



Berne, le 16 mars 2023 (Version du 19 mars 2023)

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
2	Réglementation proposée.....	4
3	Commentaire des dispositions.....	6
Art. 1	Objet et but	6
Art. 2	Définitions	7
Art. 3	Prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités	7
Art. 4	Octroi de garanties du risque de défaillance.....	8
Art. 5	Approbation des crédits.....	11
Art. 5a	Fonds propres de base supplémentaires	11
Art. 6	Échange d'informations et traitement des données	11
Art. 7	Réduction des risques et remboursement	13
Art. 8	Intérêts, primes de risque, prime de mise à disposition et frais pour les prestations de tiers	14
Art. 9	Obligations de l'emprunteuse dans le cadre de l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance	16
Art. 10	Autres mesures.....	17
Art. 10a	Dérogations à la loi sur la fusion	17
Art. 11	Privilège des créances s'appliquant aux créances découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance	18
Art. 12	Recours à la garantie du risque de défaillance par la Banque nationale.....	18
Art. 13	Échéance	19
Art. 14	Dispositions pénales	19
Art. 14a	Garantie contre les pertes	19
Art. 15	Entrée en vigueur.....	20

1 Contexte

Les banques d'importance systémique ou faisant partie d'un groupe financier d'importance systémique (*systemically important banks* [SIB]) assument en particulier les fonctions d'importance systémique visées dans la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)¹, 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 SIB est active au niveau international, toucher de manière significative le système financier international². 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. La consommation et les investissements nationaux connaîtraient une baisse sensible, ce qui porterait gravement atteinte à l'économie suisse. La faillite d'une SIB active au niveau 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, voire irréversibles, sur l'emploi, la création de valeur et les recettes fiscales en Suisse.

Comme l'a mis en évidence la crise financière et économique mondiale de 2007-2008, les SIB sont trop grandes pour être mises en faillite (*too big to fail* [TBTF]). Afin de renforcer la résistance des SIB face aux crises et de réduire le risque de failles économiques, la législation suisse mise sur des exigences accrues en matière de fonds propres et de liquidités ainsi que sur 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 Banque nationale suisse (BNS)³ sous forme de liquidités ne suffisent pas pour garantir la stabilité de la SIB concernée (par ex. suite à une perte de confiance persistante des acteurs du marché).

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 pour les SIB visant à compléter par un élément central l'aide extraordinaire fournie par la BNS sous forme de liquidités (*emergency liquidity assistance* [ELA])⁴ et chargé le Département fédéral des finances (DFF) d'élaborer, d'ici au milieu de 2023, un projet destiné à la consultation.

¹ RS 952.0

² Les éventuels coûts de défaillance d'une SIB peuvent être estimés sur la base d'une étude internationale relative aux coûts de crises bancaires. Selon les hypothèses sur leur évolution, ces coûts cumulés sont estimés entre 19 % et 158 % du produit intérieur brut d'avant la crise.

³ Voir chapitre 2

⁴ L'ELA se fonde sur l'art. 5, al. 2, let. b, en relation avec l'art. 9, al. 1, let. e, de la loi sur la Banque nationale. Cette aide extraordinaire est matérialisée au ch. 6 des «Directives générales de la Banque nationale suisse sur ses instruments de politique monétaire», disponibles à l'adresse suivante: www.snb.ch > La BNS > Directives et règlements > Directives générales de la Banque nationale suisse du 25 mars 2004 sur ses instruments de politique monétaire.

Au vu des récentes évolutions, le DFF a soumis, en collaboration avec l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) et la BNS, l'aménagement de l'ELA à un examen critique. Il a en outre accéléré les travaux relatifs au mécanisme public de garantie des liquidités. En vertu des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, de la Constitution (Cst.)⁵, le Conseil fédéral a ainsi créé une extension de l'ELA existante et un mécanisme public de garantie des liquidités.

L'ordonnance proposée sera applicable pour une durée de six mois à compter de son entrée en vigueur. Si nécessaire, le Conseil fédéral a l'intention de soumettre dans ce délai un message et un projet de loi afin de transposer dans le droit ordinaire la réglementation prévue par l'ordonnance. Un crédit d'engagement urgent est nécessaire pour l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance en faveur d'une SIB dans le cadre de l'ordonnance. L'octroi du crédit d'engagement dans le cadre d'une procédure d'urgence sera soumis à l'approbation ultérieure des Chambres fédérales (art. 28 de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances [LFC])⁶.

2 Réglementation proposée

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 par l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiQ)⁷, 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)⁸.
- Dans certaines situations, ces exigences en matière de liquidités n'empêchent toutefois pas que les propres liquidités de la SIB soient insuffisantes pour couvrir ses besoins en liquidités. La deuxième ligne de défense prévoit que la BNS mette à disposition des liquidités supplémentaires à titre d'ELA. Cette aide extraordinaire n'est toutefois accordée qu'en échange de garanties appropriées et acceptées par la BNS.

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 de l'ELA. Ces problèmes de liquidités exposent la banque à un risque de faillite, même si elle remplit par ailleurs les exigences réglementaires en matière de fonds propres.

Afin d'éviter cela, des mesures supplémentaires sont nécessaires:

⁵ RS 101

⁶ RS 611.0

⁷ RS 952.06

⁸ Les exigences en matière de volants de liquidités supplémentaires appliquées aux SIB sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2022. Les SIB sont tenues de remplir, d'ici à la fin de 2023, les exigences de base et les exigences supplémentaires spécifiques à chaque établissement. Consultable sur: www.admin.ch > Documentation > Communiqués > Banques d'importance systémique: Le Conseil fédéral adopte des modifications de l'ordonnance sur les liquidités

- La BNS octroie des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités lorsqu'elle arrive à la conclusion que l'ELA n'est pas suffisante. En vertu de l'ordonnance, elle bénéficie d'un privilège des créances en tant que garantie pour ces prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités, étant donné que la banque n'est pas en mesure de couvrir elle-même de tels prêts.
- Par analogie avec des projets de mécanisme public de garantie des liquidités déjà mis en œuvre dans d'autres juridictions pertinentes, il s'agira en outre de mettre des liquidités supplémentaires à disposition temporairement par le biais de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération. Ces prêts devront également être assortis d'un privilège des créances. Leur but est de 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.

La garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération pour les prêts d'aide sous forme de liquidités est assortie de conditions strictes:

- Intérêt public: si le prêt d'aide sous forme de liquidités n'est pas accordé, l'économie et le système financier suisses risquent de subir des dommages considérables.
- Proportionnalité et nécessité: le prêt d'aide sous forme de liquidités est approprié et nécessaire à la poursuite stable de l'activité de la banque.
- Solvabilité: la FINMA confirme la solvabilité de la banque ou sa mise en place par un plan d'assainissement approprié.

Le principe de la subsidiarité doit également être respecté pour le versement de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Les liquidités de la banque, les sources de liquidités sur le marché ainsi que le soutien possible de la BNS sous forme de liquidités non assorti d'une garantie du risque de défaillance doivent avoir été épuisés.

Afin de réduire le risque pour la Confédération ou de compenser le risque résiduel, un privilège des créances de la deuxième classe est accordé à la BNS en ce qui concerne les prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par la Confédération. Ce privilège est de rang subordonné au privilège des créances de la BNS pour les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités nouvellement possibles. Les privilèges des créances constituent ainsi la pierre angulaire de la réglementation proposée.

Par ailleurs, la SIB concernée doit verser une prime de risque à la Confédération et à la BNS pour le risque résiduel ainsi qu'une prime de mise à disposition à la Confédération pour la garantie du risque de défaillance et un intérêt à la BNS. Ces primes sont couvertes elles aussi par le privilège des créances. De même, l'octroi d'une garantie du risque de défaillance implique, en vertu de l'art. 10a LB, que le Conseil fédéral est tenu d'ordonner à la SIB concernée de prendre des mesures en matière de rémunérations pour la durée du soutien sollicité.

Les privilèges des créances doivent être intégrés dans les classes de créances existantes de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁹ et conçus de telle sorte qu'en cas de faillite, les créances de la BNS envers la SIB 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 créances de la Confédération découlant de la prime de risque et de la prime de mise à disposition soient satisfaites en priorité. Ces créances seraient classées après les créances privilégiées dans le cadre du droit de la faillite (par ex. salaires des employés, cotisations aux assurances sociales, dépôts privilégiés), mais avant toutes les autres créances. La BNS se charge de faire valoir ses propres créances et celles de la Confédération en cas de faillite pendant toute la durée de la faillite. La BNS ne

⁹ RS 281.1

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.

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 et du déroulement de la crise.

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 TBTF contenues dans l'OLiQ, respecter des exigences strictes 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, l'octroi des prêts d'aide sous forme de liquidités s'accompagne d'une prime de risque et d'intérêts en faveur de la BNS ainsi que d'une prime de risque et d'une prime de mise à disposition en faveur de la Confédération. La SIB est ainsi incitée à rembourser rapidement les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance accordée par la Confédération. Enfin, l'incitation à des comportements indésirables est compensée par des obligations ainsi que par d'autres mesures. La SIB est notamment soumise à une interdiction de verser des dividendes, à une interdiction d'octroyer ou de rembourser des prêts à ses propriétaires.

3 Commentaire des dispositions

Art. 1 **Objet et but**

Al. 1

L'ordonnance prévoit que la BNS peut octroyer à une SIB des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités assortis d'un privilège des créances. Elle précise en outre que la Confédération peut octroyer à la BNS une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités que cette dernière accorde aux SIB. En octroyant une telle garantie, la Confédération s'engage à prendre en charge une éventuelle perte de la BNS découlant d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, à hauteur des fonds approuvés. L'ordonnance régit en outre l'échange d'informations entre les autorités, la réduction des risques, les intérêts et primes devant être perçus auprès de l'emprunteuse ainsi que les frais pour les prestations de tiers, les obligations de l'emprunteuse, les autres mesures et le privilège des créances s'appliquant aux créances découlant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités ainsi que de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. La garantie contre les pertes y est également définie.

Al. 2

En raison de leur fonction relative au maintien des opérations de dépôt et de crédit et à la réalisation des opérations de paiement, les SIB revêtent une importance capitale pour l'économie et le système financier suisses. La faillite d'une SIB peut ouvrir de graves failles dans le système financier et causer des dommages économiques importants. La faillite d'une SIB active au niveau international peut en outre ébranler la confiance dans la place financière suisse et sa position, ce qui aurait d'autres conséquences négatives considérables et durables pour l'économie suisse. En raison de l'importance qu'elles revêtent pour l'économie suisse, les SIB doivent satisfaire à des exigences plus strictes en matière de fonds propres et de liquidités que les banques sans importance systémique. L'ordonnance proposée complète l'actuel dispositif TBTF afin de pouvoir garantir le maintien des SIB et la poursuite des fonctions d'importance systémique même en cas de développements extraordinaires et imprévus posant des problèmes de liquidités existentiels.

Art. 2 Définitions

Al. 1

Les prêts d'aide sous forme de liquidités au sens de l'ordonnance sont réservés aux banques d'importance systémique.

En vertu des art. 5, al. 2, let. a et e, et 9, al. 1, let. e, de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (LBN)¹⁰, la BNS peut mettre des liquidités à disposition contre des garanties suffisantes. Le cas échéant, elle se conforme aux Directives générales du 25 mars 2004 de la Banque nationale suisse sur les instruments de politique monétaire¹¹ (état au 1^{er} juillet 2021). Dans l'ordonnance, ces mesures de soutien sous forme de liquidités sont définies comme des prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités (al. 1, let. a).

L'ordonnance permet désormais un soutien allant au-delà des prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités. La *let. b* définit les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités que la BNS peut accorder en plus de ceux prévus à la *let. a*. Ces prêts d'aide sous forme de liquidités ne sont pas couverts par une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération, mais bénéficient, en vertu de l'ordonnance, d'un privilège des créances.

La *let. c* définit l'apport de liquidités par la BNS assorti d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération. Ces prêts d'aide sous forme de liquidités bénéficient également d'un privilège des créances. L'apport de liquidités par la BNS se fonde sur un contrat de crédit-cadre conclu entre la BNS et une SIB. Grâce aux prêts assortis d'une garantie du risque de défaillance, l'emprunteuse dispose, subsidiairement aux prêts d'aide sous forme de liquidités au sens des *let. a* et *b*, des liquidités nécessaires pour que la SIB puisse honorer ses obligations de paiement et assurer la confiance des marchés financiers dans sa solvabilité.

Al. 2

Les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance sont générés en aval des prêts d'aide sous forme de liquidités selon les *let. a* et *b* au cas où la SIB a besoin de liquidités supplémentaires, mais ne dispose plus de sûretés appropriées propres. Dans ce cas, la garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération fait office pour la BNS de sûreté au sens de la LBN.

Art. 3 Prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités

Al. 1

Le privilège des créances au sens de l'art. 3 est un élément central des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités (art. 2, al. 1, let. b).

La réglementation prévoit l'instauration d'un privilège des créances en faveur de la BNS afin de réduire les risques que celle-ci encourt. Ce privilège est limité aux créances provenant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités. 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'emprunteuse 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 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.

¹⁰ RS 951.11

¹¹ www.snb.ch > La BNS > Directives et règlements > Directives générales de la Banque nationale suisse du 25 mars 2004 sur ses instruments de politique monétaire

Al. 2

L'al. 2 précise que le Conseil fédéral détermine, après consultation préalable de la BNS, le montant maximal que celle-ci peut verser, par groupe financier, au titre des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités visés à l'art. 2.

Al. 3

L'al. 3 précise que la BNS est habilitée à définir les conditions des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités. De même, la BNS peut, dans les limites du montant maximal fixé par le Conseil fédéral à l'al. 2, accorder des prêts supplémentaires sous forme de liquidités distincts à plusieurs entités appartenant à un même groupe financier, conformément à l'art. 2, al. 1.

Al. 4

Certaines conditions et conséquences des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance s'appliquent également à l'octroi par la BNS de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités.

Art. 4 Octroi de garanties du risque de défaillance

Al. 1

Selon cet alinéa, la Confédération peut octroyer des garanties du risque de défaillance destinées à couvrir les prêts d'aide sous forme de liquidités. L'octroi d'une telle garantie est possible uniquement en cas de situation extraordinaire et à titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque toutes les autres possibilités de financement ont été épuisées. Étant donné que cette disposition est potestative, la Confédération n'est pas tenue d'octroyer une garantie du risque de défaillance. En d'autres termes, il n'existe aucun droit à l'octroi d'une garantie du risque de défaillance (voir al. 5). Il incombe 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 au sens de l'art. 11. En octroyant une garantie du risque de défaillance à la BNS, elle prend le risque de devoir prendre en charge les pertes de la BNS liées au prêt d'aide sous forme de liquidités garanti par la Confédération. La Confédération encourt donc un risque financier. La probabilité que la Confédération doive effectivement prendre en charge une perte est faible, notamment en raison du fait que l'ordonnance prévoit un privilège de créance pour les créances découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par la Confédération.

Toutefois, les engagements de la Confédération à l'égard de la BNS peuvent, dans des cas extrêmes, atteindre une somme 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 aux risques en lien avec la réputation de la place financière suisse et au préjudice de l'économie suisse.

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 potentielle 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. La garantie du risque de défaillance ne comprend pas les pertes

liées à d'autres types de prêts qu'aurait consenti la BNS. En cas de faillite ultérieure de l'emprunteuse, le montant des pertes effectives de la BNS 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 figurant dans le présent alinéa sont remplies. Le DFF est compétent pour préparer la décision du Conseil fédéral et de la délégation des finances.

Let. a

Le non-octroi d'une garantie du risque de défaillance par la Confédération expose la SIB à un risque de faillite. En raison de l'importance considérable de l'établissement au niveau systémique et de l'envergure de la place financière suisse au niveau international, une telle faillite est susceptible de nuire considérablement à l'économie et à la place financière suisse, voire au système financier international (voir art. 7, al. 1, LB). Ainsi, l'octroi d'une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la BNS est subordonné à un intérêt public.

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 engagements, par exemple parce que les clients retirent leurs avoirs ou en raison d'un risque d'épuisement des possibilités de refinancement usuelles. Ce type de situation est symptomatique d'une crise de confiance profonde et persistante. Un tel scénario peut survenir même dans le cas d'une banque bien capitalisée. Si les sorties de liquidités viennent à durer, la capitalisation suffisante de la SIB peut également finir par être remise en question.

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.¹²). L'intervention des pouvoirs publics doit conduire à la poursuite de l'activité de la SIB (adéquation). En fonction de la situation et des mesures déjà prises par la banque de sa propre initiative, par exemple une augmentation du capital ou une vente planifiée, l'octroi de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance peut se révéler déterminant pour la poursuite de l'activité.

De plus, il faut que l'économie et le système financier suisses ne puissent pas être protégés d'un dommage consécutif à la faillite d'une SIB autrement que par l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance (nécessité).

Let. c

Avant qu'elle puisse accorder une garantie du risque de défaillance pour un prêt d'aide sous forme de liquidités, la Confédération doit s'assurer que l'emprunteuse et le groupe financier dont elle fait partie sont solvables. Une banque ou un groupe financier sont solvables s'ils satisfont aux exigences en matière de fonds propres. Cette condition implique notamment qu'ils ont suffisamment d'actifs afin de pouvoir faire face à l'ensemble de leurs engagements et qu'ils disposent en outre de réserves suffisantes sous la forme de capital propre. La Confédération octroie une garantie du risque de défaillance uniquement si l'emprunteuse et le groupe financier dont elle fait partie, du moins après un éventuel assainissement, présentent un bilan sain, c'est-à-dire qu'ils disposent de suffisamment de fonds propres réglementaires. La FINMA confirme que l'emprunteuse et le groupe financier sont solvables ou, si des mesures supplémentaires sont nécessaires en vue de la solvabilité, qu'il existe un plan d'assainissement (voir art. 31 LB) propre à assurer cette dernière.

¹² RS 101

Al. 4

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 afin de garantir les liquidités. Cela signifie que l'emprunteuse (ou le groupe financier d'importance systémique) doit avoir épuisé toutes les possibilités de financement par ses propres moyens. La première possibilité qui doit être épuisée, à savoir la première ligne de défense, est la quantité de liquidités à détenir conformément aux prescriptions de l'OLiQ¹³. Ces prescriptions sont plus strictes pour les SIB que pour les autres banques.

Si cette première possibilité est épuisée, la deuxième ligne de défense entre en jeu. La BNS accorde alors, aux conditions qu'elle a fixées, des prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités au sens de l'art. 2, al. 1, let. a contre des sûretés dont dispose la banque. Désormais, s'ajoutent à cela des prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, qui sont assortis d'un privilège des créances (art. 3, al. 1).

Ce n'est que lorsque ces deux lignes de défense, et éventuellement d'autres possibilités de financement par les propres moyens de l'emprunteuse et du groupe financier, ont été épuisées, c'est-à-dire lorsque la banque ne dispose notamment plus de sûretés appropriées pour obtenir des prêts d'aide extraordinaires sous forme de liquidités et que la BNS a épuisé la limite définie par le Conseil fédéral en matière de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités, que la troisième ligne de défense, à savoir les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération, entre en jeu.

L'épuisement des prêts d'aide sous forme de liquidités dépend non seulement du volume de sûretés appropriées encore disponibles, mais également de leur aptitude à générer des liquidités en temps voulu. Il se peut que des titres ne puissent pas être remis à temps à la BNS, étant donné qu'ils servent à maintenir des opérations existantes (par ex. couverture des risques lorsque les titres ne peuvent pas être remplacés rapidement par des produits dérivés) dont l'annulation entraînerait des coûts élevés ou une déstabilisation supplémentaire de la SIB. La banque doit également disposer d'un certain nombre de garanties résiduelles utilisables jusqu'au moment de l'octroi des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance.

Le versement des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance ne peut avoir lieu que lorsque l'emprunteuse a épuisé les possibilités de financement par ses propres moyens. La BNS confirme au DFF que l'emprunteuse et le groupe financier ne disposent plus de sûretés appropriées pour garantir les prêts extraordinaires et supplémentaires d'aide sous forme de liquidités. La FINMA confirme au DFF que l'emprunteuse et le groupe financier ne disposent pas d'autres possibilités de financement.

Al. 5

Comme le souligne déjà la formulation potestative de l'al. 1, la Confédération n'est pas tenue d'octroyer une garantie du risque de défaillance, et ce même si les conditions énumérées à l'al. 3 sont remplies. L'al. 5 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.

Al. 6

L'octroi d'une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités nécessite la conclusion d'un contrat de garantie 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 ainsi que la prime de risque et la prime de mise à disposition.

¹³ RS 952.06

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

Art. 5 *Approbation des crédits*

Conformément à la loi sur les finances, l'octroi d'une garantie par la Confédération exige un crédit d'engagement (art. 21, al. 4, LFC). 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 conviennent pas, 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.

Art. 5a *Fonds propres de base supplémentaires*

L'approbation du crédit d'engagement pour l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance vise à prévenir les conséquences sur la dotation en capital de la SIB qui pourraient menacer son existence et, ainsi, à contribuer largement à la poursuite de l'activité de l'emprunteuse et du groupe financier. De ce fait, l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance et le crédit d'engagement requis à cet effet constituent une mesure de soutien étatique déterminante en vue d'éviter une insolvabilité et donc la fourniture d'une aide étatique en faveur de la banque concernée.

Dans ce contexte, la FINMA peut ordonner, dès l'approbation du crédit d'engagement, l'amortissement de fonds propres de base supplémentaires. L'ordre en question peut s'adresser à l'emprunteuse et au groupe financier. Il incombe à la FINMA de définir les destinataires de cet ordre. L'amortissement de fonds propres de base supplémentaires visé à l'art. 5a peut également être ordonné en vue d'un scénario de reprise ou de rachat sans lequel l'emprunteuse se serait immédiatement retrouvée en situation d'insolvabilité.

Art. 6 *Échange d'informations et traitement des données*

Al. 1

Afin de pouvoir octroyer, administrer, surveiller et traiter des prêts d'aide sous forme de liquidités et des garanties du risque de défaillance, les autorités concernées, à savoir le DFF, la FINMA et la BNS, doivent pouvoir échanger toutes les données nécessaires dans un cas d'espèce. Celles-ci englobent donc par exemple toutes les informations et données de la SIB concernée dont disposent ou peuvent disposer 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 le risque découlant de la garantie du risque de défaillance que la Confédération prévoit d'octroyer. Cet échange concerne aussi des informations non rendues publiques, notamment relatives à la situation financière ou à la situation en matière de risques de la SIB ou au plan financier pendant la durée du contrat de crédit-cadre conclu entre la BNS et l'emprunteuse ou pendant la durée du contrat de garantie conclu entre la Confédération et la BNS. 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 l'ordonnance. 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 afin de pouvoir évaluer la situation. Pendant la durée du contrat de crédit-cadre conclu entre la BNS et l'emprunteuse ou la durée du contrat de garantie conclu entre la Confédération et la BNS, les autorités impliquées ne peuvent pas invoquer de réserves relatives à la confidentialité, telles que 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 avoir lieu également pendant la durée du contrat de garantie conclu entre la Confédération et la BNS et, le cas échéant, durant la procédure de faillite.

Al. 2

Cet alinéa définit 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 en tant qu'organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière (art. 1 de la loi sur le Contrôle des finances¹⁴) et, si nécessaire, les tiers nécessaires à l'exécution de l'ordonnance en question (par ex. le délégué à l'assainissement). Il vise notamment à garantir une base légale adéquate pour le traitement des données et autres informations. Les informations nécessaires à l'exécution de l'ordonnance en question doivent avoir un lien avec l'octroi, l'administration, la surveillance et le traitement des prêts d'aide sous forme de liquidités. 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.

Al. 3

Il est impératif de garantir une transparence aussi élevée que possible à propos de la mise à disposition de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance de la Confédération. En même temps, les informations et données des SIB concernées sont sans aucun doute très sensibles. Elles contiennent des secrets d'affaires ou de fabrication au sens de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans)¹⁵. Compte tenu de la sensibilité avérée de ces données et informations et à des fins de clarté juridique, l'ordonnance limite le champ d'application matériel de la LTrans. L'al. 3 constitue donc une disposition spéciale au sens de l'art. 4, let. a, LTrans. En revanche, il ne limite en rien l'échange d'informations et de données entre les autorités compétentes visées à l'art. 1. Il vise à garantir que les unités administratives chargées de l'exécution de l'ordonnance reçoivent rapidement toutes les informations pertinentes de la part de la SIB concernée. Si cette dernière doit craindre en permanence que les unités administratives doivent autoriser 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. Une réglementation au contenu sensiblement similaire figure à l'art. 14 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer¹⁶ et à l'art. 20 de la loi fédérale du 30 septembre 2022 sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique¹⁷.

Il est toutefois indéniable que la transparence concernant l'action de l'État est importante et nécessaire. Le présent article n'empêche pas cette transparence, qui est assurée d'une autre manière, par la publication appropriée des principaux résultats, indicateurs et conditions-cadres. 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, sans qu'il soit possible de tirer des conclusions sur les affaires internes de la SIB concernée.

¹⁴ RS 614.0

¹⁵ RS 152.3

¹⁶ RS 742.101

¹⁷ RS 734.91

Art. 7 Réduction des risques et remboursement

Al. 1

La FINMA et la BNS ont pour mission de veiller à ce que les risques encourus par la Confédération du fait des garanties du risque soient réduits. La présente disposition assigne à la FINMA une nouvelle tâche spécifique, qui s'ajoute à celles déjà prévues à l'art. 6 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers¹⁸. Une tâche importante de la FINMA dans ce domaine consiste à surveiller le respect des obligations prévues à l'art. 9 et de celles qui découlent de l'application de l'art. 37 LB (voir art. 11). Conformément à l'art. 30b, al. 3, let. b, LB, 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 telles, être converties ou réduites en fonds propres en application de l'art. 30b, al. 1, LB dans le cadre d'une procédure d'assainissement.

Dans sa fonction de prêteur, la BNS doit elle aussi réduire les risques qu'encourt la Confédération du fait que cette dernière assume le risque de défaillance. En tant que partie au contrat de crédit-cadre conclu avec l'emprunteuse, la BNS peut, par exemple, définir des restrictions et des conditions, et surveiller leur application en permanence. 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 encourus par cette dernière lors de l'octroi (par ex. en cas de versements échelonnés) ou de la résiliation d'un prêt (en cas de remboursement échelonné). Toutefois, la BNS veille à la réduction des risques encourus par 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 (al. 3). Si la BNS souhaite 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 encourus par 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 peuvent pas être modifiées de façon à ce 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 une coordination étroite entre la FINMA et la BNS (par ex. en ce qui concerne le montant et l'échelonnement des différents prêts d'aide sous forme de liquidités). La désignation de l'emprunteuse doit être effectuée après l'évaluation minutieuse de tous les facteurs pertinents, en particulier lorsqu'il s'agit de SIB disposant d'une structure organisationnelle complexe, de sorte que le privilège des créances dont bénéficie la Confédération soit préservé.

Al. 2

Cet alinéa précise l'al. 1 et prévoit que la FINMA surveille l'utilisation des prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. À cet effet, elle doit pouvoir ordonner toutes les mesures prévues à l'art. 26 LB, que des mesures protectrices aient été prises ou non.

Al. 3

Il faut assurer que l'emprunteuse de la BNS rembourse en priorité les prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance. Tant qu'elle n'a pas entièrement repayé ces prêts, elle n'est pas autorisée à rembourser d'autres prêts qui lui ont été accordés

¹⁸ RS 956.1

par la BNS. Cet alinéa repose sur la logique selon laquelle, dans le but de réduire les risques pour les pouvoirs publics, les prêts d'aide sous forme de liquidités garantis par la Confédération seront remboursés avant les prêts d'aide sous forme de liquidités couverts 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. La disposition s'applique sous réserve d'un manque de sûretés pour couvrir les prêts d'aide extraordinaires et supplémentaires sous forme de liquidités existants, dû à l'évolution du marché. 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'emprunteuse sera autorisée à rembourser uniquement 10 à la BNS. Un prêt d'aide extraordinaire ou supplémentaire sous forme de liquidités peut en outre être remboursé préalablement dans des cas justifiés, si la Confédération y a consenti.

Art. 8 Intérêts, primes de risque, prime de mise à disposition et frais pour les prestations de tiers

Al. 1

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. Les coûts liés aux prêts octroyés à titre de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie de défaillance que doit supporter la BNS correspondent aux charges d'intérêts des avoirs à vue. Le taux d'intérêt équivaut ainsi en règle générale au taux directeur de la BNS en vigueur et s'élève à 0 % au minimum.

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'emprunteuse, les éventuels coûts non couverts par les intérêts selon l'art. 209 LP. Ces coûts peuvent être occasionnés du fait que la BNS rémunère les liquidités supplémentaires sur les comptes de virement qui ont été créés au moyen de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie 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 (par ex. bons de la BNS) sur lesquels il lui faut payer des intérêts. 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 à la réglementation contractuelle (al. 5), 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'une autre réglementation, pour autant que cela n'accroisse pas les risques encourus par la Confédération.

La prime de risque de la BNS est fondamentalement indépendante de la prime de risque à laquelle a droit la Confédération. Les primes de risque sont définies au cas par cas par les parties (la Confédération ou la BNS), la BNS devant avoir 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 encourus par la Confédération et, respectivement, 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'emprunteuse ainsi que de l'éventuel groupe financier auquel elle 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, respectivement, la BNS peuvent adapter leur prime en conséquence sans

l'accord de l'emprunteuse en tant que partenaire contractuelle. L'adaptation de la prime de risque qui revient à la BNS requiert l'accord préalable de la Confédération.

Al. 3

Une prime de mise à disposition vise à compenser le fait que la Confédération soit prête à accorder à la BNS une garantie du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités octroyés à l'emprunteuse. Cette dernière est tenue de payer cette prime indépendamment du fait qu'elle ait ou non recours au prêt d'aide sous forme de liquidités, 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 assorti d'une garantie de défaillance. En cas de faillite, la BNS doit donc la faire valoir au nom de la 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'emprunteuse 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. 4

La BNS impute les primes de mise à disposition et de risque au compte de virement de l'emprunteuse dans le cadre de l'octroi du prêt. Conformément à la réglementation contractuelle, l'emprunteuse 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 de défaillance. La BNS impute en principe les primes de risque courues au compte de virement de l'emprunteuse 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 cela n'accroisse pas les risques encourus par la Confédération. En outre, si la prime de risque devait ne pas être imputée, cela ne signifie pas que la Confédération renonce à la créance correspondante.

Al. 5

Les contrats conclus entre la Confédération et la BNS ainsi qu'entre la BNS et l'emprunteuse définissent en particulier les montants et les modalités de paiement relatifs aux primes de mise à disposition et de risque ainsi qu'aux intérêts.

Al. 6

Dans le cadre de la procédure de faillite, d'une part, la BNS fait valoir ses propres créances découlant de 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. 7

Dans le cadre de l'octroi de prêts d'aide 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. Ces frais sont mis dans tous les cas à la charge de l'emprunteuse, que les prêts accordés ou non, et doivent être réglés à l'échéance. Le fait que ces frais supplémentaires soient payés au préalable par la Confédération ou la BNS, puis facturés ultérieurement à l'emprunteuse n'a aucune incidence sur ce qui précède.

Art. 9 Obligations de l'emprunteuse dans le cadre de l'octroi d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance

Al. 1

Afin de réduire les risques encourus par la Confédération et que la priorité soit donnée au remboursement du prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, l'emprunteuse ne peut effectuer au détriment de la BNS (et par extension de la Confédération) aucun versement aux propriétaires pendant toute la durée du contrat de crédit-cadre 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'emprunteuse et que les intérêts et les primes n'ont pas été réglés. Cette disposition assure que l'emprunteuse 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, pour rembourser des apports en capital, ou encore pour octroyer ou rembourser des prêts.

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 l'entrée en vigueur de l'ordonnance proposée.

Al. 3

La durée d'applicabilité de l'al. 3 est régie par l'al. 1. L'emprunteuse 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 ou l'offre de nouveaux produits qui pourraient participer à grandement déprécier le profil de risques de l'emprunteuse ou des sociétés du groupe qui y sont directement ou indirectement liées. Même après avoir obtenu un prêt, l'emprunteuse 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 (voir art. 10a LB). Pendant la période de recours à un prêt d'aide assorti d'une garantie du risque de défaillance, l'emprunteuse 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 amoindris par le remboursement dans les délais des prêts, lorsque l'activité le permet, ou par une couverture adéquate des risques encourus par la banque.

Dans le cadre de la surveillance courante, la FINMA contrôle également le respect des obligations visées à l'art. 9. Outre les mesures relevant du droit de la surveillance, les contrevenants s'exposent à des poursuites pénales, conformément à l'art. 14.

Al. 4

L'al. 4 règle le cas où l'emprunteuse 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'emprunteuse ou du groupe financier du fait de son absorption par une entité de la société tierce reprenneuse, les obligations visées à l'art. 9, al. 1, ne subsistent jusqu'au remboursement intégral des prêts d'aide sous forme de liquidités. La société reprenneuse 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. 10 Autres mesures

Al. 1

L'al. 1 se fonde sur l'art. 25 en relation avec l'art. 26, al. 1, let. c, 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, en cas de mise en œuvre de la garantie, 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 – banques¹⁹.

Al. 2

Le DFF est expressément déclaré compétent pour rendre une décision conformément à l'art. 10a LB. L'art. 47, al. 6, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)²⁰ prévoit en effet une délégation automatique au département compétent à raison de la matière lorsqu'il s'agit de décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (TAF). Le recours devant le TAF est irrecevable contre les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal (art. 32, al. 1, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF])²¹. Ce droit découle de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)²². La décision fondée sur l'art. 10a LB concernant des droits et obligations patrimoniales au sens de l'art. 6, al. 1, CEDH, les décisions fondées sur l'art. 10a LB peuvent être attaquées devant le TAF en vertu de l'art. 33, let. d, LTAF.

Le destinataire de la décision peut être la SIB et la société mère du groupe ou le groupe financier et les conglomérats financiers à dominante bancaire (voir art. 7, al. 1, et 10a, al. 1, LB).

La FINMA contrôle la mise en œuvre de la décision conformément à l'art. 10 de l'ordonnance proposée.

Art. 10a Dérogations à la loi sur la fusion

Afin de faciliter une reprise de la banque selon la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus) et en cas de situation d'urgence, l'ordonnance prévoit certains allègements. 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).

L'ordonnance prévoit également la possibilité, avec l'accord de la FINMA, de déroger à d'autres exigences en matière de transactions prévues dans la LFus, pour autant que les

¹⁹ 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

²⁰ RS 172.010

²¹ RS 173.32

²² RS 0.101

circonstances particulières l'exigent. Des circonstances particulières existent notamment en cas d'urgence et de nécessité d'un rachat rapide dans le but de préserver l'économie suisse et le système financier suisse d'un préjudice considérable. En pareil cas, la FINMA consulte au préalable les autorités cantonales du registre de commerce concernées ainsi que l'Office fédéral du registre du commerce au sujet de la faisabilité. La FINMA prend acte des résultats de la consultation. La compétence décisionnelle relève de la FINMA.

Art. 11 *Privilège des créances s'appliquant aux créances découlant de prêts d'aide sous forme de liquidités assortis d'une garantie du risque de défaillance*

Le privilège des créances visé à l'art. 11 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 cette ordonnance.

Afin de réduire les risques encourus par la Confédération, cette disposition 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. Le privilège des créances est intégré dans les classes de créances existantes de la LP et conçu de telle sorte qu'en cas de faillite les créances de la BNS envers la SIB découlant des prêts d'aide sous forme de liquidités avec garantie du risque de défaillance ainsi que les intérêts et les primes courus soient réglés en priorité. Dans l'art. 219, al. 4, LP, ces créances sont classées après les dettes de la masse en faillite, les salaires des employés, les cotisations aux assurances sociales, les dépôts privilégiés ainsi que les créances découlant de prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités (art. 2, al. 1, let. b, et art. 3, al. 1), mais avant toutes les autres créances. 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'emprunteuse au moyen de liquidités contribue fortement au maintien de l'activité de la SIB concernée. Un tel privilège sert ainsi l'intérêt de l'ensemble des créanciers en participant grandement à éviter une faillite.

L'inscription explicite dans l'ordonnance du privilège des créances de la BNS et de la Confédération exclut ces dernières du domaine d'application de l'art. 37 LB. 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 LB a pour but d'inciter les investisseurs à soutenir financièrement l'emprunteuse malgré la situation de crise dans laquelle elle 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. Dans le cadre de l'application de l'art. 37 LB, la FINMA devra désormais tenir compte, entre autres, de la réduction des risques (art. 7).

Art. 12 *Recours à la garantie du risque de défaillance par la Banque nationale*

Al. 1

Il s'agit de garantir que la BNS a, avant de recourir à la garantie du risque de défaillance, entièrement fait valoir les créances assorties d'une garantie du risque de défaillance et les

primes de risques courues. Ce n'est que lorsque la procédure de faillite est close et que, par tant, la BNS subit une perte définitive que la BNS peut avoir recours à la garantie du risque de défaillance octroyée par la Confédération.

Al. 2

Le contrat relatif à la garantie conclu entre la Confédération et la BNS règle d'éventuelles autres conditions du 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. 13 ***Échéance***

La créance découlant d'une éventuelle perte 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 suivre 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. 14 ***Dispositions pénales***

Al. 1

L'infraction nouvellement établie dans l'ordonnance s'apparente aux dispositions pénales de la LB en ce qui concerne la manière dont elle est commise et les biens juridiques protégés. Par analogie avec le droit pénal accessoire mentionné dans la LB, il est donc justifié en l'espèce de définir la violation intentionnelle des obligations visées à l'art. 9 comme un délit puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Cela se justifie également par le fait que la disposition proposée sera soumise au Parlement dans le cadre du projet de loi et que, dans un cas d'espèce, la disposition pénale de l'ordonnance peut être vérifiée au préalable par un tribunal.

La sanction de l'acte commis par négligence n'est pas prévue parce que les obligations visées à l'art. 9 sont claires et qu'une infraction commise par négligence n'est guère envisageable dans les faits. Les personnes se trouvant en position de garant qui prennent des décisions ou effectuent des paiements conformément à l'art. 9, al. 1, let. a à c et à l'al. 3, ne commettent, au vu de l'importance de ces obligations, pas de fautes qui ne pourraient pas être évitées en faisant preuve de la diligence requise. La question de l'infraction commise par négligence sera de nouveau examinée dans le cadre du projet de loi.

Al. 2

Les infractions mentionnées à l'al. 1 qui sont poursuivies d'office constituent une disposition pénale relevant du droit des marchés financiers qui est poursuivie d'office. La disposition relative à la compétence est prévue pour des questions de clarté, car il s'agit d'une ordonnance dans le cas d'espèce. La position de garant peut être définie conformément aux dispositions de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif²³.

Art. 14a ***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

²³ RS 313.0

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 peut être accordée qu'à la banque repreneuse dans l'optique d'une garantie contre les éventuelles pertes que pourrait entraîner la liquidation des actifs de la banque reprise. Il s'agit de couvrir les cas où la banque repreneuse subit des pertes définitives dans le cadre de la réalisation d'un portefeuille de la banque reprise. La notion de «pertes définitives» doit être précisée dans le contrat visé à l'al. 4. Les actifs à liquider de la banque reprise 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. 5. À propos de l'approbation de crédits, il est renvoyé aux commentaires de l'art. 5. Une garantie contre les pertes ne peut dépasser les 9 milliards de francs suisses.

Al. 3

Le versement de 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 repreneuse 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 repreneuse doit avoir assumé les pertes définitives sur la réalisation des actifs à liquider pour un montant allant jusqu'à 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 repreneuse peut solliciter le versement de la garantie contre les pertes. La FINMA surveille le respect des conditions liées aux deux premières étapes (let. a et b). C'est aussi elle 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 repreneuse et que, malgré cela, les pertes définitives selon la let. b n'ont pas été entièrement compensées. La FINMA confirme aussi qu'il subsiste par conséquent une perte résiduelle définitive qui doit être couverte par la garantie de la Confédération.

Al. 4

La Confédération et la banque repreneuse concluent un contrat relatif à l'octroi et au versement de la garantie contre les pertes.

Art. 15 ***Entrée en vigueur***

Al. 1

L'ordonnance est entrée en vigueur le 16 mars 2023 à 20 heures. L'ordonnance modifiée entre en vigueur le 19 mars 2023 à 20 heures.

Al. 2

Le Conseil fédéral édicte l'ordonnance proposée en vertu des art. 184, al. 3 et 185, al. 3, Cst. Sa durée de validité est limitée à six mois, conformément à l'art. 7d, al. 2, LOGA, si le Conseil fédéral ne soumet pas si nécessaire à l'Assemblée fédérale au plus tard six mois après son entrée en vigueur un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance ou un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale fondé sur l'art. 173, al. 1, let. c, Cst., destinée à remplacer l'ordonnance du Conseil fédéral. Par ailleurs, l'ordonnance devient caduque lorsque la base légale prévue ou l'ordonnance de l'Assemblée fédérale qui la remplace entre en vigueur ou si le projet est rejeté par l'Assemblée fédérale (art. 7d, al. 2, let. b et c, LOGA).

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 systémiq

Le Conseil fédéral a l'intention de soumettre si nécessaire à l'Assemblée fédérale au plus tard six mois après l'entrée en vigueur de l'ordonnance un projet de loi accompagné d'un message et, parallèlement à cela, 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 coronavirus²⁴. Le 11 mars 2022, le Conseil fédéral avait déjà décidé d'élaborer un projet destiné à la consultation sur la mise en place d'un mécanisme public de garantie des liquidités pour les SIB. La mise en œuvre de ce mandat, confié au DFF, sera accélérée après l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

²⁴ 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