



Berne, le 23 mai 2023

Modification de la loi sur les banques – Octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque natio- nale suisse à des banques d'importance systémique

Rapport explicatif
en vue de l'ouverture de la procédure de con-
sultation

Condensé

Le 11 mars 2022, le Conseil fédéral a décidé d'introduire un nouvel instrument destiné à renforcer la stabilité du secteur financier sous la forme d'un mécanisme public de garantie des liquidités en faveur des banques d'importance systémique (public liquidity backstop [PLB]). À cet égard, il a chargé le Département fédéral des finances (DFF) d'élaborer d'ici à l'été 2023 un projet destiné à la consultation. En vertu des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, de la Constitution, il a mis en vigueur l'instrument PLB par voie d'ordonnance le 16 mars 2023 en réaction à la perte de confiance majeure envers Credit Suisse et au risque de faillite imminente; ces deux éléments ont conduit à une acquisition de la banque par UBS le 19 mars 2023. Il s'agit à présent de transposer en droit ordinaire les bases légales du PLB introduites par l'ordonnance ainsi que d'autres éléments de celle-ci. À cet effet, le présent rapport soumet des propositions de modification de la loi sur les banques (LB) en lien avec l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités accordés par la Banque nationale suisse (BNS) à des banques d'importance systémique.

Contexte

Les banques d'importance systémique ou qui font partie d'un groupe financier d'importance systémique (systemically important banks [SIB]) assurent entre autres les fonctions d'importance systémique prévues dans la LB, notamment les activités de dépôt et de crédit en Suisse ainsi que le trafic des paiements. Le caractère indispensable et non substituable à court terme de ces fonctions fait que la stabilité des SIB est primordiale pour l'économie et le système financier suisses. En raison de sa taille, de sa position sur le marché ainsi que de son imbrication dans le système financier et dans l'économie, une SIB en situation d'urgence ou de faillite peut ouvrir de graves failles dans le système financier, comme l'a montré la crise financière et économique mondiale qui a duré de 2007 à 2009, avec de lourdes conséquences sur l'ensemble du système bancaire et de paiement ainsi que sur l'économie suisses. En outre, une telle situation affaiblirait considérablement et durablement la place financière et économique qu'est la Suisse.

Bien que la législation suisse prévoie des exigences accrues en matière de fonds propres et de liquidités, il peut arriver que les liquidités de la banque, sa capacité à se financer sur le marché et les liquidités fournies par la BNS à titre d'aide extraordinaire sous forme de liquidités (emergency liquidity assistance [ELA]) ne suffisent pas à assurer la stabilité de la SIB concernée, ni à permettre un assainissement ou une faillite tout en garantissant le maintien des fonctions d'importance systémique. Des événements entraînant une perte de confiance brutale des acteurs du marché envers une SIB peuvent donc conduire à la faillite une banque solvable par manque de liquidités.

C'est pourquoi, le 11 mars 2022, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF) d'élaborer un projet destiné à la consultation en vue d'introduire un mécanisme public de garantie des liquidités en faveur des SIB, l'objectif étant de compléter le dispositif too big to fail (TBTF) actuel de la Suisse par un élément essentiel répondant aux meilleures pratiques internationales. L'introduction explicite d'un PLB constitue en outre un moyen de prévenir la perte de confiance des clients et des acteurs du marché financier, de sorte que son existence même contribue à éviter de devoir effectivement l'actionner.

À la mi-mars 2023, dans un contexte tendu sur les marchés financiers, la perte de confiance de longue date à l'égard de Credit Suisse a fini par être telle que la banque n'aurait pas été en mesure de poursuivre son activité sans la mise en œuvre de mesures radicales. UBS a ainsi fait l'acquisition de Credit Suisse, une opération qui a nécessité un approvisionnement par la BNS de liquidités garanti par l'État. Le 16 mars 2023, à travers l'ordonnance sur les prêts

d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique, le Conseil fédéral a introduit et immédiatement mis en vigueur l'instrument PLB en s'appuyant sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, de la Constitution.

Afin que les bases introduites par le Conseil fédéral à travers l'ordonnance pour l'instrument PLB - ainsi que d'autres mesures isolées introduites à travers l'ordonnance - ne deviennent pas caduques dans un délai de six mois, un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance doit être transmis au Parlement.

Contenu du projet

Le projet prévoit que la BNS, en sa qualité de prêteur ultime, puisse fournir temporairement des liquidités au moyen d'un prêt d'aide sous forme de liquidités couvert par une garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération.

L'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance doit être subordonné à différentes conditions (subsidiarité de l'aide sous forme de liquidités, lancement d'une procédure d'assainissement, solvabilité de la banque, intérêt public et proportionnalité de l'intervention de l'État). S'agissant de l'octroi d'une garantie du risque de défaillance à la BNS pour des prêts d'aide sous forme de liquidités, le Conseil fédéral en fixera le montant au cas par cas et soumettra le crédit d'engagement nécessaire en procédure d'urgence à la Délégation des finances du Parlement.

Afin de réduire le risque de pertes qui pèse sur la Confédération en cas d'octroi d'une garantie du risque de défaillance, les modalités du PLB prévoient un privilège des créances de la BNS découlant des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Le privilège des créances est un élément-clé du projet de PLB. En outre, une prime de mise à disposition doit revenir à la Confédération pour la garantie du risque de défaillance et des primes de risque doivent être versées à la Confédération et à la BNS pour les prêts d'aide sous forme de liquidités qui sont sollicités.

L'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance à une SIB peut constituer une incitation inopportune (moral hazard). Deux mécanismes permettent toutefois de contrer ce phénomène: d'une part, les SIB doivent déjà, en vertu des règles particulières actuelles contenues dans l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiq), respecter des exigences en matière de couverture des risques de liquidité. D'autre part, l'octroi d'une garantie du risque de défaillance pour des prêts d'aide sous forme de liquidités nécessite de soumettre la SIB concernée à diverses conditions (par ex. l'interdiction de verser des dividendes) dont la violation entraîne des conséquences pénales. En outre, cette garantie s'accompagne de mesures en matière de rémunération ordonnées par le Conseil fédéral conformément à l'art. 10a LB. Le projet prévoit explicitement la possibilité d'exiger, à certaines conditions, le remboursement de rémunérations variables déjà versées. De plus, en vertu du droit actuellement en vigueur, la FINMA peut ordonner des mesures disciplinaires et de restructuration en cas de risque d'insolvabilité (par ex. remplacement de l'organe chargé de la haute direction, de la surveillance et du contrôle ainsi que remplacement de l'organe de direction de la banque).

Des dispositions de l'ordonnance du 16 mars 2023 doivent aussi être transposées en droit ordinaire font l'objet d'un chapitre distinct. Cela permettra d'inscrire dans la loi notamment les bases légales et les incidences juridiques liées tant aux prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance déjà octroyés qu'aux autres mesures prises, et donc de les maintenir. Concrètement, il s'agit de transposer en droit ordinaire les dispositions relatives à l'octroi par la BNS de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités,

des dérogations de certaines normes à la loi sur la fusion ainsi que la garantie de la Confédération en cas de pertes subies par UBS sur la réalisation des actifs de Credit Suisse. Il convient de relever que la durée de validité des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités de la BNS est limitée au 31 décembre 2027. En outre, le Conseil fédéral a le mandat légal de vérifier les dispositions de l'ordonnance transférées dans la loi dans les cinq ans à compter de leur entrée en vigueur.

Dans le cadre de l'analyse demandée le 29 mars 2023 par le Conseil fédéral concernant les événements liés à l'acquisition de Credit Suisse par UBS, l'ensemble de la législation too big to fail suisse et, par conséquent, les instruments contenus dans le présent projet doivent faire l'objet d'un nouvel examen approfondi. Les conclusions de ces travaux seront présentées au Parlement dans le prochain rapport du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique visé à l'art. 52 LB au printemps 2024. Différents mandats d'examen confiés par le Parlement au Conseil fédéral à la suite des événements de mars 2023 seront également remplis dans le cadre de ce rapport.

Enfin, la loi sur les banques actuellement en vigueur doit être précisée par des dispositions en matière de publication et adaptée formellement aux modifications du code des obligations (et plus particulièrement du droit de la société anonyme). Des modifications relatives aux compétences sont également prévues dans le domaine des recours et de la responsabilité de l'État en cas de décision de la FINMA dans les affaires de grande portée.

Table des matières

1	Contexte et structure	7
1.1	Nécessité d'agir et objectifs visés	8
1.2	Options étudiées et solution retenue	11
1.3	Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral	13
2	Comparaison avec le droit étranger	14
2.1	Normes internationales	14
2.2	Royaume-Uni	15
2.3	États-Unis	16
2.4	Union bancaire européenne	17
2.5	Japon	18
2.6	Canada	19
3	Présentation du projet	19
3.1	Réglementation proposée	19
3.1.1	Prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération	19
3.1.2	Dispositions sur les prêts d'aide sous forme de liquidités, les garanties, les autres mesures et les transactions liées à une fusion qui ont été exécutés conformément à l'ordonnance du Conseil fédéral du 16 mars 2023	23
3.1.3	Autres thématiques	23
3.2	Mise en œuvre	24
4	Commentaire des dispositions	25
4.1	Loi sur les banques	25
4.2	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral	48
4.3	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite	49
4.4	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers	49
4.5	Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers	50
5	Conséquences	51
5.1	Conséquences pour les banques d'importance systémique	51
5.2	Conséquences pour les banques n'ayant pas d'importance systémique	52
5.3	Conséquences pour les clients et les créanciers de la banque	52
5.4	Conséquences pour la BNS	54
5.5	Conséquences pour la Confédération	54
5.6	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	56
5.7	Conséquences économiques	57
6	Aspects juridiques	58
6.1	Constitutionnalité	58
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	61
6.2.1	Obligations de droit international vis-à-vis de l'Union européenne	61
6.2.2	Relation avec le droit de l'Organisation mondiale du commerce et les accords de libre-échange hors de l'Europe	61
6.2.3	Compatibilité avec les pratiques internationales	62
6.3	Frein aux dépenses	62
6.4	Respect des principes de la loi sur les subventions	62
6.4.1	Importance de la subvention au regard des objectifs de la Confédération	62

6.4.2 Pilotage matériel et financier de la subvention	62
6.4.3 Procédure d'octroi d'une subvention	63
6.4.4 Nature et échéances des aides financières	63
6.5 Forme de l'acte à adopter	63
6.6 Délégation de compétences législatives	64
6.7 Protection des données	64
Tableau synoptique des données utilisées dans le rapport explicatif	66

1 Contexte et structure

Le 11 mars 2022, le Conseil fédéral a fixé les grandes lignes de la mise en place d'un mécanisme public de garantie des liquidités (*public liquidity backstop* [PLB]) pour les banques d'importance systémique (*systemically important banks* [SIB]) et a chargé le Département fédéral des finances (DFF) d'élaborer un projet destiné à la consultation d'ici à l'été 2023. Se fondant sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, de la Constitution (Cst.), le Conseil fédéral a introduit et immédiatement mis en vigueur le 16 mars 2023 l'instrument PLB à travers l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique.

Le 29 mars 2023, le Conseil fédéral a en outre décidé que les événements liés à l'acquisition de Credit Suisse par UBS feraient l'objet d'une analyse¹. Avec l'aide de spécialistes externes, le DFF procédera à l'examen détaillé des circonstances qui ont conduit mi-mars 2023 à l'adoption de mesures. Il évaluera également de manière exhaustive la réglementation *too big to fail* (TBTF), y compris diverses questions que le Parlement a transmises au Conseil fédéral pour examen par le biais de postulats et la question d'une acquisition limitée dans le temps de la banque ou de parties de celle-ci par l'État (étatisation temporaire ou *temporary public ownership* [TPO]). Les conclusions de cette analyse seront présentées au Parlement dans le prochain rapport du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique visé à l'art. 52 LB. Ce rapport explicitera également dans quelle mesure les dispositions du présent projet seront intégrées dans la réglementation future. Il doit également mettre en lumière les conséquences éventuelles des possibles projets réglementaires.

Le projet mis ici en consultation comprend, en plus d'autres thèmes (cf. chapitre 3.1.3), deux parties correspondant à des chapitres distincts de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)².

Chapitre XIa

Le présent projet vise à transposer en droit ordinaire le projet de PLB dont le Conseil fédéral a demandé la mise en œuvre en mars 2022 avant de l'introduire en mars 2023 par voie d'ordonnance. Les dispositions correspondantes sont intégrées dans le chapitre XIa de la LB.

Chapitre XIVa

À la mi-mars 2023, la perte de confiance à l'égard de Credit Suisse a été telle que la banque n'aurait pas été en mesure de poursuivre son activité sans la mise en œuvre de mesures radicales. UBS a ainsi fait l'acquisition de Credit Suisse, une opération qui a nécessité un apport de liquidités garanti par l'État. L'ordonnance du Conseil fédéral du 16 mars deviendra caduque six mois après son entrée en vigueur si le Conseil fédéral ne soumet pas à l'Assemblée fédérale un message concernant un projet de base légale pour le contenu de l'ordonnance dans ce délai. La transposition des dispositions de l'ordonnance en droit ordinaire fera l'objet d'un chapitre XIVa distinct. Cela permettra d'inscrire dans la loi notamment les bases légales et les incidences juridiques liées tant aux prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance déjà octroyés qu'aux autres mesures prises en mars 2023, et donc de les maintenir. La présente modification de la LB inclut également des dispositions issues de cette ordonnance allant au-delà de l'introduction du projet de PLB, désormais réglées dans le chapitre XIa LB. Les décisions du Conseil fédéral du 16 mars 2023 et du 19 mars 2023 ainsi que la décision de la Délégation des finances du Parlement du 19 mars 2023 ne sont pas affectées par le présent projet. Dans le chapitre XIVa, il s'agit de transposer en droit ordinaire les dispositions relatives à l'octroi par la BNS de prêts d'aide supplémentaires

¹ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-94030.html>

² RS 952.0

sous forme de liquidités, des dérogations de certaines normes à la loi sur la fusion ainsi que la garantie de la Confédération en cas de pertes subies par UBS sur la réalisation des actifs de Credit Suisse. Il convient de relever que la durée de validité des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités de la BNS est limitée au 31 décembre 2027. Pour une meilleure lisibilité, cette durée de validité limitée ne sera plus évoquée en détail dans la suite du présent rapport explicatif. En outre, le Conseil fédéral doit se voir confier le mandat légal de vérifier les dispositions de l'ordonnance transférées dans la loi dans les cinq ans à compter de leur entrée en vigueur. Il rend rapport à l'Assemblée fédérale à cet égard et met en lumière les abrogations et adaptations nécessaires au niveau de la loi le cas échéant. Par conséquent, certaines dispositions devenues obsolètes au moment de la vérification pourraient être abrogées.

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Les banques d'importance systémique ou faisant partie d'un groupe financier d'importance systémique assument en particulier les fonctions d'importance systémique visées dans la LB, notamment dans le domaine des opérations de dépôt, de crédit et de paiement. Le caractère indispensable et non substituable à court terme de ces fonctions fait que la stabilité des SIB est primordiale pour l'économie et le système financier suisses (voir art. 7, al. 1, LB). En raison de sa taille, de sa position sur le marché ainsi que de son imbrication dans le système financier et dans l'économie, une SIB en situation d'urgence ou de faillite peut ouvrir de graves failles dans le système financier. En outre, la faillite d'une SIB aurait, via le marché interbancaire, de lourdes conséquences pour l'ensemble du système bancaire suisse et pourrait, en particulier si la SIB³ est active au niveau international, toucher de manière significative le système financier international. En outre, de nombreux clients (par ex. ménages et entreprises) ne seraient plus en mesure de procéder à leurs dépenses courantes et à leurs investissements puisque leurs comptes seraient bloqués et leurs crédits suspendus. La faillite d'une SIB déstabiliserait et mettrait en péril l'approvisionnement en liquidités et le système de paiements de la Suisse, ce qui porterait gravement atteinte à l'économie du pays. La faillite d'une SIB active sur le plan international ébranlerait en outre la confiance des clients et investisseurs internationaux dans la place financière suisse, affaiblissant ainsi considérablement et à long terme le centre international de gestion de fortune qu'est la Suisse. Cela aurait d'autres conséquences négatives importantes et durables sur l'emploi, la création de valeur et les recettes fiscales en Suisse.

La crise financière et économique mondiale qui a duré de 2007 à 2009 a montré que les SIB sont trop grandes et trop imbriquées dans le système financier et dans l'économie pour être mises en faillite (*too big to fail* [TBTF]). Afin de renforcer la résistance de ces sociétés face aux crises et de réduire le risque de failles économiques, la Suisse a repris les standards internationaux, qui prévoient des exigences accrues en matière de fonds propres et de liquidités et une meilleure capacité d'assainissement et de liquidation (réglementation TBTF). Des événements tels que la pandémie de COVID-19 ont montré que ces exigences ont fondamentalement fait leurs preuves. Néanmoins, il peut y avoir des situations dans lesquelles les liquidités propres de la banque et les aides extraordinaires fournies par la BNS sous forme de liquidités (*emergency liquidity assistance* [ELA]⁴) ne suffisent pas pour garantir la stabilité de la SIB concernée (par ex. à la suite d'une perte de confiance persistante des acteurs du marché), ni pour permettre un assainissement ou une faillite avec maintien des fonctions d'importance systémique.

³ Selon l'art. 124a de l'ordonnance sur les fonds propres (OFR, RS 952.03), les deux grandes banques UBS et Credit Suisse sont considérées comme des SIB actives au niveau international du fait que le Conseil de stabilité financière (CSF) les désigne comme «global systemically important banks».

⁴ L'ELA (prêts d'aide extraordinaire sous forme de liquidités au sens de l'art. 32a, al. 1, let. a, LB) est régie par l'art. 5, al. 2, let. e, en relation avec l'art. 9, al. 1, let. e, LBN. Elle est précisée au chiffre 6 des directives générales de la BNS sur les instruments de politique monétaire, accessibles à l'adresse suivante: https://www.snb.ch/fr/mmr/reference/snb_legal_geldpol_instr/source/snb_legal_geldpol_instr.fr.pdf.

Le 11 mars 2022, le Conseil fédéral a décidé d'introduire un mécanisme public de garantie des liquidités pour les SIB, afin de compléter l'ancien dispositif TBTF de la Suisse par un élément central correspondant aux meilleures pratiques internationales⁵.

Le projet a été conçu en coopération avec l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et la BNS. Entre mi-janvier et début février 2023, les SIB ont eu la possibilité de se prononcer sur le projet de réglementation dans le cadre d'une préconsultation.

Se fondant sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.⁶, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique⁷. En recourant au droit de nécessité, il a ainsi immédiatement mis en place le PLB suite à la perte de confiance massive en Credit Suisse, qui a conduit à l'acquisition de ce dernier par UBS et qui a nécessité le soutien de l'État, notamment en vue de l'octroi de liquidités. Cette ordonnance a pris effet le 16 mars 2023. Elle deviendra caduque six mois après son entrée en vigueur si le Conseil fédéral ne soumet pas dans ce délai à l'Assemblée fédérale un projet de base légale reprenant le contenu de l'ordonnance.

La présente modification de la LB contient donc aussi les dispositions de l'ordonnance qui vont au-delà de la mise en place du PLB selon les grandes lignes fixées par le Conseil fédéral en date du 11 mars 2022. Ces dispositions sont également transposées dans le chapitre XIVa de la LB. Cela permettra d'inscrire dans la loi notamment les bases légales et les incidences juridiques liées tant aux prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance déjà octroyés qu'aux autres mesures prises, et donc de les maintenir. Les décisions du Conseil fédéral du 16 mars 2023 et du 19 mars 2023 ainsi que la décision de la Délégation des finances du Parlement du 19 mars 2023 ne sont pas affectées par le présent projet. En outre, la durée de validité pour l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités comme protection supplémentaire sera limitée au 31 décembre 2027. La possibilité pour la BNS d'octroyer des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités a été introduite en mars 2023 à titre de filet de sécurité pouvant rapidement être mis en œuvre, en raison des retraits de liquidités exceptionnellement élevés enregistrés par Credit Suisse. Cela a été décisif pour éviter un dommage extrême à l'économie suisse (surmonter la phase critique jusqu'à l'octroi d'un prêt PLB). Enfin, le Conseil fédéral examinera les dispositions du chapitre XIVa au plus tard cinq ans à compter de leur entrée en vigueur. Il présentera à l'Assemblée fédérale un rapport à ce sujet et montrera les éventuelles abrogations ou modifications requises au niveau de la loi. Les dispositions qui seront obsolètes au moment de l'examen pourraient ainsi être abrogées.

Le Conseil fédéral a l'intention, au moment où il adoptera le message concernant le présent projet de loi et le soumettra au Parlement, de prolonger la durée de validité de l'ordonnance par analogie avec l'ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (voir aussi art. 7c de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]⁸)⁹. Ainsi, les dispositions de l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à

⁵ Cf. ch. 2 **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

⁶ RS 101

⁷ RS 952.3

⁸ RS 172.010

⁹ RO 2020 3799; voir aussi FF 2020 8165, message du 18 septembre 2020 concernant la loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus

des banques d'importance systémique¹⁰ et l'effet de ces dispositions pourront être maintenus jusqu'à la fin du processus parlementaire.

Le refus par le Parlement de la présente révision partielle de la LB et, partant, de la transposition dans la loi des dispositions de l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique¹¹ aurait deux conséquences principales. D'une part, le Parlement renoncerait ainsi à l'introduction d'un PLB dans le droit ordinaire, c'est-à-dire qu'il ferait une croix sur un instrument visant à compléter le dispositif TBTF et à prévenir ou à maîtriser de futures crises. Ce serait la conséquence la plus importante à long terme. D'autre part, la question se pose de savoir quelles seraient les conséquences de ce refus sur les mesures qui ont été ordonnées en mars 2023 sur la base de l'ordonnance du Conseil fédéral en vue du soutien de Credit Suisse et de l'acquisition de cette dernière par UBS.

Si le Parlement rejetait le présent projet législatif, l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique¹² cesserait de produire effet (voir art. 7c, al. 4, et art. 7d, al. 2, let. b, LOGA).

Certaines dispositions de l'ordonnance, par exemple celles qui concernent les modalités de remboursement, les intérêts, la prime de risque, la prime de mise à disposition et les frais pour les prestations de tiers (art. 7, al. 3, et art. 8 de l'ordonnance), font maintenant partie intégrante des contrats conclus entre la BNS et la Confédération ou entre la BNS et Credit Suisse. La partie des dispositions de l'ordonnance relative à la garantie de la Confédération pour couvrir les pertes qu'UBS pourrait subir dans le cadre de la réalisation de certains actifs à liquider de Credit Suisse est en cours de négociation et sera réglée contractuellement (art. 14a de l'ordonnance). De telles dispositions, que reflète le contenu des contrats, continueront de s'appliquer entre les parties, même si l'ordonnance qui a servi de base à la conclusion des contrats devait cesser de produire effet.

Les conséquences de l'abrogation de dispositions de l'ordonnance du 16 mars 2023 qui ne s'appliquent pas uniquement aux parties contractantes ou qui s'appliquent au-delà de la durée du contrat seraient plus difficiles à évaluer (voir art. 9, al. 1, de l'ordonnance). Cela concerne notamment les privilèges des créances (art. 3, al. 1, et art. 11 de l'ordonnance), les obligations de l'emprunteur résultant de l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance (art. 9 de l'ordonnance) et les dispositions pénales (art. 14 de l'ordonnance). Ces dispositions doivent pouvoir continuer à s'appliquer même après l'abrogation de l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique¹³. En cas de litige, il appartiendra aux tribunaux de finalement décider si cela est possible en cas de non-transposition de l'ordonnance dans le droit ordinaire. Si les tribunaux devaient par exemple rejeter le maintien du privilège des créances, la question se poserait notamment de savoir si la BNS pourrait intenter action contre la Confédération pour le dommage qui résulterait de la suppression du privilège des créances s'appliquant aux prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités.

¹⁰ RS 952.3

¹¹ RS 952.3

¹² RS 952.3

¹³ RS 952.3

Le dispositif TBTF existant, y compris les présentes dispositions relatives au PLB et aux autres mesures, doivent en outre faire l'objet d'une évaluation dans le cadre de l'analyse demandée par le Conseil fédéral en date du 29 mars 2023 concernant les événements liés à l'acquisition de Credit Suisse par UBS. Les résultats seront présentés au Parlement dans le prochain rapport du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique visé à l'art. 52 LB. Il convient également de souligner que le Conseil fédéral examinera dans quelle mesure la législation actuelle permet d'intégrer le Parlement de façon appropriée dans les décisions financières urgentes ou s'il y a lieu de prévoir des modifications à cet égard. Ces changements ne doivent toutefois pas limiter les compétences constitutionnelles de la Confédération et, partant, la capacité d'action de l'État en période de crise¹⁴.

1.2 Options étudiées et solution retenue

Outre la solution choisie, les autorités (DFF, FINMA et BNS) ont examiné deux autres options visant à concrétiser les grandes lignes d'un PLB fixées par le Conseil fédéral : la première option consistait en une aide sous forme de liquidités octroyée par la BNS qui ne serait pas accompagnée d'un privilège des créances, ni assortie d'une garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération. La seconde option envisagée était de renoncer à inscrire dans la législation une aide sous forme de liquidités fournie par l'État. Les autorités n'ont pas retenu ces deux possibilités pour les raisons exposées ci-après.

Dans le cas d'une **aide sous forme de liquidités octroyée par la BNS sans privilège des créances et sans garantie du risque de défaillance de la Confédération**, la BNS aurait pu accorder des prêts non garantis à une banque qui remplit les conditions d'octroi. Il faudrait pour cela modifier la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (LBN)¹⁵ de manière à permettre à la BNS de fournir des liquidités supplémentaires non garanties à une SIB. En principe, selon la pratique internationale, le rôle de prêteur ultime (*lender of last resort*) assumé par les banques centrales repose sur le concept de l'approvisionnement en liquidités contre des garanties, dont le montant peut toutefois varier en fonction de la situation. Dans ce contexte, la solution retenue à la suite des événements liés à l'acquisition de Credit Suisse par UBS – pour une durée limitée jusqu'à fin 2027 – s'accompagne des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités octroyés par la BNS, sans garantie mais d'un montant déterminé. La limite maximale fixée et le privilège des créances, qui tient également compte de la notion de «garantie» au sens large, réduisent considérablement les pertes potentielles auxquelles s'expose la BNS en accordant ces prêts. En ce qui concerne les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, la garantie de la Confédération permet d'éviter tout risque de pertes pour la BNS. Le rôle de prêteur ultime de la BNS doit faire l'objet d'une évaluation dans le cadre de l'analyse demandée par le Conseil fédéral en date du 29 mars 2023 concernant les événements liés à l'acquisition de Credit Suisse par UBS.

L'autre variante examinée correspond au **statu quo**, selon lequel **aucune aide sous forme de liquidités de la part de l'État n'est prévue par la loi**, de sorte que le Conseil fédéral resterait obligé d'agir sur la base du droit de nécessité. Renoncer à établir une base légale revient à se priver d'un élément permettant de prévenir la perte de confiance et de contribuer à l'apaisement des divers groupes d'intérêts (marchés, clients, autorités étrangères). Avec cette variante, la confiance des marchés, si tant est qu'elle puisse être rétablie, ne saurait être retrouvée qu'après la survenance d'une crise. Il en résulterait une efficacité moindre de l'instrument mis en place et un risque financier accru pour l'État par rapport à la solution retenue. En outre, le fait de ne pas introduire explicitement un PLB irait à l'encontre des exigences

¹⁴ Voir postulat CAJ-N 23.3438 concernant le recours au droit de nécessité, accessible à l'adresse suivante: [23.3438 | Recours au droit de nécessité | Objet | Le Parlement suisse \(parlament.ch\)](https://www.parlament.ch/fr/objets/233438), et communiqué de presse du Conseil fédéral du 19 avril 2023, accessible sous: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documenta-tion/communiqués.msg-id-94415.html>

¹⁵ RS 951.11

posées par les normes du Conseil de stabilité financière (CSF) et accroîtrait la probabilité que, par manque de confiance, des autorités étrangères imposent des exigences plus élevées aux filiales étrangères des SIB suisses actives au niveau international (mesures de cantonnement ou *ring-fencing*).

Se référant à la pratique internationale, la **solution retenue** mise sur un projet crédible selon lequel, en cas de crise et si les conditions sont remplies, l'approvisionnement en liquidités d'une SIB est assuré pour permettre son assainissement ou une faillite avec maintien des fonctions d'importance systémique. À l'image des pratiques d'importantes juridictions étrangères, après épuisement des prêts d'aide supplémentaires – pour une durée limitée jusqu'à fin 2027 – et extraordinaires sous forme de liquidités, la BNS octroie une aide sous forme de liquidités assortie d'une garantie du risque de défaillance de la Confédération. L'inscription de cet instrument dans la loi permet d'obtenir un effet préventif propice au développement d'un climat de confiance sur les marchés. Ainsi, les acteurs du marché, actuels ou futurs, sont disposés à maintenir ou à établir des relations d'affaires avec la banque concernée. De ce fait, la SIB peut garantir les sources de financement privées également en cas de crise. Il est ainsi possible qu'elle puisse se passer d'une aide étatique sous forme de liquidités. Si toutefois le soutien de l'État devait s'avérer nécessaire, la solution retenue prévoit des processus préétablis à même de garantir l'octroi rapide de l'aide sous forme de liquidités et, si la SIB concernée est en faillite, de limiter les pertes potentielles sur les créances de la BNS au moyen d'un privilège des créances.

Il aurait été envisageable de combiner l'introduction d'un PLB avec un **relèvement supplémentaire des exigences en matière de liquidités pour les SIB**. Cette option a toutefois été rejetée, puisque les exigences quantitatives imposées aux SIB avaient déjà été revues et renforcées dans le cadre de la révision de l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiq)¹⁶ entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2022. Cette révision impose aux SIB suisses de remplir à la fois les exigences de base et des exigences supplémentaires spécifiques aux établissements et définies en fonction des risques d'ici à la fin de 2023. En comparaison internationale, ces exigences sont sévères: aucune des grandes juridictions internationales telles que les États-Unis, l'Union européenne ou le Royaume-Uni ne connaît dans sa législation d'exigences de base comparables aux dispositions prévues en Suisse dans l'OLiq révisée. Grâce à ces nouvelles exigences en matière de liquidités, la probabilité de devoir recourir à un PLB se trouve en principe amoindrie.

Dans un scénario extrême, une fois la procédure de faillite de la SIB définitivement réglée, il est envisageable que la Confédération doive effectivement dédommager la BNS au titre de sa garantie du risque de défaillance. Dans un tel cas de figure se pose la question du **dédommagement de la Confédération** (comme le prévoient les principes directeurs du CSF, cf. ch. 2). Les instruments suivants ont été examinés:

- *Prime ex ante*: cette mesure consiste à ce que chaque SIB verse à la Confédération, indépendamment de la survenance effective d'un cas de crise, une contribution annuelle pour l'éventuel recours à un PLB. Le présent projet renonce à introduire une prime ex ante: comme les SIB ne peuvent pas prétendre à des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, l'introduction d'une telle prime assimilable à une prime d'assurance n'est pas justifiable. En outre, il n'existe aucune méthode globalement reconnue pour fixer les contributions ex ante des différentes SIB, car le risque effectivement constitué par une SIB est individuel et difficile à estimer¹⁷.

¹⁶ RS 952.06

¹⁷ Rapport 2020 de la Cour des comptes européenne sur tout engagement éventuel du CRU (<https://www.eca.europa.eu/fr/publications?did=60060>): en juin 2021, 44 procédures étaient en cours devant les tribunaux de l'UE; elles concernaient notamment la fixation et la perception des contributions prélevées au préalable. Le total des montants litigieux au 31 décembre 2020 était d'environ 5,6 milliards d'euros, soit plus de 10 % de l'ensemble des contributions perçues jusqu'en juillet 2021 (52 milliards d'euros).

- Garantie des dépôts: une autre mesure envisagée pour dédommager la Confédération consisterait à s'appuyer sur le système existant de la garantie des dépôts. Cette approche a été rejetée: le recours à la garantie des dépôts dans le cadre du PLB serait très limité, puisque les obligations de contribution faites aux banques devraient être massivement accrues. Depuis lors, le Parlement a transmis le postulat 23.3443, qui demande un examen des «adaptations de la garantie des dépôts et des incidences de ces adaptations»; cet examen aura lieu dans le cadre des travaux relatifs au rapport du Conseil fédéral sur les banques d'importance systémique (cf. aussi ch. 1).
- Prise en charge ex post des dommages par les autres SIB: si la SIB concernée est mise en faillite, le projet prévoit en particulier, pour réduire le risque couru par la Confédération, l'introduction d'un privilège des créances pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS assortis d'une garantie du risque de défaillance (y compris les primes et intérêts courus). Les éventuelles pertes qui subsistent pour la Confédération après la clôture de la procédure de faillite pourraient être épongées par une participation aux coûts des autres SIB¹⁸. Cette mesure a été rejetée, d'une part, parce que la base constitutionnelle manque pour la mettre en œuvre sous forme de redevance, du moins dans la mesure où celle-ci revêtait un caractère fiscal. D'autre part, les coûts ne seraient pas assumés par la banque à l'origine du dommage (responsabilité collective au sein de la branche) et la problématique des incitations inopportunes¹⁹ ne serait donc pas résolue.

Compte tenu des difficultés liées à leur mise en œuvre, ces trois variantes de dédommagement de la Confédération ont été rejetées. La solution retenue fournit une réduction déterminante des risques pour la Confédération même dans un scénario extrême, notamment grâce au privilège des créances (cf. ch. 3.1) et à la condition de solvabilité imposée à l'établissement. En outre, la nécessité de payer des primes de mise à disposition et des primes de risque ainsi que des intérêts et d'autres charges permet de contrer les incitations inopportunes dans le domaine bancaire.

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023²⁰, ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023²¹.

Cependant, la modification de la LB et la transposition de l'ordonnance du 16 mars 2023 en droit ordinaire sont judicieuses, car le projet renforce la stabilité des SIB et, partant, de l'économie et du système financier suisses. Le projet s'inscrit dans les champs d'action²² prévus dans la politique de décembre 2020 du Conseil fédéral en matière de marchés financiers²³.

La garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération en vertu de l'art. 32a est traitée comme un instrument financier selon la norme comptable IPSAS 41 (*International Public Sector Accounting Standards*), que la Confédération applique depuis 2023. Si la garantie

¹⁸ La mesure consistant en une compensation ex post est largement répandue à l'international. À l'étranger toutefois, contrairement à la Suisse, la compensation éventuelle se répartit généralement sur un nombre de banques plus élevé.

¹⁹ On parle d'incitations inopportunes lorsque des sujets économiques se comportent de façon irresponsable en raison d'incitations économiques inopportunes, provoquant ainsi un nouveau risque ou renforçant un risque existant.

²⁰ FF 2020 1709

²¹ FF 2020 8087

²² En particulier le champ d'action 7 («Garantir la résilience» > «Résistance face aux crises»)

²³ Rapport du Conseil fédéral *Leadership mondial, ancrage en Suisse: Politique pour une place financière suisse tournée vers l'avenir* du 4 décembre 2020. Source: www.sif.admin.ch > Documentation > Publications > Politique et stratégie en matière de marchés financiers > [Rapport](#)

du risque de défaillance est encore en place au 31 décembre 2023 sans que les primes de mise à disposition et de risque couvrent de façon adéquate le risque de défaillance, la différence devra être imputée au résultat annuel de la Confédération et au solde de financement selon le frein à l'endettement; il est prévu de comptabiliser le montant de manière extraordinaire. Il sera possible de définir si la garantie contre les pertes au sens de l'art. 51g se traduit par une imputation (extraordinaire) au résultat annuel et au solde de financement uniquement lorsque la version finale de tous les documents contractuels entre la Confédération et UBS aura été élaborée.

2 Comparaison avec le droit étranger

2.1 Normes internationales

Dans ses *Key Attributes*²⁴, le CSF fixe les principes essentiels d'un régime de résolution²⁵ efficace s'agissant d'établissements bancaires. L'objectif primordial de ces principes est de permettre une résolution pour les banques sans exposer les contribuables à des pertes. Les *Key Attributes* fixent aussi les principes d'approvisionnement en liquidités des banques d'importance systémique globales (*global systemically important bank* [G-SIB]) dans le cadre de leur résolution²⁶. Le CSF a concrétisé les principes concernant l'approvisionnement en liquidités dans ses principes directeurs (*guiding principles*²⁷) et, ce faisant, il y a introduit le concept de PLB.

Selon les principes directeurs, les liquidités nécessaires dans le cadre d'une résolution doivent prioritairement provenir de sources privées. La mise à disposition de liquidités par les autorités ne survient que si certaines conditions sont remplies et doit être aussi limitée que possible pour minimiser les risques d'incitations inopportunes (*moral hazard*)²⁸. Selon les principes directeurs, le PLB doit uniquement intervenir s'il est nécessaire et approprié à la mise en œuvre la stratégie de résolution, renforçant ainsi la stabilité financière²⁹. Le PLB vise à soutenir la confiance du marché et encourager les contreparties privées à continuer d'approvisionner la banque en liquidités pendant la résolution. En outre, le PLB³⁰ doit être un mécanisme crédible quant à sa capacité à couvrir les besoins de liquidités probables de la banque durant la résolution et son adéquation avec la mise en œuvre de la stratégie de résolution choisie par l'autorité compétente. Il doit en outre être suffisamment important pour permettre la résolution simultanée de plusieurs G-SIB. Il faut veiller à ne pas laisser à disposition les liquidités plus que le temps nécessaire pour maintenir les fonctions d'importance systémique critiques pendant une résolution en règle, mais elles doivent être disponibles aussi longtemps que nécessaire pour que la banque ait de nouveau accès aux sources de liquidités privées.

La possibilité de recourir à un PLB est entachée du risque d'incitations inopportunes. Le PLB peut amener une banque à s'en remettre à l'approvisionnement en liquidités qu'il procure en situation de résolution et à négliger de prévoir les liquidités nécessaires à cet effet. Il faut

²⁴ CSF, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15.10.2014, accessibles à l'adresse suivante: https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf

²⁵ Le terme anglais de «resolution», utilisé dans les *Key Attributes* du CSF, est traduit dans le présent chapitre par «résolution». Dans le contexte suisse, il faut entendre soit l'assainissement, soit la liquidation d'un établissement avec maintien des fonctions d'importance systémique.

²⁶ Ch. 6 des *Key Attributes*

²⁷ CSF, *Guiding principles on the temporary funding needed to support the orderly resolution of a global systemically important bank (G-SIB)*, 18.8.2016, accessibles à l'adresse suivante: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/Guiding-principles-on-the-temporary-funding-needed-to-support-the-orderly-resolution-of-a-global-systemically-important-bank-%E2%80%9CG-SIB%E2%80%9D.pdf> (ci-après «principes directeurs du CSF»)

²⁸ Ch. 1 des principes directeurs du CSF

²⁹ Ch. 2 et 3 des principes directeurs du CSF

³⁰ Ch. 2 des principes directeurs du CSF

minimiser le risque que représente l'aléa de moralité (*moral hazard*)³¹, par exemple en appliquant le principe de subsidiarité, qui implique des prescriptions suffisamment sévères en matière de liquidités³². Les besoins de liquidités de la banque doivent surtout être couverts par des sources de liquidités privées. Il faut donc mettre en place des incitations financières à l'abandon rapide du PLB. Il faut aussi éviter que les pouvoirs publics ne subissent des pertes en raison du PLB. C'est pourquoi il faut prévoir des mécanismes ex ante ou ex post en vue de compenser les pertes éventuelles³³. L'autorité responsable de la résolution établit pour les G-SIB de sa juridiction un plan de liquidités qui fait partie intégrante du plan de résolution. Les besoins de liquidités en cas de résolution y sont estimés et les sources de liquidités possibles y sont identifiées. Dans ce contexte, outre le financement par le marché privé et l'accès aux facilités de la banque centrale, la disponibilité d'un PLB est considérée comme un élément important pour assurer des liquidités suffisantes³⁴.

En Suisse, dans le cadre d'une procédure d'assainissement, la BNS doit être en mesure de fournir temporairement des liquidités à une SIB en recourant à des prêts d'aide sous forme de liquidités couverts par une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération de manière à accroître la confiance des acteurs du marché dans la SIB concernée. Ainsi, en Suisse, cet instrument est appliqué plus largement que ne le prévoient les principes directeurs du CSF³⁵, qui se concentrent sur le maintien des fonctions d'importance systémique. Comme le chapitre 5 l'explique, s'agissant des SIB actives au niveau international, la faillite des parties dénuées d'importance systémique d'un groupe financier peut concerner en particulier la clientèle étrangère de la gestion de fortune. La place financière suisse subirait dans un tel cas une perte de confiance majeure, qui entraînerait des conséquences économiques importantes pour le pays et remettrait en question l'une de ses caractéristiques essentielles sur la scène internationale. De plus, les autorités étrangères soumettraient les unités juridiques domiciliées dans leur pays à des exigences réglementaires plus élevées et bloqueraient les liquidités disponibles (mesures de cantonnement ou *ring-fencing*). Une autre caractéristique du présent concept réside dans l'introduction en faveur de la BNS, aux fins de réduire les risques de défaillance éventuelle pour la Confédération, d'un privilège accordé en cas de faillite aux créances résultant des prêts. D'autres options de dédommagement de la Confédération ont été rejetées pour les raisons invoquées au ch. 1.2. Les incitations inopportunes sont contrées par la nécessité pour les banques de payer des intérêts, des primes de mise à disposition, des primes de risque et d'autres charges.

La comparaison suivante avec le droit étranger offre un aperçu des concepts de PLB et de leurs diverses modalités dans les juridictions comptant des G-SIB.

2.2 Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, pour autant qu'elles remplissent les conditions leur permettant d'y recourir, toutes les banques ont accès aux facilités permanentes fournies par le *Sterling Monetary Framework* de la Banque d'Angleterre³⁶. En complément aux facilités permanentes du *Sterling Monetary Framework* et à l'aide extraordinaire sous forme de liquidités (*emergency liquidity assistance* [ELA]), le *Resolution Liquidity Framework* (RLF)³⁷ de la Banque d'Angleterre donne

³¹ Ch. 3 des principes directeurs du CSF

³² Ch. 1 des principes directeurs du CSF

³³ Ch. 4 des principes directeurs du CSF

³⁴ Ch. 5 des principes directeurs du CSF

³⁵ Cf. ch. 2

³⁶ Ces facilités sont clairement définies, communiquées de manière transparente et comparables aux facilités permanentes de la BNS. Banque d'Angleterre, *Bank of England Market Operations Guide*, 7.4.2022, accessible à l'adresse suivante: <https://www.bankofengland.co.uk/markets/bank-of-england-market-operations-guide>

³⁷ Banque d'Angleterre, *The Bank of England's approach to resolution* («The Purple Book»), octobre 2017, accessible à l'adresse suivante: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/news/2017/october/the-bank-of-england-approach-to-resolution.pdf?la=en&hash=FC806900972DDE7246AD8CD1DF8B8C>

la possibilité de fournir en cas de besoin des liquidités aux banques faisant l'objet d'une résolution conduite par la Banque d'Angleterre. Il s'agit d'un PLB sous forme d'aide en liquidités, fournie par la banque centrale, dont l'activation doit être préalablement approuvée par le Ministère des finances (Trésor de Sa Majesté, *HM Treasury*)³⁸. Fondamentalement, l'aide sous forme de liquidités fournie dans le cadre du RLF repose sur une garantie. Selon l'ampleur vraisemblable du soutien en liquidités, la Banque d'Angleterre demandera en outre une déclaration de dédommagement (*indemnity*) du Trésor de Sa Majesté. Ainsi, la Banque d'Angleterre se trouve en situation d'accorder pour toute la durée requise autant de liquidités que nécessaire à une banque en cours de résolution³⁹. Pour l'essentiel, le PLB consiste donc, au Royaume-Uni, en une aide sous forme de liquidités fournie par la Banque d'Angleterre, approuvée et garantie par l'État. Les situations et conditions dans lesquelles cette aide sous forme de liquidités est octroyée ne sont pas publiques. Les éventuelles pertes découlant de cette aide sous forme de liquidités sont assumées par la branche⁴⁰.

2.3 États-Unis

Aux États-Unis, le système de la Réserve fédérale (*Federal Reserve System* [Fed]) met à disposition une aide sous forme de liquidités au moyen de son «guichet d'escompte» (*discount window*). En se fondant sur les notations de surveillance et les données de capitalisation, la Fed détermine continuellement qui peut accéder à ces prêts. Ceux-ci ne sont octroyés qu'aux établissements solvables et sur la base d'une garantie⁴¹. L'octroi d'une aide sous forme de liquidités relève de l'appréciation de la Fed, qui tient alors compte des évaluations de la gestion des risques et qui décide des modalités du crédit. À la suite de la crise économique et financière globale de 2007-2009, la Fed a été habilitée à mettre à la disposition des banques solvables un programme de crédits ELA ou une facilité ELA, sous réserve de l'accord du Ministère des finances.

En cas de résolution, il faut distinguer deux procédures différentes d'aide particulière sous forme de liquidités. D'une part, en vertu du titre I, section 165 (d) du *Dodd-Frank Act* (DFA), la procédure de faillite ordinaire prévue par le code américain sur la faillite (*US Bankruptcy Code*) s'applique aux sociétés de portefeuille bancaire (*bank holding companies*). Aucun PLB n'est prévu dans le cadre de la procédure de faillite ordinaire. D'autre part, le titre II du DFA prévoit la possibilité que l'Autorité de liquidation ordonnée (*Orderly Liquidation Authority* [OLA]) se charge de la résolution des établissements financiers complexes et de grande taille compte tenu des exigences particulières qui s'appliquent à ce type de situations. La condition à une résolution par l'OLA est que l'application du titre I du code américain sur la faillite entraînerait de graves effets négatifs sur la stabilité financière des États-Unis («serious adverse effects on financial stability in the United States»). En pareil cas, l'autorité de résolution compétente n'est pas le tribunal de faillite compétent mais l'organisme fédéral d'assurance de dépôts bancaires (*Federal Deposit Insurance Corporation* [FDIC])⁴². L'objectif est que la banque relais établie et recapitalisée selon la stratégie du FDIC soit en mesure de se financer sur le marché de manière autonome. Toutefois, le DFA reconnaît qu'il y a des situations dans lesquelles il n'est

³⁸ HMT, *Memorandum of Understanding and resolution planning and financial crisis management*, avril 2017, accessible à l'adresse suivante: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/609875/PU2079_MoU_2017_print.pdf?adlt=strict

³⁹ Banque d'Angleterre (octobre 2017), p. 22

⁴⁰ Surtout par la taxe bancaire perçue depuis 2011. Cf. Office for Budget Responsibility, *Bank levy*, mars 2022, disponible sous: <https://obr.uk/forecasts-in-depth/tax-by-tax-spend-by-spend/bank-levy/?adlt=strict>.

⁴¹ En ce qui concerne les sûretés admissibles et les décotes, cf. Federal Reserve Banks, *Operating Circular No. 10 LENDING*, 16.7.2013, disponible sous: <https://www.frbservices.org/binaries/content/assets/crsocms/resources/rules-regulations/071613-operating-circular-10.pdf>.

⁴² Federal Insurance Corporation (FDIC), *Resolution of Systemically Important Financial Institutions: The Single Point of Entry*, FR, 78, n° 243, 18.12.2013, accessible à l'adresse suivante: <https://www.govinfo.gov/app/details/FR-2013-12-18/2013-30057>

pas possible de couvrir les besoins de liquidités à court terme par des sources de refinancement privées. C'est pourquoi il prévoit la possibilité d'un approvisionnement en liquidités par un fonds de résolution (*orderly liquidation fund* [OLF]).

L'OLF est un fonds spécial rattaché au Trésor américain (*US Treasury*) auprès duquel le FDIC peut emprunter les liquidités nécessaires à la résolution⁴³. Techniquement, soit le FDIC fournit une garantie envers un fournisseur de liquidités privé (promesse de garantie «couverte» par la possibilité d'accéder à l'OLF), soit il émet des obligations (couvertes par les actifs de la banque relais qu'il a établie) que le Trésor achète. Les moyens fournis par l'OLF sont limités. Durant les 30 premiers jours suivant la nomination du FDIC comme OLA, les liquidités disponibles à titre d'aide ne peuvent pas excéder 10 % de la valeur des actifs consolidés de l'institution financière concernée (*covered financial company* [CFC]). Une fois expiré ce délai de 30 jours, il est possible d'émettre des obligations à concurrence de 90 % de la juste valeur (*fair value*) des actifs consolidés à condition que le FDIC et le ministre des finances se soient accordés sur un plan de remboursement sur 60 mois au plus⁴⁴. Les ressources de l'OLF doivent être rémunérées à un taux d'intérêt supérieur à celui du marché. L'OLF n'est pas un fonds ex ante et, de ce fait, il n'est pas préfinancé. Le FDIC ne peut revendiquer des ressources de l'OLF qu'à des conditions très strictes. Les ressources retirées de l'OLF doivent être complètement remboursées par le produit de la vente des actifs de la banque relais. Si ce remboursement n'est pas possible, certaines sociétés financières peuvent être appelées à rembourser les ressources prélevées dans l'OLF sur une durée de cinq ans⁴⁵.

L'OLA et l'OLF ont régulièrement été critiqués en raison de la création potentielle d'un aléa de moralité (*moral hazard*) et du risque que les contribuables puissent subir des pertes. L'administration Trump a demandé au Trésor américain un examen complet de la procédure prévue au titre II du DFA⁴⁶. Le 21 février 2018, le Trésor américain publiait son rapport sur l'OLA⁴⁷ et parvenait à la conclusion que l'OLA, par la garantie qu'elle représente, doit être maintenue pour fournir, parallèlement à la procédure de faillite, une procédure extraordinaire de résolution destinée aux groupes financiers complexes, transfrontaliers et de grande taille. Elle doit en particulier intervenir lorsque le secteur privé ne parvient pas à fournir le financement requis. L'OLA réduit la probabilité que des régulateurs étrangers ne prennent des mesures de cantonnement (*ring fencing*). Les conditions d'accès à l'OLF doivent être encore durcies par diverses dispositions. Les crédits directs de l'OLF ne doivent être possibles que sur la base d'une garantie. La qualité des sûretés doit correspondre à celle requise pour accéder au guichet d'escompte de la Fed⁴⁸. En outre, dans la hiérarchie des créanciers, les créances liées aux prêts provenant de l'OLF sont prioritaires par rapport aux créances privées.

2.4 Union bancaire européenne

Dans la zone euro, la Banque centrale européenne (BCE) et les banques centrales nationales assurent conjointement le rôle de prêteur ultime⁴⁹. Les crédits ELA sont attribués par la banque centrale nationale du pays où la banque a son siège. La banque centrale nationale concernée assume aussi tous les coûts et risques susceptibles de survenir. Au besoin, les banques centrales nationales peuvent demander à l'État une garantie pour l'octroi d'une ELA. La mise à disposition d'ELA par les banques centrales nationales de la zone euro est réglementée par

⁴³ Les établissements bancaires étrangers (*foreign banking organizations* [FBO]) n'ont pas accès à l'OLF.

⁴⁴ FDIC (2013), 78 FR 76617

⁴⁵ Il s'agit des sociétés de portefeuille bancaire dont les actifs atteignent au moins 50 milliards de dollars ou d'autres sociétés financières.

⁴⁶ Presidential Memorandum for the Secretary of the Treasury, *Orderly Liquidation Authority*, 21.4.2017, accessible à l'adresse suivante: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-201700266/pdf/DCPD-201700266.pdf>

⁴⁷ Département du trésor, *Orderly Liquidation Authority and Bankruptcy Reform*, 21.2.2018, accessible à l'adresse suivante: https://home.treasury.gov/sites/default/files/2018-02/OLA_REPORT.pdf

⁴⁸ Département du trésor (2018), pp. 44 s.

⁴⁹ BCE, *Qu'est-ce qu'un prêteur en dernier ressort?*, 26.8.2019, accessible à l'adresse suivante: <https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/what-is-a-lender-of-last-resort.de.html>

l'*Agreement on Emergency Liquidity Assistance* de 2020⁵⁰. Il n'existe pas de garantie qu'une banque reçoive une ELA de sa banque centrale nationale. Les banques qui revendiquent une ELA doivent être solvables ou présenter des perspectives fondées de recapitalisation. Les banques centrales nationales acceptent, pour les crédits ELA, des sûretés dont la qualité est inférieure à celle des sûretés de crédit usuelles pour les autres facilités de crédit. Elles appliquent une décote de risque pour les sûretés et un taux d'intérêt supérieur envers les banques.

Le Conseil de résolution unique ou CRU (*Single Resolution Board* [SRB]) est l'autorité de résolution centrale au sein de l'Union bancaire. Avec les autorités de résolution nationales, le CRU constitue un élément du mécanisme de résolution unique (*single resolution mechanism* [SRM]), dont fait partie un fonds de résolution (*single resolution fund* [SRF]) pour assurer une aide particulière en liquidités dans le cas d'une résolution⁵¹. Le SRF sert à garantir l'application effective des mesures de résolution. Il peut être utilisé tant à titre d'aide sous forme de liquidités que dans le cadre de mesures de capitalisation (octroi de crédits ou achat d'actifs). Le SRF est financé par des contributions ex ante de banques des 19 États membres de l'Union bancaire. D'ici à la fin de 2023, le fonds doit être financé à hauteur d'au moins 1 % des dépôts garantis. En d'autres termes, les banques doivent alimenter le SRF de quelque 80 milliards d'euros au total⁵². Le CRU met en principe l'aide sous forme de liquidités à disposition sur la base d'une garantie.

Au sein de l'Union bancaire, le Mécanisme européen de stabilité (MES) joue le rôle de dispositif commun d'assistance. Si les ressources du SRF ne suffisent pas à mettre en œuvre les mesures de résolution, le MES peut actuellement octroyer un crédit supplémentaire de 68 milliards d'euros. Une telle intervention suppose toutefois l'accord de tous les États membres de l'Union bancaire. Le secteur des banques devrait couvrir une éventuelle perte du MES. À partir de 2024, le CRU disposera d'environ 150 milliards d'euros pour garantir les aides sous forme de liquidités en cas de résolution.

2.5 Japon

La Banque du Japon n'est habilitée à fournir des aides sous forme de liquidités à des établissements financiers, en ultime ressort, que dans les cas où l'exploitation se poursuit (*going concern*). En cas de résolution, elle ne peut donc pas octroyer directement une aide sous forme de liquidités. Au besoin, l'organisme responsable des opérations de résolution, la Deposit Insurance Corporation of Japan (DICJ)⁵³, doit obtenir un crédit de la Banque du Japon, couvert par une garantie de l'État, pour assurer les liquidités nécessaires à une résolution.

En 2013, suite à la crise financière de 2007-2009, la loi sur l'assurance des dépôts (*Deposit Insurance Act*) a été adaptée pour les cas de résolution de sorte que la DICJ puisse notamment octroyer une aide particulière sous forme de liquidités. Sous réserve de l'accord du premier ministre (et des délibérations du conseil compétent, le *Financial Crisis Response Council*), un soutien en liquidités est possible sans garantie et indépendamment de la solvabilité de l'établissement financier⁵⁴. À cet effet, la DICJ dispose d'un fonds de sûreté financé par des

⁵⁰ BCE, *Agreement on emergency liquidity assistance*, 9.11.2020, accessible à l'adresse suivante:

https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb_agreementemergencyliquidityassistance202012~ba7c45c170_en.pdf?dca797da3212289956ac24df607eb168

⁵¹ Single Resolution Board, *The Single Resolution Fund*, 28.6.2021, accessible à l'adresse suivante:

<https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2021-01-01%20The%20Single%20Resolution%20Fund.pdf>

⁵² Single Resolution Board, *Single Resolution Fund grows by €13.7 billion to reach €66 billion*, 8.7.2022, accessible à l'adresse suivante: <https://www.srb.europa.eu/en/content/single-resolution-fund-grows-eu137-billion-reach-eu66-billion>

⁵³ La planification de la résolution incombe à la *Financial Services Agency* (FSA).

⁵⁴ Banque du Japon, *Progress toward resolvability to address TBTF problem: 10-year milestone since «Key Attributes»*, 22.6.2022, accessible à l'adresse suivante: https://www.boj.or.jp/en/research/wps_rev/rev_2022/rev22e03.htm

contributions. Si les ressources de ce fonds ne suffisent pas, des moyens financiers supplémentaires peuvent être obtenus sur le marché ou auprès de la Banque du Japon. Au cas où le fonds de sûreté subit une perte en raison d'un soutien en liquidités, il est possible de la compenser par des contributions correspondantes ex post de la part de l'industrie financière.

2.6 Canada

La Banque du Canada peut octroyer une ELA durant la phase de stabilisation et en cas de résolution⁵⁵. S'il s'agit d'une résolution, l'octroi d'une telle aide dépend de l'existence d'un plan de résolution crédible qui remplace l'exigence de solvabilité et se fait sur la base d'une garantie⁵⁶. La Société d'assurance-dépôts du Canada (SADC) est responsable de l'exécution des résolutions. Elle peut octroyer des aides sous forme de liquidités, tant garanties que non garanties, aux établissements qui lui sont affiliés. Ses ressources proviennent du fonds de sûretés (portefeuille d'investissements) alimenté par des contributions. La SADC peut, avec le consentement du ministre des finances, emprunter à l'État un certain montant (actuellement 25 milliards de CAD). Cette limite peut être relevée par une décision du Parlement. La SADC peut couvrir les éventuelles pertes au moyen de contributions ex post du secteur financier. Le Ministère des finances peut lui aussi fournir directement un soutien en liquidités pour maintenir la stabilité financière.

3 Présentation du projet

3.1 Réglementation proposée

3.1.1 Prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération

La stabilité d'une SIB exige non seulement une dotation suffisante en fonds propres et en moyens supplémentaires pour absorber les pertes, mais aussi une dotation en liquidités suffisante et des sources de liquidités solides. La réglementation en vigueur prévoit deux lignes de défense pour assurer les sources de liquidités:

- D'après la première, les SIB doivent, comme toutes les banques, couvrir leurs besoins en liquidités par leur propre portefeuille de liquidités et par des sources de liquidités sur le marché. Conformément aux exigences minimales fixées dans l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiq)⁵⁷, elles doivent donc accumuler suffisamment de liquidités en période de conjoncture favorable. Les SIB doivent détenir des volants de liquidités supplémentaires par rapport aux autres banques (exigences en matière de liquidités appliquées aux établissements TBTF)⁵⁸.
- Dans certaines situations, ces exigences en matière de liquidités n'empêchent toutefois pas que les propres liquidités d'une SIB soient insuffisantes pour couvrir ses besoins en liquidités. C'est pourquoi, en guise de deuxième ligne de défense, pour autant que les conditions soient réunies, il est possible d'obtenir des liquidités en sus par des prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités de la BNS. Cette aide n'est cependant accordée qu'en échange de sûretés appropriées et acceptées par la BNS. Elle est régie par l'art. 5, al. 2, let. e, en relation avec l'art. 9, al. 1, let. e, LBN.

⁵⁵ Banque du Canada, *Octroi d'une aide d'urgence*, accessible à l'adresse suivante: <https://www.banqueducanada.ca/marches/operations-marches-octroi-liquidites/cadre-regissant-operations-marches-octroi-liquidites/octroi-aide-urgence/>

⁵⁶ Société d'assurance-dépôts du Canada, *Financement*, accessible à l'adresse suivante: <https://www.sadc.ca/le-reglement-de-faillite-en-bref/financement/>

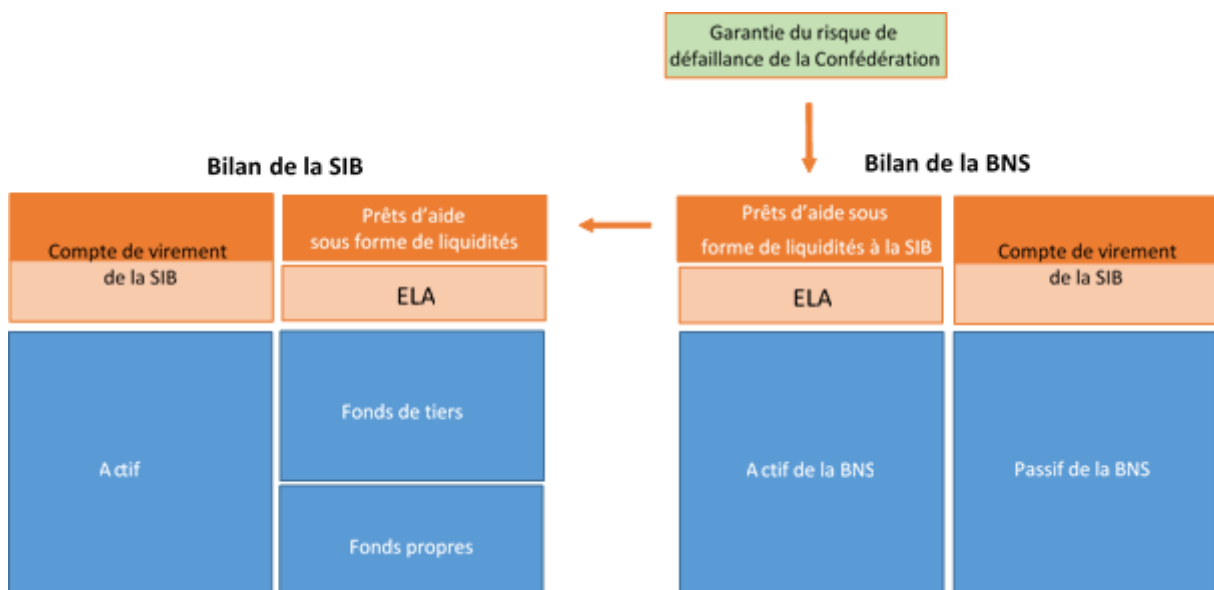
⁵⁷ RS 952.06

⁵⁸ Les exigences relatives aux volants de liquidités supplémentaires pour les banques d'importance systémique sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2022. Les banques d'importance systémique doivent satisfaire aux exigences de base et aux exigences supplémentaires spécifiques à l'établissement à la fin 2023. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-89132.html>

Ces deux lignes de défense en matière d’approvisionnement en liquidités ne mettent toutefois pas les établissements à l’abri d’un incident entraînant une perte de confiance brutale des acteurs du marché. De tels incidents peuvent avoir pour conséquence que la banque ne puisse plus générer suffisamment de liquidités, malgré une dotation en fonds propres suffisante et en dépit d’une ELA et de prêts d’aide extraordinaires sous forme de liquidités. Ces problèmes de liquidités exposent la banque à un risque de faillite, même si, par ailleurs, elle remplit les exigences réglementaires en matière de fonds propres et est solvable. Il est aussi envisageable que les liquidités nécessaires manquent en cas de crise pour assainir la banque ou pour la liquider en maintenant les fonctions d’importance systémique. Dans les cas présentés, un prêt d’aide sous forme de liquidités assorti d’une garantie du risque de défaillance doit permettre de disposer temporairement de liquidités (troisième ligne de défense) pour accroître la confiance des acteurs du marché dans la poursuite fructueuse de l’activité de la SIB.

Les prêts d’aide sous forme de liquidités assortis d’une garantie du risque de défaillance visent à contribuer à ce que les acteurs du marché, anciens ou nouveaux, soient prêts à maintenir ou à établir des relations d’affaires avec la banque concernée, de sorte que cette dernière puisse remplir sans interruption ses fonctions d’importance systémique. L’apport de liquidités par la BNS (au-delà des aides extraordinaires et supplémentaires sous forme de liquidités), assorti d’une garantie du risque de défaillance fournie par les pouvoirs publics, peut donc constituer une condition préalable essentielle à l’assainissement ou à la liquidation par voie de faillite avec maintien des fonctions d’importance systémique (cf. explications ad art. 32a, al. 3, let. e). L’objectif d’une telle mesure, appelée à compléter les instruments réglementaires actuels, est d’éviter autant que possible les coûts élevés qu’entraînerait la faillite d’une SIB pour l’économie, le système financier et la place financière suisses.

Figure 1: Schéma du mécanisme d’action



Source: Secrétariat d’État aux questions financières internationales

Le projet prévoit d’introduire des dispositions concernant la collaboration et l’échange d’informations entre le DFF, la FINMA et la BNS en cas de crise touchant une SIB (art. 10b et 32k). La FINMA informe immédiatement le DFF si elle estime, sur la base de son évaluation, que le recours à une aide puisée dans les moyens de la Confédération pourrait devenir probable. La FINMA et la BNS fournissent au DFF en particulier toutes les informations qu’il juge importantes, dans la perspective de l’octroi d’une garantie du risque de défaillance, pour évaluer les risques auxquels s’exposent les finances fédérales.

La garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération à la BNS sera assortie des conditions suivantes:

- **subsidiarité:** les liquidités de la banque, ses possibilités de refinancement sur le marché et ses possibilités d'obtenir de la BNS une aide sous forme de liquidités – non assortie d'une garantie du risque de défaillance – doivent être épuisées (art. 32a, al. 3, let. a);
- **assainissement:** la FINMA a ordonné une procédure d'assainissement de la banque ou une telle procédure est sur le point d'être ordonnée (art. 32a, al. 3, let. b);
- **solvabilité:** la banque doit être jugée suffisamment capitalisée; la FINMA confirme la solvabilité de la banque ou sa mise en place par un plan d'assainissement approprié (art. 32a, al. 3, let. c);
- **intérêt public:** si le prêt d'aide sous forme de liquidités garanti par la Confédération n'est pas accordé, l'économie et le système financier suisses risquent de subir des dommages considérables (art. 32a, al. 3, let. d);
- **proportionnalité:** les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance doivent constituer pour l'assainissement de l'emprunteur une mesure aussi bien appropriée que nécessaire (art. 32a, al. 3, let. e).

L'existence en droit suisse d'une possibilité explicite d'octroi par la Confédération d'une garantie du risque de défaillance pour un prêt d'aide sous forme de liquidités accordé par la BNS à une SIB ne signifie pas qu'une garantie est octroyée ou qu'elle doit être octroyée si les conditions sont remplies. Il n'existe pas de droit à obtenir des prêts d'aide sous forme de liquidités et de garanties du risque de défaillance. La Confédération statue au cas par cas sur l'octroi d'une garantie du risque de défaillance en tenant compte des évaluations de la FINMA et de la BNS.

Si, après l'octroi initial d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie de défaillance accordée par la Confédération, il apparaît selon la FINMA, dans le cadre de l'échange d'informations entre les autorités, que la solvabilité de la SIB ne perdure pas durant la période dudit prêt ou que ce prêt n'est plus jugé nécessaire ou propre à l'assainissement de la banque, la Confédération est habilitée à mettre fin au versement de nouveaux prêts d'aide sous forme de liquidités. Elle peut prévoir des dispositions contractuelles à cet égard. La validité de la garantie octroyée à la BNS pour les prêts d'aide sous forme de liquidités et assortis d'une garantie du risque de défaillance déjà versés n'en est pas affectée.

Afin de réduire les risques courus par la Confédération, le projet prévoit notamment de privilégier les créances de la BNS découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par la Confédération. Le privilège des créances constitue en l'espèce un élément essentiel de la réglementation proposée. En outre, comme déjà mentionné, la solvabilité de la SIB doit être assurée ou mise en place dans le cadre d'un assainissement. De plus, la Confédération peut prétendre à une prime pour la mise à disposition d'une garantie du risque de défaillance. Elle a droit également, comme la BNS, à une prime de risque pour les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance qui sont sollicités. Tout comme les intérêts courus en faveur de la BNS, ces primes bénéficient aussi du privilège des créances. Les frais incombant à la Confédération, à la BNS ou à la FINMA pour des prestations de tiers liées à l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance sont mis à la charge de la banque.

Le privilège des créances doit être intégré dans les classes de créances prévues par la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁵⁹ et conçu de telle sorte qu'en cas de faillite, les créances de la BNS envers la SIB découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités et les créances découlant des primes de mise à disposition et des primes

⁵⁹ RS 281.1

de risque soient honorées en priorité. Ces créances seraient classées après les créances privilégiées dans le cadre du droit de la faillite (par ex. rétributions des employés, cotisations aux assurances sociales ou dépôts privilégiés), mais avant les autres créances (cf. explications ad art. 32h). La BNS se charge de faire valoir ses propres créances. Elle doit en outre faire valoir au nom de la Confédération les créances liées aux primes visées à l'art. 32c, al. 1 et 2. La BNS ne peut demander la garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération que lorsque la procédure de faillite est définitivement close, dans la mesure où les créances sur les prêts font l'objet d'une perte définitive.

Le montant nécessaire pour la garantie du risque de défaillance est déterminé au cas par cas. Les besoins en liquidités dépendent en grande partie de la SIB concernée, du déroulement de la crise et des mesures à prendre. Il n'est donc ni judicieux ni possible de fixer un montant maximal de garantie au préalable. Cette procédure, qui correspond aussi à la pratique en vigueur dans d'autres juridictions telles que les États-Unis et le Royaume-Uni, permet de tenir compte des circonstances spécifiques à la crise dans l'appréciation globale. Les nouvelles dispositions prévoient que s'il octroie une garantie du risque de défaillance, le Conseil fédéral en fixe le montant au cas par cas et soumet le crédit d'engagement nécessaire à l'approbation de la Délégation des finances du Parlement selon la procédure d'urgence.

Conformément à l'art. 21, al. 4, let. e, de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances (LFC)⁶⁰, l'octroi d'une garantie par la Confédération exige un crédit d'engagement. En temps normal, le Parlement approuve un crédit d'engagement dans le cadre du budget et de ses suppléments ou à titre d'affaire individuelle lui étant soumise par un message spécial (art. 23 LFC). La nécessité d'une garantie du risque de défaillance pour un prêt d'aide sous forme de liquidités octroyé par la BNS apparaît dans des situations d'extrême urgence. Par conséquent, les processus parlementaires habituellement suivis ne sont pas adaptés, car ils prennent un certain temps. Une garantie du risque de défaillance doit en effet être octroyée sans délai, raison pour laquelle l'art. 28 LFC s'applique: le Conseil fédéral demande le crédit d'engagement nécessaire selon la procédure d'urgence et requiert au préalable l'assentiment de la Délégation des finances des Chambres fédérales.

Comme on l'a déjà exposé, l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance à une SIB peut constituer une incitation inopportune (*moral hazard*). Deux mécanismes permettent toutefois de contrer ce phénomène: d'une part, les SIB doivent déjà, en application des règles TBTF contenues dans l'OLiQ, remplir des exigences supplémentaires en matière de couverture des risques de liquidité. Des majorations de liquidités spécifiques à l'établissement pour les SIB constituent un élément essentiel de cette réglementation. D'autre part, pendant qu'elle recourt à la garantie du risque de défaillance pour des prêts d'aide sous formes de liquidités, la SIB est soumise à diverses obligations qui sont également applicables dans le cadre d'autres programmes de soutien étatiques, notamment l'interdiction de verser des dividendes, l'interdiction d'octroyer et de rembourser des prêts aux propriétaires de la société mère du groupe ainsi que l'interdiction de rembourser des apports en capital. De même, la SIB ne doit pas avoir la compétence d'effectuer des actes qui pourraient compromettre ou retarder le remboursement des prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS assortis d'une garantie du risque de défaillance. Le non-respect des obligations entraînera des conséquences pénales. De plus, l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance doit être rémunéré par des primes et intérêts adéquats. Ces primes et intérêts doivent être fixés de manière qu'ils constituent pour la SIB une incitation au remboursement rapide du prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance.

Enfin, l'introduction d'une menace de sanction pénale en cas de violation des obligations précitées et de mesures étendues en matière de rémunération vise à contrer l'incitation à adopter

⁶⁰ RS 611.0

des comportements indésirables. Conformément à l'art. 10a, l'octroi d'une garantie du risque de défaillance a pour effet que le Conseil fédéral ordonne des mesures en matière de rémunération au sein de la SIB concernée. Le catalogue des mesures est élargi: désormais, à certaines conditions, il sera explicitement possible d'exiger la restitution de rémunérations variables déjà versées. En outre, la FINMA peut ordonner des mesures exhaustives. Outre des mesures de capitalisation, elle peut décider notamment de mesures concernant les organes: elle peut exiger le remplacement total ou partiel de l'organe chargé de la haute direction, de la surveillance et du contrôle ainsi que de l'organe de direction de l'emprunteur et de la société mère du groupe. Par ailleurs, conformément au droit en vigueur, la FINMA peut prendre des mesures disciplinaires pour sanctionner les éventuelles violations des mesures et des dispositions visant à rétablir l'ordre légal (cf. art. 31, 33, 33a et 35 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA]⁶¹).

3.1.2 Dispositions sur les prêts d'aide sous forme de liquidités, les garanties, les autres mesures et les transactions liées à une fusion qui ont été exécutés conformément à l'ordonnance du Conseil fédéral du 16 mars 2023

L'ordonnance du 16 mars 2023⁶² contient également des dispositions qui vont au-delà de l'introduction du PLB présentée au ch. 3.1.1. Il s'agit: de règles concernant les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités accordés par la BNS et bénéficiant d'un privilège des créances ainsi que de leur lien avec les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance (art. 51b et 51c); d'autres mesures de la FINMA liées à l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance (art. 51e); et de dispositions applicables lors d'une transaction, entre deux G-SIB, au sens de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus)⁶³. Ces dernières établissent les règles relatives aux dérogations sélectives à la LFus (art. 51f) et à la garantie de la Confédération visant à couvrir les pertes que la banque acquéreuse pourrait subir dans le cadre de la réalisation des actifs à liquider de la banque acquise (garantie de maximum 9 milliards de francs [cf. explications ad art. 51g]). Par ailleurs, la base légale de l'échange d'informations entre autorités est reprise à l'art. 51h. Toutes ces dispositions sont donc désormais énoncées au chapitre XIVa LB, le but étant de mettre formellement en œuvre dans la loi les effets des mesures décidées en mars 2023 et leur maintien (cf. art. 51a Champ d'application). C'est pourquoi, conformément à l'art. 51d, les art. 32a à 32k et l'art. 46, al. 1, let. d, s'appliquent par analogie aux prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance qui ont été accordés à Credit Suisse en mars 2023. Par dérogation à l'ordonnance du 16 mars 2023⁶⁴, la durée de validité des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités (cf. art. 51b) est fixée au 31 décembre 2027 (III al. 3). En outre, le Conseil fédéral est chargé d'examiner les dispositions de l'ordonnance transposées dans la LB dans un délai de cinq ans à compter de leur entrée en vigueur (art. 51i).

3.1.3 Autres thématiques

- Dans le cadre de la transposition en droit national des réformes achevées de Bâle III, divers domaines qui sont réglementés actuellement par les circulaires de la FINMA le seront désormais par ordonnance de la FINMA. À cet effet, il est nécessaire de déléguer différentes compétences à la FINMA dans l'ordonnance sur les fonds propres, l'ordonnance sur les banques et l'ordonnance sur les établissements financiers. Ces délégations concernent en particulier les obligations de publication, qui représentent une partie importante des normes minimales de Bâle. C'est pourquoi la base légale existante qui habilite

⁶¹ RS 956.1

⁶² RS 952.3

⁶³ RS 221.301

⁶⁴ RS 952.3

la FINMA est étendue à la publication dans les art. 3g, al. 1 et 2, 5, al. 2, et 10, al. 4, let. a^{bis}.

- Depuis le 1^{er} janvier 2023, les sociétés anonymes sont soumises à des règles plus souples en matière de fondation et de capital. Découlant de la réforme du droit des sociétés anonymes⁶⁵ que le Parlement a adoptée le 19 juin 2020, ces règles exigent de modifier formellement la LB en ce qui concerne le capital de réserve et le capital convertible (art. 12 et 13). Par ailleurs, les dispositions de la LB relatives au capital de participation (art. 14 et 14b) sont modifiées compte tenu de la mise en œuvre dans le code des obligations (CO)⁶⁶, depuis le 1^{er} mai 2021, des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales⁶⁷.
- En sa qualité d'organisation indépendante de l'administration fédérale centrale chargée d'exécuter des tâches de droit public par la Confédération, la FINMA statue par voie de décision sur les réclamations contestées concernant son activité en vertu de l'art. 19, al. 3, de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité⁶⁸. Si le conseil d'administration de la FINMA se prononce, dans le cadre d'une «affaire de grande portée», sur une question de droit de la surveillance et si de telles décisions fondent des actions en responsabilité de l'État, la FINMA apparaît globalement pré-impliquée. Dans un tel cas, le DFF doit pouvoir agir comme autorité décisionnelle de substitution.
- En vertu de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)⁶⁹, la FINMA est l'instance de recours contre les décisions rendues par la Commission des offres publiques d'acquisition. Dans ce contexte, on ne saurait totalement exclure que la FINMA doive, dans le cadre d'une «affaire de grande portée», évaluer sous l'angle du droit de la surveillance une acquisition impliquant un assujetti et qu'il ne lui faille ensuite encore traiter un recours en matière de droit des acquisitions à l'encontre de la Commission des offres publiques d'acquisition. Désormais, dans un tel cas, le recours se fera directement devant le Tribunal administratif fédéral (art. 141 LIMF), qui assumera alors les tâches de la FINMA en sa qualité de première instance de recours. En outre, le jugement rendu par le Tribunal administratif fédéral sera susceptible de recours devant le Tribunal fédéral.

3.2 Mise en œuvre

Le projet permet de créer la base légale permettant à la Confédération d'octroyer des garanties du risque de défaillance visant à sécuriser les prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS. Comme on l'a exposé ci-dessus (cf. ch. 3.1 **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**), de tels prêts peuvent s'avérer nécessaires à titre subsidiaire dans une situation de soudaine perte de confiance à l'égard de la SIB concernée. En outre, la seule possibilité d'obtenir des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance est censée produire un effet préventif et susciter la confiance. Au cas où une SIB requerrait effectivement un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, les autorités impliquées (DFF, FINMA et BNS) doivent en particulier s'assurer au préalable qu'elles disposent des conditions organisationnelles nécessaires à l'octroi, à la gestion, à la surveillance et au traitement de tels prêts. Ces conditions doivent être réunies à l'entrée en vigueur du projet.

Les présentes dispositions sont formulées de manière neutre sur le plan technologique, de sorte que leur application par la voie numérique est sans autre possible.

⁶⁵ FF 2020 5409

⁶⁶ RS 220

⁶⁷ RO 2019 3161; FF 2019 277

⁶⁸ RS 170.32

⁶⁹ RS 958.1

4 Commentaire des dispositions

4.1 Loi sur les banques

Art. 3g

Al. 1 et 2

Dans le cadre de la transposition en droit national des réformes achevées de Bâle III, on a constaté qu'il manque une base légale explicite au sujet des dispositions actuelles relatives à la publication. La base nécessaire est donc créée aux art. 3g, al. 1 et 2, 5 et 10, al. 4, let. a. Il est question en l'espèce tout particulièrement de la publication en matière de fonds propres, de répartition des risques, de liquidités, de risques de taux d'intérêt, d'organisation et d'autres domaines où les risques sont importants.

Art. 5 Publication

Al. 1

Voir le commentaire de l'art. 3g.

Al. 2

La LB donne à la FINMA compétence pour édicter des règles en matière de publication.

Art. 10

Al. 4, let. a^{bis}

Voir le commentaire de l'art. 3g.

Art. 10a

Al. 1

L'al. 1 n'est pas modifié.

Al. 2

Let. a

L'al. 2, let. a, n'est pas modifié.

Let. b

Comme il est proposé d'étoffer la liste figurant à l'art. 10a, al. 2, la let. b est adaptée en conséquence sur la forme.

Let. c

Le projet prévoit explicitement que lorsqu'une SIB ou la société mère de son groupe demande une aide de l'État, le Conseil fédéral peut exiger le remboursement de rémunérations variables déjà versées. Concrètement, le Conseil fédéral peut obliger la banque par voie de décision à exiger la restitution de rémunérations variables déjà versées à des personnes exerçant ou

ayant exercé une fonction dirigeante qui portent une part de responsabilité dans la situation qui a conduit à la nécessité d'une aide de l'État. Un lien est demandé entre la situation financière urgente et les personnes responsables en position dirigeante, une coresponsabilité déterminante dans la survenue de la situation d'urgence étant suffisante. L'identité des personnes concernées et la responsabilité qu'elles ont eue au sein de la SIB doivent être déterminées dans le cas d'application concret. À cet effet, outre les dispositions généralement en vigueur, comme celles du CO⁷⁰, il faudra aussi tenir compte des directives internes à la banque. Il convient aussi d'admettre que la banque mènera elle-même des analyses internes pour établir le lien entre la situation financière urgente et les personnes responsables. Dans ce cadre, la demande de restitution ne se limite pas à la part de coresponsabilité individuelle d'une personne concernée. Les rémunérations variables sont les composantes de la rémunération totale dont le versement et le montant sont soumis à l'appréciation de l'établissement financier ou qui dépendent de la survenance de conditions convenues. Elles comprennent les rémunérations en fonction de la performance et du résultat ainsi que les indemnités à l'engagement et les indemnités de départ. L'application de cette mesure sera aussi examinée dans les cas où des personnes en position dirigeante ont quitté la SIB et que la situation financière de l'établissement laissait déjà transparaître qu'un soutien de l'État pourrait s'avérer nécessaire. Il faudra ensuite, dans le cadre de la procédure de droit administratif, déterminer avec le concours de la SIB concernée quelles rémunérations variables de personnes exerçant ou ayant exercé une fonction dirigeante, qui sont coresponsables de la situation financière de la SIB, sont concernées. Les rémunérations variables différées qui n'ont pas encore été versées ne sont pas couvertes par la let. c. Elles sont déjà visées à l'actuelle let. a.

Al. 3

L'al. 3 est complété en raison de l'introduction de l'al. 2, let. c.

Al. 4

Si une mesure au sens de l'al. 1 est décidée, la FINMA en surveille la mise en œuvre dans le cadre de son activité de surveillance.

Art. 10b *Collaboration du DFF, de la FINMA et de la Banque nationale en vue de prévenir ou de maîtriser la défaillance d'une banque d'importance systémique*

Al. 1

L'al. 1 règle le principe de la collaboration entre les autorités compétentes lorsque la défaillance d'une banque d'importance systémique se dessine ou qu'il faut la maîtriser. Cette collaboration vise à prévenir ou à maîtriser une crise bancaire, dans l'optique de garantir la stabilité financière de la Suisse. En l'espèce, il est nécessaire de coordonner étroitement les travaux et de s'assurer que les responsabilités respectives peuvent être assumées efficacement. En 2011 déjà, le DFF, la FINMA et la BNS ont signé un memorandum of understanding tripartite relatif à la collaboration dans le domaine de la stabilité financière et de la réglementation des marchés financiers, qu'ils ont complété en 2019. La présente disposition créera la base légale voulue concernant les banques d'importance systémique.

Al. 2

Même si la réglementation TBTF est conçue pour éviter le recours à des aides étatiques puisées dans les moyens de la Confédération, des situations extraordinaires peuvent requérir de telles aides. Un tel cas peut se présenter lorsque la banque a épuisé ses possibilités d'éviter

⁷⁰ RS 220

la défaillance ainsi que les prêts d'aide sous forme de liquidités, extraordinaires et supplémentaires, de la BNS et que la FINMA a utilisé tous les instruments à sa disposition ou que ceux-ci s'avèrent inefficaces. Dans un tel scénario, une aide de l'État peut être nécessaire pour éviter un grave dommage à l'économie et au système financier suisses (cf. art. 7, al. 1). Si, après avoir entendu la BNS, la FINMA arrive à la conclusion dans son évaluation qu'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque d'importance systémique est surendettée ou a d'importants problèmes de liquidités, ou que cette banque ne satisfait pas aux prescriptions en matière de fonds propres à l'expiration du délai que lui a donné la FINMA et qu'une aide étatique peut devenir probable, elle doit en aviser immédiatement le DFF. Elle l'informe en l'espèce au stade le plus précoce possible de la crise bancaire en question, le but étant que l'on dispose de suffisamment de temps pour se préparer et que l'on puisse coordonner l'organisation de crise. La FINMA et la BNS communiquent au DFF leurs évaluations respectives concernant la situation de crise. Dans son évaluation, la FINMA se concentre sur les aspects problématiques identifiés dans la SIB concernée et la BNS s'intéresse plus particulièrement aux effets d'une défaillance sur l'économie et le système financier suisses. La FINMA et la BNS évaluent les effets potentiels sur la banque, respectivement sur l'économie et le système financier suisses, des actions envisageables, parmi lesquelles figure toujours la renonciation à des mesures d'aide de l'État. Cette démarche doit servir à examiner et à développer diverses mesures étatiques. Dès que le DFF arrive à la conclusion qu'une intervention de l'État est nécessaire, il en informe aussitôt le Conseil fédéral et le Contrôle fédéral des finances (CDF), ainsi que la Délégation des finances du Parlement, en fonction de l'urgence qu'il y a à fournir une aide d'État.

Art. 12 *Capital de réserve*

L'actuel art. 12 LB relatif au capital de réserve sera adapté, sans modification matérielle, aux dispositions de la réforme du droit des sociétés anonymes en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023. Ces dispositions ne font plus référence à l'augmentation autorisée du capital à laquelle se réfère l'actuel art. 12 LB. Aujourd'hui, le fait que les statuts autorisent le conseil d'administration à augmenter le capital est mentionné dans le CO dans les nouvelles dispositions concernant la marge de fluctuation du capital (art. 653s à 653u) et, pour le reste, dans celles relatives à l'augmentation ordinaire du capital. La marge de fluctuation du capital permet aussi bien d'augmenter que de réduire le capital. Elle n'est donc adaptée que de manière limitée aux règles de la LB concernant le capital de réserve, car celles-ci n'autorisent par nature qu'une augmentation de capital (visant à améliorer la stabilité de la banque). La modification qu'il est proposé d'apporter à l'art. 12 tient compte de cette réalité.

Al. 1

L'al. 1 ne présente pas de modifications à l'exception de quelques petites adaptations d'ordre linguistique.

Al. 2 et 3

Les al. 2 et 3 comportent des dispositions détaillées concernant les tâches qui incombent au conseil d'administration s'il augmente le capital-actions; ces dispositions se fondent sur les prescriptions relatives à la marge de fluctuation du capital (art. 653u, al. 2 et 4, CO).

Al. 4

L'al. 4, qui correspond mot pour mot à l'actuel al. 2, règle le traitement des droits de souscription.

Al. 5

Comme l'actuel al. 3, l'al. 5 prévoit qu'au surplus, les dispositions du CO s'appliquent, à la différence qu'il s'agit en l'espèce de celles relatives à l'augmentation ordinaire du capital et au capital-participation.

- Let. a: l'actuelle let. a, qui indique que les limitations concernant le montant et le délai de l'augmentation du capital au sens de l'ancien CO ne s'appliquent pas, est obsolète suite à la reformulation de la phrase introductive. Ces limitations sont aujourd'hui mentionnées dans les dispositions relatives à la marge de fluctuation du capital qui, selon la phrase introductive, ne sont en principe pas applicables. Selon la nouvelle let. a, l'application de l'art. 650 CO est exclue. Il est déjà fait référence à l'al. 1 à la décision de l'assemblée générale et au fait que les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à augmenter le capital en fonction du besoin de créer du capital de réserve.
- Let. b à d: ces lettres correspondent aux actuelles let. b à d. Seule est supprimée la mention à l'art. 656b, al. 4, CO qui figure actuellement à la let. d, car l'alinéa en question a changé de teneur.

Art. 13 Capital convertible**Al. 1 et 2**

À la suite de la réforme du droit des sociétés anonymes, le CO ne parle plus, à l'art. 653, d'une augmentation conditionnelle du capital, mais d'un capital conditionnel. C'est pourquoi la LB doit employer le terme de capital convertible conditionnel conformément au caractère du capital qui est spécifique aux banques et au libellé actuel du CO.

Al. 6

Le blocage du registre auquel il est actuellement fait référence dans la deuxième phrase est caduc depuis le 1^{er} janvier 2021, du fait qu'à cette même date, l'art. 162 de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC)⁷¹ a été abrogé. La phrase en question peut donc être supprimée.

Al. 8

La modification apportée à l'al. 8 correspond à une adaptation au CO d'ordre purement conceptuel consécutive à la réforme du droit des sociétés anonymes.

Art. 14**Al. 6**

Le contrôle spécial visé aux art. 697a à 697g CO a été remplacé, avec effet au 1^{er} janvier 2021, par un examen spécial visé aux art. 697c à 697g^{bis}. L'al. 6 est donc reformulé en conséquence.

⁷¹ RS 221.411

Art. 14b *Obligations d'annoncer et liste pour les banques coopératives**Al. 1 à 4*

La disposition relative aux obligations d'annoncer qui incombent aux détenteurs de bons de participation a été introduite le 1^{er} janvier 2020 via la loi fédérale sur les établissements financiers⁷², en application des prescriptions internationales en matière de transparence⁷³ qui s'appliquaient à l'époque. Depuis lors, les actions au porteur auxquelles elle fait référence ont été de fait supprimées en Suisse par la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales⁷⁴. Selon l'art. 622, al. 1^{bis}, CO, les actions au porteur ne sont plus autorisées que si la société est cotée en bourse ou si elles sont émises sous forme de titres intermédiés. En l'espèce, la législation sur les bourses et la loi fédérale sur les titres intermédiés⁷⁵ établissent des obligations d'annoncer concernant les ayants droit économiques. La liste des détenteurs d'actions au porteur a par conséquent aussi été supprimée. Celle-ci aurait constitué l'instrument adéquat pour recenser les détenteurs de bons de participation. Dans ces circonstances, il semble judicieux et nécessaire d'établir dans la LB une règle autonome qui prévoit une liste – analogue à la liste des détenteurs d'actions au porteur (régie par l'art. 697i CO⁷⁶ avant le 1^{er} mai 2021) – visant à recenser les détenteurs de bons de participation et qui impose aux détenteurs des obligations d'annonce et d'actualisation. Les al. 1 à 4 ont vocation à répondre à cet objectif.

Al. 5

Par analogie avec l'art. 697j CO, l'al. 5 fait obligation aux détenteurs de bons de participation d'annoncer les ayants droit économiques.

Al. 6

L'al. 6 reprend l'actuel al. 2.

Al. 7

L'al. 7 reprend la teneur de l'ancien art. 697l, à laquelle il se réfère en énonçant les prescriptions relatives à la liste des détenteurs de bons de participation et des ayants droit économiques.

Al. 8

L'al. 8 traduit les prescriptions internationales selon lesquelles il doit être possible d'accéder à la liste en tout temps, comme le prévoit aussi l'art. 697l, al. 4, CO.

Art. 26*Al. 1**Let. h*

Puisqu'il a été proposé de prolonger l'énumération des mesures l'art. 26, al. 1, la let. h est adaptée sur le plan formel.

⁷² RS 954.1

⁷³ Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 (projet relatif aux recommandations du GAFI, FF 2014 9465)

⁷⁴ Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (RO 2019 3161; FF 2019 279)

⁷⁵ RS 957.1

⁷⁶ RO 2015 1389; FF 2014 585

Let. i

Le droit en vigueur prévoit déjà l'amortissement de fonds propres de base supplémentaires à titre de mesure protectrice au sens de l'art. 26; l'amortissement est d'ailleurs déjà possible conformément aux modalités contractuelles qui régissent ces instruments. La let. i a donc un caractère déclaratoire. Par souci de transparence, ce point a aussi été précisé à l'art. 5a de l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique⁷⁷. Afin que la situation soit claire pour les créanciers des instruments financiers concernés, la liste non exhaustive des mesures prévues à l'art. 26, al. 1, est complétée en conséquence.

Art. 30*Al. 3*

La loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus)⁷⁸ apparaît ici pour la première fois dans la LB.

Remarque préliminaire sur le chapitre XIa

Le chapitre XIa transpose en droit ordinaire le projet de PLB dont la mise en œuvre a été ordonnée en mars 2022 par le Conseil fédéral et qui a été introduit en mars 2023 par ce dernier au moyen de l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique⁷⁹.

Art. 32a Octroi de garanties du risque de défaillance*Al. 1*

Selon l'al. 1, la Confédération peut octroyer des garanties du risque de défaillance destinées à couvrir les prêts d'aide sous forme de liquidités. La garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération constitue pour la BNS une garantie au sens de l'art. 9, al. 1, let. e, LBN. L'octroi d'une telle garantie sera possible uniquement en cas de situation extraordinaire et à titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque toutes les autres possibilités de financement auront été épuisées (cf. al. 3, let. a). Selon l'al. 1, les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance ne sont destinés qu'aux banques d'importance systémique ou à une partie d'un groupe financier d'importance systémique. En vertu de l'art. 8, al. 3, la BNS a compétence pour déterminer quelles banques et quelles fonctions de celles-ci sont d'importance systémique. Si la SIB est un groupe financier, la BNS attribue le statut d'importance systémique à la totalité du groupe, mais non pas aux différentes banques qui le composent. Au moment de l'élaboration du présent projet, les acteurs suivants étaient reconnus d'importance systémique: UBS Group, Credit Suisse Group⁸⁰, PostFinance, la Banque cantonale de Zurich (ZKB) et Raiffeisen (comme groupe financier). S'agissant d'un groupe financier d'importance systémique (ce critère est rempli par les deux SIB actives sur le plan international, UBS Group SA et Credit Suisse Group SA), les prêts d'aide sous forme de liquidités ne peuvent être versés qu'à des entités juridiques qui disposent d'une autorisation bancaire. Les maisons mères (UBS SA et Credit Suisse SA) ainsi que les entités suisses remplissent cette condition. Les sociétés mères des groupes (UBS Group SA et Credit Suisse Group SA) ne disposent pas d'autorisation bancaire. Étant donné que cette disposition est potestative, la

⁷⁷ RS 952.3

⁷⁸ RS 221.301

⁷⁹ RS 952.3

⁸⁰ Credit Suisse Group sera maintenu comme une banque indépendante seulement jusqu'à ce que son acquisition par UBS soit finalisée.

Confédération ne sera pas tenue d'octroyer une garantie du risque de défaillance. En d'autres termes, nul ne pourra prétendre à une garantie du risque de défaillance (cf. al. 4). Il incombera à la Confédération de prendre une décision au cas par cas après s'être livrée à une évaluation soigneuse et à une analyse des risques.

Lors de son évaluation des risques, la Confédération tient compte en particulier du privilège des créances visé à l'art. 32h. En octroyant une garantie du risque de défaillance à la BNS, elle prend le risque de devoir un jour prendre en charge les pertes de la BNS liées au prêt d'aide sous forme de liquidités garanti. La Confédération court donc un risque financier. Pour réduire ce risque au minimum, le projet prévoit de privilégier les créances découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance (art. 32h) et de supposer que l'établissement est solvable (cf. al. 3, let. c). La Confédération n'octroie la garantie du risque de défaillance qu'à la condition, notamment, que les avantages qu'elle retire du privilège des créances ne soient pas compromis. Le privilège des créances pourrait par exemple être compromis si la banque d'importance systémique d'un groupe financier (par ex. l'entité suisse d'une G-SIB) répartissait, en sa qualité d'emprunteur, une partie des liquidités reçues au sein du groupe financier (par ex. à la maison mère). Si la faillite est ensuite ouverte par la maison mère sans restitution préalable à l'entité suisse des liquidités reçues, le privilège des créances dont bénéficie la Confédération est sans valeur. En effet, il y a lieu de penser, sur la base du plan d'urgence, que l'entité suisse réussirait à poursuivre son activité. C'est pourquoi, en particulier lorsqu'il s'agit de SIB dont la structure organisationnelle est complexe, il faut désigner l'emprunteur après avoir évalué minutieusement tous les facteurs pertinents susceptibles de compromettre le privilège des créances dont bénéficie la Confédération et d'influer sur la décision d'octroi d'une garantie du risque de défaillance. Fondamentalement, un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance doit être octroyé à l'entité juridique qui présente des besoins correspondants. Une fois un tel prêt octroyé, il incombe en premier lieu à la FINMA de veiller à ce que le privilège des créances ne soit pas vidé de sa substance par des transferts de liquidités à l'intérieur du groupe.

L'obligation de la Confédération envers la BNS peut devenir substantielle. La Confédération doit donc évaluer les risques financiers auxquels elle expose les finances fédérales en octroyant une garantie du risque de défaillance. Il convient de noter que les pertes potentielles couvertes par la Confédération ne devront être remboursées qu'après la clôture de la procédure de faillite. Dans le cas d'une SIB, une telle procédure peut durer plus de dix ans. Outre les risques pour les finances fédérales, il incombe également à la Confédération d'évaluer les autres types de risques. On pense en particulier au préjudice considérable que risquent de subir l'économie et le système financier suisses (cf. al. 3, let. d).

Al. 2

En octroyant une garantie du risque de défaillance à la BNS, la Confédération s'engage à prendre en charge, jusqu'à concurrence du montant de la garantie, une perte définitive de la BNS découlant du non-remboursement d'une partie ou de la totalité d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance survenant après la clôture d'une procédure de faillite (y compris les intérêts courus et sa prime de risque visés à l'art. 32c, al. 2 et 3 jusqu'au moment de la faillite). La garantie du risque de défaillance ne comprend pas les pertes liées à d'autres types de prêts qu'aurait consentis la BNS (par ex. celles découlant de prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités). Conformément à la LFC, l'octroi d'une garantie par la Confédération exige un crédit d'engagement (cf. art. 32b). Le montant des garanties accordées correspond à celui du crédit d'engagement. En cas de faillite ultérieure de l'emprunteur, le montant des pertes effectives de la BNS résultant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance est déterminé après la clôture de la procédure de faillite et la réalisation de l'intégralité des actifs.

Al. 3

La Confédération peut octroyer une garantie du risque de défaillance uniquement si l'ensemble des conditions énoncées à l'al. 3 sont remplies. Pour que le Conseil fédéral puisse constater que tel est bien le cas, il a notamment besoin que la FINMA et la BNS lui fournissent des éléments de base. En effet, ces institutions disposent des informations nécessaires et de la compétence technique permettant d'évaluer les conditions visées. Elles doivent aussi fournir les évaluations requises (voir aussi les art. 32k et 10b). Le DFF est chargé de préparer la décision du Conseil fédéral et de la Délégation des finances du Parlement. Outre la FINMA et la BNS, il peut au besoin solliciter d'autres unités administratives pour procéder à l'évaluation, par exemple le Secrétariat d'État à l'économie (SECO), l'Office fédéral de la justice ou des tiers externes. Les conditions visées à l'art. 32a, al. 3, doivent être remplies au moment où la décision est prise d'octroyer un prêt d'aide sous forme de liquidités couvert par une garantie du risque de défaillance.

Let. a

Les prêts d'aide sous forme de liquidités qui sont assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération doivent impérativement être subsidiaires par rapport aux autres mesures et instruments dont la SIB dispose pour garantir les liquidités. Cela signifie que l'emprunteur et le groupe financier doivent avoir épuisé toutes les possibilités de se financer par leurs propres moyens. La première possibilité qui doit être épuisée (la première «ligne de défense») est la quantité de liquidités à détenir, y compris les mesures générant des liquidités applicables à court terme. En ce qui concerne la quantité de liquidités à détenir, les dispositions de l'OLiQ prévoient des exigences plus sévères pour les SIB que pour les autres banques. Ces exigences sont élevées également en comparaison internationale.

Si cette première possibilité est épuisée, la deuxième ligne de défense entre en jeu. La BNS peut alors mettre à disposition, aux conditions qu'elle a fixées, des liquidités au sens des art. 5, al. 2, let. a et e, et 9, al. 1, let. e, LBN, contre des sûretés suffisantes (par ex. contre des hypothèques et certains titres). À cet effet, elle se réfère aux directives spécifiques applicables qu'elle a édictées. Temporairement, elle peut octroyer en outre des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités visés à l'art. 51b. Ces prêts sont assortis d'un privilège des créances (art. 51b, al. 4). La possibilité d'octroyer des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités est introduite par l'ordonnance du 16 mars 2023 et limitée au 31 décembre 2027.

Des prêts d'aide sous forme de liquidités et assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération ne peuvent être accordés en guise de troisième ligne de défense que lorsque l'emprunteur et le groupe financier ont épuisé les deux premières lignes de défense et les autres possibilités de financement éventuellement exploitables par leurs propres moyens ou lorsque l'épuisement de ces moyens est imminent.

Afin que la Confédération puisse vérifier que les conditions sont remplies, la BNS doit lui confirmer avant le versement de la première tranche des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance que l'emprunteur a utilisé tous les actifs disponibles propres à lui permettre d'obtenir des prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités. Demeurent réservées les sûretés qui ne génèrent pas de liquidités supplémentaires ou dont la banque a impérativement besoin comme volant de sécurité, dans les proportions admissibles, pour gérer ses liquidités jusqu'à l'obtention des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Restent aussi réservées les sûretés dont l'utilisation pour l'aide extraordinaire apportée par la BNS sous forme de liquidités aurait un effet déstabilisant ou entraînerait des coûts considérables pour la banque, par exemple parce qu'elles ne peuvent pas être remplacées rapidement par des dérivés pour couvrir les risques. Sont en outre aussi réservées les sûretés de l'entité suisse si celle-ci n'est pas autorisée à

transférer à la maison mère les liquidités générées grâce à ces sûretés en raison de restrictions prudentielles liées au plan d'urgence.

La FINMA doit confirmer à la Confédération que l'emprunteur et le groupe financier ne disposent plus de sources de liquidités hormis les prêts d'aide extraordinaires et supplémentaires sous forme de liquidités.

Let. b

Les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance sont nécessaires lorsqu'une SIB risque de manquer de liquidités pour honorer ses obligations, par exemple parce que ses clients retirent leurs avoirs ou en raison d'un risque d'épuisement des autres possibilités de refinancement usuelles. Une telle situation résulte typiquement d'une crise de confiance grave et persistante, qui peut même survenir alors qu'une banque est fondamentalement bien capitalisée. Dans un tel cas, pour que la Confédération puisse octroyer une garantie du risque de défaillance, soit la FINMA a déjà engagé une procédure d'assainissement de la banque, soit l'ouverture d'une telle procédure est en préparation. Dans le cadre d'une procédure d'assainissement, la FINMA peut ordonner des mesures de capitalisation telles que la recapitalisation par un *bail-in* ou des mesures organisationnelles et structurelles (par ex. mutations au sein de l'équipe dirigeante, réorientation, y compris la vente de certaines parties du groupe). De telles mesures doivent être mises en œuvre selon une procédure ordonnée. La procédure d'assainissement que la FINMA doit introduire remplit cette condition.

Let. c

Avant que la Confédération ne puisse octroyer une garantie du risque de défaillance pour un prêt d'aide sous forme de liquidités, elle doit s'assurer que l'emprunteur est solvable. Une banque est solvable si elle satisfait aux prescriptions actuelles en matière de fonds propres aujourd'hui et par anticipation. Cette condition suppose notamment que la banque a suffisamment d'actifs pour pouvoir faire face à l'ensemble de ses engagements et qu'elle dispose en outre d'assez de fonds propres. Une garantie du risque de défaillance n'est accordée par la Confédération que si l'emprunteur remplit les conditions d'autorisation de la FINMA. La FINMA confirme que l'emprunteur est solvable ou, si des mesures supplémentaires sont requises pour assurer la solvabilité, qu'il existe un plan d'assainissement qui permettra, selon la FINMA, de rétablir la solvabilité. En conséquence, la solvabilité peut aussi n'être atteinte qu'après un assainissement.

Let. d

Une condition supplémentaire de l'octroi d'une garantie du risque de défaillance et, partant, de l'aide en liquidités, est que le non-octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance expose la SIB à la faillite, ce qui menace d'entraîner un dommage considérable à l'économie suisse en raison de l'importance systémique de l'établissement. Vu l'importance que revêt la SIB pour une place financière suisse orientée vers l'international, des effets négatifs menacent en outre le système financier suisse et peut-être international. L'octroi d'une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS doit répondre à un intérêt public (art. 5, al. 2, Cst.).

Let. e

L'octroi par la Confédération d'une garantie du risque de défaillance est une activité de l'État nécessitant l'utilisation de fonds publics et dont la proportionnalité doit être examinée (art. 5, al. 2, Cst.).

D'une part, l'intervention de l'État doit être appropriée pour assainir rapidement la SIB et pour éviter les risques correspondants (adéquation). D'autre part, un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance doit être le seul moyen d'éviter le dommage à l'économie et au système financier suisses que causerait la faillite de la SIB (nécessité).

Al. 4

La Confédération n'est pas tenue d'octroyer une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités, même si les conditions visées à l'al. 3 sont remplies, comme la formulation potestative à l'al. 1 le signale déjà. L'al. 4 précise qu'il ne s'agit pas d'un droit à l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance.

Art. 32b ***Ouverture de crédits***

Conformément à l'art. 21, al. 4, let. e, LFC, l'octroi d'une garantie par la Confédération exige un crédit d'engagement. En temps normal, le Parlement approuve un crédit d'engagement dans le cadre du budget et de ses suppléments ou à titre d'affaire individuelle lui étant soumise par un message spécial (art. 23 LFC). La nécessité d'une garantie du risque de défaillance pour un prêt d'aide sous forme de liquidités octroyé par la BNS apparaît dans des situations d'extrême urgence. Par conséquent, les processus parlementaires habituellement suivis ne sont pas adaptés, car ils prennent du temps. Une garantie du risque de défaillance doit en effet être octroyée sans délai, raison pour laquelle l'art. 28 LFC s'applique: le Conseil fédéral demande le crédit d'engagement nécessaire selon la procédure d'urgence et requiert au préalable l'assentiment de la Délégation des finances des Chambres fédérales (DélFin). À cette fin, il doit apporter la preuve à la DélFin que les conditions d'octroi d'une garantie du risque de défaillance visées à l'art. 32a sont remplies. Avec l'assentiment de la DélFin, il peut immédiatement contracter des engagements en vue de l'utilisation de ressources financières (art. 28, al. 1, LFC), mais doit soumettre les engagements urgents qu'il a décidés à l'approbation ultérieure de l'Assemblée fédérale (art. 28, al. 2, LFC).

Il convient en outre de souligner que le Conseil fédéral examinera également dans quelle mesure la législation actuelle permet d'intégrer le Parlement de façon appropriée dans les décisions financières urgentes ou s'il y a lieu de prévoir des modifications à cet égard. Ces changements ne doivent toutefois pas limiter les compétences constitutionnelles de la Confédération et, partant, la capacité d'action de l'État en période de crise⁸¹.

Art. 32c ***Prime de mise à disposition, primes de risque, intérêts et frais pour les prestations de tiers***

Al. 1

Une prime de mise à disposition vise à compenser le fait que la Confédération est prête à accorder à la BNS une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités octroyés à l'emprunteur. Ce dernier est tenu de payer cette prime indépendamment du fait qu'il a ou non recours au prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, et ce dès le moment où la BNS consent à octroyer un prêt à la banque. Contractuellement, la prime de mise à disposition est exigible à la fin du contrat relatif au prêt d'aide sous forme de liquidités. En cas de faillite, la BNS doit donc la faire valoir au nom de la

⁸¹ Cf. postulat de la CAJ-N 23.3438 sur le recours au droit de nécessité, accessible à l'adresse suivante: <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20233438>, et le communiqué du 19 avril 2023 du Conseil fédéral, accessible à l'adresse suivante: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-94415.html>.

Confédération à titre de créance dans la faillite. Cette prime vise à indemniser la Confédération si une intervention de l'État est nécessaire et à couvrir les frais y relatifs ainsi qu'à compenser les distorsions du marché. Elle a en outre pour but d'inciter encore davantage l'emprunteur à faire annuler la garantie rapidement. La prime de mise à disposition se calcule en fonction de la hauteur maximale de la garantie du risque de défaillance, au cas par cas.

Al. 2

Une prime de risque compense les risques couverts par la garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération sur les prêts d'aide sous forme de liquidités effectivement versés. La BNS a elle aussi droit à une indemnisation pour le risque encouru. Celle-ci couvre, dans le cas d'une faillite de l'emprunteur, les éventuels coûts non couverts par les intérêts selon l'art. 219 LP. Ces coûts peuvent être occasionnés du fait que la BNS rémunère, sur les comptes de virement, les liquidités supplémentaires qui ont été créées au moyen de prêts d'aide assortis d'une garantie du risque de défaillance. En fonction de la politique monétaire, des coûts peuvent aussi être générés lorsque la BNS exploite ces liquidités dans le cadre de l'émission d'instruments soumis à intérêt (par ex. bons de la BNS). Pour ces raisons, la Confédération et la BNS ont toutes deux droit à une prime de risque. Les primes de risque sont calculées en fonction du montant total qui est dû pour chaque prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance. Conformément aux modalités contractuelles (art. 32d), les primes de risque doivent en principe être acquittées à l'issue de chaque échéance définie par la BNS. Contractuellement, il est possible pour la BNS et la banque concernée de convenir d'autres modalités, pour autant que les risques qui pèsent sur la Confédération n'en soient pas accrus.

La prime de risque de la BNS est fondamentalement indépendante de la prime de risque qui revient à la Confédération. Les primes de risque sont définies au cas par cas par les parties (la Confédération ou la BNS), la BNS devant obtenir l'aval de la Confédération concernant la prime de risque qui lui est due. Le montant de ces primes se fonde, d'une part, sur les frais à la charge respectivement de la Confédération et de la BNS et, d'autre part, sur la situation en matière de risques qui règne à ce moment-là, en prenant en considération par exemple la situation financière et l'état des affaires de l'emprunteur ainsi que de l'éventuel groupe financier auquel il appartient. La prime de risque de la BNS est notamment calculée en fonction du taux directeur de la BNS. Si la situation en matière de risques change significativement, la Confédération et la BNS peuvent adapter leur prime en conséquence sans l'accord de l'emprunteur en tant que partenaire contractuel. L'adaptation de la prime de risque qui revient à la BNS requiert l'accord préalable de la Confédération.

Al. 3

La BNS a droit à des intérêts sur les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Ces intérêts reflètent les coûts à la charge de la BNS, qui correspondent eux-mêmes aux charges d'intérêts des avoirs à vue supplémentaires (cf. explications ad al. 2). Le taux d'intérêt se base ainsi en règle générale sur le taux directeur de la BNS en vigueur et s'élève à 0 % au minimum.

Al. 4

La BNS impute les primes de mise à disposition et de risque au compte de virement de l'emprunteur dans le cadre de l'octroi du prêt. Conformément aux modalités contractuelles, l'emprunteur doit régler la prime de mise à disposition après la fin du contrat relatif au prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance. La BNS impute en principe les primes de risque courues au compte de virement de l'emprunteur à l'échéance, ou dès que possible en cas de fonds insuffisants, et verse à la Confédération sa prime de

risque sans déduction. La BNS et la banque peuvent convenir d'une autre modalité de règlement des primes de risque, pour autant que les risques qui pèsent sur la Confédération n'en soient pas accrus. Dès lors, une non-imputation de la prime de risque ne signifie pas que la Confédération renonce à la créance correspondante.

Al. 5

Dans le cadre de la procédure de faillite, d'une part, la BNS fait valoir ses propres créances découlant des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, y compris les intérêts courus et sa prime de risque. D'autre part, elle se charge aussi de faire valoir les créances de la Confédération. Elle est habilitée à exiger au nom de la Confédération les primes de mise à disposition et de risque courues qui sont dues à cette dernière, et est tenue de le faire.

Al. 6

Lors de l'octroi, du traitement, de la surveillance et du contrôle des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, d'autres frais peuvent être occasionnés par des prestations de tiers, par exemple les frais liés à une évaluation technique visant à déterminer le montant des prêts qu'il est nécessaire d'accorder. Les frais liés à l'octroi sont mis dans tous les cas à la charge de l'emprunteur, que les prêts soient effectivement accordés ou non, et doivent être réglés à l'échéance. Le fait que ces frais supplémentaires soient payés au préalable par la Confédération, la FINMA ou la BNS, puis facturés ultérieurement à l'emprunteur n'a aucune incidence sur ce qui précède. S'agissant de la FINMA, cette règle de la répercussion des coûts liés aux prestations de tiers s'applique indépendamment des compétences déjà attribuées par la LFINMA concernant l'engagement des chargés d'enquête et des chargés d'audit.

Art. 32d Contrats

L'octroi d'une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités nécessite la conclusion d'un contrat entre la Confédération et la BNS. Celui-ci doit notamment régler les modalités relatives à la garantie octroyée par la Confédération, les conditions de sollicitation de la garantie par la BNS, le montant de la garantie du risque de défaillance, les primes de risque et de mise à disposition ainsi que la fin du contrat.

L'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités nécessite quant à lui la conclusion d'un contrat entre la BNS et l'emprunteur. Ce contrat doit notamment régler le montant de la limite du crédit, les modalités de remboursement, intérêts et primes de risque et de mise à disposition compris, ainsi que les modalités de participation et de résiliation.

Art. 32e Remboursement

Il faut assurer que l'emprunteur de la BNS rembourse en priorité les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Tant qu'il n'aura pas remboursé la totalité de ces prêts, il ne sera pas autorisé à rembourser les prêts d'aide extraordinaires ou supplémentaires sous forme de liquidités (art. 51b) que la BNS lui a accordés. Cette règle s'applique à l'échelon de l'entité juridique concernée et indépendamment de la durée de validité de l'art. 51b. Le remboursement prioritaire des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance repose sur la logique selon laquelle, dans le but de réduire les risques pour les pouvoirs publics, ces prêts doivent avoir la préséance sur les prêts d'aide sous forme de liquidités couverts en partie par les propres sûretés de la banque. Il permet de garantir le respect de la subsidiarité des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance par rapport aux prêts d'aide extraordinaires et

supplémentaires sous forme de liquidités octroyés par la BNS. Est réservé le cas où, parce que la valeur de marché a changé (modification de la valeur d'actifs servant de sûretés), il n'y a plus suffisamment de sûretés pour les prêts d'aide extraordinaires et supplémentaires sous forme de liquidités en cours. Toutefois, le cas échéant, la créance découlant de ces prêts ne peut être remboursée qu'à hauteur des sûretés manquantes. Ainsi, si la garantie de 110 couvrant un prêt d'aide extraordinaire sous forme de liquidités de 100 voit sa valeur passer à 100 du fait de l'évolution du marché, l'emprunteur sera autorisé à rembourser au préalable uniquement 10 à la BNS. Dans des cas justifiés et avec l'accord de la Confédération, l'emprunteur pourra procéder au remboursement anticipé d'un prêt d'aide extraordinaire ou supplémentaire sous forme de liquidités.

Art. 32f **Obligations de l'emprunteur liées aux prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance**

Al. 1

Afin de réduire les risques pour la Confédération et de donner la priorité au remboursement du prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, l'emprunteur ne peut effectuer au détriment de la BNS (et par extension de la Confédération) aucun versement aux propriétaires pendant toute la durée du contrat ainsi que, en cas de résiliation dudit contrat, tant que le prêt d'aide sous forme de liquidités n'a pas été remboursé par l'emprunteur et que les intérêts et les primes n'ont pas été réglés. Cette disposition assure que l'emprunteur et les filiales qui y sont directement ou indirectement liées n'utilisent pas les liquidités garanties par la Confédération pour verser des dividendes et des tantièmes à des personnes appartenant ou non au groupe financier, pour rembourser des apports en capital, ou encore pour octroyer ou rembourser des prêts aux propriétaires. Sont exceptés les contrats de prêt avec les propriétaires qui les ont conclus en leur qualité de clients dans le cadre des activités commerciales normales de la banque. On admet en particulier que, pendant l'octroi d'une garantie du risque de défaillance, l'emprunteur ne rembourse pas de manière anticipée des fonds propres de base supplémentaires et des fonds propres complémentaires encore disponibles. Font exception les cas où, selon la FINMA, des circonstances exceptionnelles plaident en faveur d'un tel remboursement, notamment lorsque cette mesure est nécessaire à l'assainissement.

Al. 2

Il est autorisé de continuer à remplir les obligations de paiement des intérêts et des charges d'amortissement découlant des opérations mentionnées à l'al. 1, let. b, si leur existence précède la conclusion d'un contrat relatif à un prêt d'aide sous forme de liquidités.

Al. 3

La durée d'applicabilité de l'al. 3 est régie par l'al. 1. L'emprunteur et les sociétés du groupe qui y sont directement ou indirectement liées ne peuvent entreprendre aucun acte susceptible de retarder ou de compromettre le remboursement du prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance ainsi que le paiement intégral des intérêts et des primes. Par «acte», on entend par exemple les restructurations ou les fusions relevant du droit des sociétés, ou encore la conclusion de nouvelles affaires, y compris l'offre de nouveaux produits, qui pourraient participer à grandement déprécier le profil de risques de l'emprunteur ou des sociétés du groupe qui y sont directement ou indirectement liées. Même après avoir obtenu un prêt, l'emprunteur doit avoir, si nécessaire, la possibilité de se restructurer ou de céder des actifs, conformément au droit en vigueur. Les actes susceptibles de nuire au remboursement du prêt et donc d'augmenter le risque pour la Confédération englobent également le versement de rémunérations variables allant à l'encontre des mesures du Conseil fédéral (cf. art. 10a). La banque devrait en principe s'abstenir de rembourser volontairement pendant

la durée de la garantie du risque de défaillance des fonds propres de base supplémentaires et des fonds propres complémentaires éventuellement encore disponibles. Si un tel remboursement est prévu par la banque, la FINMA devra, dans le cadre de son activité de surveillance habituelle, évaluer les conséquences sur les prêts d'aide sous forme de liquidités; si le remboursement en question modifie le profil de risque pour la Confédération, la FINMA doit, conformément à l'art. 32g, examiner des mesures réduisant le risque pour la Confédération et, le cas échéant, les appliquer. Pendant la période de recours à un prêt d'aide assorti d'une garantie du risque de défaillance, l'emprunteur ne peut pas non plus omettre des actes qui contribueraient au remboursement du prêt ainsi qu'au paiement intégral des intérêts et des primes. Par exemple, les risques auxquels s'expose la Confédération sont réduits par le remboursement dans les délais des prêts, lorsque l'activité le permet, ou par une couverture adéquate des risques courus par la banque.

Al. 4

L'al. 4 règle le cas où l'emprunteur ou le groupe financier est repris alors que les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance n'ont pas encore été remboursés. Il s'agit d'éviter qu'en cas de dissolution totale de l'emprunteur ou du groupe financier du fait de son absorption par une entité de la société tierce repreneuse, les interdictions visées à l'al. 1 ne subsistent jusqu'au remboursement intégral des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. La société repreneuse ou le successeur en droit doit avoir la possibilité de verser des dividendes et des tantièmes, de rembourser des apports en capital ou d'octroyer et de rembourser des prêts au sens de l'al. 1, let. a à c, même si les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance n'ont pas encore été remboursés dans leur totalité.

Art. 32g Réduction des risques, surveillance et rapport

Al. 1

Dans le cadre de leurs compétences respectives, la FINMA et la BNS ont pour mission de veiller autant que possible à ce que les risques pour la Confédération du fait d'une garantie du risque de défaillance soient réduits. Ainsi, il n'est pas admissible que le versement de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie de défaillance excède le montant effectivement nécessaire à un assainissement fructueux et que la durée des prêts d'aide sous forme de liquidités soit plus longue qu'il ne le faut.

La présente disposition assigne à la FINMA de nouvelles tâches en lien avec les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, qui s'ajoutent à celles qui sont déjà prévues à l'art. 6 LFINMA⁸². Une tâche importante qui vise à réduire les risques pour la Confédération réside dans la surveillance du respect des obligations visées à l'art. 32f ou dans le cadre de l'application de l'art. 37 par la FINMA (cf. art. 32f). Conformément à l'art. 30b, al. 3, let. b, les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance constituent des créances garanties et ne peuvent pas, en tant que tels, être convertis en fonds propres en application de l'art. 30b, al. 1, dans le cadre d'une procédure d'assainissement. Si des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance ont été versés à une SIB, la FINMA surveille, dans le cadre de son activité de surveillance, l'usage que cette SIB fait de ces liquidités.

Dans le cadre de sa fonction de pourvoyeuse de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, la BNS doit aussi réduire autant que possible les risques qui pèsent sur la Confédération. En tant que partie au contrat de prêt, la BNS peut,

⁸² RS 956.1

par exemple, définir des restrictions et des conditions, et surveiller leur application en permanence, ou encore demander des informations à l'emprunteur si nécessaire. Ces restrictions et conditions incluent par exemple l'acquisition et le transfert d'informations importantes à la Confédération ou la prise en compte des risques auxquels dernière s'expose lors de l'octroi (par ex. en cas de versements échelonnés) ou de la résiliation (en cas de remboursement échelonné) d'un prêt.

La BNS veille à la réduction des risques pour la Confédération en ce qui concerne non seulement les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, mais aussi les autres prêts qu'elle a octroyés à la SIB. Cela signifie par exemple que, lorsque la BNS résilie un prêt d'aide extraordinaire ou supplémentaire sous forme de liquidités pendant la durée d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, ce prêt doit malgré tout être remboursé d'abord. Si la BNS entend modifier les conditions des autres prêts d'aide sous forme de liquidités après l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, elle doit aussi tenir compte des répercussions de ces modifications sur les risques qui pèsent sur la Confédération. Par exemple, selon le principe de la subsidiarité, les conditions des prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités (concernant la décote notamment) ne pourront pas être modifiées de façon que le remboursement des prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités devienne prioritaire par rapport à celui des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance.

Une réduction efficace des risques requiert l'existence d'une coordination étroite entre la FINMA et la BNS (par ex. en ce qui concerne le montant et l'échelonnement des prêts d'aide sous forme de liquidités); si nécessaire, la BNS demande aussi des informations directement à l'emprunteur. S'agissant en particulier de SIB dont la structure organisationnelle est complexe, il faut désigner l'emprunteur après avoir évalué minutieusement tous les facteurs pertinents de manière que le privilège des créances dont bénéficie la Confédération ne soit pas compromis (cf. explications ad art. 32a, al. 1).

Al. 2

Dans le cadre de la surveillance courante, la FINMA contrôle également l'utilisation des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance en tenant compte des obligations visées à l'art. 32f que l'emprunteur doit remplir et en fait rapport au DFF au moins une fois par mois. Outre les mesures relevant du droit de la surveillance, les contrevenants s'exposent à des poursuites pénales, conformément à l'art. 46, al. 1, let. d.

Art. 32h ***Privilège des créances découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance***

Al. 1 et 2

Le privilège des créances visé à l'art. 32h constitue la pierre angulaire des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance en faveur d'une SIB visés dans le présent projet.

Afin de réduire les risques pour la Confédération, l'art. 32h prévoit l'introduction d'un privilège des créances en faveur de la BNS et de la Confédération. Celui-ci s'applique aux créances liées aux prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération. Par analogie avec le privilège des dépôts, prévu depuis 2011 tant par la LB que par la LP, le privilège des créances sera intégré à l'ordre des créanciers (classes) défini dans la LP et aussi inscrit dans la LB, le but étant d'assurer la cohérence du privilège accordé aux créances spécifiques aux banques. Le privilège des créances est conçu de telle sorte qu'en cas de faillite, les créances de la BNS envers l'emprunteur découlant de

prêts d'aide sous forme de liquidités avec garantie du risque de défaillance ainsi que les intérêts et primes courus soient réglés en priorité. Conformément à l'art. 219, al. 4, LP, ces créances sont colloquées après les dettes de la masse, les rétributions des employés, les cotisations aux assurances sociales, les dépôts privilégiés et les créances découlant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités, intérêts courus compris (art. 51b, al. 4), mais avant toutes les autres créances (cf. art. 220, al. 1, LP). Il revient à la BNS de faire valoir les droits aux créances dans la faillite et pour toute la durée de la procédure. Il est en outre précisé que les créances de la deuxième classe visées à l'art. 219, al. 4, let. a à f, LP ainsi que les créances de la BNS découlant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités doivent être acquittées avant les créances découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance.

L'introduction dans l'art. 219, al. 4, LP d'un privilège des créances en faveur de la BNS découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance peut conduire à une réduction des remboursements des créances de la troisième classe dans le cadre d'une procédure de faillite. Le soutien apporté à l'emprunteur au moyen de liquidités contribue dans une large mesure au succès de son assainissement. Un tel privilège sert ainsi l'intérêt de l'ensemble des créanciers en participant grandement à éviter une faillite.

L'inclusion explicite dans le projet du privilège des créances de la BNS et de la Confédération exclut ces dernières du domaine d'application de l'art. 37. Cet article prévoit que, dans les cas où la FINMA ordonne des mesures protectrices ou dans le cadre d'une procédure d'assainissement, les engagements contractés sont assimilés à des dettes de la masse en faillite et honorés avant toutes les autres créances. Ce privilège des créances élevé prévu par l'art. 37 a pour but d'inciter les investisseurs à soutenir financièrement l'emprunteur malgré la situation de crise dans laquelle il se trouve. Il est également dans l'intérêt public d'éviter autant que possible la nécessité pour la Confédération d'octroyer une garantie du risque de défaillance à la BNS afin d'assurer les liquidités d'une SIB.

En cas de faillite bancaire, les créances découlant de comptes de libre passage ou du pilier 3 sont considérées comme des dépôts privilégiés jusqu'à hauteur de 100 000 francs et colloquées à ce titre dans la deuxième classe. Les modalités du privilège des créances prévues à l'art. 32h impliquent que les créances découlant de comptes de libre passage ou du pilier 3a qui dépassent 100 000 francs suisses seraient placées dans la troisième classe et, en cas de faillite, honorées après les créances de la BNS découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités (cf. art. 32a et 51b). Si la masse en faillite d'une SIB qui a bénéficié de prêts d'aide sous forme de liquidités au sens du projet présenté ne permettait pas d'honorer entièrement les créances ouvertes de la BNS, les créances découlant d'avoirs de libre passage et du pilier 3a qui ne sont pas considérés comme des dépôts privilégiés ne seraient pas réglées au moyen de la masse en faillite. Même si les créances de la BNS pouvaient être entièrement acquittées, il se pourrait qu'en fonction du montant de la masse en faillite, la part des créances découlant d'avoirs de libre passage et du pilier 3a qui serait honorée soit réduite en raison des modalités actuelles du privilège des créances prévues à l'article 32h. C'est pourquoi, avant de présenter le message, il faudra encore examiner dans quelle mesure les modalités du privilège des créances peuvent être adaptées afin que les avoirs de libre passage et du pilier 3a soient mieux protégés en cas de faillite d'une SIB ayant contracté des prêts d'aide sous forme de liquidités. Il existe ici un conflit d'objectifs entre la protection de ces fonds de prévoyance et la protection de l'ensemble des contribuables.

Art. 32i *Recours à la garantie du risque de défaillance par la Banque nationale*

Le versement à la BNS au moment du recours à la garantie du risque de défaillance ou la comptabilisation d'un engagement financier requiert en principe l'ouverture d'un crédit par l'Assemblée fédérale (crédit budgétaire) (cf. art. 32b). Un délai de cinq ans sera applicable entre le recours à la garantie du risque de défaillance et le paiement de la garantie (cf. art. 32j). La

garantie octroyée par la Confédération est traitée comme un instrument financier au sens de la norme comptable IPSAS 41. Ainsi, la Confédération comptabilise un engagement financier à hauteur du risque de défaillance et l'adapte régulièrement à la fin de l'année; il est prévu de comptabiliser le montant de manière extraordinaire. Si le montant effectivement versé dépasse celui de l'engagement financier inscrit au bilan, le Parlement doit approuver un crédit budgétaire correspondant.

Al. 1

L'al. 1 vise à garantir que la BNS aura, avant de recourir à la garantie du risque de défaillance, entièrement fait valoir dans la faillite les créances couvertes par la garantie du risque de défaillance, y compris les intérêts et les primes de risque et de mise à disposition courus. Ce n'est que lorsque la procédure de faillite sera close et que, partant, la BNS aura subi une perte définitive que cette dernière pourra avoir recours à la garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération.

Al. 2

Le contrat de garantie du risque de défaillance et, le cas échéant, d'autres conventions entre la BNS et la Confédération règlent d'autres conditions éventuelles de recours à la garantie du risque de défaillance. S'effectuant sur présentation de l'acte de défauts de bien définitif, le paiement de la créance découlant de la garantie du risque de défaillance est limité au montant de la créance constatée par acte de défaut de biens. La BNS justifie en détail le calcul de la créance.

Art. 32j *Échéance de la créance couverte*

La créance découlant d'une perte définitive de la BNS résultant d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance devient exigible cinq ans après la clôture définitive de la procédure de faillite. Est considéré comme clôture définitive de la procédure de faillite le jour de la décision de clôture de faillite rendue par la FINMA. Ce délai permet à la Confédération de mener les processus administratifs et parlementaires nécessaires au paiement de la somme que la BNS a fait valoir. En font notamment partie l'autorisation d'un crédit budgétaire (art. 30 LFC) et l'acquisition des fonds nécessaires.

Art. 32k *Échange d'informations et traitement des données*

Al. 1

L'échange d'informations entre le DFF, la FINMA et la BNS est important, car il garantit que ces entités disposent des données factuelles nécessaires pour prendre, dans le cadre de leurs compétences respectives, les décisions requises en lien avec les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Concrètement, l'échange d'informations doit être assuré pour que les autorités concernées puissent octroyer, administrer, surveiller, contrôler et traiter des prêts d'aide sous forme de liquidités et des garanties du risque de défaillance. Les données en question englobent par exemple toutes les informations et données de la SIB concernée dont disposent la FINMA et la BNS et dont la Confédération a besoin pour évaluer correctement les liquidités et la dotation en capital de la SIB ainsi que pour évaluer et contrôler le risque découlant de la garantie du risque de défaillance que la Confédération prévoit d'octroyer. Cet échange porte aussi sur des informations non rendues publiques, concernant notamment: les opérations de financement, la situation financière de la SIB et sa situation en matière de risques; la planification financière pour la période des prêts d'aide sous forme de liquidités accordés par la BNS, respectivement pour la période de garantie du risque de défaillance; et les positions de risque matérielles ouvertes de toutes les

entités juridiques de la SIB. Les informations et documents au sujet des faits qui se sont produits avant l'octroi éventuel d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, tels que l'étendue et les modalités des prêts d'aide extraordinaires ou supplémentaires sous forme de liquidités accordés par la BNS, sont aussi concernés par la disposition s'ils sont nécessaires à l'exécution. De plus, les informations relatives aux sûretés utilisées ou utilisables par la SIB dans le cadre du recours aux facilités de la BNS et les informations issues de la surveillance du marché doivent pouvoir être échangées à des fins d'évaluation de la situation. Pendant la durée de la garantie du risque de défaillance, les autorités impliquées ne peuvent pas invoquer de réserves du secret, telles le secret de fonction, le secret bancaire ou le secret fiscal, les unes contre les autres. L'échange d'informations ne s'entend pas comme un acte unique au moment de l'octroi par la Confédération de la garantie du risque de défaillance à la BNS. Il doit aussi se faire en particulier pendant que la garantie du risque de défaillance est en cours et lors d'une éventuelle procédure de faillite.

Al. 2

Dans la perspective de l'octroi, de l'administration, de la surveillance, du contrôle et du traitement des prêts d'aide sous forme de liquidités et des garanties du risque de défaillance, le DFF sollicite la FINMA et la BNS de lui fournir toutes les informations indispensables pour évaluer les risques auxquels les finances de la Confédération sont exposées et pour décider si et dans quelle mesure il faut utiliser des fonds publics (voir aussi l'art. 32a, al. 3). Le DFF doit recevoir, avant l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance et jusqu'au terme de la garantie du risque de défaillance, les informations nécessaires à l'adoption de décisions fondées et rapides. Ces informations comprennent par exemple des informations supplémentaires dont le DFF a besoin pour comprendre les évaluations de la FINMA et de la BNS et pour procéder à sa propre évaluation de la situation, des risques et des actions envisageables. Elles peuvent inclure le plan d'assainissement et, de ce fait, des documents connexes tels que le plan d'urgence. Le DFF transmet au Contrôle fédéral des finances les informations et les documents dont celui-ci a besoin en tant qu'organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière (art. 1 de la loi du 28 juin 1967 sur le Contrôle des finances [LCF]⁸³) et dans le cadre de ses procédures de contrôle visant à évaluer les prêts d'aide sous forme de liquidités, les garanties du risque de défaillance et les engagements financiers de la Confédération qui en découlent. L'al. 2 ne s'étend pas à l'obtention par la FINMA et la BNS d'expertises auprès de tiers.

Al. 3

L'al. 3 établit que l'échange d'informations ne se limite pas aux autorités visées à l'al. 1 et qu'il concerne aussi le Contrôle fédéral des finances et, au besoin, les tiers nécessaires à l'exécution des dispositions (par ex. délégué à l'assainissement ou consultants externes). Il vise notamment à garantir une base légale adéquate pour le traitement – à savoir l'appariement ou l'échange par exemple – de données personnelles ou concernant des personnes morales, y compris les données sensibles au sens de la loi du 25 septembre 2020 sur la protection des données⁸⁴ et les données sensibles concernant des personnes morales au sens de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁸⁵, ainsi que d'autres informations. Les informations nécessaires à l'exécution des dispositions doivent avoir un lien avec l'octroi, l'administration, la surveillance, le contrôle et le traitement des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Elles comprennent en particulier les informations relatives aux sûretés couvrant toutes les facilités octroyées à la SIB par la BNS. L'évaluation des risques peut aussi exiger des informations sur le marché.

⁸³ RS 614.0

⁸⁴ RS 235.1

⁸⁵ RS 172.010

Art. 46, al. 1, let. d**Al. 1, let. d**

La let. d constitue un complément qui correspond, sous l'angle du mode d'exécution et du bien juridique protégé, aux dispositions pénales actuelles de la LB. Par analogie avec le droit pénal accessoire mentionné dans la LB, il est donc justifié en l'espèce de poursuivre d'office la violation intentionnelle des obligations visées à l'art. 32f et de la définir comme un délit puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Les personnes qui autorisent les décisions et paiements visés à l'art. 32f, al. 1, let. a à c, et 3, bien qu'elles doivent les empêcher en raison de leur position dans l'organisation de la banque, violent leur devoir et se trouvent pénalement en position de garant. La position de garant peut être définie conformément aux dispositions de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)⁸⁶.

Remarque préliminaire sur le chapitre XIVa

Le chapitre XIVa permet notamment d'inscrire dans la loi les bases légales et les effets juridiques liés aux dispositions de l'ordonnance du 16 mars 2023⁸⁷ sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique. Ainsi, les effets juridiques liés tant aux prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance déjà octroyés qu'aux autres mesures prises en mars 2023 continueront à se déployer. Les décisions du Conseil fédéral du 16 mars 2023 et du 19 mars 2023 ainsi que la décision de la Délégation des finances du Parlement du 19 mars 2023 ne sont pas affectées par le présent projet. Il convient de signaler que la durée de validité des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités (cf. art. 51b) est limitée au 31 décembre 2027. L'art. 51i confie en outre au Conseil fédéral le mandat légal d'examiner, dans un délai de cinq ans à partir de leur entrée en vigueur, les dispositions qui ont été reprises de l'ordonnance pour être intégrées dans le présent chapitre de la loi. Le Conseil fédéral rend rapport à ce sujet à l'Assemblée fédérale et indique si des dispositions de la loi doivent être abrogées ou modifiées. Ainsi, les dispositions obsolètes au moment de l'examen pourront être supprimées.

Art. 51a Champ d'application

L'art. 51a précise que le chapitre XIVa s'applique aux prêts d'aide sous forme de liquidités, aux garanties, aux autres mesures et aux transactions liées à une fusion qui ont été exécutés conformément à l'ordonnance du 16 mars 2023 sur les prêts d'aide sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique⁸⁸ dans sa version du 19 mars 2023⁸⁹.

Art. 51b Prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités

La possibilité pour la BNS d'octroyer des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités a été introduite en mars 2023 à titre de filet de sécurité pouvant rapidement être mis en œuvre, en raison des retraits de liquidités enregistrés par Credit Suisse. Ainsi, l'art. 51b est conçu en lien avec l'ordonnance du 16 mars 2023 comme une solution transitoire applicable jusqu'à ce

⁸⁶ RS 313.0

⁸⁷ RS 952.3

⁸⁸ RS 952.3

⁸⁹ RO 2023 136

que l'analyse des événements entourant l'acquisition de Credit Suisse par UBS, décidée le 29 mars 2023 par le Conseil fédéral⁹⁰, et la mise en œuvre des mesures qui en découleront soient achevées.

Dans ce contexte, la durée de validité de l'art. 51b, al. 1 à 3, et 51c doit être limitée conformément au ch. III, si bien que ces dispositions cesseront de s'appliquer au 31 décembre 2027. Cette circonstance n'a pas d'influence sur les contrats existants, l'échéance des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités en cours, le privilège des créances au sens de l'art. 219, al. 4, LP ou les modalités de remboursement des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Sans préjudice des dispositions abrogées, conformément à l'art. 32e, l'emprunteur doit rembourser les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance avant les autres prêts d'aide sous forme de liquidités éventuellement octroyés et versés par la BNS.

Al. 1

L'al. 1 précise que le Conseil fédéral définit au cas par cas, en accord avec la BNS, le montant maximal des prêts d'aide sous forme de liquidités que la BNS peut verser à un groupe financier. Lors de la définition du montant maximal, il convient notamment de considérer les risques. Le bilan de l'emprunteur doit – en sus des sûretés déjà utilisées pour l'octroi d'ELA – inclure suffisamment d'actifs de valeur qui pourraient, en tant que «sûretés au sens large», servir à couvrir les créances de la BNS en cas de faillite de l'emprunteur, même si, en raison d'obstacles juridiques ou autres, elles n'étaient pas considérées comme des garanties immédiatement transférables. Lorsque le Conseil fédéral et la BNS se mettent d'accord, il s'agit en outre de garantir que les éventuelles réserves liées à la politique monétaire soient prises en compte.

Al. 2

La BNS peut soumettre les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités à certaines conditions. De même, elle peut, dans les limites du montant maximal fixé à l'al. 1, accorder des prêts d'aide supplémentaires distincts sous forme de liquidités à plusieurs entités appartenant au même groupe financier.

Al. 3

Les art. 32a, al. 3, 32c, al. 3 et 6, 32f et 51e, al. 1, concernant les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance s'appliquent par analogie lorsque la BNS octroie un prêt d'aide supplémentaire sous forme de liquidités.

Al. 4

Le privilège des créances est un élément central des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités.

La réglementation prévoit d'instaurer un privilège des créances en faveur de la BNS afin de réduire les risques qui pèsent sur celle-ci. Ce privilège est limité aux créances découlant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités, intérêts courus compris. Il est intégré à l'ordre des créanciers (classes) défini dans la LP et conçu de telle sorte que si une faillite intervient, les créances détenues par la BNS sur l'emprunteur découlant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités soient honorées en priorité. En vertu de l'art. 219, al. 4, LP, ces créances sont colloquées après les dettes de la masse, les rétributions des employés, les cotisations aux assurances sociales et les dépôts privilégiés, mais avant toutes les autres créances. La disposition précise en outre que les créances de la deuxième classe visées à

⁹⁰ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-94030.html>

l'art. 219, al. 4, let. a à f, sont honorées avant les créances de la BNS découlant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités.

L'introduction d'un privilège des créances au sens de l'art. 219, al. 4, LP en faveur de la BNS découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance peut conduire à une réduction des remboursements des créances de la troisième classe dans le cadre d'une procédure de faillite. Le soutien apporté à l'emprunteur au moyen de liquidités contribue dans une large mesure au succès de son assainissement. Un tel privilège sert ainsi l'intérêt de l'ensemble des créanciers en participant grandement à éviter une faillite (cf. chap. 5.3).

Concernant l'examen plus approfondi des modalités du privilège des créances, voir les explications de l'art 32h.

Art. 51c ***Rapport entre les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance***

Les prêts d'aide sous forme de liquidités qui sont assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération doivent impérativement être subsidiaires par rapport aux autres mesures dont la SIB dispose pour garantir les liquidités. Pour que des prêts de ce type puissent leur être versés, l'emprunteur et le groupe financier doivent avoir épuisé les prêts d'aide extraordinaires et supplémentaires sous forme de liquidités. Sont exclues du champ d'application de cette obligation notamment les liquidités que l'emprunteur n'est pas autorisé à utiliser par ailleurs en raison de restrictions prudentielles et les liquidités certes disponibles dans d'autres entités juridiques du groupe financier, mais qu'il n'est pas possible de transférer à l'emprunteur du fait de restrictions prudentielles. L'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance peut aussi intervenir avant l'épuisement des prêts d'aide extraordinaires et supplémentaires sous forme de liquidités.

La BNS doit confirmer au DFF que l'emprunteur et le groupe financier ont épuisé les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités octroyés par la BNS.

Conformément au ch. III, la durée d'application de cette disposition doit être limitée. Elle perdra effet le 31 décembre 2027.

Art. 51d ***Prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance***

L'art. 51d prévoit que lorsque des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance ont été octroyés conformément à l'ordonnance du 16 mars 2023 sur les prêts d'aide sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique⁹¹ dans sa version du 19 mars 2023⁹², l'art. 32a, à l'exception de l'al. 3, let. b et e, et les art. 32b à 32k, 46, al. 1, let. d, et 51e s'appliquent par analogie. Le renvoi à l'art. 32a, à l'exception de l'al. 3, let. b et e, permet de clarifier que le prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance a été octroyé, dans le cas de Credit Suisse, en vue de la poursuite de l'activité dans le cadre de l'acquisition par UBS. Cette condition figure à l'art. 4, al. 3, de l'ordonnance. L'art. 51d garantit que les mesures et effets liés au prêt en question, tels que le privilège des créances de la BNS, conserveront leur validité même si l'ordonnance n'est plus en vigueur.

⁹¹ RS 952.3

⁹² RO 2023 136

Art. 51e Autres mesures de la FINMA**Al. 1**

L'al. 1 vise à garantir autant que possible le maintien de la mesure prévue à l'art. 10, al. 1, de l'ordonnance du 16 mars 2023 sur les prêts d'aide sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique⁹³ dans sa version du 19 mars 2023⁹⁴. Cette disposition se fonde sur l'art. 25 en relation avec l'art. 26 LB. En cas d'octroi à une SIB d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, la FINMA examine si le maintien total ou partiel de l'organe chargé de la haute direction (en règle générale, le conseil d'administration) et de l'organe de direction (en règle générale, la direction) est propice à la poursuite de l'activité de la banque. Cela peut notamment être le cas lorsque le conseil d'administration, la direction ou certains membres n'ont pris que récemment leurs fonctions. Sinon, les organes peuvent être remplacés. Pour le remplacement, on peut se référer à la planification de la relève selon le chiffre marginal 27 de la circulaire 2017/1 Gouvernance d'entreprise – banques⁹⁵. La FINMA aura en outre la possibilité d'ordonner des mesures protectrices visées à l'art. 26. Elle disposera ainsi des mêmes instruments qu'en cas de menace d'insolvabilité.

Al. 2

De nature déclaratoire, l'al. 2 vise à garantir le maintien de la disposition prévue à l'art. 5a de l'ordonnance du 16 mars 2023 sur les prêts d'aide sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique⁹⁶ dans sa version du 19 mars 2023⁹⁷. Voir le commentaire de l'art. 26, al. 1, let. h.

Art. 51f Dérogations à la loi sur la fusion**Al. 1**

Le projet prévoit certains allègements afin de faciliter une reprise de la banque au sens de la LFus et s'il y a urgence dans un cas d'application spécifique. Ainsi, l'exécution d'une transaction ne nécessite pas de décision de la part des assemblées générales des sociétés concernées si la FINMA approuve la transaction.

En outre, sous réserve de l'approbation de la transaction par la FINMA, les dispositions suivantes ne s'appliquent pas: exigence d'établir des comptes intermédiaires et un rapport de fusion (art. 11 et 14 LFus), vérification du contrat de fusion et du rapport de fusion par les experts-réviseurs (art. 15 LFus) et droit de consultation des associés (art. 16 LFus).

Le projet prévoit également la possibilité, avec l'approbation de la FINMA, de déroger à d'autres exigences de la LFus en matière de transactions, dans la mesure où des circonstances particulières l'exigent. Des circonstances particulières existent notamment en cas d'urgence et de nécessité d'une reprise rapide dans le but de préserver l'économie suisse et le système financier suisse d'un grave dommage. En pareil cas, la FINMA consulte au préalable les autorités cantonales du registre du commerce concernées ainsi que l'Office fédéral du registre du commerce au sujet de la faisabilité.

⁹³ RS 952.3

⁹⁴ RO 2023 136

⁹⁵ FINMA, circulaire 2017/1 Gouvernance d'entreprise – banques, 4 novembre 2020, accessible à l'adresse suivante: [www.finma.ch > Documentation > Circulaires > 2017/01 Circulaire FINMA Gouvernance d'entreprise – banques](http://www.finma.ch/Documentation/Circulaires/2017/01/Circulaire_FINMA_Gouvernance_d'entreprise_banques)

⁹⁶ RS 952.3

⁹⁷ RO 2023 136

Al. 2

La FINMA prend acte des résultats de la consultation visée à l'al. 1. La compétence décisionnelle relève de la FINMA.

Art. 51g Garantie contre les pertes**Al. 1**

L'al. 1 pose le principe selon lequel la Confédération peut conclure une garantie contre les pertes. Une telle garantie ne peut être conclue que dans le cas d'une transaction au sens de la LFus entre deux banques qui sont d'importance systémique ou font partie d'un groupe financier d'importance systémique au sens de l'art. 7 LB et qui sont actives sur le plan international. De plus, la garantie ne pourra être accordée à la banque acquéreuse que dans l'optique d'une garantie contre les éventuelles pertes que pourrait entraîner la liquidation des actifs de la banque acquise. Il s'agit de couvrir les cas où la banque acquéreuse subit des pertes définitives dans le cadre de la réalisation d'un portefeuille de la banque acquise. La notion de «pertes définitives» doit être précisée dans le contrat visé à l'al. 4. Les actifs à liquider de la banque acquise devront également être présentés de manière claire et précise dans un aperçu, qui fait partie du contenu du contrat.

Al. 2

L'octroi de la garantie est subordonné à l'obtention d'un crédit d'engagement selon l'art. 28h LFC. À propos de l'ouverture de crédits, on se référera au commentaire de l'art. 32b. Une garantie contre les pertes ne peut dépasser les 9 milliards de francs suisses.

Al. 3

Le recours à la garantie contre les pertes obéit à des conditions strictes qui doivent être satisfaites de manière cumulative avant que la Confédération n'honore son obligation contractuelle liée à la garantie. D'abord, tous les actifs à liquider doivent avoir été réalisés définitivement (let. a). Ce n'est en effet qu'à ce moment-là qu'il est possible de déterminer si la banque acquéreuse visée à l'al. 1 a subi des pertes liées à la liquidation des actifs ainsi que le montant de ces pertes. Ensuite, dans la mesure où le versement de la garantie est sollicité, la banque acquéreuse doit avoir assumé les pertes définitives sur la réalisation des actifs à liquider pour un montant de 5 milliards de francs suisses (let. b). Ce n'est qu'ensuite, et à condition que le montant des pertes définitives dépasse les 5 milliards de francs suisses, que la banque acquéreuse peut solliciter le versement de la garantie contre les pertes. La surveillance du respect des conditions liées aux deux premières étapes (let. a et b) est assurée par la FINMA (let. c). C'est elle aussi qui confirme à la Confédération que des pertes définitives à hauteur de 5 milliards issues de la liquidation des actifs réalisés ont été couvertes par la banque acquéreuse et que, malgré cela, les pertes définitives selon la let. b n'ont pas été entièrement compensées. La FINMA confirme encore qu'il subsiste par conséquent une perte résiduelle définitive qui doit être couverte par la garantie de la Confédération. Elle s'assure également que l'évaluation de la garantie selon les *International Financial Reporting Standards* (IFRS) est appropriée, dans le cadre des finances de la Confédération, à la date de clôture du bilan (31 décembre) ou aux dates de référence supplémentaires demandées par la Confédération, et elle rend compte à la Confédération.

Al. 4

La Confédération et la banque acquéreuse concluent un contrat relatif à l'octroi et au versement de la garantie contre les pertes. Comme pour les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, dont la prise en charge des coûts est réglée à l'art. 32c, la garantie contre les pertes entraîne pour la Confédération des coûts qui doivent être couverts. Il s'agit en particulier des coûts de structuration, de mise à disposition, de surveillance, de contrôle et d'exécution de la garantie. Ces coûts peuvent être mis à la charge de

la bénéficiaire de la garantie en tout ou en partie. Les modalités doivent être réglées contractuellement.

Al. 5

Dans nombre de cas, la transmission d'informations et de documents des banques impliquées est restreinte par des obligations légales ou contractuelles de garder le secret. Pour que les informations nécessaires et les documents pertinents puissent être mis à la disposition de la Confédération et des tiers qu'elle mandate, une loi au sens formel doit exclure l'application de ces obligations de garder le secret. L'obligation de transmettre des informations et des documents, y compris tous les contrats et bouclements de comptes, vaut uniquement pour la démarche visée à l'art. 51g.

Art. 51h ***Échange d'informations***

L'art. 32k, qui régit l'échange d'informations entre les autorités, s'applique par analogie à l'exécution des dispositions du chap. XIVA. L'échange d'informations est essentiel, en particulier dans le cadre des prêts d'aide sous forme de liquidités et des garanties prévues par ce chapitre. L'échange d'informations est régi par l'art. 6 de l'ordonnance du 16 mars 2023.

Art. 51i ***Examen des dispositions du présent chapitre***

Le Conseil fédéral devra examiner les dispositions du chap. XIVA dans les cinq ans à compter de leur entrée en vigueur. Il devra en faire rapport à l'Assemblée fédérale et déterminer dans ce cadre les dispositions législatives qui doivent éventuellement être modifiées ou abrogées. Les dispositions devenues obsolètes pourront ainsi être abrogées. Cela pourrait par exemple concerner l'art. 51f, lorsque la transaction au sens de la LFus entre Credit Suisse et UBS sera conclue.

Art. 52a

Dans le cadre d'un rapport publié le 16 décembre 2022, le Conseil fédéral a examiné les modifications du 15 juin 2018 de la loi sur les banques en les comparant avec les buts de la surveillance des marchés au sens de la LFINMA. L'art. 52a peut par conséquent être abrogé.

4.2 **Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral**

Art. 46

Al. 2, let. f

En principe, les jugements rendus par le Tribunal administratif fédéral dans le domaine des offres publiques d'acquisition ne peuvent pas être attaqués devant le Tribunal fédéral. À l'avenir, seront réservés les cas que le Tribunal administratif fédéral aura jugés en tant que juridiction de premier recours selon l'art. 83 (complété), let. u, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)⁹⁸ et les art. 140, al. 1, et 141, al. 1^{bis}, LIMF. Conformément à l'art. 141, al. 3, LIMF, les dispositions légales concernant les fêtes ne s'appliquent pas aux procédures en matière d'offre publique d'acquisition devant le Tribunal administratif fédéral. Cette disposition doit aussi valoir pour la procédure devant le Tribunal fédéral lorsqu'il est saisi d'un recours contre un jugement du Tribunal administratif fédéral en vertu de l'art. 141, al. 1^{bis}, LIMF (voir le commentaire de l'art. 141, al. 1^{bis}, LIMF). C'est pourquoi il faut compléter l'art. 46, al. 2, LTF par une nouvelle let. f. À des fins de clarté, la let. f renvoie également à l'art. 83, let. u, LTF.

⁹⁸ RS 173.110

Art. 83*Let. u*

Comme le Tribunal administratif fédéral fera office, dans certains cas, de juridiction de premier recours en matière d'offre publique d'acquisition en vertu de l'art. 141, al. 1^{bis}, LIMF et qu'il doit rester possible de saisir une deuxième instance de recours dans ces cas également, il faut prévoir à l'art. 83, let. u, LTF une exception correspondante au principe de non-contestabilité dans le domaine des offres publiques d'acquisition.

Art. 100*Al. 2, let. e*

Le délai de recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre les décisions de la FINMA est de dix jours. Le même délai doit s'appliquer aux recours devant le Tribunal fédéral contre les jugements que le Tribunal administratif fédéral a rendus en vertu de l'art. 141, al. 1^{bis}, LIMF en tant que juridiction de premier recours. L'art. 100, al. 2, LTF doit donc être complété par une let. e.

4.3 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite**Art. 219***Al. 4 Deuxième classe, let. g*

L'al. 4 reste inchangé. Pour la let. g, voir le commentaire des art. 32h et 51b, al. 4.

Art. 220*Al. 1*

Voir le commentaire des art. 32h et 51b, al. 4. Cette disposition établit clairement que les créances de la deuxième classe visées à l'art. 219, al. 4, let. a à f, sont honorées avant les créances de la BNS qui découlent de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités, y compris les intérêts courus, et de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, y compris les primes et intérêts courus (art. 219, al. 4, let. g, P-LP).

4.4 Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers**Art. 19 Responsabilité***Al. 1*

L'al. 1 est complété de manière qu'il fasse aussi référence au nouvel al. 3.

Al. 2

L'al. 2 n'est pas modifié.

Al. 3

Le conseil d'administration de la FINMA statue entre autres sur les affaires de grande portée (art. 9, al. 1, let. b, LFINMA). Si, sur la base de telles décisions du conseil d'administration dans des affaires de grande portée, des actions en responsabilité de l'État sont menées à l'encontre de la FINMA, le conseil d'administration est tenu de se récuser en raison de sa pré-implication. Cette obligation de se récuser s'étend à tous les collaborateurs de la FINMA subordonnés au conseil d'administration, par conséquent à l'ensemble de la FINMA. Dans ce cas, il faut prévoir une autorité de substitution. Compte tenu de son expérience en matière d'évaluation d'actions en responsabilité de l'État à l'encontre de la Confédération, le DFF représente l'autorité de substitution appropriée pour statuer en la matière.

4.5 Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers

Art. 140**Al. 1**

La FINMA assume la surveillance de ses assujettis conformément à la LFINMA et aux lois sur les marchés financiers. Elle est aussi l'instance de recours contre les décisions de la commission des offres publiques d'acquisition prises sur la base de la LIMF. Dans ce contexte, si les circonstances le justifient, le recours doit être exceptionnellement déposé directement devant le Tribunal administratif fédéral (et non devant la FINMA; voir le commentaire de l'art. 141, al. 1^{bis}, LIMF).

Art. 141**Al. 1**

Pour plus de clarté, la disposition fixant le délai de recours à dix jours est déplacée de l'al. 2 à l'al. 1.

Al. 1^{bis}

Vu les tâches légales de la FINMA, il est possible que son conseil d'administration doive, en application de l'art. 9, al. 1, let. b, LFINMA, évaluer sous l'angle du droit de la surveillance une acquisition concernant des assujettis dans le cadre d'une affaire de grande portée et que la FINMA doive éventuellement encore se prononcer par la suite sur un recours en matière de droit des offres publiques d'acquisition contre une décision de la commission compétente. Il est également possible qu'un recours soit déposé contre une décision de la commission des offres publiques d'acquisition de la FINMA et que le conseil d'administration doive statuer sur cette affaire en vertu de l'art. 9, al. 1, let. b, LFINMA. Dans ces cas exceptionnels, le Tribunal administratif fédéral doit assumer les tâches de première instance de recours de la FINMA. Cette dernière transfère le recours sans délai au Tribunal administratif fédéral. Le nouvel art. 141, al. 1^{bis}, LIMF règle les conditions de la compétence en première instance du Tribunal administratif fédéral et le délai de recours direct auprès de celui-ci. Pour des raisons de cohérence et d'égalité de traitement, le délai de recours au Tribunal administratif fédéral est, dans de tels cas, de cinq jours de bourse, soit le même délai que celui imparti autrement pour contester une décision de la commission des offres publiques d'acquisition auprès de la FINMA. L'art. 141, al. 3, LIMF prévoit déjà que les dispositions légales concernant les fêtes ne s'appliquent pas aux procédures en matière d'offre publique d'acquisition devant le Tribunal administratif fédéral. Cela vaut indépendamment du fait que le Tribunal administratif fédéral intervienne en qualité de première instance de recours ou qu'il juge une décision de la FINMA en

deuxième instance de recours. Si le cas visé à l'al. 1^{bis} s'applique, la FINMA informe en conséquence la commission des offres publiques d'acquisition et les parties concernées. Ladite commission adresse son dossier au Tribunal administratif fédéral et non à la FINMA. Dans sa décision, rendue en lien avec une décision au sens de l'art. 9, al. 1, let. b, LFINMA, la commission indiquera les voies de recours disponibles selon les al. 1^{bis} et 2.

Il faut, aux fins de préserver la possibilité d'une double instance, ouvrir la voie de recours au Tribunal fédéral contre le jugement en première instance du Tribunal administratif fédéral.

Al. 2

Cet alinéa précise que les recours fondés sur l'art. 141 LIMF n'ont pas d'effet suspensif.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour les banques d'importance systémique

Grâce aux prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS garantis par la Confédération, une SIB domiciliée en Suisse peut être approvisionnée en liquidités rapidement et à titre subsidiaire si une telle mesure s'avère nécessaire en cas de crise pour assurer son assainissement, la poursuite de son activité selon l'art. 51d ou sa faillite en maintenant ses fonctions d'importance systémique.

La simple possibilité d'octroi de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance peut déjà produire des effets préventifs sur le marché et empêcher, le cas échéant, que les banques ne soient prises d'assaut par les déposants. Le renforcement ou la création de ces instruments peuvent mettre en confiance les investisseurs et les clients et ainsi contribuer à ce que ceux-ci maintiennent ou engagent des relations d'affaire avec la banque concernée même en cas de crise. S'il s'agit d'une SIB active sur le plan international, la confiance des autorités de surveillance étrangères dans sa capacité d'assainissement et la probabilité de maintenir son activité s'en trouvent toutes deux renforcées, ce qui réduit le risque que ces autorités n'imposent des exigences réglementaires supérieures aux entités juridiques des G-SIB domiciliées sur leur territoire ou qu'elles ne restreignent les possibilités de transférer des capitaux et des liquidités (mesures de cantonnement ou *ring fencing*).

L'octroi par les banques centrales de prêts d'aide sous forme de liquidités (par ex. ELA ou PLB) fait partie des instruments standards utilisés en cas de crise au niveau international (cf. ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**, Comparaison avec le droit étranger). Le présent projet réduit donc d'éventuelles distorsions de la concurrence défavorables aux SIB suisses actives sur le plan international en les plaçant sur un pied d'égalité avec leurs concurrentes étrangères des principales places financières.

La perspective d'un octroi de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités ou de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance peut créer des incitations inopportunes (*moral hazard*). Celles-ci peuvent mener la banque à adopter des comportements irresponsables et, partant, allant à l'encontre des intérêts publics, ce qui peut déclencher de nouveaux risques ou accroître des risques existants. Cependant, contrairement aux entreprises non réglementées, les banques et plus particulièrement les SIB ne peuvent pas déterminer librement la quantité de liquidités qu'elles doivent détenir, car elles sont liées par les dispositions de l'OLiQ. En raison du facteur de risques élevé, les SIB doivent déjà prévoir des suppléments de liquidités spécifiques à leur établissement dans le cadre du durcissement des exigences en matière de liquidités entré en vigueur au 1^{er} juillet 2022, ce qui restreint les comportements risqués. De plus, les incitations inopportunes sont combattues par des mesures spécifiques à la banque et au personnel.

Ces mesures comprennent les coûts, supportés par la banque, liés à l'octroi par la Confédération d'une garantie du risque de défaillance et l'octroi par la BNS de prêts d'aide sous forme de liquidités (art. 32c). Pendant toute la durée de la garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération, l'établissement concerné doit à celle-ci une prime de mise à disposition. Cette prime est fixée au cas par cas. L'emprunteur doit aussi verser, tant à la Confédération qu'à la BNS, une prime de risque sur les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance et payer des intérêts appropriés à la BNS. Les primes de risque sont définies dans le cas d'espèce, en fonction des risques qui pèsent sur la Confédération et sur la BNS. Les coûts afférents aux primes de risque et aux intérêts courent pour l'établissement concerné aussi longtemps qu'un prêt subsiste. Les primes, en particulier, sont censées constituer des incitations adéquates pour l'établissement concerné. D'une part, les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance doivent être plus onéreux que les autres possibilités usuelles d'obtenir des liquidités sur le marché, ce qui tient compte du caractère subsidiaire de cette mesure. L'établissement doit être incité à minimiser son recours aux prêts d'aide sous forme de liquidités ou à les rembourser aussi rapidement que possible. D'autre part, les primes ne doivent pas menacer la réalisation des objectifs attachés à la mesure, à savoir le succès de l'assainissement de l'établissement, la poursuite de son activité au sens de l'art. 51d ou une faillite permettant de maintenir les fonctions d'importance systémique, par des coûts supplémentaires élevés pour l'établissement en état de crise.

En outre, l'établissement doit respecter certaines obligations (art. 32f) et le Conseil fédéral doit prendre des mesures concernant les rémunérations variables (art. 10a).

La simple possibilité d'octroyer une garantie du risque de défaillance tout comme l'octroi effectif d'une telle garantie influencent la solvabilité de l'établissement concerné. Il y a lieu d'admettre que le gain de confiance améliore immédiatement les possibilités de refinancement sur le marché tout en réduisant les coûts de ce refinancement. On peut aussi penser qu'en cas de crise, la confiance des clients dans l'établissement réduit les retraits de leurs avoirs.

5.2 Conséquences pour les banques n'ayant pas d'importance systémique

La possibilité d'octroyer des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance aux SIB renforce leur résilience en cas de crise de liquidités. Les coûts de refinancement des SIB sur le marché peuvent s'en trouver réduits, pour autant que et dans la mesure où les cours du marché n'ont pas déjà intégré un soutien implicite de l'État pour les SIB. Comme le projet ne produit pas d'effets sur les coûts de refinancement des banques sans importance systémique, un effet de distorsion de la concurrence ne saurait être exclu. En outre, l'octroi d'une garantie du risque de défaillance constitue une intervention de l'État dans le libre marché et entraînerait des distorsions supplémentaires de la concurrence. Afin de contrer cet effet de distorsion, le projet prévoit, en sus des intérêts, des primes de mise à disposition et des primes de risque que la SIB concernée doit verser à la Confédération et à la BNS. Par ailleurs, il faut supposer que la probabilité réduite d'une crise de liquidités et, par conséquent, d'une faillite d'une SIB amoindrit les risques de contagion potentiels, ce qui est dans l'intérêt de l'ensemble du secteur bancaire.

5.3 Conséquences pour les clients et les créanciers de la banque

Les clients et les créanciers de la SIB profitent surtout de sa stabilité accrue en cas de crise de liquidités grâce à la possibilité pour la SIB d'obtenir des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et des prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par la Confédération. En cas de crise, tous les créanciers ont un intérêt considérable à ce que les liquidités de la banque soient assurées. En cas d'assainissement, il est impératif que celui-ci soit, selon toute

vraisemblance, économiquement plus favorable aux créanciers (cf. art. 31). En raison du privilège des créances (art. 51*b*, al. 4, et art. 32*h*), les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et les prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par la Confédération peuvent avoir des conséquences pour certains créanciers de la banque. Les créances de la BNS découlant des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance ainsi que les primes et les intérêts courus sont attribués à la deuxième classe visée à l'art. 219, al. 4, LP, leur ordre de priorité étant toutefois inférieur au sein de cette classe (cf. art. 220, al. 2, LP). Les créances correspondantes ne sont donc remboursées que lorsque les créanciers de la première et de la deuxième classes ont obtenu totale satisfaction. La première classe comprend en particulier les créances salariales des travailleurs. La deuxième classe regroupe surtout les créances des assurances sociales et les dépôts privilégiés visés à l'art. 37*a*. Le privilège des créances découlant des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance ne prime donc pas sur ces déposants mais seulement sur les créanciers de la troisième classe. Dans l'ensemble, la mesure est positive également pour ces créanciers, car les prêts d'aide sous forme de liquidités susmentionnés devraient renforcer leur confiance et par là faire baisser sensiblement la probabilité d'une faillite de la SIB en raison d'un manque de liquidités.

L'utilité du présent projet pour les clients et les créanciers de la banque réside dans la réduction de la probabilité d'une insolvabilité et, partant, d'une faillite de la SIB et des conséquences négatives que cela implique. En cas de faillite d'une SIB, le plan d'urgence doit garantir que les fonctions d'importance systémique seront maintenues sans interruption (à l'intérieur de l'entité suisse, s'agissant d'une SIB active sur le plan international). Une interruption passagère des fonctions d'importance systémique ne peut toutefois pas être totalement exclue dans la pratique en cas de faillite d'une SIB. Selon la situation, des prêts d'aide sous forme de liquidités pourraient s'avérer nécessaires pour assurer le maintien des fonctions d'importance systémique.

La faillite d'une SIB fait augmenter le risque d'une interruption des fonctions d'importance systémique et aurait, en particulier s'agissant de SIB actives sur le plan international, des répercussions négatives sur les clients et les créanciers de la banque ainsi que sur un grand nombre de clients étrangers dans le domaine de la gestion de fortune, ce qui entraînerait des effets négatifs à long terme pour la place financière et l'économie suisses. Dès l'ouverture de la faillite, les clients ne peuvent plus disposer sans restriction de leurs actifs auprès des entités en faillite de la banque. Ils subissent en outre des pertes sur leurs dépôts non garantis. Une certitude quant aux pertes effectives ne sera possible qu'après la clôture de la procédure de faillite, dont la durée est supérieure à dix ans. En outre, les clients ne pourront disposer que peu à peu des placements séparables (dépôts de titres).

L'aménagement du privilège des créances prévu par l'art. 32*h* a pour effet que les créances liées aux comptes de libre passage et du pilier 3*a* qui excèdent les 100 000 francs, qui sont rangées dans la troisième classe, sont honorées après les créances de la BNS découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités (cf. art. 32*a* et art. 51*b*). En fonction du montant des créances de la BNS et de la masse en faillite, il est possible que les créanciers disposant d'avoirs de libre passage ou du pilier 3*a* qui excèdent la limite des 100 000 francs subissent des pertes en raison de l'aménagement du privilège des créances prévu à l'art. 32*h*. Suivant l'âge des assurés, une faillite pourrait entraîner la perte de prestations de prévoyance et la nécessité de percevoir des prestations complémentaires. Dans des cas extrêmes, cela pourrait conduire des personnes âgées à tomber dans la pauvreté et ainsi avoir des conséquences financières pour les collectivités publiques. Il en résulte un conflit d'objectifs entre la protection des fonds de prévoyance et celle de l'ensemble des contribuables. Afin d'empêcher que les avoirs de libre passage et du pilier 3*a* ne subissent des pertes en raison de l'aménagement du privilège des créances en cas de faillite d'une SIB ayant sollicité des prêts d'aide sous forme

de liquidités, il y a lieu d'examiner cet aspect en lien avec l'aménagement d'ici au dépôt du message.

5.4 Conséquences pour la BNS

Le projet prévoit que la BNS pourra, jusqu'en 2027, fournir à une SIB des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et, pour une période indéterminée, des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. En cas de faillite de l'emprunteur, les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités sont privilégiés. On ne saurait toutefois exclure que des créances restent impayées après la clôture d'une procédure de faillite. En l'absence d'une garantie de la Confédération, la BNS peut donc subir des pertes liées aux prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités qu'elle a octroyés. Le résultat annuel de la BNS serait réduit à hauteur des pertes éventuelles, ce qui entraînerait à son tour une diminution de sa réserve pour les distributions futures à la Confédération et aux cantons. Toutefois, un risque à cet égard est extrêmement restreint du fait que le montant des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités doit être adapté en fonction des actifs de l'emprunteur et que le privilège des créances assure que les créances de la BNS découlant de ce type de prêts sont honorées avant toutes les éventuelles créances découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance.

Lorsque les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités sont épuisés, la BNS peut octroyer des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, également privilégiés en cas de faillite, que la Confédération accorde aux conditions visées à l'art. 32a. Grâce à la garantie de la Confédération, la BNS ne s'expose pas à un risque de pertes en octroyant ces prêts d'aide sous forme de liquidités.

Si la BNS devait octroyer davantage de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités ou de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance en monnaies étrangères, elle pourrait en outre subir des pertes liées aux risques de change.

Dans un scénario où la banque concernée serait en mesure de rembourser intégralement les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance qu'elle a sollicités, les primes de risque perçues durant la crise entraîneraient des effets financiers positifs pour la BNS et ferait augmenter le niveau de la réserve pour distributions futures.

L'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités augmente les dépôts à vue présents dans le système financier. De ce fait, la BNS supporte les coûts résultant de la rémunération des comptes de virement au taux directeur qu'elle fixe. Si la politique monétaire exige de résorber des liquidités, l'émission et la rémunération de titres pouvant être mis en pension ou de bons de la BNS génèrent pour celle-ci également des coûts dont le montant doit être ramené à moyen terme approximativement au niveau de son taux directeur. La BNS est dédommée de ces coûts par les intérêts versés sur les prêts d'aide sous forme de liquidités. Mais l'ouverture de la faillite arrête, à l'égard du failli, le cours des intérêts (art. 209 LP). Alors que le versement des intérêts en faveur de la BNS cesse, les intérêts cités dont elle doit s'acquitter subsistent quant à eux pendant toute la durée de la procédure de faillite. Comme la faillite d'une SIB peut durer longtemps, ces coûts peuvent être considérables. En compensation de ces coûts, la BNS reçoit une prime de risque dans le cas d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance (art. 32c, al. 2).

5.5 Conséquences pour la Confédération

Dans le cadre des prêts d'aide sous forme de liquidités octroyés par la BNS et assortis d'une garantie du risque de défaillance, le rôle de la Confédération se limite à l'octroi potentiel d'une

telle garantie en cas de grave crise de liquidités et à la couverture des éventuelles pertes que subirait la BNS en cas de faillite, une fois la procédure close. Hormis dans les situations de crise, l'introduction de cet instrument ne devrait pas avoir de conséquences financières négatives pour la Confédération.

Les effectifs de la Confédération ne seront en principe pas affectés par les présentes propositions de modification de la loi. En cas de crise, comme l'ont montré les événements en lien avec l'acquisition de Credit Suisse par UBS, la Confédération peut être amenée à assumer des coûts ponctuels en matière de personnel, par exemple pour augmenter temporairement les effectifs ou acquérir des prestations de conseil. Conformément aux art. 32c, al. 6, et 51g, al. 4, ces coûts peuvent être mis à la charge de la banque qui a eu recours au soutien de l'État.

Même en temps de crise, il existe une série de facteurs qui limitent considérablement d'éventuelles répercussions financières pour la Confédération. En premier lieu, les liquidités propres de la banque⁹⁹ et, le cas échéant, les prêts d'aide extraordinaires ou supplémentaires sous forme de liquidités octroyés par la BNS devraient permettre de couvrir certains scénarios. Dans ce cadre, le recours à des prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par la Confédération ne sera pas autorisé, ou alors seulement à titre subsidiaire. En outre, la solvabilité ou sa mise en place, par exemple par un *bail-in* dans le cadre d'une procédure d'assainissement, est une condition de l'octroi par la Confédération d'une garantie du risque de défaillance. Autrement dit, l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance suppose que la banque est solvable. Cela est crucial pour que cette dernière soit en mesure de rembourser le prêt le moment venu. Même dans le pire des scénarios où l'assainissement ou la poursuite de l'activité de la SIB au sens de l'art. 51d échouerait malgré le recours à des prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par la Confédération et où la faillite de la SIB serait ouverte, le privilège des créances (art. 32h) fournirait un instrument efficace de réduction du risque de pertes pour la Confédération. Pour que les créances de la BNS liées à des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance ne soient plus couvertes par le produit de la faillite et que la garantie de la Confédération soit éventuellement sollicitée, la banque devrait subir de très lourdes pertes d'actifs, bien au-delà de ce que l'on a connu jusqu'à présent¹⁰⁰. Une perte n'interviendrait qu'en cas de faillite et de liquidation et si, dans le cadre de la liquidation, les actifs de la banque concernée venaient à perdre beaucoup de valeur au point que même les créances de la deuxième classe ne pourraient être totalement honorées.

Dans un scénario où la banque concernée serait en mesure de rembourser intégralement les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance qu'elle a sollicités, les primes de mise à disposition et de risque perçues durant la crise entraîneraient des effets financiers positifs pour la Confédération.

Dans le cadre d'une transaction au sens de la LFus entre des banques surveillées par la FINMA qui sont d'importance systémique ou font partie d'un groupe financier d'importance systémique et qui sont actives sur le plan international, la Confédération pourra accorder à la banque acquéreuse une garantie contre les pertes liées aux actifs à liquider de la banque acquise (art. 51g). Cette garantie ne sera versée que lorsque tous les actifs à liquider auront été réalisés définitivement et que la perte définitive sera connue. La Confédération ne couvrira que la part de la perte définitive subie par la banque acquéreuse dépassant le montant de 5 milliards de francs. Cette part couverte par la Confédération sera plafonnée à 9 milliards de

⁹⁹ Les exigences en matière de liquidités ayant été durcies au 1^{er} juillet 2022, la probabilité qu'il soit nécessaire de recourir au PLB est nettement réduite.

¹⁰⁰ À ce jour, la seule G-SIB (étrangère) qu'il a fallu liquider est Lehman Brothers. Selon l'étude du CSF, les pertes enregistrées dans le cadre de la faillite s'élèvent à environ 33 % du bilan total (source: CSF, Historical Losses and Recapitalisation Needs, 09.11.2015, p. 18, disponible à l'adresse suivante: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/Historical-Losses-and-Recapitalisation-Needs-findings-report.pdf>).

francs. La première tranche de la perte, à hauteur de 5 milliards de francs, devra être couverte par la banque acquéreuse.

Les garanties de la Confédération seront vraisemblablement traitées comme des instruments financiers selon la norme comptable IPSAS 41 que la Confédération applique depuis 2023. Si, dans le cadre de la garantie du risque de défaillance, il s'avérait à la clôture du bilan que les primes de mise à disposition et de risque ne couvrent pas adéquatement le risque de défaillance, la différence devrait être imputée au résultat annuel de la Confédération et au solde de financement conformément au mécanisme de frein à l'endettement; il est prévu de comptabiliser le montant de manière extraordinaire. Il sera possible de définir si la garantie contre les pertes au sens de l'art. 51g se traduit par une imputation (extraordinaire) au résultat annuel ou au solde de financement uniquement lorsque la version finale de tous les documents contractuels entre la Confédération et UBS aura été élaborée. Il faut, suffisamment tôt, prendre en compte les effets sur les finances de la Confédération d'un recours prévisible à la garantie du risque de défaillance ou à la garantie contre les pertes et considérer les modalités de la gestion de ces effets.

Les risques qui pèsent sur la Confédération dépendent surtout des montants garantis au titre de l'aide sous forme de liquidités et de la couverture des pertes. Les besoins en liquidités effectifs sont très difficiles à estimer au préalable. En effet, le nombre, la taille et le profil des SIB se modifient au fil du temps. En outre, les besoins en liquidités dépendent en grande partie du déroulement de la crise et de la SIB concernée. C'est pourquoi on ne fixe le montant de la garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités qu'en fonction des besoins éventuels et au cas par cas. Il serait difficilement possible, mais aussi peu judicieux, de fixer au préalable une fourchette concrète de montant pour la garantie du risque de défaillance à octroyer pour les prêts d'aide sous forme de liquidités. De ce fait, limiter ce montant à un niveau déterminé pourrait saper la confiance que devraient instaurer les prêts d'aide sous forme de liquidités. C'est pourquoi les juridictions qui connaissent un PLB ont renoncé à préciser un quelconque montant.

Comme l'octroi de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance réduit la probabilité qu'un établissement d'importance systémique ne fasse faillite, le projet revêt notamment une utilité directe pour la Confédération. La faillite d'un tel établissement pourrait mettre l'économie suisse en péril et contraindre ainsi l'État à un sauvetage, par exemple au moyen d'une étatisation temporaire, qui pourrait entraîner des coûts considérables pour les finances publiques. Dans leurs analyses, les agences de notation mettent régulièrement en évidence ce risque substantiel pour le bilan de la Confédération. En cas de crise dans le secteur financier, il faut donc s'attendre à ce que les agences de notation vérifient le classement de la Confédération et, notamment en cas de faillite d'un établissement d'importance systémique, qu'elles qualifient les perspectives de négatives, ce qui rendrait vraisemblable un abaissement de note. Le reclassement éventuel de la Confédération à un degré de solvabilité inférieur aurait pour conséquence que les investisseurs exigeraient une prime de risque supérieure pour le risque de crédit encouru. Le service de la dette et les coûts de refinancement augmenteraient alors pour la Confédération.

5.6 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

S'agissant de la Banque cantonale de Zurich, les risques pour les contribuables du canton de Zurich et pour le canton en sa qualité de propriétaire diminuent grâce à la stabilité accrue de la banque. En cas de pertes découlant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités pour la BNS, le montant sera répercuté sur sa réserve pour distributions futures, ce qui

aura une incidence sur la distribution des bénéfices aux cantons. Aucune autre conséquence régionale spécifique n'a été identifiée.

L'utilité du projet de modification de la LB réside dans la réduction de la probabilité qu'une SIB devienne insolvable et qu'elle tombe en faillite, entraînant avec elle les effets négatifs correspondants pour l'économie. Comme il apparaît ci-dessous au ch. 5.7, une faillite peut aussi se répercuter négativement sur les recettes fiscales directes.

5.7 Conséquences économiques

La stabilité d'une SIB est primordiale pour l'économie d'un pays, car les difficultés financières d'une telle banque peuvent, en raison de sa taille, de sa position sur le marché et des réseaux qu'elle entretient, engendrer de graves turbulences et failles dans le système financier et avoir des répercussions néfastes sur l'ensemble de l'économie. Cette problématique revêt une importance particulière pour la Suisse qui, en comparaison internationale, abrite de très grands établissements financiers par rapport à sa taille. Ainsi, en 2022, l'engagement total¹⁰¹ des SIB par rapport au PIB de la Suisse était de 123 % pour UBS, de 84 % pour Credit Suisse, de 29 % pour la ZKB, de 37 % pour Raiffeisen et de 15 % pour PostFinance. L'utilité du projet de modification de la LB consiste à réduire la probabilité d'une insolvabilité, partant d'une faillite de SIB ou d'une défaillance des fonctions d'importance systémique lors d'une crise de liquidités et de conséquences négatives pour l'économie. Une cessation des opérations de dépôt et des activités d'approvisionnement en crédits pour un grand nombre de clients bancaires entraînerait pour ceux-ci des pénuries de liquidités et de financement, ce qui pourrait réduire drastiquement la consommation et les investissements en Suisse et préjudicier considérablement l'économie nationale. De ce fait, l'activité de l'économie réelle serait massivement perturbée ou s'arrêterait même en partie. Les coûts potentiels liés à l'arrêt des fonctions d'importance systémique d'une SIB dépendent du cas d'espèce. Des études internationales sur les coûts des crises bancaires estiment que, selon la situation concrète de crise et les hypothèses quant à son déroulement, les coûts cumulés se situent entre 10 % et plus de 150 % du PIB antérieur à la crise¹⁰². Si les mesures d'assainissement ou le maintien des fonctions d'importance systémique sont opérants dans la situation de crise, le montant des coûts sera proche de la limite inférieure de cette fourchette (et plutôt aux alentours de la limite supérieure dans le cas contraire). La faillite d'une SIB suisse causerait des licenciements et, en raison de l'importance des SIB pour la stabilité financière, les répercussions macroéconomiques seraient substantielles.

Selon l'art. 9, al. 2, let. d, LB, le plan d'urgence vise à garantir le maintien des fonctions d'importance systémique (au sein de l'entité suisse s'il s'agit d'une SIB active sur le plan international). Pourtant, une interruption temporaire des fonctions d'importance systémique ne peut pas être complètement exclue en pratique. Il se peut donc qu'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance soit requis pour assurer le maintien des fonctions d'importance systémique. En conséquence, le projet présenté vise aussi à empêcher les dommages que pourrait entraîner l'interruption des fonctions d'importance systémique et les répercussions macroéconomiques négatives qui en découleraient ou à réduire la probabilité de tels dommages. Les cinq SIB détiennent de grandes parts de marché, en ce qui concerne les fonctions d'importance systémique, ce qui souligne leur importance pour le système financier et l'économie suisses. Fin 2021, leur part de marché cumulée atteignait plus de

¹⁰¹ L'engagement total correspond au dénominateur du ratio de levier (*leverage ratio*), qui correspond lui-même à la somme des positions au bilan et hors bilan selon la norme du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB).

¹⁰² Une étude du CBCB (2010, https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_100818a.pdf) estime que les coûts des crises bancaires passées se situent entre 19 % et 158 % du PIB du pays concerné.

50 % tant pour les dépôts d'importance systémique¹⁰³ que pour les crédits d'importance systémique aux particuliers et aux entreprises. La part garantie des dépôts d'importance systémique ne pourrait être immédiatement versée par le système actuel de garantie des dépôts que dans une mesure extrêmement limitée. Les cinq SIB totalisent plus de 40 % des créances en cours sur le marché interbancaire suisse et sont à l'origine de plus de 80 % des transactions réalisées en francs en Suisse.

En plus d'accroître les risques liés au maintien des fonctions d'importance systémique en Suisse, la faillite d'une G-SIB affecterait les clients étrangers de la gestion de fortune. En outre, les risques de contagion à d'autres banques en Suisse et dans le monde seraient considérables. Les places financière et économique suisses subiraient en pareil cas une perte de confiance marquée sur le long terme. En particulier dans le domaine de la gestion de fortune, les clients retireraient leurs avoirs des banques suisses, ce qui pourrait avoir des conséquences étendues pour la place financière et économique suisse. En 2021, les prestations financières de l'ensemble du secteur bancaire ont atteint 39,9 milliards de francs¹⁰⁴, soit 5,5 % du PIB de la Suisse. Ce secteur occupait à cette période 106 921 actifs (équivalents plein temps, EPT)¹⁰⁵ et a généré des impôts directs pour un montant estimé à 7,4 milliards de francs¹⁰⁶. La part des affaires de gestion de fortune dans la contribution de l'ensemble du secteur bancaire peut être estimée à (maximum) 56 % pour ces calculs des effets (part du résultat des opérations de commissions et de prestations de service dans le résultat global)¹⁰⁷. En 2020, les opérations transfrontalières auraient produit 77 % de l'ensemble des revenus de la gestion de fortune en Suisse¹⁰⁸. Aussi, selon les calculs, les opérations transfrontalières de gestion de fortune ont généré en 2021 une part directe du PIB de 17,2 milliards de francs (2,4 %), ont occupé directement 46 104 EPT et ont produit 3,2 milliards de francs d'impôts directs. Si la fortune sous gestion auprès des banques suisses subissait une importante sortie de fonds et que les affaires des banques suisses actives dans ce domaine se réduisait en conséquence de 25 %, on enregistrerait, toutes choses égales par ailleurs, une diminution du nombre de postes de travail (- 11 526 EPT) et des recettes fiscales directes (- 798 millions de francs, - 0,5 %), tandis que le PIB baisserait (- 4,3 milliards de francs, - 0,6 %). La perte de confiance pourrait s'étaler sur de nombreuses années. Le projet présenté sert également à l'économie en ce qu'il participe aussi à éviter ces conséquences négatives ou à en réduire la probabilité.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

La proposition de créer un mécanisme légal d'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités accordés par la BNS et l'introduction provisoire de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités en cas de crise ne visent que les banques d'importance systémique ou qui font partie d'un groupe financier d'importance systémique. La question de l'admissibilité d'une telle différenciation et d'une

¹⁰³ Positions sur le secteur réel national avec durée jusqu'à un an

¹⁰⁴ BAK economic intelligence (2022), *Volkswirtschaftliche Bedeutung des Schweizer Finanzsektors. Étude mandatée par l'Association suisse des banquiers ASB et l'Association suisse d'Assurances ASA. Résultats 2022*, p. 8, accessible à l'adresse suivante: https://www.swissbanking.ch/ Resources/Persis-tent/a/7/9/8/a7983a92a4620da7fc92c85fc305baa4a592ec47/BAK_Economics_Bedeutungsstudie_Finanzsekt_or_2022.pdf

¹⁰⁵ Office fédéral de la statistique, *Emplois en équivalent plein temps par division économique*, accessible à l'adresse suivante: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-em- plois/statistique-emploi.assetdetail.24305944.html>

¹⁰⁶ BAK economic intelligence (2022), p. 11

¹⁰⁷ BNS, *Statistique bancaire annuelle du 29.9.2022. Sélection de postes du compte de résultat*, accessible à l'adresse suivante: <https://data.snb.ch/fr/topics/banken/chart/baerfentkokach>

¹⁰⁸ Association suisse des banquiers, illustration 9, consultée pour la dernière fois le 31.1.2023 à l'adresse suivante: <https://publications.swissbanking.ch/swiss-banking-trends-fr/le-wealth-management>

telle différence de traitement par rapport aux autres banques se pose donc, car ces dernières sont exclues du mécanisme proposé.

Cette question est tout particulièrement pertinente compte tenu des principes de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de la liberté économique (art. 27 Cst.). Ces droits fondamentaux commandent que des concurrents directs soient traités de manière égale. La liberté économique interdit fondamentalement que des mesures puissent fausser la concurrence entre concurrents directs, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas neutres sous l'angle de la concurrence. Ce principe vaut tant pour les mesures étatiques qui lui sont conformes que pour celles qui, quoiqu'admissibles, lui sont contraires¹⁰⁹.

Conformément à l'art. 98, al. 1, Cst., la Confédération a tout autant le droit que l'obligation de légiférer sur les banques et sur les bourses. Il est généralement admis que cette disposition a pour but, outre d'assurer la protection des biens de police classiques (par ex. la protection des créanciers), en particulier aussi celui d'assurer le fonctionnement des marchés financiers et du système bancaire (protection du système ou fonctionnement, voir art. 4 LFINMA concernant les buts de la surveillance des marchés financiers). Les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance constituent des aides financières au sens de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu)¹¹⁰ (cf. ch. 6.4 s.). La compétence de la Confédération pour ce qui est de réglementer des subventions découle implicitement de la compétence de réglementer la matière visée à l'art. 98 Cst¹¹¹. Or, l'art. 98 Cst. n'autorise pas à déroger au principe de la liberté économique. Seules sont permises les mesures conformes à ce principe, qui doivent entre autres assurer le fonctionnement des marchés¹¹².

S'agissant des exigences posées, la LB opère d'ores et déjà une distinction entre les banques d'importance systémique et les banques sans importance systémique (cf. art. 7 s.): les SIB sont soumises à des exigences particulières, notamment concernant les fonds propres, les liquidités, la répartition des risques et le plan d'urgence. Cette distinction a été introduite en lien avec le projet TBTF¹¹³ en vue de renforcer la stabilité du secteur financier. Aujourd'hui comme hier, il est clair que la faillite d'une SIB porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses (cf. art. 7, al. 1). Malgré le dispositif que prévoit la loi, des situations peuvent encore survenir dans lesquelles les mécanismes légaux proposés pour garantir les liquidités d'une banque d'importance systémique ou qui fait partie d'un groupe financier d'importance systémique pourraient s'avérer nécessaires pour préserver d'un grave dommage l'économie et le système financier de la Suisse¹¹⁴. Dans cette perspective, les dispositions proposées relatives à l'introduction provisoire de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et à l'introduction de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération remplissent le mandat découlant de l'art. 98 Cst. d'assurer la protection des fonctions et du système, puisqu'elles visent à soutenir le fonctionnement des marchés en temps de crise. Ainsi, la différenciation relative à l'application du mécanisme proposé aux seules banques d'importance systémique au sens de l'art. 7 LB est fondamentalement admissible. La restriction opérée résulte du critère de l'importance systémique, qui la justifie objectivement. En ce qui concerne le principe général d'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et la liberté économique (art. 27 Cst.), également censée protéger contre les distorsions de concurrence, l'inégalité de traitement n'est pas autorisée au-delà de ce qu'exige impérativement la protection des intérêts publics. La réglementation proposée satisfait à maints égards à cette condition. Ainsi, les prêts d'aide sous forme de liquidités qui ne

¹⁰⁹ Vallender, *St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV*, Cm 31

¹¹⁰ RS 616.1

¹¹¹ Voir LIENHARD/ MÄCHLER/ ZELNIEWICZ, *Öffentliches Finanzrecht*, pp. 252 s. m.w.H.; TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^e édition, Cm 749 s. en relation avec le Cm 768

¹¹² Ehrenzeller, *St. Galler Kommentar zu Art. 98 BV*, Cm 3-5

¹¹³ FF 2011 4365 4807

¹¹⁴ Cf. ch. 1.1 et 3.1.

relèvent pas de l'ELA au sens de l'art. 5, al. 2, let. e, en relation avec l'art. 9, al. 1, LBN doivent remplir les conditions fixées contractuellement et ne peuvent être octroyés que subsidiairement aux prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités. Toutefois, comme il n'est malgré tout pas exclu que des créances demeurent impayées au terme d'une procédure de faillite et, par conséquent, que la BNS subisse des pertes en l'absence d'une garantie de la Confédération, les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités ne relevant pas de l'ELA, et donc la BNS, sont adéquatement privilégiés en cas de faillite de l'emprunteur. S'agissant des prêts d'aide sous forme de liquidités, il n'existe en outre aucun droit à obtenir une garantie du risque de défaillance: une telle garantie relève de l'appréciation de la Confédération dans le cas d'espèce (art. 32a, al. 1 et 4) même si les conditions d'octroi seraient remplies en principe (art. 32a, al. 3). De plus, les conditions d'octroi d'une garantie du risque de défaillance sont conçues de manière restrictive. En particulier, une telle garantie n'est octroyée que de manière strictement subsidiaire aux autres sources de liquidités (art. 32a, al. 3, let. a). Il faut aussi que le non-octroi d'une garantie du risque de défaillance menace d'entraîner un dommage considérable à l'économie et à la place financière suisses (art. 32a, al. 3, let. d). Enfin, il faut noter que les banques qui ne sont pas couvertes par la réglementation proposée profiteront, en faisant partie du système financier, des effets de protection de ces mécanismes, pour autant que ceux-ci permettent d'éviter la faillite d'une banque d'importance systémique, avec les conséquences négatives que cela pourrait avoir pour les autres banques.

En ce qui concerne les nouveautés de l'art. 10a, on se référera aux explications générales sur les atteintes à la liberté économique figurant dans le message concernant la révision de la LB (message TBTF)¹¹⁵. En l'occurrence, les compléments apportés à l'art. 10a étendent la base légale. L'intérêt public à étendre les mesures possibles (cf. art. 10a, al. 2, let. c) est avéré en raison du recours de l'établissement financier à l'aide de l'État: les mesures de soutien étatiques et les risques qui leur sont liés pour la Confédération et, finalement, pour le contribuable doivent être réduits au minimum. C'est pourquoi il est justifié que les personnes exerçant ou ayant exercé une fonction dirigeante qui sont responsables de la nécessité d'une aide de l'État doivent restituer à l'établissement les rémunérations variables déjà versées. Grâce aux actifs qu'il retrouve ainsi, l'établissement renforce sa situation financière, ce qui réduit les risques pour le contribuable. Au demeurant, si la demande de restitution des rémunérations variables devait compromettre la compétitivité de l'entreprise concernée sur le marché du travail, il faudrait éventuellement en tenir compte à la lumière du principe de proportionnalité. L'examen du caractère proportionnel de l'étoffement de l'art. 10a a montré que la nouvelle mesure est à la fois appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif d'améliorer la situation financière de la SIB et de réduire les risques pour le contribuable. En outre, il faut une fois encore noter qu'une aide de l'État n'est accordée, pour commencer, que si la banque d'importance systémique ne peut plus poursuivre son activité fructueusement sans cette aide. Ce contexte justifie que l'on exige des banques, déjà avant la situation de crise, qu'elles orientent à l'éventualité d'une telle situation leur politique de rémunération et les accords de rémunération qu'elles concluent avec leurs collaborateurs. L'étoffement de l'art. 10a réduit simultanément l'appétit au risque des personnes en position dirigeante. Un éventuel désavantage concurrentiel de la SIB se justifie par le soutien de l'État. En outre, selon l'art. 10a, al. 3, les systèmes de rémunération doivent être adaptés de manière qu'une SIB puisse rejeter d'éventuelles réclamations. Signalons encore, au sujet de cet étoffement, que le Conseil fédéral adaptera toujours ses mesures aux besoins du cas d'espèce et qu'il les limitera donc aussi au raisonnable. Par ailleurs, les rémunérations variables et le cercle des personnes concernées sont limités, car seules sont visées les personnes qui portent ou ont porté une certaine responsabilité dans la situation qui a conduit à la nécessité d'une aide de l'État. De ce fait, il est d'autant plus possible de respecter les exigences liées au principe constitutionnel de proportionnalité. Enfin, la liberté économique demande que le principe d'égalité de traitement soit respecté entre les acteurs du marché qui sont en concurrence directe. Sous cet angle, la réglementation applicable aux seules banques d'importance systémique doit se fonder sur des raisons purement objectives. La mise en péril

¹¹⁵ FF 2011 4365 4450

de toute l'économie par la faillite d'une banque d'importance systémique est une raison suffisante pour intervenir de manière ciblée dans les banques d'importance systémique ou dans la société mère des groupes financiers ou des conglomérats financiers d'importance systémique.

En résumé, la restriction de la liberté économique par les compléments qu'il est proposé d'apporter à la liste des mesures est conforme aux exigences constitutionnelles dans le cas d'un soutien de l'État.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

L'inscription dans la loi des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération établit la base d'une aide de l'État. La question est de savoir si cette mesure est compatible avec les obligations internationales de la Suisse.

6.2.1 Obligations de droit international vis-à-vis de l'Union européenne

Dans le domaine financier, la Suisse n'a conclu avec l'Union européenne (UE) que le seul Accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (RS 0.961.1). En raison de son champ d'application limité à l'assurance directe, cet accord n'a pas de pertinence pour le domaine bancaire et il ne comporte en outre aucune disposition relative aux aides de l'État.

Les dispositions sur les aides de l'État visées à l'art. 23, al. 1 iii, de l'Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne (RS 0.632.401) s'appliquent quant à elles au seul commerce des marchandises, qui n'est pas concerné en l'occurrence.

La modification proposée de la LB ne concerne donc aucune obligation de droit international vis-à-vis de l'UE.

6.2.2 Relation avec le droit de l'Organisation mondiale du commerce et les accords de libre-échange hors de l'Europe

Dans le cadre du droit de l'Organisation mondiale du commerce, on prêtera attention à l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Le ch. 2, let. a, de l'annexe sur les services financiers prévoit qu'un membre ne sera pas empêché de prendre des mesures pour des raisons liées au droit de la surveillance, y compris pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier. Les mesures proposées relatives aux prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et aux prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance en faveur des SIB contribueront à maîtriser les perturbations majeures du système financier suisse et, partant, à stabiliser l'économie nationale. Le mécanisme permettra donc d'assurer l'intégrité et la stabilité du système financier au sens du ch. 2, let. a, de l'annexe à l'AGCS. Il est donc compatible avec cet accord, à condition que des banques étrangères domiciliées en Suisse qui auraient sur la place financière suisse une importance systémique soient traitées également. Actuellement, aucune banque étrangère domiciliée en Suisse ne remplit le critère de l'importance systémique au sens de l'art. 7, al. 1, LB.

Les accords de libre-échange de la Suisse qui comportent des dispositions relatives au commerce des services financiers contiennent une disposition correspondant au ch. 2, let. a, de l'annexe à l'AGCS.

6.2.3 Compatibilité avec les pratiques internationales

Le mécanisme proposé correspond aux standards du CSF, qui s'appliquent à l'échelle internationale (cf. ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

6.3 Frein aux dépenses

Conformément à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., sont soumis au frein aux dépenses les dispositions relatives aux subventions, ainsi que les crédits d'engagement et les plafonds de dépenses, s'ils entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs.

Une garantie du risque de défaillance au sens de l'art. 32a, al. 1, est octroyée au besoin dans le cadre d'un crédit d'engagement (cf. ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**), qui est approuvé selon la procédure d'urgence visée à l'art. 28 LFC (cf. art. 32b). La garantie contre les pertes visée à l'art. 51g, al. 1, est octroyée au besoin dans le cadre d'un crédit d'engagement approuvé selon l'art. 28 LFC. Les garanties du risque de défaillance et la garantie contre les pertes sont des aides financières au sens de l'art. 3 LSu. Il s'agit en l'occurrence de nouvelles dispositions concernant des aides financières qui sont susceptibles d'entraîner de nouvelles tâches dépassant la limite de 20 millions de francs fixée dans la Constitution fédérale pour les dépenses uniques. Les art. 32a, al. 1, et 51g, al. 1, doivent ainsi être soumis au frein aux dépenses.

6.4 Respect des principes de la loi sur les subventions

Les messages relatifs à la création ou à la modification de bases juridiques pour des subventions et les messages relatifs aux arrêtés de crédit et aux plafonds de dépenses doivent rendre compte du respect des principes fixés dans la LSu¹¹⁶.

6.4.1 Importance de la subvention au regard des objectifs de la Confédération

Comme mentionné ci-dessus (cf. ch. 0 et 3.1), des situations peuvent se présenter dans lesquelles les liquidités propres de la SIB et celles obtenues par des prêts d'aide extraordinaires et supplémentaires sous forme de liquidités de la BNS ne suffisent pas pour assurer la stabilité de la SIB concernée. C'est pourquoi les instruments TBTF doivent être complétés par une garantie étatique de liquidités pour les SIB. La révision s'inscrit dans la stratégie du Conseil fédéral (cf. ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

6.4.2 Pilotage matériel et financier de la subvention

L'octroi par la Confédération d'une garantie du risque de défaillance à la BNS est soumis à plusieurs conditions cumulatives (art. 32a, al. 3).

En outre, l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance ne s'effectue lui aussi qu'à des conditions strictes. Ainsi, la SIB qui entend obtenir de tels prêts est soumise, par exemple, à une interdiction de verser des dividendes, d'octroyer et de rembourser des prêts aux propriétaires de la société mère du groupe et de rembourser des apports en capital (art. 32f, al. 3). En outre, la SIB n'est pas autorisée à effectuer des actes qui pourraient retarder ou compromettre le remboursement des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance qui sont en cours (art. 32f, al. 3).

¹¹⁶ Cf. art. 4 LSu.

La garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération en faveur de la BNS s'applique seulement à concurrence du crédit d'engagement. À l'issue de la procédure de faillite, elle couvre la perte liée à la créance de la BNS qui découle des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, y compris les intérêts courus et la prime de risque. La garantie du risque de défaillance ne comprend pas les pertes liées à d'autres types de prêts qu'aurait consentis la BNS (par ex. prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités).

En outre, pour réduire le risque qui pèse sur la Confédération, le projet prévoit d'introduire un privilège des créances ouvertes de la BNS résultant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance, y compris les intérêts courus et les primes de mise à disposition et de risque.

L'octroi de la garantie contre les pertes est lui aussi lié à des conditions (art. 51g). Ainsi, tous les actifs à liquider doivent avoir été réalisés définitivement, et la banque acquéreuse doit assumer elle-même les cinq premiers milliards de francs de perte sur ces actifs. La garantie n'est versée, pour le montant dû et à concurrence du maximum fixé, que lorsque la FINMA confirme à la Confédération qu'une perte couverte par la garantie est définitivement survenue (art. 51g, al. 3).

6.4.3 Procédure d'octroi d'une subvention

La loi et le crédit d'engagement constituent la base du contrat que la BNS et la Confédération concluent concernant la garantie du risque de défaillance. Ce contrat règle les conditions supplémentaires du recours à cette garantie. S'effectuant sur présentation de l'acte de défauts de bien définitif, le paiement de la créance découlant de la garantie du risque de défaillance est limité au montant de la créance constatée par acte de défaut de biens. La BNS justifie en détail le calcul de la créance.

Pour la garantie contre les pertes également, la loi et le crédit d'engagement correspondant forment la base du contrat entre la banque acquéreuse et la Confédération.

6.4.4 Nature et échéances des aides financières

Comme expliqué ci-dessus (cf. ch. 6.4.2), la Confédération octroie au besoin une garantie du risque de défaillance à la BNS. Cette garantie s'applique à concurrence du crédit d'engagement, en particulier en cas de non-remboursement, par la SIB, du prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance.

La créance de la BNS envers la Confédération découlant de la garantie du risque de défaillance est exigible cinq ans après la clôture de la procédure de faillite par une décision entrée en force (art. 32j). Ce délai permet à la Confédération de mener les processus administratifs et parlementaires nécessaires au paiement de la somme que la BNS a fait valoir. En font notamment partie l'autorisation d'un crédit budgétaire (art. 30 LFC) et l'acquisition des fonds nécessaires.

La garantie contre les pertes s'applique jusqu'à ce que les actifs à liquider soient définitivement réalisés et que la FINMA ait constaté qu'une perte supérieure à 5 milliards de francs a été subie. Elle est exigible à partir de ce moment-là seulement. Il faut partir du principe que la réalisation définitive des actifs à liquider prendra plusieurs années.

6.5 Forme de l'acte à adopter

Le projet définit des normes de droit au sens formel qui doivent donc être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Cela résulte d'une part du mandat du Conseil fédéral du 11 mars

2022 et, d'autre part, du fait que le Conseil fédéral a mis en vigueur le 16 mars 2023, en s'appuyant sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.¹¹⁷, l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique¹¹⁸. Celle-ci deviendra caduque six mois après son entrée en vigueur à moins que le Conseil fédéral soumette dans les délais à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance (cf. art. 7c, al. 4, et 7d, al. 2, let. b, LOGA ainsi que ch. 1.1). C'est également l'objectif du présent projet. Le Conseil fédéral prévoit de soumettre au Parlement un message et un projet de loi dans les délais, dans le but de transposer les mesures de l'ordonnance en droit ordinaire et d'en prolonger ainsi les effets. Parallèlement, il est prévu de prolonger la durée de validité de l'ordonnance en question (cf. art. 7c, al. 2 et 3, LOGA ainsi que la note de bas de page 9).

6.6 Délégation de compétences législatives

Le projet prévoit un élargissement des délégations de compétences législatives actuelles à la FINMA dans le domaine de la publication (art. 3g, al. 1 et 2, 5, al. 2, et 10, al. 4, let. a^{bis}). Cet élargissement se justifie par le fait que la publication est étroitement liée aux domaines déjà énumérés dans les délégations.

6.7 Protection des données

Le projet de modification de la LB couvre le traitement de données dont certaines sont à caractère personnel. Les autorités et des tiers ont besoin d'échanger ces données en lien avec l'octroi de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités, de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance et de garanties contre les pertes. Il est impératif de garantir une transparence aussi élevée que possible entre les autorités en ce qui concerne l'octroi des prêts et garanties susmentionnées. Dans le même temps, les informations et données de la SIB concernée ainsi que les informations fournies au DFF par la BNS et la FINMA sont sans aucun doute très sensibles. Elles contiennent en particulier des secrets d'affaires ou de fabrication, des données liées à la surveillance, des informations susceptibles d'avoir une influence sur la bourse, des données sensibles et des données concernant des personnes morales. La BNS et la FINMA ne sont pas soumises à la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence¹¹⁹ ([LTrans]; cf. art. 2, al. 2, LTrans). La BNS est exclue du champ d'application afin de tenir compte de son statut particulier d'indépendance selon l'art. 99 Cst. et de garantir cette indépendance également dans le domaine de l'accès à l'information. L'exclusion de la FINMA se justifie par le fait qu'en tant qu'autorité de surveillance des marchés financiers, elle opère dans un domaine extrêmement sensible au niveau économique et politique¹²⁰.

L'échange d'informations mentionné aux art. 32k et 51h visent à garantir que les unités administratives et les institutions chargées de l'exécution des dispositions du présent projet s'échangent rapidement toutes les informations pertinentes et qu'elles les reçoivent également de la part de la SIB concernée. Si la BNS, la FINMA ou la SIB concernée doivent craindre en permanence que les unités administratives soient contraintes d'accorder au public l'accès aux informations et documents mis à disposition, il peut arriver que les informations requises ne soient pas fournies ou ne soient fournies qu'en partie ou avec beaucoup de retard.

¹¹⁷ RS 101

¹¹⁸ RS 952.3

¹¹⁹ RS 152.3

¹²⁰ Message du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (Loi sur la transparence, LTrans), FF 2003 1807 1831

L'accès à ces informations est fondé sur les dispositions de la LTrans. Il est indéniable que la transparence concernant l'action de l'État est importante et nécessaire. Les principaux résultats, indicateurs et conditions-cadres seront ainsi publiés de manière appropriée. Le public disposera ainsi des informations pertinentes au moyen desquelles il pourra évaluer les aides financières et qu'il pourra consulter dans le respect des règles de confidentialité correspondantes. On renonce à transposer en droit ordinaire l'art. 6 al. 3 de l'ordonnance du 16 mars 2023 sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique, qui excluait tout accès aux informations et données en vertu de la LTrans.

Tableau synoptique des données utilisées dans le rapport explicatif

Chiffre	Citation, référence	Source, méthode de calcul, hypothèse	Dernière mise à jour	Observations
1	Ch. 5.5: la banque devrait subir de très lourdes pertes d'actifs, bien au-delà de ce que l'on a connu à ce stade.	Selon l'étude du CSF, «Historical Losses and Recapitalisation Needs», du 9 novembre 2015, p. 18, les pertes enregistrées dans le cadre de la faillite de Lehman Brothers ont été d'environ 33 % du bilan total.	2015	
2	Ch. 5.7: ainsi, en 2022, l'engagement total des SIB par rapport au PIB de la Suisse était de 123 % pour UBS, 84 % pour Credit Suisse, 29 % pour la ZKB, 37 % pour la Raiffeisen et 15 % pour PostFinance.	<p>Les pourcentages correspondent au rapport entre l'engagement total de la SIB considérée et le PIB de la Suisse.</p> <p>Source de l'engagement total au 31 décembre 2022:</p> <ul style="list-style-type: none"> - UBS Group: rapport annuel 2022, publié en mars 2023 - Credit Suisse Group: rapport annuel 2022, publié en mars 2023 - ZKB: Geschäftsbericht Geschäftsjahr 2022, publié en mars 2023 - Groupe Raiffeisen: Rapport de gestion 2022 - PostFinance: «Publication des fonds propres» au 31 décembre 2022, publiée en mars 2023 <p>Source pour le PIB de la Suisse en 2022: SECO, téléchargement du 04 avril 2023 du fichier «PIB, approche par la production, données brutes» et cumul du «Produit intérieur brut» des trimestres 1 à 4 de 2022 dans la feuille de calcul «nom_q» (https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/Wirtschaftslage/bip-quartalsschaetzungen/-daten.html).</p>	2023	
3	Ch. 5.7: des études internationales sur les coûts des crises bancaires estiment que, selon les cas de crise concrets et les hypothèses quant à son déroulement, les coûts cumulés se situent entre 10 % et plus de 150 % du PIB antérieur à la crise.	Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB), An assessment of the long-term economic impact of stronger capital and liquidity requirements, août 2010, page 36.	2010	Cette étude estime les coûts des crises bancaires passées entre 19 % et 158 % du PIB du pays concerné.
4	Ch. 5.7: fin 2021, leur part de marché cumulée atteignait	Parts de marché cumulées de toutes les SIB (dépôts et crédits d'importance systémique) au 31 décembre 2021, sur la base	2021	Sont réputées d'importance systémique les

	plus de 50 % tant pour les dépôts d'importance systémique que pour les crédits d'importance systémique aux particuliers et aux entreprises.	des rapports mensuels, non accessibles au public, établis par les SIB à l'intention de la BNS.		positions envers le secteur réel national avec durée jusqu'à un an
5	Ch. 5.7: Les cinq SIB totalisent plus de 40 % des créances en cours sur le marché interbancaire suisse et sont à l'origine de plus de 80 % des transactions réalisées en francs en Suisse.	Créances ouvertes et transactions réglées sur le marché interbancaire suisse au 31.12.2021 (valeurs cumulées de toutes les SIB sur la base des rapports mensuels, non accessibles au public, établis par les SIB à l'intention de la BNS).	2021	
6	Ch. 5.7: En 2021, les prestations financières de l'ensemble du secteur bancaire ont atteint 39,9 milliards de francs, soit 5,5 % du PIB de la Suisse	Services financiers du secteur bancaire en 2021 selon l'étude de BAK economic intelligence (2022), p. 8. Le pourcentage du PIB 2021 résulte d'un calcul du Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) sur la base de données du SECO (téléchargement du 04 avril 2023 du fichier «PIB, approche par la production, données brutes», feuille de calcul «nom_q», voir indication détaillée de la source ci-dessus).	2021	
7	Ch. 5.7: ce secteur occupait 106 921 actifs (équivalents plein temps, EPT)	Office fédéral de la statistique, fichier «Emplois en équivalents plein temps par divisions économiques», feuille de calcul «Équivalents plein temps - Total», ligne «Activités des services financiers», colonne se rapportant au 4 ^e trimestre de 2021, disponible sous: https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/statistique-emploi.assetdetail.24305944.html .	2021	
8	Ch. 5.7: et a généré des impôts directs pour un montant estimé à 7,4 milliards de francs.	Étude de BAK economic intelligence (2022), p. 11.	2022	
9	Ch. 5.7: La part des affaires de gestion de fortune dans la contribution de l'ensemble du secteur bancaire peut être estimée à (maximum) 56 % pour ces calculs des effets	Calculs du SFI basés sur des données de la BNS (Statistique bancaire annuelle du 29 septembre 2022, postes du compte de résultat sélectionnés). La part au 31 décembre 2021 correspond au résultat de la division «résultat des opérations de commissions et des prestations de services» par le résultat global (soit la somme du résultat brut des opérations d'intérêts, du résultat des opérations de commissions et des prestations de	2022	

		services, du résultat des opérations de négoce, de l'option de la juste et du résultat ordinaire restant).		
10	Ch. 5.7: En 2020, les opérations transfrontalières auraient produit 77 % (valeur estimée) de l'ensemble des revenus de la gestion de fortune en Suisse	Calculs du SFI basés sur la figure 9 du site Internet de l'Association suisse des banquiers, consulté le 31 janvier 2023: https://publications.swiss-banking.ch/swiss-banking-trends-fr/ (rapport, pour 2020, entre les revenus des opérations transfrontalières et le total des revenus de la gestion de fortune en Suisse).	2022	
11	Ch. 5.7: selon les calculs, les opérations transfrontalières de gestion de fortune ont généré en 2021 une part directe du PIB de 17,2 milliards de francs (2,4 %)	Calculs du SFI avec des données au 31 décembre 2021 (chiffres 6, 9, 11, 12). Résultat de la multiplication de la part des opérations de gestion de fortune transfrontalières dans l'ensemble des services financiers avec le revenu total du revenu des services financiers.	2022	
12	Ch. 5.7: ont occupé directement 46 104 EPT	Calculs du SFI avec des données au 31 décembre 2021 (chiffres 7, 10, 11, 12). Résultat de la multiplication de la part des opérations de gestion de fortune transfrontalières dans l'ensemble des services financiers avec le total des EPT du secteur des services financiers.	2022	
13	Ch. 5.7: et ont produit 3,2 milliards de francs d'impôts directs.	Calculs du SFI avec des données au 31 décembre 2021 (chiffres 8, 11, 12). Résultat de la multiplication de la part des opérations de gestion de fortune transfrontalières dans l'ensemble des services financiers avec le total des recettes fiscales provenant du secteur financier (source pour celles-ci: étude de BAK economic intelligence (2022), page 11).	2022	
14	Ch. 5.7: Si la fortune sous gestion auprès des banques suisses subissait une importante sortie de fonds et que les affaires des banques suisses actives dans ce domaine se réduisait en conséquence de 25 %, on enregistrerait, toutes choses égales par ailleurs, une diminution du nombre de postes de travail (- 11 526 EPT) et des recettes fiscales	Calculs du SFI avec des données au 31 décembre 2021 en supposant un facteur de stress de 25 %. Les effets présentés sont le résultat, en supposant une relation linéaire, de la multiplication des valeurs calculées auparavant concernant les emplois (chiffre 14), les hypothèses relatives aux impôts directs (chiffre 15) et le PIB (chiffre 13) par 25 %.	2022	

	directes (- 798 millions de francs, - 0,5 %), tandis que le PIB baisserait (- 4,3 milliards de francs, - 0,6 %)			
--	---	--	--	--