



Berne, le 6 septembre 2023

Modification 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 systémique

Commentaire

Table des matières

1 Contexte	3
1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés	3
1.2 Solutions étudiées et solution retenue	3
2 Comparaison avec le droit étranger	4
3 Résultat de la consultation relative à la modification de la loi sur les banques	4
4 Conséquences	5
5 Aspects juridiques	5
6 Entrée en vigueur	5

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Se fondant sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, de la Constitution (Cst.)¹, le Conseil fédéral a mis en vigueur, le 16 mars 2023, 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 systémique². D'une durée obligatoirement limitée (cf. art. 15 de l'ordonnance du 16 mars 2023), cette ordonnance 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 établissant la base légale de son contenu (cf. art. 7c, al. 4, let. a, et 7d, al. 2, let. b, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]³ ; En outre, selon l'art. 7c, al. 3, 2^e phrase, LOGA, toute ordonnance fondée uniquement sur l'art. 184, al. 3, Cst. devient caduque six mois après l'entrée en vigueur de sa prorogation).

L'acquisition de Credit Suisse par UBS s'est formellement achevée le 12 juin 2023 lors du transfert de Credit Suisse Group SA dans UBS Group SA. Cette acquisition a notamment été le résultat de décisions et de mesures fondées sur l'ordonnance du 16 mars 2023 dans sa version du 19 mars 2023 (ci-après «ordonnance du 16 mars 2023»). Le contrat de garantie contre les pertes conclu entre la Confédération et UBS ainsi que le contrat signé entre la Banque nationale suisse (BNS) et Credit Suisse concernant les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération ont tous deux été résiliés au 11 août 2023. Ils reposaient aussi sur l'ordonnance du 16 mars 2023. Compte tenu de ces événements et de l'évolution de la situation depuis mars 2023, il est opportun d'abroger les dispositions de l'ordonnance du 16 mars 2023 dont l'application ne sera désormais ni prévisible ni nécessaire. Cette abrogation n'a toutefois pas d'effet juridique (rétroactif) sur les décisions et mesures prises sur la base de cette ordonnance. En revanche, les dispositions de l'ordonnance qui constituent une condition, une partie intégrante ou une conséquence du contrat actuel entre la BNS et Credit Suisse concernant des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités (communément appelés ELA+) seront maintenues (également celles qui contiennent des renvois, cf. art. 3, al. 4, de l'ordonnance du 16 mars 2023). Il en va de même pour celle qui habilite la FINMA à exercer une surveillance sur les rémunérations variables (cf. art. 10, al. 2, de l'ordonnance du 16 mars 2023).

En même temps que le message concernant la modification de la loi sur les banques, le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale la base légale reprenant une partie du contenu de l'ordonnance du 16 mars 2023, dans la mesure où il est nécessaire de prolonger la durée de validité des dispositions concernées. Celles-ci portent en particulier sur le contrat conclu en mars 2023 entre la BNS et Credit Suisse concernant les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités de la BNS.

Afin que les bases juridiques de l'ordonnance restent valables pendant le processus parlementaire, il paraît judicieux du point de vue actuel de fixer sa durée de validité à quatre ans au total en la prolongeant jusqu'au 16 mars 2027.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

Si sa durée de validité n'est pas prolongée, l'ordonnance du 16 mars 2023 deviendra caduque six mois après son entrée en vigueur (cf. art. 7c, al. 4, let. a, et 7d, al. 2, let. b, LOGA). Or, certaines de ses dispositions font maintenant partie intégrante du contrat actuel entre la BNS et Credit Suisse concernant les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités de la

¹ RS 101

² RS 952.3

³ RS 172.010

BNS. Elles continueront à s'appliquer entre les parties, même si l'ordonnance qui a servi de base à la conclusion des contrats cesse de produire effet.

Il est plus compliqué d'évaluer les conséquences que pourrait avoir l'abrogation de dispositions de l'ordonnance du 16 mars 2023 qui ne s'appliquent pas uniquement aux parties contractantes ou qui continueront à s'appliquer après l'expiration du contrat. Les dispositions en question concernent notamment les conditions pour l'octroi de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités (art. 3, al. 4, en relation avec l'art. 4, al. 3 et 4, de l'ordonnance du 16 mars 2023), le privilège des créances en faveur de la BNS (art. 3, al. 1, de l'ordonnance du 16 mars 2023), les obligations de l'emprunteuse résultant de l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités (art. 9 de l'ordonnance du 16 mars 2023) et les dispositions pénales (art. 14 de l'ordonnance du 16 mars 2023). Ces dispositions doivent pouvoir continuer à s'appliquer même après l'expiration de l'ordonnance du 16 mars 2023. En cas de litige, il appartiendra aux tribunaux de décider en fin de compte si cela est possible sans que la durée de validité de l'ordonnance ne soit prolongée. Si les tribunaux devaient par exemple rejeter le maintien du privilège des créances, la question se poserait notamment de savoir si la BNS pourrait tenter une action contre la Confédération pour le dommage qu'elle subirait en lien avec les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités. Afin de garantir la sécurité juridique, il convient donc de proroger les dispositions correspondantes de l'ordonnance du 16 mars 2023.

L'opportunité de proroger l'intégralité de l'ordonnance a également été examinée. Cette solution n'a pas été retenue, car au moment de la prorogation, seules quelques dispositions spécifiques de l'ordonnance du 16 mars 2023 continueront à déployer des effets juridiques dont le maintien ne doit pas être menacé. Sur le plan de la protection juridique, rien ne semble justifier une prorogation de l'ensemble de l'ordonnance du 16 mars 2023, d'autant plus que les décisions et mesures prises sur la base de cette version de l'ordonnance ont déjà été mises en œuvre. De plus amples détails à ce sujet figurent dans le message concernant la modification de la loi sur les banques.

Par conséquent, il est nécessaire de ne proroger que les dispositions de l'ordonnance du 16 mars 2023 relatives au contrat entre Credit Suisse et la BNS concernant des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités. La modification proposée de l'art. 15, al. 3, vise à repousser de quatre ans au total la date de fin de sa validité, c'est-à-dire jusqu'au 16 mars 2027.

2 Comparaison avec le droit étranger

Dans le cas présent, une comparaison avec le droit étranger n'est pas pertinente, car la modification de l'ordonnance du 16 mars 2023 est une spécificité du droit suisse.

3 Résultat de la consultation relative à la modification de la loi sur les banques

La consultation relative à la 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 nationale suisse à des banques d'importance systémique) s'est déroulée du 25 mai 2023 au 21 juin 2023⁴. Le chapitre 6.5 du rapport explicatif relatif au projet mis en consultation précisait que le Conseil fédéral prévoyait de prolonger la durée de validité de l'ordonnance du 16 mars 2023⁵, ce qui était d'ailleurs déjà annoncé dans les commentaires de l'ordonnance correspondant. Aucun participant à la consultation ne s'est prononcé à ce sujet (voir

⁴ Communiqué du Conseil fédéral du 25 mai 2023: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-95415.html>.

⁵ RO 2023 136

rapport sur les résultats et chap. 2.1 du message concernant la modification de la loi sur les banques).

Depuis l'ouverture de la procédure de consultation le 25 mai 2023, la situation a évolué, et divers événements (cf. ch. 1 du présent commentaire et par ex. ch. 2.2 du message concernant la modification de la loi sur les banques) ont nécessité des modifications importantes de l'ordonnance du 16 mars 2023, celles-ci prenant dans la plupart des cas la forme d'abrogations de dispositions. C'est donc la version mise à jour de l'ordonnance du 16 mars 2023 qu'il est proposé de proroger. Les dispositions qui doivent être maintenues font également partie de la modification de la loi sur les banques soumise au Parlement par le Conseil fédéral par l'intermédiaire du message.

4 Conséquences

En sa qualité de prêteuse ultime (*lender of last resort*), la BNS pourra, au besoin, octroyer des prêts d'aide supplémentaires afin d'approvisionner rapidement en liquidités une banque d'importance systémique (*systematically important bank* [SIB]) domiciliée en Suisse qui fait face à une crise, dans la mesure où cette banque a épuisé ses propres sources de financement et l'aide extraordinaire sous forme de liquidités octroyée par la BNS et que les conditions pour l'octroi de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités sont remplies. À l'échelle internationale, le rôle de prêteur ultime assumé par les banques centrales repose en général sur un approvisionnement en liquidités assorti de sûretés suffisantes, dont le montant peut toutefois varier en fonction de la situation. C'est sur cette base que les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités octroyés par la BNS ont été déployés dans le cadre de l'acquisition de Credit Suisse par UBS. Ces prêts ne sont certes pas liés à la fourniture de sûretés, mais ils sont plafonnés. Le plafond fixé et le privilège des créances, qui tient également compte de la notion de «sûreté» au sens large, réduisent considérablement le risque de pertes auxquelles la BNS s'expose en octroyant ces prêts. Toutefois, il n'est pas entièrement exclu que la BNS subisse des pertes sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités en cas de faillite d'une SIB, si bien que sa réserve pour distributions futures à la Confédération et aux cantons pourrait diminuer. La crédibilité de sa politique monétaire pourrait aussi être mise à mal si elle enregistrait des pertes importantes malgré le privilège des créances.

Tant que le contrat de crédit-cadre conclu avec la BNS sera en vigueur, l'emprunteuse devra respecter les obligations visées à l'art. 9 de l'ordonnance du 16 mars 2023 (par ex. interdiction de verser des dividendes). Elle sera aussi tenue de payer à la BNS des intérêts appropriés sur les montants effectifs des prêts d'aide supplémentaires, ce qui aura une incidence positive sur les finances de la BNS.

Pour ce qui les concerne, les clients et les créanciers de la banque concernée profiteront surtout de la stabilité accrue de cette dernière, même si le privilège des créances en faveur de la BNS pourrait désavantager certains créanciers en cas de faillite de la banque.

5 Aspects juridiques

En vertu des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., en relation avec les art. 7c et 7d LOGA, le Conseil fédéral est habilité à modifier l'ordonnance ainsi que sa durée de validité.

6 Entrée en vigueur

L'ordonnance et ses modifications entreront en vigueur le 15 septembre 2023, prolongeant ainsi la durée de validité de l'ordonnance du 16 mars 2023 jusqu'au 16 mars 2027.