficier encore de la poursuite des services bancaires, sans interruption dans le règlement des opérations. A cet effet, les ressources de la garantie des dépôts doivent aussi pouvoir contribuer au maintien, sous certaines conditions (art. 5), des services bancaires existants. Cette nouvelle possibilité de préserver certains services bancaires, sans devoir procéder à un assainissement complet de la banque, est désormais réglée à l'art. 30 LB.

2.1.2 Garantie des dépôts

Art. 3 Déclenchement de la garantie

Al. 1

La FINMA déclenche le système de garantie des dépôts soit en ouvrant une faillite bancaire, soit en ordonnant certaines mesures protectrices. Les mesures protectrices

ordonnées ne déclenchent toutefois la garantie des dépôts que s'il existe simultanément un risque d'insolvabilité et si la décision prise se fonde sur l'art. 26, al. 1, let. e à h, LB. Autrement dit, si une mesure protectrice est ordonnée en dehors des dispositions en matière d'insolvabilité, par exemple sur la base de l'art. 23^{er} LB, la garantie des dépôts n'est pas déclenchée par la mesure ordonnée, même en cas de publication ou de communication correspondante.

Al. 2

Un délai de vingt jours ouvrables au maximum est prévu pour le versement du FGD au délégué à l'assainissement, au chargé d'enquête ou au liquidateur de la faillite. Le passage à un financement *ex ante* du fonds de garantie dispense de devoir d'abord prélever, dans un cas d'application, les moyens requis auprès de chaque banque. D'où généralement la possibilité d'un remboursement, au moins partiel, après quelques jours déjà. Un délai encore plus court n'est pas possible dans tous les cas, pour des raisons strictement techniques. En effet, il faut d'abord procéder aux écritures de bouclage nécessaires au jour de référence.

Le délai ne commence pas à courir automatiquement, mais seulement suite à la communication de la FINMA au FGD. Lors de ses communications, la FINMA transmet régulièrement aussi au fonds les derniers chiffres reçus à propos de la somme des dépôts garantis de la banque concernée et, en cas d'ouverture de faillite, la somme des dépôts visés à l'art. 37b LB qui seront payés immédiatement à partir des actifs liquides disponibles. Le FGD peut ainsi immédiatement s'atteler à la mise à disposition de l'argent destiné au remboursement des dépôts garantis.

Al. 3

Le but premier de toute intervention de la puissance publique est que la banque puisse poursuivre son activité soumise à autorisation, tout en sauvegardant autant que possible les droits des créanciers. Or le remboursement rapide d'une majorité de tous les avoirs des clients risque de compromettre la poursuite de l'activité bancaire. Aussi la FINMA peut-elle s'abstenir provisoirement de communiquer sa décision au FGD et reporter ainsi le commencement du délai, s'il existe des perspectives d'une prochaine levée des mesures de protection ordonnées, ou si la décision intervenue n'affecte pas les dépôts privilégiés et garantis par le système de garantie des dépôts.

Al. 4

Les mesures en matière d'insolvabilité doivent généralement déployer un effet immédiat pour remplir leur but. Si toutefois, à titre exceptionnel, une telle mesure n'est pas déclarée aussitôt exécutoire, le début du délai de remboursement via la garantie des dépôts sera automatiquement reporté. Et si le caractère exécutoire initialement conféré devait être ultérieurement levé, le délai sera alors interrompu et recommencera à courir dès la nouvelle entrée en force.

Art. 4 Exécution et cession légale

Al. 1

Le versement de l'argent mis à disposition incombe au mandataire nommé par la FINMA en vue de l'exécution de la procédure d'insolvabilité. Comme il a un accès

direct aux livres de la banque, le plan de remboursement nécessaire ne peut être dressé sans sa collaboration. Le mandataire demeure en outre en étroit contact avec les créanciers et devra, dans le cadre du remboursement des dépôts non garantis également, exiger les coordonnées nécessaires de chaque créancier. Il est donc justifié de confier entièrement au mandataire l'activité de remboursement.

Al. 2

Comme dans le cas du remboursement immédiat à partir des actifs liquides de la banque, il faut abandonner voire exclure toute compensation lors des remboursements au titre de la garantie des dépôts, par analogie à l'art. 37a LB et à l'autoréglementation actuelle. C'est l'unique façon de garantir que l'objectif d'un remboursement rapide soit atteint. Une éventuelle compensation de créances ne sera envisagée que dans une phase ultérieure, où elle sera soumise aux déposants concernés.

Al. 3

Il incombe au FGD de remettre au mandataire nommé par la FINMA les moyens nécessaires au remboursement des dépôts garantis. Le remboursement à chaque déposant ne relève toutefois pas de la responsabilité du FGD, et donc les déposants n'ont à son encontre aucun droit direct au remboursement de leurs dépôts garantis. Ils doivent faire valoir leur droit auprès du mandataire, en sa qualité de représentant de la masse.

Al. 4

Le FGD acquiert par cession légale, à hauteur de ses prestations fournies à chacun des créanciers, les créances envers la banque colloquées en deuxième classe. Le transfert s'effectue au moment du remboursement aux déposants. En même temps, le FGD acquiert tous les droits accessoires liés à la créance garantie – il est ainsi habilité à exercer les actions en responsabilité et les actions révocatoires et a le droit d'être consulté en cas de procédure d'assainissement.

Al. 5

Cet alinéa règle le rapport entre la garantie des dépôts au sens de la présente loi et la garantie d'Etat en place dans les cantons. Une pleine garantie existe dans presque tous les cantons. Les seules exceptions sont Vaud (absence de garantie d'Etat), Berne (suppression de la garantie limitée d'ici la fin de 2012) et Genève (garantie limitée du canton). La garantie des dépôts peut faire valoir une compensation à l'égard du canton concerné, dans la mesure où le FGD rembourse des dépôts effectués auprès de banques cantonales disposant d'une garantie d'Etat. De son côté, le canton effectuant des versements au FGD est subrogé dans cette mesure aux droits du fonds à l'encontre de la banque (ce qui peut avoir des conséquences pratiques, notamment en cas de plainte visant d'anciens organes de la banque cantonale en faillite). Les déposants auprès d'une banque cantonale profitent par conséquent de la garantie des dépôts. Le FGD leur assure un remboursement rapide de leurs avoirs, scénario impensable avec une simple garantie d'Etat déployant ses effets à la fin de la procédure de liquidation.

2.1.3 Prestations destinées au maintien de services bancaires

Art. 5 Procédure

Al. 1

Ce nouvel instrument doit permettre aux services bancaires d'être maintenus grâce aux moyens financiers du FGD – revêtant par exemple la forme de garanties octroyées. D'où pour la FINMA, dans le cadre de la procédure d'assainissement, davantage de possibilités de trouver des solutions adéquates pour tous les intéressés.

Al. 2

Le maintien des services bancaires doit pouvoir être soutenu avec les moyens du FGD si cette solution permet non seulement d'améliorer la situation des déposants, mais semble de surcroît conduire, dans l'optique du FGD, à un engagement certes plus rapide, mais probablement moindre du point de vue financier. En dernier lieu, le fonds est seul à pouvoir procéder à une telle évaluation, raison pour laquelle il importe qu'il puisse se prononcer sur l'utilisation du capital disponible.

En cas de maintien des services bancaires, les moyens financiers du FGD ne sont pas directement affectés au remboursement des dépôts. Il est donc nécessaire que l'utilisation faite des moyens du fonds permette d'assurer la couverture des dépôts garantis. C'est l'unique manière de respecter le but premier du système, soit la garantie des dépôts privilégiés. L'utilisation du capital du fonds doit être conforme aux conditions susmentionnées et ne doit conduire en aucun cas à une extension de l'activité déployée jusque-là par la banque et donc, le cas échéant, à des risques accrus pour les parties prenantes. L'affectation desdits moyens financiers au maintien de services bancaires doit viser autant que possible à une couverture optimale des prétentions des créanciers.

Al. 4

Le Conseil fédéral précisera, dans les limites de cet article, les conditions régissant l'utilisation des moyens du fonds.

Art. 6 Montant

Al. 1

Le capital pouvant être affecté au maintien de services bancaires doit être limité en fonction tant de l'établissement concerné que de la capacité du FGD. Il n'excédera pas, par cas de garantie, les valeurs limites indiquées dans cette disposition. Cette mesure sert elle aussi à limiter les risques pouvant être encourus dans l'utilisation des moyens du fonds.

Al. 2

S'il est indiqué d'allouer davantage de moyens que ne le permet l'al. 1, des considérations relevant de la politique des marchés financiers interviennent souvent dans la discussion précédant la décision. Par conséquent, il est justifié que le Conseil fédéral statue sur l'emploi de montants plus élevés, sur proposition du FGD.

2.1.4 Organisation

Art. 7 Conseil d'administration et office de gestion

Le FGD est un fonds de droit public indépendant, doté de la personnalité juridique et tenant sa propre comptabilité. Sa tâche légale consiste essentiellement à gérer son patrimoine, ce qui réduit fortement les besoins d'organisation et de réglementation au niveau légal. Les dispositions d'exécution feront l'objet d'une ordonnance du Conseil fédéral (voir art. 28) ainsi que d'un règlement.

Al. 1

Le conseil d'administration du FGD est désigné par le Conseil fédéral. Les compétences techniques requises pour en faire partie découlent de son champ d'activité, qui consiste essentiellement à se procurer le capital nécessaire au fonds, à le placer et à en utiliser les moyens disponibles, ainsi qu'à édicter le cas échéant des décisions en matière de contributions. Le conseil d'administration devrait donc être en principe indépendant des banques soumises au système de garantie des dépôts, ce qui ne dispense pas de veiller à la représentation adéquate des intérêts de la branche.

Al. 2

Cette disposition énumère les compétences essentielles du conseil d'administration. Il doit se prononcer sur toutes les opérations du FGD, dès qu'elles atteignent une certaine portée. Il est également de la compétence du conseil d'administration d'édicter des directives sur les placements (soumises à l'approbation du Conseil fédéral; art. 21, al. 2).

Entre autres tâches, le conseil d'administration surveille l'exécution de ses décisions et répond de l'établissement des comptes du FGD.

Al. 3

Le conseil d'administration désigne pour les questions opérationnelles un office de gestion. Il pourra se limiter à un petit nombre de personnes, et donc il n'est pas nécessaire de prévoir dans la loi des prescriptions supplémentaires sur son organisation. Le statut du personnel pourra être réglé au niveau réglementaire (voir aussi l'art. 7a de l'ordonnance du 2 décembre 2006 concernant l'administration du Fonds de compensation de l'assurance vieillesse et survivants, RS 831.192.1). L'office de gestion devra assurer une permanence et sera en contact étroit avec la FINMA, notamment pour le prélèvement des contributions auprès des banques et lors des procédures d'assainissement, quand il s'agit du maintien éventuel de services bancaires. Il est également possible au conseil d'administration de faire appel à des tiers – comme par exemple à une fiduciaire –, si un cas d'application exige du personnel supplémentaire.

Al. 4

Le Conseil fédéral aura pour tâche de préciser dans un règlement l'activité du conseil d'administration ainsi que de l'office de gestion.

Art. 8 Responsabilité

Les dispositions sur la responsabilité du fonds s'inspirent de celles en vigueur pour la FINMA. La raison tient tout d'abord au fait que dans la pratique, pour prendre ses décisions essentielles (prélèvement des contributions, affectation de moyens au maintien de services bancaires, requête de l'avance ou de la garantie de la Confédération), le FGD s'appuie de façon déterminante sur les indications de la FINMA, et donc que rien ne justifierait de faire preuve à son égard d'une plus grande sévérité. Ensuite, quand il s'agit du maintien de services bancaires, les enjeux se chiffrent rapidement en centaines de millions de francs et, dans ce contexte, il est courant que les erreurs dommageables commises par une banque échappent à la sphère d'influence du fonds. De ce point de vue, il ne serait pas correct de lui reprocher une violation de ses devoirs de service pour avoir décidé d'allouer des moyens financiers. D'autant moins que le FGD devra généralement se prononcer très rapidement, sur la base des documents disponibles à ce moment. Par conséquent, une attribution de la responsabilité à la fois objective et conforme au principe de causalité justifie de limiter la responsabilité du FGD à la violation de devoirs essentiels de fonction.

Art. 9 Etablissement des comptes

Les présentes prescriptions concernant l'établissement des comptes correspondent à celles de la FINMA (voir art. 18 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1]) et visent à assurer la complète transparence qui s'impose sur la situation financière du FGD. Le Conseil fédéral précisera dans les dispositions d'exécution les normes en matière d'établissement des comptes.

Art. 10 Impôts

Les établissements de la Confédération sont exonérés des impôts directs de la Confédération en vertu de l'art. 56 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11). Dans le cas des établissements de droit public indépendants (institutions, fonds, etc.), l'exonération devrait être prévue, selon la jurisprudence, dans les lois spéciales correspondantes.

Les impôts indirects de la Confédération se réfèrent à un objet fiscal. Ils frappent des opérations économiques (chiffres d'affaires, transferts, versements de primes, d'intérêts ou de dividendes, etc.), sans se soucier de savoir qui sera redevable de l'impôt. Les exonérations subjectives ont un effet de distorsion sur la concurrence. En outre, le fait qu'une mission revête un intérêt public important ne justifie pas l'exonération des redevances indirectes perçues par la Confédération, les droits de timbre en particulier (voir p. ex. BNS, CFF, FINMA, SUVA, Pro Helvetia, IPI, etc.). Il importe de rappeler à ce sujet l'assujettissement explicite, en leur qualité de commerçants de titres, du fonds de compensation de l'AVS et de celui de l'AC (art. 13, al. 5 de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre [LT; RS 641.10]). De même, le fonds de désaffectation et le fonds d'évacuation des déchets institués par la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu; RS 732.1) sont comparables au FGD. Or tous deux sont exemptés seulement des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes (art. 81, al. 4, LENu), mais non des

impôts indirects perçus par la Confédération, les cantons et les communes. Rien ne justifie ici de déroger à ce principe.

Sur la base du présent projet de loi, le fonds est un commerçant de titres pour autant que ses comptes indiquent des titres imposables d'une valeur de plus de 10 millions de francs (art. 13, al. 3, let. f, LT). Il s'ensuit que le fonds doit acquitter à la Confédération des droits de timbre de négociation pour ses achats et ventes de titres (documents imposables au sens de l'art. 13, al. 2, LT). Les taux sont régis par l'art. 16 LT.

Art. 11 Frais

Les frais du FGD proviendront essentiellement de ses charges d'administration (conseil d'administration et office de gestion). Si les moyens du fonds ne suffisent pas à couvrir ces charges, les banques ont l'obligation d'effectuer un versement supplémentaire. Celui-ci sera perçu par le FGD et calculé (par la FINMA) de la même façon que les contributions ordinaires.

2.1.5 Financement

Art. 12 Principe

Al. 1

Le FGD se finance par les contributions périodiques des banques et par les rendements tirés des placements effectués. Pendant la phase de constitution du fonds, les banques sont tenues de garantir en partie le capital manquant par des liquidités supplémentaires, qu'elles lui verseront dans un cas d'application. Les dispositions transitoires règlent ce point.

Al. 2

Le FGD n'est pas tenu, dans un cas de garantie, de conserver les créances envers la banque qui lui ont été transférées. Cette flexibilité lui permet, par exemple, de céder à une autre banque les opérations d'une banque en liquidation.

Art. 13 Capital cible

Al. 1

Le capital cible désigne les moyens dont disposera le fonds quand toutes les prestations des banques auront été effectuées. Comme le fonds sert à garantir les dépôts bancaires, il est justifié de déterminer le capital cible sur la base de ces dépôts. A la fin de 2008, le total des dépôts bancaires garantis avoisinait 325 milliards de francs. 3 % de ce montant correspondent donc à 9,75 milliards. Selon le régime actuel de protection des déposants, les banques sont tenues de mettre à disposition des actifs d'une valeur de six milliards de francs. Le montant du capital cible marque ainsi un net accroissement des moyens précédemment à disposition. Cette mise à contribution supplémentaire du système a pour but d'en renforcer la crédibilité. Avec un capital de 9,75 milliards, seuls les dépôts garantis de cinq banques (groupe Raiffei-

sen, UBS, Credit Suisse, banque cantonale zurichoise et banque Migros), contre huit aujourd'hui, ne pourront pas être couverts complètement par le FGD.

Al. 2

Le calcul annuel du capital cible sert à déterminer les prestations que les banques sont tenues de fournir au FGD.

Art. 14 Alimentation

Al. 1

Le fonds sert à la protection des dépôts effectués auprès d'une banque. Par conséquent, chaque banque est astreinte au versement de contributions dès lors qu'elle détient des dépôts garantis. Les banques mettent à disposition deux tiers du capital cible en s'acquittant de contributions annuelles, et le tiers restant en fournissant la couverture correspondante sous forme d'actifs mis en gage ou remis d'une manière équivalente (voir art. 17).

Al. 2

La mise à disposition immédiate du capital cible excéderait les possibilités financières des banques. Par conséquent, le FGD sera alimenté par étapes, sur plusieurs années. Pendant cette phase d'accumulation, toutes les banques verseront chaque année 4 % des deux tiers du capital cible à réunir selon l'art. 9, al. 2, let. a. Une fois ce montant réuni, l'obligation annuelle de payer des contributions deviendra caduque. Elle est toutefois susceptible de renaître, si la fortune du fonds devait tomber en dessous du capital cible, suite à une perte définitive subie dans un cas d'application. Les prestations à charge d'une banque pour le réapprovisionnement du FGD seraient à nouveau limitées, chaque année, à 4 % de sa part au capital cible.

Al. 3

Pour éviter qu'une banque n'accède par la suite comme «passager clandestin» au système de garantie des dépôts, toute banque est tenue de verser des contributions pendant au moins 20 ans, que le capital cible du fonds ait été réuni ou non. Mais comme il s'agit de prestations à fonds perdu, il n'y a aucune obligation de rachat pour les années antérieures.

Al. 4

Cette disposition prévoit que les banques n'ont pas droit au remboursement de leurs contributions, autrement dit qu'il s'agit de prestations à fonds perdu. En revanche, la couverture accordée au FGD est recalculée chaque année et répartie sur cette base entre les diverses banques. Il s'ensuit qu'en cas de cessation d'activité, elle sera libérée à nouveau au profit de la banque concernée.

Art. 15 Montant des contributions

Al. 1

Le calcul de la contribution due par les diverses banques en vue de la constitution du capital cible se fonde, d'une part (à l'instar du régime actuel), sur le montant de leurs dépôts garantis respectifs par rapport au total des dépôts garantis de toutes les banques. D'autre part, le risque de survenance d'un cas de garantie est à chaque fois pris en compte. Un faible risque sera récompensé par une diminution des contributions à verser, tandis que les banques présentant un profil de risque moins favorable devront s'acquitter d'une contribution d'autant plus élevée.

Al. 2

La définition du risque propre à la banque doit rester simple et transparente, afin que chaque banque puisse comprendre l'évaluation la concernant. Le recours à un vaste système d'indicateurs ne manquerait pas de soulever des discussions sur la portée, l'interprétation et la pondération de certaines valeurs. En outre, divers indicateurs couramment utilisés ne permettent pas de juger directement du risque. A titre d'exemple, on peut citer le *cost/income ratio* (charges d'exploitation en % des revenus bruts): un *cost/income ratio* élevé témoigne avant tout d'une moindre productivité et donc d'une plus faible probabilité de générer durablement une marge brute d'autofinancement (*cash flow*) positive. Alors que des valeurs comprises entre 60 % et 65 % sont normales dans le secteur de la gestion de fortune, les mêmes valeurs seraient nettement supérieures à la moyenne (et donc moins bonnes) dans la banque de détail. D'un autre côté, un *cost/income ratio* très bas peut être le signe d'efforts d'économies exagérés, parfois aux dépens du personnel, de l'infrastructure ou des processus internes, ce qui pourrait accroître les risques opérationnels.

De même, un taux de corrections de valeur élevé sur les prêts à la clientèle se prête à différentes interprétations. D'un côté, il peut indiquer des risques de crédit accrus sur les prêts. De l'autre, la banque peut simplement mener une politique particulièrement prudente en matière de corrections de valeur et chercher à améliorer par un taux de corrections de valeur élevé sa tolérance au risque, ce qui serait à nouveau plutôt positif.

Par ailleurs, le recours à de tels chiffres-clés pour définir le risque propre à la banque peut avoir des effets pervers. Par exemple, dans les deux cas susmentionnés, les banques comprimant au maximum leurs coûts ou procédant à peu de réévaluations seraient récompensées. Or comme une telle façon de procéder n'améliore pas nécessairement la situation de risque, voire même aurait tendance à la péjorer dans des cas extrêmes, il faut absolument éviter ce genre d'incitations négatives.

La définition proposée du risque propre à la banque ne se fonde donc que sur deux indicateurs classiques des fonds propres. Le ratio «tier 1» représente les fonds propres de base pouvant être pris en compte par rapport aux actifs pondérés en fonction du risque. La détermination du risque se base ici sur les normes Bâle II. Cette approche est complétée par le ratio de levier financier (*leverage ratio*), soit le rapport entre les fonds propres de base pouvant être pris en compte et le total du bilan (non pondéré). Si l'un de ces deux indicateurs est en deçà de la valeur limite fixée par la FINMA, un supplément pour risque doit être acquitté. Le recours à ces deux indicateurs permet d'éviter des incitations indésirables; seules l'augmentation du capital de base ou la réduction des actifs (pondérés en fonction du risque) amélioreront ce chiffre.

Le risque propre à la banque peut être réduit par le biais d'une garantie d'Etat ou d'un dispositif de sécurité comparable. Ne sont pas considérés comme équivalents

les fonds de garantie des banques RBA (volume insuffisant), les dispositifs de sécurité du groupe Raiffeisen (absence de patrimoine autonome et indépendant), de même que la fortune des banquiers privés (la couverture n'étant pas délimitée séparément et le maintien de sa valeur ne faisant pas l'objet de contrôles).

Un supplément de risque est prévu pour les établissements dont les dépôts garantis affichent une croissance vigoureuse. Ce sont presque exclusivement de jeunes entreprises ou des banques ayant revu leur stratégie d'affaires. Les volumes sont habituellement faibles, ce qui fait qu'ils n'ont pratiquement pas d'incidence sur la répartition globale des risques. Mais comme l'obligation de faire des versements n'est réexaminée qu'une fois par an, il appartient à ces établissements de suivre de près leur évolution et d'ajuster par avance leur part due au FGD.

Enfin, les banques bénéficiant d'une dérogation à l'obligation de couvrir leurs dépôts privilégiés par des actifs situés en Suisse (art. 37a, al. 6, LB) doivent s'acquitter d'un supplément de risque. Cette hausse des coûts d'opportunité vise à inciter au respect intégral des dispositions.

Al. 3

Il incombe au Conseil fédéral de régler en détail les facteurs qui accroissent ou diminuent le risque propre à la banque. Il est libre de compléter à cet effet les critères de risque déterminants selon l'al. 3. Il peut déléguer à la FINMA la tâche de préciser les modalités techniques et la mise en œuvre.

Art. 16 Prélèvement des contributions

Al. 1

La perception des contributions relève de l'administration au sens large de la fortune du fonds et fait ainsi partie des tâches du FGD. Il appartient à la FINMA de fournir au fonds les données à sa disposition qui sont nécessaires au calcul de la prestation due par chaque banque, soit notamment les données sur le risque propre à chaque banque.

Al. 2

En cas de contestation de son calcul des contributions, le FGD rend une décision sujette à recours. La procédure est régie par les dispositions de la procédure fédérale (voir art. 23).

Art. 17 Couverture

Al. 1

Les banques sont tenues de fournir au FGD une couverture pour le tiers du capital cible qui ne fait pas l'objet des contributions prévues à l'art. 14. Il n'est pas prévu de constituer cette couverture par étapes, et donc elle devra être fournie à l'entrée en vigueur de la loi.

Al. 2

La forme de couverture que les banques sont tenues de fournir au FGD doit permettre, dans un cas d'application, une liquidation immédiate des valeurs patrimoniales correspondantes. Afin de garantir que ce soit le cas, seuls sont reconnus comme couverture les titres éligibles pour les opérations de crédit selon l'art. 9, al. 1, let. e de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (loi sur la Banque nationale, LBN; RS 951.11; titres admis par la BNS dans ses pensions). De par son activité d'investissement, le FGD est un intervenant des marchés financiers au sens de l'art. 9 LBN. Tout en étant une organisation de droit public de la Confédération, il est doté de la personnalité juridique et tient sa propre comptabilité, et il est à tout point de vue financièrement indépendant de la Confédération. L'art. 11, al. 2, LBN ne s'oppose donc pas à ce que des opérations de crédit soit conclues avec le FGD.

Al. 3

Par analogie au calcul des contributions dues par chaque banque, le montant de la couverture à fournir découle des dépôts garantis détenus par la banque et du risque qui lui est propre.

Art. 18 Rendements du capital disponible

Al. 1

Tout indique que le FGD dégagera des rendements en plaçant son capital disponible. Ceux-ci doivent être portés au crédit du capital cible, aussi longtemps que les contributions n'auront pas permis d'en constituer les deux tiers comme prévu à l'art. 14, al. 1.

Al. 2 et 3

Même une fois le capital cible entièrement atteint, les banques n'auront en principe pas droit à ces rendements. Ceux-ci iront donc par la suite aux réserves. D'où la création d'un matelas de sécurité, qui permettra de régler des cas de garantie mineurs sans devoir à nouveau solliciter les banques.

Al. 4

Dans des situations particulières, le Conseil fédéral est habilité à autoriser des remboursements à partir des réserves.

Art. 19 Recours au capital cible

Al. 1

Le FGD a le choix des moyens pour financer ses prestations, ce qui implique que le législateur fixe dans quel ordre ils doivent être utilisés. Dans un cas d'application, les prestations doivent d'abord être financées à partir des éventuelles réserves disponibles. Si elles sont suffisantes, les banques seront dispensées de fournir des prestations supplémentaires. Sinon, il faudra puiser dans le capital disponible, provenant des contributions des banques. Ce n'est que si ces moyens ne suffisent pas que les actifs de la couverture seront finalement réalisés.

Al. 2

Cette disposition prévoit expressément que le FGD ne peut fournir des prestations que sur la base des moyens effectivement disponibles. S'il a effectué des paiements dans un cas d'application, ses actifs indiquent certes une demande en restitution. Mais faute de disposer des moyens correspondants, il n'a pas à fournir des prestations sur cette base.

Al. 3

Les banques ont l'occasion de régler le montant de la couverture d'une manière équivalente. D'où pour elles la possibilité d'organiser à moindre coût, le cas échéant, la mise à disposition des moyens nécessaires.

Al. 4

Les actifs convertis en liquidités au cours de l'assainissement ou de la liquidation de la banque concernée sont reversés au FGD, qui est subrogé aux droits des déposants remboursés (art. 4, al. 4). D'où généralement le remboursement au fonds de toutes les prestations qu'il a dû verser à partir des moyens de ladite banque, à l'issue de son assainissement ou de sa liquidation. A ce stade, le FGD aura entièrement reconstitué ses moyens mis à contribution et affichera dans son bilan l'état antérieur au cas d'application. Si toutefois les moyens reversés ne sont pas suffisants, il importe de fixer l'ordre dans lequel leur reconstitution s'effectuera. Concrètement, il faudra d'abord mettre à disposition du FGD les moyens auxquels il peut le moins rapidement accéder. Il s'agit de l'ordre inverse par rapport à celui où les moyens ont été utilisés.

Art. 20 Perte définitive

Al. 1

La perte définitive définie dans cette disposition (cette notion apparaît aussi à l'art. 4, al. 5 et – dans la variante prévoyant une garantie de la Confédération – un renvoi y est fait à l'art. 25, al. 2) doit être comprise comme la part des prestations du fonds restant à découvert après la liquidation complète des actifs d'une banque. Le moment déterminant pour fixer la perte définitive n'est toutefois pas celui de la clôture de la procédure de liquidation mais celui – habituellement situé longtemps avant – où l'état de collocation passe en force de chose jugée. Dès cette date, le liquidateur peut généralement estimer avec une certitude suffisante si les paiements effectués par le fonds ne seront pas couverts et, le cas échéant, dans quelle mesure. Autrement dit, le FGD est en mesure de déduire, avant même la clôture de la liquidation, la perte définitive et, si nécessaire, d'introduire les mesures nécessaires pour se reconstituer complètement.

Al. 2

Cette disposition prévoit que s'il faut couvrir une perte, les moyens du fonds doivent être mis à contribution dans le même ordre qu'il y est fait appel pour fournir des prestations (art. 19, al. 1).

Al. 3 et 4

Ces dispositions indiquent de quelle manière le fonds doit être à nouveau alimenté si suite à une perte définitive, il devait ne plus disposer d'au moins deux tiers du capital cible ou d'une couverture équivalente à un tiers du capital cible. Le cas échéant, l'obligation de verser des contributions prévues à l'art. 14 renaît et il faudra aussi reconstituer la couverture manquante.

Art. 21 Placements

En situation de crise, le FGD doit être en mesure de rembourser rapidement et dans leur totalité les dépôts garantis. Les placements doivent par conséquent satisfaire à des exigences élevées du point de vue de la liquidité et de la solvabilité:

- Pour permettre un remboursement rapide des dépôts, les placements du système de garantie des dépôts doivent être réalisables à très court terme, et donc être très liquides.
- Pour garantir la solvabilité du système de garantie des dépôts, les placements doivent être investis en titres à faible risque. En particulier, les placements ne doivent pas être soumis à de fortes fluctuations de cours, même en période de turbulences.

Des directives sur les placements, édictées par le conseil d'administration et dûment approuvées par le Conseil fédéral, permettront de tenir compte de ces exigences. Le régime d'approbation par le Conseil fédéral se justifie dans la mesure où, si les placements devaient s'avérer insuffisants dans un cas soumis à garantie, l'avance de la Confédération ou sa garantie seraient mises à contribution. Les exigences susmentionnées ont pour conséquence que tous les actifs du FGD devront être admis par la BNS dans ses pensions. Pour pouvoir être éligibles, les titres sont tenus de respecter certaines conditions minimales en termes de liquidité et de solvabilité. À la lumière des critères prescrits, la BNS vérifie constamment si de nouveaux titres peuvent être inscrits sur la liste des titres éligibles ou s'il y a lieu d'en biffer certains s'y trouvant. En se référant à cette liste, le FGD s'évitera un processus d'évaluation et de surveillance superflu. Et si les placements du FGD satisfont aux critères de la BNS, il sera en outre possible de se procurer des liquidités auprès de la BNS, via les opérations «repos». Une telle option serait particulièrement avantageuse si, en raison des mauvaises conditions du marché, la liquidation rapide des actifs n'était pas possible ou alors seulement à des conditions défavorables.

2.1.6 Echange d'informations et voies de droit

Art. 22 Echange d'informations

Le FGD et la FINMA collaboreront de manière très étroite. En particulier, la FINMA aura pour tâche de mettre à disposition du FGD les données servant au calcul des contributions annuelles des banques et de solliciter à temps le fonds, s'il est question de maintenir des services bancaires avec ses moyens. Le FGD et la FINMA doivent donc être habilités à se communiquer mutuellement toutes les informations et de se transmettre tous les documents nécessaires à la mise en œuvre de la présente loi.

Art. 23 Voies de droit

Les décisions en matière de garantie des dépôts concernent en premier lieu la perception des contributions auprès des banques. Elles peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. En revanche, dans le cas du déblocage de moyens en vue de la poursuite de services bancaires, il s'agit d'une décision de placement relevant du pouvoir d'appréciation et de la seule compétence du FGD. Cette décision n'est donc pas sujette à recours.

2.2 Avance de la Confédération (variante A)

Art. 24 Cas d'application

Al. 1

L'avance de la Confédération vise à la mise à disposition des liquidités nécessaires au remboursement des dépôts garantis, sans que les déposants aient à attendre l'issue de la procédure d'assainissement ou de faillite. L'avance ne peut toutefois être affectée au maintien des services bancaires. En outre, il n'est possible d'y recourir qu'à partir du moment où tant les actifs liquides disponibles de la banque que les moyens du FGD au sens de l'art. 19, al. 1 et 2, seront épuisés. L'avance de la Confédération revêt la forme d'un prêt au FGD, dont le taux d'intérêt sera adapté aux conditions du marché.

Al. 2 et 3

Le FGD peut requérir l'avance du Conseil fédéral, si la FINMA a demandé le versement de prestations destinées à la garantie des dépôts (art. 2, let. a) et si les conditions prévues à l'al. 1, première phrase, sont remplies. L'avance porte exclusivement sur le remboursement des dépôts garantis. La procédure d'octroi de crédit est régie par la loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (LFC; RS 611.0. En cas de remboursement des dépôts garantis, le montant nécessaire constitue une dépense liée. Le Conseil fédéral examinera la requête du FGD et approuvera l'octroi de l'avance, pour autant que les conditions prévues à l'al. 1 soient remplies. En même temps, il demandera les crédits nécessaires avec le budget ou ses suppléments. Le cas échéant, il devra recourir à la procédure d'urgence prévue à l'art. 34 LFC.

Art. 25 Exécution et droits

Al. 1

Une fois l'autorisation de crédit obtenue, la Confédération remet au liquidateur de la faillite, au délégué à l'assainissement ou au chargé d'enquête nommé par la FINMA le montant nécessaire au remboursement des dépôts garantis. Celui-ci procédera au remboursement des dépôts garantis.

Al. 2

L'avance de la Confédération ne confère aux déposants aucune prétention directe à son endroit. Leurs intérêts sont représentés par la FINMA (qui demande le versement des prestations en ordonnant des mesures de garantie ou en ouvrant la faillite) et par le FGD (qui requiert l'avance de la Confédération). Il est donc superflu d'accorder encore un droit individuel à chacun des déposants.

Al. 3

Le FGD utilise les remboursements provenant de la banque liquidée ou assainie pour rembourser le prêt de la Confédération. Si les moyens ne suffisent pas pour en rembourser la totalité, le FGD est tenu de verser la différence à la Confédération en puisant dans ses propres moyens. Il s'agit là de la différence essentielle par rapport à la variante de la garantie où la Confédération supporte le risque de perte.

Art. 26 Prime

Al. 1

En échange de sa garantie, la Confédération encaisse auprès des banques une prime annuelle, perçue par le FGD. Elle est calculée à partir de la somme globale des dépôts garantis. Les moyens effectivement disponibles du FGD – et donc qui ne sont pas déjà liés à un cas d'application – en sont déduits. En effet, le FGD assume dans cette mesure la garantie des dépôts, et la garantie de la Confédération est ici superflue.

La prime due par la Confédération est fixée à un point de base (pb), soit à un niveau moins élevé que pour la garantie, puisqu'en cas d'avance le risque de perte est nul. Sachant que les dépôts garantis avoisinent 325 milliards de francs, il en résulterait des recettes annuelles de 32 millions de francs pour la Confédération.

Al. 2

Le FGD perçoit la prime auprès des banques concernées. Elle n'est pas payée au débit du capital dont dispose le FGD, les banques devant s'en acquitter en plus de leurs contributions ordinaires annuelles. La raison en est que la constitution de capital du FGD ne doit pas être amoindrie par la prime due en échange de l'avance de la Confédération.

2.3 Garantie de la Confédération (variante B)

Art. 24 Cas de garantie

La garantie de la Confédération vise à la mise à disposition des liquidités nécessaires au remboursement des dépôts garantis, sans que les déposants doivent attendre l'issue de la procédure d'assainissement ou de faillite. Le cas échéant, elle ne sera utilisée qu'à partir du moment où tant les actifs liquides disponibles de la banque que les moyens du FGD au sens de l'art. 19, al. 1 et 2, sont épuisés. La procédure d'autorisation correspond à celle prévue pour l'avance de la Confédération.

Art. 25 Exécution et cession légale

Al. 1

L'exécution correspond largement à celle définie pour l'avance de la Confédération.

Al. 2

Après avoir fourni ses prestations destinées aux déposants, la Confédération se trouve dans la même situation que le FGD par rapport aux déposants et du point de vue du transfert des droits (ce qui n'est pas le cas pour l'avance où la Confédération accorde un prêt au FGD). D'où la possibilité d'un renvoi aux dispositions correspondantes.

Al. 3

Lors de la restitution, à partir des moyens de la banque (ou du dividende de la faillite dans un cas extrême), des dépôts couverts par le FGD ou la Confédération, les créances du FGD sont désintéressées en premier, dès lors qu'il a aussi été le premier à payer. Les remboursements à la Confédération suivent une fois que le FGD a récupéré dans son intégralité le montant qu'il a mis à disposition.

Art. 26 Prime

Al. 1

En échange de sa garantie, la Confédération encaisse auprès des banques une prime annuelle, perçue par le FGD. Elle est calculée à partir de la somme globale des dépôts garantis. Les moyens effectivement disponibles du FGD – et donc qui ne sont pas déjà liés à un cas d'application – en sont déduits. En effet, le FGD assume dans cette mesure la garantie des dépôts, et la garantie de la Confédération est ici superflue.

La prime due par la Confédération est fixée à trois points de base (pb). Sachant que les dépôts garantis se montent à 325 milliards de francs, il en résulterait des recettes annuelles de 97 millions de francs pour la Confédération.

Al. 2

Le FGD perçoit la prime auprès des banques concernées. Elle n'est pas payée au débit des moyens disponibles du FGD, les banques devant s'en acquitter en plus de leurs contributions ordinaires annuelles. La raison en est double. D'une part, la constitution de capital du FGD ne doit pas être amoindrie par la prime due en échange de la garantie de la Confédération. D'autre part, le calcul de la part à charge de chaque banque ne se fonde pas seulement sur le risque propre mais aussi (ce qui n'est pas le cas des contributions dues au FGD) sur la probabilité du recours par la banque concernée à la garantie de la Confédération (al. 3). D'où la nécessité d'une facturation séparée.

Al. 3

La FINMA calcule la part respective de chaque banque à la prime due pour la garantie de la Confédération. A cet effet, elle prend en compte la part de la banque à

la somme des dépôts garantis, le risque propre à ladite banque et la probabilité de recours par celle-ci à la garantie de la Confédération. Ce dernier élément fait que les grandes banques devront assumer une part proportionnellement plus élevée de la prime liée à la garantie de la Confédération que les petites banques. Ceci parce que si une petite banque se trouve en difficulté, le FGD sera généralement en mesure d'amortir le choc et ne devra guère recourir à la garantie de la Confédération. Autrement dit, la répartition des coûts présente un caractère exponentiel. Il est ainsi à prévoir que les petites banques ne verseront qu'une contribution symbolique de quelques milliers de francs. En revanche, les trois plus grandes banques devront verser ensemble plus de 80 % de la prime totale due en échange de la garantie de la Confédération.

2.4 Dispositions finales et transitoires

Art. 27 Alimentation initiale du FGD

Al. 1

Le FGD doit être en mesure d'assumer ses devoirs de garantie dès l'entrée en vigueur de la loi. Par conséquent, tant que les deux tiers du capital-cible à réunir n'auront pas été versés, les banques sont tenues en vertu de cet alinéa de la disposition transitoire (let. a) de faire au FGD des versements jusqu'à concurrence de 2 % des dépôts garantis (ce qui correspond aujourd'hui à deux tiers du capital-cible ou 6,5 milliards de francs) dans un cas d'application pratique, tant que celui-ci n'est pas en mesure de fournir ses prestations avec ses propres moyens (art. 19, al. 1 et 2) et la couverture (art. 17). Pour que cette obligation soit au moins partiellement couverte, les banques sont ensuite tenues (let. b) de disposer de moyens supplémentaires – comme le prévoyait déjà l'ancien système de garantie (voir art. 37*h*, al. 3, let. c, LB). Le montant total des moyens à détenir s'élève à un pourcentage des dépôts garantis et correspond assez précisément, avec près de 3,25 milliards de francs, aux 3 milliards supplémentaires détenus aujourd'hui. Il convient toutefois de noter que cette obligation n'est plus répartie entre les diverses banques sur la seule base des dépôts garantis, mais qu'il est également tenu compte du risque propre à chacune d'elles (al. 4). Autrement dit, les moyens dont chaque banque doit disposer sont susceptibles de varier par rapport à aujourd'hui.

Il importe de rappeler ici qu'avant tout recours à la garantie des dépôts, les dépôts garantis sont d'abord remboursés à partir des actifs disponibles de la banque concernée (art. 37*b*, al. 1, LB). Ce n'est qu'une fois épuisée cette source propre que la garantie des dépôts déploie ses effets.

Al. 2

L'obligation qu'ont les banques de faire des versements (al. 1) va en diminuant, au fur et à mesure de l'alimentation du capital-cible. Cette règle est justifiée dans la mesure où avec l'augmentation du capital cible, il sera toujours plus en mesure de fournir des prestations de son propre chef.

Al. 3

L'ordre dans lequel les moyens du fonds doivent servir dans un cas d'espèce est régi par l'art. 19, al. 1. Au cours de la phase d'alimentation, les moyens seront utilisés selon l'al. 1 de la présente disposition transitoire. Ainsi, à supposer qu'au cours de l'assainissement ou de la liquidation les actifs rendus liquides de la banque concernée soient reversés au FGD, ces moyens doivent retourner à leur lieu de provenance et, selon la disposition commentée ici, dans l'ordre inverse de celui où ils ont été prélevés. Cette approche permet en même temps d'éliminer les éléments de la garantie des dépôts ayant le plus fort effet procyclique.

Al. 4

Les prestations qu'il incombe aux banques de fournir en vertu des dispositions transitoires sont réparties entre les diverses banques selon l'art. 15, autrement dit la ventilation des charges se fonde sur le montant des dépôts garantis gérés par chaque banque et sur le risque qui lui est propre. Ainsi, les banques rejoignant ultérieurement le système de garantie assument suite à leur entrée les mêmes charges que les banques déjà affiliées. Par conséquent, elles doivent aussitôt fournir au FGD une couverture au prorata, détenir des liquidités supplémentaires et payer leurs contributions annuelles.

Al. 5

Comme les prestations allouées par les banques selon le présent article relèvent de la solidarité du système bancaire, leur rémunération ne se justifie pas.

Art. 28 Dispositions d'exécution

Al. 1

Le Conseil fédéral précisera notamment, par voie d'ordonnance:

- les conditions nécessaires au maintien de services bancaires;
- les dispositions sur l'organisation de l'administration du fonds (p. ex. conseil d'administration, office de gestion, organe de révision);
- les détails relatifs au risque propre à la banque en vue du calcul des contributions dues au FGD;
- les normes de présentation des comptes du FGD.

Le Conseil fédéral édictera ensuite un règlement relatif à l'activité du conseil d'administration du fonds et à l'exécution de ses décisions.

Al. 2

Le Conseil fédéral est habilité ici à déléguer certaines compétences réglementaires à la FINMA et au FGD. Il le fera dans le cadre des ordonnances du Conseil fédéral à édicter, notamment s'il s'agit de dispositions techniques d'importance secondaire. La hiérarchie des normes d'exécution est ainsi respectée, et l'on a la garantie que les réglementations de la FINMA et du FGD s'intègrent dûment dans celles édictées par le Conseil fédéral.

Art. 30

La loi est sujette au référendum législatif facultatif.

Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur. Comme déjà indiqué, les obligations découlant de la loi représentent pour les banques, en cas de marche normale des affaires, un fardeau supportable mais néanmoins important. Cette charge ne doit toutefois pas causer aux banques des difficultés économiques, ce qui ne saurait être exclu en cas d'éclatement d'une nouvelle crise des marchés financiers. Au lieu de renforcer le système, la loi risquerait de produire un effet contraire. Le Conseil fédéral tiendra compte de ces circonstances au moment de fixer la date d'entrée en vigueur, tout comme il prendra notamment en compte les intérêts des déposants à ce que les nouvelles réglementations entrent en vigueur au plus vite.

2.5 Modification du droit en vigueur

2.5.1 Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers

Art. 1, al. 1, let. h

La FINMA est une importante autorité d'application de la LGDB. En mentionnant la loi sur la garantie des dépôts bancaires dans cette disposition de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1), le législateur indique que toutes les dispositions de cette loi relatives à la procédure sont applicables dans ce contexte.

2.5.2 Loi du 8 novembre 1934 sur les banques

Art. 24, al. 3

Il est très important, afin que les procédures visées aux chap. XI et XII de la loi sur les banques puissent être menées de façon ciblée et efficace, que les recours s'y rapportant n'aient pas d'effet suspensif. La création de l'art. 24, al. 3 visait dès lors à reprendre telle quelle l'ancienne réglementation, abrogée au 31 décembre 2006, de l'art. 111 de la loi fédérale d'organisation judiciaire et à priver généralement de tout effet suspensif les recours formés dans les procédures visées aux chap. XI et XII LB.

Le texte actuel de l'art. 24, al. 3, LB, comportant un renvoi à l'al. 2, a toutefois été jusqu'ici une source d'insécurité juridique, faute de préciser si le renvoi ne se réfère qu'aux recours des créanciers et propriétaires d'une banque ou aux recours formés dans les procédures visées aux chap. XI et XII LB. Une formulation plus claire vise à dissiper tout malentendu concernant la volonté du législateur, d'entente avec la jurisprudence déterminante. Le retrait de l'effet suspensif vaut pour tous les recours formés dans les procédures visées aux chap. XI et XII LB.

Art. 27, al. 2

La sécurité du droit, indispensable au bon fonctionnement des systèmes de paiement ou de règlement, serait en péril si des ordres de paiement et de transactions sur titres ayant été introduits dans le système pouvaient être révoqués ou des transactions déjà exécutées être annulées. Par conséquent, la révision de 2003 a complété l'art. 27 LB par un nouvel al. 2, afin que la finalité des ordres introduits dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations soit respectée, conformément à la directive européenne dite Directive Finalité. Ce but doit être maintenu sans changement matériel. Entre-temps, l'application a toutefois montré que la disposition actuelle prête à confusion sur son champ d'application. D'où la nécessité d'en modifier la formulation. Celle retenue s'inspire de la disposition analogue de l'art. 20 de la loi fédérale sur les titres intermédiés¹⁴, lequel ne s'applique toutefois qu'aux titres intermédiés, et encore seulement dans les cas d'exécution forcée.

Art. 28 Procédure d'assainissement

Al. 1

L'analyse portant sur la vraisemblance qu'un assainissement aboutisse se base sur la pratique aujourd'hui en vigueur. En revanche, l'assainissement ne se limite plus désormais au maintien de la banque concernée mais permet aussi la poursuite de certains services bancaires.

Al. 2

On ne saurait exclure qu'il s'avère nécessaire d'édicter d'autres dispositions spéciales relatives à la poursuite de la procédure d'assainissement. La FINMA peut adopter le cas échéant, dans le cadre de la disposition analogue figurant à l'art. 34, al. 3, LB sur la faillite bancaire, des mesures dérogatoires consistant soit en décisions concrètes dans un cas d'espèce, soit en ordonnances à caractère général et abstrait. Il s'agira principalement ici de dispositions de nature formelle et technique.

Al. 3

La nomination d'un délégué à l'assainissement n'est plus absolument nécessaire et peut aussi intervenir, dans le cadre de l'homologation, à seule fin de la mise en œuvre du plan d'assainissement existant. Bien souvent, les grandes lignes de l'assainissement sont déjà connues lors de l'ouverture de la procédure d'assainissement et il faut d'ailleurs qu'elles le soient, pour pouvoir mener une communication crédible. Dans de tels cas, il est superflu de charger un délégué de l'élaboration d'un plan d'assainissement.

Art. 29 Assainissement de la banque

Si le plan d'assainissement vise à maintenir en activité la banque concernée, il faut absolument s'assurer qu'elle respecte entièrement et durablement les conditions d'autorisation au terme de son assainissement. Il s'agit déjà d'une condition préalable à la procédure d'assainissement telle qu'elle existe aujourd'hui.

¹⁴ Voir RO 2009 3577, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

Art. 30 Maintien de services bancaires

Les services bancaires destinés aux clients doivent être préservés dans la mesure du possible. En l'occurrence, l'enjeu n'est pas le sauvetage de la banque existante, mais le maintien et le transfert d'une partie ou de la totalité des opérations bancaires, dans l'optique de leur bon déroulement.

Al. 1

Outre le maintien de la banque concernée, la poursuite de certains services bancaires est désormais réglementée comme nouvelle mesure d'assainissement possible, du moins d'une partie de la banque. Autrement dit, une procédure d'assainissement n'est plus envisageable uniquement quand la banque est maintenue sous sa forme existante (ce qui n'est pas judicieux et souhaitable dans tous les cas). Au contraire, le maintien de certaines parties de la banque permet, tout en préservant l'égalité de traitement entre les créanciers, d'éviter la faillite complète – et donc la cessation de tous les services de la banque – et de trouver au bout du compte une meilleure solution pour tous les protagonistes.

Le maintien de services bancaires est possible soit isolément, soit en combinaison avec l'assainissement du reste de la banque. Il serait envisageable ici de transférer une partie de la banque existante à d'autres établissements, tout en assainissant ladite banque et en la maintenant avec un champ d'activité réduit. Autre scénario possible, toute l'activité bancaire soumise à autorisation serait transférée et la banque continuerait d'exister sous une autre forme et sous un autre régime d'autorisation.

Al. 2

Le maintien de services bancaires peut prendre diverses formes. Les deux principales sont ici un transfert partiel à d'autres banques et la création d'une banque relais («*bridge bank*») à laquelle seraient confiés les actifs et les passifs.

Al. 3

Le plan d'assainissement indiquera les actifs et les passifs à transférer, ainsi que les contrats pour lesquels la banque concernée est remplacée comme cocontractante. Le transfert par le biais du plan d'assainissement déploie ses effets au moment où la décision d'approbation devient exécutoire. Il n'y a pas d'autres prescriptions formelles à prendre en compte, en particulier la décision d'approbation constitue un titre valable pour le transfert de biens-fonds. Les dispositions de la loi sur la fusion, notamment celles relatives au transfert de patrimoine, ne s'appliquent pas ici.

Art. 31 Homologation du plan d'assainissement

Al. 1

Comme dans le droit actuel, la FINMA homologue le plan d'assainissement. Les conditions à remplir pour une homologation restent inchangées. En particulier, il faut se fonder sur une évaluation prudente des actifs de la banque, pouvoir présumer que les créanciers s'en sortiront mieux qu'en cas de liquidation de la faillite, et tenir compte de la priorité des intérêts des créanciers sur ceux des propriétaires, ainsi que de l'ordre de collocation des créanciers.

Al. 2

Le plan d'assainissement reste expressément dispensé de l'approbation de l'assemblée générale. Cette règle s'applique également aux décisions qui relèveraient de sa compétence. Cette disposition vise à accélérer la procédure. La convocation et la tenue d'une assemblée générale retarderaient l'assainissement et en compromettraient l'issue.

Al. 3

Si l'assainissement aboutit à une modification de la structure de participations en place dans la banque, que ce soit par transfert, par réduction ou par nouvelle souscription, ce n'est pas une raison suffisante pour dénoncer des engagements, même en cas de changement de majorité, et les engagements ne cessent pas non plus automatiquement. Les dispositions contractuelles contraires doivent toujours être considérées comme sans effets, dans une optique suisse tout comme sur le plan international.

La même règle s'applique aux engagements transférés, dans le cadre du maintien de services bancaires, à une banque existante ou à une banque relais (*bridge bank*) dont l'Etat pourrait détenir le contrôle. Le transfert de contrats vise précisément à ce que la banque reprenante assume le rôle de la banque transférante, avec tous les droits et obligations qui s'ensuivent, et que les contrats transférés continuent à exister tels quels, indépendamment du changement de cocontractant. Le partenaire contractuel jouit ainsi des mêmes droits vis-à-vis du sujet de droit dans le rôle du reprenneur que vis-à-vis de la banque transférante. Le changement de cocontractant à lui seul ne saurait donc mettre un terme aux engagements existants, par exemple à des contrats de compensation avec déchéance du terme (*close-out netting*). Une telle situation menacerait gravement le but de l'assainissement, soit maintenir la valeur antérieure.

Art. 31a Refus du plan d'assainissement

Al. 1

Un assainissement ne peut être simplement imposé aux créanciers, en raison des empiètements potentiellement massifs qu'il représente sur leurs droits, par exemple en cas de réduction, report de l'échéance ou transformation des créances. Si les mesures d'assainissement concernent directement les droits des créanciers, la FINMA doit leur fixer un délai dans lequel ils pourront refuser le plan d'assainissement. La FINMA est tenue de prendre en compte les créanciers dès que possible. Ceux-ci ne pourront toutefois pas être informés dans tous les cas avant l'homologation, étant donné que l'apaisement visé n'intervient parfois qu'à ce stade et qu'une information prématurée concernant des mesures possibles mais pas encore définitives ne ferait qu'accroître le sentiment d'inquiétude. Si les créanciers ne sont informés qu'au stade de l'homologation, celle-ci intervient sous réserve d'un refus possible par les créanciers.

Al. 2

Comme dans le droit en vigueur, la liquidation ne s'impose que si elle est exigée par des créanciers qui représentent, au vu des livres de la banque, plus de la moitié des créances de troisième classe. La classification découle de l'art. 219 LP, déterminant

pour la collocation. Il est bien clair toutefois 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 participer à la décision, soit les créanciers dont les créances ne sont pas garanties par un gage et ne bénéficient d'aucun privilège.

Art. 32, al. 3^{bis} (nouveau)

La révocation d'actes juridiques (*actio pauliana*) est déjà prévue, en droit de l'insolvabilité bancaire, dans le cadre d'une procédure d'assainissement. Cette réglementation autonome concernant le moment où il est possible de faire valoir de telles prétentions doit logiquement être complétée par les délais de péremption prévus à l'art. 292 LP.

Art. 37a

La version de l'art. 37b LB introduite dans le droit transitoire, qui a pour objet les dépôts privilégiés, doit être transférée dans le droit permanent (en reprenant l'ordre logique de l'actuel art. 37a^{bis}). Les principaux points concernés sont le montant des dépôts privilégiés, à hauteur de 100 000 francs par personne, le privilège séparé accordé aux créances de fondations bancaires et de libre passage, ainsi que la couverture exigée des dépôts privilégiés par des créances couvertes en Suisse ou par d'autres actifs situés en Suisse à hauteur de 125 % en permanence.

Une précision est apportée à l'al. 1 à propos des dépôts qui, pour être privilégiés, doivent être libellés au nom du déposant. Cette mesure exclut en particulier du privilège des dépôts les avoirs dont les ayants droit sont certes connus de la banque, mais sans que les relations avec la clientèle soient établies à leur nom. Dans la pratique, il s'est avéré très fastidieux de déterminer si les clients possédant des comptes qui ne sont pas libellés à leur nom disposent encore d'une autre relation avec la banque. Cette nouvelle formulation permet d'éviter ici le risque d'un double privilège indésirable.

L'al. 2, nouveau, reprend l'actuel art. 37c.

Art. 37b Remboursement immédiat

L'art. 37a^{bis} LB sur le paiement immédiat, à partir des actifs liquides disponibles, des dépôts privilégiés effectués auprès des comptoirs suisses ou étrangers, d'abord introduit dans le droit transitoire, doit être transféré tel quel dans le droit permanent.

Art. 37c

La compétence accordée au Conseil fédéral d'adapter le montant des dépôts privilégiés à la dévaluation de la monnaie est désormais réglée à l'art. 37a, al. 2, LB.

Art. 37g

Al. 1

La disposition existante est précisée en ce sens qu'outre les décisions de faillite, toute mesure en cas d'insolvabilité prononcée à l'étranger peut être reconnue. Cette mesure correspond au but de la disposition, tel qu'il découle aujourd'hui déjà du titre de l'article, ainsi qu'à la pratique de la FINMA.

Al. 2

La FINMA doit pouvoir reconnaître les procédures d'insolvabilité étrangères (procédures de protection et d'assainissement comprises) ainsi que les administrateurs désignés sur place, sans obligation pour eux de mener une procédure sur le territoire suisse, pour autant que l'égalité de traitement entre les créanciers de Suisse soit garantie et que les privilèges que leur confère le droit suisse soient dûment pris en compte. La liquidation du patrimoine situé sur le territoire suisse peut ainsi s'effectuer sous forme simplifiée, sous la surveillance de la FINMA (par analogie au chapitre 15 de la loi américaine sur les faillites).

Al. 3

Cette disposition est reprise telle quelle du droit en vigueur.

Al. 4

Si le patrimoine situé en Suisse ne peut être remis selon l'al. 2 à la masse en faillite étrangère et si une procédure particulière s'impose pour le patrimoine sis en Suisse, la FINMA peut désormais faire participer à la procédure non seulement les créanciers privilégiés, mais également tous les créanciers ayant leur domicile en Suisse ou à l'étranger.

Al. 5

Les dispositions de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291) sont applicables en complément des dispositions de la LB régissant la reconnaissance des mesures étrangères en matière d'insolvabilité.

Art. 37h

La garantie des dépôts était régie jusqu'ici par la LB, à laquelle l'autoréglementation bancaire apportait des précisions complémentaires. Avec la loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires, la garantie des dépôts fait désormais l'objet d'une loi à part entière, ce qui fait qu'un renvoi à la LB suffit ici.

Art. 37i Avoirs en déshérence

L'ancien art. 37i LB (Cession légale) figure désormais dans la loi sur la garantie des dépôts bancaires (art. 4, al. 4).

La notion d'avoirs en déshérence désigne les droits qui reviennent à une personne avec laquelle le débiteur a perdu contact. Si ce sont des droits réels, ils ne sont en principe pas prescriptibles. Dans le cas des banques, il s'agit notamment des prétentions portant sur le contenu de compartiments de coffre-fort et de dépôts de clients. En outre, le Tribunal fédéral a qualifié le «contrat d'épargne» de contrat de

dépôt irrégulier¹⁵, avec pour conséquence que le délai de prescription des créances et des contrats similaires usuels dans les banques ne commence à courir qu'à la fin du contrat de dépôt. Or celui-ci ne prenant fin que lorsqu'une résiliation a été dûment reçue, les créances des clients impossibles à atteindre sont de fait imprescriptibles.

Le droit en vigueur comporte un défaut majeur, à savoir que la banque en tant que débitrice ne sait pas si et comment elle peut se défaire avec effet libératoire des avoirs en déshérence. La loi sur la fusion¹⁶ n'offre pas non plus de possibilité, en dehors de la fusion, de transférer des avoirs en déshérence à un autre sujet de droit avec effet libératoire, tout risque d'exigibilité étant exclu. D'où de réels problèmes non résolus jusqu'ici de manière satisfaisante, notamment en cas de liquidation bancaire.

La présente réglementation ne préjuge pas d'une réglementation à caractère général sur l'exigibilité des avoirs en déshérence et l'échéance correspondante. Elle permet toutefois de résoudre le problème spécifique aux banques de l'imprescriptibilité et de l'absence de toute possibilité de transfert.

Al. 1

Cette disposition permet un changement de débiteur, même sans le consentement du créancier. Le transfert ne s'effectuera toutefois pas au profit de n'importe quel sujet de droit, puisqu'une banque doit obligatoirement prendre la place de la banque transférante, afin qu'une surveillance équivalente reste garantie aux créanciers d'avoirs en déshérence. Le nouveau régime réduit d'abord le problème latent des banques dont la liquidation selon le mode ordinaire ne peut être conclue en raison des avoirs en déshérence présents. Toutefois, le transfert des avoirs en déshérence à une autre banque ne sera pas uniquement possible lors d'une liquidation, puisque les banques pourront également transférer tous leurs avoirs en déshérence à une banque spécialisée dans ce secteur. D'où la possibilité de garantir un suivi plus simple et plus professionnel de ces relations à la clientèle.

Al. 2

Le transfert des avoirs en déshérence à une autre banque s'effectuera sur la base d'un contrat écrit conclu entre la banque transférante et la banque reprenante. Cette prescription formelle garantit que le transfert puisse être reconstitué à une date ultérieure.

Al. 3

En cas de faillite d'une banque, toutes les dettes deviennent exigibles. Le problème de l'imprescriptibilité du montant épargné est ainsi résolu. En revanche, la faillite soulève un autre problème, à savoir que l'inscription dans l'état de collocation n'est possible que si outre le nom du créancier, son domicile peut être indiqué.¹⁷ C'est la seule façon de garantir que des tiers puissent contester la prétention émise. Il est toutefois justifié que malgré l'absence de leurs coordonnées, les ayants droit d'avoirs en déshérence soient dûment pris en compte, et que le liquidateur de la

¹⁵ ATF 100 II 153 ss.

¹⁶ RS 221.301

¹⁷ ATF 51 III 135, consid. 2

faillite inscrive dans l'état de collocation leurs créances découlant des livres de la banque. Si une telle prétention est contestée par un autre créancier, le liquidateur de la faillite représentera les intérêts de ces créanciers à leur place. Un éventuel dividende afférent aux créances non réclamées sera ensuite consigné pendant dix ans après la clôture de la procédure de faillite, selon les règles usuelles.

Les avoirs en déshérence qui constituent, au même titre que le contenu des dépôts ou de compartiments de coffre-fort de clients, un droit réel ne tombent pas dans la masse mais restent la propriété du créancier. Le liquidateur de la faillite peut les transférer à une autre banque, conformément à l'al. 1. Là encore, le liquidateur représente les intérêts des créanciers concernés envers les tiers.

Al. 4

De façon générale, les avoirs en déshérence se caractérisent par l'absence de nouvelles du créancier et par l'impossibilité pour la banque de le contacter. Le Conseil fédéral devra définir dans une ordonnance à partir de quel moment et dans quel contexte cette condition est remplie. Il s'appuiera à cet effet sur les définitions figurant dans les directives de l'Association suisse des banquiers du 2 février 2000 relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) auprès de banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles du client.

2.5.3 Loi du 24 mars 1995 sur les bourses

Art. 36a

Alinéa 1

Les négociants en valeurs mobilières qui gèrent des dépôts de clients ont toujours l'obligation de participer au système de garantie des dépôts. En cas d'insolvabilité, ils restent soumis aux mêmes règles que les banques, d'où le renvoi à ces dispositions.

Or les critères applicables pour le calcul du risque inhérent à l'établissement n'intègrent pas toutes les particularités de l'activité de négociant en valeurs mobilières. Il convient pourtant de prendre en compte l'expérience découlant des cas de recours au système de garantie des dépôts en vigueur, dont il ressort non seulement que les négociants en valeurs mobilières engendrent un nombre de cas d'application plus élevé que les banques d'un point de vue purement statistique, mais aussi qu'ils présentent un risque de défaillance accru bien que les montants garantis soient généralement plus faibles. Il semble par conséquent justifié de considérer l'activité de négociant en valeurs mobilières comme un facteur de risque supplémentaire.

Le renvoi aux art. 38 et 39 de la LB qui figure actuellement dans ces dispositions est rendu caduc par l'entrée en vigueur de la LFIMA et l'abrogation des dispositions relatives à la responsabilité des mandataires de la FINMA prévues jusqu'ici par ces articles.

2.5.4 Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage

Art. 42 (nouveau)

Si les deux centrales d'émission de lettres de gage sont soumises aux mêmes modalités de surveillance que les banques, la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG, RS 211.423.4) ne prévoit aucune réglementation des compétences pour le cas où elles deviendraient insolubles. Or dans ce cas, les procédures d'insolvabilité doivent se dérouler selon les prescriptions applicables aux banques, sous l'égide de la FINMA. Il convient donc d'ajouter un renvoi aux dispositions sur l'insolvabilité bancaire de la LB (mesures protectrices, plan d'assainissement et faillite) à la LLG. Contrairement au cas des négociants en valeurs mobilières, il n'est toutefois pas nécessaire que les centrales d'émission de lettres de gage participent au système de garantie des dépôts, puisque les créances sont couvertes en bonne et due forme par un gage, d'une part, et que les dépôts n'ont pas pour vocation d'être liquides à court terme, d'autre part.

2.5.5 Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs

Art. 35 al. 1

L'application par analogie des dispositions de la LB sur la faillite aux termes de l'art. 137 de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs, LPCC, SR 951.31) exclut l'applicabilité des dispositions relatives à la procédure concordataire. Le renvoi au concordat par abandon d'actifs devient donc caduc.

Art. 137 Ouverture de faillite

Alinéa 1

La FINMA a compétence pour tous les actes de liquidation intervenant dans le cadre de placements collectifs de capitaux. Or la LPCC ne prévoit pas de dispositions particulières en cas de faillite de la direction d'un fonds ou d'une société d'investissement. Il semble pourtant judicieux de confier à la FINMA la responsabilité d'ouvrir et d'exécuter les procédures de faillite pour ces deux types d'établissements d'ores et déjà soumis à son autorisation d'exercer et à sa surveillance. Par analogie avec les dispositions de la LB, la FINMA peut par conséquent décider d'ouvrir une procédure de faillite, de procéder à une liquidation ordinaire ou de prendre d'autres mesures adéquates en présence d'un risque d'insolvabilité.

Alinéa 2

Avec la compétence de la FINMA à ouvrir et exécuter les procédures de faillite, les dispositions de la LB adaptées aux intermédiaires financiers deviennent applicables, excluant ainsi l'applicabilité des dispositions sur la procédure concordataire prévues par les art. 293 et suivants de la LP. Il n'est en effet plus besoin de procédure concordataire complémentaire, puisque la législation relative à la surveillance des marchés financiers donne des possibilités d'intervention précoce suffisantes à la

FINMA. Dans ce contexte, il est également possible de renoncer à l'ajournement de la faillite des sociétés anonymes prévu par l'art. 725 f du CO.

Alinéa 3

En cas d'insolvabilité d'un établissement autorisé, les dispositions relatives à la faillite prévues par la LB s'appliquent par analogie.

Art. 138

Les tâches et compétences du chargé d'enquête stipulées par l'art. 36 de la loi sur la surveillance des marchés financiers recourent exactement celles qui incombent jusque-là au gérant, dont la fonction a été reprise dans l'ancienne loi sur les fonds de placement. Le gérant a été totalement remplacé par le chargé d'enquête, devenu un instrument de surveillance des marchés financiers plus cohérent. Cette disposition peut par conséquent être abrogée.

2.5.6 Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances

Art. 51 Mesures de sûreté

Alinéa 2 lettre h

L'article 17 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA; RS 961.01) oblige l'entreprise d'assurance à constituer une fortune liée pour garantir les obligations découlant des contrats d'assurance qu'elle a conclus. L'art. 74 de l'ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées du 9 novembre 2005 (ordonnance sur la surveillance, OS; RS 961.011) précise à ce sujet que le débit doit être couvert en permanence par des actifs et que la fortune liée doit être complétée sans retard en cas de découvert. Si la FINMA constate un découvert, elle doit prendre les mesures qui s'imposent afin d'accroître le montant de la fortune liée. Etant donné la fonction centrale que remplit la couverture de celle-ci pour la protection des assurés, l'applicabilité de ces mesures revêt une importance capitale.

L'art. 16 lettre b de l'ancienne loi sur l'assurance dommage prévoyait non seulement la possibilité d'exiger que le montant de la fortune liée soit augmenté, mais aussi d'attribuer directement des actifs à celle-ci en cas de besoin. Or la LSA, qui a succédé à ce texte, ne comporte plus aucune disposition expresse de ce type bien qu'il était initialement prévu que la nouvelle législation reprenne telles quelles les dispositions relatives aux mesures de sûreté.¹⁸ Faute de norme explicite, la prescription de mesures visant à accroître la fortune liée se fonde *de lege lata* sur les dispositions générales prévues par l'art. 51 al. 1 de la LSA, ce qui ne pose pas de problème particulier en la matière. Des réserves pourraient toutefois apparaître dans certains cas extraordinaires, où l'autorité de surveillance doit être à même d'attribuer directement des actifs à la fortune liée. En l'espèce, il n'est pas certain que les bases

¹⁸ Message concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (Loi sur la surveillance des assurances, LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 9 mai 2003, Feuille fédérale 2003, 3789, 3830

légales soient suffisantes pour autoriser une disposition modifiant le droit de la sorte, qui crée directement une réelle prérogative sur des actifs. Pour écarter ce doute, la prescription des mesures est reprise explicitement dans le catalogue de mesures cité en exemple.

Alinéa 2 lettre i

L'article 16 lettre e de la loi sur l'assurance dommage prévoyait expressément un sursis ou une prorogation des échéances pour les créances des entreprises d'assurance. Or ces mesures n'ont pas été reprises dans le catalogue de la LSA, bien qu'elles répondent à un besoin important en cas d'insolvabilité d'une entreprise d'assurance – exactement comme dans le cas des banques, où le sursis et la prorogation des échéances sont explicitement réglementés. En application du droit actuellement en vigueur, le sursis et la prorogation des échéances reposent sur les dispositions générales de l'art. 51 al. 1 de la LSA. Etant donné l'importance de ces mesures (pour la protection des assurés, entre autres), la loi doit désormais expliciter plus avant les compétences de l'autorité de surveillance dans ce cadre.

Alinéa 3

Les modalités de publication des mesures et les destinataires de ces informations varient au cas par cas. Selon la mesure adoptée, une publication peut s'avérer pertinente pour préserver les intérêts de tiers (dans le cas d'un sursis ou d'une prorogation d'échéances, par exemple, ou encore lorsque certains organes sont déchus de leur droit de représentation). Dans d'autres cas, une publication peut déclencher une véritable crise de confiance et empêcher de pallier rapidement les manquements constatés. Aussi est-il généralement renoncé à publier les instructions données à l'entreprise d'assurance ou les restrictions imposées dans le cadre de ses activités. La possibilité de publier les mesures prescrites correspond cependant à la réglementation prévue par l'art. 26 al. 2 de la LB.

Art. 52

Dans le cadre du catalogue de mesures dont elle dispose, l'autorité de surveillance peut non seulement ordonner la liquidation d'une entreprise d'assurance, mais aussi nommer son liquidateur. Même si l'entreprise d'assurance a décidé de procéder à sa liquidation de son propre chef, elle reste soumise à la surveillance de la FINMA, qui a dans ce cas aussi la possibilité de nommer le liquidateur, qu'elle chapeautera jusqu'à l'issue complète des activités relevant de sa surveillance.

Art. 53

L'ouverture de la faillite d'une entreprise d'assurance intervient conformément à la réglementation actuellement prévue par la LSA, dans le cadre d'une action concertée complexe entre la FINMA et le juge de faillite. Si le juge de faillite a compétence d'un point de vue formel, la FINMA dispose d'un droit de codécision qui doit être pris en compte lors de l'ouverture de la faillite, puis de la nomination d'un administrateur de faillite. Suite aux enseignements tirés du cas de la Caisse d'épargne et de prêts de Thoune, la FINMA jouit désormais des pleines compétences pour les faillites d'établissements bancaires. Il est absurde de maintenir ce partage des compétences pour les faillites d'entreprises d'assurance. La FINMA doit disposer des pleines

compétences pour les faillites d'entreprises d'assurance comme pour les faillites d'établissements bancaires, sur le modèle des dispositions relatives à la faillite bancaire.

La réglementation proposée reprend dans la LSA les dispositions de la LB applicables en cas de faillite bancaire, qu'elle complète par des règles existantes spécifiques au domaine des assurances.

Alinéa 1

Par analogie aux dispositions de la LB, la FINMA peut décider d'ouvrir une procédure de faillite, de procéder à une liquidation ordinaire ou de prendre d'autres mesures adéquates en présence d'un risque d'insolvabilité.

Alinéa 2

Avec la compétence de la FINMA à ouvrir et exécuter les procédures de faillite, les dispositions de la LB adaptées aux intermédiaires financiers deviennent applicables aux entreprises d'assurance, excluant les dispositions sur la procédure concordataire prévues par les art. 293 et suivants de la LP. Il n'est en effet plus besoin de procédure concordataire complémentaire, puisque la législation relative à la surveillance des marchés financiers donne des possibilités d'intervention précoces suffisantes à la FINMA. Dans ce contexte, il est également possible de renoncer à l'ajournement de la faillite des sociétés anonymes prévu par l'art. 725 f du CO.

Alinéa 3

Selon l'ampleur et la complexité de la procédure de faillite à exécuter, la FINMA peut nommer un ou plusieurs liquidateurs. Il s'agira en général d'un mandataire de son pool spécialisé dans le domaine des assurances, mais la liquidation peut aussi être confiée au chargé d'enquête précédemment intervenu – et donc familier de l'affaire.

Art. 54 Effets et procédure

La décision de liquidation d'une entreprise d'assurance insolvable (comme celle d'une banque ou d'un autre intermédiaire financier soumis à la surveillance de la FINMA) poursuit le même but et les mêmes effets juridiques que l'ouverture d'une faillite au sens de la LP. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit essentiellement de recenser et de rassembler les actifs afin de les réaliser et de liquider les dettes.

Alinéa 2

La procédure de liquidation des entreprises d'assurance insolubles doit tenir compte de leurs particularités, tout en suivant les règles qui ont fait leurs preuves en matière d'exécution des faillites (art. 221 et suivants de la LP). Comme dans le cas d'une faillite bancaire, la LP s'applique donc dès lors qu'aucune disposition particulière ne lui contrevient.

Alinéa 3

Au regard des dispositions relatives à la faillite bancaire actuellement en vigueur, il n'est pas à exclure que la promulgation de dispositions spécifiques concernant

l'exécution de la liquidation devienne nécessaire pour les entreprises d'assurance aussi. Dans ce cas, la FINMA pourrait prendre des décisions divergentes, soit au cas par cas sous la forme de dispositions, soit de manière générale et abstraite sous la forme d'ordonnances. Il s'agira là essentiellement de dispositions de nature technique telles qu'il en existe d'ores et déjà pour les banques dans le cadre de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 30 juin 2005 sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières (ordonnance de la FINMA sur la faillite bancaire, OFB-FINMA, RS 952.812.32).

Art. 54a Créances nées de contrats d'assurance (nouveau)

Cet article reprend à la lettre les dispositions de l'art. 54 al. 3 et 4 de la LSA.

Art. 54b Assemblée des créanciers et commission de surveillance (nouveau)

Alinéa 1

En cas de faillite d'une banque, la législation en vigueur n'impose pas la tenue d'une assemblée des créanciers. Cette réglementation a d'ores et déjà fait preuve de son efficacité en permettant un traitement rapide des procédures. Or comme dans le cas d'une faillite bancaire, l'exécution de la liquidation d'une entreprise d'assurance sous la surveillance d'une assemblée de créanciers serait difficilement gérable du fait du grand nombre de créanciers, de la complexité des actes de liquidation à effectuer et de la rapidité d'action souvent requise. L'absence d'assemblée des créanciers ne porte d'ailleurs aucun préjudice aux créanciers, dont les droits sont défendus par les liquidateurs tenus de rendre des comptes à la FINMA.

Les liquidateurs peuvent toutefois juger opportun de convoquer une telle assemblée lorsque certaines décisions prises dans le cadre de la liquidation sont susceptibles de toucher aux intérêts des créanciers et que leur accord pourrait apporter une contribution essentielle au bon déroulement de la procédure.

Alinéa 2

En cas de faillite d'une entreprise d'assurance comme en cas de faillite bancaire, la FINMA peut désigner une commission de surveillance et en définir précisément les tâches afin de défendre les intérêts des créanciers.

Art. 54c Distribution et clôture de la procédure (nouveau)

Alinéa 1

La distribution aux créanciers des actifs disponibles à l'issue de la procédure de faillite repose pour l'essentiel sur les dispositions des art. 261 et suivants de la LP, à la différence près que le tableau de distribution n'est pas déposé et que les créanciers ne connaissent que la part qui leur revient dans un souci d'économie de procédure, comme tel est d'ores et déjà le cas pour les faillites bancaires. Chaque créancier doit toutefois pouvoir consulter le tableau de distribution dans le cadre du droit de consultation des pièces relatives à la faillite dont il dispose.

Alinéa 2

Dans son rapport final, le liquidateur doit résumer sommairement les principaux éléments et problèmes de la procédure, ainsi que les différents processus dans lesquels la masse en faillite est intervenue à l'actif ou au passif. Sauf demande expresse dans certains cas particuliers, il est inutile d'entrer dans le détail ici.

Le rapport final doit compiler toutes les données pouvant être utiles à l'issue de la procédure. Il doit notamment comporter la liste des cessions de droits aux créanciers qui subsistent, ainsi que celle des dividendes non encore versés et des valeurs déposées distraites de la masse et non encore restituées.

L'activité du liquidateur cesse à la remise de ce rapport final à la FINMA.

Alinéa 3

La procédure de liquidation s'arrête dès lors que la FINMA a publié sa clôture. Les instructions relatives à la clôture de la procédure portent en particulier sur les valeurs déposées non restituées et sur les droits non exercés.

Art. 54d Procédures d'insolvabilité étrangères (nouveau)

Pour les entreprises d'assurance, la reconnaissance de décisions de faillite et de mesures d'insolvabilité étrangères ainsi que la coordination de procédures d'insolvabilité en cours en Suisse et à l'étranger doivent intervenir selon les mêmes dispositions que celles applicables aux autres intermédiaires financiers. Un simple renvoi à la réglementation prévue par les articles 37f et 37g de la LB suffit donc.

Art. 56

Le contenu des dispositions prises par cet article est repris, mais adapté aux nouvelles compétences de la FINMA. Pour une meilleure compréhension, l'article est scindé en deux alinéas.

Alinéa 1

La FINMA ayant à présent pleine compétence en cas de faillite d'une entreprise d'assurance, le mandat de réalisation de la fortune liée prévu jusqu'ici en faveur de l'administration de la faillite disparaît. En tant qu'autorité de faillite, la FINMA peut dorénavant ordonner directement la réalisation de la fortune liée dès lors qu'elle ne prend pas de mesures particulières, comme le transfert du portefeuille d'assurance prévu par l'art. 51 al. 2 let. d de la LSA, par exemple. Cette mesure – probablement la plus facile à comprendre – est à présent citée à titre d'exemple.

Alinéa 2

Le moment de l'extinction des contrats d'assurance se rapporte désormais à la demande de réalisation de la fortune liée présentée par la FINMA. Les dispositions relatives aux droits naissant de cette extinction restent quant à elles inchangées.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Pour la Confédération, ce projet crée une obligation d'avancer les dépôts garantis dès lors que le FGD n'est pas en mesure de le faire. Si un établissement de grande envergure était concerné, la Confédération pourrait être amenée à débloquer des montants considérables à court terme. Il n'est toutefois pas à craindre qu'elle essuie des pertes, puisqu'en vertu des prescriptions relatives aux fonds propres en vigueur, l'établissement en faillite doit disposer d'actifs suffisants pour rembourser les prestations de la Confédération, d'une part, et puisque le FGD est tenu de restituer la totalité de l'avance consentie et de payer des intérêts sur cette somme, d'autre part. Les coûts engendrés par ce système sont donc exclusivement à la charge des banques. Etant donné que la mise à disposition de cette avance sera dédommée par une prime annuelle, il en résulte même une amélioration des revenus et une diminution des charges de la Confédération par rapport à la situation actuelle.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Ce projet diminue également les charges cantonales, puisque les banques cantonales bénéficieront d'une restitution rapide des dépôts garantis sans que ces sommes doivent être mises à disposition par le canton (dans la mesure où une garantie d'Etat l'y oblige).

3.3 Conséquences pour l'économie

Ce nouveau projet renforce encore la protection des déposants de manière significative par rapport aux premières améliorations entrées en vigueur le 20 décembre 2008. A l'avenir, les dépôts effectués auprès des banques seront garantis sans réserve jusqu'à un montant de 100 000 francs, ce qui améliorera sensiblement la stabilité et l'attrait de la place financière suisse.

Pour les banques, les contributions annuelles prévues, qui constituent le principal facteur de coûts du système élaboré, représenteront un coût annuel de 8 points de base (1 point de base = un centième de pourcentage) au cours des 22 premières années d'existence du FGD. Il faut en outre compter un coût annuel de 1,5 point de base pour la mise en gage. Les liquidités supplémentaires coûteront quant à elles environ 1 point de base de plus tant qu'elles devront être maintenues. A cela s'ajoute enfin la prime pour la mise à disposition de l'avance de la Confédération, qui s'élève à 1 point de base, ce qui donne des coûts annuels moyens de 12 points de base et une charge prévisionnelle comprise entre 9 et 33 points de base pour les différents établissements bancaires en fonction du risque qu'ils présentent selon les modèles de calcul actuels.

Les calculs fondés sur la marge d'intérêts nette moyenne (résultat des opérations d'intérêts moins charges d'exploitation et coût du risque) des banques opérant essentiellement dans le domaine des crédits ces dix dernières années permettent une bonne explication. Cette marge d'intérêts nette s'élève en effet à 61 points de base. Compte tenu du fait que les dépôts garantis de ces banques correspondent en moyenne à un tiers du total de leur bilan, la diminution moyenne de leur marge

d'intérêts nette serait de 4 points de base, soit environ 7%. Selon les risques propres à chaque banque et la part effective de ses dépôts garantis par rapport au total de son bilan, et en application du modèle de calcul actuel, les coûts annuels pourraient se limiter à 9 points de base ce qui, selon le même modèle de calcul, conduirait à une réduction de la marge d'intérêts nette de 2 points de base, soit une diminution de 2.6 % seulement. A l'autre bout de l'éventail, les coûts annuels pourraient atteindre jusqu'à 33 points de base selon le modèle de calcul actuel, ce qui pourrait réduire la marge d'intérêts nette de 15 points de base, soit 44% au maximum dans le cas le plus défavorable selon ce même calcul. Cette situation concernera cependant les établissements qui prennent des risques largement supérieurs à la moyenne, ce qui correspond justement au but recherché avec l'introduction d'une prime calculé en fonction du risque telle que prévu par le système présenté.

Ce tableau varie peu en prenant le bénéfice annuel net comme valeur de référence. Des contributions de l'ordre de 12 points de base ne diminueraient que de 0.6 à 1.5 % les bénéfices des grandes banques et des établissements spécialisés dans la gestion de fortune, les opérations boursières et le négoce. Pour les banques cantonales, cette diminution serait de l'ordre de 3-4.5 %. Pour les banques régionales et les banques Raiffeisen enfin, un coût de 12 points de base entraînerait une diminution du bénéfice de 15% au maximum, ce qui semble une charge tout à fait supportable.

Il faut s'attendre à ce que les banques compensent cette diminution de leurs marges en modifiant les conditions offertes à leur clientèle, en particulier concernant les comptes d'épargne et de transactions. La rémunération des dépôts d'épargne – dont la moyenne avoisine les 0,44% selon les données en possession de la BNS – devrait en pâtir. Ces nouveaux coûts à la charge des banques se répercuteront certainement sur les taux d'intérêts proposés et doivent être pris en considération pour mettre sur pied un système de garantie des dépôts fiable. Ces charges restent tout à fait dans l'ordre de grandeur des cotisations prélevées dans le cadre des systèmes similaires mis en place à l'étranger, qui se situent entre 4 et 28 points de base en Allemagne, entre 15 et 18 points de base en France et entre 5 et 118 points de base aux Etats-Unis. La valeur retenue pour ces contributions annuelles, qui constituent le principal facteur de coût du système, est nécessaire pour contrer dans un délai acceptable les effets procycliques de celui-ci et les inconvénients connexes connus. Il convient en outre de noter que contrairement à d'autres systèmes, aucune alimentation continue du fonds n'est prévue. Une fois le montant fixé entièrement collecté, les contributions annuelles versées demeureront dans le fonds, et le fonctionnement du système deviendra alors très peu onéreux. Enfin, il faut souligner que les coûts du système sont répercutés sur les établissements bancaires de manière pondérée en fonction du risque. Le nouveau système de garantie des dépôts aura donc un impact différent sur la rémunération des avoirs de la clientèle d'une banque à une autre. Au final, les banques présentant de faibles risques pourront ainsi servir de meilleurs taux d'intérêt à leurs clients que celles effectuant des opérations plus risquées, ce qui amènera la clientèle à privilégier les banques les plus sûres, lesquelles leur offriront de meilleures conditions pour un niveau de sécurité équivalent, ce qui ne peut qu'être salué dans l'optique de l'ensemble de l'économie.

Le but du système présenté est une protection accrue des déposants et, par conséquent, une contribution à la stabilité du système financier. La protection accrue des déposants est atteinte, en particulier par les limites plus élevées et l'obligation de couvrir les dépôts privilégiés par des actifs situés en Suisse, dispositif qui existe déjà et qui doit être transféré dans le droit permanent, ainsi que par le financement *ex*

ante combiné avec une avance ou une garantie de la Confédération (cf. à ce sujet les explications aux ch. 1.2.2.3 et 1.2.4.1). L'alternative d'une assurance privée des dépôts a déjà fait l'objet d'un examen approfondi lors de la modification législative de 2004. Elle a dû être abandonnée dès lors que le secteur des assurances n'est ni en mesure ni disposé à proposer une telle assurance (cf. ch. 1.2.2.2 et 1.2.4.1). Une évaluation provisoire des coûts et avantages du système est présentée au ch. 3.3. qui examine aussi le problème du *moral hazard* et démontre que les primes basées sur le risque propre à chaque banque et le probable transfert de ces primes sur les intérêts de l'épargne provoquent justement un traitement désavantageux des comportements à risque. Quant aux deux grandes banques, elles font partie du risque systémique auquel le présent rapport fait allusion à plusieurs reprises, sans cependant les évoquer expressément puisque l'insolvabilité de plusieurs banques de moyenne importance peut également représenter un risque systémique. D'autres pays connaissent également un financement par le biais d'un fonds constitué *ex ante*. Mais lorsque la crise devient générale, aucun pays ne peut se passer de l'aide de l'Etat (cf. ch. 1.3 et annexe).

4 Relation avec le programme de législature

Le présent projet n'est pas prévu dans le programme de la législature pour les raisons précédemment invoquées.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et légalité

La loi sur la garantie des dépôts bancaires repose sur l'art. 98 de la Constitution fédérale.

5.2 Délégation de compétences législatives

Dans le cadre des dispositions d'exécution de cette loi, le Conseil fédéral devra expliciter différents aspects par voie d'ordonnance, et notamment:

- les conditions dans lesquelles les services bancaires pourront être maintenus,
- les dispositions relatives à l'organisation de l'administration du fonds (conseil d'administration, éventuel bureau, organe de révision, etc.),
- les particularités relatives au risque présenté par chaque établissement pour le calcul des contributions au FGD, ainsi que
- les normes de présentation des comptes.

Garanties offertes dans certains pays (situation en avril 2009)			
	Garantie	Montant maximal par personne et par compte	Système
AUS	Tous les types de dépôts	1 million d'AUD, banques pouvant offrir une garantie illimitée contre paiement d'une prime	<i>Financement:</i> financement <i>a posteriori</i> en cas de sinistre (administré par l' <i>Australian Prudential Regulation Authority</i> conformément au <i>Australian Government Guarantee Scheme for Large Deposits and Wholesale Funding</i>). Couverture par l'Etat, qui devient ainsi un créancier légitimé en cas de faillite. La garantie de l'Etat jusqu'à 1 million d'AUD est limitée au 12 octobre 2011.
D	Dépôts d'épargne privés, comptes courants, avoirs à vue et à terme; Les comptes d'entreprises sont exclus du système.	La loi («Einlagen-sicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz») ou EAEG), révisée conformément au droit de l'UE, augmente le droit à l'indemnisation à la contre-valeur de 50 000 EUR (dès le 31.12.2010 à 100 000 EUR) pour les dépôts et 90 % des engagements découlant de transactions sur titres jusqu'à 20 000 EUR. Le délai de paiement a été réduit à 20 jours, au maximum 30 jours. Il existe un engagement politique à offrir une garantie illimitée de l'Etat.	<i>Financement:</i> financement <i>ex ante</i> d'un fonds de garantie des dépôts de droit public sur une base volontaire qui, selon une ordonnance que le ministère fédéral des finances doit encore rendre, sera à l'avenir financé par les contributions des établissements bancaires qui lui sont rattachés; alimentation par le secteur privé. <i>Prime:</i> 0,008% du poste du bilan intitulé «engagements vis-à-vis de clients» par an, quelle que soit la notation de la banque (prime dépendant du risque en cours de discussion au niveau politique); les nouveaux participants versent une prime unique de 0,05% sur leurs engagements. <i>Montant du fonds:</i> montant non publié estimé à environ 4,5 milliards d'EUR à l'heure actuelle; plancher fixé à «deux fois le montant des dernières contributions annuelles versées»; financement par des contributions extraordinaires des banques ou souscription d'un crédit en cas de diminution sous ce seuil; absence de plafond.

			<i>Autres:</i> la garantie illimitée de l'Etat ne sera ancrée dans la loi que si le fonds de garantie des dépôts est surexploité. Les caisses d'épargne et les banques coopératives s'entraident en cas de besoin.
F	Tous les types de dépôts, titres, polices d'assurance-vie, fonds de prévoyance retraite Contrats de prévoyance en cas d'invalidité	70 000 EUR en général, 90 000 EUR pour les contrats de prévoyance; le délai de paiement est de 2 à 8 mois au maximum, de 3 à 6 mois pour les titres; pour 2010 une adaptation à la directive 2009/14/CE est prévue.	<i>Financement:</i> financement <i>ex ante</i> , par les établissements financiers admis par le CECEI, d'un fonds de garantie des dépôts mis en place par l'Etat et (jusqu'à présent) sur une base volontaire; alimentation par le secteur privé. Lorsque les réserves du fonds sont épuisées, le montant nécessaire est calculé par la Commission bancaire et financé par les banques <i>a posteriori</i> . Engagement politique de la Banque de France pour la mise à disposition des fonds. <i>Prime:</i> prime pondérée en fonction du risque; le gouvernement peut exiger que les banques procèdent à des versements extraordinaires. <i>Montant du fonds:</i> environ 1,8 milliard d'EUR actuellement, pas d'objectif chiffré. En cas de sinistre, collecte de fonds supplémentaires quasi illimitée.
GB	Tous les types de dépôts, contrats d'assurance, droits découlant d'opérations d'investissement (actions en responsabilité du fait de transactions mal exécutées, par exemple), dédommagements en	Depuis le 30.06.2009, le montant le plus élevé entre 50 000 GBP et 50 000 EUR (taux de conversion du jour de l'insolvabilité); délai de paiement de 9 mois, 20 jours ouvrables dès le 31.12.2010 conformément à la directive 2009/14/CE; le gouvernement est en faveur d'un délai	<i>Financement:</i> financement <i>a posteriori</i> en cas de sinistre. Couverture par le «Financial Services Compensation Scheme» (FSCS) de droit public (obligatoire), alimenté par le secteur privé. Clé de contribution des banques proportionnelle à la part de marché que représentent les dépôts garantis. En cas de sinistre, le FSCS peut demander au Trésor britannique de lui concéder l'avance nécessaire, sur laquelle les banques devront payer un intérêt. <i>Changement de système prévu:</i> le gouvernement prévoit d'introduire un système financé <i>ex ante</i> dès 2012. Le montant cible du fonds n'est pas

	cas de fraude, pertes de placements, etc.	de paiement de 7 jours ouvrables.	encore fixé; les discussions évoquent un montant cible de 1,5% des dépôts garantis, soit environ 13 milliards de GBP.
I	Fonds privé couvrant tous les types de placements; fonds public couvrant les comptes à vue, les comptes à terme et les comptes d'épargne	103 291 EUR par personne physique ou morale. Une première tranche de 20 000 EUR est versée dans un délai de 3 mois (au maximum 9 mois) dès l'ouverture de la faillite.	<p><i>Financement:</i> financement <i>ex ante</i> d'un fonds de garantie des dépôts de droit privé, obligatoire pour les établissements de crédit italiens et de pays tiers, facultatifs pour les établissements de crédit de l'UE («Fondo interbancario di Tutela dei Depositi») alimenté par tous les établissements de crédit. Si ce fonds devait se révéler insuffisant, l'Etat italien («Fondo nazionale di Garanzia Italiano») mettrait temporairement la somme manquante à disposition pour une durée de trois ans.</p> <p><i>Prime:</i> prime pondérée en fonction du risque et du montant des dépôts.</p> <p><i>Montant du fonds:</i> l'objectif est de rassembler une somme comprise entre 0,4 et 0,8% du montant total des dépôts. En juin 2008, les fonds collectés s'élevaient à 0,4% de ce montant, soit 1,6 milliard d'EUR.</p>
JAP	Tous les types de dépôts, acomptes, certains placements fiduciaires et avoirs de prévoyance vieillesse	Valeur nominale de 10 millions de JPY (125 000 francs) plus intérêts échus. Garantie illimitée pour les dépôts non rémunérés destinés au trafic des paiements (réglementation en vigueur depuis 2005)	<p><i>Financement:</i> financement <i>ex ante</i> d'un fonds de garantie des dépôts obligatoire («Deposit Insurance Corporation of Japan»); combinaison de primes versées par les banques assurées, d'émissions d'emprunts et de crédits consentis par la Banque du Japon et les banques commerciales.</p> <p><i>Prime:</i> 0,084% par an indépendamment de la notation des banques; fin 2008, crédits de 900 millions de JPY et emprunts de 5,6 milliards de JPY souscrits par l'Etat, la Banque du Japon et le secteur privé. Ces crédits et emprunts sont en partie garantis par le gouvernement.</p> <p><i>Montant du fonds:</i> 6,5 millions de millions de JPY, soit environ 76 milliards de francs fin 2008.</p>

			L'Etat garantit les crédits et emprunts du fonds jusqu'à 43 millions de millions de JPY.
USA	Tous les types de dépôts	Garantie des dépôts temporairement relevée à 250 000 USD jusqu'au 31.12.2009, date après laquelle elle reviendra à 100 000 USD, sauf pour certains dépôts de prévoyance. Garantie illimitée pour les dépôts non rémunérés destinés au trafic des paiements jusqu'au 31.12.2009, date après laquelle le montant se ramené à 250 000 USD.	<p><i>Financement:</i> financement <i>ex ante</i> d'un fonds de garantie des dépôts («Deposit Insurance Fund») géré par la «Federal Deposit Insurance Corporation» (FDIC); alimentation par le secteur privé.</p> <p><i>Prime:</i> prime pondérée en fonction du risque et du montant des dépôts. Quatre catégories de risque.</p> <p><i>Montant du fonds:</i> 52,4 milliards d'USD (~1,22% des dépôts garantis) fin 2007, 17,3 milliards d'USD (~0,36% des dépôts garantis) fin 2008; objectif fixé à un montant compris entre 1,15 et 1,5 % des dépôts garantis. L'objectif à atteindre («reserve ratio») est fixé par la FDIC. Il s'élève aujourd'hui à 1,25%. Etant donné que le fonds est tombé sous les 1,15%, la FDIC a présenté fin février 2009 un «restoration plan» montrant comment le ramener à 1,15% dans après 7 ans. Si le montant dépasse les 1,5 %, une partie des fonds devra être restituée aux établissements financiers pour revenir à 1,5%. En cas de sinistre, le Trésor américain met une somme illimitée à la disposition de la FDIC.</p>