



# **Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la procédure de consultation relative à la modification de la loi sur les banques (*too big to fail*)**

**Avril 2011**

---

## Table des matières

<b>1.</b>	<b>Contexte</b> .....	<b>6</b>
<b>2.</b>	<b>Caractéristiques du projet de loi</b> .....	<b>6</b>
<b>3.</b>	<b>Procédure de consultation et principes d'évaluation</b> .....	<b>7</b>
<b>3.1</b>	<b>Procédure de consultation</b> .....	<b>7</b>
<b>3.2</b>	<b>Principes d'évaluation</b> .....	<b>7</b>
<b>4.</b>	<b>Principaux résultats de la procédure de consultation</b> .....	<b>8</b>
<b>4.1</b>	<b>Position de fond des participants à la consultation</b> .....	<b>8</b>
<b>4.2</b>	<b>Principales réserves des partisans de la révision</b> .....	<b>8</b>
<b>4.3</b>	<b>Principaux arguments des opposants</b> .....	<b>9</b>
<b>4.4</b>	<b>Propositions supplémentaires des participants à la consultation</b> .....	<b>9</b>
<b>5.</b>	<b>Evaluation détaillée de la procédure de consultation</b> .....	<b>9</b>
<b>5.1</b>	<b>Importance systémique (art. 7 et 8 P-LB)</b> .....	<b>9</b>
<b>5.2</b>	<b>Mesures clés (art. 9 P-LB)</b> .....	<b>10</b>
5.2.1	Prises de position générales sur les mesures clés .....	11
5.2.2	Exigences en matière de fonds propres, de liquidités et de gestion des risques (art. 9, al. 2, let. a à c).....	12
5.2.3	Exigences en matière d'organisation (art. 9, al. 2, let. d).....	13
5.2.4	Compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances (art. 9, al. 3).....	13
<b>5.3</b>	<b>Application des mesures clés (art. 10 P-LB)</b> .....	<b>14</b>
<b>5.4</b>	<b>Maintien des fonctions d'importance systémique (art. 10a P-LB)</b> .....	<b>15</b>
<b>5.5</b>	<b>Mesures d'accompagnement en matière de rémunération (art. 10b P-LB)</b> .....	<b>16</b>
<b>5.6</b>	<b>Capital social complémentaire (art. 11 à 13 P-LB)</b> .....	<b>16</b>
<b>5.7</b>	<b>Mesures fiscales</b> .....	<b>18</b>
5.7.1	Suppression du droit de timbre d'émission sur les obligations et les papiers monétaires et exonération du droit de timbre d'émission sur les droits de participations résultant de la conversion de <i>CoCo</i> .....	18
5.7.2	Passage au principe de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur le rendement des obligations et des papiers monétaires .....	19
<b>5.8</b>	<b>Entrée en vigueur et dispositions transitoires</b> .....	<b>21</b>
<b>5.9</b>	<b>Modification du droit en vigueur</b> .....	<b>21</b>
5.9.1	Code des obligations .....	21
5.9.2	Loi sur la banque nationale.....	22

## ABRÉVIATIONS

ABES	Association des banques étrangères en Suisse
ABPS	Association des banquiers privés suisses
al.	alinéa
art.	article
ASA	Association suisse d'assurances
ASB	Association suisse des banquiers (SwissBanking)
ASPS	Association suisse produits structurés
BCG	Association de banques suisses commerciales et de gestion
BNS	Banque nationale suisse
CDF	Conférence des directeurs cantonaux des finances
CF	Chambre fiduciaire. Chambre suisse des experts comptables, fiscaux et fiduciaires.
cf.	voir
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (code des obligations; RS 220)
COMCO	Commission de la concurrence
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPPF	Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse
CS	Credit Suisse Group SA
FEPS	Fédération des Eglises protestantes de Suisse
FER	Fédération des entreprises romandes
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
GSCGI	Groupement Suisse des Conseils en Gestion Indépendants
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques; RS 952.0)
LBN	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (loi sur la Banque nationale; RS 951.11)
Lenz & Staehelin	Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, 8027 Zurich
let.	lettre
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion; RS 221.301)
LIA	Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (SR 642.21)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

LT	Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (RS 641.10)
NKF	Niederer Kraft & Frey, 8001 Zurich, pour CLS Bank International
OAR-LBA	Forum OAR-LBA
OB	Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (ordonnance sur les banques; RS 952.02)
OFR	Ordonnance du 29 septembre 2006 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (ordonnance sur les fonds propres; RS 952.03)
OSEC	Office suisse d'expansion commerciale (Business Network Switzerland)
PBD	Parti bourgeois-démocratique suisse
PDC	Parti démocrate-chrétien
PES	Parti écologiste suisse (les Verts)
PEV	Parti évangélique suisse
P-LB	Projet de modification de la LB
PLR	PLR.Les Libéraux-Radicaux
PME	Petites et moyennes entreprises
Prof. Geiger	Prof. ém. dr. H. Geiger, 8104 Weiningen
PS	Parti socialiste
RA	Rechtsanwalt
Raiffeisen	Raiffeisen Suisse société coopérative
s. / ss	et suivant(e) / suivant(e)s
SEC	Société suisse des employés de commerce (SEC Suisse)
SFA	Swiss Funds Association
SIX	SIX Group SA
SVUE	Schweizer Verband Unabhängiger Effekthändler
Swissmem	Industrie suisse des machines, des équipements électriques et des métaux
UBS	UBS SA
UDC	Union démocratique du centre
UDF	Union Démocratique Fédérale
UIR	Union intercantonale de réassurance
Uni Lucerne	Université de Lucerne, Institut für Unternehmensrecht, centre de compétence pour le droit de la société coopérative
UPS	Union patronale suisse
USAM	Union suisse des arts et métiers
USF	Union suisse des fiduciaires (Fiduciaire Suisse)
USS	Union syndicale suisse

veb

Schweizerischer Verband der dipl. Experten in Rechnungslegung und Controlling und der Inhaber des eidg. Fachausweises im Finanz- und Rechnungswesen

## 1. Contexte

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 pratiquement contraint d'intervenir pour sauver l'entreprise, qui est «trop grande pour être mise en faillite» (*too big to fail*). Celle-ci 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 chargeait 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 son rapport final le 30 septembre 2010. Le 13 octobre suivant, le Conseil fédéral demandait au Département fédéral des finances (DFF) de préparer un projet de loi à mettre en consultation fondé sur ce rapport.

Mis en consultation le 22 décembre 2010, le projet précise les propositions de la commission d'experts, axées sur quatre mesures clés visant les banques d'importance systémique: renforcement de la base de fonds propres, durcissement des exigences en matière de liquidités, meilleure diversification des risques et adoption de mesures organisationnelles destinées à garantir le maintien des fonctions d'importance systémique même en situation de crise. Le projet propose en outre de réglementer le versement de rémunérations variables en cas d'aide de l'Etat et d'améliorer les conditions-cadres fiscales s'appliquant au marché suisse des obligations, en particulier à l'émission de *CoCo* (*contingent convertible bonds*).

## 2. Caractéristiques du projet de loi

Le projet de modification de la loi sur les banques (LB) donne une définition tant des banques que des fonctions d'importance systémique et confie à la Banque nationale suisse (BNS) le soin de déterminer, dans chaque cas particulier et par voie de décision, quelles sont les banques et quelles sont leurs fonctions répondant à ces définitions. La nouvelle loi arrête ensuite les exigences particulières auxquelles ces banques seront soumises. Concernant les fonds propres, les liquidités, la répartition des risques et l'organisation, ces exigences seront concrétisées par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance. Se fondant sur l'ordonnance, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) définira alors par voie de décision les exigences particulières applicables à chaque établissement. Le Conseil fédéral aura en outre la compétence d'intervenir dans le système de rémunération variable d'une banque d'importance systémique si celle-ci bénéficie d'une aide publique.

Aux fins de l'application des exigences accrues en matière de fonds propres, les banques d'importance systémique pourront constituer un capital de réserve et émettre des instruments de capital convertible, par exemple sous la forme de *contingent convertible bonds* (*CoCo*). Si, en situation de crise, le ratio de fonds propres de base de haute qualité (*common equity*) descend jusqu'à un seuil déterminé (*trigger*), le plan d'urgence prévu se déclenche et les fonctions d'importance systémique de la banque sont rapidement transférées dans une nouvelle entité juridique indépendante. Simultanément, les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions sont convertis en fonds propres de base de haute qualité. Les *CoCo* ainsi convertis en fonds propres servent d'une part à financer le maintien des fonctions systémiques transférées dans la nouvelle entité juridique et peuvent d'autre part contribuer à l'assainissement du reste de la banque. Ce capital social complémentaire ne doit être utilisé que pour renforcer le capital propre en relation avec les nouvelles prescriptions en matière de fonds propres.

S'agissant de la suppression générale du droit de timbre d'émission sur les obligations et sur les papiers monétaires et du passage du principe du débiteur à celui de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les intérêts des obligations, ces mesures visent à augmenter

l'attrait de l'ensemble du marché suisse des capitaux et, partant, de l'émission de CoCo. De plus, en cas de conversion de ces derniers, 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.

### **3. Procédure de consultation et principes d'évaluation**

#### **3.1 Procédure de consultation**

Ont été invités à participer à la procédure de consultation: les gouvernements des 26 cantons, la Conférence des gouvernements cantonaux, 14 partis politiques, 3 associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne, 9 associations faîtières de l'économie et 29 autres organisations ou milieux intéressés.

Sur l'ensemble des participants, ont émis une prise de position matérielle: 25 cantons (tous sauf GR), la CDF, huit partis politiques (PBD, PDC, PLR, PS, UDC, UDF, PEV et les Verts), l'Union des villes suisses, huit associations faîtières de l'économie (economiesuisse, USAM, UPS, ASB, USS, SEC, SwissHoldings et Travail.Suisse) et douze représentants de milieux intéressés (ASA, BCG, ABPS, ABES, SIX, SFA, UIR, CF, USF, Centre Patronal, ASPS et COMCO). L'UPS s'est ralliée sur le fond à la position d'economiesuisse. Treize autres participants (CS, UBS, Raiffeisen, FER, prof. Geiger, Lenz & Staehelin, NKF, FEPS, Swissmem, Uni Lucerne, veb, Oskar Baldinger et Georg Merkl) ont également pris position. Raiffeisen renvoie à la prise de position de l'ASB, à l'élaboration de laquelle elle a participé.

Une grande partie des participants ont en outre pris position sur les mesures d'accompagnement fiscales, à savoir les 25 cantons déjà cités, la CDF, six partis politiques (PDC, PLR, PS, UDC, PEV et les Verts) et 24 organisations (dont economiesuisse, ASB, SwissHoldings, SFA, CF, ASPS, CS, UBS et Raiffeisen).

L'OSEC et la CPPF approuvent le projet de loi sur le fond, mais ont expressément renoncé à prendre position dans le détail.

#### **3.2 Principes d'évaluation**

Plusieurs participants à la consultation ne se sont exprimés que sur les quatre mesures clés (fonds propres, liquidités, répartition des risques et organisation), sur les mesures d'accompagnement (régulation des rémunérations variables en cas d'aide de l'Etat et mesures fiscales) ou sur certains articles du projet de loi. De nombreux avis concernaient en outre les propositions de modification des lois sur les droits de timbre (LT) et sur l'impôt anticipé (LIA).

Par souci de clarté, l'évaluation ci-après suit la structure du projet de loi, les mesures d'accompagnement fiscales étant traitées séparément. Nous avons renoncé à rendre compte en détail de tous les arguments, justifications et propositions avancés. Dans le cas contraire, le présent rapport serait trop embrouillé et manquerait son but synthétique. Pour les détails, en particulier pour les propositions de nouvelles formulations des dispositions légales, nous renvoyons directement aux prises de positions reçues, disponibles auprès du Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI).

## 4. Principaux résultats de la procédure de consultation

### 4.1 Position de fond des participants à la consultation

La forte majorité des participants approuvent les mesures proposées quant à leur principe. Nombre d'entre eux souhaitent même que les banques d'importance systémique soient soumises à des exigences encore plus sévères (BE, JU, NW, SO, CDF, PS, USS et SEC). Douze cantons adhèrent à la prise de position de la CDF (AR, BL, BS, FR, GL, NE, OW, SG, SH, TG, VS et ZG). Le canton de Genève soutient le projet sans réserves et Swissmem se déclare aussi en faveur de l'application intégrale des règles proposées.

L'ASA et l'USS sont plutôt défavorables au projet. L'UDC, l'UDF, l'USAM et UBS le rejettent.

En ce qui concerne les mesures d'accompagnement fiscales, les prises de position sont variées. La majorité des participants se déclarent favorables à la suppression générale du droit de timbre d'émission sur les obligations et les papiers monétaires, certains l'approuvant entièrement (AI, BS, GE, LU, NE, SH, TI, VD, VS, PDC, PLR, economiesuisse, USAM, UPS, ASA, BCG, ABPS, SIX, UIR, ASPS, COMCO, FEPS et veb), d'autres avec des réserves (CDF et cantons adhérant à sa position, AG, JU, NW, SO, UR, SZ, ZG et ZH, PEV, ASB, SwissHoldings, BCG, ABES, SFA, CF, CS, UBS et Uni Lucerne). Quant au passage du principe du débiteur à celui de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les intérêts des obligations et des papiers monétaires, il a l'entière faveur de quinze participants à la consultation (AI, BS, GE, LU, SH, TI, VS, USAM, Travail.Suisse, ASA, UIR, ASPS, COMCO, FEPS et veb). Une grande partie des participants sont néanmoins critiques vis-à-vis de cette proposition et quatre la rejettent expressément (JU, VD, UDC et ABES).

### 4.2 Principales réserves des partisans de la révision

Une partie des partisans du projet fait notamment valoir que la réglementation prévue doit être réglée en détail dans la loi elle-même (CDF et cantons adhérant à sa position, BE, JU, NW, SG, PDC et PS). Sont en outre souvent critiquées les mesures en matière d'organisation et l'importante marge d'appréciation laissée à la FINMA dans ce domaine (PDC, PLR, economiesuisse, UPS, Centre Patronal et CS). Les critiques portent principalement sur le fait que la nouvelle loi s'immiscerait excessivement dans l'organisation des banques et violerait ainsi le principe de la subsidiarité.

Plusieurs partisans (ASB, BCG, ABPS, ABES, Raiffeisen et Uni Lucerne) demandent que toutes les banques – et non seulement celles ayant la forme juridique d'une société anonyme – soient autorisées à émettre des emprunts à conversion obligatoire (CoCo). Nombreux sont en outre les partisans du projet qui se déclarent en faveur d'une prise en compte plus poussée des standards et développements internationaux, voire de l'inscription dans la loi d'une disposition de révision qui permette si nécessaire de l'y adapter (GL, SH, Union des villes suisses, PDC, PLR, economiesuisse, UPS, ASB, ASA, BCG, ABES, SIX, CF, Centre Patronal et CS). NKF souligne qu'il est essentiel que l'application des mesures prévues se fasse en coordination entre autorités compétentes suisses et étrangères.

Enfin, quelques partisans de la révision jugent le calendrier de mise en œuvre des mesures tant bancaires que fiscales trop serré. Cela vaut non seulement pour les mesures organisationnelles, mais encore et surtout pour le passage au principe de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les intérêts des obligations et des papiers monétaires (PDC, PLR, economiesuisse, UPS, ASB, SwissHoldings, SIX, SFA, Centre Patronal, CS et NKF).

### 4.3 Principaux arguments des opposants

Les opposants au projet fondent leur position principalement sur le fait que le projet de loi s'écarterait sensiblement des recommandations de la commission d'experts. Ils désapprouvent en particulier le pouvoir accordé à la FINMA d'intervenir dans l'organisation des banques (UDC, UDF, USAM, ASA et UBS). UBS est d'avis qu'en temps normal, les grandes banques ne bénéficient d'aucun avantage économique particulier dû à une garantie implicite de l'Etat. L'UDC affirme quant à elle que les conséquences des mesures proposées n'ont pas été suffisamment examinées, tandis que l'USAM déplore les distorsions de la concurrence qu'entraînera selon elle la nouvelle loi. Enfin, l'UDF estime que l'actuelle LB constitue une base légale suffisante permettant déjà au Conseil fédéral et surtout à la FINMA d'ordonner les éventuelles mesures nécessaires.

### 4.4 Propositions supplémentaires des participants à la consultation

Quelques participants à la consultation (CDF et cantons adhérant à sa position, BE, JU, LU, NW, SH, ZH, PS, USS et SEC) recommandent de durcir les exigences en matière de fonds propres au moyen d'une pondération accrue du ratio de levier financier (rapport entre les fonds propres et le total du bilan). Le PS et les Verts proposent en outre de soumettre le Conseil fédéral, la BNS et la FINMA à l'obligation d'établir un rapport annuel à l'intention du Parlement. Dans le même ordre d'idées, les Verts et l'USS demandent la réalisation d'un audit externe de l'identification des risques systémiques pesant sur le secteur bancaire et des mesures prises par la BNS et la FINMA pour les contrer.

De nombreux participants proposent des modifications législatives supplémentaires, notamment dans les domaines suivants: dispositions d'assainissement des banques (en particulier protection contre le droit de recours des créanciers), loi sur la fusion (LFus), droit pénal et droit des registres (PDC, economiesuisse, USAM, UPS, ASB, ASA, CF et UBS). Ils estiment que sans ces modifications, la séparation et le maintien des fonctions d'importance systémique prévus dans le plan d'urgence seraient juridiquement inapplicables.

Enfin, dans les prises de position sceptiques quant au passage du principe du débiteur à celui de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les intérêts des obligations et des papiers monétaires, on demande que cette révision de fond du droit de l'impôt anticipé soit traitée séparément du présent projet de loi.

## 5. Evaluation détaillée de la procédure de consultation

### 5.1 Importance systémique (art. 7 et 8 P-LB)

#### **Art. 7 Définition et but**

<sup>1</sup> On entend par banques d'importance systémique les banques, groupes financiers et conglomérats financiers à dominante bancaire dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses.

<sup>2</sup> Associées aux prescriptions de droit bancaire généralement applicables, les dispositions du présent chapitre ont pour but de réduire davantage les risques découlant des banques d'importance systémique pour la stabilité du système financier suisse, d'assurer le maintien de fonctions économiques importantes et d'éviter le recours à une aide de l'Etat.

#### **Art. 8 Constatation de l'importance systémique**

<sup>1</sup> La Banque nationale suisse, après avoir entendu la FINMA, établit par voie de décision quelles banques sont d'importance systémique et quelles sont les fonctions de ces banques qui sont d'importance systémique.

<sup>2</sup> Pour déterminer l'importance systémique d'une banque, elle se fonde sur sa taille, son imbrication dans le système financier et dans l'économie, ainsi que le caractère substituable à court terme de ses prestations de services. Elle se base notamment sur les critères suivants:

a. la part de marché dans le secteur bancaire national, en particulier dans les opérations de dépôt et de crédit ainsi que dans

le trafic des paiements;  
b. le montant à hauteur duquel les dépôts garantis au sens de l'art. 37h, al. 1, dépassent la limite maximale prévue à l'art. 37h, al. 3, let. b;  
c. le rapport entre le total du bilan de la banque et le produit intérieur brut annuel de la Suisse;  
d. le profil de risque de la banque.  
<sup>3</sup> Le profil de risque résulte du modèle d'affaires, de la structure du bilan, de la qualité des actifs, des liquidités et du taux d'endettement.

Le PBD, le PEV, l'ASB et l'ABES approuvent expressément la définition de l'importance systémique ainsi que les modalités de sa détermination. De nombreux participants à la consultation (CDF et cantons adhérant à sa position, AG, BE, JU, NW, USS et UBS) déplorent cependant que les règles prévues dans la loi ne soient pas assez précises et qu'une marge d'appréciation trop importante soit ainsi accordée à la BNS et à la FINMA. Le canton du Valais approuve quant à lui la densité de régulation du projet de loi.

L'USAM considère que la définition des banques d'importance systémique manque de clarté. Elle souligne en outre, avec les Verts, que l'importance systémique peut se manifester à plusieurs niveaux, en particulier sur le plan régional ou sectoriel. Pour CS, la manière dont la structure de l'organisation agit sur le profil de risque (art. 8, al. 2, let. d, P-LB en relation avec l'art. 8, al. 3, P-LB) ainsi que sur la probabilité de survenance d'un dommage et sur l'importance potentielle de ce dernier n'est pas claire. UBS également estime que la structure de l'organisation n'est pas déterminante pour le profil de risque.

Le canton d'Uri, le PDC, le PEV et Raiffeisen demandent que la compétence de déterminer quelles sont les banques d'importance systémique soit confiée non à la BNS, mais au Conseil fédéral. Le canton du Jura propose de donner cette compétence à la FINMA, tout en imposant à la BNS l'obligation de procéder à une analyse de la situation.

Pour l'ASB, il est important que lors de l'évaluation d'un établissement financier, la BNS puisse se fonder sur la documentation existante, sans imposer à l'établissement des obligations de reporting et de clarification supplémentaires. De son côté, SIX fait valoir que les prescriptions relatives à l'importance systémique peuvent avoir des incidences sur d'autres banques, groupes financiers et conglomérats financiers à dominante bancaire d'importance systémique et qu'il serait nécessaire d'en recenser les effets sur les infrastructures de marché.

## 5.2 Mesures clés (art. 9 P-LB)

### **Art. 9 Exigences particulières**

<sup>1</sup> Les banques d'importance systémique sont soumises à des exigences particulières. L'étendue et le contenu de celles-ci dépendent du degré d'importance systémique des banques. Elles doivent être proportionnées, prendre en considération leurs incidences sur les banques concernées et sur la concurrence, et tenir compte des normes reconnues sur le plan international.

<sup>2</sup> Les banques d'importance systémique doivent notamment:

a. disposer de fonds propres qui, en particulier:

1. garantissent, compte tenu des exigences légales, une capacité à supporter les pertes plus importante que les banques qui n'ont pas une importance systémique;
2. en cas de menace d'insolvabilité, contribuent pour une part essentielle à maintenir les fonctions d'importance systémique;
3. incitent les banques à limiter leur degré d'importance systémique et améliorent leur capacité à être assainies ou liquidées;
4. sont mesurés suivant, d'une part, les actifs pondérés en fonction des risques et, d'autre part, les actifs non pondérés en fonction des risques, qui peuvent également comprendre des opérations hors bilan;

b. disposer de liquidités qui garantissent une meilleure capacité d'absorption des chocs de liquidités que les banques qui n'ont pas une importance systémique, afin qu'elles soient en mesure de respecter leurs obligations de paiement même si elles se trouvent dans une situation exceptionnellement difficile;

c. répartir les risques de manière à limiter les risques de contrepartie et la concentration de risques;

d. être organisées, en particulier au niveau de la structure, de l'infrastructure, de la conduite et du contrôle ainsi que des flux

de liquidité et de capitaux, de telle sorte qu'en présence d'une menace d'insolvabilité, le maintien de leurs fonctions d'importance systémique soit garanti.

<sup>3</sup> Le Conseil fédéral concrétise les exigences particulières. A cet effet, il entend la Banque nationale suisse et la FINMA.

### 5.2.1 Prises de position générales sur les mesures clés

La majorité des participants à la consultation saluent expressément les mesures clés comme contribuant à améliorer la résistance des banques aux crises (CDF et cantons adhérant à sa position, AG, AI, BE, GE, JU, LU, NW, SO, TI, UR, VD, ZH, PBD, PDC, PLR, PS, PEV, les Verts, Union des villes suisses, economiesuisse, UPS, ASB, SEC, Travail.Suisse, BCG, ABPS, SIX, SFA, USF, prof. Geiger, FEPS et veb). La CDF et les cantons adhérant à sa position, d'autres cantons (BE, JU, LU, NW et SO), le PS, l'USS et la SEC soulignent expressément, comme déjà indiqué, que tout écart par rapport aux mesures proposées n'est envisageable que dans le sens d'un durcissement.

Pour de nombreux participants (GL, VD, ZG, PDC, PLR, UDF, ASB, SIX, Centre Patronal, CS, UBS et FER), le projet de loi ne tient pas suffisamment compte de l'évolution de la réglementation à l'échelle internationale, notamment en ce qui concerne les exigences en matière de fonds propres. C'est pourquoi le PDC, le PLR, l'Union des villes suisses, economiesuisse, l'USAM, l'UPS, l'ASB, le Centre Patronal, CS et UBS préconisent l'adoption d'un mécanisme de révision permettant d'examiner les mesures en vigueur en Suisse à la lumière des règles internationales et si nécessaire de les adapter à ces règles.

Le canton de Berne et le PS recommandent d'examiner une éventuelle interdiction du négoce pour propre compte. Le PBD se prononce quant à lui pour un renforcement de la surveillance par les actionnaires. Le PS et les Verts demandent en outre que l'on inscrive dans la loi une obligation de rendre compte au Parlement de la part du Conseil fédéral, de la BNS et de la FINMA. Les Verts et l'USS proposent également un audit externe, qui aurait pour objet d'examiner l'identification des risques systémiques menaçant le secteur bancaire et les mesures prises par la BNS et la FINMA pour les atténuer.

L'UDC et l'USAM rejettent les mesures clés, la première arguant que le principe qui les soutient n'est pas abouti et qu'elles sont incomplètes, la seconde parce qu'elles instaurent selon elle une surréglementation. CS et UBS sont d'avis que les mesures prévues constituent une grave atteinte à la liberté économique et nuiront à la compétitivité des grandes banques, tant en Suisse qu'à l'étranger. Les deux banques doutent en particulier que le projet de loi respecte suffisamment le principe de la proportionnalité.

En ce qui concerne les exigences relatives à l'organisation et à l'infrastructure des banques d'importance systémique, le PDC, le PLR, economiesuisse, l'USAM, l'UPS, l'ASB, l'ASA, CS et UBS demandent un alignement général des mesures prévues sur les propositions de la commission d'experts. Dans ce contexte, CS et UBS mettent sérieusement en doute la neutralité concurrentielle des mesures organisationnelles.

Enfin, l'UDC, CS et UBS déplorent l'absence d'analyses économiques de fond sur les conséquences du projet de loi – en particulier des mesures clés et des mesures d'accompagnement fiscales – pour l'économie nationale et la place financière suisse. Ils réclament donc la réalisation d'une étude d'impact, dont la teneur et les conclusions devraient être soumises au Parlement par le Conseil fédéral en même temps que le projet de loi.

## 5.2.2 Exigences en matière de fonds propres, de liquidités et de gestion des risques (art. 9, al. 2, let. a à c)

Quatre cantons (AG, TI, UR et ZH), le PBD, l'USF et la FEPS approuvent expressément les exigences en matière de fonds propres. Le PDC et le PLR saluent aussi explicitement la «*finition suisse*» des règles proposées dans ce domaine.

De nombreux partisans de cette mesure clé proposent que les fonds propres nécessaires soient mesurés non seulement d'après les actifs pondérés en fonction des risques, mais aussi en pondérant davantage le ratio de levier financier (CDF et cantons adhérant à sa position, BE, JU, LU, NW, SH, ZH, PS, USS, SEC et prof. Geiger). La CDF et les cantons adhérant à sa position considèrent que des exigences encore plus sévères en matière de fonds propres et de liquidités procureraient aux établissements suisses d'importance systémique un avantage concurrentiel à long terme sur le plan international. Ils souhaitent donc que l'on examine un ultérieur durcissement des exigences en matière de fonds propres, dans le sens d'un renforcement des fonds propres non pondérés en fonction des risques.

Les Verts et l'USS demandent un ratio de fonds propres de base de 12 à 15 % au lieu de fonds propres pondérés en fonction des risques. De l'avis des Verts, les établissements d'importance systémique devraient garantir la couverture de leurs besoins en liquidités pendant trois mois. La SEC soutient le concept de structure des fonds propres à trois niveaux, mais considère comme indispensable de prescrire en sus une part minimale de ratio de levier financier non pondéré en fonction des risques d'au moins 10 %. Le PS exige quant à lui un ratio de levier financier d'au moins 12 % et une part de fonds propres non pondérés en fonction des risques de 10 %. De plus, les exigences matérielles minimales en matière de fonds propres devraient figurer dans la loi.

Le PDC, le PLR, l'Union des villes suisses, *economiesuisse*, l'USAM, l'UPS, l'ASB, l'ABES, SIX, la SFA, le Centre Patronal, CS, UBS et la FER jugent impératif d'adapter en particulier les exigences de fonds propres à l'évolution de la situation et des standards internationaux dans ce domaine. L'UDF demande que les standards internationaux soient repris tels quels, sans les durcir au nom de la «*finition suisse*». L'ASB estime en outre indispensable de synchroniser la mise en œuvre des mesures prévues avec le calendrier de Bâle III. Elle considère également que le ratio de levier financier devrait être défini en tant que filet de sécurité subsidiaire et non comme une exigence contraignante. Enfin, toutes les exigences relatives aux liquidités allant au-delà des accords et des standards actuels du Comité de Bâle devraient être rayées du projet de loi.

Selon UBS, les exigences en matière de fonds propres ne devraient pas dépasser le ratio de 13 %, ni celles relatives aux liquidités excéder les parts convenues avec la FINMA en 2010 ou les prescriptions du Comité de Bâle. Il faut refuser d'imposer aux banques suisses des prescriptions plus sévères en matière de liquidités, car elles cloisonneraient (*ring-fencing*) la Suisse vis-à-vis de l'étranger et entraîneraient des mesures de rétorsion. CS, de son côté, doute que le durcissement des exigences de fonds propres puisse améliorer la solvabilité des banques. Et même si c'était le cas, cet avantage serait réduit à néant par les coûts supplémentaires liés aux CoCo. CS estime qu'à l'avenir la compétitivité des banques dépendra surtout des exigences qui leur seront imposées quant à leurs fonds propres.

Enfin, le prof. Geiger recommande que les prescriptions en matière de concentration des risques soient observées non seulement à l'échelle de la banque dans son ensemble, mais aussi à celle de son secteur d'importance systémique considéré isolément, et ce déjà avant la survenance d'une éventuelle crise.

### **5.2.3 Exigences en matière d'organisation (art. 9, al. 2, let. d)**

Deux cantons (BS et TI) et le PBD saluent expressément les exigences relatives à l'organisation. Pour les Verts, les obligations en la matière ne vont pas assez loin et ne sont pas suffisamment contraignantes. L'objectif devrait consister – à long terme – en la partition et la diminution de taille des grandes banques. Les Verts estiment en outre que l'on a insuffisamment examiné l'instauration d'un système basé sur la séparation des activités bancaires.

S'agissant de la compétence de la FINMA d'intervenir dans la structure d'organisation et le modèle d'affaires des banques, l'éventail des positions du PDC, du PLR, d'économiesuisse, de l'USAM, de l'UPS, de l'ASB, de l'ASA, du Centre Patronal, de CS et d'UBS va de la critique au refus pur et simple. Tous exigent le strict respect du principe de la subsidiarité en relation avec l'imposition de mesures par la FINMA. Pour l'UDC également, les compétences de la FINMA sont trop étendues. A son avis, seule l'adoption d'une structure de holding avec des filiales indépendantes serait à même de réduire les risques pour l'économie nationale. L'UDF et le prof. Geiger préconisent aussi l'adoption d'une structure de holding, accompagnée de la suppression simultanée du devoir implicite de prêter assistance.

Le PDC, l'ASB, la CF, CS et UBS font valoir que, sous le droit actuel, le maintien des fonctions systémiques d'une banque menacée d'insolvabilité serait exposé au risque de recours des créanciers. La CF fait en outre remarquer que le projet de loi ne règle pas la question de l'indemnisation du transfert d'actifs, qui se pose généralement en cas de transfert de valeurs patrimoniales vers une banque relais. Dans tous les cas, il s'agit de constituer une nouvelle structure patrimoniale («entité juridique indépendante») qui ne puisse pas tomber ultérieurement dans la masse en faillite et ne soit pas accessible aux créanciers. De l'avis de nombreux participants à la consultation, le plan d'urgence prévu ne sera donc juridiquement applicable que moyennant la modification de plusieurs autres lois, en particulier la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), le code pénal (CP), la loi sur la fusion (LFus), le code de procédure civile (CPC), le code des obligations (CO) et le droit de l'assainissement des banques. Ne proposant aucune de ces modifications, le projet doit être complété en conséquence (PDC, economiesuisse, USAM, UPS, ASB, ASA, CS et UBS). A défaut, l'ASA juge même la révision de la loi comme pratiquement inapplicable.

CS et UBS proposent que la FINMA, conformément aux propositions de la commission d'experts, ne puisse donner aux banques d'importance systémique que des instructions d'ordre fonctionnel, à charge ensuite de l'établissement concerné de s'organiser comme il l'entend pour les respecter. Il suffirait ainsi de prescrire l'existence d'un plan d'urgence: son organisation concrète incomberait ensuite à la banque. CS relève en outre que la commission d'experts avait certes déclaré les opérations sur devises et le règlement des opérations sur titres comme étant d'importance systémique, mais que les plans d'urgence qu'elle proposait se limitaient à leur transfert à d'autres prestataires. SIX considère aussi que qualifier les opérations sur devises et le règlement des opérations sur titres de fonctions d'importance systémique est problématique. Enfin, NKF demande que les conséquences du projet de loi pour les systèmes de paiement et de règlement soient examinées plus en détail.

### **5.2.4 Compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances (art. 9, al. 3)**

La CDF et les cantons adhérant à sa position admettent qu'une réglementation par voie d'ordonnance permet de répondre à l'exigence de flexibilité. Ils demandent cependant (en accord avec AG, BE, JU, PDC, PS, USS, UBS et FER) que, pour des questions de prévisibilité, la réglementation soit précisée au niveau de la loi. Le canton du Valais salue au contraire expressément la densité de réglementation telle que prévue dans le projet de loi. A ses yeux, l'importante marge d'appréciation laissée aux autorités facilitera l'adaptation des règles à l'évolution de la situation.

Le PS et les Verts souhaitent que le Conseil fédéral, la BNS et la FINMA soient soumis à l'obligation d'établir un rapport annuel à l'intention du Parlement. Enfin, economiesuisse, l'UPS et UBS estiment indispensable que le Conseil fédéral entende les banques concernées avant d'édicter l'ordonnance et demandent que ce droit des banques d'être entendues soit inscrit dans la loi.

### 5.3 Application des mesures clés (art. 10 P-LB)

#### **Art. 10 Application à la banque concernée**

<sup>1</sup> La FINMA, après avoir entendu la Banque nationale suisse, définit par voie de décision les exigences particulières que la banque d'importance systémique doit remplir.

<sup>2</sup> Lors de la définition des exigences relatives aux fonds propres selon l'art. 9, al. 2, let. a, elle peut prendre en considération les mesures prises par la banque concernée pour réduire les risques liés à son importance systémique.

Au vu de l'évolution rapide des conditions-cadres internationales, les cantons d'Uri et d'Appenzell Rh.-Int. jugent appropriée la compétence de rendre des décisions accordée à la FINMA. La CDF et les cantons adhérant à sa position, deux autres cantons (NW et JU), le PDC, l'UDC, le PEV, economiesuisse, l'USAM, l'UPS, l'ASA et UBS estiment au contraire que cette compétence est trop étendue. La CDF et les cantons adhérant à sa position, le canton du Jura et la FER demandent qu'au moins les définitions et les procédures ainsi que les principales dispositions soient arrêtées au niveau de la loi. Comme nous l'avons déjà signalé, le canton du Valais se distancie expressément de la position de la CDF sur ce point.

Le PS recommande que les exigences particulières définies par la FINMA soient arrêtées par voie non pas de décision, mais d'ordonnance, afin que le public puisse en prendre connaissance et les examiner.

Le canton de Berne, le PEV et l'USS sont opposés à l'octroi de remises (trop élevées) sur les exigences de fonds propres, comme prévu à l'art. 10, al. 2, P-LB. Le PDC, le PLR, l'ASB, economiesuisse, l'UPS, CS et UBS demandent au contraire des remises plus importantes et automatiques pour toute mesure concrète allant au-delà des exigences du plan d'urgence, améliorant la capacité de la banque à être liquidée sur le plan international ou contribuant d'une autre manière à réduire les risques systémiques. CS et UBS s'opposent en outre au socle incompressible de 1 % des actifs pondérés en fonction des risques pour la composante progressive des fonds propres et proposent de supprimer cette exigence.

Pour le prof. Geiger, le point faible du projet de loi mis en consultation réside dans l'exécution de l'assainissement forcé ou de la liquidation ordonnée de la banque en difficulté. Il n'est pas certain selon lui qu'il soit encore possible, en situation de crise, de séparer les fonctions systémiques du reste de la banque. C'est pourquoi il propose d'adopter une structure de holding, grâce à laquelle les parties d'importance systémique du groupe bancaire seraient déjà regroupées dans une banque distincte, intégrée à la holding, avant même la survenance d'une crise, tandis que les autres parties du groupe seraient organisées dans des sociétés sœurs. Le prof. Geiger préconise donc d'inscrire l'obligation d'adopter une structure de holding dans l'art. 10 P-LB. Dans le même temps, il suggère de supprimer le devoir implicite de se prêter assistance entre sociétés du groupe et d'adapter en conséquence l'art. 3c, al. 1, let c, LB, ainsi que l'ordonnance sur les banques (OB) et l'ordonnance sur les fonds propres (OFR).

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

### **Art. 10a Maintien des fonctions d'importance systémique**

<sup>1</sup> Les banques d'importance systémique doivent démontrer que le maintien des fonctions d'importance systémique est garanti en cas de menace d'insolvabilité. Si la banque n'est pas en mesure d'établir cela, la FINMA ordonne les mesures nécessaires.

<sup>2</sup> Elle peut notamment ordonner:

- a. des préparatifs visant à créer une entité juridique autonome en Suisse qui maintienne les fonctions d'importance systémique;
- b. l'externalisation d'infrastructures ou de prestations d'importance systémique au profit d'une société gérée de façon centralisée au sein du groupe ou d'une entité distincte;
- c. la séparation des activités au sein du groupe, notamment par une limitation des garanties et financements intragroupes;
- d. la structuration juridique et opérationnelle de la banque en fonction de ses différents secteurs d'activité;
- e. l'instauration d'une congruence géographique étendue entre les passifs et les actifs.

Les objections et propositions des participants à la consultation concernant les exigences organisationnelles de l'art. 9, al. 2, let. d, P-LB valent aussi pour ces dispositions. Sont concernées en particulier les réserves émises quant à l'observation du principe de la légalité, au pouvoir d'intervention de la FINMA et à la violation du principe de la subsidiarité qui en découlerait.

Le PBD considère l'idée d'un désenchevêtrement des structures des groupes bancaires au niveau international comme juste dans son principe. Il craint cependant une perte d'emplois et de recettes fiscales et doute de son applicabilité. Il faut viser en outre la congruence géographique des actifs et des passifs, et l'objectif de désenchevêtrement des relations dans le groupe devrait être poursuivi au moyen d'une limitation des garanties et des financements intragroupes. En accord avec l'UDF et le prof. Geiger, l'UDC demande de faire de la structure de holding l'élément central des mesures organisationnelles.

Le PDC, le PLR, economiesuisse, l'USAM, l'ASB, l'ASA, CS et UBS critiquent le fait que le projet mis en consultation renonce à la pluralité des méthodes ressortant du rapport de la commission d'experts. Ainsi, avant l'application du plan d'urgence, seule est admise la preuve que le transfert des fonctions systémiques à une banque relais est garanti et non celle de la capacité de la banque de maintenir ces fonctions grâce à d'autres mesures. Dans ce contexte, le PLR, l'ASB, l'USS, la CF, CS et UBS déplorent également les conditions de fourniture de la preuve, alléguant en outre que les critères d'évaluation de la FINMA sont peu clairs ou difficilement applicables. De plus, si la banque échoue à fournir la preuve, la FINMA devrait lui accorder un nouveau délai pour corriger la situation, et ce n'est qu'au terme de ce délai supplémentaire qu'elle devrait avoir le pouvoir d'ordonner des mesures organisationnelles relatives au plan d'urgence. En particulier, UBS demande que l'on permette à la banque de proposer d'autres mesures ayant le même effet. Par ailleurs, selon CS, pour pouvoir fournir la preuve que le maintien des fonctions systémiques est assuré, il est impératif de définir dans la loi un état de fait autorisant à procéder à la séparation rapide et définitive de ces fonctions en cas de menace d'insolvabilité. Les bases légales actuelles ne satisferaient pas à cette exigence.

Enfin, les Verts et l'USS soutiennent que l'efficacité de cette mesure n'est vérifiable que dans la pratique. Estimant que dresser des plans ne suffit pas, ils demandent que la loi oblige les banques à effectuer périodiquement des exercices.

## 5.5 Mesures d'accompagnement en matière de rémunération (art. 10b P-LB)

### **Art. 10b Mesures en matière de rémunération**

<sup>1</sup> Si, malgré la mise en œuvre des exigences particulières, une banque d'importance systémique, qui ne dispose plus d'aucune autre possibilité adéquate de financement, se voit accorder une aide financière directe ou indirecte puisée dans les moyens de la Confédération, 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.

<sup>2</sup> Il peut notamment, en tenant compte de la situation économique de la banque et du soutien accordé:

- a. interdire complètement ou partiellement le versement de rémunérations variables;
- b. ordonner des adaptations du système de rémunération.

<sup>3</sup> Les banques d'importance systémique sont tenues de formuler une réserve dans leurs accords de rémunération aux termes de laquelle, en cas de soutien étatique selon cette disposition, la prétention légale à une rémunération variable peut être remise en cause.

Le canton d'Uri, le PDC, le PEV, la SEC, Travail.Suisse, l'USF et la FEPS approuvent expressément les mesures proposées en matière de rémunération. Le PBD et UBS les rejettent clairement.

Le canton de Berne considère que les règles prévues sont formulées trop étroitement pour pouvoir résoudre le problème du paiement de bonus élevés. Les Verts et l'USS proposent de les remplacer par une limitation de principe des rémunérations et l'adoption de salaires fixes raisonnables. Travail.Suisse se déclare en faveur d'une interdiction totale du paiement de bonus en cas d'aide de l'Etat. La SEC souligne quant à elle qu'il faut s'assurer que seul le groupe de salariés exposant l'établissement à des risques, à savoir les managers, soit touché. De plus, en cas d'interdiction ou de réduction des rémunérations variables ordonnée par les autorités, la banque devrait informer et consulter ses partenaires sociaux.

CS juge tant la formulation que l'application de la disposition peu claires, notamment en ce qui concerne la réserve à inscrire dans les accords de rémunération. UBS est opposée à toute réglementation légale des rémunérations, car l'Etat peut selon elle toujours faire dépendre son soutien de certaines conditions. De plus, la FINMA part du principe qu'elle peut intervenir sur la base de sa circulaire n° 2010/1 du 21 octobre 2009 «Systèmes de rémunération». Enfin, pour le Centre Patronal, une interdiction absolue des rémunérations variables serait contraire à la Constitution.

## 5.6 Capital social complémentaire (art. 11 à 13 P-LB)

### **Art. 11 Constitution**

<sup>1</sup> Les banques peuvent constituer du capital social complémentaire sous forme de capital de réserve ou de capital convertible.

<sup>2</sup> S'agissant de groupes financiers ou de conglomérats financiers, la société mère du groupe peut elle aussi constituer du capital social complémentaire, même si elle n'est pas une banque.

<sup>3</sup> Le capital social complémentaire ne peut être utilisé que pour renforcer la dotation en capital en relation avec les prescriptions en matière de fonds propres.

### **Art. 12 Capital de réserve**

<sup>1</sup> L'assemblée générale d'une banque ayant la forme juridique de la société anonyme peut autoriser le conseil d'administration, par modification des statuts, à augmenter le capital-actions ou le capital-participations afin de créer du capital social complémentaire.

<sup>2</sup> Elle peut limiter le montant du capital de réserve et la durée pendant laquelle il peut être maintenu.

<sup>3</sup> Les statuts déterminent:

- a. une éventuelle limitation de la durée ou du montant nominal du capital de réserve;
- b. le montant des apports à effectuer, ou l'autorisation accordée au conseil d'administration de fixer ce montant;
- c. l'espèce des actions ou des bons de participation, y compris les privilèges éventuels qui y sont attachés, ou l'autorisation accordée au conseil d'administration de la fixer;
- d. le contenu et la valeur d'avantages particuliers ainsi que les noms des bénéficiaires, ou l'autorisation accordée au conseil

d'administration de les fixer;

e. la restriction à la transmissibilité des actions nominatives nouvelles, ou l'autorisation accordée au conseil d'administration de la fixer.

<sup>4</sup> Dans le cadre de l'autorisation, le conseil d'administration peut procéder à l'augmentation du capital-actions. Il édicte alors les dispositions nécessaires, à moins qu'elles ne figurent dans la décision de l'assemblée générale, notamment en ce qui concerne:

a. le montant nominal de l'augmentation;

b. le nombre et la valeur nominale des actions;

c. le prix d'émission;

d. la nature des apports;

e. les reprises de biens;

f. l'époque à compter de laquelle les nouvelles actions donneront droit à des dividendes.

<sup>5</sup> Le conseil d'administration peut, pour des motifs importants, supprimer ou limiter le droit de souscription des actionnaires existants. Dans ce cas, les nouvelles actions ou les nouveaux bons de participation doivent être émis aux conditions du marché. 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.

<sup>6</sup> Les art. 651a, al. 1, et 704 CO ne sont pas applicables. Au surplus, les prescriptions des art. 651 à 652h CO relatives au capital autorisé sont applicables par analogie.

### **Art. 13 Capital convertible**

<sup>1</sup> L'assemblée générale d'une banque ayant la forme juridique de la société anonyme peut prévoir la constitution de capital sous la forme d'emprunts convertibles ou d'instruments de capital analogues qui, en cas de survenance d'un événement déterminé, sont convertis en actions ou en bons de participation de la société ou amortis en obtenant le même effet (capital convertible).

<sup>2</sup> L'assemblée générale peut limiter le montant du capital convertible.

<sup>3</sup> Les statuts déterminent:

a. une éventuelle limitation du montant nominal du capital convertible;

b. l'espèce des actions ou des bons de participation, y compris les privilèges éventuels qui y sont attachés, ou l'autorisation accordée au conseil d'administration de la fixer;

c. la restriction de la transmissibilité des nouvelles actions nominatives, ou l'autorisation accordée au conseil d'administration de la fixer;

d. les bases du calcul du prix d'émission, ou l'autorisation accordée au conseil d'administration de les fixer.

<sup>4</sup> Dans le cadre de l'autorisation, le conseil d'administration peut émettre des emprunts convertibles ou des instruments de capital analogues. Il édicte alors les dispositions nécessaires, à moins qu'elles ne figurent dans la décision de l'assemblée générale, notamment en ce qui concerne:

a. le nombre et la valeur nominale des actions ou des bons de participation;

b. une éventuelle répartition en plusieurs emprunts et en diverses tranches (programme de capital convertible);

c. l'événement déclencheur ou, en cas de répartition en tranches, les événements déclencheurs;

d. le prix d'émission ou les règles servant à le déterminer;

e. le rapport de conversion ou les règles servant à le déterminer.

<sup>5</sup> Le conseil d'administration peut, pour des motifs importants, supprimer ou limiter le droit de souscription préférentiel des actionnaires existants. Dans ce cas, les nouvelles actions ou les nouveaux bons de participation doivent être émis aux conditions du marché. 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.

<sup>6</sup> La décision du conseil d'administration au sens de l'art. 653g CO est immédiatement inscrite au registre du commerce.

<sup>7</sup> Les art. 653h et 704 CO ne sont pas applicables. Pour le reste, les prescriptions des art. 653 à 653i CO relatives au capital conditionnel sont applicables par analogie.

<sup>8</sup> Les conditions d'émission du capital convertible doivent être soumises à l'approbation de la FINMA avant l'émission.

Les participants à la consultation s'expriment presque exclusivement sur le capital convertible selon l'art. 13 P-LB et sur les instruments de capital proposés en relation avec ce dernier.

Trois cantons (BS, JU et TI), le PBD, CS, le prof. Geiger, Lenz & Staehelin et veb approuvent expressément les nouvelles formes d'acquisition de fonds propres.

Quelques participants (PDC, ASB, BCG, ABPS, ABES, Raiffeisen, Uni Lucerne) saluent l'adoption des CoCo, avec cependant une réserve: l'émission de CoCo devrait être autorisée pour toutes les banques et quelle que soit leur forme juridique. L'ASB, UBS, le prof. Geiger et Lenz & Staehelin se prononcent en outre pour l'autorisation expresse d'autres instruments d'acquisition de capital (obligations *write-off*). Dans ce contexte, UBS souligne que les exigences en matière de fonds propres pourraient aussi être remplies au moyen de capital propre de haute qualité ou d'autres instruments similaires aux CoCo permettant d'absorber les pertes. Le prof. Geiger recommande en outre de coter les CoCo et les obligations *write-off* en Bourse. A son avis, le prix résultant du négoce actif de ces titres constituerait une indica-

tion plus fiable de la solvabilité des banques d'importance systémique que celle donnée actuellement par les emprunts de rang subordonné. Lenz & Staehelin estime pour sa part que la procédure d'émission de nouvelles actions en cas de conversion n'est pas assez clairement réglée. CS, UBS et Lenz & Staehelin proposent donc différentes modifications des art. 11 à 13 P-LB découlant de leurs remarques.

Pour CS, les obligations *write-off* n'ont aucun lien avec le capital convertible, car elles ne se traduisent pas par une réelle augmentation du capital-actions. Elles ne devraient donc pas être prises en considération dans l'art. 13 P-LB. Le droit de remplir les nouvelles exigences en matière de fonds propres au moyen de ces obligations pourrait en revanche être inscrit dans l'art. 11 P-LB.

Le PBD estime que le renforcement de la base de fonds propres au moyen d'emprunts convertibles est la plus importante des mesures proposées. Toutefois, la manière dont on a fixé la part de fonds propres requis à 10 % et celle des moyens à financer par l'émission de CoCo à 9 % n'est pas claire à ses yeux. L'USS estime pour sa part que la comptabilisation des emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions comme fonds propres est problématique et c'est pourquoi elle demande un relèvement de la part de fonds propres de haute qualité. De plus, il n'y a guère eu jusqu'ici, à l'échelle mondiale, d'expériences avec des CoCo: en cas de conversion des emprunts, les acteurs du marché pourraient fuir les actions concernées.

Le PDC, le PLR, economiesuisse, l'USAM, l'UPS, l'ASB, CS et UBS sont opposés au strict automatisme entre conversion des CoCo et déclenchement du plan d'urgence, que vise à leur avis le projet de loi, en raison notamment de ses conséquences. Il vaudrait mieux suivre, comme le propose par exemple l'ASB, une approche laissant aux banques une marge de manœuvre appropriée.

Enfin, le canton du Tessin et le PS estiment que les CoCo doivent être émis en Suisse et demandent que cela soit inscrit dans la loi.

## 5.7 Mesures fiscales

### 5.7.1 Suppression du droit de timbre d'émission sur les obligations et les papiers monétaires et exonération du droit de timbre d'émission sur les droits de participation résultant de la conversion de CoCo

#### 1. Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre

*Art. 1, al. 1, let. a, ch. 4 et 5*

*Abrogés*

*Art. 5a*

*Abrogé*

*Art. 6, al. 1, let. 1 (nouvelle)*

<sup>1</sup> Ne sont pas soumis au droit d'émission:

1. les droits de participation qui sont créés ou augmentés par des banques d'importance systémique au sens de l'article 7 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques au moyen du capital convertible selon l'art. 13, al. 1, de cette loi.

*Art. 7, al. 1, let. f*

*Abrogée*

*Art. 9a*

*Abrogé*

*Art. 10, al. 3 et 4*

*Abrogés*

**Art. 11, let. b**

Le droit d'émission échoit:

b. sur les droits de participation: 30 jours après l'expiration du trimestre durant lequel la créance fiscale est née (art. 7);

De nombreux participants à la consultation sont entièrement favorables aux mesures prévues de suppression et d'exonération du droit de timbre d'émission (AI, BS, GE, LU, NE, SH, TI, VD, VS, PDC, PLR, economiesuisse, USAM, UPS, ASA, BCG, ABPS, SIX, UIR, ASPS, COMCO, FEPS et veb).

D'autres, également nombreux, ne les approuvent qu'avec des réserves (CDF et cantons adhérant à sa position, AG, JU, NW, SO, UR, ZH, PEV, ASB, SwissHoldings, ABES, CF, CS, UBS, FER et Uni Lucerne). Ils font valoir que la suppression du droit de timbre d'émission devrait aussi valoir pour les banques qui ne sont pas d'importance systémique, indépendamment de leur forme juridique. Elle devrait s'étendre en outre aux instruments similaires des sociétés d'assurances ainsi qu'à d'autres instruments que les emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions (NE, TI, ZH, ASB, ABPS, CF, CS, Raiffeisen et Uni Lucerne). Certains participants préconisent même la suppression générale du droit de timbre d'émission – si ce n'est dans le présent projet de loi, du moins ultérieurement, à la faveur de la troisième réforme de l'imposition des entreprises (CDF et cantons adhérant à sa position, AG, NW, UR, ZG, ZH, PLR, economiesuisse, UPS et SwissHoldings). D'autres encore, comme l'ABES, proposent d'exonérer également le marché secondaire du droit de timbre de négociation.

Le canton de Berne, le PS, les Verts, l'USS, la SEC et Travail.Suisse rejettent les deux mesures fiscales. L'USS affirme que ces mesures sont contreproductives en ceci qu'elles créent une incitation à l'endettement. La SEC et Travail.Suisse sont quant à eux d'avis que la diminution des recettes fiscales qui en résultera sera insupportable. Enfin, selon le canton de Berne, le PS et les Verts, la pratique a déjà montré qu'il est possible d'assurer l'émission de CoCo en Suisse au moyen d'une disposition légale correspondante, sans pour autant devoir renoncer à 150 millions de francs de recettes fiscales annuelles.

### **5.7.2 Passage au principe de l'agent payeur en matière d'impôt anticipé sur les intérêts des obligations et des papiers monétaires**

#### **Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé**

**Art. 4, al. 1, let. a et a<sup>bis</sup> (nouvelle)**

<sup>1</sup> L'impôt anticipé sur les revenus de capitaux mobiliers a pour objet les intérêts, rentes, participations aux bénéfices et tous autres rendements:

a. des obligations émises par une personne domiciliée en Suisse ou à l'étranger, des cédules hypothécaires et lettres de rentes émises en série ainsi que des avoirs figurant au livre de la dette qui sont versés, virés ou portés en compte par un agent payeur suisse à une personne physique domiciliée en Suisse en tant qu'ayant droit économique;

a<sup>bis</sup>. des obligations émises par une personne domiciliée en Suisse, des cédules hypothécaires et lettres de rentes émises en série ainsi que des avoirs figurant au livre de la dette qui sont virés, versés ou portés en compte par un agent payeur suisse à une adresse dans un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention visant à éviter la double imposition des revenus; 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.

**Art. 9, al. 1<sup>bis</sup> (nouveau)**

<sup>1bis</sup> L'expression «agent payeur suisse» au sens de l'art. 4 s'applique à tout opérateur économique domicilié en Suisse qui verse, vire ou porte en compte des rendements ou attribue le paiement de rendements au profit de l'ayant droit économique, que cet opérateur soit le débiteur des rendements ou l'opérateur chargé par le débiteur ou l'ayant droit économique de payer les rendements ou d'en attribuer le paiement. Sont notamment considérés comme opérateurs économiques:

a. les personnes morales, les collectivités publiques et leurs établissements, les placements collectifs de capitaux, les sociétés de personnes et les établissements stables de sociétés étrangères; et

b. les personnes physiques qui, dans le cadre de leur activité d'affaires et à titre habituel ou seulement occasionnel, versent, virent ou portent en compte des rendements.

**Art. 10, al. 1 et 1<sup>bis</sup> (nouveau)**

<sup>1</sup> L'obligation fiscale au sens de l'art. 4, al. 1, let. b à d, et des art. 6 et 7, incombe au débiteur de la prestation imposable.

<sup>1bis</sup> L'obligation fiscale au sens de l'art. 4, al. 1, let. a et a<sup>bis</sup>, incombe à l'agent payeur.

**Art. 12, al. 1<sup>quater</sup> (nouveau)**

<sup>1quater</sup> Lorsqu'il s'agit de rendements au sens de l'art. 4 al. 1, let. a et a<sup>bis</sup>, la créance fiscale prend naissance au moment du versement, du virement ou de la mise en compte; lorsqu'il s'agit de rendements d'obligations à intérêt unique prédominant (obligations à intérêt global, obligations à coupon zéro), au moment de l'aliénation ou du remboursement sur la différence entre le prix d'acquisition et le montant remboursé ou le prix de vente.

**Art. 13, al. 1, let. a<sup>bis</sup> (nouvelle)**

<sup>1</sup> L'impôt anticipé s'élève:

a<sup>bis</sup>. sur les rendements d'obligations étrangères selon l'art. 4, al. 1, let. a, l'agent payeur déduit, lorsqu'une convention visant à éviter la double imposition des revenus s'applique, l'impôt effectivement prélevé mais réservé à l'Etat étranger;

...

**Art. 16, al. 1, let. a<sup>bis</sup> (nouvelle)**

<sup>1</sup> L'impôt anticipé échoit:

a<sup>bis</sup>. sur les rendements selon l'art. 4, al. 1, let. a et a<sup>bis</sup>: trente jours après l'expiration de chaque trimestre commercial, pour les rendements échus pendant ce trimestre (art. 12, al. 1<sup>quater</sup>);

**Art. 70c (nouveau) et titre marginal**

L'art 4, al. 1, let. a<sup>bis</sup>, deuxième phrase s'applique aux obligations, cédules hypothécaires, lettres de rente émises en série ainsi qu'aux avoirs figurant au livre de la dette qui sont émis, prolongés ou augmentés à partir de l'entrée en vigueur de la modification du .....

De nombreux participants à la consultation sont entièrement d'accord avec cette proposition du projet de loi (AI, BS, GE, LU, SH, TI, USAM, Travail.Suisse, ASA, UIR, ASPS, COMCO, FEPS et veb).

La majorité ne l'approuve cependant qu'avec certaines réserves (CDF et cantons adhérant à sa position, AG, JU, NW, SO, SZ, UR, ZH, PDC, PLR, economiesuisse, UPS, ASB, Swiss-Holdings, BCG, ABPS, SIX, SFA, CF, CS, UBS et Raiffeisen).

Au nombre des réserves figure surtout le fait que l'application de cette mesure est très contraignante sur les plans à la fois technique et administratif et nécessiterait par conséquent davantage de temps (PLR, ASB, SwissHoldings, CS, UBS et Raiffeisen). Quelques participants à la consultation proposent de régler cette question dans un projet de loi distinct. Dans ce cas, il faudrait prévoir l'exonération fiscale des CoCo durant une période transitoire, afin que les banques d'importance systémique puissent tout de même appliquer rapidement les exigences supplémentaires en matière de fonds propres (economiesuisse, UPS, ASB, ABPS, SFA, CF, UBS, CS et Raiffeisen). L'ASB prône l'adoption, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2012 et pour une durée déterminée, d'une exonération de l'impôt anticipé sur les intérêts des titres que les banques et les sociétés holdings bancaires émettent en application des prescriptions en matière de fonds propres relevant du droit de la surveillance.

CS demande que l'on revoie non seulement la définition de l'agent payeur, mais encore sa position en termes de responsabilité civile. Il serait en outre nécessaire de coordonner les nouvelles dispositions légales avec les modifications de la réglementation FATCA aux Etats-Unis, avec le futur impôt libératoire négocié avec l'Allemagne et le Royaume-Uni et avec l'accord sur la fiscalité de l'épargne conclu avec l'Union européenne (economiesuisse, UPS, ASB, Swiss Holdings, BCG, CS et UBS).

Quelques participants (SZ, ASB, ASPS et Raiffeisen) font par ailleurs remarquer que la méthode de l'adresse (art. 4, al. 1a<sup>bis</sup>, P-LIA) est inappropriée, car facile à contourner. Afin de prévenir les abus, le canton de Schwyz préconise de réduire au minimum les incitations à placer des fonds dans des banques étrangères et fait des propositions concrètes à ce sujet. Le PDC salue certes la fermeture d'échappatoires au fisc, mais estime qu'il faut veiller à ce que les mesures fiscales adoptées n'entraînent pas la délocalisation de pans entiers du marché à l'étranger, comme ce fut le cas à l'époque avec les fonds de placement. La SFA de-

mande quant à elle que les rendements d'obligations et de papiers monétaires destinés à des fonds de placement collectifs soient aussi exonérés de l'impôt anticipé.

Le canton de Schwyz souhaite en outre qu'une partie de l'impôt anticipé dont le remboursement n'est pas réclamé revienne aux cantons. En effet, même s'il n'a pas d'effet libérateur, l'impôt anticipé non remboursé peut être considéré comme un substitut de l'impôt sur le revenu du point de vue de l'imposition de l'agent payeur, ce qui justifie qu'il soit en partie reversé aux cantons.

Les cantons du JU et de VD, l'UDC et l'ABES sont opposés à cette disposition du projet de loi. L'ABES critique notamment le fait que les documents mis en consultation ne disent rien de ses conséquences pour l'économie nationale. Quant à l'UDC, elle estime que les modifications proposées en matière d'impôt anticipé affaibliront la place financière suisse au lieu de la renforcer, car à l'avenir l'impôt concernera aussi les obligations étrangères.

Enfin, quelques cantons sont d'avis que les éventuelles mesures de compensation financières devront être à la charge de la Confédération (CDF et cantons adhérant à sa position, AG, JU, NE, NW, SO, TI, UR, VD, ZH).

## 5.8 Entrée en vigueur et dispositions transitoires

Le canton de Lucerne salue expressément la célérité du processus législatif, qui devrait être achevé pour fin 2011. Swissmem souhaite également que le projet de loi soit appliqué dans son intégralité sans prendre de retard sur le calendrier prévu.

Le PDC, le PLR, l'UDC, *economiesuisse*, l'UPS, l'ASB, CS et UBS ont au contraire une position critique, voire de rejet, vis-à-vis du calendrier de traitement du projet de loi jusqu'à son adoption par le Parlement. L'UDC souligne en outre que la procédure de consultation est un droit inscrit dans la Constitution et que le Conseil fédéral doit le prendre au sérieux.

UBS propose d'échelonner l'entrée en vigueur de la nouvelle loi dans le temps, afin notamment d'assurer l'harmonisation des exigences suisses en matière de fonds propres des banques d'importance systémique avec les exigences internationales.

Enfin, de nombreux participants à la consultation demandent une prolongation du délai d'application de la nouvelle loi, en particulier des mesures organisationnelles et fiscales (PDC, PLR, *economiesuisse*, UPS, SwissHoldings, BCG, ABES, SIX, Centre Patronal, CS, UBS et Raiffeisen).

## 5.9 Modification du droit en vigueur

### 5.9.1 Code des obligations

#### *Art. 651, al. 5 (nouveau)*

<sup>5</sup> Demeurent réservées les prescriptions de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques concernant le capital de réserve.

#### *Art. 653, al. 3 (nouveau)*

<sup>3</sup> Demeurent réservées les prescriptions de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques concernant le capital convertible.

La révision proposée du CO n'a donné lieu à aucune prise de position.

## 5.9.2 Loi sur la banque nationale

*Art. 52, al. 1*

<sup>1</sup> Les décisions prises par la Banque nationale en vertu des art. 15, 18, 20, 22 et 23 de la présente loi, ainsi que de l'art. 8 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques, sont rendues sous la forme de décisions sujettes à recours.

La révision proposée de la LBN n'a donné lieu à aucune prise de position, hormis celle mentionnée au ch. 5.1 en relation avec la notion d'importance systémique et la détermination de cette dernière.