

FÉVRIER 2013

## Newsletter

Auteurs:  
Martin Lanz  
Olivier Favre

BANKING &amp; FINANCE

## Absorption des pertes et bail-in pour les banques suisses

Lorsqu'une banque rencontre des difficultés financières ou lorsque sa capitalisation n'est plus adéquate, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ("FINMA") peut prendre des mesures en vue de replacer la banque sur des bases financières saines, au lieu de liquider celle-ci. Les mécanismes "d'absorption des pertes" et de "bail-in" sont des instruments importants, en vue de mettre en œuvre de telles mesures. Ces possibilités existent désormais, à la suite des révisions de la loi sur les banques, en 2011, et de l'ordonnance sur l'insolvabilité bancaire, en 2012, ainsi que de l'entrée en vigueur de la nouvelle ordonnance sur les fonds propres, au 1<sup>er</sup> janvier 2013.

## 1 INTRODUCTION

Les banques suisses peuvent émettre des instruments de capital qui absorbent les pertes, lorsque la banque ne remplit plus certaines exigences en matière de fonds propres ou lorsque l'autorité de surveillance décide qu'une restructuration financière est nécessaire, en vue de préserver la banque de la faillite. Bien que les dispositions législatives permettant l'émission de ces instruments de capital aient été édictées dans le cadre de la législation applicable aux banques d'importance systémique (à la suite du débat "too big too fail"), ces instruments sont à disposition de toutes les banques suisses.

Cette Newsletter traite des mécanismes d'absorption des pertes, en cas d'utilisation de ces instruments dans une procédure d'assainissement, respectivement de faillite d'une banque, et aborde en particulier la question de la coordination entre ces mécanismes d'absorption des pertes et d'éventuelles mesures de "bail-in" (conversion prévue de par la loi

de fonds de tiers en fonds propres) pouvant être prononcées dans le cadre d'une procédure d'assainissement.

## 2 PROCÉDURE

S'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou lorsque celle-ci ne se conforme plus aux prescriptions en matière de fonds propres et de liquidités, la FINMA peut, sur la base de la loi sur les banques, soit (i) ordonner des mesures protectrices, (ii) ouvrir une procédure d'assainissement, (iii) prononcer la faillite de la banque (faillite bancaire). La loi sur les banques accorde un large pouvoir d'appréciation à la FINMA, en la matière. Celui-ci couvre des mesures allant du prononcé d'un moratoire bancaire ou d'un report d'échéances jusqu'à des mesures de "bail-in".

Selon les règles relatives à l'assainissement bancaire, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2011, et l'ordonnance sur l'insolvabilité bancaire édictée par la FINMA et en vigueur depuis le 1<sup>er</sup>

novembre 2012, la FINMA peut ouvrir une procédure d'assainissement lorsqu'il paraît vraisemblable que l'assainissement d'une banque rencontrant des difficultés financières pourra aboutir ou, à tous les moins, que certaines activités bancaires pourront être poursuivies. A l'ouverture d'une procédure d'assainissement, la FINMA peut homologuer un plan d'assainissement qui peut, entre autres, prévoir (i) le transfert de tout ou partie des activités de la banque (incluant des actifs, des passifs et des rapports contractuels existants) à une autre banque ou à une "banque relai", (ii) la conversion de créances en fonds propres et/ou (iii) une réduction des créances vis-à-vis de la banque. En lien avec ces mesures, se pose la question de savoir de quelle manière les mécanismes d'absorption des pertes prévus dans des instruments de capital doivent être pris en compte, en cas de prononcé de telles mesures d'assainissement.

Dans l'hypothèse où la FINMA devait ordonner la liquidation de la banque (faillite bancaire), tous les actifs de la banque seraient réalisés, en vue de répartir le produit net de réalisation parmi les créanciers de la banque.

### 3 MÉCANISME D'ABSORPTION DES PERTES

#### 3.1 CHAMP D'APPLICATION

En vertu de la transposition en Suisse du corpus de règles Bâle III dans le cadre de la nouvelle ordonnance sur les fonds propres entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le concept d'absorption des pertes s'applique de manière impérative aux fonds propres de base supplémentaires ("**Additional Tier 1**" ou "**AT1**") ainsi qu'aux fonds propres complémentaires ("**Tier 2**" ou "**T2**"). Cela a pour conséquence que les pertes ne sont plus absorbées exclusivement par les fonds propres de base durs ("**Common Equity Tier 1**" ou "**CET1**") d'une banque – qui se composent du capital social libéré, des réserves apparentes, des réserves pour risques bancaires généraux, du bénéfice reporté et du bénéfice de l'exercice en cours, limité au montant net après déduction de la part prévisible des dividendes – mais également par des instruments de capital devant être qualifiés de fonds propres de base supplémentaires ou de fonds propres complémentaires.

Les fonds propres de base supplémentaire (AT1) peuvent être émis tant sous forme de créance que sous forme de participations, tandis que les fonds propres complémentaires ne peuvent prendre la forme que de créance. Pour une description des conditions que doivent remplir des instruments de capital, en vue d'être pris en compte en tant que fonds propres de base supplémentaire ou en tant que fonds propres complémentaires, nous renvoyons à notre Newsletter de juillet 2012.

Les instruments de capital mentionnés ci-dessus sont à disposition tant des banques d'importance systémiques que des autres banques. Dans la mesure où de tels instruments sont émis par des banques d'importance systémiques en tant que composante du volant de fonds propres ou de la composante progressive, le capital ainsi émis doit avoir à tout le moins la qualité des fonds propres complémentaires. En outre, ces instruments doivent, lorsque le ratio de fonds propres de base passe en-dessous de certains seuils, être amortis ou convertis en fonds propres, afin de pouvoir être pris en compte (voir à ce propos ci-dessous ch. 3.3).

"Le concept d'absorption des pertes concerne tant les fonds propres de base durs que le capital émis sous forme de fonds propres de base complémentaire (AT1) ou de fonds propres complémentaires (T2)."

#### 3.2 DÉCISION D'ABSORPTION DES PERTES

Les principes d'absorption des pertes prévus dans le cadre de la nouvelle ordonnance sur les fonds propres prévoient une absorption des pertes en cas d'insolvabilité selon l'ordre suivant: (i) les fonds propres de base durs (CET1) absorbent les pertes avant les fonds propres de base supplémentaires (AT1) et les fonds propres complémentaires (T2), et (ii) les fonds propres de base supplémentaires (AT1) absorbent les pertes avant les fonds propres complémentaires (T2). Lorsque plusieurs instruments de capital présentent les caractéristiques de fonds propres de base supplémentaires ou de fonds propres complémentaires, l'ordre de priorité en matière d'absorption des pertes de chacun de ces instruments se détermine en fonction de leurs conditions d'émissions respectives.

L'absorption des pertes peut déjà être déclenchée avant le prononcé de la faillite, c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure d'assainissement. En ce qui concerne les instruments de capital émis sous forme de créances, cela ressort des conditions d'émission. Les dispositions de l'ordonnance sur les fonds propres révisée prévoient qu'en ce qui concerne les fonds propres de base supplémentaires (AT1) ainsi que les instruments de capital émis par des banques d'importance systémique et qui sont pris en compte dans le cadre du volant de fonds propres ou de la composante progressive, l'absorption des pertes est obligatoirement déclenchée, lorsque le ratio de fonds propres de base passe en-dessous de certains seuils. Cela vaut également, lorsqu'il n'existe encore aucun risque d'insolvabilité. En ce qui concerne tous les autres instruments de capital (y compris les fonds propres complémentaires) l'absorption des pertes doit être déclenchée au plus tard au moment d'une menace de faillite ("**absorption des pertes en cas de risque d'insolvabilité**", respectivement "**absorption des pertes au point of non-viability**" ou "**PONV**"). En ce qui concerne le ratio de fonds propres de base en tant qu'évènement déclencheur ("**Trigger-Event**") de l'absorption des pertes, la question de savoir si un tel évènement déclencheur est survenu ne dépend pas de savoir si des mesures ont été ordonnées par la FINMA en rapport avec la banque et, dans l'affirmative, quelles mesures (voir ci-dessus ch. 2). La décision concernant la survenance d'un cas de PONV est toutefois du ressort de la FINMA; elle est prise en lien avec le prononcé de mesures au sens du chiffre 2 ci-dessus.

#### 3.3 ABSORPTION DES PERTES AU FRANCHISSEMENT À LA BAISSÉ D'UN SEUIL DE FONDS PROPRES DE BASE

Les fonds propres de base supplémentaires sous forme de créances doivent, en cas de survenance d'un Trigger-Event prédéfini, absorber les pertes, au plus tard en toute hypothèse en cas de passage en-dessous de 5,125% du ratio de fonds propres de base durs. Une telle absorption des pertes doit intervenir soit sous forme de renonciation de créance ou de conversion en fonds propres de base durs.

Des fonds propres de base supplémentaires sous forme de participations n'ont pas besoin d'un tel Trigger-Event.

Des instruments de capital émis par des banques d'importance systémique (mêmes lorsque ces instruments ont la qualité de fonds propres complémentaires) doivent prévoir un tel mécanisme d'absorption des pertes; afin que ces instruments de capital puissent être pris en compte dans le cadre du volant de fonds propres, le seuil de déclenchement correspond à un ratio de fonds propres de base durs fixé à 7% et, afin que ces instruments puissent être pris en compte dans le cadre de la composante progressive, à 5% (à chaque fois calculé en tant que quotient entre les fonds propres de bases dur et l'ensemble du capital). Une telle absorption des pertes doit intervenir soit sous forme de renonciation de créance ou de conversion en fonds propres de base durs.

### 3.4 "POINT OF NON-VIABILITY"

Tous les instruments de capital qui sont pris en compte dans le cadre des fonds propres de base supplémentaires ou des fonds propres complémentaires et, en ce qui concerne les banques d'importance systémique, du volant de fonds propres et de la composante progressive, doivent prévoir une absorption des pertes en cas de risque d'insolvabilité (PONV-Trigger).

L'ordonnance sur les fonds propres révisée définit quels événements constituent un risque d'insolvabilité (PONV). Un "risque d'insolvabilité" signifie, dans ce contexte, qu'une banque pourrait survivre, si tous les instruments de capital doté d'un PONV-Trigger sont convertis en fonds propres de base durs ou font l'objet d'une renonciation de créance. Cette absorption des pertes doit être déclenchée au plus tard avant le recours à une aide de la part des pouvoirs publics ou lorsque la FINMA estime qu'elle est nécessaire pour éviter une insolvabilité. Il n'est pas nécessaire, en revanche, que des mesures protectrices aient été prononcées ou qu'une procédure d'assainissement ait été ouverte. Lorsqu'un PONV est survenu, l'absorption des pertes doit intervenir soit sous forme de renonciation de créance ou de conversion en fonds propres de base durs.

**"Tous les instruments de capital, qui sont pris en compte en tant que fonds propres de base supplémentaires ou en tant que fonds propres complémentaires, doivent disposer d'un PONV-Trigger."**

## 4 MESURES DE "BAIL-IN"

### 4.1 CHAMP D'APPLICATION

Les mesures décrites ci-dessus d'absorption des pertes se rapportent à des instruments de capital émis par la banque. En complément, il existe des "mesures légales d'absorption des pertes" dans le cadre d'une procédure d'assainissement (c.-à-d. lorsqu'il paraît vraisemblable qu'une banque rencontrant des difficultés financières pourra être assainie ou, à tous le moins, que certains services bancaires pourront être maintenus) sur la base de l'ordonnance sur l'insolvabilité bancaire édictée par la FINMA. Selon cette réglementation, la FINMA peut ordonner la conversion ("**bail-in**") d'autres fonds de tiers ou une réduction partielle ou totale de créance (et ce indépendamment de l'existence d'une base contractuelle à cet effet), dans la mesure nécessaire afin que la banque puisse, après l'aboutissement de la procédure d'assainissement, remplir à nouveau les exigences réglementaires en matière de fonds propres. Une telle mesure de "bail-in" constitue une ultima ratio qui ne peut être ordonnée que dans la mesure où l'ab-

sorption des pertes prévues dans le cadre des instruments de capital émis par la banque ne suffit pas en vue de reconstituer le niveau de capitalisation prescrit à la banque. En outre, il est nécessaire que les créanciers se trouvent, selon toute vraisemblance, dans une situation plus favorable qu'en cas d'ouverture immédiate d'une faillite.

Le plan d'assainissement doit décrire la mesure de conversion de créance et doit être homologué par la FINMA et – sauf en ce qui concerne les banques d'importance systémique – être approuvé par une majorité des créanciers non-privilegiés (calculée sur la base du montant des créances). En cas de rejet, la banque est liquidée dans le cadre d'une procédure de faillite bancaire.

Lorsque la FINMA n'ordonne que des mesures protectrices, sans toutefois estimer que l'ouverture d'une procédure d'assainissement soit nécessaire ou appropriée, une mesure de "bail-in" ne constitue pas une mesure protectrice disponible.

### 4.2 EXCEPTIONS

Une mesure de bail-in ne peut porter sur les dettes bancaires suivantes : (i) les dépôts qui bénéficient de la protection de la garantie des dépôts suisse (cette protection existe, à l'heure actuelle, jusqu'à un montant de CHF 100'000 par déposant), (ii) les créances privilégiées selon les dispositions générales du droit de la faillite (par exemple certaines créances des travailleurs), (iii) les créances couvertes dans la limite de leur couverture, et (iv) les créances compensables dans la limite de la réalisation des conditions nécessaires à leur compensation (y compris en cas de "conventions de netting", p. ex. pour les dérivés OTC conclus dans le cadre d'un Master Agreement), pour autant que cela ressorte des livres de la banque ou que le créancier puisse immédiatement rendre vraisemblable l'existence d'un tel droit de compenser.

### 4.3 ORDRE DE CONVERTIR

Des fonds de tiers (sans mécanisme contractuel d'absorption des pertes) ne peuvent être convertis en fonds propres par un bail-in ou être amortis que si (i) le capital social a été entièrement réduits et (ii) tous les instruments de dette convertibles émis par la banque (p.ex. sous forme de fonds propres de base supplémentaires ou (voir à ce propos ci-dessus ch. 3)), ont été convertis en fonds propres.

En ce qui concerne les rapports entre les instruments de fonds de tiers munis d'une clause d'absorption des pertes par renonciation de créances et les mesures de bail-in dans le cadre d'une procédure d'assainissement, il n'existe pas dans l'ordonnance sur l'insolvabilité bancaire de dispositions prévoyant de manière expresse qu'une telle renonciation de créance doit être intervenue, avant que la conversion d'autres fonds de tiers en fonds propres, respectivement la réduction totale d'autres créances dans le cadre d'une procédure d'assainissement, ne puisse être entreprise (et ce contrairement aux instruments de fonds de tiers qui prévoient une absorption des pertes par conversion en fonds propres). Dans la pratique, la question ne se posera selon toutes vraisemblances pas, dans la mesure où la FINMA devrait décider, avant d'homologuer un plan d'assainissement, qu'un PONV-Trigger est survenu. En application du principe suivant lequel les instruments valant fonds de tiers convertibles et ceux dotés d'un mécanisme de renonciation de créance sont des instruments d'absorption des pertes équivalents, les instruments de fonds de tiers dotés d'un mécanisme de renonciation de créance devraient être amortis avant qu'une mesure de bail-in affectant d'autres dettes de la banque ne soit prise.

Dans les cas où une conversion de fonds de tiers en fonds propres intervient (en dehors de cas d'absorption des pertes prévus contractuellement), l'ordre suivant doit être observé: (i) les fonds de tiers subordonnés doivent être (intégralement) convertis avant que les fonds de tiers non-subordonnés ne puissent être converties, et (ii) les fonds de tiers non-subordonnés doivent être (intégralement) convertis avant que les dépôts (dont la conversion n'est pas exclue, c.-à-d. qui ne bénéficient pas de la protection de la garantie des dépôts) puissent être convertis. Lorsqu'il existe plusieurs types d'instruments de dette subordonnés, l'ordre de priorité en matière de conversion entre ceux-ci se détermine sur la base des conditions des instruments concernés. Les intérêts des créanciers d'instruments de dettes de même nature ont préséance par rapport aux intérêts des créanciers d'un échelon inférieur de la cascade. Si la FINMA devait ordonner une réduction partielle ou totale de

créance en tant que mesure de bail-in, l'ordre de priorité décrit dans le présent paragraphe pour la conversion de fonds de tiers en fonds propres ne s'applique pas, selon le texte de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire.

## 5 RÉSUMÉ

Le nouveau régime d'assainissement bancaire avec absorption des pertes et la possibilité d'un bail-in permet à la FINMA de replacer une banque sur des bases financières saines, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'assainissement d'une banque rencontrant des difficultés financières pourra aboutir (ou, à tous les moins, que certaines activités bancaires pourront être poursuivies). Cela présuppose toutefois que la FINMA estime qu'en cas d'assainissement, les créanciers se trouveront, selon toute vraisemblance, dans une situation plus favorable qu'en cas d'ouverture immédiate d'une faillite bancaire.

## Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



**Jean-Yves De Both**

Associé  
jean-yves.deboth@swlegal.ch



**Erol Baruh**

Avocat  
erol.baruh@swlegal.ch

A Zurich:



**Martin Lanz**

Associé  
martin.lanz@swlegal.ch



**Olivier Favre**

Avocat  
olivier.favre@swlegal.ch

## Schellenberg Wittmer

Avocats

### GENÈVE

15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
1211 Genève 1 / Suisse  
T +41 22 707 8000  
F +41 22 707 8001  
geneva@swlegal.ch

### ZURICH

Löwenstrasse 19  
Case postale 1876  
8021 Zurich / Suisse  
T +41 44 215 5252  
F +41 44 215 5200  
zurich@swlegal.ch

[www.swlegal.ch](http://www.swlegal.ch)