



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

22 décembre 2010

Révision de la loi sur les banques (*too big to fail*) TBTF

Rapport explicatif relatif au projet
mis en consultation

Condensé

Si l'une des deux grandes banques suisses connaît des difficultés, c'est le fonctionnement du système financier dans son ensemble qui est menacé, et avec lui toute l'économie nationale. L'Etat est alors contraint d'intervenir et de se muer en sauveur, car l'entreprise est «trop grande pour être mise en faillite» (too big to fail). Elle bénéficie ainsi d'une garantie implicite de l'Etat, au détriment d'un mécanisme de sanction essentiel inhérent au marché.

Le 4 novembre 2009, le Conseil fédéral a chargé une commission d'experts d'établir un rapport montrant comment limiter les risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale. La commission a présenté un rapport intermédiaire en avril 2010, puis, fin septembre, son rapport final, incluant notamment un train de mesures. Le 13 octobre 2010, le Conseil fédéral a approuvé les grands axes de ce train de mesures et chargé le DFF de préparer un projet à mettre en consultation fondé sur le rapport de la commission.

Le présent projet de révision de la loi sur les banques (LB) concrétise la proposition de la commission d'experts. Il comprend en outre des dispositions réglant le versement de rémunérations variables en cas d'octroi d'une aide de l'Etat, comme annoncé par le Conseil fédéral le 28 avril 2010. Enfin, suivant les suggestions de la commission d'experts, le projet propose des mesures d'accompagnement fiscales visant à assurer le développement et le bon fonctionnement du marché suisse des capitaux et à encourager l'émission, en Suisse, d'emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions (contingent convertible bonds, CoCo).

Mesures clés: le projet de révision de la LB comprend quatre mesures clés, consistant en (1) un renforcement de la base de fonds propres, (2) un durcissement des exigences en matière de liquidités, (3) une diversification accrue des risques visant à réduire les interdépendances dans le secteur bancaire et (4) l'adoption de mesures organisationnelles aptes à garantir le maintien des fonctions d'importance systémique (par ex. services de paiement) même en cas de menace d'insolvabilité. Les exigences en matière de fonds propres et celles relatives à l'organisation sont étroitement corrélées: si le ratio de fonds propres de la banque tombe au-dessous d'un certain seuil (trigger), le plan d'urgence prévu se déclenche et les fonctions d'importance systémique sont rapidement transférées dans une nouvelle entité juridique indépendante. Simultanément, les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions de la banque sont convertis en fonds propres de base (common equity).

Principales nouveautés : les modifications de la LB proposées dans le projet de loi (P-LB) incluent la définition du terme «banque d'importance systémique» et la description des exigences particulières que doit satisfaire une telle banque (fonds propres, liquidités, répartition des risques et organisation). Le projet de loi confie en outre à la Banque nationale suisse (BNS) le soin d'établir par voie de décision quelles banques sont d'importance systémique et au Conseil fédéral celui de concrétiser par voie d'ordonnance les exigences particulières imposées à ces banques. Se fondant sur l'ordonnance, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) devra définir les exigences particulières pour chaque banque. Si une banque n'était pas en mesure de démontrer que le maintien des fonctions d'importance systémique est garanti, la FINMA ordonnera les mesures nécessaires. Enfin, si la Confédération devait soutenir une banque, il incombera au Conseil

fédéral de prendre des mesures concernant le système de rémunération de la banque, notamment en matière de versement de rémunérations variables.

Aux fins de l'application des prescriptions plus rigoureuses prévues par le projet de loi en matière de fonds propres, deux nouveaux instruments sont mis à la disposition des banques concernées: le capital de réserve et le capital convertible. Les banques pourront ainsi augmenter leur capital-actions à titre de réserve et devront émettre des instruments de capital convertibles. Si, en temps de crise, les fonds propres de base tombaient au-dessous d'un niveau donné, les CoCo seraient convertis en fonds propres servant à financer les fonctions d'importance systémique transférées à la nouvelle entité juridique indépendante. Ils pourront aussi contribuer à l'assainissement du reste de la banque. Le capital social complémentaire ne pourra être utilisé que pour renforcer le capital propre selon les prescriptions en matière de fonds propres.

La suppression générale du droit de timbre d'émission sur les obligations et sur les papiers monétaires ainsi que le passage du principe du débiteur à celui de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les rendements des obligations visent pour leur part à augmenter l'attrait de l'ensemble du marché suisse des capitaux et, partant, des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions. L'émission de CoCo en Suisse améliorera en effet la sécurité du droit, ce qui peut être déterminant pour le fonctionnement du dispositif de sécurité prévu en temps de crise. De plus, en cas de conversion, afin de ne pas grever d'un impôt supplémentaire des banques déjà en difficulté, aucun droit de timbre d'émission ne sera perçu sur les droits de participation résultant de la conversion.

Conséquences économiques: la suppression du droit de timbre d'émission sur le capital étranger se traduira par un recul des recettes fiscales de la Confédération de 190 millions de francs nets (déduction faite de la part des recettes de cet impôt provenant des propres activités d'émission de la Confédération). Pour les cantons et les communes, il en résultera en revanche une économie directe d'environ 30 millions de francs par année. Cantons et communes profiteront en outre du fait que la suppression de cet impôt déchargera également les entreprises en mains publiques. La perte de recettes de la Confédération sera partiellement compensée, d'une part, par l'augmentation des recettes des impôts sur le revenu et sur le bénéfice résultant de la relance du marché suisse des capitaux et, d'autre part, par une éventuelle progression des recettes due au passage au principe de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les rendements des obligations et des papiers monétaires. Le durcissement des exigences en matière de fonds propres et de liquidités pourrait faire augmenter les coûts de financement des banques trop grandes pour être mises en faillite, les poussant à répercuter ce surcoût sur leurs clients. Etant donné cependant que les opérations de crédit sont soumises à une intense concurrence, une éventuelle diminution des crédits accordés par les banques d'importance systémique devrait être au moins partiellement compensée par les autres banques. Au reste, un marché des capitaux plus animé ne peut qu'améliorer les possibilités de financement des entreprises. Les mesures proposées sont également de nature à éliminer les distorsions de la concurrence entre les banques trop grandes pour être mises en faillite et les autres au niveau national et à favoriser l'innovation. Enfin, elles amélioreront la solvabilité des grandes banques exposées à la concurrence internationale et feront par conséquent diminuer leurs coûts de refinancement.

Une résistance accrue aux crises renforce la stabilité du secteur financier dans l'intérêt de toute l'économie. Cet avantage pèse plus lourd que les éventuelles pertes

de croissance que le durcissement des prescriptions en matière de fonds propres pourrait entraîner. Il est impossible de fournir des indications chiffrées.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation	7
1.1 Contexte	7
1.2 Rapport de la commission d'experts	8
1.3 Changements proposés	9
1.4 Justification et évaluation de la solution proposée	11
1.4.1 Catalogue de mesures	11
1.4.2 Evaluation des mesures proposées	12
1.4.3 Mesures abandonnées	14
1.4.4 Mesures fiscales	15
1.5 Droit comparé et rapport avec le droit européen	22
1.5.1 Régulation des banques d'importance systémique	22
1.5.2 Rémunérations variables	23
1.6 Mise en œuvre	24
1.7 Classement d'interventions parlementaires	24
2 Commentaire des articles	26
2.1 Chapitre V Banques d'importance systémique	26
2.1.1 Définition (art. 7, al. 1, P-LB)	26
2.1.2 But (art. 7, al. 2, P-LB)	26
2.1.3 Constatation de l'importance systémique (art. 8 P-LB)	26
2.1.4 Exigences particulières applicables aux banques d'importance systémique (art. 9 P-LB)	27
2.1.5 Application à la banque concernée (art. 10 P-LB)	37
2.1.6 Maintien des fonctions d'importance systémique (art. 10a P-LB)	38
2.1.7 Intervention dans les systèmes de rémunération (art. 10b P-LB)	39
2.2 Chapitre VI Capital social complémentaire	40
2.2.1 Généralités	40
2.2.2 Dispositions communes (art. 11 P-LB)	40
2.2.3 Capital de réserve (art. 12 P-LB)	42
2.2.4 Capital convertible (art. 13 P-LB)	43
2.3 Modification du droit en vigueur	47
2.3.1 Code des obligations	47
2.3.2 Loi fédérale sur les droits de timbre	47
2.3.3 Loi fédérale sur l'impôt anticipé	47
2.3.4 Loi sur la Banque nationale	53
2.4 Entrée en vigueur	53
3 Conséquences	54
3.1 Conséquences financières pour la Confédération, les cantons et les communes	54

3.1.1 Mesures fiscales	54
3.1.2 Exigences prudentielles	55
3.1.3 Résumé	58
3.2 Conséquences pour le personnel	59
3.3 Conséquences économiques	59
3.3.1 Problèmes inhérents au <i>too big to fail</i>	59
3.3.2 Conséquences des exigences en matière de fonds propres et de liquidités	61
3.3.3 Conséquences des dispositions relatives à l'organisation et à la répartition des risques	64
3.3.4 Conséquences des mesures concernant les rémunérations variables	68
3.4 Contingent convertible bonds (CoCo)	69
3.4.1 Chance commerciale pour les CoCo	69
3.4.2 Investisseurs potentiels, effet sur la répartition des risques	70
4 Liens avec le programme de la législature	71
5 Aspects juridiques	72
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	72
5.1.1 Exigences spécifiques aux banques d'importance systémique	72
5.1.2 Réglementation relative aux pratiques de rémunération	72
5.1.3 Mesures fiscales	74
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	75

Rapport

1 Présentation

1.1 Contexte

En 2008, la crise financière et économique a nécessité que l'on adopte, aux Etats-Unis et dans quasiment tous les pays européens, des trains de mesures publiques aux proportions historiques, afin de stabiliser le système financier et d'assurer la survie de certains établissements. La Suisse n'a pas échappé à cette nécessité. Les turbulences qui ont agité les marchés financiers mondiaux ont surtout touché ses deux grandes banques, alors très engagées sur le marché américain, frappant en particulier UBS SA, malgré sa capitalisation supérieure à la moyenne internationale. Il est alors apparu clairement que si une grande banque suisse se trouve dans une situation critique, c'est le fonctionnement du système financier dans son ensemble qui est menacé, avec des répercussions directes sur tous les secteurs de l'économie réelle. L'importance de ce risque pour l'économie nationale peut même aller jusqu'à contraindre l'Etat à intervenir et à se muer, de fait, en sauveur: en 2008, le Conseil fédéral, la Banque nationale suisse (BNS) et l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB, aujourd'hui FINMA) ont dû élaborer un train de mesures axées sur la stabilisation d'UBS SA. Parmi ces mesures figurait le renforcement de la base de fonds propres de la banque par la Confédération, au moyen de la souscription d'un emprunt à conversion obligatoire de six milliards de francs.

Certes, les conséquences financières directement imputables à une telle intervention de l'Etat peuvent se révéler minimales après coup: en 2009, la Confédération s'est même désengagée d'UBS SA en réalisant un bénéfice de 1,2 milliard de francs. Pour ce qui est du fond de stabilisation (StabFund) mis sur pied par la BNS, son résultat ne pourra être chiffré que lorsque le fond aura été entièrement liquidé. Il n'en reste pas moins que l'engagement de l'Etat présentait des risques considérables pour le contribuable. Or, à défaut de mesures visant à réduire l'ampleur de leurs dommages potentiels pour l'économie nationale, de futures crises pourraient de nouveau nécessiter l'adoption de plans de sauvetage publics, susceptibles, dans le pire des cas, de dépasser les capacités financières du pays. C'est pourquoi il est indispensable de prendre rapidement des mesures durables propres à limiter les risques systémiques que les grandes banques font courir à l'économie. En décembre 2008 déjà, la CFB s'est accordée avec les grandes banques sur un relèvement de leurs fonds propres pour fin 2013 au plus tard et sur l'adoption d'un ratio de levier financier (*leverage ratio*). Elle a également convenu avec elles d'un nouveau régime des liquidités – entré en vigueur le 30 juin 2010 –, car la capacité de résistance des grandes banques dépend non seulement de leurs fonds propres, mais encore d'une dotation convenable en liquidités. De plus, une révision de l'ordonnance sur les fonds propres (OFR) doit prendre effet le 1^{er} janvier 2011. Elle prévoit l'application tant des premières prescriptions de renforcement de la couverture en fonds propres adoptées par le Comité de Bâle suite à la crise financière et économique que des principales normes optimisées de l'UE relatives à la répartition des risques.

En temps de crise, l'Etat ne peut abandonner un établissement dont dépend le maintien de fonctions d'importance systémique: ce genre d'établissement est dit «trop grand pour être mis en faillite» (*too big to fail*) et bénéficie par conséquent d'une

garantie implicite de l'Etat, ce qui accroît le risque moral. De plus, du point de vue économique, cette garantie implicite de l'Etat est comparable à une subvention faussant la concurrence et grevant l'économie de coûts supplémentaires. Elle s'oppose en outre aux ajustements structurels gages de prospérité, du fait que les entreprises d'importance systémique mal gérées ne sont pas exclues du marché. La crise financière et économique a montré que les banques jugées trop grandes pour être mises en faillite sont nombreuses au plan international: plus des deux tiers des cent plus grandes banques du monde ont bénéficié d'une aide publique. Toutefois, quand il considère une entreprise comme trop grande pour être mise en faillite et qu'il est contraint de la soutenir en cas d'insolvabilité déclarée ou imminente, l'Etat met hors jeu un mécanisme de sanction essentiel inhérent au marché, ce qui incite les investisseurs et les établissements financiers concernés à prendre des risques inconsidérés. En outre, les mesures de soutien étatiques ont eu des conséquences graves, si ce n'est dramatiques, sur les finances publiques de nombreux pays, limitant pour plusieurs années leur marge de manœuvre fiscale. Enfin, le seul fait de savoir que l'Etat est susceptible de soutenir certains établissements peut entraîner des distorsions du marché et une utilisation inefficace des ressources.

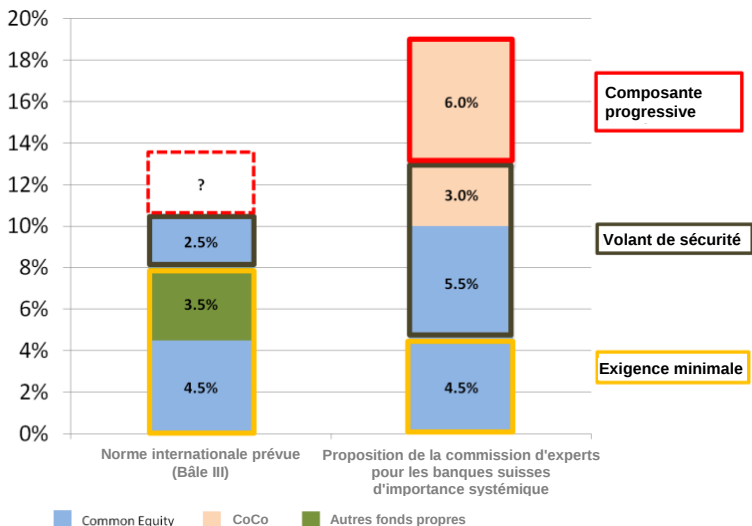
Le 4 novembre 2009, le Conseil fédéral a institué une commission d'experts chargée d'élaborer des mesures visant à limiter les risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale. Il l'a fait sur mandat du Parlement, en particulier suite à la motion du 3 octobre 2008 du groupe de l'Union démocratique du centre «Prévenir les risques démesurés pour l'économie suisse» (08.3649). La commission d'experts devait principalement formuler des propositions visant à réduire les risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, compte tenu de manière appropriée des aspects de rentabilité et de concurrence, et définir des approches et un ordre de priorité, le tout dans un rapport à présenter en automne 2010.

1.2 Rapport de la commission d'experts

Un rapport intermédiaire présentant les résultats provisoires des travaux de la commission d'experts a été soumis au Conseil fédéral le 22 avril 2010. Le Conseil fédéral a alors pris publiquement position en faveur de l'orientation générale du rapport et souligné l'importance des mesures qui y étaient proposées. Le rapport final lui a été remis le 30 septembre 2010. Lors de sa séance du 13 octobre 2010, le Conseil fédéral a décidé de soutenir les grands axes du train de mesures recommandé dans le rapport sous l'appellation de *policy mix* et de préparer un projet à mettre en consultation fondé sur le rapport et prévoyant l'application du train de mesures. Sa décision portait également sur l'examen des mesures fiscales appropriées pour améliorer les conditions-cadres en vigueur sur le marché suisse des obligations, en particulier pour les emprunts à conversion obligatoire (*contingent convertible bonds*, *CoCo*).

Très complet, le rapport de la commission d'experts prévoit un train de mesures destinées à limiter les risques auxquels les banques d'importance systémique exposent l'économie suisse. Ses recommandations visent, d'une part, à durcir les exigences en matière de fonds propres, tout en les assortissant de nouveaux instruments de capital et, d'autre part, à adopter des mesures organisationnelles permettant d'assurer, même en temps de crise, les services indispensables dans les domaines du trafic des paiements, des dépôts et des crédits. Ces exigences sont complétées par des prescriptions plus strictes en matière de liquidités ainsi que par une limitation des interdépendances et de la concentration des risques dans le secteur financier.

Applicables aux deux grandes banques considérées comme ayant une importance systémique, à savoir Credit Suisse et UBS, les exigences proposées vont nettement au-delà des normes actuellement en vigueur. Elles sont non seulement compatibles avec les nouvelles exigences internationales du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Bâle III) et les recommandations du Conseil de stabilité financière, mais les dépassent même clairement. Ainsi, la commission d'experts propose que les banques suisses d'importance systémique disposent de fonds propres dont le total est nettement supérieur à celui découlant des futures exigences de Bâle III (cf. graphique ci-dessous et ch. 2.1.4.3.2).



1.3 Changements proposés

La révision proposée de la loi sur les banques et du droit des obligations vise à assurer l'application des mesures clés prévues dans le rapport.

En ce qui concerne les *fonds propres*, le projet présente un concept global assorti de propositions concrètes. Son noyau dur est constitué de trois composantes de fonds propres destinées à renforcer la base de responsabilité des banques d'importance systémique: l'exigence minimale est celle qui doit être au moins satisfaite pour avoir l'autorisation d'assurer la marche ordinaire des affaires; le volant de sécurité permet aux banques d'absorber des pertes sans passer au-dessous du niveau de l'exigence minimale et, partant, sans devoir suspendre la marche ordinaire de leurs affaires; enfin, la composante progressive entend garantir que les banques dont l'importance systémique s'accroît augmentent aussi leur capitalisation, de manière à ce qu'elles disposent de la marge de manœuvre financière nécessaire pour surmonter les crises en appliquant un plan d'urgence préparé à l'avance. Ce concept s'applique tant au ratio de fonds propres pondéré en fonction des risques qu'au ratio minimal entre fonds propres et total du bilan (*leverage ratio*). Les banques sont en outre incitées à réduire leurs risques afin de diminuer ces exigences en matière de fonds propres.

Les *exigences en matière de liquidités* garantissent que les banques trop grandes pour être mises en faillite disposent, en temps de crise, de liquidités suffisantes durant une période appropriée, c'est-à-dire jusqu'à ce que les mesures prises pour assurer le maintien des fonctions bancaires d'importance systémique prennent effet.

Les mesures relatives à la *répartition des risques* visent principalement à réduire les interdépendances au sein du secteur bancaire, en particulier la dépendance des banques ordinaires à l'égard des banques d'importance systémique.

Les *mesures organisationnelles* visent, d'une part, à garantir le maintien des fonctions d'importance systémique (notamment les opérations de trafic des paiements, de dépôt et de crédit) en cas d'insolvabilité d'une banque d'importance systémique et, d'autre part, à permettre l'assainissement ou la liquidation du reste de la banque. Cependant, étant donné que ces mesures portent gravement atteinte à la liberté économique et à la garantie de la propriété, il y a lieu d'appliquer le principe de subsidiarité. Il incombe donc à chaque banque d'importance systémique de s'organiser de manière à pouvoir garantir le maintien de ses fonctions d'importance systémique en temps de crise. Si la banque ne peut démontrer que ce maintien est garanti, l'autorité de surveillance ordonnera les mesures organisationnelles qui s'imposent.

Le projet de loi définit par ailleurs le terme de «banque d'importance systémique» et fixe les compétences ainsi que les mesures d'application en matière d'exigences. De plus, le chapitre 6 «Capital social complémentaire» de la nouvelle loi règle le capital de réserve et le capital convertible.

Les quatre mesures clés ci-dessus sont complétées par des mesures d'accompagnement. Le projet prévoit en effet une réglementation des rémunérations variables en cas d'aide de l'Etat ainsi que des mesures fiscales destinées à favoriser le développement d'un marché suisse des obligations, en particulier des *CoCo*.

Mesures d'accompagnement fiscales: en temps de crise, la conversion des *CoCo* doit avoir lieu sans entraves, de façon que cet instrument puisse déployer toute son efficacité. C'est pourquoi il convient d'améliorer les conditions-cadres fiscales du marché suisse des obligations, en particulier pour les *CoCo*, de manière à pouvoir en assurer l'émission en Suisse à des conditions concurrentielles sur le plan international. Le projet prévoit par conséquent trois mesures d'accompagnement fiscales:

- suppression du droit de timbre d'émission sur les obligations et sur les papiers monétaires;
- exonération du droit de timbre d'émission sur les droits de participation résultant de la conversion de *CoCo*;
- passage du principe du débiteur à celui de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les rendements des obligations et des papiers monétaires.

La nouvelle exonération du droit de timbre d'émission sur les droits de participation se limite aux *CoCo* des banques d'importance systémique. De plus, aux fins du traitement fiscal, peu importe que l'emprunt ait été émis en Suisse ou à l'étranger.

L'impôt anticipé repose sur le principe du débiteur, selon lequel le sujet fiscal est le débiteur de la prestation imposable. Selon le principe de l'agent payeur, c'est au contraire l'établissement qui fournit effectivement la prestation imposable au créancier qui est soumis à l'impôt. L'obligation fiscale incombe donc non pas au débiteur

de la prestation, mais à la banque qui paie les intérêts sur instruction de ce dernier. Avec le principe du débiteur, le sujet fiscal ne connaît généralement pas le créancier. L'agent payeur, en revanche, le connaît puisqu'il s'agit de l'ayant droit économique. Cette circonstance permet de percevoir l'impôt auprès de l'agent payeur de manière différenciée. Concrètement, le projet propose, pour les ayants droit économiques domiciliés en Suisse, de limiter la perception de l'impôt anticipé sur les obligations et sur les papiers monétaires selon le principe de l'agent payeur aux personnes physiques, pour qui la fonction de garantie de l'impôt doit effectivement opérer. S'agissant de personnes morales, la fonction de garantie est remplie par l'obligation de tenir une comptabilité, tandis que pour les investisseurs institutionnels, la question ne se pose pas, puisqu'ils sont exonérés des impôts sur le revenu et sur le bénéfice.

En ce qui concerne les ayants droit économiques domiciliés à l'étranger, le projet distingue entre les pays avec lesquels la Suisse a conclu une convention de double imposition (CDI) et ceux avec lesquels ce n'est pas le cas. S'ils sont payés à partir d'une source suisse dans un pays ayant conclu une CDI, les rendements des obligations ne sont pas soumis à l'impôt anticipé fondé sur le principe de l'agent payeur; s'ils sont au contraire payés dans un pays n'ayant pas conclu de CDI, l'impôt anticipé est perçu. Cette distinction vise à éviter que des personnes physiques domiciliées en Suisse éludent l'impôt au moyen de véhicules offshore. Ce risque est en effet beaucoup plus important dans les pays sans CDI que dans ceux avec CDI, car, dans ces derniers, la Suisse peut recourir à l'instrument l'assistance administrative en matière fiscale prévue à l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE.

Si l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée dans un Etat membre de l'UE (à l'exception de Chypre, avec qui la Suisse n'a pas conclu de CDI), la perception de l'impôt anticipé est remplacée par celle d'une retenue d'impôt fondée sur l'accord sur la fiscalité de l'épargne liant la Suisse et l'UE.

L'accord sur la fiscalité de l'épargne repose également sur le principe de l'agent payeur. Ce dernier est donc connu des banques suisses, qui l'appliquent déjà aux intérêts versés à leurs clients domiciliés dans l'UE. Enfin, les accords bilatéraux avec l'Allemagne et le Royaume-Uni relatifs à la perception d'un impôt libératoire sur les revenus de capitaux – dont la négociation a été décidée en octobre 2010 – obéiront aussi au principe de l'agent payeur.

1.4 Justification et évaluation de la solution proposée

1.4.1 Catalogue de mesures

Compte tenu de la complexité du problème des établissements trop grands pour être mis en faillite, il était inconcevable de proposer des mesures touchant à un seul domaine. Afin de formuler des propositions visant à limiter les risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, la modification de la loi propose un train de mesures qui interviennent à plusieurs niveaux et poursuivent des objectifs différents.

Les mesures concernant les fonds propres et les liquidités sont des *mesures préventives* servant à éviter une crise, c'est-à-dire à accroître le niveau de sécurité et à prévenir le risque de défaillance des banques d'importance systémique. Les mesures proposées au niveau de la répartition des risques et de l'organisation sont des *mesures curatives*. Celles-ci peuvent servir à l'assainissement forcé ou à la liquidation

ordonnée des banques d'importance systémique. Elles doivent empêcher qu'en cas d'insolvabilité de ces banques, l'Etat soit obligé d'intervenir pour les sauver et assurer la continuité de leurs fonctions systémiques.

Les mesures proposées se complètent mutuellement. L'action conjointe des mesures concernant les fonds propres et de celles relatives à l'organisation joue un rôle central. En effet, si le ratio de fonds propres d'une banque d'importance systémique tombe au-dessous d'un certain seuil, le plan d'urgence prévu se déclenche et les fonctions d'importance systémique sont alors rapidement transférées dans une nouvelle entité juridique. Simultanément, les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions (*CoCo*) que la banque doit détenir au titre de la composante progressive sont convertis en fonds propres de base (*common equity*). Ainsi, la banque dispose toujours d'une dotation en capital suffisante pour mettre en œuvre le plan d'urgence. Par ailleurs, si elle dépasse les exigences légales minimales en matière d'organisation et qu'elle améliore ainsi ses capacités d'assainissement ou de liquidation, la banque peut bénéficier d'un rabais sur les exigences relatives à la composante progressive des fonds propres.

Les mesures destinées à limiter les risques du système financier visent à en renforcer la stabilité et à assurer que les fonctions vitales fournies par les banques d'importance systémique à l'économie suisse soient garanties à tout moment. Leur action conjointe doit sensiblement réduire la probabilité que l'Etat soit contraint d'intervenir, comme ce fut le cas en 2008.

Si ces mesures ne suffisent pas et qu'il faille néanmoins accorder une aide de l'Etat à une banque trop grande pour être mise en faillite, des mesures en matière de rémunération sont également prévues. Ces dispositions permettent à l'Etat notamment de contrôler le versement de rémunérations variables par la banque dans les cas où elle doit être soutenue par des fonds publics. Les mesures prévues peuvent aller jusqu'à l'interdiction complète de telles rémunérations et doivent être maintenues pendant toute la période durant laquelle le soutien de l'Etat est accordé.

Dans le même temps, il convient de s'assurer qu'en cas de soutien étatique, les mesures ordonnées ne soient pas en contradiction avec d'éventuels droits contractuels des collaborateurs de la banque, qui conduiraient à effectuer les ressources octroyées par la Confédération au paiement de rémunérations variables. Il est indispensable à cet effet que les banques d'importance systémique formulent une réserve dans leurs accords de rémunération: si elles bénéficient d'une aide de l'Etat au sens de la disposition légale proposée, le Conseil fédéral doit pouvoir intervenir sur le droit de leurs collaborateurs à une rémunération variable.

Le train de mesures proposé dans la modification de la loi est complété par des mesures de nature fiscale. Celles-ci seront présentées au ch. 1.4.4.

1.4.2 Evaluation des mesures proposées

Chaque mesure ainsi que l'ensemble du train de mesures ont été évalués selon des critères de sélection. Ces critères servent, d'une part, à assurer que les objectifs fixés seront atteints et, d'autre part, à éviter les effets indésirables de l'introduction de la nouvelle réglementation. Les critères retenus ont été les suivants: (a) réduction des risques, (b) liquidation et restructuration facilitées des banques d'importance systémique, (c) bon fonctionnement et efficacité du système financier, (d) neutralité concurrentielle, (e) simplicité et (f) objectifs autres que fiscaux.

Les mesures proposées répondent en grande partie aux critères définis. Les mesures concernant les *fonds propres* (y compris le capital convertible) et les *liquidités* sont particulièrement appropriées à la réduction des risques et à la prévention des crises. L'augmentation du capital réduit les risques d'insolvabilité des banques et diminue ainsi les risques systémiques. De plus, en obligeant les banques d'importance systémique à augmenter leur capital en garantie de leurs activités, ces mesures ont pour effet de réduire leur propension au risque.

Une augmentation des fonds propres joue un rôle stabilisateur et contribue à maîtriser les périodes de crises exogènes. La constitution d'un capital convertible (*CoCo*) met à la disposition des banques d'importance systémique des ressources supplémentaires destinées à renforcer la base de capital et à faciliter la gestion des crises. Dans les cas extrêmes, le capital convertible peut être utilisé pendant la phase de restructuration ou de liquidation des banques d'importance systémique.

L'augmentation prévue du capital propre et l'existence du capital convertible jouent également un rôle important dans le bon fonctionnement et l'efficacité du système financier. Ces mesures contribuent à restaurer une neutralité concurrentielle en corrigeant les distorsions créées par l'importance systémique des grands établissements bancaires et les effets d'incitation néfastes que le statu quo fournit aux banques d'importance systémique (risque moral).

Du point de vue de la concurrence nationale, les mesures proposées ont un effet bénéfique dans la mesure où elles visent à recréer les conditions d'une neutralité concurrentielle entre les banques d'importance systémique et les autres (*level playing field*). Au niveau international, il faudrait pouvoir comparer les mesures proposées en Suisse avec les mesures mises en œuvre dans les autres pays. Il est toutefois reconnu que toute place financière réputée sûre bénéficie à moyen terme d'un avantage compétitif sur les autres places financières.

Les mesures visant la *répartition des risques* ont directement trait au critère de la réduction des risques. Les dispositions proposées par la nouvelle réglementation visent à réduire la concentration des créances des banques d'importance systémique face à une contrepartie unique et de diminuer l'ensemble des risques systémiques ainsi que les liens de dépendance opérationnelle entre les banques d'importance systémique et les autres. En réduisant les liens opérationnels ainsi que le niveau des créances envers les banques d'importance systémique, la concentration des risques et le niveau de risque systémique sont réduits et le système est plus à même de réagir et de continuer à fonctionner au cas où les banques d'importance systémique se trouveraient en difficulté. Les autres critères sont aussi remplis (ou non directement touchés) par les mesures visant la répartition des risques.

Les mesures concernant les *aspects organisationnels* visent à garantir le maintien des fonctions pertinentes sur le plan systémique en situation de crise. Ces mesures sont particulièrement appropriées pour faciliter la liquidation et la restructuration des banques d'importance systémique. Elles sont également importantes pour satisfaire au critère de la réduction des risques dans la mesure où, en rendant possible l'assainissement forcé et la liquidation ordonnée des banques d'importance systémique, elles contribuent à une meilleure répartition des risques entre les actionnaires, les créanciers et les dirigeants de la banque, d'une part, et l'Etat et le contribuable, d'autre part.

Du point de vue du bon fonctionnement du système financier et de la neutralité concurrentielle, il faut noter que ces mesures ont un caractère positif puisqu'elles

obligent en premier lieu les banques d'importance systémique à proposer des formes d'organisation permettant de séparer et d'assurer les fonctions systémiques. Une intervention de l'autorité de surveillance n'est prévue que lorsque les mesures proposées ne s'avèrent ni crédibles ni applicables. Enfin, il faut considérer positivement, eu égard au critère du bon fonctionnement du système financier et de la neutralité concurrentielle, le fait que les banques qui prendront des mesures organisationnelles particulièrement efficaces pourront bénéficier d'un assouplissement des restrictions en matière de fonds propres.

De manière générale, les mesures proposées satisfont largement aux critères fixés. Elles apparaissent comme particulièrement appropriées pour limiter les risques, faciliter la gestion des crises et assurer le maintien des fonctions bancaires d'importance systémique. Elles permettent globalement d'assurer le bon fonctionnement et l'efficacité du système et sa neutralité concurrentielle sans pour autant avoir d'importantes implications fiscales. Compte tenu de la complexité de ces questions, le critère de la simplicité n'est que difficilement rempli par ces mesures.

1.4.3 Mesures abandonnées

Parmi les autres mesures discutées au niveau international, certaines ont été abandonnées parce qu'elles n'étaient pas susceptibles d'entraîner une réduction des risques, parce qu'elle étaient de nature à engendrer des incitations inappropriées ou démesurées par rapport aux objectifs visés ou parce qu'elles pouvaient être remplacées par d'autres mesures moins contraignantes pour les banques concernées.

Les dispositions visant le démantèlement des grandes banques ou des restrictions directes concernant leur taille ont été considérées comme trop rigoureuses et inappropriées pour réduire le potentiel de risque et faciliter la liquidation.

Les mesures concernant la restriction directe du modèle d'affaires dans le sens d'une restriction des compétences des banques, l'interdiction du négoce pour compte propre et la séparation entre les opérations pour compte propre et les opérations de dépôt ont aussi été rejetées. Non seulement la définition du terme négoce pour compte propre est compliquée, mais on ne saurait exclure un transfert de ces activités au profit d'un secteur moins réglementé, ce qui aurait pour effet de déplacer le problème au lieu de le résoudre.

Les mesures dans le domaine de la fiscalité et des assurances visant la répartition équitable des coûts d'une crise des marchés financiers (les taxes sur les transactions, les taxes directes sur les banques et une taxe sur les activités financières) n'ont pas été retenues. Il s'agit là de mesures qui devraient dans l'idéal réduire la probabilité de crises futures et éviter que les coûts des crises soient répercutés sur les Etats. L'effet assurance d'un fonds de stabilité peut toutefois exacerber la prise de risque et les taxes supplémentaires peuvent être répercutées sur le prix des prestations bancaires. L'action sur les risques par la pression fiscale limiterait par ailleurs la possibilité des banques d'accroître leur dotation en fonds propres par l'accumulation des bénéfices pour assurer leur stabilité future.

Les mesures concernant un partage des risques entre Etats et l'institution d'un double siège pour les entreprises d'importance systémique ont été abandonnées faute de consensus international sur ces solutions à l'heure actuelle.

1.4.4 Mesures fiscales

1.4.4.1 Nécessité de l'émission de CoCo en Suisse

Parmi les exigences particulières imposées aux banques d'importance systémique, les CoCo sont un élément essentiel du renforcement des fonds propres de ces banques. On en distingue deux types: d'une part, les CoCo présentant un seuil de conversion (*trigger*) de 7 % des actifs pondérés en fonction des risques et servant de volant de capital supplémentaire; d'autre part, les CoCo avec un seuil de conversion de 5 % des actifs pondérés en fonction des risques et destinés, en cas de menace d'insolvabilité, à assurer la réserve de capital nécessaire pour financer le maintien des fonctions d'importance systémique et la liquidation ordonnée du reste de la banque. Compte tenu de l'importance systémique actuelle des deux grandes banques suisses, l'ordre de grandeur de cette composante dite progressive des fonds propres est de 24 milliards de francs.

Si les CoCo sont émis non pas selon le droit suisse¹, mais sous droit américain ou britannique, il peut en résulter une insécurité (juridique) de nature à miner l'efficacité du concept en cas de crise. En effet, en cas de conversion, il est probable que la plupart des créanciers américains ou britanniques engagent avec succès des procédures contestant la validité de la conversion ou faisant valoir une inégalité de traitement, voire une discrimination, vis-à-vis des créanciers étrangers. Régies par le droit américain ou britannique, ces procédures seraient ouvertes non pas en Suisse, mais à New York ou à Londres, selon le for judiciaire convenu. Or ces systèmes juridiques étrangers diffèrent, parfois même largement, du système suisse, notamment en ce qui concerne la protection des créanciers en cas d'insolvabilité². La perte de temps résultant de ces procédures constitue un problème encore plus grand en situation de crise. On sait en effet que la détérioration de la situation d'une banque en matière de fonds propres et de liquidités peut contraindre à agir rapidement, excluant pratiquement tout sursis.

Il s'ensuit que les CoCo devraient être émis en Suisse. Etant donné cependant que les conditions-cadres fiscales actuellement en vigueur ne sont pas optimales, le projet de loi propose aussi des mesures appropriées en matière de droit fiscal (cf. ch. suivant).

Au-delà de la réduction des risques juridiques, il y a aussi des raisons d'ordre économique qui prèchent pour l'émission des CoCo selon le droit suisse. Enfin, il est souhaitable que les banques émettent des CoCo en Suisse également pour des questions de stabilité du système financier.

1.4.4.2 Objectifs de la politique fiscale

L'objectif de régulation, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une régulation visant à prévenir les risques systémiques dans le secteur bancaire, occupe une place de premier plan dans la problématique des établissements trop grands pour être mis en faillite. Outre cet objectif de régulation, le tableau ci-après énumère et décrit brièvement les objectifs de la politique fiscale, dans la mesure où ils sont liés à cette

¹ L'émission à l'étranger exclut pratiquement à coup sûr l'application du droit suisse.

² Le risque de contestation existe également si les CoCo sont émis en Suisse et régis par le droit suisse, mais il est nettement moins probable qu'en cas d'émission selon le droit d'un autre pays. De plus, le droit suisse présente l'avantage d'être familier tant aux autorités qu'aux parties à une éventuelle procédure.

problématique. Il présente en outre les conditions de réalisation optimale de ces objectifs.

	Objectif	Description	Conditions de réalisation optimale
1	Objectif de régulation	Mise en œuvre de la régulation visant à prévenir les risques systémiques par la FINMA.	• Limitation des risques économiques par le durcissement des exigences en matière de fonds propres et par les CoCo. • Emission de CoCo en Suisse, afin de garantir la plus grande efficacité possible de cet instrument en cas de crise.
2	Objectif fiscal	Maintien des recettes fiscales	• Maintien du droit de timbre dans son étendue actuelle ou remplacement par d'autres impôts neutres en termes de recettes.
3	Objectif d'équité	Respect des principes de l'universalité et de l'égalité de traitement en matière d'imposition ainsi que du principe de l'imposition selon la capacité économique par l'application de mesures de garantie visant à combattre la soustraction d'impôt.	• Impôt de garantie ou impôt libératoire efficace sur les revenus de capitaux mobiliers pour les personnes physiques (et les structures visant à élu-der l'impôt).
4	Objectif de place financière	Conditions-cadres favorables pour la place financière	• Eviter tout désavantage concurrentiel découlant de la régulation ou de la fiscalité pour les banques suisses trop grandes pour être mises en faillite. • Créer des conditions-cadres fiscales attrayantes sur le marché suisse des obligations.
5	Objectif d'efficience	Faibles coûts d'imposition	• Frais d'acquiescement aussi bas que possible pour les contribuables. • Frais de perception aussi bas que possible pour le fisc. • Coordination de l'entrée en vigueur des mesures d'accompagnement fiscales avec la phase d'émission des CoCo.

Les objectifs ci-dessus sont en partie conflictuels, d'où la nécessité de les pondérer les uns par rapport aux autres.

De plus, le droit en vigueur ne permet pas de les réaliser à maints égards. Il présente en particulier trois inconvénients majeurs:

- il empêche le marché suisse des obligations de se développer;
- il entrave le financement des groupes de sociétés;
- il ne parvient pas empêcher que l'impôt anticipé ne remplisse qu'en partie sa fonction de garantie.

En raison des conditions-cadres fiscales en vigueur, le marché suisse des capitaux ne présente guère d'attrait pour les obligations et pour les papiers monétaires. Cela s'explique par les effets fiscaux ci-après.

- (1) Le droit de timbre d'émission sur les obligations et sur les papiers monétaires renchérit l'émission, autrement dit la transaction sur le marché primaire.
- (2) L'impôt anticipé détourne les investisseurs étrangers des obligations et des papiers monétaires soumis à l'impôt, même lorsqu'ils peuvent demander son

remboursement en vertu d'une convention de double imposition. Ce qui les rebute, c'est bien sûr la ponction de liquidités et la rémunération manquée jusqu'au remboursement de l'impôt, mais bien souvent aussi les seules formalités administratives.

- (3) Le droit de timbre de négociation sur les obligations inhibe fortement le commerce des obligations suisses³, si bien que le marché secondaire est très peu liquide. Or la liquidité du marché secondaire est une condition indispensable de l'attrait du marché primaire.

Le financement de l'économie internationale est aujourd'hui assuré pour l'essentiel sans perception d'impôts à la source et les groupes suisses financent eux aussi la plupart de leurs activités à l'étranger à partir de pays offshore. Les conditions-cadres fiscales actuelles poussent en effet les groupes suisses cotés en bourse à lever des capitaux de tiers en règle générale au moyen d'émissions d'obligations à l'étranger, par l'intermédiaire de sociétés du groupe qui y sont domiciliées. Ils évitent ainsi de payer l'impôt anticipé et le droit de timbre d'émission. Toutefois, selon la pratique⁴ de l'Administration fédérale des contributions – qui entend lutter ainsi contre les structures servant à éluder l'impôt –, ces emprunts sont considérés dans certaines circonstances comme des emprunts suisses. Ainsi, le droit de timbre d'émission est dû et les intérêts sont soumis à l'impôt anticipé:

- si la société mère suisse garantit l'emprunt de l'émetteur étranger et que les fonds de tiers levés grâce à l'émission des obligations sont versés en Suisse, ou
- si la société mère suisse a signé un *keep well agreement* en faveur de l'émetteur de l'emprunt et que plus de 10 % des fonds externes levés sont versés en Suisse à long terme (c.-à-d. pendant plus d'un an). Si la société mère suisse utilise elle-même les fonds collectés à l'étranger avec sa propre garantie, par exemple pour prendre une participation dans une société étrangère, il s'agit aussi d'un flux de fonds dans la société suisse et d'une utilisation par cette dernière. Les flux de fonds vers la Suisse à court terme (c.-à-d. pendant moins d'un an) sont en principe tolérés jusqu'à concurrence de 30 % de l'emprunt.

L'interdiction d'utiliser les fonds en Suisse limite le financement externe des groupes suisses. Quant au financement interne, il est exonéré du droit de timbre d'émission et de l'impôt anticipé à condition que le groupe suisse ne garantisse aucun emprunt émis par une de ses sociétés à l'étranger. Cette restriction vise à assurer une séparation claire entre les paiements d'intérêts internes au groupe soumis à l'impôt anticipé et ceux qui ne le sont pas.

En raison de ces règles fiscales, la plupart des émissions d'emprunts sont effectuées à l'étranger. De plus, la restriction relative au financement interne des groupes empêche en règle générale que le *cash pooling*, autrement dit la compensation des liquidités à l'interne grâce à une gestion des finances centralisée, puisse être centralisé en Suisse.

³ Les papiers monétaires ne sont pas soumis au droit de négociation (art. 14, let g, LT). Sont également exonérés l'achat et la vente d'obligations étrangères ainsi que l'intermédiation dans l'achat et la vente pour l'acheteur ou le vendeur lorsqu'il est partie contractante étrangère (art. 14, let. h, LT).

⁴ Cf. la circulaire n°6746 du 29 juin 1993 de l'Association suisse des banquiers concernant les emprunts de filiales étrangères garantis par leur société mère suisse.

Ainsi, alors qu'il remplit efficacement sa fonction de garantie de l'impôt sur les intérêts des avoirs bancaires et sur les dividendes en Suisse, l'impôt anticipé n'est guère opérant lorsqu'il s'agit d'intérêts rémunérant des obligations et des papiers monétaires émis par des groupes suisses. En effet, étant donné que le financement externe de ces groupes au moyen d'emprunts est assuré pour l'essentiel par l'intermédiaire de leurs sociétés sises à l'étranger, le débiteur n'est pas domicilié en Suisse et les intérêts versés sur ces emprunts ne sont pas imposés au titre de l'impôt anticipé. Si ces obligations de sociétés étrangères de groupes suisses sont détenues par des investisseurs suisses fiscalement indécidés, la Suisse perd des recettes fiscales.

L'objectif de régulation consiste à créer les conditions qui permettront aux banques suisses trop grandes pour être mises en faillite d'émettre des *CoCo* en Suisse sans désavantages concurrentiels. Les mesures fiscales nécessaires peuvent être conçues soit de manière étroite, autrement dit se limiter exclusivement aux *CoCo*, soit selon une approche plus large. Dans ce cas, elles s'étendraient aux obligations et aux papiers monétaires, voire à tous les capitaux mobiliers, et contribueraient ainsi à résoudre la problématique du droit fiscal en vigueur présentée plus haut.

1.4.4.3 Mesures fiscales proposées

Les mesures fiscales proposées (cf. ch. 2.3 et 3.1) constituent une solution médiane. D'un côté, avec le passage au principe de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les obligations et sur les papiers monétaires et la suppression du droit de timbre d'émission sur les capitaux de tiers, elles améliorent les conditions-cadres fiscales en vigueur non seulement pour les *CoCo*, mais encore pour tout le marché suisse des obligations. De l'autre, elles prévoient de n'appliquer l'exonération du droit de timbre d'émission sur les droits de participation qu'aux droits résultant de la conversion de *CoCo*. Le train de mesures garantit ainsi un degré élevé de réalisation des objectifs fixés.

	Objectif	Réalisation
1	Objectif de régulation (mise en œuvre de la régulation visant à prévenir les risques systémiques par la FINMA)	+ Les <i>CoCo</i> peuvent être placés aux mêmes conditions qu'à l'étranger. + Efficacité optimale de l'instrument, car les <i>CoCo</i> sont émis en Suisse et régis par le droit suisse.
2	Objectif fiscal (maintien des recettes fiscales)	– Diminution des recettes de 190 millions de francs nets ⁵ suite à la suppression du droit de timbre d'émission sur les capitaux de tiers; divers autres effets peuvent se traduire par une augmentation ou une diminution des recettes (cf. ch. 3.1).
3	Objectif d'équité (respect des principes de l'universalité et de l'égalité de traitement en matière d'imposition ainsi que du principe de l'imposition selon la capacité économique par l'application de mesures de garantie visant à combattre la soustraction d'impôt)	= Pour les obligations et les papiers monétaires, la fonction de garantie sera assurée par le nouveau principe de l'agent payeur. Ce dernier garantit aussi la perception de l'impôt sur les revenus provenant de sources étrangères auprès d'agents payeurs suisses, comblant ainsi une lacune qui permet aujourd'hui de soustraire l'impôt. Le risque subsiste cependant que des Suisses fiscalement indécidés délocalisent l'agent payeur à l'étranger pour éviter l'impôt anticipé et éludent ensuite l'imposition des intérêts en ne les faisant pas figurer dans

⁵ «Net» signifie ici déduction faite du droit de timbre que la Confédération se paie à elle-même sur ses propres émissions.

		leur déclaration fiscale. – Inégalité de traitement fiscal du financement par émission de participations résultant de la conversion de <i>CoCo</i> et des autres émissions de fonds propres.
4	Objectif de place financière (conditions-cadres favorables pour la place financière)	+ Pas de désavantages concurrentiels pour les banques suisses trop grandes pour être mises en faillite. + Le marché suisse des obligations devient fiscalement concurrentiel au plan international. – Si des Suisses fiscalement indécidés délocalisent leur agent payeur à l'étranger, la valeur ajoutée dégagée par ces services est aussi exportée à l'étranger.
	Objectif d'efficience (faibles coûts d'imposition)	– Il faut gérer deux systèmes parallèles, l'un fondé sur le principe de l'agent payeur pour les rendements des obligations et des papiers monétaires et l'autre sur le principe du débiteur pour les autres revenus de capitaux mobiliers. – Coûts occasionnés par le passage au principe de l'agent payeur. – Grâce à l'expérience accumulée par les banques en relation avec l'accord sur la fiscalité de l'épargne conclu avec l'UE, les conditions sont réunies pour assurer la coordination de l'entrée en vigueur du principe de l'agent payeur avec la phase d'émission des <i>CoCo</i> .

En résumé, le train de mesures proposé permet de largement réaliser l'objectif de régulation et devrait pouvoir être mis en œuvre à temps, soit au plus tard au moment des émissions de *CoCo*. Il augmente en outre l'attrait du marché suisse des capitaux pour les grandes entreprises suisses et étrangères. Ce marché pourra ainsi se développer et gagner en efficience, ce qui se traduira par une légère diminution des marges. Il en résultera également une augmentation de la valeur ajoutée créée en Suisse. De plus, la croissance du marché et l'égalité de traitement fiscal des *CoCo* et des autres emprunts préviendront toute éviction indésirable des seconds par les premiers. A long terme, les obstacles actuels au financement interne des groupes suisses seront levés, car l'émission par des sociétés du groupe sises à l'étranger d'emprunts garantis par la maison mère suisse sera aussi soumise à l'impôt anticipé. Cette approche permet en outre de ne plus se poser la question d'une éventuelle évasion fiscale. Enfin, la solution proposée limite la diminution des recettes fiscales qui en résulte.

Après évaluation des avantages et des inconvénients de toute une série de variantes, le train de mesures proposé dans le projet de loi s'est révélé constituer la meilleure solution. Par souci de transparence, quelques-unes des solutions écartées au terme de l'évaluation sont commentées ci-après.

1.4.4.4 Autres mesures fiscales évaluées

1.4.4.4.1 Mesures limitées aux *CoCo*

Un train de mesures se limitant aux *CoCo* comprendrait les mesures suivantes:

- exonération du droit de timbre d'émission sur les obligations et sur les papiers monétaires pour les *CoCo*;
- exonération du droit de timbre d'émission sur les droits de participation lorsque les droits en question résultent de la conversion de *CoCo*;

- exonération de l'impôt anticipé sur les intérêts pour les *CoCo*, ou passage au principe de l'agent payeur pour cet impôt.

Si les mesures se limitaient aux *CoCo*, les conséquences financières directes pour la Confédération, les cantons et les communes – sous la forme de diminution des recettes fiscales – seraient minimales. Elles se limiteraient pour l'essentiel à la non-perception du droit de timbre d'émission sur les formes de capitaux de tiers remplacées par les *CoCo* exonérés. L'émission de *CoCo* en Suisse aurait certes lieu à des conditions concurrentielles, mais le marché suisse des capitaux resterait peu attractif pour les autres obligations. De plus, compte tenu du volume restreint de ce marché, le traitement fiscal préférentiel des *CoCo* aurait un effet d'éviction (*crowding out*), aux dépens des autres émissions suisses. Il en résulterait une augmentation des coûts de financement des émetteurs «non-*CoCo*». Seraient concernés en particulier la Confédération, les cantons et les communes, qui verraient leurs dépenses s'inscrire à la hausse suite à l'augmentation de leurs charges d'intérêts.

Ainsi, bien qu'elle soit efficace du point de vue de l'objectif de régulation, la limitation des mesures aux *CoCo* ne permettrait pas de réaliser l'ensemble des objectifs.

1.4.4.4.2 Mesures générales

Il ressort de ce qui précède que des mesures se limitant aux *CoCo* auraient une portée nettement moindre que le train de mesures prévu dans le projet de loi. Il serait cependant aussi possible d'appliquer des mesures plus générales, allant au-delà de la solution proposée. C'est ainsi que l'on a examiné en particulier la combinaison des mesures suivantes:

- suppression totale du droit de timbre d'émission;
- exonération du droit de timbre de négociation pour les obligations suisses;
- passage général au principe de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé.

Si l'on supprimait le droit de timbre d'émission non seulement pour les *CoCo*, mais totalement, on éviterait l'effet d'éviction des mesures se limitant aux *CoCo*. Il en résulterait par ailleurs des diminutions de recettes fiscales de 250 millions de francs pour le droit de timbre sur les fonds propres et de 190 millions de francs nets pour celui sur les capitaux de tiers. La suppression du droit de timbre de négociation sur les obligations suisses se traduirait quant à elle par une diminution supplémentaire de recettes de près de 70 millions de francs. Ces mesures fiscales relanceraient cependant à coup sûr le marché suisse des capitaux, de sorte que la Confédération, les cantons et les communes verraient s'accroître les recettes perçues au titre des impôts sur le revenu et sur le bénéfice, ce qui compenserait en partie les diminutions de recettes de la Confédération.

Ce train de mesures permettrait de réaliser l'objectif de régulation. Pour le reste, il appelle au moins une réserve: le passage général au principe de l'agent payeur est plus complexe que la solution proposée dans le projet de loi, qui limite l'application de ce principe à l'impôt sur les rendements des obligations et des papiers monétaires. La mise en œuvre auprès des agents payeurs nécessiterait par conséquent davantage de temps, de sorte que cette variante ne serait opérationnelle que bien après la date prévue pour la solution proposée dans le projet de loi. De plus, la diminution des recettes perçues au titre des droits de timbre totaliserait quelque 510 millions de francs, contre 190 millions pour la solution proposée.

1.4.4.4.3 Maintien du principe du débiteur en matière d'impôt anticipé

Une autre possibilité serait d'appliquer le train de mesures proposé, mais de maintenir le principe du débiteur pour les rendements des obligations et des papiers monétaires. Il conviendrait cependant alors de prévoir une dérogation en matière d'impôt anticipé sur ces rendements lorsqu'ils sont versés à des investisseurs institutionnels.

La loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA) dispose d'un nombre limité de cas dans lesquels une procédure de déclaration de la prestation imposable peut se substituer à l'obligation de transférer l'impôt anticipé. Une telle procédure n'est certes pas expressément prévue en matière d'intérêts, mais, en vertu de l'art. 20 LIA, rien ne s'opposerait à son adoption. Pour les bénéficiaires de prestations étrangers, la procédure devrait être réglée dans une ordonnance sur le droit fiscal international.

Une solution de financement extérieur des entreprises élaborée dans le cadre de la troisième réforme de l'imposition des sociétés (USTR III) repose sur l'exonération des intérêts versés à certaines catégories de créanciers. Son application requiert une modification de la LIA. Dans ce concept, il incombe au débiteur des intérêts soumis à l'impôt anticipé de prouver que le créancier des obligations, en tant que bénéficiaire des prestations, est un investisseur institutionnel. Cette preuve que le propriétaire et futur bénéficiaire des prestations est effectivement un investisseur institutionnel tel que défini dans la loi doit être établie dès la souscription de l'emprunt et ne doit pas varier pendant toute la durée de ce dernier. Ce système présente l'inconvénient d'interdire de fait le commerce des obligations concernées.

Il serait possible de remédier à cette restriction au commerce des obligations à l'aide d'un système s'inspirant de la procédure d'affidavit en faveur des investisseurs étrangers⁶ actuellement en vigueur pour les placements collectifs de capitaux. Une procédure similaire existe également en matière de créances comptables à court terme, pour lesquelles SIX SIS AG tient un registre. Son adoption a résulté d'une décision pratique. Si une telle procédure devait être étendue aux obligations, celles-ci devraient être conservées dans un dépôt auprès d'une banque soumise à l'autorité de surveillance nationale concernée. La banque en question pourrait, moyennant l'indication du nom du propriétaire (investisseurs institutionnels uniquement), demander au débiteur suisse de payer les intérêts non grevés de l'impôt anticipé. Le débiteur de la prestation procéderait ensuite au remboursement de l'impôt anticipé à la place de l'Administration fédérale des contributions, directement à la source. Il serait possible d'adopter cette procédure sur la base d'une simple modification de l'ordonnance sur l'impôt anticipé (OIA), sans révision de la loi, car la base légale nécessaire existe déjà à l'art. 20 LIA.

Une telle dérogation en matière d'impôt anticipé permettrait probablement de réaliser l'objectif de régulation et d'améliorer les conditions-cadres régissant le marché suisse des capitaux en termes de compétitivité internationale. Il s'agit cependant d'une solution hétéroclite, qui risquerait en outre de rebuter une partie des investisseurs étrangers, en raison de la charge que représenteraient les formalités d'enregistrement.

⁶ Dans la procédure d'affidavit en faveur des investisseurs étrangers, la renonciation générale à la perception de l'impôt anticipé se fonde sur le fait que la source des revenus se trouve dans la plupart des cas à l'étranger.

1.5 Droit comparé et rapport avec le droit européen

1.5.1 Régulation des banques d'importance systémique

Le thème du *too big to fail* fait l'objet de larges et intenses discussions au plan international. Le Conseil de stabilité financière (*Financial Stability Board, FSB*) a été chargé en avril 2010, lors du sommet du G20 à Pittsburgh, de proposer des mesures en vue de résoudre cette problématique liée aux banques d'importance systémique. Le mandat visait à (a) améliorer les possibilités de liquider les établissements financiers importants au plan national (dits SIFI pour *Systemically important financial institutions*) et les SIFI d'importance mondiale (G-SIFI) sans solliciter le contribuable, (b) réduire les effets de l'effondrement d'un SIFI et (c) renforcer l'infrastructure des marchés financiers dans le but de réduire les risques de contagion.

Le 20 octobre 2010, le FSB a publié des recommandations exhaustives à l'intention du G20 concernant la limitation des risques inhérents aux G-SIFI. Ces dernières fixent des exigences prudentielles accrues applicables aux SIFI, des exigences plus strictes concernant la surveillance des SIFI ainsi que des options de stabilisation et de liquidation des SIFI visant à minimiser le risque d'un comportement généré par de fausses incitations (risque moral) en relation avec le problème du *too big to fail*.

En septembre 2010 déjà, l'organe directeur du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Comité de Bâle) avait décidé que les banques d'importance systémique au niveau mondial devaient disposer d'un capital propre supérieur aux normes minimales de Bâle III pour l'absorption des pertes. Le Comité de Bâle et le FSB développent une approche globale pour les G-SIFI, qui prévoira probablement tant des exigences supplémentaires concernant les fonds propres que du capital conditionnel ou des fonds étrangers capables de supporter les pertes (*bail-in debt*)⁷ et se fondera sur les améliorations prévues par les législations nationales en matière d'assainissement et d'insolvabilité des banques.

Fin décembre 2010, le Comité de Bâle a présenté au FSB une méthode provisoire pour déterminer les G-SIFI. Il publiera à l'été 2011 une étude formulant des propositions en vue d'accroître la capacité des G-SIFI à supporter les pertes. Le FSB présentera alors en décembre 2011 ses recommandations concernant la définition du niveau de la capacité supplémentaire des G-SIFI à supporter les pertes et la structure des instruments à utiliser.

Les mesures prévues en rapport avec les exigences prudentielles accrues et les prescriptions régissant l'organisation dans le présent projet de loi tiennent compte de manière générale des recommandations du FSB. S'agissant de l'ampleur de la capacité supplémentaire à supporter les pertes et des instruments de capital auxquels recourir, les exigences suisses iront probablement au-delà des normes minimales internationales, et aussi de celles qui s'appliquent aux G-SIFI.

L'UE prévoit la liquidation facilitée des grands établissements financiers complexes sur le modèle de certains Etats membres (Suède, Allemagne) en instituant un fonds d'assainissement ex ante financé par les banques. Le Comité européen des contrôleurs bancaires (CEBS) est en train d'élaborer des plans de «réanimation» et d'assainissement. Le cadre donné par le droit de la surveillance doit également

⁷ *Bail-in debt* désigne des emprunts contractés par les banques dans lesquels il est prévu contractuellement qu'ils puissent être utilisés par des mesures administratives (d'assainissement) pour supporter les pertes dans le cadre d'un assainissement forcé.

habiliter les autorités de surveillance à intervenir rapidement et prévoir une large palette d'instruments de liquidation contenant des interventions aux plans du personnel et de l'organisation telles que la séparation et la poursuite distincte d'affaires ou de secteurs d'activité. S'agissant de la capacité supplémentaire à supporter les pertes et la recapitalisation par du capital convertible, des décotes de titres de dettes (obligations ordinaires) ou la conversion de dettes en capital propre à la veille d'une insolvabilité, l'UE semble attendre de voir comment évolue la situation au plan international.

Dans les grands centres financiers non européens de Singapour, Hong Kong et du Japon, il n'existe pas encore d'exigences spécifiques applicables aux établissements financiers d'importance systémique. Seuls les Etats-Unis ont réglé la problématique du *too big to fail* à l'échelon de la loi en édictant le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank-Act)*, mais des éléments importants des dispositions d'exécution doivent encore être définis.

Le *Dodd-Frank Act* institue un nouvel organe, le *Financial Stability Risk Oversight Council (Council)*. Ce dernier a pour tâche de déclarer les entreprises financières sans licence bancaire (*nonbank financial companies, NBFC*) comme étant d'importance systémique et de les soumettre par conséquent à des exigences accrues concernant la surveillance. Les grands groupes bancaires liés entre eux devront, à partir d'une valeur seuil de 50 milliards de dollars américains d'actifs, satisfaire à des exigences prudentielles plus élevées de manière générale. Le Council peut à cet effet soumettre des propositions au *Federal Reserve Board (Fed)*, que le *Dodd-Frank Act* déclare autorité de haute surveillance des établissements d'importance systémique. Dans ce cadre, le Fed a pour tâche première de définir les exigences prudentielles accrues applicables aux entreprises financières sans licence bancaire d'importance systémique et aux grands groupes bancaires liés entre eux.

Du point de vue de l'organisation, les régulateurs disposent désormais d'une panoplie d'instruments leur permettant d'influencer la taille, la croissance et certaines activités d'établissements financiers considérés comme étant d'importance systémique. Le spectre des mesures possibles est très large. Les entreprises peuvent se voir contraintes de se retirer de certains secteurs d'activité. La croissance engendrée par une fusion ou une acquisition peut être interdite dans certaines circonstances. Si un institut ne propose pas de plan concluant pour sa liquidation en cas de crise, des exigences accrues peuvent lui être imposées dans le domaine organisationnel.

Le *Dodd-Frank-Act* crée un autre élément pour résoudre la problématique du *too big to fail*, à savoir un régime spécial d'insolvabilité pour les établissements financiers d'importance systémique. Ce dernier doit s'appliquer si la disparition de l'entreprise risque de mettre en péril l'économie nationale américaine. Le régime d'insolvabilité permet de transférer les actifs et passifs à un tiers acquéreur ou dans une banque relais (*bridge bank*). Des dispositions spéciales s'appliquent à des contrats financiers spécifiques⁸ afin de garantir leur transfert dans une banque relais.

1.5.2 Rémunérations variables

S'agissant des mesures concernant la rémunération en cas d'aide de l'Etat, on remarque au niveau international que de nombreux Etats ont édicté ou envisagent d'édicter des règles concernant la politique de rémunération des entreprises, notam-

⁸ *Swap agreements, securities contracts, repurchase agreements, forward contracts et commodity contracts.*

ment des établissements financiers, mais que celles-ci varient fortement entre elles. Cette constatation s'explique en particulier par les différentes traditions nationales qui déterminent la liberté économique et l'influence étatique.

Dans la plupart des pays de référence importants, des réglementations légales de limitation des rémunérations variables en cas de soutien étatique des banques ont déjà été introduites ou sont en préparation. Ces dispositions vont d'une taxe exceptionnelle frappant les bonus (France, Royaume-Uni) à des restrictions salariales formelles (Allemagne) et l'interdiction de percevoir des bonus (Pays-Bas, Norvège) en passant par des restrictions concernant les modalités des bonus. L'application de la réglementation européenne envisagée en matière de rémunérations comme norme minimale impliquerait qu'en cas de soutien étatique d'établissements financiers, les bonus ne puissent plus être versés qu'avec l'accord de l'autorité de surveillance financière. Dès lors, la Chine, Singapour et les Emirats arabes unis seraient les seuls, parmi les pays de référence importants, à ne pas disposer de base légale régissant la limitation des rémunérations en cas d'intervention étatique auprès d'établissements financiers.

L'on peut constater par ailleurs que les principes de rémunération du FSB édictés à l'automne 2009 ont été largement mis en œuvre. La Suisse a été l'un des premiers pays à mettre en vigueur (au 1.1.2010) les normes correspondantes par l'intermédiaire de la circulaire de la FINMA concernant les systèmes de rémunération.

1.6 Mise en œuvre

Le présent projet de loi va plus loin que celui de la Commission d'experts sur deux points: (1) le contenu des mesures *too big to fail* est plus concret que dans la proposition du rapport d'experts et (2) des mesures d'accompagnement dans le domaine de la rémunération variable en cas de soutien étatique et des mesures fiscales sont introduites.

Ces compléments à la loi confèrent au Parlement la possibilité de déterminer les valeurs concrètes de la réglementation tout en offrant une souplesse suffisante pour les dispositions d'exécution. Ces dernières devront être reprises notamment dans l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques⁹ et dans l'ordonnance du 29 septembre 2006 sur les fonds propres¹⁰. Le commentaire des articles au chapitre 2 contient des informations plus détaillées sur la mise en œuvre prévue à l'échelon de l'ordonnance.

1.7 Classement d'interventions parlementaires

Le Conseil fédéral propose de classer les interventions parlementaires suivantes étant donné que l'objectif de ces dernières est réalisé:

- Motion 08.3649 «Prévenir les risques démesurés pour l'économie suisse» déposée par le groupe de l'Union démocratique du centre le 3 octobre 2008. La motion a été adoptée par le Conseil national le 8 décembre 2008 et par le Conseil des Etats le 27 mai 2009.
- Motion 09.3019 «Réduire les risques pour la place financière suisse» déposée par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national le

⁹ RS 952.02

¹⁰ RS 952.03

25 février 2009. Le point 5 de la motion («tout mettre en œuvre pour que la Confédération récupère, dès que possible et avec bénéfice, les fonds qu'elle a engagés pour le sauvetage d'UBS») a été adopté par le Conseil national le 27 mars 2009 et par le Conseil des Etats le 11 août 2009.

2 Commentaire des articles

2.1 Chapitre V Banques d'importance systémique

2.1.1 Définition (art. 7, al. 1, P-LB)

L'art. 7, al. 1, P-LB définit les banques d'importance systémique et précise en même temps le champ d'application subjectif des nouvelles dispositions du chapitre V.

La définition ne se limite pas aux banques au sens propre. Elle désigne aussi les «groupes financiers et conglomérats financiers à dominante bancaire».

Sont réputés d'importance systémique les établissements «dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses». Pour répondre à la question de savoir si une banque est d'importance systémique, il faut donc adopter un point de vue national, bien que les grandes banques suisses puissent probablement être classées comme étant d'importance systémique dans certains marchés, notamment au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

La Banque nationale suisse (BNS), après avoir entendu la FINMA, établit par voie de décision quelles banques sont d'importance systémique et quelles sont les fonctions de cette banque qui sont d'importance systémique (art. 8, al. 1, P-LB). La formulation large des critères selon l'art. 8, al. 2, P-LB laisse sciemment à la BNS une grande marge d'appréciation.

2.1.2 But (art. 7, al. 2, P-LB)

En ajoutant une disposition concernant le but, l'on applique la technique législative habituelle aujourd'hui qui a déjà été mise en œuvre à l'art. 5 de la loi sur la surveillance des marchés financiers ou à l'art. 1, al. 1, de la loi sur la surveillance des assurances. L'art. 7, al. 2, P-LB ne se contente pas de mentionner les motifs conduisant à arrêter les dispositions particulières mais a aussi une fonction normative. Il fait office d'aide à l'interprétation face à la question de savoir quelles sont les mesures admissibles et concrétise la compétence législative déléguée à l'autorité réglementaire ou, plus exactement, impose à celle-ci des lignes directrices sur le fond.

Les nouvelles dispositions du chapitre V (et les exigences particulières qui en découlent) poursuivent trois objectifs: (1) réduire les risques – inhérents à l'importance systémique de certaines entreprises – pour la stabilité du système financier suisse; (2) assurer le maintien de fonctions économiques cruciales (d'importance systémique) en cas de menace d'insolvabilité et (3) éviter, grâce aux exigences particulières applicables aux banques d'importance systémique, le recours à une aide de l'Etat et, partant, supprimer une éventuelle garantie de fait de l'Etat dans l'intérêt de la libre organisation du marché.

2.1.3 Constataion de l'importance systémique (art. 8 P-LB)

Conformément à l'al. 1 de cette disposition, c'est à la BNS qu'il revient de décider de l'importance systémique d'une banque. Ce faisant, elle doit entendre la FINMA au préalable. En déterminant l'importance systémique d'une banque, la BNS décide aussi, le cas échéant, quelles sont les fonctions de cette banque qui sont d'importance systémique. La BNS est la seule institution de Suisse à avoir un mandat explicite dans le domaine de la stabilité du système financier (art. 5, al. 2, let. e, de la loi sur la Banque nationale, LBN). De plus, elle dispose d'une compétence économique particulière combinant une connaissance exacte du fonctionnement de

l'économie nationale et une connaissance approfondie du système financier. C'est pour cette raison que la BNS avait déjà été chargée de procéder à l'évaluation des conséquences de la défaillance possible d'une grande banque lors des deux épisodes de crise précédents¹¹. En outre, la définition de l'importance systémique est étroitement liée à la fonction de prêteur en dernier ressort exercée par la Banque nationale. Dans ce cadre, une aide exceptionnelle sous forme de liquidités n'est apportée qu'aux banques ou groupes bancaires d'importance systémique. Les décisions prises par la BNS à l'appui de cette disposition peuvent être attaquées par voie de recours au Tribunal administratif fédéral (art. 53, al. 1, let. a, LBN).

L'al. 2 décrit les facteurs déterminants pour la décision de la BNS selon l'al. 1. Généralement, une banque doit être désignée comme étant d'importance systémique si elle fournit des prestations indispensables à l'économie nationale et que ces dernières ne peuvent être assumées immédiatement par d'autres entreprises en cas d'insolvabilité. L'al. 2 reprend cette constatation et mentionne comme facteurs centraux la taille, l'imbrication de la banque et l'absence de substituabilité de ses prestations de service à court terme. La disposition énumère ensuite de manière concrète et non exhaustive les critères au regard desquels s'apprécie l'importance systémique d'une banque. Les let. a et b identifient, dans une énumération non exhaustive, les fonctions des banques qui ne sont généralement pas substituables à court terme et peuvent donc contribuer significativement à l'importance systémique de l'ensemble de l'entreprise. La let. c, qui mentionne le rapport entre le total du bilan et le produit intérieur brut, soulève l'aspect de la taille, particulièrement important pour la Suisse, et donc la problématique que certaines banques peuvent dépasser la capacité de sauvetage financière de l'Etat. Les critères énumérés aux let. a à d ne doivent pas forcément se cumuler. Ainsi une banque peut-elle déjà être d'importance systémique si l'analyse de certains critères démontre des risques systémiques marqués. La décision se fonde sur une appréciation générale de tous les facteurs cruciaux au cas par cas. La taille et l'imbrication d'un établissement peuvent entraîner l'impossibilité de substituer à court terme les fonctions d'importance systémique. Cela dit, l'importance systémique d'une banque implique en tout cas qu'elle gère au moins une fonction systémique dans l'entreprise. En général, la fonction systémique est doublée d'une taille ou d'une imbrication spécifique.

Le profil de risque décrit plus en détail dans l'al. 3 a une influence décisive sur la probabilité de survenance de dommages et sur le potentiel des dommages.

2.1.4 Exigences particulières applicables aux banques d'importance systémique (art. 9 P-LB)

2.1.4.1 Structure

Pour des raisons de légalité et de sécurité juridique, une base légale explicite est judicieuse, voire nécessaire pour certaines mesures (cf. art. 36 Cst), pour la définition d'exigences prudentielles allant au-delà des dispositions générales applicables aux banques d'importance systémique,

L'art. 9 P-LB constitue la disposition centrale en tant que telle, qui est aussi la disposition de base. En énonçant les catégories de mesures (fonds propres, liquidités, répartition des risques et organisation) et en procédant à une première concrétisation, l'al. 2 prescrit les grands axes des nouvelles exigences particulières applicables aux banques d'importance systémique. Conformément à l'al. 3, les exigences particulières

¹¹ Credit Suisse en 2003 et UBS en 2008.

res doivent être concrétisées davantage dans une ordonnance du Conseil fédéral et dans les prescriptions d'exécution techniques des autorités de surveillance (art. 55, al. 1, LFINMA). A moins que l'ordonnance du Conseil fédéral ne fonde directement les droits et obligations des banques d'importance systémique, c'est à la FINMA qu'il appartient, par voie de décision, de fixer les exigences particulières concrètes que la banque d'importance systémique doit remplir (art. 10 P-LB).

Ce système à trois niveaux – loi, ordonnance et décision – garantit la flexibilité de la réglementation, la possibilité d'une adaptation à un changement de situation, la coordination internationale ainsi que l'efficacité et l'adéquation au cas particulier. Cela étant, les décisions de principe sont réservées au législateur.

2.1.4.1 Etendue et limitation (art. 9, al. 1, P-LB)

Le principe de la proportionnalité (cf. art. 5, al. 2, Cst.) revêt une signification particulière dans le contexte de la fixation des exigences spécifiques applicables aux banques d'importance systémique. Ces exigences peuvent entraîner des restrictions considérables de la liberté économique et de la garantie de propriété des banques concernées. Par ailleurs, elles concernent toujours certains aspects du principe de l'égalité de traitement car les banques d'importance systémique doivent satisfaire à des exigences ne s'appliquant pas aux autres banques. Aussi l'al. 1 mentionne-t-il expressément que les exigences particulières doivent obéir au principe de la proportionnalité. L'exigence voulant que l'étendue et l'agencement des mesures dépendent du degré d'importance systémique et qu'il faille prendre en compte les incidences des mesures sur les banques concernées et la concurrence constitue une concrétisation du principe de la proportionnalité et de l'égalité de traitement. Enfin, les mesures ordonnées par la FINMA au cas par cas doivent satisfaire à l'examen de la proportionnalité.

Outre la preuve de l'efficacité, l'un des aspects essentiels de cet examen de la proportionnalité réside dans le rapport de cause à effet ainsi que dans une analyse des coûts et bénéfices des exigences particulières. S'agissant des coûts, le principe est que ces derniers – pour autant qu'ils résultent uniquement de l'abandon d'une éventuelle garantie de fait de l'Etat – soient non seulement proportionnés mais conformes au but visé afin d'éliminer toute distorsion de la concurrence. Mais même les coûts plus importants – notamment ceux qui résultent de mesures organisationnelles – peuvent être tout à fait proportionnés s'ils présentent un rapport approprié avec la réduction des risques ou avec le bénéfice qui est résulte.

Les mesures doivent prendre en compte les normes reconnues sur le plan international, auxquelles elles ne sauraient déroger sans raison. Cette remarque s'applique en particulier aux réglementations internationales telles que les *Sound Principles for Liquidity* du Comité de Bâle, qui garantissent la compatibilité et la comparabilité à l'échelon international. En outre, il faut respecter des normes minimales reconnues sur le plan international. Toutefois, il n'est pas exclu que les mesures prises en Suisse aillent nettement au-delà des exigences minimales définies par d'autres Etats ou par des organismes internationaux, comme cela était d'ailleurs déjà possible jusqu'ici.

Les mesures prévues en Suisse peuvent en fin de compte, dans le cadre des prescriptions légales, prendre une autre direction que les efforts déployés au niveau international. S'agissant de la question de savoir si la Suisse peut s'écarter des prescriptions et normes minimales internationales et si oui, dans quelle mesure, il convient de tenir compte de la structure particulière des banques en Suisse. En effet, les risques

inhérents aux banques d'importance systémique en Suisse sont considérablement plus importants que dans bon nombre d'autres Etats en raison de la relation entre le total du bilan et le produit intérieur brut utilisé d'ordinaire comme référence pour la capacité de sauvetage financier de l'Etat.

2.1.4.3 Fonds propres (art. 9, al. 2, let. a, P-LB)

Par rapport aux dispositions actuelles de l'art. 4, al. 3, LB, le législateur confère désormais au Conseil fédéral le mandat contraignant d'arrêter des exigences plus strictes applicables aux banques d'importance systémique.

Conformément à la répartition actuelle des compétences, le soin de définir les prescriptions d'exécution est confié au Conseil fédéral (cf. art. 4, al. 2, LB et art. 9, al. 3, P-LB). Il appartient à la FINMA, en tant qu'autorité spécialisée, de déterminer le montant exact des exigences spécifiques aux banques d'importance systémique, et notamment les suppléments correspondant au degré d'importance systémique.

2.1.4.3.1 But et principe

Conformément à l'art. 9, al. 2, let. a, P-LB, les banques d'importance systémique sont tenues de respecter des exigences particulières concernant leurs fonds propres dans le but de disposer d'une solvabilité supérieure à celle des banques qui n'ont pas une importance systémique: les coûts plus élevés d'une défaillance potentielle doivent aller de pair avec une probabilité de défaillance moindre pour limiter les coûts économiques prévisibles. Des «volants de sécurité» plus importants sous forme d'une plus grande quantité de fonds propres capables de supporter les pertes permettent aux banques d'absorber également de plus grandes pertes sans que leur fonctionnement et la confiance placée dans les banques soient directement menacés.

Par ailleurs, les banques d'importance systémique doivent disposer de réserves de capital suffisantes pour pouvoir maintenir selon toute vraisemblance les fonctions d'importance systémique sans devoir recourir aux fonds de l'Etat en cas de crise. Les fonds propres doivent fournir une contribution importante pour qu'en cas de retrait des fonctions d'importance systémique, aussi bien la nouvelle structure dans laquelle les fonctions sont transférées que les éléments demeurant dans la banque résiduelle disposent d'une solvabilité solide et, partant, d'une bonne capacité de survie.

En fin de compte, il doit être dans le propre intérêt des banques de limiter leur degré d'importance systémique et d'améliorer leur capacité générale d'assainissement et de liquidation (*resolvability*) sur le plan international. Pour atteindre ce but, il faut d'une part renforcer progressivement les exigences de fonds propres au fur et à mesure que le degré d'importance systémique augmente. D'autre part, les banques d'importance systémique ayant une mauvaise *resolvability* doivent disposer de réserves de capital plus importantes afin qu'elles puissent être assainies ou liquidées de manière ordonnée.

Les exigences particulières relatives aux fonds propres concernent d'une part les actifs pondérés en fonction des risques. Elles sont complétées de l'autre par une composante non pondérée en fonction des risques, selon laquelle les exigences relatives aux fonds propres dépendent de l'ampleur des actifs au sens large – qui comprennent également des opérations hors bilan (*leverage ratio*). Ce ratio doit servir à titre subsidiaire de filet de sécurité pour les exigences concernant les positions pondérées en fonction des risques. Par conséquent, en se référant au status quo des grandes banques le niveau du *leverage ratio* doit être fixé de manière que

l'exigence qui en résulte soit en temps normal légèrement inférieure aux exigences pondérées en fonction des risques.

Le concept des fonds propres présenté ci-après s'applique aux banques d'importance systémique. Il n'a aucun effet immédiat sur les exigences concernant les fonds propres des autres banques.

2.1.4.3.2 Structure des exigences particulières concernant les fonds propres

S'agissant de la mise en œuvre des exigences concernant les fonds propres des banques d'importance systémique, il est prévu que l'ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (ordonnance sur les fonds propres, OFR; RS 952.03) soit construite sur trois niveaux comprenant les composantes suivantes:

L'*exigence minimale* doit au moins être remplie pour respecter les conditions d'autorisation de la marche ordinaire des affaires. Cette exigence correspond aux normes minimales internationales (prévues actuellement selon Bâle III) que toute banque doit remplir en tout temps.

Le *volant de sécurité* permet aux banques d'absorber des pertes sans passer sous le niveau de l'exigence minimale et sans devoir suspendre la marche ordinaire des affaires. Il doit être constitué quand la banque se porte bien et être maintenu par la suite. Quand les affaires vont mal, le volant de sécurité peut être utilisé pour absorber les pertes.

La *composante progressive* entend garantir que les banques présentent une solvabilité plus importante à mesure que leur importance systémique croît. Elle doit aussi permettre de financer la mise en œuvre des mesures prévues dans le plan d'urgence. En outre, les moyens supplémentaires permettent de maintenir la banque résiduelle. Le degré d'importance systémique est calculé à l'aide (i) du total du bilan des banques et (ii) de leurs parts de marché pour les crédits domestiques et pour les dépôts domestiques. Un supplément séparé est calculé pour ces deux indicateurs, le total des suppléments déterminant le total de la composante progressive.

Une partie du volant de sécurité peut – et la totalité de la composante progressive doit – revêtir la forme d'emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions (*contingent convertible bonds* ou *CoCo*).¹²

2.1.4.3.3 Ordre de grandeur des exigences de fonds propres

Les ordres de grandeur prévus pour les exigences sont présentés ci-après, exprimés en pour-cent des actifs pondérés en fonction des risques et en francs. Les actifs pondérés en fonction des risques sont calculés sur la base des normes minimales internationales (Bâle III) adoptées en septembre 2010. Selon cette définition, les actifs pondérés en fonction des risques des grandes banques se montent actuellement

¹² Le capital convertible au sens de l'art. 12, al. 1, 2^e phrase, P-LB comprend deux instruments de capital: d'une part, les instruments sont convertis en actions ou en bons de participation de la société (*CoCo*) en cas de survenance d'un événement défini au moment de l'émission. D'autre part, ils peuvent être amortis en obtenant le même effet, cf. aussi ch. 2.2.3.2.

(avant l'ajustement effectué par les banques) à quelque 400 milliards de francs par banque.¹³

L'exigence minimale de 4,5 % de fonds propres de base de haute qualité¹⁴ correspond aux nouvelles normes minimales internationales (Bâle III). Exprimée en francs, l'exigence minimale se monte à 18 milliards au moins.¹⁵

Le volant de sécurité doit s'élever à 8,5 %, dont au moins 5,5 % doit revêtir la forme de fonds propres de base de haute qualité. 3 % au maximum peut être détenu sous forme de *CoCo*, dont le seuil de déclenchement (*trigger*) est fixé au moment où les fonds propres de base de haute qualité atteignent 7 % au minimum des actifs pondérés en fonction des risques, pour autant que ce capital convertible satisfasse à des exigences minimales. Ces *CoCo* peuvent se substituer facultativement aux fonds propres de base de haute qualité et permettent de stabiliser la banque et de maîtriser la crise. Exprimé en francs, le volant de sécurité se monte à 34 milliards (dont au moins 22 milliards de fonds propres de base de haute qualité et tout au plus 12 milliards de *CoCo*).

Le montant de la composante progressive doit s'élever au total à 6 % à fin 2009 compte tenu de la taille des grandes banques.¹⁶ Exprimée en francs, la composante progressive ainsi calculée se monte à 24 milliards. Si le total du bilan se montait à 250 milliards de francs et la part de marché à 10 %, la composante progressive serait égale à zéro. La fonction ainsi définie est toujours utilisée pour un établissement déclaré d'importance systémique aussi longtemps que la valeur de la composante progressive qui en résulte est supérieure à 1 %. Dans tous les autres cas, la composante progressive se montera à 1 % pour les banques d'importance systémique. Ce faisant, l'on garantit que les établissements d'importance systémique doivent créer une composante progressive minimale effective même s'ils ont une composante progressive calculée inférieure à 1 %. La composante progressive doit être intégralement constituée de *CoCo* dont le seuil de déclenchement est fixé au moment où les fonds propres de base de haute qualité atteignent 5 % des actifs pondérés en fonction des risques.

L'exigence concernant le total des fonds propres se monte à 19 % des actifs pondérés en fonction des risques, dont 10 % au moins doivent revêtir la forme de fonds propres de base de haute qualité et 9 % au maximum peuvent être détenus sous forme de *CoCo*. Exprimée en francs, l'exigence générale se monte à 76 milliards par institut (dont 40 % au minimum de fonds propres de base de haute qualité et 36 milliards de *CoCo* au maximum) compte tenu de la taille actuelle des grandes banques.

Le *leverage ratio* est calculé selon la définition internationale adoptée dans le cadre de Bâle III. Trois composantes sont définies, par analogie aux exigences pondérées en fonction des risques. Le montant de ces composantes, basé sur les valeurs actuel-

¹³ La FINMA examinera, avant de fixer définitivement les exigences, si des corrections du calcul ou des adaptations des modèles conduisent à des différences fondamentales au niveau du calcul des actifs pondérés en fonction des risques. Si de telles différences sont constatées, le calibrage sera modifié d'après les exigences.

¹⁴ *Common equity* dans la définition de Bâle III.

¹⁵ En outre, les banques d'importance systémique doivent, comme toutes les banques, remplir également les autres exigences minimales découlant de Bâle III.

¹⁶ Les deux banques affichent, sans compensation des valeurs de remplacement, un total du bilan d'environ 1500 milliards de francs et bénéficient d'une part de marché d'environ 20%.

les au bilan, est défini de façon à ce que les exigences qui en résultent en francs soient légèrement inférieures aux exigences pondérées en fonction des risques, également exprimées en francs.

2.1.4.4 Liquidités (art. 9, al. 2, let. b, P-LB)

2.1.4.4.1 But et principe

L'art. 9, al. 2, let. b, P-LB exige que les banques d'importance systémique disposent de liquidités suffisantes afin d'être en mesure de respecter leurs obligations de paiement même si elles se trouvent dans une situation exceptionnellement difficile.

En avril 2010, la FINMA a convenu avec les deux grandes banques un régime des liquidités particulier applicable à l'échelon consolidé à partir du 30 juin 2010. Ce régime prévoit, au niveau quantitatif, une augmentation de la capacité de résistance en cas de choc massif de liquidités et garantit, au niveau qualitatif, une gestion appropriée du risque de liquidité. Les principes de ce régime doivent être repris pour les banques d'importance systémique dans une ordonnance sur les liquidités à arrêter par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 9, al. 3, P-LB. Par ailleurs, les deux grandes banques doivent continuer à respecter les prescriptions sur les liquidités selon les art. 16 à 20 OB¹⁷ à l'échelon de l'institut individuel.

L'ordonnance en question prévoira aussi des exigences qualitatives minimales ainsi que l'obligation de présenter un rapport à l'échelon de l'institut individuel. Les exigences quantitatives minimales à l'échelon de l'institut individuel selon les art. 16 à 20 OB restent applicables jusqu'à ce que la FINMA ait édicté des exigences basées sur le scénario au sens du ch. 2.1.4.4.2 à l'échelon de l'institut individuel. Ces dernières doivent garantir la capacité de résistance locale des banques d'importance systémique dans l'hypothèse d'une transférabilité restreinte d'actifs déposés à l'étranger dans une situation exceptionnellement difficile. Conformément à l'art. 10, al. 1, P-LB, la BNS doit être entendue lors de cette procédure.

2.1.4.4.2 Exigences quantitatives

Le présent chapitre expose comment l'on envisage de concrétiser les exigences relatives aux liquidités par voie d'ordonnance.

Les exigences quantitatives relatives aux liquidités à l'échelon du groupe se fondent sur le calcul du manque de liquidités qu'une banque d'importance systémique présenterait dans une situation exceptionnellement difficile (scénario de crise sérieuse). Les liquidités ne doivent pas manquer pendant 30 jours au moins.

Le manque de liquidités se calcule sur la base des entrées et sorties dans les rubriques du bilan et du hors bilan (à l'exception des titres imputables au volant de sécurité), des entrées de fonds en provenance des facilités existantes dans les banques centrales, des entrées de fonds résultant de la monétarisation du volant de sécurité ainsi que, dès le 8^e jour, des entrées de fonds issus de la facilité de liquidité exceptionnelle de la BNS (jusqu'à concurrence du montant maximal convenu).

Le volant de sécurité se compose de titres liquides, libres d'engagements et librement disponibles pouvant être monétarisés. Une partie de ce volant doit consister en des titres de dettes de première classe émis par les Etats et les banques centrales ainsi qu'en emprunts par lettres de gage suisses (volant primaire). Ainsi a-t-on la garantie qu'une part minimale proportionnelle sera exposée à des fluctuations de

¹⁷ RS 952.02.

valeur moindres et représentera donc une source de liquidités relativement stable pour la banque même dans une situation exceptionnellement difficile. L'autre partie peut contenir aussi d'autres titres liquides tels que des emprunts et actions de qualité supérieure (volant secondaire).

Le scénario de crise générale comprend deux composantes: d'une part, une perte de confiance importante envers la banque. Les contreparties et créanciers mettent en doute sa solvabilité et ses liquidités. D'autre part, les marchés financiers sont tendus et ont peu de liquidités. Résultat: bon nombre de déposants retirent leurs fonds et la banque ne peut plus se refinancer, même pas contre des garanties.

La FINMA concrétise le scénario de crise sérieuse en édictant des valeurs minimales pour les paramètres de crise centraux que les banques d'importance systémique doivent appliquer pour calculer leurs entrées et sorties de fonds. Ces paramètres ont déjà été définis initialement le 31 mars 2010 dans des principes relatifs aux prescriptions sur les liquidités que les grandes banques doivent respecter à l'échelon consolidé. Lors de l'entrée en vigueur des exigences relatives aux liquidités pour les banques d'importance systémique, définies ici, ces paramètres seront repris dans la décision de la FINMA.

La FINMA peut relever ou abaisser les paramètres de crise dans le cadre d'une décision. Au total, les exigences suisses en matière de liquidités applicables aux banques d'importance systémique devraient être plus strictement calibrées que les normes minimales de Bâle en matière de liquidités afin de garantir explicitement davantage de solidité face aux chocs de liquidités et aux risques systémiques qui en résultent.

Les paramètres non prescrits par la FINMA doivent être définis par la banque dans le contexte du scénario de crise sérieuse à illustrer. Si la banque ne tient pas ou pas suffisamment compte des sources matérielles de sorties de fonds, la FINMA peut prescrire les sorties à prendre en compte pour ces rubriques.

Après la survenance d'un choc de liquidités, les liquidités peuvent provisoirement manquer. Cette possibilité d'allègements temporaires garantit que la dotation en liquidités à maintenir garde sa fonction de volant proprement dite. La dotation en liquidités doit être développée ou conservée en temps normal pour pouvoir être utilisée en cas de crise sérieuse.

Si une banque présente un manque de liquidités, ou s'attend à ce qu'un manque de liquidités survienne prochainement en raison de sorties de fonds exceptionnelles, elle est tenue de l'annoncer immédiatement à la FINMA et à la BNS. De plus, la banque soumet pour approbation à la FINMA un plan pour combler le manque de liquidités. La FINMA consulte la BNS dans le cadre de la procédure d'approbation.

2.1.4.1.1 Exigences qualitatives

La FINMA définit des principes de gestion et de surveillance du risque de liquidité. La société d'audit selon la loi sur les banques vérifie chaque année le respect de ces exigences qualitatives.

Si la FINMA parvient spontanément ou sur communication de la société d'audit à la conviction que les principes énoncés au paragraphe précédent ne sont pas suffisamment mis en œuvre, il est prévu qu'elle en informe la banque et qu'elle applique un supplément de 10 % au maximum sur les sorties brutes de liquidités (prises en

compte dans le calcul du manque de liquidités) des positions du bilan et hors bilan de la banque concernée.

2.1.4.1.2 Exigences complémentaires

Il est en outre prévu que la FINMA puisse exiger le respect d'autres critères en matière de liquidités, en particulier celui du ratio de liquidité à long terme (ou *net stable funding ratio*). Ce ratio détermine le rapport maximal entre le besoin de financement à moyen terme et les possibilités de financement à moyen terme. Il vise à garantir la solidité du financement à longue échéance.

2.1.4.2 Répartition des risques (art. 9, al. 2, let. c P-LB)

Les prescriptions actuelles en matière de répartition des risques de l'OFR définissent la concentration maximale admise des risques des banques et la mettent en relation avec les fonds propres d'un établissement pris en compte selon l'OFR. La concentration des risques dans les relations interbancaires occupe une position centrale dans le cadre de la problématique du *too big to fail*. La restriction des interdépendances entre les banques doit permettre de réduire le risque de contagion, et d'éviter que l'insolvabilité d'une banque n'entraîne celle des autres dans son sillage. En réduisant ces interdépendances, on diminue aussi l'importance systémique des banques.

Cet objectif implique qu'il faille, d'une part, renforcer la solidité des banques d'importance systémique, et d'autre part, diminuer la dépendance de l'ensemble des banques à celles d'importance systémique.

2.1.4.2.1.1 Prescriptions applicables aux banques d'importance systémique

Mise sous toit pour la fin 2010, la modification de l'OFR concernant les banques qui appliquent l'approche internationale ou l'approche basée sur des ratings internes (*internal rating based*, ou *IRB*) déploie déjà des effets: la concentration maximale de risques admise pour les grandes banques par rapport aux autres est en effet désormais plafonnée à un cinquième de son niveau précédent. Ceci vaut également pour les grandes banques UBS et Credit Suisse, considérées aujourd'hui comme étant d'importance systémique. L'art. 9, al. 2, let. c prévoit la possibilité de restreindre encore davantage la concentration maximale admise pour les banques d'importance systémique.

Compte tenu du fait que même les banques qui appliquent l'approche suisse pour la couverture par les fonds propres peuvent avoir une importance systémique, l'art. 9, al. 2, let. c pourra être utilisé pour harmoniser les prescriptions en matière de concentration des risques applicables aux banques d'importance systémique.

2.1.4.2.2 Prescriptions applicables à toutes les banques

Dans le contexte du *too big to fail*, il convient de limiter également la concentration des risques maximale admise de l'ensemble des banques par rapport à celles d'importance systémique. Ainsi que le précise le chapitre 3.5 du rapport d'experts sur les établissements trop grands pour être mis en faillite, cet objectif constitue le noyau central de la mesure clé relative à la répartition des risques. Des mesures spécifiques devront être prises dans le cadre de la modification de l'OFR prochainement requise en vue de la mise en œuvre de Bâle III et des dispositions d'exécution y relatives concernant la répartition des risques, afin de restreindre encore davantage la concentration des risques de l'ensemble des banques par rapport

à celles d'importance systémique, et de réduire l'interdépendance opérationnelle entre ces banques.

2.1.4.3 Organisation (art. 9, al. 2, let. d P-LB)

2.1.4.3.1 But et principe

Il faut créer les conditions d'une liquidation ordonnée en vue de l'éventuelle faillite d'une banque d'importance systémique. D'après les principes de la liberté du marché, toute entreprise doit pouvoir faire faillite. Il s'agit donc d'assurer l'élimination du marché des banques d'importance systémique, tout en maintenant les fonctions systémiques qu'elle assurait sans l'aide de l'Etat. Les autorités doivent se doter d'un arsenal de mesures permettant de prémunir l'économie contre les incidences d'une insolvabilité désordonnée, et le contribuable contre tout risque de perte. Il convient donc de mettre en place une réglementation crédible qui rétablisse une certaine discipline sur le marché en rendant réaliste la possibilité d'une insolvabilité, et atténue de façon prépondérante le risque de comportement irresponsable (risque moral), lequel est favorisé par la garantie implicite de l'Etat en faveur des banques d'importance systémique.

Ces dernières doivent ainsi satisfaire à des exigences particulières en termes d'organisation. A des fins préventives, la poursuite des fonctions d'importance systémique doit être garantie en cas de menace d'insolvabilité. Sont considérées comme ayant une importance systémique notamment les opérations de crédit et de dépôt, ainsi que le trafic des paiements au niveau national. La défaillance d'une de ces fonctions affecterait gravement l'économie. En maintenant les opérations de crédit difficilement remplaçables à brève échéance, il s'agit avant tout d'assurer la continuité du financement des entreprises suisses et, partant, leur bon fonctionnement. L'accès aux dépôts au niveau national, ainsi que le fonctionnement de l'infrastructure du trafic des paiements doivent être garantis en tout temps, et ce non seulement pour fournir à l'économie les liquidités dont elle a besoin, mais aussi pour éviter tout effet domino. L'action conjointe des mesures concernant les fonds propres et de celles relatives à l'organisation jouent un rôle central à cet égard. Les plans d'urgence sont mis en œuvre au plus tard lorsque le noyau dur des fonds propres tombe en deçà de 5 % des actifs pondérés en fonction des risques, ce qui déclenche alors la conversion des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions assorties d'un faible seuil de déclenchement. Grâce à ce mécanisme, les banques disposent toujours d'une dotation en fonds propres suffisante pour mettre en œuvre leur plan d'urgence.

2.1.4.3.2 Principe de subsidiarité

Selon le principe de subsidiarité, les banques d'importance systémique doivent d'abord démontrer à la FINMA qu'elles ont mis en place une organisation suffisante et ciblée pour maintenir les fonctions d'importance systémique en cas de menace d'insolvabilité. La FINMA n'ordonne les mesures nécessaires selon l'art. 10, al. 1 P-LB qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque les banques concernées ne s'acquittent pas de cette obligation. Cette progressivité respecte le principe de proportionnalité.

En ce sens, les mesures correspondantes exercent un effet préventif. L'élément réactif des exigences organisationnelles lui donne une double fonction de par le fait qu'elles servent également à maîtriser les crises. Pour sa part, le droit relatif à l'assainissement des banques et à l'insolvabilité – pierre angulaire dans le concept

global de minimisation du risque induit par l'incidence de la mise en faillite de banques d'importance systémique –, a pour seule fonction de maîtriser les crises.

La réflexion sous-jacente au principe de subsidiarité tel que le présente le projet de loi est celle-ci: l'intensité coercitive d'une exigence spécifique peut être nettement atténuée si l'on impose aux banques concernées des prescriptions sur le plan fonctionnel et non pas sur le fond, c.-à-d. en traçant l'objectif mais non pas la voie qui y mène. La FINMA est habilitée à ordonner des mesures organisationnelles uniquement lorsque l'objectif n'est pas atteint. La procédure doit être aménagée de telle manière qu'elle permette un échange régulier entre la FINMA et les établissements concernés, et qu'il s'instaure une collaboration maximale.

2.1.4.3.3 Degré de la preuve

L'objet de la preuve consiste en des prévisions quant à l'efficacité des mesures. En application de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux cas dans lesquels la preuve stricte ne peut être ni apportée, ni raisonnablement exigée, non seulement dans un cas d'espèce, mais aussi en raison de la nature-même de la chose – il y a alors «état de nécessité en matière de preuve» (cf. ATF 128 III 271, consid. 2b/aa, p. 275 avec d'autres renvois), la preuve est apportée dès que la banque peut démontrer qu'en l'état actuel des connaissances et selon toute probabilité, les mesures prises auront le succès escompté.

2.1.4.3.4 Teneur de la démonstration

Au niveau des processus, les banques doivent établir qu'elles ont mis sur pied des plans d'urgence propres à garantir, à brève échéance, le maintien des fonctions d'importance systémique en cas de menace d'insolvabilité.

Au niveau du contenu, les banques doivent démontrer qu'au travers de mesures organisationnelles concrètes, elles ont créé les conditions pour que les fonctions d'importance systémique qu'elles assument puissent être maintenues en cas de menace d'insolvabilité. Dans une perspective fonctionnelle, on peut envisager les critères de démonstration suivants:

Le plan d'urgence d'une banque d'importance systémique prévoit différentes modalités pour le transfert des fonctions d'importance systémique à une nouvelle entité indépendante dotée des fonds nécessaires (banque relais). Or, la séparation et la poursuite de telles fonctions en Suisse risquent de susciter, parmi les créanciers étrangers, des inquiétudes quant à une éventuelle discrimination latente. Pour répondre à ces inquiétudes le plan d'urgence de la banque concernée doit prévoir une dotation suffisante en capital de ladite banque relais et du reste de la société. Dans l'impossibilité d'exclure totalement toute inégalité de traitement, la réglementation, mais aussi l'exécution des plans d'urgence devraient tendre au respect des principes d'équité et de transparence, et à une participation appropriée des créanciers étrangers à la procédure. Ces précautions devraient permettre de modérer le risque de voir les pays étrangers prendre des mesures protectrices.

2.1.4.4 Rapport entre les exigences relatives aux fonds propres, aux liquidités et à la répartition des risques et les exigences organisationnelles

Les quatre domaines d'exigences particulières sont étroitement corrélés. Ils se complètent mutuellement, de même qu'ils s'opposent. Alors que certaines exigences organisationnelles doivent être suivies d'effet sans délai pour atteindre leur but, il

suffit pour d'autres de disposer de plans d'urgence concrets prêts à être mis en œuvre.

Un apport supplémentaire de capitaux et de liquidités ménage une liberté d'action en cas de crise et, partant, du temps pour rechercher une solution ou mettre en place des dispositifs déjà planifiés. Une certaine substituabilité est en outre prévue entre les mesures organisationnelles et les fonds propres, en ce sens qu'une banque qui améliore sa faculté de liquidation peut prétendre à une remise sur les fonds propres (cf. explications données au chiffre 2.1.5).

La composante progressive de fonds propres, et les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions émis en vue de sa réalisation constituent les éléments fondamentaux. La conversion est déclenchée sitôt que les fonds propres de la banque passent au-dessous d'un seuil déterminé (proposition: 5 % des actifs pondérés en fonction des risques). Avec la création de fonds propres supplémentaires, la condition essentielle est ainsi remplie pour que les fonctions d'importance systémique puissent rapidement être transférées à la banque relais ou poursuivies d'une autre manière, par ex. grâce à une vente. En convertissant des emprunts à conversion obligatoire affectés à cet objectif, la banque dans son ensemble (c.-à-d. la banque relais et la banque restante) dispose de nouveaux fonds propres. Les fonds levés de la sorte remplissent une double fonction: d'une part, ils servent à financer les fonctions d'importance systémique transférées à la banque relais, et d'autre part, ils contribuent à assainir la banque restante. Le noyau dur de fonds propres créé par la conversion du capital convertible est réparti entre les deux établissements, ce qui préserve la plus grande égalité de traitement possible entre les groupes de créanciers et réduit le risque d'actions en justice. Le but sous-jacent du capital convertible à faible seuil de déclenchement est de remplacer le plus largement possible par ledit capital l'aide étatique utilisée lors de la dernière crise pour assainir les banques d'importance systémique.

En fin de compte, les exigences supplémentaires de fonds propres posées aux banques d'importance systémique compensent aussi le fait que les mesures organisationnelles ne peuvent pas à garantir de manière absolue le maintien des fonctions d'importance systémique.

2.1.5 Application à la banque concernée (art. 10 P-LB)

Une fois l'importance systémique d'une banque établie, la FINMA détermine par décision les exigences particulières que cette banque doit remplir. Elle entend la BNS au cours de cette procédure. Les décisions de la FINMA sont susceptibles de recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 53 et 54 LFINMA).

L'al. 2 régit le cas dans lequel une banque d'importance systémique dépasse les exigences organisationnelles minimales en vue du maintien des fonctions d'importance systémique (cf. chiffre 2.1.4.6) et améliore de la sorte sa faculté à être liquidée facilement (*resolvability*) sur le plan international. Le cas échéant, la FINMA peut en tenir compte au niveau de la composante progressive. Tant que les exigences de fonds propres de la banque servent à mettre en œuvre le plan d'urgence, elle ne peut accorder aucune remise sur les fonds propres exigés. La FINMA détermine le niveau d'une telle remise en considérant la banque dans son ensemble et sur la base de différents critères. Ceux-ci ne sont pas liés à des montants fixes dont la somme donnerait la remise totale. Ils s'apprécient au contraire les uns par rapport aux autres, mais aussi selon une pondération individuelle.

Aucune remise n'est accordée tant que les mesures selon l'art. 10a P-LB dont la banque d'importance systémique doit au minimum démontrer la présence et que la FINMA doit ordonner à titre subsidiaire sont d'actualité et qu'elles concernent le maintien des fonctions d'importance systémique en Suisse. En revanche, la FINMA peut accorder une remise lorsque les mesures engagées améliorent la possibilité de liquider la banque dans son ensemble (*resolvability*). Pour atteindre cet objectif, la banque engage des mesures en accord avec celles à la disposition de la FINMA selon l'art 10a P-LB. De surcroît, la banque peut également envisager d'autres actions, dont la réduction des interdépendances et des risques de contagion au sein du groupe. Dans cette optique, elle peut s'attacher à améliorer la transparence et à allouer les coûts davantage selon le principe de causalité s'agissant des financements intragroupes. Elle peut aussi chercher à atténuer le devoir implicite de porter assistance à l'intérieur du groupe, ou le risque de saisie d'actifs par des autorités étrangères de surveillance et de faillite. Pour finir, il est possible de tenir compte des mesures ordonnées par des autorités de surveillance étrangères en fonction de leur portée et de leur étendue, notamment lorsqu'elles entraînent une amélioration de la faculté générale de liquidation en vertu du droit international en matière d'assainissement et d'insolvabilité, ou qu'elles portent sur des concepts ou instruments équivalents de type *bail in*.

2.1.6 Maintien des fonctions d'importance systémique (art. 10a P-LB)

Comme souligné à plusieurs reprises, le présent projet a pour principal objectif de permettre aux banques d'importance systémique de poursuivre leurs fonctions d'importance systémique même en cas de menace d'insolvabilité. En toute logique, il convient d'autoriser la FINMA – moyennant respect du principe de subsidiarité – à ordonner les mesures nécessaires lorsqu'une banque ne démontre pas le maintien de ses fonctions d'importance systémique en cas d'insolvabilité imminente. Avant toute décision concernant les mesures à engager, la FINMA doit entendre la BNS. Ses décisions sont susceptibles de recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 53 et 54 LFINMA).

L'al. 2 concrétise les mesures que peut prendre la FINMA. Il respecte les principes de l'Etat de droit et de la sécurité juridique, puisqu'il est suffisamment concret et offre une certaine prévisibilité. La FINMA peut notamment ordonner des préparatifs visant à créer une entité juridique autonome en Suisse qui poursuive les fonctions d'importance systémique. La solution de la banque relais n'est pas limitée dans le temps. Elle vise à transférer les fonctions réunies au profit d'une solution stable et durable dans un délai raisonnable, par ex. deux ans, ou à les liquider si leur transfert n'est pas possible. En fonction du but recherché, l'autorisation accordée à ce support de droit par la FINMA peut donc aussi être assortie d'un délai.

De plus, les infrastructures ou les prestations d'importance systémique doivent être garanties. La FINMA peut y veiller en ordonnant l'externalisation de ces domaines au profit d'une société gérée de façon centralisée au sein du groupe, ou d'une unité distincte extérieure au groupe. Le but étant que cette unité puisse résister aux crises et à l'insolvabilité grâce à son indépendance du reste de la société.

L'externalisation de ces fonctions présuppose un désenchevêtrement fonctionnel des relations qui les concernent au sein du groupe. En particulier, la FINMA peut restreindre les garanties et financements intragroupes. Elle peut également ordonner une structuration juridique et opérationnelle de la banque en fonction de ses secteurs

d'activité, ou l'instauration d'une congruence géographique étendue entre les passifs et les actifs, pour autant que cela favorise la possibilité d'externaliser et de poursuivre de manière séparée les fonctions d'importance systémique. Elle peut ordonner par exemple que les droits de gage et de sûreté se situent en Suisse et que l'exécution des contrats soit simplifiée par l'élection d'un for en Suisse et le choix du droit suisse. L'injonction d'une telle unification (en particulier celle des contrats de crédit) favorise la transmissibilité des fonctions d'importance systémique au profit d'une nouvelle entité juridique.

L'énumération n'est pas exhaustive, comme le souligne le mot «notamment». En vertu de cette disposition, la FINMA peut dès lors encore prendre d'autres mesures non énumérées, pour autant qu'elles respectent le but de la loi (art. 7, al. 2 P-LB) et le principe de proportionnalité. Dans leur intensité, les prescriptions ne sauraient aller plus loin que celles énoncées à l'art. 10a, al. 2 P-LB.

Les propositions relatives au droit d'insolvabilité bancaire actuellement débattues au Parlement (objet 10.049) revêtent une importance particulière du point de vue de la protection du système. Conformément à l'art. 30 P-LB, la FINMA peut ordonner le maintien de certains services bancaires. Cette prescription instaure la base légale permettant une décision de la puissance publique portant sur la séparation des fonctions d'importance systémique. L'adaptation de certaines dispositions du droit de la faillite bancaire permet d'atténuer divers problèmes (dont le risque d'actions en justice par les créanciers, qui pourraient compromettre le transfert de fonctions d'importance systémique à une banque relais).

2.1.7 Intervention dans les systèmes de rémunération (art. 10b P-LB)

2.1.7.1 Mesures obligatoires en cas d'aide financière de l'Etat

Si une banque d'importance systémique se voit accorder une aide financière étatique malgré la mise en œuvre des exigences particulières du droit de la surveillance, le Conseil fédéral ordonne en même temps des mesures concernant le système de rémunération de la banque, pour toute la période durant laquelle le soutien est accordé. Cette réglementation concerne exclusivement l'aide puisée dans les moyens de la Confédération. Ce soutien inclut les contributions financières directes de la Confédération (prêt, crédit-relais, achat d'un emprunt à conversion obligatoire ou d'actions), aussi bien que les mesures indirectes (garanties ou achat d'actifs illiquides par exemple).

Le financement peut provenir soit directement du budget de la Confédération, soit des ressources d'institutions publiques ou spéciales, comme la BNS.

La formulation ne laisse aucun doute: en cas d'octroi d'une aide étatique, des mesures portant sur le système de rémunération de la banque d'importance systémique concernée devront être impérativement prises. Elles ne sont en aucun cas facultatives. De plus, leur durée est calquée sur celle du soutien de l'Etat.

2.1.7.2 Type de mesures

L'al. 2 cite deux mesures à la disposition du Conseil fédéral (mais cette énumération n'est pas exhaustive). Il peut notamment interdire entièrement les parts variables de salaire tant que la banque concernée sollicite l'aide de l'Etat (let. a). Il pourrait aussi par exemple assujettir le paiement de rémunérations variables à l'évolution à long terme de la situation économique de la banque. La deuxième mesure proposée consiste à ordonner une simple adaptation du système de rémunération de la banque

d'importance systémique (let. b). Cette disposition souligne le lien qui existe entre le volume des ressources étatiques mis à disposition et le paiement des rémunérations: une banque d'importance systémique ne doit pas pouvoir financer des rémunérations variables avec les ressources de l'Etat. De telles injonctions devront figurer dans l'accord sur l'aide étatique passé avec la banque en question.

2.1.7.3 Réserve dans les accords de rémunération

La réserve que les banques d'importance systémique doivent formuler dans leurs accords de rémunération sert à l'application des mesures selon l'al. 2. En effet, les banques ne peuvent opposer à ces mesures aucune clause contractuelle concernant les rémunérations variables qu'elles auraient précédemment conclue avec leurs collaborateurs.

2.2 Chapitre VI Capital social complémentaire

2.2.1 Généralités

Avec le capital de réserve et le capital convertible, qui sont l'objet du nouveau chapitre VI de la loi sur les banques intitulé «Capital social complémentaire», les banques se voient offrir des instruments de recapitalisation nouveaux. Le capital de réserve est adossé au capital autorisé en vertu des art. 651 ss CO, le capital convertible au capital conditionnel selon les art. 653 ss CO. Ces deux types de capital se distinguent du capital autorisé et du capital conditionnel par un spectre d'utilisation plus étroit et une compétence de délégation élargie en faveur du conseil d'administration, de manière à ce que des capitaux nouveaux puissent être levés rapidement et simplement en cas de crise.

Le recours à des instruments de droit privé permet au marché d'assumer ses fonctions. Des emprunts cotés à conversion obligatoire sous certaines conditions livrent ainsi une appréciation en continu de l'établissement financier concerné par le biais du marché. Ce signal permanent contribue au dépistage précoce des crises.

Conçus comme des dispositions spécifiques aux banques, les art. 11 à 13 P-LB contiennent surtout les ajustements nécessaires par rapport aux instruments financiers du droit de la société anonyme. Le montant des fonds propres et la possibilité de les prendre en compte continueront à être fixés par l'OFR et s'aligneront sur les dispositions spécifiques aux banques d'importance systémique au chapitre V de la loi sur les banques. Le capital convertible fait participer les obligataires aux pertes de l'entreprise avant que des tiers ne doivent en répondre et en particulier avant que l'Etat n'intervienne.

2.2.2 Dispositions communes (art. 11 P-LB)

2.2.2.1 Champ d'application

Toute banque ayant la forme juridique de la société anonyme peut faire usage du capital complémentaire selon l'al. 1. Même les banques d'importance non systémique renforcent leur résistance à la crise en créant un capital de réserve et un capital convertible. Toutefois, ce sont principalement, sinon exclusivement les établissements d'importance systémique qui devraient en éprouver le besoin.

Cela dit, il n'y a pas qu'au niveau de chaque établissement individuel que les banques doivent respecter les exigences de fonds propres. Les groupes et conglomérats ont eux aussi à s'y conformer et sont soumis à une surveillance consolidée (art. 4 LB, art. 6 OFR, art. 11 à 14 OB). Dans le droit fil de ces principes, l'al. 2

étend les possibilités d'application du capital de réserve et du capital convertible à la maison mère d'un groupe ou d'un conglomérat financier. Cette société mère peut recourir au capital de réserve et au capital convertible, même sans être une banque au sens de la LB. De plus, vu la relation entre le capital social complémentaire et les exigences en matière de fonds propres, il n'est pas exclu a priori que, face à un cas exceptionnel – et à condition que les exigences de fonds propres le permettent –, d'autres sociétés du groupe qui ne sont pas des banques mais sont importantes en vue du respect desdites exigences au niveau du groupe, puissent recourir au capital de réserve et au capital convertible.

2.2.2.2 Finalité du capital social complémentaire

Par identité de conception, les dispositions relatives au capital autorisé et au capital conditionnel s'appliquent par analogie au capital de réserve et au capital convertible (art. 12, al. 6 P-LB; art. 13, al. 6 P-LB). Ces deux nouvelles catégories de capital ne se substituent pas à celles en place: les banques pourront continuer à créer des capitaux conditionnel et autorisé, encore qu'il soit probable que leur importance ira diminuant pour ces établissements. Le capital de réserve et le capital convertible n'ont pas pour but d'offrir aux banques une possibilité nouvelle, plus souple, de se procurer des fonds propres. Ce sont des instruments qui entretiennent un rapport étroit avec les exigences en matière de fonds propres et le droit de la surveillance, comme l'illustre expressément l'al. 3.

Il s'agit là d'une restriction essentiellement qualitative, selon laquelle l'augmentation de capital doit avoir pour effet de conduire à une amélioration de la dotation en fonds propres. Ce qui exclut par exemple une augmentation de capital en vue d'une fusion ou du rachat d'une entreprise. Il y a restriction quantitative à la rigueur lorsque les fonds propres se situent déjà à un niveau nettement supérieur au montant raisonnable au regard des risques encourus.

2.2.2.3 Aspects relevant du droit de la surveillance

Malgré leur référence au droit de la surveillance, le capital de réserve et le capital convertible sont essentiellement des instruments de droit privé. Il n'empêche qu'ils sont tous deux censés permettre d'atteindre les objectifs poursuivis conformément au droit de la surveillance. L'influence de l'Etat s'exerce par le biais des prescriptions en matière de fonds propres en ce sens que ces dernières déterminent les conditions et l'étendue du recours au capital de réserve et au capital convertible à titre de capital prudentiel.

L'émission d'emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions met aussi souvent en jeu des législations et des monnaies étrangères. Aussi chaque entreprise doit-elle jouir de la plus grande liberté possible, notamment celle d'aménager concrètement les emprunts convertibles en fonction de ses propres besoins. Dans le même temps, il faut s'assurer que les objectifs relevant du droit de la surveillance seront atteints. Dès lors, il est judicieux, comme pour les mesures organisationnelles, de suivre une approche fonctionnelle permettant à l'Etat de définir les objectifs et les prescriptions minimales (par ex. constitution des tranches, échelonnement dans le temps, échelonnement selon un mécanisme de déclenchement) et aux banques de démontrer que le capital convertible qu'elles ont émis est conforme à ces exigences.

2.2.3 Capital de réserve (art. 12 P-LB)

Le capital de réserve n'a pas pour but de fournir des fonds propres lors de l'assainissement d'une banque d'importance systémique. Il doit au contraire permettre à une telle banque, si elle répond encore aux exigences du marché, de réaliser rapidement et à des conditions facilitées une augmentation de capital dans la mesure du nécessaire. Pour autant que l'assemblée générale ait créé à temps le capital de réserve, le conseil d'administration dispose d'un instrument souple qui lui permet de renforcer rapidement les fonds propres de l'établissement lorsqu'il prévoit ou constate un recul marqué de leur niveau.

2.2.3.1 Compétences de l'assemblée générale, teneur des statuts

Selon l'al. 1, la création d'un capital de réserve requiert une décision de l'assemblée générale ainsi qu'une modification des statuts. Cette décision habilite le conseil d'administration à augmenter le capital-actions et à émettre des actions nouvelles sur la base du capital de réserve.

La loi ne limite pas le montant ni la durée du capital de réserve. Selon les al. 2 et 3, l'assemblée générale peut néanmoins prévoir des limites, qui doivent figurer dans les statuts. Une limitation ultérieure du capital de réserve est également licite, ce qui revient en définitive pour l'assemblée générale à révoquer l'autorisation donnée au conseil d'administration.

Les statuts doivent indiquer ensuite le montant des apports à effectuer, l'espèce des actions y compris les éventuels privilèges qui y sont attachés, le contenu et la valeur d'avantages particuliers ainsi que toute limitation de la transmissibilité des actions nominatives nouvelles. L'assemblée générale peut, par délégation inscrite dans les statuts, laisser le soin au conseil d'administration de régler les aspects touchant à l'augmentation du capital.

La décision de créer un capital de réserve se prend à la majorité simple des voix. Selon l'al. 6, l'art. 704 CO n'est pas applicable en l'espèce. Le capital complémentaire ne doit être utilisé qu'en relation avec les prescriptions en matière de fonds propres (art. 11, al. 3 P-LB), ce qui rend caduques la nécessité et la justification de la protection des minorités visée à l'art. 704 CO.

2.2.3.2 Augmentation de capital par le conseil d'administration

Dans le cadre de l'autorisation donnée par l'assemblée générale, le conseil d'administration peut, selon l'al. 4, augmenter le capital-actions et édicter toutes les dispositions nécessaires à cette fin. Relèvent notamment de sa compétence la fixation du montant nominal de l'augmentation, du nombre et de la valeur nominale des actions nouvelles ainsi que du prix d'émission.

Dans le cadre de ladite autorisation, le conseil d'administration décide en toute indépendance de l'opportunité, de la date et du montant de l'augmentation du capital-actions. Ce faisant, il doit néanmoins respecter la finalité du capital de réserve définie à l'art. 11, al. 3 P-LB. Une augmentation du capital s'appuyant sur le capital de réserve ne peut servir qu'à renforcer la dotation en fonds propres.

S'il a fallu procéder à une augmentation du capital par prélèvement sur le capital de réserve, la question se pose de savoir si et comment le capital de réserve «autorisé» doit être reconstitué.

Contrairement au capital autorisé, le montant du capital de réserve demeure inchangé malgré l'augmentation de capital. L'al. 6 exclut l'applicabilité de l'art. 651a, al. 1 CO. L'éventuelle limitation de montant a donc pour seule fonction de restreindre chacune des étapes de l'augmentation, ce qui découle d'ailleurs du but visé par le capital de réserve. La nécessité d'une nouvelle décision de création de capital par l'assemblée générale serait donc en contradiction avec le but visé, à savoir augmenter rapidement le capital-actions en cas de crise.

2.2.3.3 Exclusion du droit de souscription

L'al. 5 attribue d'emblée au conseil d'administration la décision d'exclure le droit de souscription des actionnaires existants afin de pouvoir lever rapidement et dans toute la mesure nécessaire le capital requis en cas de crise. Il prend en compte les intérêts des actionnaires en subordonnant l'exclusion à l'existence de motifs importants.

Le capital de réserve ne pouvant servir qu'à renforcer la dotation en fonds propres, les exemples énoncés à l'art. 652b, al. 2 CO – acquisition de parties d'entreprise ou participation des travailleurs – ne sont pas pertinents. En revanche, une exclusion du droit de souscription peut être justifiée par des impératifs liés au marché des capitaux, comme le placement rapide et sans difficulté des actions nouvelles sur le marché international ou la nécessité d'émettre les actions sans délai ni difficulté en faveur d'un nouvel investisseur afin de mener à bien l'augmentation du capital. L'exclusion est licite dès lors qu'elle est justifiée par un intérêt matériel qualifié de la société et s'impose pour atteindre le but visé, que le principe de l'égalité de traitement des actionnaires est respecté et qu'elle obéit au principe du ménagement dans l'exercice d'un droit.

Si le droit de souscription est admis, cette opération ne doit pas se traduire par une dilution du capital. Qui plus est, il faut prendre en considération la situation (de crise) particulière. C'est pourquoi les nouvelles actions doivent être émises aux conditions du marché. Une décote est cependant autorisée à condition qu'elle soit effectuée dans l'intérêt de la société, dans l'optique d'un placement rapide et complet. La formulation de l'al. 5 renvoie, dans le contexte du prix d'émission, à la marge d'action du conseil d'administration qui n'est pas vérifiable par le juge; elle concrétise en ce sens le principe de la liberté d'appréciation en affaires.

La référence aux conditions du marché tient compte de la possibilité qu'un environnement de marché hostile, le problème lié au placement d'une tranche substantielle ou le signal négatif du recours au capital de réserve pèsent sur le prix d'émission. Cette clause précise par ailleurs qu'un placement rapide et complet des titres peut se traduire par une remise importante par rapport au cours en bourse précédent. Le conseil d'administration doit pouvoir garantir que le placement réussira du premier coup, ce qui peut justifier une certaine «marge de sécurité» et, partant, une nouvelle remise. Dans une telle situation, la perte d'image consécutive au placement incomplet des actions nouvelles serait fatale.

2.2.4 Capital convertible (art. 13 P-LB)

2.2.4.1 Concept

Le capital convertible doit permettre à une banque d'augmenter ses fonds propres selon l'art. 9, al. 2, let. a, P-LB avec le moins d'incidences possible sur le jeu de la concurrence, en levant des fonds de tiers potentiellement substitutifs de fonds propres. En émettant des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions

(CoCo) ou des instruments d'amortissement (*write off bonds*), la banque conserve la possibilité d'un financement par des fonds de tiers et les avantages qui y sont liés. En période de crise, la conversion a pour effet de réduire l'endettement et, par la cessation des remboursements d'intérêts et des amortissements, d'améliorer la situation en matière de liquidités.

La principale différence par rapport au capital conditionnel réside dans le mécanisme de conversion. Le capital conditionnel octroie aux créanciers un droit de conversion qui leur permet de participer à l'évolution positive future du cours des actions. L'élément optionnel de l'emprunt convertible classique constitue un actif en soi. À l'inverse, la conversion des CoCo intervient indépendamment de l'influence des créanciers, au moment où le seuil de déclenchement est atteint.

En cas de crise dans l'entreprise, les investisseurs CoCo supportent des charges qui incomberaient sinon à des tiers – l'Etat entre autres. Alors que les bailleurs de fonds externes ne subissent normalement des pertes qu'en cas de faillite ou d'assainissement, la créance des détenteurs d'obligations à conversion obligatoire sous certaines conditions s'éteint en cas de crise. Elle est remplacée ou amortie par des bons de participation.

Au demeurant, les CoCo pourraient également être utilisés dans le cadre des programmes de rémunération pour la gestion d'entreprise des banques d'importance systémique, grâce à quoi les décideurs seraient directement impliqués dans les pertes de l'entreprise.

Le capital de conversion poursuivant en premier lieu des objectifs relevant du droit de la surveillance, il est justifié d'exiger des banques qu'elles soumettent préalablement à l'approbation de la FINMA les conditions d'émission du capital social complémentaires (cf. al. 8).

2.2.4.2 Compétences de l'assemblée générale, teneur des statuts

Le capital convertible regroupe deux instruments de capital: d'une part, les instruments sont convertis en actions ou en bons de participation de la société, en cas de survenance d'un événement défini au moment de l'émission (CoCo); d'autre part, ils peuvent être amortis en obtenant le même effet (*write offs*). La création de capital convertible requiert, selon les al. 1 et 3, une décision de l'assemblée générale autorisant le conseil d'administration à émettre des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions en cas de crise financière de l'entreprise.

Le capital convertible est par principe autorisé pour un montant illimité en raison de sa finalité en cas de crise. Selon l'al. 2, l'assemblée générale a cependant le droit de limiter le montant du capital convertible, étant entendu que cette limitation doit figurer dans les statuts (al. 3).

Il incombe par ailleurs à l'assemblée générale de déterminer, en cas de conversion en actions, l'espèce des actions, y compris les éventuels privilèges qui y sont attachés, toute restriction à la transmissibilité des actions ainsi que les bases de calcul du prix d'émission. Elle peut aussi, sous réserve de leur mention dans les statuts, déléguer ces compétences au conseil d'administration (al. 3).

2.2.4.3 Compétences du conseil d'administration

Dans les limites de l'autorisation que l'assemblée générale lui a octroyée, le conseil d'administration peut émettre des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions ou des instruments de capital analogues (al. 4). Le capital convertible se

distingue du capital conditionnel visé dans le Code des obligations par un très large transfert de compétences de l'assemblée générale au profit du conseil d'administration, qui se trouve encore renforcé par le fait que, selon l'al. 3, l'assemblée générale peut déléguer en grande partie les pouvoirs de décision qui lui reviennent au conseil d'administration. Il appartient donc au conseil d'administration d'aménager concrètement une grande partie des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions (al. 4). Dans la mesure toutefois où ceux-ci doivent être pris en compte en tant que fonds propres, ils doivent satisfaire aux exigences du droit de la surveillance.

Selon l'al. 4, il incombe au conseil d'administration de décider si, quand et pour quel montant des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions peuvent être émis, et si et comment il convient de les répartir en diverses tranches. La levée doit être échelonnée dans le temps pour des raisons techniques liées au marché. L'émission d'emprunts de différentes durées répond également aux besoins du marché. Une autre tâche qui incombe au conseil d'administration en vertu de l'al. 4 consiste à déterminer l'événement – ou les événements s'il y a plusieurs tranches – qui déclenche(nt) la conversion des emprunts en actions. Le conseil d'administration voit sa marge de manœuvre, en principe étendue, limitée par le fait qu'il ne peut subordonner la conversion qu'à un événement objectivement constatable et non pas à la volonté d'un créancier, par exemple (cf. al. 1).

Lors de l'émission des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions, le conseil d'administration fixe encore le rapport de conversion, c.-à-d. la part qui reviendra aux créanciers à titre de compensation en cas de conversion.

Enfin, il détermine le volume d'obligations émises qui seront converties en cas de survenance de l'événement déclenchant. La loi, une fois de plus, abandonne cette décision à l'appréciation du conseil d'administration.

De surcroît, le conseil d'administration détermine le prix d'émission ou, pour le cas où il n'y aurait pas lieu d'arrêter un chiffre concret, les règles servant à le déterminer (al. 4). En cas d'exclusion du droit de souscription, il doit se conformer à l'al. 5, selon lequel les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions doivent être placés aux conditions du marché. Toutefois, et notamment s'il apparaît nécessaire de lever des capitaux supplémentaires après la conversion, les circonstances pourront justifier une remise.

La FINMA examine si l'emprunt à conversion obligatoire sous certaines conditions et le programme de conversion y relatif sont aménagés de manière à respecter les exigences de fonds propres.

2.2.4.4 Exclusion du droit de souscription préférentiel

Tout comme l'art. 12, al. 5, P-LB (capital de réserve), l'art. 13, al. 5, P-LB prévoit pour le capital convertible une délégation générale au conseil d'administration de la décision concernant l'exclusion du droit de souscription préférentiel. Cette disposition clarifie la situation: les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions étant émis à titre préventif, il ne serait pas impératif de prévoir une délégation générale au conseil d'administration de la décision de retrait du droit de souscription préférentiel. Dans la pratique, le droit de souscription préférentiel n'entre pas en ligne de compte, la décision de retrait étant déléguée la plupart du temps au conseil d'administration.

L'exclusion du droit de souscription préférentiel par le conseil d'administration doit être justifiée par un motif important, à savoir un intérêt matériel qualifié de la société, lequel se détermine en fonction de la finalité du capital convertible, qui est de créer un apport supplémentaire en fonds propres en cas de mauvaise marche des affaires. Normalement, l'émission d'un emprunt à conversion obligatoire sous certaines conditions ne devrait pas se traduire par une dilution du capital-actions. Le moindre risque de discrimination des actionnaires se double d'un intérêt d'autant plus marqué de la société à ce que la levée d'un tel capital ne rencontre pas de difficultés. Vu la signification économique restreinte de la composante optionnelle, des droits de souscription préférentiels auraient une valeur très faible. Le coût de l'allocation et du négoce des droits de souscription préférentiels serait sans commune mesure avec le besoin de protection – quasiment inexistant – des actionnaires. Dans ce contexte, un retrait du droit de souscription préférentiel en présence d'un emprunt à conversion obligatoire sous certaines conditions sera régulièrement justifié, s'il ne s'impose pas. Le législateur a renoncé à une suppression légale générale du droit de souscription préférentiel afin de tenir compte des formes d'aménagement atypiques des emprunts.

La responsabilité des organes de décision et d'exécution obéit en principe aux dispositions générales du droit de la société anonyme. Par analogie à la disposition concernant le capital de réserve, ce sont les conditions du marché qui, en cas d'exclusion du droit de souscription préférentiel, s'appliquent à l'émission d'emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions. Il faut entendre par là les conditions régnant non pas sur le marché des actions, mais sur celui des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions à la date du placement. Cela dit, une décote est autorisée à condition qu'elle soit effectuée dans l'intérêt de la société dans la perspective d'un placement rapide et complet (art. 13, al. 5, phrases 2 et 3, P-LB).

2.2.4.5 Augmentation du capital convertible après son utilisation

A la différence du capital de réserve, l'émission d'un emprunt à conversion obligatoire sous certaines conditions n'intervient pas principalement en temps de crise mais dans le dessein de se ménager par avance un volant de sécurité. En conséquence, la reconstitution du capital après conversion implique une nouvelle décision de l'assemblée générale. Pour ne pas être dépendant de l'assemblée générale après la conversion d'une tranche, le conseil d'administration peut ne pas faire totalement usage de son autorisation d'émettre du capital convertible. Ce faisant, il crée en quelque sorte un «capital convertible de réserve».

2.2.4.6 Inscription immédiate au registre du commerce

Contrairement au capital conditionnel, qui est constitué «au compte-gouttes» durant une période prolongée sur la foi des déclarations des investisseurs, le capital convertible visé à l'art. 13 P-LB est créé normalement en une seule fois. Selon l'al. 6 de cette disposition, la décision de constatation évoquée à l'art. 653g CO doit être immédiatement inscrite au registre du commerce pour des raisons de sécurité du droit particulièrement importantes en temps de crise pour assurer l'efficacité de l'augmentation de capital. Il s'ensuit que les mesures préparatoires telles que l'attestation de vérification selon l'art. 653f CO ainsi que l'acte authentique selon l'art. 653g CO doivent également être entreprises sans délai en vue de l'inscription au registre du commerce. Il n'est pas question d'attendre la clôture de l'exercice.

2.3 Modification du droit en vigueur

2.3.1 Code des obligations

Les modifications apportées au code des obligations consistent en des clauses restrictives concernant le capital autorisé (art. 651 CO) et le capital conditionnel (art. 653 CO). Elles s'imposent en raison des nouvelles prescriptions qu'il est proposé ici d'inclure dans la loi sur les banques à propos du capital social complémentaire.

2.3.2 Loi fédérale sur les droits de timbre

Les modifications apportées à la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT; RS 641.10) concernent, d'une part, la suppression sans exception du droit de timbre d'émission sur les obligations (fonds de tiers) et, d'autre part, l'exonération spéciale des droits de participation créés ou augmentés à partir de capital convertible (fonds propres). La modification relative aux fonds de tiers a pour but de traiter ces derniers comme ils l'étaient avant la modification de la loi fédérale du 4 octobre 1991 (RO 1993 222). Quant aux fonds propres, il s'agit d'adopter dans la LT une nouvelle disposition d'exception.

2.3.3 Loi fédérale sur l'impôt anticipé

Lié à des mesures prises en matière de droits de timbre (suppression du droit d'émission sur les fonds de tiers), le projet de modification de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA; RS 642.21) est destiné, d'une part, à supprimer les entraves fiscales au financement des fonds de tiers et, d'autre part, à rendre le marché obligataire suisse compétitif au niveau international.

Les mesures fiscales proposées en matière d'impôt anticipé visent à introduire le principe de la perception de l'impôt anticipé au taux de 35 % par un agent payeur établi en Suisse sur les rendements d'obligations et de papiers monétaires lorsque l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée en Suisse (art. 4, al. 1, let. a) ou lorsque le paiement est effectué à un agent payeur ou à une personne d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition (art. 4, al. 1, let. a^{bis}). Les modifications proposées n'entraînent pas de changement dans la fonction de garantie poursuivie par l'impôt anticipé. Le projet n'assigne ainsi pas d'effet libératoire au prélèvement de l'impôt. En revanche, les mesures fiscales envisagées introduisent une nouveauté en matière de procédure de perception de l'impôt fondée jusqu'ici sur le principe du débiteur. En effet, désormais, l'obligation fiscale en matière de perception de l'impôt anticipé sur les rendements d'obligations et de papiers monétaires n'incombera plus au débiteur de la prestation (émetteur de l'emprunt obligataire), mais à un agent payeur établi en Suisse. Le principe de l'agent payeur n'est pas inconnu dans l'ordre juridique suisse puisqu'il est défini et appliqué conformément à l'art. 6 de l'Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (AFisE; RS 0641.926.81). Il faut aussi relever que l'ouverture des négociations décidées au mois d'octobre 2010 avec l'Allemagne et le Royaume-Uni visant à introduire le principe d'un impôt libératoire sur les revenus de capitaux se fonde sur le principe de la mise en place d'un agent payeur.

Les modifications envisagées des dispositions de la LIA se concentrent dès lors sur les quatre axes suivants:

1. Objet de l'impôt;
2. Prélèvement de l'impôt limité dans les cas où l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée en Suisse ou lorsque le paiement est effectué à une adresse située dans un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition;
3. Perception de l'impôt par un agent payeur établi en Suisse;
4. Introduction de dispositions ponctuelles liées à la procédure de perception de l'impôt.

Une disposition transitoire réglemente en outre le traitement fiscal des obligations émises, avant l'entrée en vigueur de la modification de la LIA, par des sociétés étrangères appartenant à un groupe suisse et garanties par la société mère suisse.

2.3.3.1 Objet de l'impôt

Le prélèvement de l'impôt anticipé vise à assurer la déclaration régulière des revenus soumis à l'impôt ordinaire et à lutter contre la soustraction ou la fraude fiscale (fonction de garantie de l'impôt). L'art. 4, al. 1, let. a, LIA soumet actuellement à l'impôt anticipé les rendements d'obligations suisses uniquement. La notion d'obligation est définie à l'art. 15 de l'ordonnance d'exécution du 19 décembre 1966 de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (OIA; RS 642.211). L'art. 4, al. 3 et 4, de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT; RS 641.10) définit également la notion d'obligations et de papiers monétaires.

Par la modification de l'art. 4, al. 1, let. a, l'objet de l'impôt est étendu aux rendements d'obligations et de papiers monétaires suisses et étrangers lorsque l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée en Suisse.

Le but est avant tout de renforcer la fonction de garantie de l'impôt anticipé. Il s'agit dès lors d'assurer, d'une part, que l'objet de l'impôt anticipé recoupe le champ d'application de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11), en particulier l'art. 20, al. 1, let. a et b, LIFD, qui impose au titre de rendements de la fortune mobilière tous les intérêts d'obligations ainsi que les revenus résultant de l'aliénation ou du remboursement d'obligations à intérêt unique prédominant. D'autre part, il s'agit de réduire la possibilité de transférer des dépôts et des avoirs en Suisse sur lesquels sont versés les rendements d'obligations suisses dans des Etats avec lesquels la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition dans le but d'éviter l'impôt anticipé (cf. ch. 2.3.3.2). C'est la raison pour laquelle *les mesures envisagées proposent d'imposer, par l'introduction d'un art. 4, al. 1, let. a^{bis}, les rendements d'obligations et de papiers monétaires suisses lorsque le paiement est effectué à un agent payeur ou à une personne d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition.* Est assimilée à une émission d'obligations suisse l'émission par une société étrangère appartenant à un groupe suisse qui est garantie par la société mère suisse. L'exclusion de l'imposition des rendements d'obligations émises à l'étranger s'explique par le fait que la souveraineté fiscale suisse est en principe limitée par la souveraineté territoriale. Dans le cadre d'obligations émises à l'étranger, l'existence d'un lien suffisant avec la Suisse fait défaut, tant en ce qui concerne la source du rendement que le destinataire de ce rendement à l'étranger. Le fait de restreindre l'impôt anticipé aux revenus de source suisse a néanmoins pour conséquence de ne satisfaire qu'en partie à l'objectif de garantie visé.

2.3.3.2 Prélèvement de l'impôt limité

Prélèvement de l'impôt limité dans les cas où l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée en Suisse ou lorsque le paiement est effectué à un agent payeur ou à une personne d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition.

Actuellement, les rendements d'obligations et des papiers monétaires suisses sont soumis à l'impôt anticipé sans avoir égard à la personne du créancier (art. 14, al. 1, LIA). Le projet propose de limiter la perception de l'impôt sur ces rendements lorsque l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée en Suisse. En effet, c'est à l'égard de ces personnes que la fonction de garantie de l'impôt anticipé doit effectivement déployer ses effets. La notion d'ayant droit économique comprend le destinataire économique et final de la prestation, c'est-à-dire toute personne à qui doit être attribué le rendement imposable. Cette notion inclut également celle fondée sur le «droit de jouissance» telle que prévue en matière de remboursement de l'impôt anticipé à l'art. 21, al. 1, let. a, ainsi que celle du «bénéficiaire effectif» connue en droit international.

Pour les personnes morales, l'obligation de tenir une comptabilité en bonne et due forme remplit déjà cette fonction de garantie. Par ailleurs, les investisseurs institutionnels sont exonérés des impôts sur le revenu et sur le bénéfice (art. 56, let. e, LIFD et art. 23 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes [LHID; RS 642.14]), de sorte que la fonction de garantie poursuivie par l'impôt anticipé peut être écartée dans ces situations.

Les personnes physiques domiciliées à l'étranger et les personnes morales ayant leur siège statutaire à l'étranger ne sont en principe pas imposables en Suisse (sous réserve d'un rattachement économique). Conformément aux règles de partage applicables en matière de convention de double imposition, c'est en principe à l'Etat de résidence du bénéficiaire d'imposer les intérêts à payer par une société résidente de l'autre Etat contractant (art. 11, par. 1 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant l'impôt sur le revenu et la fortune [Modèle OCDE]). Une exception demeure toutefois dans la mesure où l'Etat de la source des intérêts conserve un droit d'imposition limité qui ne doit pas dépasser 10 % du montant brut lorsque le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre Etat contractant (art. 11, par. 2, Modèle OCDE). Il faut également relever l'existence de l'AFisE, qui instaure le principe d'une retenue à la source (ou la possibilité d'éviter la retenue par un régime de déclaration volontaire) sur les intérêts payés par des agents payeurs établis en Suisse à des personnes physiques résidant dans l'Union européenne. Cette retenue à la source remplace ainsi l'impôt anticipé perçu auprès de cette catégorie de personnes. En d'autres termes, les intérêts servis sur les obligations et les papiers monétaires de source suisse seront eux aussi soumis désormais au régime communautaire de l'imposition de l'épargne. *Le nouvel art. 4, al. 1, let. a, LIA limite dès lors le champ d'application et le prélèvement de l'impôt aux personnes physiques domiciliées en Suisse. L'impôt est remboursé si les revenus ont été dûment déclarés au fisc.*

En outre, l'objectif des modifications proposées est de prévenir les mesures qui pourraient être prises dans le but d'éluder l'impôt. Or, cet objectif pourrait être réduit à néant notamment par la mise en place entre l'agent payeur suisse et la personne physique domiciliée en Suisse d'un véhicule offshore ou d'un agent payeur établi dans un Etat avec lequel la Suisse n'a pas passé de convention de double

imposition. En effet, faute de convention, aucune entraide administrative ne peut être sollicitée aux fins d'obtenir des renseignements sur l'éventuel ayant droit économique. Il est donc proposé d'introduire un art. 4, al. 1, let. a^{bis}, dont le but est de prévenir ces situations. Ainsi, lorsque le rendement est attribué à une adresse (par ex. celle d'une banque, d'une personne physique ou morale) située dans un Etat avec lequel la Suisse n'a pas passé de convention de double imposition, l'agent payeur établi en Suisse restera tenu de prélever l'impôt anticipé. L'introduction d'un *nouvel art. 4, al. 1, let. a^{bis} vise dès lors à lutter contre les mesures qui pourraient être mises en place dans le but d'é luder l'impôt*. En l'espèce, la taxation est définitive et le remboursement de l'impôt exclu. Si le paiement se fait à une adresse située dans un Etat ne connaissant pas de convention de double imposition et que l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée en Suisse, la taxation obéit aux dispositions de l'art. 4, al. 1, let. a.

2.3.3.3 Perception de l'impôt par un agent payeur établi en Suisse

L'actuelle LIA attribue l'obligation fiscale au débiteur de la prestation imposable (art. 10, al. 1). Désormais, l'obligation fiscale incombera à l'agent payeur pour les rendements d'obligations et de papiers monétaires. La règle générale prévue à l'art. 10, al. 1, LIA est maintenue, mais un nouvel art. 10, al. 1^{bis}, qui attribue l'obligation fiscale à l'agent payeur, est introduit. La solution proposée se justifie par le fait que l'agent payeur doit être en mesure d'identifier le destinataire des rendements pour déterminer si l'impôt doit être perçu sur un rendement d'obligations (lorsqu'il s'agit d'une personne physique domiciliée en Suisse, d'un agent payeur ou d'une personne d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition). Tel n'est pas le cas lorsque l'obligation fiscale incombe au débiteur de la prestation, puisque l'impôt anticipé est déduit de la prestation imposable sans avoir égard à l'identité du créancier (art. 14 LIA).

Etant donné que la perception de l'impôt anticipé et la fonction de garantie en matière de rendements d'obligations et de papiers monétaires seront désormais assurées par un agent payeur, notion inconnue dans l'actuelle LIA, il s'agit de définir son concept dans la loi. Le projet propose dès lors d'introduire un nouvel art. 9, al. 1^{bis}, qui définit la *notion d'agent payeur*. La définition proposée s'inspire du concept d'agent payeur prévu à l'art. 4 de la directive européenne 2003/48/CE du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts. Par agent payeur on entend avant tout les banques. Peuvent également être considérés comme agent payeur les négociants en valeurs mobilières au sens de l'art. 2, let. d, de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1). La définition d'agent payeur vise l'opérateur économique qui paie des intérêts au profit de l'ayant droit économique, mais aussi le débiteur de la prestation imposable ou l'opérateur chargé par le débiteur ou l'ayant droit économique du paiement des intérêts. La définition proposée permet ainsi de pallier la situation où le débiteur de la prestation intervient sans passer par un agent payeur en cas de paiement d'intérêts directement à l'ayant droit économique. Par opérateur économique, il faut entendre les personnes morales, les collectivités publiques et leurs établissements, les placements collectifs de capitaux, les sociétés de personnes ainsi que les établissements stables de sociétés étrangères. Les personnes physiques qui, dans le cadre de leur activité d'affaires (activité commerciale ou activité exercée à titre indépendant) exercée à titre habituel ou seulement occasionnel, peuvent aussi être considérées comme opérateur économique entrant dans la définition de l'agent payeur. Ces catégories sont déjà incluses dans la notion d'agent

payeur prévue dans le cadre de l'application de l'AFisE (art. 6 AFisE et ch. 8 des directives de l'Administration fédérale des contributions relatives à la fiscalité de l'épargne de l'Union européenne du 29 février 2008). En revanche, les personnes physiques qui agissent dans le cadre de la sphère privée sur une base non commerciale n'entrent pas en considération.

Par ailleurs, l'art. 4, al. 1, let. a et a^{bis}, crée pour l'agent payeur l'obligation de déterminer s'il se trouve en présence d'un rendement d'obligations et s'il y a lieu de prélever l'impôt. Afin d'éviter les mesures destinées à éluder l'impôt, l'agent payeur devra aussi prélever l'impôt anticipé lorsque le rendement est attribué à un agent payeur ou à une personne physique ou morale d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition. Cette mesure vise à lutter contre les cas où une personne physique domiciliée en Suisse met en place un véhicule offshore. Il faut également rappeler que la limite de l'interdiction de l'abus de droit (évasion fiscale) demeure toujours. L'autorité fiscale est alors fondée à faire abstraction de la forme choisie par le contribuable et peut apprécier l'opération en cause sous l'angle de la réalité économique. *Les art. 4, al. 1, let. a et a^{bis}, 9, al. 1^{bis} et 10, al. 1^{bis} introduisent ainsi le principe de la perception de l'impôt par un agent payeur établi en Suisse.*

2.3.3.4 Introduction de dispositions ponctuelles liées à la procédure de perception de l'impôt

Les autres modifications proposées touchent à la naissance (art. 12, al. 1^{quater}) et à l'échéance de la créance fiscale (art. 16, al. 1, let. a^{bis}). Le passage de la perception de l'impôt par le débiteur de la prestation à l'agent payeur entraîne également des changements à ce titre qu'il s'agit de régler. Une partie de la charge administrative sera transférée à l'agent payeur, à qui incombera l'obligation fiscale (prélèvement et transfert de la charge fiscale). Les dispositions prévues dans le cadre de la procédure de perception fixent, conformément à l'art. 12, al. 1^{quater}, la naissance de la créance fiscale au moment du versement, du virement ou de la mise en compte des rendements. Cette disposition vise aussi à régler la question spécifique liée à la naissance de la créance fiscale pour les obligations à intérêt unique prédominant. Le but est de renforcer la fonction de garantie de l'impôt en assurant l'imposition sur le revenu résultant de l'aliénation ou du remboursement de l'obligation selon le principe de l'imposition de la différence (différence entre le montant de l'acquisition et celui de la vente ou du remboursement). La solution préconisée en matière d'échéance de la créance fiscale cherche à simplifier la procédure pour l'agent payeur, qui sera tenu de payer l'impôt anticipé trente jours après l'expiration de chaque trimestre commercial, pour les rendements échus, pendant ce trimestre (art. 16, al. 1, let. a^{bis}). Le principe retenu est identique à celui actuellement en vigueur pour les intérêts d'obligations de caisse et des avoirs de clients (art. 16, let. a).

Actuellement, le taux de l'impôt anticipé s'élève à 35 % sur les revenus de capitaux mobiliers (art. 13, let. a). Les dispositions proposées n'apportent pas de modification sur ce point et le taux de l'impôt de 35 % sur les rendements d'obligations demeure applicable. Toutefois, afin d'éviter une surimposition des rendements d'obligations étrangères payés à des personnes physiques suisses, une correction est prévue par l'introduction d'un nouvel art. 13, al. 1, let. a^{bis}, qui permet à l'agent payeur de déduire, lorsqu'une convention internationale s'applique (convention de double

imposition), l'impôt prélevé mais effectivement retenu (taux résiduel) par l'Etat étranger. Ainsi le taux d'imposition de 35 % demeure constant.

2.3.3.5 Disposition transitoire

D'après l'art. 4, al. 1, let. a^{bis}, 2^e phrase, l'émission par une société étrangère appartenant à un groupe suisse et garantie par la société mère suisse est assimilée à une émission suisse. Selon la disposition transitoire de l'art. 70c, cette assimilation se limite aux obligations émises, prolongées ou augmentées après l'entrée en vigueur de la modification de la LIA.

Ainsi, seules les obligations émises, prolongées ou augmentées après l'entrée en vigueur de la modification de la loi sont considérées comme titres suisses. L'impôt anticipé doit être perçu si l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée en Suisse ou si le paiement de l'intérêt est adressé à un destinataire d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition.

Les obligations garanties par une société mère suisse et émises à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la modification de la loi sont toujours considérées comme des titres étrangers, pour autant qu'aucun retour de fonds ne s'ensuive en Suisse après l'entrée en vigueur de la modification de la loi. Cette disposition empêche toute clause de majoration (clause d'intérêts bruts ou *gross-up clause*) qui rendrait l'émetteur responsable d'une compensation pour le nouvel impôt à la source envers les investisseurs. Une clause de majoration oblige notamment l'émetteur à garantir une compensation à l'investisseur pour l'impôt retenu à la source par l'Etat de résidence de l'émetteur. Ces obligations sont désormais soumises à l'impôt anticipé, tout comme les autres obligations étrangères, si l'ayant droit économique est une personne physique domiciliée en Suisse et si l'obligation est administrée par un agent payeur suisse.

2.3.3.6 Récapitulation des aspects fiscaux

Le tableau ci-dessous résume les conséquences fiscales lorsque l'agent payeur est suisse, en tenant compte du genre de débiteur et de créancier, avant et après la modification de la LIA.

Débiteur	Créancier (ayant droit économique)	Avant	Après
Débiteur suisse	Personne physique domiciliée en Suisse	IA	IA
	Personne physique domiciliée dans un Etat de l'UE	IA	AFisE
	Destinataire domicilié dans un Etat sans CDI	IA	IA
	Autres	IA	
Débiteur étranger	Personne physique domiciliée en Suisse		IA
	Personne physique domiciliée dans un Etat de l'UE	AFisE	AFisE
	Destinataire domicilié dans un Etat sans CDI		
	Autres		
Débiteur étranger avec garantie de la société mère suisse: émission, prolongation ou augmentation après l'entrée en vigueur de la modification de la LIA	Personne physique domiciliée en Suisse		IA
	Personne physique domiciliée dans un Etat de l'UE	AFisE	AFisE
	Destinataire domicilié dans un Etat sans CDI		IA
	Autres		

Débiteur étranger avec garantie de la société mère suisse: émission, prolongation ou augmentation avant l'entrée en vigueur de la modification de la LIA (hypothèse: sans utilisation de fonds en Suisse)	Personne physique domiciliée en Suisse Personne physique domiciliée dans un Etat de l'UE Destinataire domicilié dans un Etat sans CDI Autres	AFisE	IA AFisE
IA: AFisE:	impôt anticipé retenue d'impôt UE selon l'accord sur la fiscalité de l'épargne conclu avec l'Union européenne		

2.3.4 Loi sur la Banque nationale

La modification de la loi sur la Banque nationale consacre l'adoption dans celle-ci de la compétence dévolue à la Banque nationale en matière de décision, conformément à l'art. 8, al. 1, P-LB.

2.4 Entrée en vigueur

L'entrée en vigueur est prévue au plus tôt pour 2012.

S'agissant des ordonnances d'exécution, des dispositions transitoires relatives aux prescriptions en matière de fonds propres garantiront une mise en place des nouvelles exigences du 1^{er} janvier 2013 au 1^{er} janvier 2019 synchronisée avec celle des règles de Bâle III. Il faudra tenir compte également des incidences qu'aura la mise en œuvre de Bâle III du fait de la définition plus rigoureuse des fonds propres éligibles.

Si la constitution de fonds propres au moyen de capital convertible et l'aménagement de ce marché prennent du retard par suite de problèmes techniques ou juridiques, la FINMA pourra prolonger le délai de constitution du capital convertible éligible. Le cas échéant, il y aura lieu de prévoir dans une ordonnance le remplacement du capital convertible éligible par un capital comparable ou meilleur de par sa capacité à supporter les pertes.

Les prescriptions en matière de *leverage ratio* et de liquidités seront mises en application moyennant un délai de transition raisonnable, fixé par voie d'ordonnance, par rapport aux réglementations déjà appliquées individuellement aux deux grandes banques.

Les prescriptions en matière de répartition des risques prévoiront elles aussi un délai de transition adéquat afin que les établissements concernés disposent d'une période suffisante pour ajuster leurs positions vis-à-vis de leurs contreparties et procéder à la désimbrication des risques.

Quant aux prescriptions en matière d'organisation, un bref délai de transition sera sans doute adéquat.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières pour la Confédération, les cantons et les communes

Les changements prudentiels à venir réduiront le risque financier encouru par les pouvoirs publics et avant tout par la Confédération. La stabilité des établissements financiers d'importance systémique sera renforcée et la probabilité d'une intervention coûteuse de l'Etat diminuera. Le gain de stabilité obtenu se soldera également par un rétrécissement de la fourchette de fluctuation des recettes fiscales issues du secteur financier, contribuant ainsi à la sécurité de planification de la politique financière. Outre les conséquences favorables du projet sur les budgets publics, il faut aussi tenir compte des coûts. Ceux-ci ont trait en premier lieu aux recettes. Ils se subdivisent en conséquences (directes) des mesures fiscales et en conséquences (indirectes) des mesures prudentielles.

3.1.1 Mesures fiscales

Le train de mesures fiscales proposé aura les incidences financières directes suivantes:

- Avec la suppression du droit de timbre d'émission sur les fonds de tiers, les recettes de la Confédération diminueront de 190 millions de francs (nets). Sous le régime du frein à l'endettement, ces diminutions structurelles de recettes seront compensées par des réductions des dépenses ou d'autres augmentations d'impôts. Les cantons et les communes en profiteront, étant donné que leurs dépenses seront réduites de 30 millions de francs, ce qui entraînera entre autres un allègement pour les entreprises détenues par des collectivités publiques.
- Le passage du principe du débiteur au principe de l'agent payeur en matière de rendements d'obligations et des papiers monétaires engendrera aussi bien une augmentation qu'une diminution des recettes. Les effets sont décrits ci-dessous; ils ne sont toutefois que peu mesurables:
 - L'assujettissement des rendements d'obligations et des papiers monétaires étrangers en faveur de personnes physiques domiciliées en Suisse dont la fortune est gérée par des agents payeurs suisses devrait entraîner une augmentation des recettes de l'impôt anticipé et de l'impôt sur le revenu. La Confédération et les cantons sont concernés. Au niveau des cantons, les droits au remboursement de l'impôt anticipé des personnes physiques devraient augmenter.
 - En contrepartie, une diminution des recettes de l'impôt anticipé est à prévoir suite à l'exonération des rendements d'obligations et des papiers monétaires suisses en faveur des personnes, autres que physiques, domiciliées en Suisse, avec agent payeur suisse, ainsi que des paiements à des destinataires domiciliés dans des Etats étrangers avec lesquels la Suisse a conclu une convention de double imposition. Ceci a également pour conséquence une diminution des droits au remboursement de l'impôt anticipé. La Confédération est en premier lieu concernée, puis les cantons sur leur part aux recettes provenant de l'impôt anticipé.
 - Les rendements des obligations et des papiers monétaires suisses sont désormais soumis à l'accord sur la fiscalité de l'épargne conclu entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne en lieu et place de l'impôt

anticipé. Les conséquences sur les recettes de la Confédération sont encore inconnues à ce jour.

- En vertu de la reprise attendue du marché financier suisse, la Confédération, les cantons et les communes peuvent s'attendre à un accroissement des recettes liées à l'impôt sur le bénéfice et à l'impôt sur le revenu.
- Le risque que des personnes physiques domiciliées en Suisse délocalisent leur agent payeur à l'étranger dans le but d'éviter l'impôt anticipé ou d'éluder l'impôt sur le revenu et l'impôt sur la fortune est à envisager. Dans ce cas, les recettes ne diminueront pas directement, mais indirectement, au niveau de l'impôt sur le bénéfice et de l'impôt sur le revenu, étant donné que la valeur ajoutée des gérants de fortune régressera. Afin de réduire ce risque, l'exonération de l'impôt anticipé sur les rendements des obligations et des papiers monétaires suisses est limitée au paiement adressé à des destinataires domiciliés dans des Etats étrangers avec lesquels la Suisse a conclu une convention de double imposition. Dans ces cas, la Suisse peut avoir recours à l'assistance administrative. Si le risque de soustraction fiscale devait être réduit davantage, l'accord sur la fiscalité de l'épargne avec l'Union européenne ou les accords bilatéraux sur un impôt libératoire concernant les clients des gérants de fortune étrangers devraient être négociés en faveur de la Suisse en incluant des clauses de réciprocité.

3.1.2 Exigences prudentielles

Les exigences prudentielles impliquent que les banques trop grandes pour être mises en faillite émettent des fonds propres de base (*common equity*) complémentaires ou des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions (*contingent convertible bonds*, ou *CoCo*), ce qui influera sur les recettes fiscales de la Confédération, des cantons et des communes par quatre canaux, à savoir

- le financement des besoins en capital;
- la modification de la structure du capital;
- les effets inhérents à la création de valeur ajoutée et aux bénéfices; et
- les effets inhérents au patrimoine.

3.1.2.1 Financement des besoins en capital

Il faut d'abord que les établissements concernés se procurent du capital pour satisfaire aux exigences accrues de dotation en la matière. Ils peuvent le faire par le biais d'un financement externe en fonds propres ou de tiers (*CoCo*) ou d'un financement interne (autofinancement par thésaurisation de bénéfices).

Effet d'un financement par émission d'actions: Si le *common equity* complémentaire n'est pas créé par autofinancement mais par augmentation du capital sous forme de financement par émission d'actions (financement externe au moyen de fonds propres), il sera frappé d'un droit de timbre d'émission au taux de 1 %. Il est toutefois probable que les établissements concernés créeront ces fonds propres complémentaires principalement par autofinancement, ce qui leur coûtera moins cher. La Confédération ne devrait donc retirer qu'un maigre surcroît de recettes du droit de timbre d'émission sur les fonds propres.

Effet d'un autofinancement: Tout au moins durant la phase de mise en conformité aux nouvelles exigences de fonds propres, une partie du *common equity* complémentaire sera autofinancée par thésaurisation de bénéfices. Ce faisant, la quote-part de

distribution des bénéfices diminuera. La baisse de revenu des dividendes qui en résultera pour les investisseurs se traduira pour des étrangers par un recul de l'impôt résiduel sur les dividendes au titre de l'impôt anticipé. Pour les investisseurs en Suisse, elle se soldera par une baisse de volume de l'impôt sur le revenu et de l'impôt anticipé.

3.1.2.2 Modification de la structure du capital

A l'expiration de la phase de mise en conformité, les nouvelles exigences prudentielles entraîneront une restructuration du capital.

Effets de la restructuration du capital sur l'impôt sur les bénéfices: La dotation en fonds propres s'étant étoffée, la part des fonds de tiers diminuera, d'où une moindre possibilité de déduire les intérêts débiteurs de l'assiette de l'impôt sur les bénéfices. De plus, le degré plus élevé d'autofinancement aura pour effet de réduire la composante prime de risque des intérêts débiteurs et, partant, d'élargir la base de calcul de l'impôt sur les bénéfices. Il en résultera un surcroît de recettes pour la Confédération, les cantons et les communes. L'instrument des *CoCo* nouvellement créé agira par contre en sens inverse: l'assiette de l'impôt sur les bénéfices rétrécira en l'occurrence, et ce, pas uniquement par le jeu de la composante des intérêts. La prime d'immobilisation des actions payée aux investisseurs sera elle aussi déductible à titre de charge. En conséquence, la question des effets nets de la restructuration du capital sur l'impôt sur les bénéfices reste ouverte.

Effets de la restructuration du capital sur l'impôt sur le capital: Le *common equity* complémentaire élargira l'assiette de l'impôt sur le capital, qu'il soit autofinancé ou fasse l'objet d'un financement par des fonds de tiers. Il en résultera un surcroît de recettes non chiffrable pour les cantons et les communes.

Effets de la restructuration du capital sur l'impôt sur le revenu: La restructuration du capital des banques trop grandes pour être mises en faillite aura une incidence sur la composition des revenus des investisseurs entrant en ligne de compte au regard de l'impôt: la part des revenus d'intérêts provenant d'instruments classiques de financement par des fonds de tiers diminuera par rapport à d'autres formes de revenus. En revanche, les revenus dégagés par le *common equity* (dividendes et gains en capital) ainsi que par les *CoCo* (intérêts et gains en capital sous forme de primes d'immobilisation des actions) augmenteront. Sachant que les gains en capital sur les participations détenues dans le patrimoine privé sont exonérés d'impôt, la recomposition des revenus des investisseurs se traduira par une diminution des recettes de la Confédération, des cantons et des communes.

3.1.2.3 Effets inhérents à la création de valeur ajoutée et aux bénéfices

Non seulement le nouveau contexte prudentiel influera sur le passif du bilan, mais il entraînera des changements parmi les opérations actives des banques. Les questions déterminantes à se poser en l'espèce sont les suivantes:

- Quelles incidences ce nouveau cadre prudentiel aura-t-il sur l'éventail de l'offre des banques? Quelles opérations seront moins proposées ou totalement abandonnées, quelles sont celles qui seront de plus en plus pratiquées?
- Comment évoluera le profil risque/bénéfice, tous secteurs d'activité confondus? Dans quelle mesure les secteurs a priori les plus rentables mais soumis à de fortes fluctuations entre bénéfices et pertes seront-ils remplacés par des secteurs d'activité aux perspectives bénéficiaires moins prometteuses mais plus stables?

- Le volume d'affaires, une fois alimenté par l'émission de fonds propres complémentaires et de *CoCo*, croîtra-t-il ou baissera-t-il? Le capital complémentaire ainsi créé pourrait se substituer à d'autres formes de capital, de sorte que le total du bilan n'augmenterait pas mais, au contraire, diminuerait.
- Comment les activités exercées en Suisse évolueront-elles par rapport aux activités exercées à partir de l'étranger?

Sur le plan fiscal, ces changements auront une incidence directe sur l'impôt sur les bénéfices par le biais des bénéfices générés. Quant à la création de valeur ajoutée répartie sous forme de salaires, de traitements ou de dividendes, elle influera indirectement sur l'impôt sur le revenu.

Le tableau que voici illustre les circonstances dans lesquelles les recettes fiscales soit diminueront, soit augmenteront.

Les recettes fiscales issues de bénéfices ou de salaires et de traitements imposables en Suisse <u>diminueront</u> si...	Les recettes fiscales issues de bénéfices ou de salaires et de traitements imposables en Suisse <u>ne diminueront pas ou augmenteront</u> si...
... les secteurs d'activité plus rentables sont remplacés par des secteurs moins rentables;	... les secteurs d'activité plus rentables ne sont <u>pas</u> remplacés par des secteurs moins rentables;
... le volume d'affaires baisse malgré l'émission de capital complémentaire sous forme de <i>common equity</i> ou de <i>CoCo</i> du fait que ce capital complémentaire sera surcompensé par l'abandon d'autres formes de capital, de sorte que le total du bilan n'augmentera pas mais diminuera;	... le volume d'affaires croît du fait que le capital complémentaire sous forme de <i>common equity</i> ou de <i>CoCo</i> ne se substituera pas, ou pas totalement, à d'autres formes de capital, de sorte que le total du bilan ne diminuera pas, voire même augmentera;
... les activités exercées en Suisse perdent en importance par rapport aux activités exercées à partir de l'étranger.	... les activités exercées en Suisse restent constantes ou gagnent en importance par rapport aux activités exercées à partir de l'étranger.

Somme toute, les effets de la création de valeur ajoutée et des bénéfices devraient être négatifs, avec les conséquences suivantes: l'assiette de l'impôt sur les bénéfices rétrécira, d'où une baisse des recettes fiscales collectées à ce titre par la Confédération, les cantons et les communes. Du fait de la diminution de la masse salariale et des distributions de dividendes, les recettes fiscales des trois collectivités publiques au titre de l'impôt sur le revenu baisseront elles aussi. La diminution des distributions de dividendes se traduira pour les investisseurs étrangers par un recul de l'impôt résiduel sur les dividendes au titre de l'impôt anticipé. Pour les investisseurs en Suisse, elle se soldera par une baisse de volume de l'impôt sur le revenu et de l'impôt anticipé.

3.1.2.4 Effets inhérents au patrimoine

Effets du patrimoine sur l'impôt sur la fortune: La valeur vénale des actions qui résultera du durcissement des exigences de fonds propres à l'égard des banques trop

grandes pour être mises en faillite sera déterminée par la valeur actuelle de leurs bénéfices escomptés: vu les incidences des bénéfices décrites plus haut, le numérateur de la formule de calcul de la valeur actuelle diminuera. Si la restructuration du capital entraîne une augmentation des coûts de financement (*weighted cost of capital*), cela se soldera en outre par un relèvement du dénominateur de la formule en question. Les bénéfices et, le cas échéant, une impulsion supplémentaire par le jeu des coûts de financement plus élevés, auront pour effet d'abaisser la valeur vénale des actions. D'où un rétrécissement de l'assiette de l'impôt sur la fortune et donc une diminution des recettes fiscales des cantons et des communes. Il est toutefois probable que ces incidences sont d'ores et déjà escomptées dans les cours des actions des établissements concernés. En conséquence, les effets inhérents au patrimoine ne devraient plus se traduire par une diminution supplémentaire des recettes.

Effets du patrimoine sur le droit de timbre de négociation: Les effets inhérents au patrimoine réduiront également la base de calcul du droit de timbre de négociation car les actions des banques trop grandes pour être mises en faillite seront négociées à des cours inférieurs. Mais comme les cours reflètent dès à présent cette information, la Confédération ne subira sans doute pas non plus de diminution de recettes supplémentaire du fait des incidences du patrimoine sur le droit de timbre de négociation.

3.1.3 Résumé

Le tableau ci-après résume, par type d'impôt et effet, les incidences sur les recettes fiscales de la Confédération, des cantons et des communes.

Type d'impôt	Effet	Conséquences pour la Confédération	Conséquences pour les cantons et les communes
Droit de timbre d'émission sur les fonds propres, suppression restreinte aux <i>CoCo</i>	Allègement fiscal	Pas de diminution des recettes	---
	Financement par émission d'actions	Surcroît de recettes (faible)	---
Droit de timbre d'émission sur les fonds de tiers, suppression générale	Allègement fiscal	Diminution des recettes de 190 millions de francs	Diminution des dépenses de 30 millions de francs
Impôt sur le capital	Restructuration du capital	---	Surcroît de recettes
Impôt sur les bénéfices	Restructuration du capital	Conséquences encore incertaines: baisse ou augmentation des recettes	Conséquences encore incertaines: baisse ou augmentation des recettes
	Bénéfices	Baisse des recettes	Baisse des recettes

	Essor du marché des capitaux	Augmentation des recettes	tes Augmentation des recettes
Impôt anticipé	Allègement fiscal Autofinancement Création de valeur ajoutée Principe de l'agent payeur	Guère de baisse des recettes Baisse des recettes Baisse des recettes Conséquences encore incertaines: éventuelle augmentation des recettes	--- --- --- ---
Impôt sur le revenu	Autofinancement Restructuration du capital Création de valeur ajoutée Essor du marché des capitaux	Baisse des recettes Baisse des recettes Baisse des recettes Augmentation des recettes	Baisse des recettes Baisse des recettes Baisse des recettes Augmentation des recettes
Impôt sur la fortune	Patrimoine	---	Baisse minimale des recettes mais déjà intervenue (escomptée)
Droit de timbre d'émission	Effet inhérent au patrimoine	Baisse minimale des recettes mais déjà intervenue (escomptée)	---

La suppression du droit de timbre d'émission sur les fonds de tiers se traduira dans un premier temps pour la Confédération par une baisse des recettes fiscales de 190 millions de francs en chiffres nets. Les réactions des banques trop grandes pour être mises en faillite aux nouvelles règles entraîneront d'autres baisses de recettes par suite des effets inhérents aux bénéfices et à la création de valeur ajoutée. Ces baisses seront compensées en partie par des recettes supplémentaires au titre de l'impôt sur les bénéfices et le revenu, du fait de l'essor du marché suisse des capitaux et, éventuellement, par des recettes accrues découlant du passage au principe de l'agent payeur.

3.2 Conséquences pour le personnel

Le projet n'aura aucune conséquence sur le plan du personnel pour la Confédération.

3.3 Conséquences économiques

3.3.1 Problèmes inhérents au *too big to fail*

La problématique du *too big to fail* fait que les principaux mécanismes de marché ne fonctionnent plus, ou plus suffisamment bien, au point même, dans les cas extrêmes,

d'excéder la limite de capacité financière de l'Etat. Les problèmes qui ont été identifiés sont les suivants.

Risque moral: La garantie implicite de l'Etat envers les banques jugées trop grandes pour être mises en faillite pose un problème de responsabilité: les bénéfices des banques d'importance systémique peuvent être perçus à titre privé, alors que leurs pertes, en cas de crise, doivent être supportées en partie par l'Etat, autrement dit par la collectivité. Ce qui constitue pour les banques une incitation à prendre des risques inconsidérés. La réglementation du *too big to fail* est propre à influencer l'attitude de la direction, mais aussi celle des investisseurs en titres bancaires, face aux risques. Le devoir qu'a l'Etat d'éviter de devoir sauver une banque, de même qu'une menace de faillite crédible sont des mesures essentielles pour réduire la propension au risque de la direction de la banque. Ces mesures devraient également inciter les bailleurs de fonds propres et de fonds de tiers à exiger une transparence accrue ainsi qu'une prime adéquate pour couvrir les risques de la banque. Ainsi, dans l'ensemble, la réglementation du *too big to fail* atténuera le risque moral lié à la garantie, implicite ou de fait, de l'Etat.

Subventions: Du point de vue économique, la garantie de l'Etat est comparable à une subvention. Les engagements d'une banque d'importance systémique gagnent ainsi en sécurité et obtiennent de ce fait une meilleure notation. Une telle banque profite sur le marché d'une décote sur le coût de ses fonds de tiers puisque l'Etat viendra à son secours en cas de crise et que les bailleurs de fonds ne seront pas indemnisés du risque encouru. Or, cette économie ne sera pas créditée à ceux qui assument le risque en cas de crise, à savoir au premier chef les contribuables. Cette assurance *implicite* amène les banques à prendre des risques plus importants qu'elles ne devraient au regard de l'économie nationale.

Distorsions de la concurrence: Du point de vue de la concurrence, cette décote sur le coût des fonds de tiers est problématique dans la mesure où les banques d'importance systémique peuvent se refinancer à des conditions plus avantageuses que les autres. Autrement dit, une banque à classer parmi les établissements trop grands pour être mis en faillite jouit, du fait de la garantie de l'Etat et des conditions de refinancement plus favorables qui en découlent, d'un avantage par rapport à ses concurrentes, ce qui peut l'inciter à poursuivre sa croissance, aggravant ainsi la problématique du *too big to fail*. Une telle subvention fausse le jeu de la concurrence et entraîne des coûts pour l'économie nationale. Mais dès que le mécanisme de sanction inhérent au marché fonctionnera grâce aux mesures proposées, les risques entrepreneuriaux se stabiliseront à un niveau raisonnable, ce qui contribuera à éliminer les distorsions de concurrence résultant de la garantie implicite de l'Etat.

Mutation des structures: Un autre problème inhérent à la garantie de l'Etat tient à son potentiel d'entrave à la mutation des structures, pourtant si importante pour l'économie: pour qu'une économie nationale fonctionne à long terme, il est essentiel que les entreprises mal gérées soient écartées du marché et que des entreprises nouvelles puissent y faire leur entrée. Cette mutation des structures est indispensable à une croissance durable de l'économie. Actuellement, les entreprises d'importance systémique mal dirigées ne sont pas contraintes de sortir du marché car elles jouissent de la garantie *implicite* de l'Etat. Or elles entravent la mutation des structures, qui favorise la prospérité, et, partant, freinent la croissance à long terme.

Too big to be rescued: Dans le pire des cas, il peut arriver que les pertes d'une banque d'importance systémique soient telles qu'elles excèdent les capacités finan-

cières de l'Etat. Il est alors impossible de la sauver sans solliciter l'aide internationale ni provoquer des dommages macroéconomiques à long terme tels qu'un surendettement de l'Etat. Les mesures proposées dans la loi offrent aux banques des incitations à limiter leur dimension, contribuant ainsi (pour le cas où un soutien devait s'avérer nécessaire en dépit des mesures prises) à réduire le risque de voir la marge de manœuvre financière de l'Etat considérablement restreinte.

Le présent projet de loi a pour but de s'attaquer efficacement à ces problèmes liés au *too big to fail*. De plus, une *décision rapide* quant à la mise en œuvre du train de mesures (*policy mix*) proposé promet un profit supplémentaire: elle apaisera les incertitudes nourries par rapport à l'étranger et renforcera la confiance des acteurs du marché des capitaux dans la place financière.

Enfin, une mise en application rapide de la loi sera un atout dans la mesure où l'ensemble des règles sera en vigueur s'il survient une crise. Il convient cependant de souligner l'avantage qu'il y a à disposer de délais de transition suffisamment longs vu l'importance des coûts à assumer durant cette période.

3.3.2 Conséquences des exigences en matière de fonds propres et de liquidités

Les conséquences pour l'économie nationale dépendent de la manière dont les banques réagiront aux nouvelles exigences en matière de fonds propres et de liquidités visées à l'art. 9 P-LB. Pour s'y conformer, elles pourront choisir plusieurs stratégies.

3.3.2.1 Etudes internationales

Le bénéfice macroéconomique de prescriptions plus sévères en matière de fonds propres et de liquidités ressort d'études internationales consacrées aux incidences de telles exigences sur l'économie nationale¹⁸. Elles considèrent l'évolution d'une banque internationale «moyenne» dans un pays «moyen»¹⁹. Leurs résultats sont simples à résumer: à long terme, le bénéfice macroéconomique des mesures proposées (relèvement de la quote-part de fonds propres pondérée en fonction des risques

18 Le Comité de Bâle et le *Financial Stability Board* (FSB) ont présenté deux études sur les avantages et les coûts macroéconomiques de prescriptions plus sévères en matière de dotation en capital et de liquidités. L'une détermine le bénéfice net à long terme de telles prescriptions (*An assessment of the long-term economic impact of stronger capital and liquidity requirements. Basle Committee on Banking Supervision, August 2010 (LEI-Report)*). L'autre, à laquelle la BNS a prêté un concours actif, est centrée sur les coûts macroéconomiques que coûte la phase de transition vers des normes plus rigoureuses en matière de dotation en capital et de liquidités (*Assessing the macroeconomic impact of the transition to stronger capital and liquidity requirements, Interim Report Macroeconomic Assessment Group (MAG) established by Financial Stability Board and Basle Committee on Banking Supervision, August 2010*).

19 Les modèles auxquels recourent ces études internationales ne sont pas pertinents pour la Suisse, faute de disposer de certaines données. L'*Institute for International Finance* (IIF), une organisation de banques à vocation internationale, a observé dans son étude intitulée *«Impact on the Swiss Economy of Proposed Regulatory Reforms of the Banking Industry»* les conséquences macroéconomiques des exigences plus rigoureuses en matière de dotation en capital liées au passage de Bâle II à Bâle III (selon les propositions de décembre 2009) sur la période allant de 2010 à 2020. Cette étude conclut que, d'ici à 2015, le PIB de la Suisse aura reculé de 2,6 % et que ce pays aura perdu quelque 120 000 emplois. Toutefois, le modèle macroéconomique utilisé, les paramètres entretemps obsolètes de Bâle III et l'absence de prise en compte d'éléments modérateurs ou même positifs font apparaître ces résultats sous un jour peu réaliste.

et définition plus stricte des fonds propres) l'emporte nettement sur leur coût, notamment durant la phase de transition.

Les études internationales mesurent le bénéfice macroéconomique d'un durcissement des exigences prudentielles au fait que la probabilité d'une crise est d'autant plus mince que les prescriptions en matière de dotation en capital et de liquidités sont plus rigoureuses. Du fait de ses conséquences néfastes pour l'économie réelle, une crise bancaire induit un fort repli du produit intérieur brut. Le chômage grimpe en flèche. Le retour à un rythme de croissance «normal» requiert une longue période. En d'autres termes, la probabilité réduite de la survenance d'une crise se traduit par un profit macroéconomique majeur²⁰. Pour mesurer le profit à attendre d'exigences de fonds propres plus rigoureuses, les études internationales ne prennent en considération aucune mesure de soutien étatique telle que des aides financières directes et des garanties de l'Etat.

Les banques pourraient générer des coûts macroéconomiques en restreignant l'accès au crédit ou en relevant les taux de leurs crédits. Les études internationales tiennent compte de cette éventualité en posant comme hypothèse que le durcissement des exigences en matière de fonds propres et de liquidités conduira impérativement à une hausse des coûts de refinancement des banques d'importance systémique. Celles-ci répercuteront directement ces coûts sur leurs clients, d'où une réduction des octrois de crédits mais aussi un recul du PIB. Toutefois, ce sont là des hypothèses rigides puisqu'il suffirait aux banques, par exemple, de réajuster leurs coûts opérationnels ou de réformer d'autres secteurs d'activité pour atténuer les effets du durcissement des prescriptions.

Les études internationales chiffrent le bénéfice net à long terme, à savoir l'avantage d'une moindre probabilité de crise déduction faite des coûts à long terme (sous forme d'une hausse des taux du crédit), à en moyenne 1 à 2 % du PIB par rapport à l'évolution de l'économie nationale, en l'absence de mesures prudentielles.

3.3.2.2 Conséquences pour l'octroi de crédits en Suisse

Les conséquences d'une réglementation des banques d'importance systémique sur l'octroi de crédits en Suisse dépendent, d'une part, des solutions de financement dont disposent les acteurs économiques et, de l'autre, des proportions dans lesquelles ces banques répercuteront la hausse de leurs coûts de financement. Avec la réglementation prévue, on ne peut exclure qu'elles réduisent leur offre de crédit. Cependant, sous réserve d'un rapport raisonnable entre le risque et le rendement, les entreprises ne devraient, au pire, voir leurs possibilités de financement par des fonds de tiers restreintes qu'à court terme.

Par ailleurs, un marché des capitaux bien développé offrira une plate-forme de financement alternative aux entreprises et permettra de compenser le recul de l'offre de financement des banques d'importance systémique. En recourant à des instru-

20 Des études scientifiques consacrées aux conséquences de crises bancaires, recensées dans l'étude intitulée «*An assessment of the long-term economic impact of stronger capital and liquidity requirements*» du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, comparent la croissance et le niveau du PIB au lendemain d'une crise à sa croissance et à son niveau possibles en l'absence de crise. Les incidences d'une crise bancaire sur le PIB sont durables. Si l'on additionne les écarts annuels entre le PIB réel et le PIB possible sans crise, on constate qu'une économie nationale touchée par une crise bancaire perd au fil du temps, en moyenne, des prestations économiques représentant 60 % du niveau du PIB.

ments adéquats, il sera possible, sur le marché des capitaux, de mettre à la disposition des entreprises un grand nombre de financements moins importants. Suivant la planification, les incitations et la durée de la phase de transition, le secteur bancaire national pourra développer des prestations en conséquence.

C'est précisément durant la phase de transition que le durcissement des exigences en matière de fonds propres et de liquidités risque d'engendrer des coûts macroéconomiques. Ce regain de rigueur pourrait provoquer une hausse des coûts de financement des banques d'importance systémique. Il n'est pas exclu que celles-ci les répercutent sur leurs clients. Au pire, cela les amènera même à restreindre leurs octrois de crédits et, partant, induira un recul de la croissance du PIB. Toutefois, ces coûts seront relativement modérés et s'amenuiseront à mesure que durera la phase de transition. Qui plus est, il faut savoir, dans le cas de la Suisse, que les banques d'importance systémique seront exposées dans le secteur du crédit à une forte concurrence de la part des établissements financiers non soumis à la nouvelle législation car n'étant pas d'importance systémique. Il s'ensuit que la répercussion des coûts sur la clientèle ne sera pas forcément possible. Pour ne pas perdre leurs parts de marché ni un bon potentiel de ventes croisées, les deux grandes banques s'accommoderont sans doute, par ailleurs, d'une réduction de leurs marges.

Cette forte concurrence devrait conduire, du moins en partie, à ce qu'une éventuelle diminution de l'offre de crédit par les banques trop grandes pour être mises en faillite soit compensée par les banques d'importance non systémique. Aussi une réduction à longue échéance de l'offre globale de crédit apparaît-elle comme un phénomène improbable. Il semble que le lien entre le durcissement des prescriptions en matière de fonds propres pour les banques d'importance systémique, le volume des crédits et les variations du PIB soit assez ténu, du moins en Suisse.

3.3.2.3 Conséquences sur la concurrence et la création de valeur

Les conséquences sur la concurrence de la réglementation des banques trop grandes pour être mises en faillite peuvent être analysées aux niveaux national et international.

Niveau national

Les mesures proposées permettent d'éliminer les distorsions de la concurrence entre les banques trop grandes pour être mises en faillite et les autres banques. Ces mesures ont donc un effet correcteur, contribuant ainsi à créer une égalité des conditions de concurrence (*level playing field*). Du fait de l'élimination des distorsions, la concurrence peut mieux s'exercer. D'une part, cela conduit à une augmentation des innovations. De l'autre, la concurrence accrue a aussi pour effet une baisse des coûts et une réduction des marges. Cela peut être positif pour les entreprises – en particulier de taille modeste – qui ne peuvent pas se financer par le biais du marché des capitaux.

Niveau international

Durant la phase transitoire de mise en œuvre des nouvelles mesures, les banques suisses trop grandes pour être mises en faillite pourraient avoir à supporter des coûts plus élevés que les banques étrangères de même type. Il ne s'agit que d'un inconvénient à court terme. Une longue période de transition donne aussi aux banques la possibilité de trouver d'autres types de ressources pour financer leurs frais. Les avantages apparaîtront en principe au moment de la mise en œuvre des mesures prévues. Il en résultera une solvabilité plus grande et, par conséquent, des coûts de

refinancement moins élevés. Enfin, la compétitivité des banques suisses trop grandes pour être mises en faillite dépendra de la façon dont les discussions à ce sujet seront menées sur le plan international – en particulier dans le cadre du Conseil de stabilité financière (*Financial Stability Board, FSB*) et du G20 – et de la façon dont la réglementation internationale évoluera pour les institutions en concurrence trop grandes pour être mises en faillite.

Considérant l'ensemble de la place financière, les mesures proposées renforcent la confiance des investisseurs puisqu'elles contribuent à la stabilité du système. Cela peut être un avantage comparatif face à la concurrence internationale. Plus la place financière suisse sera attrayante, plus elle attirera d'investisseurs, ce qui aura un effet positif sur le volume des investissements. Grâce à cela, des emplois seront créés, augmentant le revenu économique global ainsi que les recettes fiscales.

A plus long terme, il est probable que la stabilité accrue et le risque réduit de crises bancaires auront un effet positif sur la compétitivité de la place financière suisse. Ces effets positifs pour l'économie suisse en termes de revenus et d'emploi pourront largement compenser les possibles effets négatifs à court terme résultant de la mise en œuvre des mesures proposées. La capitalisation renforcée des banques aura à moyen terme un effet positif sur les coûts de refinancement, qui pourra être répercuté sur l'ensemble de l'économie. La réduction du risque d'intervention pour sauver les banques d'importance systémique présente aussi l'avantage de contribuer à maintenir à un bas niveau les coûts de financement pour la Confédération (*benchmark*). Enfin, la réduction de la distorsion provoquée par le risque moral permettra une allocation plus efficace des ressources productives, contribuant ainsi à une augmentation de la création de valeur par l'économie.

Il résulte des modifications de la réglementation un risque financier moins élevé pour l'Etat, qui n'aura plus besoin d'intervenir en cas de crises. Une intervention étatique en faveur d'une institution financière d'importance systémique pourrait, selon le type de liquidation, entraîner une augmentation sensible du taux d'endettement. A partir d'un certain volume, la dette de l'Etat aurait des conséquences négatives sur la croissance et l'emploi, en particulier si elle ne sert pas à financer des dépenses d'investissement profitant à toute l'économie. Dans l'ensemble, on peut s'attendre à une augmentation et à une stabilisation de la création de valeur, avec des répercussions tout à fait positives sur le nombre d'emplois en Suisse.

3.3.3 Conséquences des dispositions relatives à l'organisation et à la répartition des risques

3.3.3.1 Conséquences de la réduction des interdépendances au sein du secteur financier

Les nouvelles réglementations doivent permettre de diminuer les interdépendances entre les banques trop grandes pour être mises en faillite et les autres banques suisses, le but étant de réduire les risques de contagion potentiels et, plus généralement, les interdépendances entre les banques.

Dans le cadre du présent projet de loi, les banques trop grandes pour être mises en faillite doivent organiser les prestations qu'elles proposent aux autres banques (trafic de paiements, opérations sur devises, règlement des opérations sur titres, etc.) de façon à ce qu'en cas de crise l'accès aux fonctions d'importance systémique soit en tout temps garanti. Le risque élevé encouru par les autres banques – du fait qu'elles dépendent de ces prestations – est ainsi réduit de manière décisive.

En outre, les banques trop grandes pour être mises en faillite sont tenues de réduire la concentration de leurs propres risques sur la base des prescriptions de diversification: en limitant la dépendance financière et opérationnelle des banques d'importance systémique par rapport à toutes les banques, mais aussi des banques qui ne sont pas d'importance systémique par rapport aux premières, on tend à réduire le danger de contagion. Ainsi, en cas d'insolvabilité d'une banque isolée, la probabilité d'insolvabilité des autres banques demeurera faible. De ce fait, une réduction des interdépendances réduit également l'importance systémique des banques. Cette adaptation, ainsi que la perte des avantages d'échelle, engendrent des coûts supplémentaires de fonctionnement.

Indépendamment de la problématique du *too big to fail*, des mesures réglementaires ont été prises pour prendre en considération les expériences faites lors de la crise dans le domaine des activités commerciales. La crise financière a révélé très nettement l'insuffisance de la dotation en fonds propres censée couvrir les risques de pertes issues d'opérations de négoce et de titrisation. Cela s'est en particulier manifesté au sein des institutions comprenant des divisions d'*Investment banking* dont les fonds propres destinés à couvrir les risques du marché avaient été déterminés sur la base d'un modèle (mot-clé: valeur exposée au risque / *value at risk*). Dans le cas de ces institutions, la révision des directives de Bâle conduit à l'élévation massive souhaitée des exigences en matière de fonds propres destinés à couvrir les risques de marché.

3.3.3.2 Conséquences de l'adaptation des modèles d'affaires

Business aligned legal entities

Une partie de la réglementation du type *too big to fail* consiste à exiger que la structure juridique et opérationnelle de la banque se rapproche de ses secteurs d'affaires (*business aligned legal entities*). Les banques doivent aligner leur organisation sur la marche concrète des affaires et des transactions. Les organisations et les transactions actuelles comprennent de nombreuses entités juridiques n'ayant aucun lien avec le métier de base. Outre sa grande complexité, cette organisation engendre, lors de situations d'urgence, un besoin d'harmonisation élevé entre les différentes entités juridiques et de grandes incertitudes liées au potentiel d'actions en justice. Etant donné que ces adaptations nécessitent de s'écarter de l'organisation des banques trop grandes pour être mises en faillite, optimisée sur la base des conditions-cadres actuelles, il faut partir du principe qu'elles engendreront non seulement des frais liés au changement de système, mais aussi des frais de fonctionnement plus élevés.

Exigences organisationnelles posées à la structure du bilan / aux actifs et passifs

En raison des modèles d'affaires et des conditions-cadres actuelles en Suisse, l'excédent net des actifs est très important. A cela deux raisons: du fait de leurs affaires avec des clients privés fortunés, les banques reçoivent une grande quantité de fonds à placer, par exemple en provenance des Etats-Unis et du Royaume-Uni. Ces clients s'attendent à ce que la sécurité de leurs dépôts ne soit pas seulement garantie par une filiale locale, mais aussi par le biais de leur comptabilisation auprès des maisons mères. Or, ces dernières ont des possibilités d'investissement limitées sur le marché des capitaux helvétique, de sorte que ces fonds sont mis à disposition des sociétés du groupe à l'étranger en vue d'investissements sur des marchés tiers. Cela conduit à une très forte imbrication des activités sur le plan international au sein des groupes bancaires. Cette tendance doit être combattue dans le cadre de la réglementation des banques trop grandes pour être mises en faillite. On vise à instau-

rer une congruence géographique étendue entre les passifs et les actifs. De plus, les activités au sein du groupe doivent être séparées, notamment par une limitation des garanties et financements accordés à l'intérieur d'un groupe. Cela pourra avoir pour conséquence que les banques trop grandes pour être mises en faillite doivent augmenter la dotation en capital de leurs filiales à l'étranger. Puisqu'elles ne pourront plus tirer le meilleur parti des économies d'échelle possibles, elles subiront des pertes d'efficience. Leurs coûts de refinancement pourraient s'en voir augmenter, induisant éventuellement un renchérissement de l'offre de crédits. Cela vaut en tout cas pour les affaires réalisées à l'étranger. Par contre, l'excédent d'actifs en Suisse ne pourra plus être transféré à l'étranger, ce qui conduira à une augmentation de l'offre de crédits, toutes choses restant égales par ailleurs (cf. ch. 3.3.2).

3.3.3.3 Conséquences de l'adaptation de l'organisation par séparation/dissociation des fonctions d'importance systémique

En cas de crise, une possible séparation entre les fonctions d'importance systémique pour l'économie nationale et les autres fonctions bancaires (transfert dans une banque relais) ne doit pas avoir d'effets notables sur le modèle d'affaires actuel des banques. La banque doit avant tout s'organiser de façon à ce que les fonctions à isoler en cas d'urgence demeurent garanties. En ce qui concerne les fonctions systémiques, il faut faire la distinction entre les prestations nécessaires aux activités internes de la banque et les fonctions indispensables au fonctionnement du marché (trafic des paiements, opérations de prêts en Suisse). La garantie du maintien des fonctions systémiques internes à la banque, par exemple des prestations informatiques, devrait dès aujourd'hui faire partie intégrante d'un plan véritable d'urgence. Dans la mesure où ces prestations internes étaient jusqu'ici mises à la disposition de l'ensemble du groupe de façon centralisée, il est nécessaire de prendre des mesures pour garantir les prestations destinées aux fonctions d'importance systémique en les transférant dans une banque relais. Si le degré de centralisation est particulièrement élevé, il pourrait s'avérer indispensable, dans des cas extrêmes, de mettre en place une infrastructure totalement autonome destinée à certaines fonctions d'importance systémique. Cela pourrait occasionner exceptionnellement des coûts non négligeables, puisque les économies d'échelle seraient dès lors perdues.

Pour garantir le bon fonctionnement des prestations d'importance systémique même en cas de crise, des fonctions bancaires ne peuvent être externalisées que dans des domaines juridiques fiables et capables de résister à la crise. Du point de vue de la réglementation, il convient de s'assurer que les mesures destinées aux situations de crise ne soient pas bloquées par manque de possibilités de mise en œuvre ou du fait du potentiel d'actions en justice dans les domaines concernés.

3.3.3.4 Conséquences sur la concurrence et la création de valeur

Si la mise en œuvre des mesures en matière de répartition des risques et d'organisation des banques trop grandes pour être mises en faillite tend à faire augmenter les coûts, elle amène aussi des avantages macroéconomiques du fait de la réduction des distorsions du marché et de l'augmentation de la stabilité du système.

Niveau national

Les nouvelles réglementations ont une influence sur la concurrence entre les deux banques trop grandes pour être mises en faillite et les autres banques. D'une part, il faut s'attendre à ce que l'avantage de financement des banques trop grandes pour être mises en faillite par rapport aux autres institutions qui ne profitent pas d'une

garantie étatique soit réduit en raison de la suppression de la garantie étatique de fait. La distorsion de la concurrence sera ainsi réduite et la capacité d'innovation renforcée. Par conséquent, les consommateurs pourraient profiter d'une offre élargie en matière de prestations et de produits. Si la concurrence fonctionne bien, ils peuvent aussi s'attendre à bénéficier des avantages en termes de coûts obtenus par l'amélioration de l'innovation et de l'efficacité.

En outre, l'intérêt des petites banques à réduire leur dépendance à l'égard des banques trop grandes pour être mises en faillite dans le cas de certaines prestations bancaires pourrait conduire à l'établissement de nouveaux prestataires en Suisse pour ce type d'offres. Cela inciterait les prestataires existants à être plus efficaces. Dans l'ensemble, le marché financier helvétique devrait profiter de l'élimination des distorsions de la concurrence et de l'amélioration des offres de prestations ainsi que de l'augmentation de la capacité d'innovation et de l'efficacité.

En raison de leur taille, les banques trop grandes pour être mises en faillite peuvent continuer à bénéficier d'avantages majeurs par rapport à la plupart de leurs concurrents nationaux. Elles ont accès à une large palette de clients, peuvent effectuer des ventes croisées et viser des économies d'échelle. La réglementation de la problématique du *too big to fail* ne compromet pas en soi cette fonction de marché. Leur bonne connaissance des marchés, l'offre vaste en termes de produits et de prestations (opérations sur devises et transactions sur le marché des capitaux) et les processus bien rodés permettent aux deux grandes banques de maintenir leur compétitivité.

Dans le domaine de la création de valeur, les exigences organisationnelles peuvent conduire à ce que les banques fondent un plus grand nombre de filiales autonomes dans les différents pays et les dotent en conséquence d'un capital suffisant et d'une organisation indépendante. Dans ce cas, on verrait le nombre des sous-holdings ou des sous-groupes augmenter dans les juridictions concernées. En conséquence, les éléments contribuant à la création de valeur et, de ce fait, les emplois et les recettes fiscales pourraient quitter la Suisse.

Mais en ce qui concerne les strictes exigences quant à de possibles détachements organisationnels et juridiques de parties d'entreprises d'importance systémique, il faut partir du principe que ces entités resteraient en Suisse en raison des exigences légales.

Niveau international

Au niveau international, les conditions-cadres des divers marchés sont décisives pour évaluer la compétitivité. Dans le contexte de la réforme prévue des marchés financiers (par ex. aux Etats-Unis), les conséquences financières des exigences de type *too big to fail* spécifiques à la Suisse peuvent être relativisées.

L'amélioration – visée par les prescriptions relatives à l'organisation et à la répartition des risques – de la stabilité des banques trop grandes pour être mises en faillite et de l'ensemble du marché financier helvétique peut augmenter la réputation et la force du secteur financier suisse. En outre, il faut s'attendre à ce que les banques essaient, comme cela a été relevé plus haut, de compenser les dispositions restrictives de la réglementation de type *too big to fail* en renforçant leur capacité d'innovation.

Cela peut avoir une influence positive sur la compétitivité des banques trop grandes pour être mises en faillite. Celles-ci accroissent leur attrait auprès des investisseurs

et des clients privés peu disposés à prendre des risques. Ce changement pourrait revêtir une signification particulière justement dans les régions définies par nos deux grandes banques comme des marchés en expansion.

3.3.4 Conséquences des mesures concernant les rémunérations variables

3.3.4.1 En dehors des périodes de crise

La nouvelle disposition légale ne devrait pas avoir d'impact majeur sur la compétitivité ni sur l'attrait des établissements financiers concernés en tant qu'employeurs. En effet, il est improbable que la réglementation en la matière doive être appliquée et ce, d'autant moins que l'actuelle proposition de réglementation vise à résoudre le problème du *too big to fail*.

On peut supposer que même des banques d'importance non systémique pourraient prévoir une adaptation de leurs rémunérations variables en cas de crise, non seulement pour des raisons d'intérêt commercial, mais aussi à cause de la pression des milieux politiques et de l'opinion publique. La nouvelle disposition légale devrait ainsi contribuer à mettre sur un pied d'égalité toutes les banques présentes en Suisse.

Enfin, la réglementation pourrait inciter les bénéficiaires de bonus dans les banques d'importance systémique à ne pas courir de risques inconsidérés qui, certes, peuvent se révéler intéressants au niveau individuel, mais qui peuvent mettre en danger la banque. En effet, s'ils profitent à court terme de ces rémunérations variables très élevées, les bénéficiaires de bonus savent également qu'en cas de crise, ils devront y renoncer.

Des collaborateurs clés et des membres du conseil d'administration pourraient donc fort bien quitter une banque d'importance systémique pour ne pas risquer de perdre leur droit à la rémunération variable. Ils pourraient ensuite se faire engager comme conseillers externes, échappant à la réglementation puisqu'ils ne seraient plus enregistrés dans le système de rémunération de la banque concernée, mais indemnisés uniquement à la commission. Toutefois, le risque qu'ils ne puissent être remplacés par une personne valable semble relativement faible.

3.3.4.2 En temps de crise

En cas de crise, la nouvelle réglementation devrait représenter un désavantage concurrentiel pour les banques d'importance systémique. Si les rémunérations variables sont supprimées, en partie ou entièrement, il se pourrait que des banques d'importance non systémique débauchent le personnel qualifié des banques d'importance systémique concernées. Il faut toutefois s'accommoder de ce désavantage puisque la disposition légale a justement pour but d'éviter que les ressources de l'Etat ne servent à financer des bonus exagérés.

Si les banques d'importance systémique essaient de contourner la réglementation en réduisant les parts variables de rémunération, l'augmentation des parts fixes pourrait conduire à une plus faible flexibilité opérationnelle et à davantage de licenciements. En effet, le rôle d'amortisseur joué par les parts variables de rémunération disparaîtrait.

3.3.4.3 Compétitivité par rapport à d'autres secteurs et aux autres pays

Par rapport à d'autres secteurs, la rétribution dans le secteur bancaire restera concurrentielle même en cas de limitation des rémunérations variables suite à l'octroi d'une aide publique (cf. Enquête suisse sur la structure des salaires, OFS). Sur le plan international, la nouvelle disposition ne devrait pas affecter la compétitivité ni l'attrait des banques d'importance systémique sur le marché de l'emploi, étant donné que de nombreux Etats étrangers connaissent des réglementations semblables.

3.4 Contingent convertible bonds (CoCo)

Les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions (*contingent convertible bonds* ou *CoCo* en abrégé) constituent un élément clé de la réglementation proposée en matière de fonds propres. Celle-ci fait la distinction entre deux types de *CoCo*. D'une part, il est possible d'émettre des *CoCo* pouvant être transformés relativement tôt en fonds propres (seuil élevé) lorsqu'une banque traverse une crise afin de contribuer à une stabilisation rapide avant même la phase proprement dite d'assainissement et de liquidation. Au lieu d'émettre ces *CoCo* à seuil élevé, une banque peut aussi satisfaire aux exigences en matière de capital faites aux banques trop grandes pour être mises en faillite par le biais de fonds propres de la plus haute qualité (*common equity*) dans des proportions correspondantes. D'autre part, la banque doit émettre des *CoCo* qui sont convertis en fonds propres relativement tard (seuil bas). Ils doivent garantir une marge de manœuvre suffisante en cas de menace d'insolvabilité.

Ces instruments devraient être émis sur le marché des capitaux helvétique et soumis au droit suisse, principalement pour des raisons de sécurité juridique (mot-clé: déclenchement de la conversion) et de rapidité d'action en cas de crise (mot-clé: réduction de la complexité). Les mesures fiscales prévues devraient contribuer au développement d'un marché suisse destiné à l'émission de *CoCo* (cf. ch. 3.1).

3.4.1 Chance commerciale pour les CoCo

Les *CoCo* constituent un nouvel instrument. De ce fait, il y a eu jusqu'ici très peu d'exemples d'émissions de ce type d'emprunts²¹, et ceux-ci ne donnent aucune indication sur le volume de *CoCo* que le marché pourrait potentiellement absorber. Il est toutefois clair qu'un marché doit encore se développer, mais les délais de transition prévus en laisseront le temps. L'agence de notation Fitch a déjà annoncé vouloir évaluer les *CoCo* à seuil bas. C'est une étape importante vers le développement d'un large marché²². D'autres arguments encore indiquent que les volumes pris en considération par la commission d'experts peuvent être émis.

Les dernières décennies ont vu arriver régulièrement de nouveaux produits financiers innovants, qui se sont très rapidement implantés. Les marchés internationaux destinés à de tels produits croissent rapidement et génèrent en peu de temps de gros volumes²³. Ces derniers peuvent d'ailleurs connaître de fortes variations. Ainsi, le

²¹ Les banques Lloyds TSP et Rabobank, la Newcastle building society et la Chelsea building society ont par ex. émis des *Coco*. Sauf dans le cas de la Rabobank, il s'agissait d'un échange d'obligations subordonnées.

²² Communiqué de presse du 8 novembre 2010 de l'agence de notation Fitch: «Fitch Clarifies That It Expects to Be Able to Rate New Generation Bank Hybrid Securities»

²³ Les titrisations, les options, les CDS (couvertures de défaillance) et – s'apparentant étroitement aux *Coco* – les instruments de capital hybrides en sont quelques exemples.

volume mondial des marchés de CDS est passé de 900 milliards de dollars en 2001 à 62 000 milliards de dollars, ce qui correspond à un doublement annuel. Durant la crise, ce volume a ensuite diminué, n'atteignant plus que 30 000 milliards de dollars en 2009²⁴. Dans le cas des *CoCo*, il est possible de tirer des parallèles avec le marché des emprunts subordonnés. Le volume global est monté en dix ans de zéro à près de 800 milliards de francs.

En raison de leurs caractéristiques, les *CoCo* sont en concurrence avec les obligations et les actions. La capitalisation des marchés des actions sur le plan international s'élève au total à près de 47 000 milliards de dollars (état: décembre 2009)²⁵ et la valeur globale de toutes les obligations en circulation à 90 000 milliards (état: décembre 2009)²⁶. Les analystes bancaires estiment la taille probable du marché des *CoCo*, à brève échéance, à environ 500 à 600 milliards de francs²⁷. Pour le marché global, ce n'est donc pas un défi particulier d'absorber ces instruments supplémentaires.

L'attrait des *CoCo* et, de ce fait, la demande qui en sera faite dépendront, comme pour tout autre produit, en grande partie de leur prix, mais aussi, dans leur cas, de leur rendement et de la prime de risque. Une prime de risque attrayante par rapport aux obligations et actions permettra plus facilement de créer une demande suffisante. La prime de risque exigée par les investisseurs, c'est-à-dire le taux d'intérêt sur les *CoCo*, dépend fortement de la probabilité de conversion et peut ainsi être influencée par la banque elle-même. La banque détermine par le biais de sa politique commerciale dans quelle mesure son ratio de fonds propres s'éloigne du seuil fixé. Plus les investisseurs estimeront important le risque encouru par une banque, plus la prime de risque qu'ils exigeront sera élevée. Les banques trop grandes pour être mises en faillite peuvent abaisser leurs risques en augmentant leurs fonds propres ou en modifiant leur profil de risque. En résumé, cela signifie que le potentiel est élevé quant à un marché des *CoCo* vaste et efficace. De plus, l'intérêt déclaré des agences de notation à évaluer à l'avenir les *CoCo* devrait aussi contribuer à faire adopter cet instrument financier par un grand nombre d'investisseurs.

3.4.2 Investisseurs potentiels, effet sur la répartition des risques

Le cercle des investisseurs potentiels pour les *CoCo* devrait idéalement être assez large, comprendre des investisseurs tant institutionnels que privés et se situer à l'échelon international. Pour éviter que la crise subie par une banque se répande par contagion à tout le secteur bancaire, il faut s'attendre à ce que les investissements faits dans les *CoCo* par les autres banques soient soumis à des prescriptions en matière de dotation en capital. Les entreprises d'assurance pourraient être intéressées à investir dans les *CoCo* du fait que leur rendement est plus élevé que celui des obligations traditionnelles. Du point de vue de la surveillance, les mêmes plafonds s'appliquent à un investissement dans la fortune liée d'un portefeuille d'assurances qu'aux actions ou obligations. En fonction de l'importance des investissements et des risques encourus, des adaptations spécifiques aux *CoCo* ne sont toutefois pas exclues. Dans une première phase, parmi les investisseurs institutionnels, les *hedge funds* pourraient constituer le groupe-cible le plus approprié pour les *CoCo*. Ils

²⁴ Source: International Swaps and Derivatives Association

²⁵ World Federation of Exchanges

²⁶ Banque des Règlements Internationaux (BRI),
http://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qa1006.pdf

²⁷ Estimations de Barclays Capital et Goldman Sachs.

disposent de moyens suffisants, sont ouverts aux produits innovants et plus axés sur le risque conformément à leurs objectifs de placement. De même, leurs critères de placement flexibles permettent d'investir sans notation externe même dans le cas d'une émission de *CoCo*, ce qui n'est souvent pas possible, en particulier pour les fonds de pensions et les entreprises d'assurance.

4 Liens avec le programme de la législature

Le projet ne figure ni dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011²⁸ ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011²⁹. Les raisons découlent du présent document.

²⁸ FF 2008 639

²⁹ FF 2008 7745

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

5.1.1 Exigences spécifiques aux banques d'importance systémique

Les exigences d'une sévérité accrue proposées pour les banques d'importance systémique en ce qui concerne les fonds propres, les liquidités et l'organisation soulèvent la question de la légalité d'une telle distinction et d'un traitement différencié par rapport aux autres banques. L'art. 98, al. 1, Cst. donne le droit et le devoir à la Confédération de légiférer sur les banques et sur les bourses. Suivant l'opinion dominante, il convient d'agir de protéger le fonctionnement du système bancaire en tant que tel (protection du système), et pas seulement les biens de police classiques (protection des créanciers). L'art. 98 Cst. n'autorise toutefois pas à déroger au principe de la liberté économique. Seules sont autorisées les mesures conformes aux principes constitutionnels, entre autres celles qui visent le bon fonctionnement des marchés³⁰. Le naufrage (incontrôlé) d'une entreprise d'importance systémique a, par définition, des conséquences intolérables pour l'ensemble de l'économie. De ce point de vue, la distinction entre les entreprises d'importance systémique et celles qui ne le sont pas applique le mandat donné au législateur à l'art. 98 Cst. de protéger le système. Aussi, des réglementations différentes pour les entreprises suivant qu'elles sont d'importance systémique ou non sont-elles fondamentalement licites, dans la mesure où elles sont justifiées par l'importance systémique et donc par des critères objectifs. Compte tenu des principes d'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de liberté économique (art. 27 Cst., celle-ci devant aussi protéger des distorsions de la concurrence), la discrimination ne saurait aller plus loin que ce qui est impératif pour la défense de l'intérêt public. Si les banques d'importance systémique sont soumises à des exigences accrues, il faut s'assurer que l'incidence de telles exigences sur la concurrence restera aussi limitée que possible. En toute logique, et s'agissant des fonds propres, le capital convertible est un moyen de satisfaire aux exigences en la matière, sans incidence majeure sur les coûts. Au demeurant, par rapport aux autres établissements, il y a lieu de faire dépendre le montant des fonds propres supplémentaires de l'importance systémique réelle de la banque concernée et, ce faisant, de son organisation et des risques qui pèsent sur elle. Quant aux exigences particulières en termes d'organisation, les obligations portent surtout sur l'aspect fonctionnel et les mesures directes engagées par l'Etat sont liées au strict respect du principe de subsidiarité. C'est là le moyen de garantir autant que possible l'égalité de traitement et d'atténuer les distorsions de la concurrence.

5.1.2 Réglementation relative aux pratiques de rémunération

5.1.2.1 Liberté économique

L'intervention dans la politique de rémunération d'un établissement financier constitue une restriction de la liberté économique (art. 27 Cst.). Il en va de même pour la liberté des contrats, qui n'est certes pas mentionnée expressément dans la Constitution, mais découle de la liberté économique³¹. Le Tribunal fédéral estime que la liberté des contrats est un élément central de la liberté économique³².

³⁰ Cf. Ehrenzeller, St. Galler Kommentar sur l'art. 98 Cst., ch. marg 2 s.

³¹ Cf. Vallender, St. Galler Kommentar sur l'art. 27 Cst., ch. marg. 38

³² Cf. ATF 130 I 26, 41; ATF 131 I 223, 230

Une restriction de la liberté économique n'est pas exclue a priori. Mais si elle a lieu, cela doit être en phase avec l'art. 36 de la Constitution, qui définit les conditions permettant la restriction des droits fondamentaux. Les restrictions les plus importantes doivent être mentionnées directement dans la loi. L'intervention opérée au moyen de la présente disposition nécessite donc une base légale. En outre, selon l'article constitutionnel susmentionné, elle doit être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé.

La restriction de la liberté économique implique par ailleurs certaines spécificités par rapport, d'une part, à l'intérêt public et, d'autre part, à l'égalité de traitement entre concurrents directs. Selon la doctrine et la jurisprudence, elle doit être conforme aux principes constitutionnels, et donc neutre du point de vue de la concurrence³³. On considère comme conformes aux principes constitutionnels les mesures de police économique proportionnées, qui visent donc à agir contre une menace (...), certaines prescriptions de politique sociale et d'autres interventions en matière de liberté économique qui ne sont pas motivées par la politique économique³⁴. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les mesures de politique économique et professionnelle qui entravent la libre concurrence dans le but d'assurer ou de favoriser certaines branches ou formes d'exploitation sont interdites³⁵. De telles restrictions de la liberté économique nécessitent une base constitutionnelle explicite.

La jurisprudence établit également l'égalité de traitement entre concurrents directs. La liberté économique interdit les mesures qui faussent la compétition entre concurrents directs et ne sont donc pas neutres du point de vue de la concurrence. Cette règle s'applique aussi bien aux mesures étatiques conformes aux principes constitutionnels qu'à celles qui sont licites, mais non conformes aux principes constitutionnels³⁶.

5.1.2.2 Examen du nouvel article de loi

La nouvelle disposition de la loi sur les banques crée la *base légale* nécessaire dans ce contexte. Elle doit justifier les compétences et les obligations du Conseil fédéral, notamment le fait de faire dépendre le soutien étatique de la banque concernée du respect d'un certain nombre de prescriptions concernant les rémunérations variables.

Etant donné que l'établissement financier concerné sollicite des ressources étatiques, la mesure doit être justifiée sans équivoque par l'*intérêt public*: les mesures à prendre ont pour but d'empêcher que la banque d'importance systémique soutenue par les ressources de l'Etat ne verse des rémunérations variables excessives. D'une part, elles poursuivent un objectif moral; d'autre part, elles évitent que les impôts ne servent au financement de telles rémunérations et qu'en plus, la situation financière de l'établissement financier ne s'aggrave encore. Du reste, si une mesure devait véritablement nuire à la compétitivité de l'entreprise concernée sur le marché du travail, il conviendrait d'en tenir compte du point de vue de la proportionnalité.

L'examen sous l'angle de la *proportionnalité* montre ensuite que la disposition légale est à la fois appropriée et nécessaire pour atteindre le but fixé, à savoir empêcher que l'établissement financier d'importance systémique sollicitant des ressour-

³³ Cf. Vallender, *ibid.*, art. 94, ch. marg. 5

³⁴ Cf. Vallender, *ibid.*

³⁵ Cf. ATF 128 II 292

³⁶ Cf. Vallender, *ibid.*, art. 27 Cst., ch. marg. 28

ces étatiques ne distribue des bonus démesurés: les banques d'importance systémique doivent adapter leur système de rémunération aux directives du Conseil fédéral, notamment en ce qui concerne les rémunérations variables. Il convient de préciser qu'une aide publique n'est accordée que si, sans elle, la banque d'importance systémique risque de disparaître. De fait, ces banques n'ont pas la liberté d'accepter l'aide de l'Etat – avec d'éventuelles interventions dans leur système de rémunération – ou de la refuser. La situation justifie donc de demander aux banques, avant même qu'aucune crise n'ait éclaté, qu'elles adaptent leur politique de rémunération et les accords passés avec leurs collaborateurs. Cela aura pour effet d'atténuer leur propension au risque et, par conséquent, le problème du risque moral. Comme cela est mentionné au ch. 3.3, la réglementation devrait se révéler un désavantage concurrentiel pour les établissements d'importance systémique en période de crise. Cependant, les expériences faites avec les établissements financiers soutenus par les ressources étatiques pendant et après la crise financière justifient une telle restriction à la liberté économique ainsi qu'à la liberté des contrats: il a été établi à plusieurs reprises qu'il était impossible d'imposer une obligation générale de limiter les pratiques excessives en matière de rémunération et que l'exigence de suspendre le paiement des rémunérations variables s'opposait la plupart du temps aux droits contractuels déjà évoqués et à des menaces d'actions judiciaires. En outre, il faut signaler que, selon la disposition proposée, le Conseil fédéral adaptera en permanence ses mesures aux particularités des différents cas et leur conservera ainsi une dimension raisonnable. Le principe de proportionnalité exigé par la Constitution sera ainsi également respecté.

Enfin, la liberté économique implique *l'égalité de traitement entre concurrents directs*. Dans cette optique, la réglementation limitée aux banques d'importance systémique ne doit s'appuyer que sur des motifs objectifs. La mise en danger de toute l'économie par la faillite d'une banque d'importance systémique est un motif suffisant pour justifier une intervention ciblée dans les affaires de ces banques. Du fait de leur importance économique, il est justifié de qualifier de concurrents directs les seules banques d'importance systémique, à l'exclusion des autres établissements bancaires.

En résumé, la restriction de la liberté économique en cas de soutien étatique ou, plus précisément, l'obligation pour les banques d'importance systémique d'adapter leurs accords en matière de rémunération est conforme aux exigences des art. 27 et 36 de la Constitution.

5.1.3 Mesures fiscales

En matière fiscale, la Confédération doit disposer d'une base constitutionnelle expresse pour prélever des impôts. La compétence donnée à la Confédération pour prélever des droits de timbre sur les papiers-valeurs est fixée à l'art. 132, al. 1, Cst., et celle concernant la perception d'un impôt à la source sur les revenus de capitaux mobiliers, à l'art. 132, al. 2, Cst.

En matière de droits de timbre, les modifications envisagées sont donc conformes à la Constitution.

En matière d'impôt anticipé, la Constitution fédérale ne pose pas de condition spécifique sur l'aménagement de cet impôt ou sur l'origine des rendements de fortune imposables à la source. Par ailleurs, comme le prévoit l'art. 127, al. 1, Cst., les principes régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, sont définis par la loi. En matière d'impôt anticipé,

ces questions sont régies par la LIA, qui règle notamment l'objet et le sujet de l'impôt. Il faut aussi relever que l'impôt anticipé poursuit une fonction de garantie. Sa perception vise à garantir que les contribuables déclarent régulièrement au fisc les revenus grevés de l'impôt et la fortune d'où proviennent ces revenus. Cet impôt est remboursé intégralement aux contribuables suisses qui remplissent correctement leurs obligations fiscales. Dans l'actuelle loi fédérale sur l'impôt anticipé, l'obligation fiscale incombe au débiteur de la prestation imposable, qui est le contribuable (art. 10, al. 1). Le débiteur de la prestation imposable doit, en versant, virant, créditant ou imputant la prestation imposable, en déduire le montant de l'impôt anticipé sans égard à la personne du créancier (art. 14, al. 1). Le prélèvement de l'impôt est ainsi fondé sur le principe du débiteur.

En introduisant le principe du prélèvement de l'impôt anticipé aux fins de garantie des impôts directs par un agent payeur suisse, le système ne subit pas de changement fondamental nécessitant une modification de la Constitution.

L'imposition jusqu'ici limitée aux rendements d'obligations suisses est certes étendue aux rendements d'obligations étrangères pour les personnes physiques domiciliées en Suisse. L'imposition est aussi prévue sur les rendements d'obligations suisses payés à une adresse dans un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de double imposition. Toutefois, l'art. 132, al. 2, Cst. n'interdit pas cette extension. L'objet de l'impôt, à savoir les rendements de la fortune mobilière, ainsi que la base de calcul demeurent identiques. Seule la procédure de prélèvement de l'impôt subit un changement dans la mesure où ce n'est plus le débiteur de la prestation imposable, mais l'agent payeur qui devient le contribuable en matière d'imposition des rendements d'obligations. En revanche, pour tous les autres rendements soumis à l'impôt anticipé (revenus des capitaux mobiliers, gains de loterie et prestations d'assurance), l'obligation fiscale incombe comme par le passé au débiteur de la prestation.

Enfin, il a déjà été mentionné que l'impôt anticipé poursuit une fonction de garantie. La mise en place du prélèvement de l'impôt par un agent payeur n'apporte pas de modification à ce principe. En effet, le prélèvement de l'impôt n'a pas de caractère libératoire et la fonction de garantie subsiste comme par le passé. La mise en place d'un agent payeur en tant que contribuable entraîne ainsi uniquement un changement en matière de procédure de perception de l'impôt anticipé. Dans ces circonstances, le système mis en place est couvert par l'art. 132, al. 2, Cst. et reste conforme à la Constitution.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Les mesures fiscales envisagées en matière d'impôt anticipé n'affectent pas les obligations internationales de la Suisse. Les incidences éventuelles pour la Suisse sont d'ordre interne, dans la mesure où elles sont susceptibles d'entraîner une faible diminution des recettes fiscales. En effet, les principaux emprunts obligataires, hormis les emprunts de la Confédération, des cantons et des communes, sont émis depuis l'étranger et ne sont actuellement pas soumis à l'impôt anticipé.

Par ailleurs, la modification de la loi n'a pas d'incidence sur les accords en vigueur avec l'Union européenne, notamment l'AFisE. En effet, cet accord instaure le principe d'une retenue à la source (ou la possibilité d'éviter la retenue par un régime de déclaration volontaire) sur les intérêts payés par des agents payeurs établis en Suisse à des personnes physiques résidant dans l'Union européenne. Or, le fondement juridique de cette retenue à la source repose sur un accord international conclu entre

la Suisse et l'Union européenne, fondé sur l'art. 54 Cst., qui est distinct du régime de l'impôt anticipé.

Le projet est donc conforme aux obligations internationales de la Suisse.