02.050

Message
concernant la révision de la loi sur la Banque nationale

du 26 juin 2002

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet de révision de la loi du 23 décembre 1953 sur la Banque nationale.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer le point 3 de l'intervention parlementaire suivante:

1999 P 99.3165 Loi fédérale instituant la Fondation Suisse solidaire
(N 04.10.2000, Groupe socialiste)

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

26 juin 2002 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Kaspar Villiger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

L'actuelle loi sur la Banque nationale (LBN) date de 1953 et n'a été que partiellement révisée depuis lors. De nombreuses dispositions ne sont, de ce fait, plus adaptées aux conditions actuelles. En outre, suite à la mise à jour de la Constitution (nouvel art. 99 Cst. relatif à la politique monétaire), il importe de procéder à des adaptations au niveau de la loi. Pour ces raisons, une révision totale de la LBN est indiquée.

L'indépendance de la BNS prévue par la Cst. et l'obligation de rendre compte à inscrire dans la loi sur la Banque nationale doivent se rapporter à l'exécution d'une mission *concrète. Dans la LBN, la mission constitutionnelle consistant à mener une politique monétaire servant les intérêts généraux du pays est dès lors précisée comme suit: «La Banque nationale conduit la politique monétaire dans l'intérêt général du pays. Elle assure la stabilité des prix. Ce faisant, elle tient compte de l'évolution de la conjoncture.» Si l'accent est mis sur la stabilité des prix c'est parce que l'inflation et la déflation constituent des phénomènes de nature essentiellement monétaire. La stabilité des prix est une condition primordiale pour une croissance économique et une prospérité durables. Simultanément, la politique monétaire a des répercussions, au moins à court terme, sur l'économie réelle. L'obligation qui lui est faite de tenir compte de la conjoncture confère à la Banque nationale une part de responsabilité dans l'évolution de l'économie réelle.*

Comme le nouvel article constitutionnel relatif à la politique monétaire n'énumère pas, contrairement à l'ancienne Constitution, les tâches principales *de la BNS, il convient que la loi sur la Banque nationale le fasse. Ces tâches principales consistent à approvisionner en liquidités le marché monétaire en francs suisses, à assurer l'approvisonnement en numéraire, à faciliter et assurer le bon fonctionnement de systèmes de paiement sans numéraire, à gérer les réserves monétaires et à contribuer à la stabilité du système financier. Une autre tâche de la BNS, à savoir participer à la coopération monétaire internationale, est désormais mentionnée explicitement. Enfin, la Banque nationale continue de fournir des services bancaires à la Confédération; il s'agit là d'une tâche secondaire qui sera désormais en principe rétribuée.*

*L'art. 99, al. 2, Cst. précise qu'en sa qualité de banque centrale indépendante, la BNS mène la politique monétaire. Le principe de l'*indépendance de la banque centrale *est concrétisé dans la nouvelle LBN. Selon celle-ci, la BNS et les membres de ses organes ne peuvent, dans l'accomplissement de leurs tâches au niveau de la politique monétaire, accepter des instructions du Conseil fédéral, de l'Assemblée fédérale ou d'autres organismes. La LBN mentionne, en tant que contrepartie à l'indépendance de la BNS, l'*obligation de rendre compte *au Conseil fédéral, au Parlement, et au public* et de les informer. *Cette obligation donne une légitimité démocratique à l'indépendance de la banque centrale.*

L'actuelle loi sur la Banque nationale énumère de manière exhaustive et détaillée les divers types d'opérations que la BNS est autorisée à effectuer pour remplir sa mission. Une distinction est faite entre la catégorie de placements (or, obligations,

etc.), le genre de débiteur (Etats, banques, etc.) comme critère de solvabilité et l'échéance comme critère de liquidité. Dans l'optique actuelle, ce champ d'activités *est formulé de manière trop restrictive et les catégories choisies ne sont plus judicieuses au regard des marchés financiers. Par conséquent, la nouvelle loi sur la Banque nationale s'abstient généralement d'énumérer de façon fixe les opérations autorisées. Elle opte pour une approche fondée sur les tâches de la banque centrale. La définition des opérations s'effectue désormais en fonction des exigences auxquelles ces opérations doivent répondre et non plus en fonction de leurs caractéristiques. Il convient de respecter les exigences spécifiques auxquelles doivent satisfaire les actifs d'une banque centrale au niveau de la liquidité, des risques et du rendement des placements.*

La BNS accomplit actuellement ses tâches en recourant principalement aux instruments opérationnels. Les attributions en matière de politique monétaire *désignées en tant qu'«instruments relevant de la puissance publique» dans l'actuelle LBN diffèrent des instruments opérationnels en ce sens que la Banque nationale n'intervient pas sur le marché libre comme vendeur ou comme acquéreur mais peut obliger les sujets économiques – le plus souvent des banques – à adopter un certain comportement. Il convient de moderniser ces attributions de la BNS et de les adapter aux besoins actuels. Les contrôles des émissions et des mouvements de capitaux sont notamment supprimés. Inutilisés depuis longtemps, ils sont sans effet sur les marchés financiers actuels.*

Les prescriptions de l'actuelle LBN relatives aux réserves minimales *des banques sont, en tant qu'instrument permettant de gérer activement le marché monétaire par la modification du taux des réserves minimales, remplacées depuis longtemps par des instruments opérationnels (p. ex. pensions de titres). Ces prescriptions peuvent donc être elles aussi supprimées. En revanche, la BNS doit pouvoir continuer à assurer, à l'aide de règles appropriées relatives aux réserves minimales, une demande minimale constante de monnaie centrale de la part des banques commerciales. A cet effet, les prescriptions relatives à la liquidité de caisse des banques, qui figurent actuellement dans la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB), sont transférées sous une forme légèrement modifiée dans la LBN. Parallèlement, les prescriptions relatives à la liquidité globale qui figurent dans la LB sont révisées: il faut en effet préciser, dans la LB, que les banques sont tenues de disposer, sur des bases individuelles et consolidées, de fonds propres et de liquidités appropriés. Comme jusqu'ici, les modalités précises sont réglées par voie d'ordonnance. Cette manière de procéder est appropriée compte tenu de la nature très technique de la question. Elle permet en outre d'adapter les dispositions de l'ordonnance aux développements et besoins actuels.*

A travers ses attributions en matière de politique monétaire, la BNS dispose désormais d'une base légale *uniforme* lui permettant d'établir des statistiques portant sur les marchés financiers. *Elle peut collecter des données non seulement auprès des banques et des fonds de placement tenus actuellement, de par la loi, de renseigner, mais aussi auprès d'autres acteurs des marchés financiers (négociants en valeurs mobilières, exploitants de systèmes de paiement, la Poste, assurances, institutions de prévoyance professionnelle). Une restriction stricte, selon laquelle les collectes*

doivent servir à l'exécution de la mission légale de la Banque nationale, s'applique en l'occurrence.

Les systèmes de compensation et de règlement des paiements et opérations sur instruments financiers, systèmes importants pour la stabilité du système financier, doivent fonctionner de manière irréprochable afin de ne pas compliquer ou compromettre la mise en œuvre de la politique monétaire. La BNS se voit donc investie de la compétence de surveiller le fonctionnement des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres. *Premièrement, tous les systèmes en question sont soumis à l'obligation de renseigner; deuxièmement les systèmes de paiement traitant des montants élevés et les systèmes de règlement des opérations sur titres doivent être soumis à une obligation élargie de fournir des renseignements à la BNS. Enfin, la nouvelle LBN accorde à la BNS la compétence de définir des exigences minimales pour l'exploitation de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres qui engendrent des risques pour la stabilité du système financier. Dans la mesure où de tels systèmes satisfont aux exigences de la loi sur les banques ou de la loi sur les bourses et aux exigences minimales de la BNS, la CFB peut délivrer à leurs exploitants une autorisation de pratiquer en tant que banque ou d'agir en tant que négociant en valeurs mobilières. Afin d'éviter que leurs activités ne fassent double emploi,, la BNS et la Commission fédérale des banques (CFB) sont tenues expressément de collaborer et de coordonner leurs activités de surveillance.*

La forme juridique actuelle de la BNS, à savoir celle d'une société anonyme fondée sur une loi spéciale *et aux actions cotées en bourse, est maintenue. Cette forme juridique convient bien pour souligner l'indépendance de la BNS. Les deux sièges de la BNS à Berne et à Zurich sont également maintenus. Le montant du capital-actions est en revanche adapté. Il s'élève actuellement à 50 millions de francs, la moitié seulement de ce montant étant libérée. Comme le capital-actions n'a plus d'importance économique puisque le total du bilan s'est fortement accru, un versement de la moitié non libérée n'aurait pas de sens. En conséquence, le capital-actions est réduit à la part libérée de 25 millions de francs; la valeur nominale de chaque action descend ainsi à 250 francs.*

Les dispositions relevant du droit de la société anonyme comprennent également les prescriptions relatives à la détermination et à la répartition du bénéfice. *Jusqu'à présent, la LBN ne précisait pas quelle part des revenus de la BNS devait être utilisée pour constituer des réserves et quelle part pouvait être distribuée. Dans la nouvelle LBN, la mission constitutionnelle de la BNS, c'est-à-dire constituer, à partir de ses revenus, des réserves monétaires suffisantes, est mise en oeuvre comme suit: la BNS détermine, en sa qualité de banque centrale indépendante, le niveau des réserves monétaires nécessaires pour la conduite de la politique monétaire. Ce faisant, elle doit se fonder sur l'évolution de l'économie suisse. Le conseil de banque de la BNS, dont une partie des membres est nommée par le Conseil fédéral et l'autre élue par les actionnaires, approuve, à la demande de la direction générale, le niveau des provisions. L'essentiel de la répartition actuelle du bénéfice est maintenu. Une distribution constante du bénéfice à la Confédération ($^1/_3$) et aux cantons*

(2/3) est assurée à l'aide d'une convention passée entre le DFF et la BNS (après que les cantons ont été préalablement informés).

La révision totale de la LBN est également mise à profit pour simplifier l'organisation de la BNS. *Cette dernière dispose actuellement de sept organes: l'assemblée générale des actionnaires, le conseil de banque, le comité de banque, les comités locaux, la commission de contrôle, la direction générale et les directions locales. Ces nombreux organes, dont les compétences se recoupent parfois, ne permettent pas de décider rapidement. Le comité de banque, les comités locaux et les directions locales sont par conséquent supprimés. De plus, le conseil de banque voit son effectif réduit de 40 à 11 membres. Ses compétences sont en revanche renforcées.*

Message

1 Partie générale

1.1 L'évolution de la situation monétaire internationale

1.1.1 Le bouleversement du système monétaire international et de la politique monétaire suisse

Le Fonds monétaire international (FMI) a été créé en mars 1946. Ce n'est qu'en 1958 que la convertibilité des principales monnaies de l'économie mondiale a pu être rétablie. Les statuts du FMI prévoyaient à l'origine un système de parités de taux de change fixes, mais ajustables. Les parités des principales monnaies étaient en général établies par rapport à l'or ou au dollar américain. Les pays membres obtenaient une stabilisation des taux de change en achetant ou en vendant des dollars sur le marché des devises, en échange de leur propre monnaie. Ces opérations influençaient l'évolution de la masse monétaire, ce qui, dans la plupart des cas, rendait impossible une politique monétaire indépendante dans les pays membres. Les Etats-Unis ne prenaient en principe pas part à ces interventions, mais pouvaient vendre ou acheter de l'or aux autorités monétaires, au prix de 35 dollars l'once. Le cours du dollar servant de référence aux autorités monétaires des autres pays membres, le billet vert finit par devenir une monnaie d'intervention et de réserve de première importance.

Ce système s'avéra efficace tant que les Etats-Unis pratiquèrent une politique économique orientée vers la stabilité. Mais lorsque, dans la seconde moitié des années soixante, le niveau des prix connut d'importantes fluctuations aux Etats-Unis et que le taux d'inflation augmenta brusquement, le dollar perdit de son crédit au profit d'autres monnaies. Après une période transitoire qui succéda à la première dévaluation du dollar survenue en 1971, les pays dont les monnaies étaient les plus fortes se virent contraints, au cours du premier semestre de l'année 1973, de laisser les cours s'établir en fonction des mécanismes du marché. Le 23 janvier 1973, en accord avec le Conseil fédéral, la Banque nationale suisse décida de suspendre ses achats de dollars destinés à défendre le cours du franc. Cette décision qui, à l'origine, devait être provisoire, est, comme dans les autres pays industrialisés, devenue définitive au cours des mois suivants. Ainsi les pays industrialisés abandonnèrent le dernier des principes directeurs du système monétaire mis en place à Bretton Woods[1].

Suite à l'effondrement du système monétaire de Bretton Woods, chaque Etat membre a eu la possibilité, pour ce qui a trait à la politique de sa banque centrale, d'accorder la priorité soit à la stabilité des taux de change, soit à la stabilité des prix. Cela ne signifie évidemment pas que les économies petites ou moyennes, fortement intégrées dans l'économie mondiale, ont pu se mettre à l'abri des événements économiques et monétaires internationaux.

En Suisse également, la Banque nationale a dû acheter et vendre des dollars US pour maintenir la parité du franc dans le système de taux de change fixes. Comme la fai-

[1] Cf. à ce sujet BNS, *Ouvrage commémoratif 1957–1982*, Zurich 1982, p. 211 ss; message du 15 mai 1991 concernant l'adhésion de la Suisse aux institutions de Bretton Woods; FF **1991** II 1133 ss.

blesse de la monnaie américaine a fréquemment entraîné, à partir des années soixante, des achats considérables de dollars US par la Banque nationale, des liquidités excessives ont été créées, qui ont menacé la stabilité des prix en Suisse. Les instruments dont disposait la BNS ne suffisaient plus pour maîtriser cette situation. A plusieurs reprises, il a fallu prendre des mesures dirigistes relevant de la puissance publique sur le marché de l'argent et des capitaux, au moyen d'arrêtés fédéraux urgents, afin de combattre le renchérissement[2].

Après le passage à des taux de change flottants en 1973, la BNS a développé sa propre politique monétaire. Pendant un quart de siècle, cette politique a prévu un développement contrôlé et régulier de la masse monétaire, afin de stabiliser le niveau des prix à moyen terme. Entre 1975 et 1978, la *masse monétaire M1* (numéraire en circulation dans le secteur non bancaire et dépôts à vue détenus par les résidents dans les banques) a été utilisée comme référence pour la politique monétaire afin de contrôler la croissance de la masse monétaire. Dès 1980, c'est la *monnaie centrale* (l'ensemble des billets en circulation plus les avoirs en comptes de virements des banques auprès de la BNS) qui servit de référence à la politique monétaire suisse. Jusqu'en 1990, la BNS fixait chaque année un objectif portant sur la croissance de la monnaie centrale au cours de l'année suivante. En 1991, elle a opté pour la formulation d'un objectif à moyen terme, en l'occurrence sur une période moyenne de cinq ans. En adoptant une stratégie à moyen terme, la BNS a tenu compte du fait que sur le court terme la monnaie centrale avait tendance à dévier par rapport à son équilibre à long terme en raison de perturbations et d'influences de nature conjoncturelle. A moyen terme cependant, la masse monétaire devait suivre son objectif de croissance afin de ne pas mettre en danger la stabilité des prix. En raison de déplacements importants de la demande de monnaie centrale, la BNS a cependant relativisé l'importance de ladite monnaie et des directions recherchées dans sa politique monétaire au cours des années 1998 et 1999[3]. Après le passage à des taux de change flottants, la BNS s'est limitée – mis à part quelques rares exceptions – à amortir les mouvements erratiques des taux de change.

Au début de l'an 2000, la BNS a introduit un nouveau concept pour sa politique monétaire qui comprend trois éléments. Le premier est une définition explicite de la stabilité des prix; par stabilité des prix la BNS entend un renchérissement annuel inférieur à 2 %, mesuré au moyen de l'indice suisse des prix à la consommation. Le deuxième élément est le pronostic pour l'inflation à moyen terme qui est publié par la BNS et sur lequel cette dernière se fonde pour ses décisions en matière de politique monétaire. Troisièmement, la BNS fixe une marge de fluctuation opérationnelle pour le taux d'intérêt du franc suisse à trois mois; cette marge est vérifiée régulièrement et adaptée si nécessaire en vertu d'un pronostic pour l'inflation actualisé[4].

2 Cf. BNS, *Ouvrage commémoratif 1957–1982*, Zurich 1982, p. 97 ss.
3 BNS, *Bulletin trimestriel* 4/97, p. 257 s.
4 Concernant le nouveau concept de politique monétaire: BNS, *Bulletin trimestriel* 4/99, p. 9 ss.

1.1.2 L'intégration monétaire européenne

Après avoir réalisé, au cours du 1er semestre de 1969 déjà, l'union douanière prévue par le traité sur la Communauté économique européenne, il a fallu encore dix ans, jusqu'en 1979, pour mettre sur pied le système monétaire européen (SME), au terme de quelques expériences avec le «serpent monétaire». L'élément central du SME était un mécanisme des taux de change qui prévoyait des parités fixes mais adaptables pour les monnaies des pays participant au système. Les cours pivots n'étaient pas définis en dollar US comme dans le système de Bretton Woods, mais en «ECU». L'«European Currency Unit» (ECU) n'était pas une monnaie autonome, mais un panier de monnaies, dans lequel les devises de tous les pays membres de l'UE étaient représentées et pondérées en fonction de leurs capacités économiques respectives. A l'intérieur du Système monétaire européen, l'ECU servait de valeur de référence dans le mécanisme des taux de change, d'unité de compte lors des opérations financières et de moyen de paiement et d'instrument de réserve entre les banques centrales du SME.

Au cours des années quatre-vingt, ce système a entraîné dans une large mesure une stabilité des taux de change entre l'Allemagne, la France et les Etats du Benelux. Par son rattachement unilatéral au mark allemand, le Schilling autrichien est aussi devenu un élément de ce bloc de monnaies fortes. Après 1987, sous le signe d'une renaissance des projets de création d'une union monétaire européenne, des raisons politiques ont entraîné l'admission de pays supplémentaires dans le mécanisme des changes du SME. Malgré des développements économiques parfois divergents, en particulier en raison de la réunification allemande, les taux de change n'ont guère été adaptés pendant plusieurs années et le système a fait l'objet de pressions toujours plus fortes. En 1992, la Finlande, la Suède et la Norvège ne pouvaient plus défendre la parité de leur monnaie par rapport au panier de monnaies du SME. La livre anglaise et la lire italienne ont également subi de fortes pressions; ces deux monnaies ont quitté le mécanisme des taux de change du SME en septembre 1992. Des pays tels que l'Espagne et le Portugal ont dû adapter leurs cours pivots. Sous la pression des marchés, les marges de fluctuation au sein du SME ont été élargies de 2,25 % à 15 % dans les deux sens le 2 août 1993. De fait, le SME est ainsi revenu à un système de taux de change flottants. Par la suite, les taux de change dans le SME se sont développés presque sans incidents, mis à part quelques perturbations au printemps 1995.

Avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le 1er novembre 1993, la composition du panier des monnaies a été gelée. Le 1er janvier 1999, au début de l'Union monétaire européenne, le panier de monnaies constituant l'ECU a été supprimé et remplacé par la nouvelle monnaie unique, à savoir l'euro. Dans le premier cercle des participants figurent 11 Etats: la Belgique, l'Allemagne, la Finlande, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal et l'Espagne. Depuis le 1er janvier 2001, la Grèce est également membre de l'Union monétaire. Dans un premier temps, le Danemark, la Grande-Bretagne et la Suède ne participent pas à cette union. Depuis le début 1999, le Danemark est toutefois membre du Système monétaire européen SME II, et la couronne danoise est liée à l'euro dans une fourchette de +/– 2,25 %. La Grande-Bretagne et la Suède ne prennent pas part au SME II.

Durant la phase initiale de l'Union monétaire européenne (du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2001), les paiements interbancaires et l'émission par les pouvoirs publics d'obligations cotées en bourse se faisaient en euros dans les Etats participants, tandis que les monnaies nationales étaient traitées comme une subdivision de l'euro et que les billets de banque et les pièces de monnaie nationaux constituaient toujours des moyens de paiement légaux. Les pièces de monnaie et les billets de banque en euros ont été introduits le 1er janvier 2002. Après une période où les monnaies nationales furent brièvement utilisées à côté de l'euro, ce dernier est désormais devenu le seul moyen de paiement légal dans les Etats membres de l'Union monétaire; les paiements ne se font plus en monnaies nationales.

Depuis le début de l'Union monétaire européenne le 1er janvier 1999, la définition et la mise en œuvre de la politique monétaire dans la zone euro relèvent du Système européen de banques centrales (SEBC). L'objectif principal de la politique monétaire menée par le SEBC est le maintien de la stabilité des prix. Le SEBC apporte son soutien aux politiques économiques générales dans la Communauté, pour autant que ce soutien ne soit pas préjudiciable à l'objectif de stabilité des prix[5]. Le Système européen de banques centrales est composé de la Banque centrale européenne (BCE), qui a son siège à Francfort, et des banques centrales des Etats membres. Dans l'accomplissement de leurs tâches, tant la Banque centrale européenne que les banques centrales nationales sont indépendantes des gouvernements[6].

En matière de politique monétaire, la stratégie de la BCE se fonde sur trois éléments: un objectif quantitatif pour la stabilité des prix (le taux de renchérissement dans la zone euro doit être inférieur à 2 %), une valeur de référence pour la croissance de la masse monétaire M3 harmonisée pour la zone euro, ainsi qu'une évaluation du développement futur du renchérissement. Les opérations d'open market constituent l'instrument principal de la politique monétaire de la BCE. Par ailleurs, la BCE met à disposition deux facilités permanentes: une facilité de prêt marginal prévue pour les pics de financement des banques ainsi qu'une facilité de dépôt qui permet aux banques de placer leurs liquidités excédentaires. Les établissements de crédit situés dans la zone euro sont également soumis à l'obligation de détenir des réserves minimales.

Les principes applicables à la monnaie dans l'Union monétaire européenne, tels qu'ils ont été définis dans le Traité de Maastricht, réunissent les principaux éléments d'un régime monétaire moderne. C'est notamment la stabilité des prix qui prime dans le mandat de la Banque centrale européenne, en liaison avec l'indépendance de cette institution dans l'accomplissement de sa mission, indépendance propre à garantir la stabilité monétaire de l'euro. Ce standard européen joue également le rôle de modèle pour d'autres pays.

5 Art. 105, al. 1, du traité du 7 février 1992 instituant la Communauté européenne (traité CE).

6 Art. 108 du traité CE.

1.2 La nouvelle Constitution fédérale en tant que base d'un régime monétaire moderne

1.2.1 Vue d'ensemble de l'article constitutionnel sur la monnaie révisé

La nouvelle Constitution fédérale (Cst.), entrée en vigueur le 1er janvier 2000, comprend un article révisé sur la monnaie (art. 99 Cst. «Politique monétaire»). L'art. 99 Cst. remplace les articles sur la monnaie (art. 38 aCst.) et sur la banque centrale (art. 39 aCst.) qui se trouvaient dans l'ancienne Constitution; lors de cette refonte, les dispositions constitutionnelles qui concernaient la parité-or du franc suisse ont été abrogées purement et simplement (système monétaire, obligation de rembourser les billets, couverture des billets en circulation)[7].

L'*al. 1* de l'art. 99 Cst. définit sommairement la souveraineté monétaire de la Confédération et lui accorde le monopole d'émission du numéraire. Au niveau de la loi, l'abandon de la parité-or du franc a été concrétisée dans la nouvelle loi du 22 décembre 1999[8] sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (LUMMP)[9]. L'entrée en vigueur de la LUMMP le 1er mai 2000[10] a notamment entraîné l'abrogation du chapitre III (concernant l'émission, la couverture, le remboursement et le rappel des billets de banque) de la loi du 23 décembre 1953[11] sur la Banque nationale (LBN).

L'*al. 2* de l'art. 99 Cst. définit la mission de la banque centrale en s'inspirant du texte qui figurait dans l'ancienne Constitution («…mène une politique monétaire servant les intérêts généraux du pays»). La mention du nom de la Banque nationale dans la Constitution fédérale et sa désignation comme «banque centrale indépendante» constituent une nouveauté. L'al. 2 règle aussi la question de l'administration de la Banque nationale suisse qui a lieu «avec le concours et sous la surveillance de la Confédération».

L'*al. 3* de l'art. 99 Cst. introduit une autre nouveauté, soit l'obligation de la Banque nationale de constituer des réserves monétaires suffisantes à partir de ses revenus. Le message justifie cette obligation en précisant que la constitution de réserves augmente la confiance du public dans la monnaie créée par l'Etat et qu'elle est opérée depuis de nombreuses années déjà. Une partie des réserves monétaires doit consister en or (al. 3, 2e partie). Tant l'indépendance de la BNS que l'obligation de constituer des réserves monétaires suffisantes ont été introduites lors de la révision de la Constitution en tant qu'éléments remplissant les mêmes fonctions que la parité-or qui a été supprimée[12].

Avec *l'al. 4* de l'art. 99 Cst., l'ancienne règle détaillée pour la répartition des bénéfices a été réduite à un seul point essentiel qui prévoit uniquement que la part des cantons au bénéfice net de la Banque nationale est «d'au moins deux tiers».

7 Concernant les motifs, cf. le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale («message sur la Constitution»); FF **1997** I 308.
8 RS **941.10**
9 Message du 26 mai 1999 concernant une loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (message concernant la LUMMP); FF **1999** 6536 ss.
10 RO **2000** 1144
11 RS **951.11**
12 «Message sur la Constitution» (note 7); FF **1997** I 308 s.

1.2.2 Eléments clés d'un régime monétaire moderne

1.2.2.1 Introduction

La loi actuelle sur la Banque nationale, qui date de 1953 et qui n'a été révisée que partiellement en 1978 et en 1997, comporte de nombreuses dispositions dépassées. Les développements qui se sont produits entre-temps dans le domaine international des monnaies, les changements sur les marchés financiers et les modifications de l'environnement des institutions, notamment l'adoption du «Code de bonnes pratiques pour la transparence des politiques monétaire et financière» le 9 juillet 1999 par le Conseil d'administration du FMI, nécessitent une modernisation profonde des tâches, des instruments monétaires et de l'organisation de la BNS. Ces adaptations ne peuvent être réalisées que dans le cadre d'une refonte globale de la loi sur la Banque nationale.

L'examen du nouvel article constitutionnel sur la politique monétaire (ch. 1.2.1) montre en outre qu'à travers l'art. 99 Cst. les dispositions constitutionnelles suisses ont été non seulement adaptées aux réalités dans le domaine de la monnaie, mais aussi partiellement renouvelées du point de vue matériel. La loi sur la Banque nationale doit mettre en œuvre les *al. 2 à 4* de l'art. 99 Cst. et il faut transposer adéquatement dans la loi les nouveaux éléments introduits par les dispositions constitutionnelles. En ce qui concerne l'indépendance prévue par la Constitution, il faudra examiner en premier lieu les rapports entre la banque centrale et les organes de la Confédération. Par ailleurs, il faudra prévoir des règles légales pour la constitution de réserves suffisantes par la BNS.

Une concrétisation est également nécessaire au niveau de la loi car un réaménagement radical des dispositions constitutionnelles suisses sur la monnaie, par le biais d'une réforme séparée, n'a pas abouti[13]. A côté de la suppression du rattachement du franc à l'or, cette réforme constitutionnelle séparée portait sur trois éléments qui caractérisent un régime monétaire moderne selon les normes internationales: mission claire de la Banque nationale, où la priorité serait donnée à la stabilité des prix[14], indépendance de la banque centrale liée à sa mission et obligation pour la BNS de rendre compte[15]. A travers la réforme des dispositions constitutionnelles sur la monnaie, le Conseil fédéral voulait en outre créer une base permettant d'affecter à d'autres tâches publiques les réserves d'or qui ne sont plus nécessaires pour mener la politique monétaire. Lors du vote final, le 18 juin 1999, le Conseil des Etats a, après l'élimination des divergences, accepté très nettement le nouvel article constitutionnel sur la monnaie, alors que le Conseil national l'a rejeté à une courte majorité[16]. C'est ainsi que la réforme séparée des articles constitutionnels sur la monnaie a échoué.

13 Message du 27 mai 1998 concernant un nouvel article constitutionnel sur la monnaie («message concernant l'article constitutionnel sur la monnaie»); FF **1998** 3485 ss.

14 Le projet de réforme formulait la mission de la banque centrale comme suit: «La Banque nationale suisse mène la politique monétaire, dans l'intérêt général du pays, tout en donnant la priorité à la stabilité des prix.»

15 Ces éléments se trouvent également dans les dispositions relatives à l'Union monétaire européenne: art, 105, al. 1, art. 108 et art. 113, du traité CE.

16 BO **1999** E p. 598; BO **1999**, N p. 1403.

Par la suite, le Conseil fédéral a décidé de renoncer à soumettre un nouvel article constitutionnel sur la monnaie et de procéder à la révision totale nécessaire de la loi sur la Banque nationale en se fondant sur l'article révisé relatif à la monnaie. Il continuait cependant de juger souhaitable que le régime monétaire prévoie une mission précise pour la banque centrale et l'obligation formelle de la BNS de rendre compte. Ces éléments se trouvent en effet en relation étroite avec l'indépendance de la BNS qui figure déjà dans la nouvelle Constitution. La révision totale de la loi sur la Banque nationale offre maintenant l'occasion d'inclure dans le droit suisse sur la monnaie, au niveau de la loi, ces éléments clés d'un régime monétaire moderne.

1.2.2.2 Attribution d'une mission précise à la banque centrale

L'ancien article sur la banque centrale (art. 39, al. 3, aCst.) définissait la mission de la Banque nationale en citant plusieurs tâches («a pour tâche principale de servir, en Suisse, de régulateur du marché de l'argent, de faciliter les opérations de paiement et de pratiquer, dans les limites de la législation fédérale, une politique de crédit et une politique monétaire servant les intérêts généraux du pays)[17]. L'article révisé sur la monnaie (art. 99 Cst.) limite la mission de la BNS à l'activité principale d'une banque centrale, qui est de mener la politique monétaire, sans préciser toutefois la notion quelque peu vague d'«intérêts généraux du pays». Il convient de préciser cette notion dans la loi. L'indépendance de la banque centrale, d'une part, et l'obligation de rendre compte de manière efficace de la politique monétaire, d'autre part, nécessitent la définition d'objectifs clairs pour la politique de la banque centrale. La garantie de la stabilité des prix – qui doit être comprise comme l'obligation de prévenir à la fois l'inflation *et* la déflation – doit par conséquent faire partie de la mission légale de la banque centrale. En même temps, la mission doit souligner que la Banque nationale est tenue, lorsqu'elle définit la direction à donner à sa politique monétaire, de prendre en compte la situation conjoncturelle et les particularités de la Suisse, petit pays qui a une économie ouverte aux échanges.

La loi actuelle sur la Banque nationale définit les tâches de la BNS en reprenant dans une large mesure les termes de l'art. 39, al. 3, aCst. Non seulement une définition claire des objectifs de la Banque nationale fait défaut dans la loi actuelle, mais la réglementation des tâches de la banque centrale comporte aussi des lacunes. Ainsi, le domaine d'activité de la BNS au niveau de l'économie extérieure, qui figure dans de nombreux actes spéciaux concernant la coopération monétaire internationale[18], ne se trouve pas dans la loi actuelle sur la Banque nationale. Parmi les tâches de la BNS définies par la loi, la fonction de «prêteur de dernier recours», soit d'institut accordant en dernier recours des crédits au système financier suisse, n'est pas non plus mentionnée. Cette lacune a été qualifiée de problématique du point de vue de l'Etat de droit par la doctrine récente[19].

17 Concernant le développement historique de l'ancien texte de la Constitution, cf. le «message sur la Constitution» (note 13); FF **1998** 3511 s.

18 Cf. Klauser Peter, dans: Schürmann Leo, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3.A. Berne 1994, p. 446 ss; Nobel Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Berne 1997, p. 159 ss, et ch. 1.3.3.2 ci-après.

19 Nobel (note 18), p. 157 ss et en particulier le nº 116.

Il est par conséquent nécessaire de concrétiser de manière adéquate, au niveau de la loi, la mission conférée à la Banque nationale par la Constitution. D'une part, il faut que la mission de la banque centrale soit définie plus clairement dans la LBN que dans la Constitution. D'autre part, il est de la compétence du législateur de répartir la mission générale conférée à la BNS entre les différentes fonctions typiques d'une banque centrale telles qu'elles sont reconnues en vertu des standards internationaux actuels. Il convient de créer des normes pour ces tâches dans la nouvelle LBN; celles-ci devront être aussi complètes que possible et formulées de manière compréhensible.

1.2.2.3 Indépendance

Comme nous l'avons déjà mentionné, le constituant suisse a décidé de fixer expressément l'indépendance de la Banque nationale suisse dans la Constitution (art. 99, al. 2, Cst.). Il voulait ainsi assurer, dans la loi fondamentale, la position de la banque centrale comme organe indépendant de la Confédération chargé de mener la politique monétaire. Par ailleurs, l'indépendance de la Banque nationale correspond à la réalité juridique[20]. Aujourd'hui, l'indépendance d'une banque centrale comprend généralement quatre volets: l'indépendance fonctionnelle, l'indépendance institutionnelle, l'indépendance financière et l'indépendance des membres de l'organe dirigeant. Ces quatre volets doivent être concrétisés au niveau de la loi.

L'indépendance *fonctionnelle* signifie que la banque centrale doit pouvoir remplir sa mission sans être soumise aux directives du gouvernement ou du Parlement. Cette liberté trouve son fondement dans le fait que la politique – même la politique économique – est souvent axée sur le court terme, alors que la banque centrale doit alimenter le marché en monnaie dans une perspective à moyen et à long termes. Dans le cas de l'Union monétaire européenne, l'indépendance de la Banque centrale européenne (BCE) et des banques centrales nationales est fixée de manière exemplaire (art. 108 du traité du 7 février 1992 instituant la Communauté européenne «traité CE»; art. 7 du protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne «statuts du SEBC»)[21]. La mise en œuvre de ces dispositions au niveau du droit national a entraîné dans une série d'Etats membres de l'UE une autonomie de la banque centrale que celle-ci n'avait pas auparavant. Comme exemple, nous citerons l'art. 1, al. 2, de la «loi du 4 août 1993 relative au statut de la Banque de France», qui a la teneur suivante: «Dans l'exercice de ces attributions, la Banque de France, en la personne de son gouverneur, de ses sous-gouverneurs ou d'un membre quelconque du Conseil de la politique monétaire, ne peut ni solliciter ni accepter d'instructions du gouvernement ou de toute personne». En fait, la BNS bénéficie déjà d'un degré élevé d'indépendance fonctionnelle. Néanmoins, il appartient au législateur de donner une forme concrète à la notion constitutionnelle «d'indépendance» en créant une norme prévoyant explicitement que la BNS est libre de toute instruction lors de l'accomplissement de ses tâches essentielles.

20 Comme il est mentionné expressément dans le «message sur la Constitution» (note 7); FF **1997** I 308.

21 Cf. à ce sujet le «message concernant l'article constitutionnel sur la monnaie» (note 13); FF **1998** 3523.

L'indépendance *institutionnelle* trouve son expression dans le fait que la banque centrale est dotée d'une personnalité juridique et d'une organisation propres. Il s'agit là d'une condition importante pour éviter un financement des tâches de l'Etat par la création de monnaie. Le législateur doit décider sous quelle forme il veut réaliser la séparation institutionnelle de la banque centrale par rapport au gouvernement. En principe, il peut choisir entre plusieurs formes juridiques (ch. 1.3).

L'indépendance *financière* d'une banque centrale comprend deux éléments: d'une part l'interdiction formelle d'accorder directement des crédits à l'Etat, et d'autre part l'autonomie de la banque centrale au niveau de son budget. L'interdiction d'accorder directement des crédits à l'Etat doit éviter le financement de déficits des pouvoirs publics au moyen de la planche à billets. L'autonomie financière et budgétaire facilite la mise à disposition optimale, par la banque centrale, des ressources dont elle a besoin pour remplir sa mission. En tant que société anonyme instituée par une loi spéciale, dotée d'une personnalité juridique et d'organes propres, la BNS dispose aujourd'hui déjà d'une large autonomie financière et budgétaire. Toutefois, son administration «avec le concours et sous la surveillance de la Confédération», prévue par la Constitution (art. 99, al. 2, 2e phrase, Cst.), doit être aménagée de manière à ce que les compétences de la Confédération en la matière ne portent pas atteinte à l'autonomie financière et budgétaire de la BNS.

On garantit l'indépendance *des membres de l'organe dirigeant* d'une banque centrale en attribuant à ceux-ci un mandat d'une durée déterminée et en interdisant toute destitution pendant la durée du mandat. Comme les dirigeants de la banque centrale ne peuvent être destitués pour cause de divergences de vues avec le gouvernement quant à la politique à suivre, ils ne sont pas soumis à des influences politiques. Le droit accordé au Conseil fédéral par la loi actuelle de destituer les membres de la direction générale en tout temps «par une décision motivée» (art. 60 LBN) est de nature discrétionnaire et en contradiction avec la garantie de l'indépendance des membres de l'organe dirigeant de la BNS. Il faut la remplacer par une réglementation prévoyant que la destitution n'est admissible que lorsqu'un membre de la direction générale ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de sa fonction ou s'il a commis une faute grave. Pour la BNS, il ne semble toutefois pas nécessaire d'exclure une nouvelle nomination d'un membre de la direction générale, après l'écoulement de son mandat, afin de garantir l'indépendance des membres de l'organe dirigeant.

1.2.2.4 Obligation de rendre compte

L'indépendance de la banque centrale exige un contrepoids. C'est l'obligation faite à la banque centrale de rendre compte en détail de sa politique qui permet de créer cet équilibre. Cette obligation se fonde sur la notion «d'indépendance liée à une obligation de rendre compte» (accountable independence)[22] de la banque centrale, qui a également été introduite dans le droit de l'Union européenne[23]: en obligeant la banque centrale à expliquer régulièrement sa politique et à rendre compte de ses dé-

22 Concernant cette notion cf. Lastra Rosa Maria, Central Banking and Banking Regulation, Londres 1996, p. 49 ss.
23 Art. 113 du traité CE.

cisions, son statut d'organe indépendant acquiert la légitimation nécessaire dans un Etat démocratique et son activité devient transparente.

Le concept d'une obligation de la BNS de rendre compte en trois volets, présenté dans le message concernant un nouvel article constitutionnel sur la monnaie, a été largement approuvé par les Chambres fédérales. Il est donc possible de le reprendre au niveau de la loi. Selon ce concept, la BNS doit rendre compte de sa politique monétaire au Conseil fédéral, à l'Assemblée fédérale et au public[24].

En dérogation aux principes applicables dans le droit européen, l'art. 99, al. 2, (2e phrase) Cst. prévoit cependant que la BNS est administrée avec le concours et sous la surveillance de la Confédération. Le concours et la surveillance de la Confédération qui sont prévus par la Constitution ne se réfèrent toutefois qu'à l'administration de la Banque nationale et non à sa politique, qu'elle doit mener de manière indépendante. Actuellement, le concours et la surveillance sont exercés en premier lieu par le Conseil fédéral (art. 63 LBN). Ils comprennent surtout des compétences en matière de nominations (la majorité des membres du conseil de banque, la direction générale) et la prérogative du Conseil fédéral d'approuver le rapport de gestion et le compte annuel. Dans ce contexte, il importe par conséquent d'intégrer l'obligation de la BNS de rendre compte au Conseil fédéral sous une forme permettant d'éviter qu'il n'y ait double emploi.

1.2.2.5 L'exigence de réserves monétaires suffisantes

La nouvelle Constitution oblige la Banque nationale à constituer, à partir de ses revenus, des réserves monétaires suffisantes (art. 99, al. 3, Cst.). La nouvelle disposition constitutionnelle veut garantir que la BNS puisse remplir sa mission sans être obligée de réaliser des revenus. En particulier, l'ancienne pratique, selon laquelle la BNS ne verse pas l'ensemble de son excédent de recettes comme bénéfice, mais qu'elle se prémunit de manière appropriée à la fois contre les risques habituels liés à la gestion et contre les risques économiques, est désormais fixée dans la Constitution[25]. Il n'est pas possible de déterminer avec une précision scientifique le volume des réserves monétaires nécessaire pour mener la politique monétaire. Ce volume dépend principalement de la taille d'une économie et de son interdépendance avec l'étranger. De cette constatation découle le postulat que les réserves monétaires doivent, au fil du temps, augmenter au moins au même rythme que la croissance économique nominale d'un pays. Les conventions de répartition des bénéfices conclues entre la BNS et le DFF se fondent sur cette règle (ch. 1.3.4.3, 1.3.4.4, 1.3.4.5, l.3.5.2).

Après la suppression de la parité-or du franc au cours du premier trimestre 2000, il a été possible d'estimer la valeur de l'or de la BNS au prix du marché. Les réserves d'or de la BNS, qui étaient auparavant immobilisées, ont repris leur fonction de réserves monétaires ordinaires pouvant être utilisées comme telles. C'est dans ce contexte que s'est posée la question de savoir si la BNS avait besoin d'une réserve d'or

24 Cf. à ce sujet le «message concernant l'article constitutionnel sur la monnaie» (note 13); FF **1998** 3527.

25 «Message sur la Constitution» (note 7); FF **1997** I 308, en particulier note 376.

de près de 2600 tonnes pour remplir son mandat dans le domaine de la politique monétaire.

Il ressort des analyses faites par le groupe d'experts «Réforme du régime monétaire» que depuis la suppression de la parité-or du franc, la Banque nationale dispose de réserves monétaires qui dépassent largement le montant dont elle a besoin pour mener sa politique monétaire[26]. Environ la moitié des réserves d'or de la BNS, soit 1300 tonnes, peuvent être utilisées pour d'autres buts publics.

1.3 La BNS: une institution en transition

1.3.1 Création de la BNS

1.3.1.1 Elaboration de la première loi sur la Banque nationale

Après l'acceptation de l'article sur la banque centrale (art. 39 aCst.) lors de la votation populaire du 18 octobre 1891, le législateur a dû élaborer une loi sur la banque centrale. L'art. 39, al. 2, aCst. disposait que la Confédération peut exercer le monopole des billets de banque au moyen d'une banque d'Etat placée sous une administration spéciale ou en concéder l'exercice, sous réserve du droit de rachat, à une banque centrale par actions, administrée avec le concours et sous le contrôle de la Confédération. La Constitution laissait donc le choix de la forme juridique et de la forme d'organisation au législateur. Les opinions concernant la forme de la banque centrale, soit une banque d'Etat, soit une société anonyme, avaient déjà soulevé de vives controverses lors des discussions concernant l'art. 39 aCst. Si la forme avait été définie dans la Constitution, l'art. 39 aCst. aurait vraisemblablement été rejeté. Comme prévu, les divergences de vue sont réapparues lors de l'élaboration de la loi sur la banque centrale. Sur proposition du Conseil fédéral[27], le législateur s'est prononcé en faveur d'une «Banque fédérale suisse», soit une banque d'Etat. Mais un référendum a été lancé contre la loi, et celle-ci a été rejetée lors du vote populaire de 1897. Les opposants craignaient qu'une banque d'Etat puisse mélanger le crédit de l'Etat avec celui de l'institut d'émission et appréhendaient les conséquences de la responsabilité illimitée de l'Etat, la forte ingérence des autorités politiques dans l'administration de la banque et le manque de contacts entre la banque et l'économie. Le danger d'une confiscation de l'argent de la banque centrale en cas de guerre a également été un argument important[28]. Globalement, les opposants estimaient que la banque centrale proposée ne jouissait pas d'une indépendance suffisante par rapport aux autorités et aux intérêts de l'Etat.

En 1899, le Conseil fédéral a soumis un nouveau projet de loi au Parlement, portant cette fois-ci sur une banque avec une participation privée[29]. Afin de prendre en compte les exigences concernant une indépendance plus large, la banque centrale

26 «Le nouvel article constitutionnel sur la monnaie», rapport du 24 octobre 1997 du groupe d'experts Réforme du régime monétaire, p. 47 ss.

27 Message du 23 octobre 1894 concernant la loi relative à l'exécution de l'art. 39 de la constitution fédérale («message de 1894»); FF **1894** IV 113 s.

28 BNS, *Ouvrage commémoratif 1907–1932*, Zurich 1932, p. 10.

29 Message du 24 mars 1899 concernant la loi relative à l'exécution de l'art. 39 de la constitution fédérale («message de 1899»); FF **1899** II 341.

devait être une société anonyme. La Confédération n'aurait plus été, alors, responsable des engagements de la banque. Les Chambres n'ont toutefois pas pu s'accorder sur le siège de la banque – c'est Berne qui avait été prévu. Par conséquent, la loi n'a pas été adoptée.

En 1904, le Conseil fédéral a présenté un nouveau projet de loi qui a réussi à surmonter les divergences dont il a été fait état plus haut: intérêts contraires des partisans d'une banque d'Etat ou d'une société anonyme, controverse relative au siège et intérêts financiers divergents des cantons (compensation pour la perte des monopoles d'émission des billets de banque)[30]. Le projet a été adopté le 6 octobre 1905 par l'Assemblée fédérale. A ce jour, les dispositions de la loi concernant le droit de la société anonyme et l'organisation n'ont pratiquement pas été modifiées.

1.3.1.2 Une société par actions pour garantir l'indépendance

La Banque nationale a été organisée en une société par actions à laquelle la Confédération ne pouvait pas participer. Celle-ci n'assumait pas non plus de responsabilité pour les engagements de la banque. La BNS ayant une structure de société anonyme, il a été possible d'accorder au niveau de la loi une large indépendance à la banque centrale et d'empêcher au moyen de diverses règles toute ingérence des autorités politiques dans la gestion de la banque. Le législateur était conscient que dans sa version définitive, la Banque nationale aurait le «double caractère d'une banque privée et d'une banque d'Etat»[31].

Globalement, les règles concernant la forme juridique et l'organisation de la Banque nationale qui figurent dans la LBN de 1905 reflètent les compromis qu'il a fallu accepter au cours de la lutte politique de 15 ans qui a précédé la création de la banque centrale. Pour cette raison, la LBN contient des éléments relevant du droit de la société anonyme, du droit administratif et du fédéralisme. La Banque nationale assume des tâches publiques, effectue des opérations bancaires de droit privé, est en principe indépendante des influences des pouvoirs publics, mais est partiellement soumise à la surveillance de la Confédération. Ses actionnaires sont des organismes publics et des particuliers.

Depuis 1907, la forme juridique et l'organisation de la BNS n'ont jamais été mises en question. L'organisation de la BNS en tant que société anonyme n'a pas été modifiée dans son essence. Lors de la révision totale de la loi en 1953, une série de dispositions de détail concernant le droit de la société anonyme et l'organisation ont cependant été modifiées, afin d'être adaptées aux conditions de l'époque[32]. La structure de la BNS n'a toutefois pas été touchée. Le renouvellement périodique du privilège de l'émission des billets de banque par arrêté de l'Assemblée fédérale (art. 66 LBN) aurait également pu donner lieu à des discussions. La question de principe – banque d'Etat ou société anonyme – n'a toutefois pas non plus été soulevée dans ce contexte. Au contraire, le Conseil fédéral a souligné, lors du renouvel-

30 Message du 13 juin 1904 à l'appui d'un projet de loi créant une banque centrale d'émission, en exécution de l'article 39 de la constitution fédérale («message de 1904»); FF **1904** IV 433.

31 «Message de 1904» (note 30); FF **1904** IV 435.

32 Cf. message du 21 avril 1953 concernant la révision de la loi sur la Banque nationale suisse («message de 1953»); FF **1953** I 925 ss.

lement du monopole des billets de banque de la BNS en 1996, que la possibilité de créer une banque d'Etat, telle qu'elle est prévue par la Constitution, n'était plus guère envisageable: «Une banque d'Etat placée sous une administration spéciale serait sans doute soumise à des influences politiques bien plus fortes qu'une banque centrale organisée sous la forme d'une société par actions et administrée sous le contrôle et avec le concours de la Confédération»[33].

1.3.2 La BNS en tant que société par actions spéciale

1.3.2.1 Une loi spéciale qui tient lieu de statuts

Formellement, la BNS a été instituée par une loi spéciale qui fixe des règles relevant du droit des sociétés anonymes (et par une décision concernant sa création)[34]. La BNS a été dotée de la personnalité civile (art. 1, al. 2, LBN) et d'un capital social de 50 millions de francs – libéré pour la moitié (art. 5 LBN). Depuis 1907, la structure des actionnaires est restée très stable. A fin 2001, 55 % des actions enregistrées étaient détenues par des cantons, par des banques cantonales et par d'autres collectivités et établissements de droit public, alors que 26 % étaient au nom d'actionnaires particuliers. Pour les 19 % restants, des demandes de transfert étaient en suspens ou attendues.

La loi sur la Banque nationale joue le rôle des statuts d'une société anonyme. Elle fixe les règles prescrites par le droit des sociétés anonymes (art. 626 CO) et des dispositions complémentaires qui – en dérogation aux règles du code des obligations – sont caractéristiques pour les tâches que doit remplir une banque centrale. L'inconvénient d'un tel concept est le manque de flexibilité de cette «loi fondamentale» sur la Banque nationale: alors que des statuts peuvent être modifiés sur décision de l'assemblée générale (art. 698 CO), la LBN doit faire l'objet d'une révision qui implique une procédure législative lourde.

1.3.2.2 Eléments fédéralistes dans l'organisation

La Banque nationale suisse n'a pu être créée comme banque centrale de la Confédération qu'après le transfert des compétences cantonales en matière d'émission de billets de banque à la Confédération. Pour compenser cette cession à la Confédération et pour réduire le «problème de la centralisation de l'émission des billets de banque»[35] qui y était lié, une série de mécanismes ont été inclus dans la loi sur la banque centrale lors de la fondation de la BNS afin de garantir les intérêts des cantons. Ces mécanismes comprennent le droit des cantons d'être consultés lors de l'ouverture ou de la fermeture de succursales ou d'agences de la Banque nationale sur leur territoire (art. 4 LBN), le privilège accordé aux cantons lors de la répartition des bénéfices (art. 27 LBN), le droit de vote à l'assemblée générale (art. 35 LBN) et l'implantation locale des organes de la banque centrale (comités locaux, directions

33 Message du 24 avril 1996 à l'appui du renouvellement du droit exclusif de la Banque nationale suisse d'émettre des billets de banque; FF **1996** III 34.

34 LF du 6 octobre 1905 sur la Banque nationale suisse, RO **22** 50. Cf. Klauser Peter (note 18), p. 439.

35 «Message de 1904» (note 30); FF **1904** IV 482.

locales). Ces éléments fédéralistes forment une deuxième caractéristique de l'organisation actuelle de la BNS qui se manifeste au travers de la multitude des organes de la banque centrale (ch. 1.3.6.1).

1.3.2.3 Limitation des droits des actionnaires par le droit administratif

Les droits des actionnaires de la BNS et les attributions de l'assemblée générale de cette institution sont fortement limités par la loi. Telle a été la volonté du législateur dès le départ[36]. Aux compétences des organes qui découlent du droit de la société anonyme se superpose l'élément de droit administratif du concours et de la surveillance de la Confédération dans l'administration de la BNS. L'imbrication des éléments relevant du droit de la société anonyme et des principes relevant du droit administratif se manifeste de la manière suivante:

- Le droit des actionnaires aux parts de bénéfices et de liquidation sont limités au dividende légal maximal (art. 27, al. 2, LBN) et à une part modeste sur le résultat de la liquidation qui ne comprend que le remboursement du capital social versé majoré d'un intérêt pour la durée de la liquidation, et un montant symbolique provenant du fonds de réserve légal (art. 68 LBN).
- L'assemblée générale ne peut pas modifier les statuts, qui revêtent la forme de la loi sur la Banque nationale, et ne peut donc pas influencer l'orientation stratégique de l'activité de la société ni son organisation. Elle ne dispose que du droit de faire des propositions à l'attention de l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi (art. 38, ch. 5, LBN).
- L'assemblée générale ne peut nommer que 15 des 40 membres du conseil de banque (art. 38, ch. 1, LBN). Les autres membres du conseil de banque, y compris le président et le vice-président, sont désignés par le Conseil fédéral, de même que l'autorité exécutive supérieure de la banque (direction générale, suppléants des membres de la direction générale; art. 53, al. 2, LBN).
- L'assemblée générale approuve bien le rapport de gestion et les comptes annuels, mais uniquement après leur approbation par le Conseil fédéral (art. 25, al. 3, 37, al. 1, 63, ch. 2, let. i, LBN).
- Le droit de vote des actionnaires particuliers est limité à cent voix pour leurs propres actions et celles qu'ils représentent (art. 35, al. 3, LBN).

1.3.2.4 Stricte séparation entre les fonctions de surveillance et de direction

Le schéma d'organisation de la BNS diffère fortement du modèle suisse de la société anonyme qui conçoit le conseil d'administration comme étant l'organe de gestion de la société. A l'instar du système «dualiste» allemand, qui comprend un «Aufsichtsrat» (conseil de surveillance) et un «Vorstand» (directoire)[37], – le système

36 «Message de 1904» (note 30), FF **1904** IV 486.
37 Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2e éd.. Zurich, 1996, nº 27 s.

d'organisation appliqué à la Banque nationale[38] repose sur séparation stricte entre les fonctions de surveillance et les fonctions de direction. Les organes de surveillance de la BNS ne disposent pas de compétences au niveau de la gestion de la banque centrale. C'est la direction générale qui mène la politique monétaire et qui s'occupe de l'activité opérationnelle dans le cadre de la mission confiée à la banque centrale par la loi sur la Banque nationale et par les actes spéciaux (faciliter le trafic des paiements, exercer le rôle de banquier de la Confédération, placer les réserves monétaires, participer à des mesures monétaires internationales, etc.). Cette solution dote la direction générale d'une position aussi forte et indépendante que possible[39]. La direction générale informe régulièrement les autorités de la banque de sa politique monétaire et de l'accomplissement des autres tâches confiées à la banque centrale.

1.3.2.5 Etablissement des comptes et répartition du bénéfice

Les règles de la loi qui concernent l'établissement des comptes et la répartition du bénéfice de la BNS n'ont pas toutes la même densité normative: si les dispositions sur la répartition du bénéfice sont très détaillées, les autres dispositions ne sont que rudimentaires. En particulier, il manque une norme spécifique sur la détermination du bénéfice de la Banque nationale, qui concrétiserait l'obligation constitutionnelle de cette dernière de constituer des réserves monétaires suffisantes à partir de ses revenus (art. 99, al. 3, Cst.) (ch. 1.3.4.1, 1.3.5.2).

L'art. 25 LBN dispose que les comptes de la BNS sont établis selon les règles du code des obligations. Pour la BNS en tant que société anonyme, ce sont les dispositions concernant la comptabilité commerciale (art. 957 ss CO), en particulier celles du droit de la société anonyme (art. 662 ss), qui sont déterminantes. La formule «selon les règles» du code des obligations indique que la BNS doit tenir compte des particularités propres à une banque centrale. La Banque nationale n'a d'ailleurs jamais suivi à la lettre le renvoi aux prescriptions du code des obligations pour l'établissement de ses comptes[40]. Dans son rapport de gestion, la BNS mentionne régulièrement que la comptabilité, l'évaluation et la présentation des comptes sont effectués selon les prescriptions du code des obligations en tenant compte des particularités de la Banque nationale, pour autant que la LBN n'en dispose pas autrement[41]. La BNS commente d'ailleurs les particularités qui lui sont propres. Certains écarts sont justifiés, car l'établissement des comptes de la BNS ne poursuit pas toujours les mêmes objectifs que celui d'une société anonyme du droit des obligations. En particulier, la protection des actionnaires ne joue qu'un rôle secondaire dans le cas de la BNS, car le dividende des actionnaires est limité par la loi. L'établissement des comptes de la BNS donne cependant une idée de la manière dont la banque centrale remplit sa mission de politique monétaire.

38 Schürmann Leo, Nationalbankgesetz und Ausführungserlasse, Berne 1980, art. 28 nº 2.
39 «Message de 1894» (note 27); FF **1894** IV 151.
40 Cf. Schürmann (note 38), art. 25 nº 2.
41 BNS, 94e rapport de gestion 2001, p. 82.

Le fonds de réserve constitué en vertu de l'art. 26 LBN sert à couvrir les pertes éventuelles sur le capital social. La possibilité d'alimenter le fonds de réserve à partir du bénéfice net a été élargie au fil des années[42]. Actuellement, il est alimenté à hauteur de 1 million de francs par an et il affichait un niveau de 66 millions de francs à fin 2001. Si on le compare avec le total du bilan de la BNS, soit 120 milliards de francs à la fin de 2001, on constate que le fonds de réserve ne joue plus le même rôle qu'au cours des premières années d'existence de la BNS. La fonction originale du fonds de réserve est désormais assurée par les provisions de la BNS.

L'art. 27 LBN concrétise la répartition des bénéfices prescrite par l'ancienne disposition constitutionnelle (art. 39, al. 4, aCst.). Après le versement au fonds de réserve, les actionnaires touchent un dividende qui ne peut pas dépasser 6 % du capital social versé (qui est de 25 millions de francs)[43]. Le solde du bénéfice de la Banque nationale est réparti à deux niveaux (art. 27, al. 3, LBN): tout d'abord, les cantons reçoivent une indemnité de 80 centimes par tête d'habitant. Cette rémunération qui n'est par prévue par la Constitution a été introduite comme compensation pour les pertes subies par les cantons suite à l'abandon de leur monopole d'émission des billets de banque[44]. Le surplus, s'il y en a un, revient pour un tiers à la Confédération et pour deux tiers aux cantons. L'indemnité par tête d'habitant est calculée en fonction de la population résidente selon le dernier recensement. Le surplus qui revient aux cantons n'est réparti que partiellement en fonction de la population ($^5/_8$). L'autre partie ($^3/_8$) est distribuée en fonction de la capacité financière (art. 27, al. 4, LBN)[45]. Le Conseil fédéral a réglé les détails dans une ordonnance[46].

1.3.3 Evolution des tâches et de l'environnement

1.3.3.1 De l'approvisionnement en argent liquide à la politique monétaire

Les tâches de la Banque nationale ont profondément changé depuis sa création en 1907. Au début, la banque centrale devait assumer des tâches qui étaient principalement de nature technique: elle était responsable de l'approvisionnement de l'économie suisse en billets de banque et encourageait le trafic des paiements sans numéraire avec son système de virement. La stabilité de la valeur de la monnaie était garantie dans un premier temps par la parité-or du franc suisse, initialement aussi par le rattachement du franc suisse à l'argent[47]. Dans le système de taux de change fixes de Bretton Woods, la BNS devait acheter et vendre des dollars US selon un schéma prédéfini, afin de maintenir la parité du franc (ch. 1.1.1).

Avec le passage à des taux de change flottants en 1973, la Banque nationale a eu, pour la première fois dans son existence, la possibilité de piloter la masse monétaire selon son appréciation. Ainsi, son autonomie monétaire a sensiblement augmenté.

42 Voir détails dans Schürmann (note 38), art. 27, nº 3.
43 Pour l'évolution du montant du dividende maximal depuis la LBN de 1905: Schürmann, (note 38), art. 27, nº 5.
44 Schürmann (note 38), art. 27, nº 6; «message de 1904» (note 30); FF **1904** IV 470 ss.
45 Modification du 9 octobre 1992 de la LBN; RO **1993** 399.
46 O du 7 décembre 1992 sur la répartition des parts des cantons au bénéfice net de la Banque nationale suisse; RS **951.181**.
47 Cf. BNS, *Ouvrage commémoratif 1957–1982*, Zurich 1982, p. 21 ss.

Au fil des années, la BNS s'est en outre vu attribuer les instruments relevant de la puissance publique définis à l'art. 7 de la loi fédérale du 8 novembre 1934[48] sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB) et aux art. 16*a* à 16*k* LBN (ch. 1.5). Globalement, ses tâches ont évolué d'une activité bancaire technique et réglementée vers une mission de politique monétaire. Le pouvoir d'appréciation de la BNS et par conséquent sa responsabilité envers le public ont augmenté.

Du point de vue juridique, ce développement se manifeste par la soumission de la BNS aux principes constitutionnels qui régissent l'activité de l'administration, en particulier au principe de l'égalité de traitement et à l'interdiction de l'arbitraire. La BNS doit respecter ces principes, même si elle poursuit ses objectifs de politique monétaire avec des moyens relevant du droit privé[49]. Au niveau politique, le développement que nous venons d'esquisser se manifeste dans l'exigence de soumettre la BNS à une obligation formelle de rendre compte aux autorités fédérales et au public (ch. 1.2.2.4). La tâche du législateur consiste à atténuer les antagonismes existant entre la mission relevant du droit public et la forme de la Banque nationale, qui est soumise au droit de la société anonyme, en définissant clairement les tâches et les instruments et en créant des normes modernes portant sur l'obligation de rendre compte de la BNS et sur le concours de la Confédération dans l'administration (art. 99, al. 2, Cst.).

1.3.3.2 L'importance croissante de la coopération internationale dans le domaine de la monnaie

Avec les crises financières internationales qui se sont produites à plusieurs reprises après l'effondrement du système de Bretton Woods, la nature de la coopération internationale en matière de politique monétaire a fondamentalement changé. En raison de l'importance croissante du franc suisse comme monnaie de paiement et de placement, ainsi que de la dépendance de la place financière suisse vis-à-vis de l'étranger, la coopération internationale sur le plan monétaire est devenue un élément important de la politique de notre banque centrale. Vu que la politique monétaire internationale doit être harmonisée avec la politique étrangère générale de la Confédération, les normes de la LBN ne conviennent que dans une mesure limitée comme base légale de la coopération monétaire internationale. Dans la mesure où la BNS agit en tant qu'organe exécutif de la Confédération, dans le cadre de traités internationaux concernant la coopération internationale dans le domaine monétaire, diverses lois annexes forment la base légale interne pour ses activités[50].

Ainsi, la BNS détient une participation au capital social de la Banque des règlements internationaux (BRI) à Bâle et exerce régulièrement les droits découlant de cette participation en vertu d'un arrêté fédéral spécial[51]. Pour les crédits de transition et les aides à la balance des paiements qui sont coordonnés au niveau international et

48 RS **952.0**
49 ATF **109** Ib 155.
50 A ce sujet, cf. Klauser Peter, Schweizerische Rechtsgrundlagen der internationalen Währungshilfe, in: Festschrift für Leo Schürmann, Staat und Gesellschaft, Fribourg 1987, p. 318 s.
51 Arrêté fédéral du 26 juin 1930 sur la participation de la Banque nationale suisse à la Banque des règlements internationaux (RS **951.19**)

que la BNS accorde aux pays surendettés, une base juridique interne spéciale a été créée par l'arrêté fédéral sur la collaboration de la Suisse à des mesures monétaires internationales[52]. Cet arrêté sur l'aide monétaire, axé sur des actions coordonnées à l'échelon international visant à empêcher ou éliminer les perturbations sérieuses du système financier et monétaire international, doit être intégré dans une nouvelle loi fédérale, qui fixe également une base légale pour l'aide monétaire fournie pour des raisons non systémiques afin d'encourager la stabilité des relations financières internationales. La BNS a en outre qualité «d'institution participante» aux Accords généraux d'emprunt (AGE) du Fonds monétaire international[53]. Elle assume le même rôle dans les Nouveaux accords d'emprunt (NAE) du Fonds monétaire international[54]. De plus, elle finance la contribution suisse au compte de prêts de la facilité d'ajustement structurel renforcée II (FASR II) du Fonds monétaire international[55]. Depuis l'adhésion de la Suisse aux institutions de Bretton Woods en 1992, la BNS acquitte les contributions destinées au FMI et participe à l'application du statut de membre[56].

Au cours des dernières décennies, la coopération monétaire internationale est devenue progressivement un nouveau domaine d'activité de la BNS. Le principe d'une action concertée entre le Conseil fédéral et la Banque nationale s'est développé; il a été inscrit dans des lois fédérales, des ordonnances et des conventions administratives. Dans le cadre de la révision de la loi sur la Banque nationale, il s'agit de mentionner ce domaine d'activité exigeant de la BNS et de créer des normes réglant la collaboration entre les autorités fédérales et la banque centrale.

1.3.3.3 Les effets des taux de change flottants sur les compétences

Au même titre que les tâches de la Banque nationale, les tâches des organes de la banque ont changé depuis la création de la BNS, parfois de manière considérable. Ainsi le passage à des taux de change flottants a entraîné un élargissement des compétences décisionnelles de la direction générale. En donnant la possibilité à la BNS de piloter l'offre en francs de manière autonome, la compétence de déterminer la valeur extérieure de la monnaie a été transférée de facto du Conseil fédéral à la Banque nationale. Auparavant, le Conseil fédéral était compétent pour fixer la parité du franc suisse. Aujourd'hui, la valeur extérieure de notre monnaie se trouve dans la sphère d'influence de la banque centrale. Lors de la révision de la loi sur la Banque

52 Arrêté fédéral du 24 mars 1995 sur la collaboration de la Suisse à des mesures monétaires internationales, prolongation (RS **941.13**).

53 Arrêté fédéral du 15 décembre 1993 reconduisant la participation de la Suisse aux accords généraux d'emprunt du Fonds monétaire international (RS **941.15**, **941.151.2**).

54 Arrêté fédéral du 18 décembre 1997 concernant l'adhésion de la Suisse aux Nouveaux accords d'emprunt du Fonds monétaire international (FF **1997** III 933).

55 Arrêté fédéral du 3 février 1995 concernant la participation de la Suisse à la facilité d'ajustement structurel renforcée et prolongée du Fonds monétaire international (RS **941.152**), actuellement: facilité pour la réduction de la pauvreté et pour la croissance (PRGF, Poverty Reduction and Growth Facility) et arrêté fédéral du 13 juin 2001 concernant le premier supplément au budget de 2001.

56 Loi fédérale du 4 octobre 1991 concernant la participation de la Suisse aux institutions de Bretton Woods (RS **979.1**).

nationale en 1978, l'évolution du contexte a été prise en compte par l'introduction d'une obligation pour la Banque nationale et le Conseil fédéral de s'informer et de se concerter préalablement «lorsqu'il s'agit de prendre d'importantes décisions en matière de politique conjoncturelle et monétaire»[57].

Après le passage aux taux de change flottants, l'utilisation des instruments de politique monétaire a aussi changé. Pour piloter le marché de l'argent, la politique du taux Lombard et du taux d'escompte de la BNS n'a aujourd'hui pratiquement plus d'importance. Le «crédit accordé par la banque centrale» dans sa forme traditionnelle a été remplacé par des opérations de swaps sur devises, d'open market et de pensions de titres (repos). Le taux Lombard suit de manière flexible les taux du marché monétaire et n'est plus fixé officiellement. En vertu du nouveau concept adopté en matière de politique monétaire, la BNS a entièrement renoncé à fixer un taux d'escompte. Par conséquent, le droit du comité de banque d'être consulté avant la fixation des taux officiels d'escompte et des avances sur nantissement (art. 49, al. 1, LBN), les compétences des autorités de la banque «de prendre les décisions concernant l'estimation du crédit des clients» (art. 43, ch. 12, art. 49, al. 3, LBN), ainsi que les compétences des comités locaux de contrôler «périodiquement les avances sur nantissement et les opérations d'escompte» (art. 50, al. 1bis, LBN) sont pratiquement devenus obsolètes. Les autorités de la BNS ne sont actuellement associées ni à la définition de la direction à donner à la politique monétaire, ni à la mise en œuvre opérationnelle de la politique monétaire.

1.3.3.4 Réforme du droit de la société anonyme

En raison de sa fonction de statuts, la LBN contient une série de dispositions détaillées sur la structure et l'organisation de la BNS en tant que société anonyme (art. 1 à 13, 28 ss LBN). Selon l'art. 13 LBN, les prescriptions du code des obligations sur la société anonyme s'appliquent également à la Banque nationale, sauf disposition contraire de la loi sur la Banque nationale. Comme la BNS remplit des tâches publiques, il faut, chaque fois que la question de l'application du code des obligations se pose[58], examiner en détail dans quelle mesure les normes du CO complètent la LBN. Dans ce contexte, le droit de la société anonyme revêt une importance considérable pour la BNS. En 1992 est entré en vigueur le nouveau droit de la société anonyme, révisé en profondeur[59]. Cette refonte de la loi a créé des divergences au niveau des notions et du point de vue matériel par rapport à une série de dispositions contenues dans la loi sur la Banque nationale. Il s'agit d'éliminer ces divergences lors de la révision de la loi sur la Banque nationale.

En introduisant un catalogue de compétences centrales inaliénables, la réforme de 1991 du droit de la société anonyme a voulu renforcer la responsabilité du conseil d'administration en matière d'organisation et de finances, et souligner son rôle for-

57 Cette obligation de coordination se rapporte aux «décisions stratégiques en quelque sorte, telles que la fixation d'un objectif pour la masse monétaire ou le taux de change»: Schürmann Leo (note 38), *Kommentar NBG*, art. 2, nº 6.

58 Message du 21 avril 1953 concernant la révision de la loi sur la Banque nationale suisse; FF **1953** I 954; Schürmann (note 38), art. 13, nº 2.

59 LF du 4 octobre 1991 concernant la modification du code des obligations; RO **1992** 733.

mateur parmi les organes de la société[60]. Par ailleurs, la nouvelle loi a introduit l'obligation, pour certains types de sociétés anonymes, de nommer des contrôleurs disposant de compétences particulières. Le nouveau droit de la société anonyme a également introduit des changements importants concernant l'établissement des comptes, sans pour autant intégrer le concept de la «true and fair view» en usage à l'étranger[61]. Du point de vue matériel, la révision n'a que peu modifié les dispositions concernant l'assemblée générale. Par contre elle a introduit de nouvelles règles applicables au transfert des actions; elle a notamment adapté le transfert d'actions nominatives cotées en bourse aux exigences des opérations boursières.

La structure de la BNS, organisée en société anonyme ne peut subsister que si la loi sur la banque centrale suit les changements intervenus au niveau du droit de la société anonyme et donc la réforme de 1991[62]. Il faut dès lors veiller, lors de la révision de la partie de la loi sur la Banque nationale qui concerne la société anonyme, à ce que la LBN comprenne les dispositions qui, en vertu du CO (art. 626 ss), doivent obligatoirement figurer dans les statuts d'une société anonyme selon le droit des obligations. Pour le surplus, le législateur doit limiter autant que possible les réglementations ou ne traiter que les points qui dérogent au droit de la société anonyme. Comme par le passé, il est possible de prévoir à titre subsidiaire un renvoi aux dispositions du droit de la société anonyme. Enfin, il faut mettre en œuvre le concept selon lequel toutes les règles qui ne doivent pas figurer dans la LBN en vertu du principe de la légalité ou en vertu du droit de la société anonyme, seront fixées au niveau des règlements. Il s'agit uniquement de questions de détails, telles que l'organisation de l'assemblée générale ou la tenue du registre des actions. Il semble judicieux de réunir les règlements des organes de la banque[63] ainsi que les règles de récusation s'appliquant aux membres des autorités de la banque dans un règlement d'organisation unique, valable pour tous les organes de la BNS[64].

1.3.3.5 Pertinence de la loi fédérale sur les bourses

Comme les actions de la BNS sont traitées en bourse, les prescriptions concernant la cotation en bourse et la loi fédérale sur les bourses[65] ainsi que ses dispositions d'exécution sont applicables à la Banque nationale. La BNS est cependant libérée de la surveillance des négociants en valeurs mobilières prévue par la loi sur les bourses[66]. Dans la mesure où cette dernière concerne l'intégrité et le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières, les actions de la BNS sont soumises aux mêmes conditions que les autres valeurs mobilières[67]. Mais si les prescriptions de la loi sur

60 A ce sujet Böckli (note 37), n°s 1466, 1517 ss.
61 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, p. 691.
62 FF **1983** II 757 ss; RO **1992** 733 ss
63 Cf. la liste des règlements édictés par le conseil de banque et qui doivent être approuvés par le Conseil fédéral conformément à l'art. 61 LBN, du 25 avril 1979.
64 De manière analogue à la solution prévue pour la SUVA: art. 61, al. 3, LAA.
65 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM); RS **954.1**, en vigueur depuis le 1er février 1997 ou depuis le 1er janvier 1998 pour certaines parties.
66 Art. 2, al. 3, let. a, de l'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; RS **954.11**.
67 Cf. message du 24 février 1993 concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM); FF **1993** I 1281 s.

les bourses sont destinées à permettre à l'investisseur d'évaluer la qualité et la solvabilité des émetteurs[68], la BNS se trouve dans une situation particulière: sa solvabilité ne fait aucun doute, le dividende sur son action est limité par la loi et ses rapports ont pour objectif principal de présenter sa politique monétaire de manière transparente. Néanmoins, en tant qu'entreprise cotée en bourse, la BNS respecte également les principes suisses généralement admis en matière d'établissement et de présentation des comptes (PCGR, principes comptables généralement reconnus), élaborés par la Fondation pour les recommandations relatives à la présentation des comptes (RPC)[69].

La loi sur les bourses est une loi-cadre qui autorise dans une large mesure l'autorégulation dans le domaine des bourses. En tant qu'organisations privées, les bourses élaborent leurs règlements, qui doivent être approuvés par la Commission fédérale des banques, autorité de surveillance. La BNS est en revanche un organe de la Confédération qui a ses propres tâches et est régi par une base légale spéciale. En cas de contradictions avec les règlements des organes d'autorégulation ou avec la loi sur les bourses, la loi sur la Banque nationale prime en tant que «lex specialis». Dans les cas où l'application des prescriptions des organes d'autorégulation à la BNS ne serait pas judicieuse, ces organes devraient disposer d'une marge de manoeuvre pour pouvoir tenir compte des particularités de la banque centrale. La révision de la loi sur la Banque nationale permet de créer une telle marge de manoeuvre.

1.3.4 Nouveau modèle pour la répartition du bénéfice

1.3.4.1 Absence de norme pour la détermination du bénéfice

La répartition du bénéfice de la BNS est réglée de façon exhaustive dans l'art. 27 LBN, sur la base des prescriptions de la Constitution fédérale (art. 99, al. 4, Cst.). Par contre, le droit régissant la banque centrale ne contient pas de dispositions détaillées sur la manière de déterminer le bénéfice de la Banque nationale. La détermination du bénéfice est certes mentionnée à l'art. 99, al. 3, de la nouvelle Constitution, qui oblige la Banque nationale à constituer des réserves monétaires suffisantes à partir de ses revenus. Des normes relatives à l'application de cette disposition constitutionnelle et notamment à la part des revenus de la Banque nationale qui doit servir à constituer des réserves et à la part qui entre en ligne de compte pour la distribution du bénéfice, continuent toutefois de faire défaut dans la loi sur la Banque nationale. Le simple renvoi, à l'art. 25, al. 2, LBN (ch. 1.3.2.5), aux règles du code des obligations sur l'établissement des comptes ne tient plus suffisamment compte de la nature particulière d'une banque centrale dans les conditions actuelles.

L'absence dans la LBN d'une norme relative à la détermination du bénéfice s'explique par des raisons historiques. Sous le régime des taux de change fixes, le traitement des bénéfices et des pertes de la BNS qui provenaient de changements de la parité-or du franc était réglementé séparément par le législateur. Selon l'art. 3 de l'ancienne loi sur la monnaie[70], c'est l'Assemblée fédérale qui décidait du traitement

68 Art. 8, al. 2, LBVM; FF **1993** I 1286 1302 s.
69 BNS, 94e rapport de gestion 2001, p. 82.
70 Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la monnaie; RO **1971** 360, **1997** 2755.

de tels bénéfices ou pertes. Pour la Banque nationale, les possibilités de réaliser des bénéfices étaient à l'époque limitées, car ses actifs revêtaient essentiellement la forme d'or. Par conséquent, des réglementations spéciales relatives à la détermination du bénéfice ne s'imposaient pas.

La situation a changé en 1973, avec le passage aux taux de change flottants. La possibilité de réaliser des bénéfices et le risque de pertes sur les réserves de devises ont fortement augmenté. La Banque nationale a constitué des provisions à partir de ses revenus, afin d'amortir les variations des taux de change et d'alimenter les réserves de devises nécessaires pour mener la politique monétaire. Toutes les recettes ont été mobilisées à cet effet dans un premier temps. Mais avec un volume croissant de provisions s'est posé la question de savoir quelle part des revenus de la Banque nationale devait continuer à être utilisée pour alimenter les provisions et quelle part devait être versée à la Confédération et aux cantons. Depuis le début des années 1990, les modalités de la détermination du bénéfice sont définies dans les conventions relatives à la répartition des bénéfices passées entre le Département fédéral des finances et la Banque nationale. Elle sont désormais réglées par une base légale expresse, dans le cadre de la révision totale de la LBN.

1.3.4.2 Répartition des bénéfices de la BNS jusqu'en 1991

Le législateur prévoyait que la Banque nationale n'enregistrerait pas de bénéfices importants, car il s'attendait à ce qu'elle détienne une grande partie de ses actifs sous forme d'or, dont la valeur resterait constante et ne dégagerait donc pas de bénéfices. Cette théorie s'est confirmée pendant de nombreuses années. De 1918 à 1932, la BNS a toutefois été en mesure de payer à la fois le dividende et l'indemnité par tête d'habitant. Elle a également pu verser des gains excédentaires à la Confédération et aux cantons, quoique ces montants fussent très faibles.

De 1933 à 1991, aucun bénéfice n'a été versé. Le paiement de l'indemnité par tête d'habitant a aussi connu quelques difficultés au départ. C'est pour cette raison qu'en 1953 fut introduite dans la loi une clause, encore en vigueur, qui permettait d'effectuer le versement de l'indemnité dans les cinq années suivantes (art. 27, al. 3, let. a, LBN). Après la guerre, il n'a cependant plus jamais été nécessaire de reporter ce versement. Les comptes annuels ont régulièrement permis d'afficher un bénéfice qui couvrait le dividende et l'indemnité par tête d'habitant. Par ailleurs, la BNS a formé des provisions afin de pouvoir compenser les pertes sur les réserves de devises découlant du système de taux de change variables.

Au cours de l'exercice 1978, les amortissements sur devises ont dépassé le rendement des intérêts et les provisions. Le montant qui manquait a été porté à l'actif du bilan, sous la rubrique «perte sur les réserves de devises», en utilisant les réserves latentes liées à l'or. Il a ainsi été possible de verser le dividende et l'indemnité par tête d'habitant cette année également[71]. Au cours d'autres exercices (1977, 1979, 1986, 1990) les amortissements sur devises ont également dépassé le revenu des intérêts. Il a cependant été possible de couvrir la différence avec les provisions.

71 Voir à ce sujet BNS, *Ouvrage commémoratif 1957–1982*, Zurich 1982, p. 320 ss.

1.3.4.3 La stratégie 1991 de répartition des bénéfices

Globalement, la BNS a pu former des provisions considérables au cours des années 1980. Au début des années 1990, ces provisions ont atteint un niveau jugé suffisant pour couvrir les risques élevés liés aux taux de change et d'intérêt auxquels une banque centrale est actuellement exposée dans un système de taux de change flottants. La question s'est alors posée de savoir si la BNS devait procéder à la distribution de revenus dépassant le dividende et l'indemnité par tête d'habitant, et selon quelles modalités il convenait de procéder.

Vu l'absence de normes légales, le Département fédéral des finances et la Banque nationale ont adopté au début de 1992 une *stratégie de détermination du bénéfice* afin de pallier l'absence de norme en la matière. Afin que la BNS puisse remplir son mandat de politique monétaire sans être contrainte de réaliser des bénéfices, il a été convenu qu'elle garantirait dans un premier temps, à l'aide de ses revenus, que la croissance des réserves de devises et la croissance nominale de l'économie évolueraient au même rythme. Cette augmentation des réserves de devises est calculée au passif du bilan de la BNS, en fonction de l'augmentation visée des provisions. La part des revenus qui dépasse l'augmentation visée des provisions est disponible pour les versements à la Confédération et aux cantons (on trouvera une description plus précise du mode de calcul des bénéfices au ch. 2.4.2.2).

Comme les bénéfices de la Banque nationale calculés de cette manière peuvent fluctuer fortement suivant les années en raison des modifications des taux d'intérêt et des taux de change, une *procédure de stabilisation* a été convenue pour faciliter l'établissement du budget et la planification financière par la Confédération et les cantons: les versements des bénéfices ont été limités à un maximum de 600 millions de francs par an. Ainsi, les années où des bénéfices importants étaient réalisés, des provisions supérieures aux objectifs ont été constituées du fait du versement constant de 600 millions de francs. De la sorte, une sorte de «réserve de fluctuation» été créée pour les années se soldant par des revenus moins importants ou par des pertes. Cette stratégie a permis de verser chaque année 600 millions de francs à la Confédération et aux cantons pour les exercices 1991 à 1997[72].

1.3.4.4 La convention de 1998 sur la distribution des bénéfices

Le 1er novembre 1997, une révision partielle de la loi sur la Banque nationale est entrée en vigueur. Elle a entre autres supprimé la limitation de la durée des placements de devises négociables et autorisé la BNS à procéder à des prêts d'or[73]. La BNS a ainsi disposé, pour ses réserves en devises, d'outils de placements plus flexibles, adaptés aux innovations intervenues sur les marchés financiers et permettant de réaliser des rendements plus élevés. La BNS a exploité cette latitude supplémentaire

72 Du fait des pertes de valeur enregistrées au niveau des réserves de devises en 1994 et en 1995, seuls quelque 142 millions de francs ont été distribués à la Confédération et aux cantons. Les résultats du compte de 1996 ont permis de verser après coup la différence par rapport à la distribution de 600 millions. BNS, 88e rapport de gestion 1995, p. 68 ss.

73 Message du 17 mars 1997 relatif à la révision de la loi sur la banque nationale; FF **1997** II 866 ss; RO **1997** 2252; BNS, 89e rapport de gestion 1996, p. 82.

pour ses placements en augmentant la durée moyenne d'immobilisation des capitaux placés en monnaies étrangères et en élargissant le nombre des monnaies détenues.

La nouvelle convention passée le 24 avril 1998 entre le Département des finances et la Banque nationale tenait compte de l'augmentation attendue des recettes. Elle reprenait la *règle de détermination du bénéfice utilisée jusque-là*, selon laquelle les provisions de la BNS doivent évoluer au même rythme que la croissance économique moyenne. En revanche le mode de stabilisation et le montant à distribuer ont été adaptés.

Afin *de stabiliser les versements* en faveur de la Confédération et des cantons, le versement annuel de bénéfices a été fixé d'avance à 1,5 milliard de francs en se fondant sur les pronostics pour les bénéfices de la BNS au cours des exercices 1998 à 2002. L'augmentation sensible par rapport aux années antérieures ne résultait pas seulement des placements plus rentables autorisés par le biais de la révision partielle de la loi sur la Banque nationale. Elle tenait aussi compte du fait qu'à fin 1997 les provisions effectives de la BNS dépassaient largement le niveau visé.

Pour avoir des versements stables, la convention prévoyait que les provisions pouvaient tomber temporairement au-dessous du niveau visé, mais pas au-dessous d'une limite inférieure égale à 60 % de ce niveau. Si cette limite avait été atteinte au cours de la période de cinq ans, le versement aurait été réduit, voire interrompu.

1.3.4.5 La convention de 2002 sur la distribution des bénéfices

Une réduction du montant distribué n'a toutefois pas été nécessaire pendant la durée de la convention de 1998. Il s'est plutôt avéré que les pronostics pour les bénéfices avaient été établis de manière trop prudente. A fin 2001, la BNS détenait des provisions pour les risques de marché, de crédit, de liquidité et d'exploitation, dépassant d'un peu plus de 13 milliards de francs le montant requis[74]. Par conséquent, le DFF et la BNS décidèrent, en mars 2002, de réduire sur une période de dix ans cet excédent qui constitue un bénéfice retenu par la banque centrale. Ainsi, durant les années à venir, la distribution des bénéfices comportera une «composante de réduction» s'ajoutant aux revenus courants de la BNS, de sorte que le montant distribué passera – dès le printemps 2003 – à 2,5 milliards de francs par an. Après dix ans, les provisions effectives devraient à nouveau atteindre le niveau visé. La composante de réduction des réserves sera supprimée et la distribution des bénéfices de la BNS n'atteindra plus que le montant des revenus effectifs – soit quelque 900 millions de francs par an dans la perspective actuelle.

La nouvelle convention du 5 avril 2002 fixe également une limite inférieure pour les provisions, afin qu'en cas de baisse inattendue des revenus le niveau des réserves monétaires ne tombe pas au-dessous du minimum nécessaire pour la conduite de la politique monétaire. Une limite supérieure garantit dorénavant qu'en cas de gains plus élevés qu'escompté la réduction des provisions excédentaires n'est pas retardée inutilement. Si les provisions effectives sont supérieures ou inférieures aux limites définies, la distribution des bénéfices est réduite ou augmentée l'année concernée de manière à respecter ces limites. La convention s'applique jusqu'à l'exercice 2012

74 BNS, 94e rapport de gestion 2001, p. 104.

(inclus) de la BNS. Comme les estimations des recettes sur une période aussi longue revêtent un degré élevé d'incertitude, la convention sera réexaminée en 2007. Cette approche permettra de corriger à temps les évolutions inadéquates qui se dessinent et d'éviter des réductions ou des augmentations abruptes des montants annuels distribués.

1.3.5 Conséquences de la nouvelle Constitution fédérale

1.3.5.1 Renforcement des éléments relevant du droit de la société anonyme

Limitées à l'essentiel, les nouvelles dispositions constitutionnelles sur la monnaie (art. 99, al. 2, nCst.) n'ont pas défini la forme juridique de la Banque nationale suisse[75]. Le constituant a cependant inscrit l'indépendance de la Banque nationale dans la Constitution (ch. 1.2.2.3). En principe, il serait aussi possible de réaliser l'indépendance fonctionnelle, financière, institutionnelle et l'indépendance des dirigeants de la BNS sous la forme juridique d'un établissement, comme il ressort des exemples d'autres banques centrales qui sont aussi considérées comme indépendantes[76]. Les établissements sont des unités d'organisation de l'administration qui sont créées par la loi et sont à la disposition de leurs utilisateurs pour des tâches déterminées[77]. De telles structures ne sont autonomes que si elles disposent de la personnalité juridique, sont dotées de leur propre fortune et répondent de leurs engagements[78]. La base juridique concrète détermine dans quelle mesure un établissement jouit d'une véritable autonomie, soit d'une liberté de décision. Sous cet aspect, chaque établissement peut être différent. En revanche, une organisation revêtant la forme d'une société anonyme présente l'avantage que les voies pour les décisions concernant l'administration et la gestion sont en principe tracées d'avance. Chaque autorisation d'intervenir qui est accordée à une autorité externe est une exception à cette règle et doit expressément être prévue par une réglementation dûment motivée contenue dans la loi. C'est vraisemblablement pour cette raison que toute une série de banques centrales européennes revêtent la forme juridique de la société anonyme: les banques centrales belge, néerlandaise, suédoise et autrichienne en sont des exemples.

La doctrine suisse estime que la BNS n'est une société anonyme qu'en apparence. En vérité, il s'agit d'une «construction hybride (singulière) composée d'un établissement de droit public et d'une corporation de droit public. Malgré sa forme extérieure de société anonyme, la BNS s'apparente davantage à un établissement de droit public»[79]. Des analyses récentes portant sur la nature juridique de la BNS tendent également à confirmer que l'on se trouve en présence d'un quasi-établissement de droit public[80]. D'autres auteurs relèvent le caractère dualiste qui permet à la BNS

75 Cf. «message sur la Constitution» (note 7); FF **1997** I 308.
76 P. ex. la Deutsche Bundesbank (§ 2 de la loi sur la Deutsche Bundesbank du 22 octobre 1992/22 décembre 1997).
77 Häfelin Walter/Müller Georg, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2e éd., Zurich 1993, p. 246.
78 Comme exemple d'un établissement autonome de la Confédération, on peut citer la SUVA.
79 Junod Chalres-André, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 39, nº 24.
80 Cf. remarques de Klauser (note. 18), p. 442.

d'agir comme un sujet du droit privé tout en bénéficiant de la position d'une autorité souveraine[81]. Avec du recul, ces conceptions peuvent se justifier. Si l'on dépasse les aspects purement formels, en effet, il n'est plus possible de prétendre que les actionnaires sont les propriétaires de la BNS. Cela ressort entre autres des prescriptions concernant la liquidation de la BNS (art. 68 LBN). En cas de liquidation, les actionnaires ne peuvent pas participer à la substance de la BNS au-delà du capital social versé. L'excédent d'actifs passerait à la nouvelle banque centrale de la Confédération. En d'autres termes, il est affecté aux tâches de la banque centrale. Les réserves de devises sont par conséquent désignées à juste titre comme une fortune appartenant au peuple.

Les avantages qu'offre la forme extérieure de la société anonyme sont toutefois décisifs par rapport à la mission de la banque centrale. L'organisation en société anonyme est en effet propre à incarner l'indépendance de l'institution. Cette forme juridique est la mieux adaptée pour assurer que les décisions sont prises en toute indépendance et pour protéger la fortune de la banque centrale contre une utilisation par l'Etat à des fins non conformes à sa mission. Avec l'inscription du principe de l'indépendance de la BNS dans la Constitution (art. 99, al. 2, Cst.), il ne fait aucun doute que la forme juridique de la société anonyme respecte mieux la volonté du constituant que toute autre forme juridique envisageable. L'organisation en société anonyme a fait ses preuves au cours de l'histoire de la Banque nationale, c'est-à-dire pendant près d'un siècle. En raison de cette tradition, elle a également un caractère éminemment symbolique. Pour ces motifs, il convient de la maintenir.

A moyen terme, la forme juridique de la société anonyme ne peut cependant jouer son rôle de structure destinée à garantir l'indépendance de la BNS que si les éléments du droit de la société anonyme sont revalorisés. Dans le cadre de la révision de la loi sur la Banque nationale, il faut par conséquent donner plus de substance à la société anonyme en procédant à différentes modifications. Ces changements sont plutôt des ajustements de détails; ils comprennent un léger renforcement de la situation des actionnaires par rapport à la fortune de la société, la suppression des limitations pour le transfert des actions de la BNS, ainsi que la revalorisation qualitative des organes de surveillance et de révision de la BNS. Globalement, le renforcement proposé des éléments relevant du droit de la société anonyme devrait contribuer à permettre aux actionnaires de la BNS d'assumer encore mieux leur rôle de «fiduciaire de l'indépendance».

1.3.5.2 Mise en œuvre du mandat de constitution de réserves monétaires

La nouvelle Constitution (art. 99, al. 3, Cst.) oblige la BNS à constituer «à partir de ses revenus, des réserves monétaires suffisantes». Cette mesure doit contribuer à augmenter la confiance du public dans la monnaie de l'Etat et garantir que la BNS pourra poursuivre sa stratégie de développement à long terme de ses réserves monétaires en fonction de la croissance de l'économie suisse (ch. 1.2.2.5). Au niveau de la loi, la meilleure manière de traduire cet objectif dans les faits est vraisemblablement de prévoir, dans la section concernant l'établissement des comptes,

81 Nobel (note 18), p. 148; Schürmann (note 38), art. 1, nº 3, art. 14, nº 4.

une norme explicite relative à la détermination du bénéfice, qui assure le développement futur des réserves monétaires.

Il faut également examiner s'il appartient au législateur fédéral de fixer, d'une manière générale, le montant des réserves monétaires nécessaires pour la politique monétaire. La réponse est non. Il n'est pas possible de fixer une fois pour toutes dans la loi à combien s'élèvent des «réserves monétaires suffisantes» ou de les définir à l'aide d'une formule. La Constitution exige uniquement qu'une partie des réserves monétaires consiste «en or». La nouvelle loi sur la Banque nationale doit par conséquent accorder la compétence à la BNS de déterminer le niveau et la composition des réserves monétaires nécessaires dans le cadre de la mission qui lui est confiée. La BNS doit être en mesure d'assumer cette tâche en toute indépendance. Si le législateur délègue à la BNS la détermination desréserves monétaires nécessaires à la politique monétaire, cela signifie que seules devront être réglées, après la révision de la loi sur la Banque nationale, les questions de procédure ayant trait au versement des bénéfices à la Confédération et aux cantons. Cette réglementation pourra être fixée dans une convention administrative conclue entre la Banque nationale et le Département des finances.

1.3.5.3 Adaptation des compétences du Conseil fédéral et des organes de la banque

1.3.5.3.1 Répartition des compétences entre le Conseil fédéral et le conseil de banque

Lors de la mise en œuvre de l'indépendance fonctionnelle et financière (ch. 1.2.2.3), il faudra réajuster les priorités dans le domaine de compétence du Conseil fédéral selon l'art. 63, ch. 2, LBN (concours et contrôle de la Confédération), ce qui devrait avoir pour effet de renforcer le rôle du conseil de banque en matière de surveillance administrative.

Afin de réaliser l'indépendance fonctionnelle de la BNS dans le domaine de l'émission des billets de banque, les compétences du Conseil fédéral concernant l'approbation de l'émission des coupures (art. 63, ch. 2, let. d, LBN) et l'autorisation de rappeler des coupures, des types et des séries de billets (art. 63, ch. 2, let. f, LBN) ont déjà été supprimées de la loi sur la Banque nationale lors de l'élaboration de la loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (LUMMP)[82]. Dans le cadre de la révision de la loi sur la Banque nationale, il convient d'adapter en conséquence les compétences du conseil de banque (actuellement: art. 43, ch. 7 et 9, LBN).

Même si la BNS en tant que société anonyme fondée sur une loi spéciale remplit déjà les principales conditions de l'indépendance financière, l'actuelle loi sur la Banque nationale impose certaines restrictions (directes ou indirectes) à l'autonomie budgétaire et financière. Une de ces limitations est par exemple l'obligation de soumettre les règlements fixant le minimum et le maximum des traitements des collaborateurs et les rémunérations des autorités de la banque à l'approbation du Conseil

82 Cf. message du 26 mai 1999 concernant une loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (LUMMP); FF **1999** 6555.

fédéral (art. 61 LBN). Afin d'assurer son indépendance, il faut par conséquent, dans le cadre de la présente révision de la loi, prévoir une autonomie complète de la BNS au niveau de son budget et faire en sorte que l'adoption des règlements en question soit de la compétence exclusive du conseil de banque. Ce dernier devra cependant tenir compte des principes et des normes en matière de reporting fixés par le Conseil fédéral en ce qui concerne les conditions d'engagement des dirigeants des entreprises et des institutions proches de la Confédération. Du point de vue de l'autonomie d'organisation, le droit qu'a actuellement le Conseil fédéral d'approuver le règlement d'organisation de la banque (art. 61 LBN) n'est pas sans soulever des problèmes. Cependant, l'approbation de ce règlement essentiel pour le bon fonctionnement de la BNS, l'approbation du rapport de gestion et des comptes annuels de la BNS, ainsi que les prérogatives du Conseil fédéral au niveau des nominations (majorité des membres du conseil de banque et membres de la direction générale et leurs suppléants) doivent rester l'élément central du concours apporté par la Confédération dans l'administration de la banque centrale, concours qui est prévu par la Constitution.

1.3.5.3.2 Répartition des compétences entre le Conseil fédéral et la direction générale

L'obligation faite au Conseil fédéral et à la Banque nationale de s'informer et de se concerter avant la prise de décisions importantes en matière de politique conjoncturelle et monétaire (art. 2, al. 2, LBN, ch. 1.3.3.3) a été introduite en 1978, principalement en vue de l'utilisation par la banque centrale des instruments relevant de la puissance publique[83]. La plupart de ces instruments, en particulier ceux que le Conseil fédéral devait ordonner spécialement (contrôle des émissions, mesures contre les fonds provenant de l'étranger), sont supprimés dans le cadre de la révision de la loi sur la Banque nationale (ch. 1.5.4 et 1.5.5). La BNS disposera ainsi durablement de tous les instruments (opérationnels ou relevant de la puissance publique) requis pour mener la politique monétaire. En outre, l'indépendance des organes de la BNS à l'égard de toute instruction, qui découle de l'indépendance fonctionnelle, est fixée dans la loi (ch. 1.2.2.3). Cela signifie que la direction générale pourra dorénavant décider de manière autonome de l'utilisation de l'ensemble des instruments servant à conduire la politique monétaire.

Ce déplacement des priorités prévu par la Constitution a pour conséquence que seule l'obligation faite au Conseil fédéral et à la Banque nationale de s'informer avant la prise de décisions importantes devra être reprise dans la nouvelle loi sur la Banque nationale. L'obligation d'informer devra être réglementée en détail dans le cadre de l'obligation de rendre des comptes au Conseil fédéral, qui est prévue pour la BNS. Cette solution permet d'assurer que la BNS assumera entièrement sa responsabilité lors de l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées.

83 Selon Schürmann (note 38, art. 2, nº 6) la prescription avait pour objet la «coordination de la politique conjoncturelle». A l'époque, la politique monétaire était considérée comme un élément faisant partie de la politique conjoncturelle.

1.3.6 Nécessité d'une réforme de l'organisation de la BNS

1.3.6.1 Disparités entre la réglementation légale et la réalité

En raison des développements qui sont intervenus dans le domaine monétaire au cours des dernières décennies et de la modification du contexte, l'organisation de la BNS prévue par la loi ne satisfait plus aux exigences. Les très nombreux organes, dont les compétences se recoupent partiellement ou ne sont plus exercées, font apparaître la BNS comme étant «surorganisée». Ses structures sont lourdes et freinent parfois une prise de décision rapide. Il existe des divergences entre la réglementation légale et la réalité, en particulier au niveau des fonctions de surveillance du conseil de banque et du comité de banque, dans la position des organes des directions des succursales et des comités locaux et par rapport aux exigences professionnelles posées aux membres de la commission de révision.

Dans une première réforme de l'organisation, il faut réduire de sept à quatre le nombre des organes de la banque (assemblée générale, conseil de banque, direction générale, organe de révision). Avec ses 40 membres, le conseil de banque est trop lourd comme organe chargé de la surveillance administrative de la BNS. Il n'est guère possible de mener des discussions approfondies lors d'un processus de décision avec un nombre aussi élevé de membres. Dans une deuxième étape, il faudra réduire le nombre des membres du conseil de banque. A cette occasion, il faudra également moderniser sensiblement le cahier des charges de ce conseil, en renforçant sa responsabilité dans les domaines de la surveillance, de l'organisation et des finances. Ces changements requièrent également des exigences professionnelles plus élevées de la part des membres du conseil de banque. Dans une troisième étape, il faudra remplacer la commission de contrôle par un organe de révision qui ne comprendra que des réviseurs spécialement qualifiés; des personnes morales pourront également faire partie de l'organe de révision.

Dans l'ensemble, il s'agit de réduire la taille des organes de la BNS et de les rendre plus professionnels. La structure des organes de la banque centrale doit être mieux adaptée aux tâches qui lui sont confiées actuellement. Elle doit aussi davantage tenir compte des critères concernant l'efficacité de la gestion.

Les fonctions abandonnées des trois organes de la BNS qui doivent être supprimés sont présentées brièvement ci-après. La réforme des quatre organes de la Banque nationale qui subsistent est décrite plus en détail dans la partie spéciale du présent message (ch. 2.5).

1.3.6.2 Attributions désuètes du comité de banque

Le comité de banque «exerce, en qualité de délégation du conseil de banque, la surveillance et le contrôle régulier de la gestion» et se réunit actuellement «en règle générale une fois par mois» (art. 48, al. 1 et 3, LBN). La fréquence de ces séances n'est pas en rapport avec les compétences de décision effectives dont dispose cette institution (art. 49 LBN). De fait, l'activité du comité de banque se limite aujourd'hui dans une large mesure à «l'examen préalable de toutes les affaires à traiter par le conseil de banque» (art. 49, al. 1) et à la réception des rapports de ses sections de contrôle (art. 3 du règlement du comité de banque). Les dépenses administratives

(achats et ventes de biens immobiliers, projets de construction, investissements d'exploitation: art. 49, al. 3, LBN) qu'il doit approuver sont relativement nombreuses du fait des compétences réduites de la direction générale en matière de dépenses, qui ont été fixées dans un règlement mais n'ont pas été adaptées au renchérissement depuis plusieurs décennies. Les dépenses administratives qui atteignent une certaine importance doivent de toute manière être approuvées par le conseil de banque qui est l'organe de surveillance élargi de la BNS. Il n'est pas non plus pertinent de confier la nomination de l'ensemble du personnel autorisé à signer (y compris les fondés de pouvoir et les mandataires commerciaux) et la fixation de leur traitement (art, 49, al. 4, LBN) au comité de banque, car il ne connaît généralement pas les personnes concernées.

L'activité des sections de contrôle du comité de banque, qui doivent effectuer périodiquement des «inspections des départements de la direction générale et des succursales» et qui peuvent aussi «procéder à des révisions» (art. 3 du règlement du comité de banque) n'est plus adaptée aux objectifs. En raison de la complexité des opérations d'une banque centrale et du niveau élevé de l'informatisation des transactions, les membres du comité de banque ne sont guère en mesure d'accomplir cette tâche dans le sens prévu à l'origine. Par ailleurs, il apparaît inutile que le conseil de banque fasse ses propres révisions à côté de la révision interne qualifiée et du contrôle opéré par l'organe de révision externe. L'examen critique de la gestion financière de la BNS est par ailleurs de la compétence du conseil de banque, qui devra approuver le rapport de gestion et les comptes annuels comme par le passé. Désormais, le conseil de banque surveillera également le placement des actifs et la gestion des risques. Les activités de contrôle assumées jusqu'à présent par le comité de banque seront ainsi entièrement transférées dans le cahier des charges révisé du conseil de banque.

Il s'ensuit que le comité de banque n'est plus nécessaire sous sa forme actuelle. Les questions matérielles et concernant le personnel, pour lesquelles il dispose encore d'un véritable pouvoir de décision, peuvent sans autres être confiées au conseil de banque qui sera à l'avenir le seul organe de surveillance, ainsi qu'à la direction générale, qui agit comme organe de gestion.

1.3.6.3 Les directions locales: des organes sans compétences propres

Selon la conception de la loi sur la Banque nationale, les directions locales sont des organes de la BNS (art. 54, al. 2, LBN). Cette réglementation part du principe que les succursales effectuent toute la palette des opérations d'une banque centrale. Du point de vue opérationnel, les succursales de Genève et de Lugano sont actuellement des filiales de la caisse principale (département II à Berne). En limitant leur activité aux opérations locales dans le domaine du numéraire, il est facilement concevable d'intégrer les succursales dans l'organisation globale de la BNS et de les subordonner aux départements dont relève leur activité. Les directions locales de Bâle, Lausanne, Lucerne et St-Gall ne s'occupent plus actuellement que de l'observation et de l'établissement de rapports sur l'évolution économique dans leur rayon. Elles sont de simples représentations de la BNS et sont donc, du point de vue de l'organisation, des filiales soumises aux instructions des départements (I et II) auxquels elles sont subordonnées.

Actuellement, les directeurs des succursales sont nommés par le Conseil fédéral, sur proposition du conseil de banque, pour une période administrative de six ans (art. 54, al. 1, LBN). Cette réglementation ne tient pas compte de l'importance des succursales, qui a changé. En outre, elle s'est révélée peu adaptée, car elle limite inutilement la marge de manœuvre lors de l'engagement des membres de la direction des sièges et des succursales. Si les directions locales sont supprimées en tant qu'organes de la BNS, il va de soi que les responsables des succursales et des représentations seront dorénavant – au même titre que les membres de la direction des sièges – désignés par le conseil de banque et non plus par le Conseil fédéral.

1.3.6.4 Les comités locaux: des organes sans fonctions

En vertu du droit actuel, les comités locaux des sièges et des succursales assument plusieurs tâches de consultation et de contrôle. Ils «contrôlent périodiquement les avances sur nantissement et les opérations d'escompte de leur siège ou succursale» (art. 50, al. 1bis, LBN). Cette tâche a des origines historiques: à l'origine, on voulait profiter de la proximité des membres du comité par rapport aux débiteurs d'avances sur nantissement ou d'effets de change escomptés des succursales pour les faire participer au contrôle de la qualité de ces actifs de la banque centrale, actifs considérés comme très risqués à l'époque. L'importance des avances sur nantissement et des opérations d'escompte est actuellement insignifiante (ch. 1.3.3.3). Tandis que l'escompte d'effets de change n'est plus pratiqué, les avances sur nantissement ont été entièrement concentrées au siège de Zurich. Dans ces conditions, les comités locaux ne peuvent plus assumer leur tâche légale qui est de contrôler les avances sur nantissement et les opérations d'escompte.

Depuis un certain temps, la deuxième tâche des comités n'est plus non plus assumée. Il s'agit du «préavis pour la nomination du directeur, des fondés de pouvoirs et des mandataires commerciaux de leur succursale» (art. 50, al. 2, LBN). Les membres du comité local ne connaissent les candidats à un poste de directeur de succursale que lorsque l'évaluation se trouve déjà à un stade avancé. L'engagement de cadres auprès des succursales nécessite généralement des décisions rapides et les comités locaux ne peuvent pas être inclus dans la procédure de sélection.

Aucune des fonctions de surveillance et de contrôle prévues par la loi ne peut être assumée par les comités locaux à l'heure actuelle en raison des réalités que nous venons d'exposer. La seule tâche qui leur est restée est d'examiner «avec le directeur la situation économique dans leur rayon et les effets de la politique de l'institut d'émission» (art. 50, al. 1bis, LBN). Cette tâche n'implique toutefois pas de pouvoir de décision. Dans ces conditions, il semble indiqué de supprimer les comités locaux comme organes légaux de la BNS. Pour observer l'évolution économique régionale, la BNS pourra désormais constituer des conseils consultatifs auprès de tous les comptoirs. Ces conseils régionaux seraient engagés par le conseil de banque et ils prendraient le relais des comités locaux (ch. 2.5.3.5.2.3).

1.3.6.5 Conclusion

Comme nous venons de le démontrer, les principes d'organisation de la BNS se rapportent encore aux conditions locales, alors que les tâches de la Banque nationale ont depuis longtemps dépassé ce cadre. Le législateur a également confié un nombre important de tâches de contrôle aux organes existants de la BNS en admettant, vraisemblablement à juste titre dans le contexte historique de l'époque, qu'elles pouvaient aussi être correctement assumées par des non-professionnels et qu'il était possible de surveiller ainsi les risques des opérations de la banque centrale de manière appropriée. La complexité, l'interdépendance et le caractère international des fonctions d'une banque centrale ne permettent cependant plus une telle réglementation de nos jours. Par conséquent, il faut entièrement revoir l'organisation de la BNS lors de la révision de la loi sur la Banque nationale.

1.4 Les opérations de la BNS

1.4.1 Fondements de la norme régissant les opérations

La loi actuelle sur la Banque nationale énumère de manière exhaustive et détaillée les divers types d'opérations que la BNS est autorisée à effectuer pour remplir sa mission (art. 14 LBN)[84]. Cette conception remonte à l'époque où la BNS a commencé à fonctionner comme institut d'émission. Deux raisons fondamentales ont alors conduit le législateur à inscrire une liste exhaustive des instruments opérationnels à la disposition de la BNS: premièrement, il a voulu éviter que la banque centrale ne concurrence les banques commerciales[85]; deuxièmement, il souhaitait obliger la BNS à s'en tenir à des opérations répondant à de sévères critères de sécurité et de liquidité[86]. Les risques que peut prendre la BNS ont en l'occurrence été limités par la définition de trois éléments: nature et objet de l'opération (achat, escompte, change, obligations, etc.), catégorie de débiteur (Confédération, canton, banque, Etat étranger), et – normalement – durée maximale de la créance. Les limites que l'énumération exhaustive de ces instruments impose à la liberté d'action de la BNS se sont peu à peu assouplies au fil des dernières révisions de la LBN, sans que le législateur renonce pour autant à ces limites[87].

84 Dans le cadre de sa mission constitutionnelle, la BNS peut décider d'effectuer ou non une opération déterminée: ATF **109** Ib 155.

85 «Message de 1894» (note 27); FF **1894** IV 139 s.; «message de 1953» (note 32); FF **1953** I 950.

86 «Message de 1894» (note 27); FF **1894** IV 129 s.; «message de 1953» (note 32); FF **1953** I 931; Schürmann (note 38), art. 14, nº 2.

87 Cf. révisions de la loi sur la Banque nationale du 23 décembre 1953 (FF **1953** I 933 à 937), du 15 décembre 1978 (FF **1978** I 811 et 819) et du 20 juin 1997 (FF **1997** II 871 ss); un aperçu se trouve dans le rapport du 16 mars 2001 «Nouvelle loi sur la Banque nationale» élaboré par le groupe d'experts «Réforme du régime monétaire» («Rapport d'experts loi sur la Banque nationale), p. 34.

1.4.2 Lacunes de la réglementation actuelle

1.4.2.1 Critères dépassés relatifs à la limitation des risques

Ces vingt dernières années, les structures et le fonctionnement des marchés financiers ont subi de profondes transformations[88]. La mondialisation a estompé les limites entre les transactions commerciales des banques et celles des autres établissements financiers. La déréglementation des marchés financiers s'est très vite imposée dans le monde entier. Elle a consisté, d'une part, à mettre fin aux interventions de l'Etat visant à influer sur les volumes et les prix, et, d'autre part, à gommer les limites entre les activités des banques, des assurances et des négociants de titres. La première des conséquences a été l'apparition de nouveaux types de contrats financiers: des innovations qui permettent de subdiviser des biens financiers et les risques qu'ils génèrent en éléments négociables séparément, et de les réunir à nouveau selon les besoins. La seconde conséquence, c'est que la concurrence internationale a poussé de plus en plus les prestataires de services bancaires, d'assurance et d'investissement à fusionner pour former de grands groupes financiers.

Vu ces évolutions dynamiques, la classification actuelle des opérations selon des caractéristiques tenant à la qualité des débiteurs ne constitue plus un critère adéquat de limitation des risques au niveau des opérations de la banque centrale. Les instruments modernes du marché financier, auxquels une banque centrale doit également recourir aujourd'hui (par exemple les pensions de titres ou les produits dérivés), ne peuvent par ailleurs plus être classés au moyen des notions habituelles du droit civil. En outre, le volume d'un marché revêt une importance nettement plus grande pour la liquidité d'un placement que des limitations d'échéance.

1.4.2.2 Absence de systématique, lacunes

Aujourd'hui, la systématique des dispositions régissant les opérations de la BNS est insatisfaisante. Le même article de loi (art. 14 LBN) sert de base légale à la fois pour les opérations de la BNS avec les banques, les banques centrales et les organisations internationales et pour les services bancaires en faveur de son personnel et des institutions de prévoyance du personnel. Un profond réaménagement permet de grouper les opérations de la banque centrale davantage en fonction des tâches principales, spéciales et annexes de la BNS. Le rapport entre les opérations et les tâches doit être visible dans la loi.

L'absence d'une base légale explicite permettant à la BNS d'acquérir des participations durables au capital de sociétés ou des droits sociaux constitue une lacune dans la systématique actuelle de la loi. La BNS détient aujourd'hui de tels participations et droits sociaux dans des sociétés qui fournissent surtout des services dans le domaine de la fabrication de billets de banque et des paiements (ch. 2.2.5). Les opérations dites auxiliaires pour l'exploitation de la BNS doivent également être nommées dans la nouvelle loi[89].

88 Cf. Merz Peter, Notenbankinstrumentarium und Deregulierung, dans Festschrift für Jean-Paul Chapuis, Zurich 1998, p. 104 ss.

89 L'artifice consistant à déclarer admissible l'action opérationnelle «libre» en plus des opérations proprement dites de la BNS est ainsi superflu: cf. Schürmann, Kommentar NBG, art. 14, n° 7.

1.4.3 Objectifs de la réforme

La redéfinition complète des opérations de la BNS poursuit les objectifs suivants:

– Description souple et compréhensible des opérations de la banque centrale

Les opérations de la banque centrale doivent être définies de manière aussi ouverte et souple que possible, afin qu'il ne faille pas modifier la loi du fait de l'évolution future des marchés financiers. Pour cette raison, les opérations doivent être définies davantage en fonction des exigences auxquelles elles doivent répondre qu'en fonction de leurs caractéristiques, comme jusqu'ici. Il convient à cet égard de tenir compte des exigences spécifiques qu'une banque centrale doit poser à ses actifs en matière de liquidité, de risque et de revenu. Par ailleurs, l'art. 14 LBN, qui date en partie des débuts de la BNS, est dépassé du point de vue terminologique. Lors de la nouvelle définition des opérations de la BNS, il convient de rendre les dispositions de la loi compréhensibles pour le profane.

– Classification des opérations de la banque centrale en fonction des tâches

La nouvelle description des opérations doit se fonder sur les tâches de la banque centrale. Celles-ci comprennent l'approvisionnement en liquidités du marché monétaire, le fait de faciliter les opérations de paiement, la gestion des réserves monétaires, la participation à la coopération internationale en matière monétaire et la fourniture de services bancaires à la Confédération (ch. 2.1.5.3)[90]. Un regroupement strict des opérations selon les différentes tâches de la BNS se révèle toutefois impossible, étant donné qu'elles se recoupent en partie et que les mêmes instruments sont utilisés pour des fonctions différentes.

– Prise en compte de la fonction de prêteur de dernier recours

La fonction de prêteur de dernier recours comprend l'obligation, non mentionnée explicitement dans la plupart des lois sur les banques centrales, de maintenir la stabilité du système financier en cas de crise, par une injection extraordinaire de liquidités (ch. 2.1.5.3.5). Même si une telle aide fournie sous forme de liquidités par la banque centrale n'entre en ligne de compte qu'à titre exceptionnel, il ne faut pas que des restrictions opérationnelles réduisent l'efficacité du prêt de dernier recours. Lorsque des crises de liquidité se déclenchent, une banque centrale doit pouvoir agir rapidement afin de réduire le plus possible le risque de réactions en chaîne. La nouvelle loi sur la Banque nationale doit donc décrire les opérations de la BNS de manière à permettre, au moyen d'instruments appropriés, une injection à titre exceptionnel de liquidités dans l'ensemble du système bancaire ou une aide ciblée sous forme de liquidités à un groupe bancaire ou à une seule banque (à condition que les critères de solvabilité soient respectés). Les opérations de la BNS doivent par ailleurs être soumises à des mesures de sécurité pour éviter que la banque centrale ne participe à l'assainissement d'un système bancaire malade.

90 L'approvisionnement en numéraire n'est pas mentionné, cette tâche étant réglée dans la loi sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (art. 7 à 9 LUMMP; RS **941.10**).

– *Orientation sur le modèle européen*

Le protocole du 7 février 1992 sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne («statuts du SEBC») constitue la base légale des instruments dont disposent le Système européen de banques centrales (SEBC) et la Banque centrale européenne (BCE). En ce qui concerne les opérations du SEBC, il est à noter que les instruments des banques centrales sont définies de manière très ouverte. La BCE dispose ainsi d'une large marge de manœuvre pour définir et adapter à l'évolution des marchés la stratégie à appliquer en matière de politique financière ainsi que les instruments à mettre en œuvre à cet effet[91]. Les statuts du SEBC peuvent servir de modèle pour la formulation des opérations d'une banque centrale. Sur le plan qualitatif, les opérations de la BNS doivent par conséquent correspondre à celles du SEBC (ch. 6).

1.4.4 Critères de sélection des opérations

1.4.4.1 Introduction

Les opérations de la BNS doivent correspondre à ses tâches. Les actifs qu'elle acquiert, les instruments qu'elle met en œuvre pour gérer l'offre de monnaie et la manière dont elle intervient sur les marchés financiers, doivent satisfaire aux critères fondamentaux qui régissent les activités d'une banque centrale. Nous présentons ci-après les plus importants de ces critères et en tirons ensuite les conséquences pour la définition des opérations de la BNS (ch. 1.4.5).

1.4.4.2 Liquidité

1.4.4.2.1 Définition et rôle

La liquidité est l'un des principaux critères de sélection des instruments opérationnels. L'actuelle loi sur la Banque nationale donne une définition comptable de la liquidité: un placement est d'autant plus liquide qu'il peut être remboursé rapidement. Cette définition remonte à une époque où il n'était pas du tout ou guère possible de vendre des titres sur des marchés secondaires sans supporter des coûts sous la forme d'une perte d'intérêts ou d'un prix inférieur.

Les titres à brève échéance (ou à durée résiduelle très courte) n'étaient et ne sont souvent pas disponibles en quantité suffisante. Pour gérer la masse monétaire, les banques centrales recourent donc à l'achat d'emprunts sans se soucier de leur durée résiduelle, car elles les revendent à terme au moment même de l'achat. Dans ce genre d'opérations, appelées pensions de titres (repurchase agreements), la durée de l'instrument ne dépend pas de l'échéance du titre lui-même, mais peut être choisie librement. Aujourd'hui, toutes les grandes monnaies ont leur marché de pensions de titres.

91 On trouvera un aperçu des instruments à disposition de la BCE dans le «Rapport d'experts loi sur la Banque nationale» (note 87), p. 38 ss.

Une autre notion de liquidité est ainsi apparue ces dernières années: la liquidité d'un placement, qui s'exprime par le volume qui peut être acheté ou vendu à court terme sur des marchés organisés ou hors bourse (de gré à gré), sans modifier sensiblement le prix du placement en question[92]. De telles opérations sont désormais possibles sur bon nombre de marchés. Divers facteurs sont à l'origine de cette évolution: l'accroissement des volumes négociables sur le marché (du fait de la tendance mondiale à la «titrisation» et de l'accroissement des emprunts publics non remboursés dû à la hausse des déficits publics), une extension du cercle des intervenants sur les marchés due à l'internationalisation des marchés financiers et une amélioration des technologies de l'information et de la communication.

La liquidité d'un placement peut changer au fil du temps. Le gros des opérations a ainsi récemment délaissé les marchés au comptant pour leur préférer les marchés des dérivés[93]. Il n'est donc guère possible de prédire quelles opérations et quels titres seront «liquides» à l'avenir selon ce critère.

1.4.4.2.2 Indicateurs

La différence moyenne entre le cours à la vente et le cours à l'achat d'un placement est un bon indicateur de sa liquidité. Il n'existe toutefois pas de séries de relevés fiables de ces cours pour les marchés obligataires, car la majeure partie des échanges ne se font pas par l'intermédiaire d'un système boursier. Les rares données disponibles indiquent cependant que les marchés obligataires américains demeurent toujours les plus liquides du monde.

La capitalisation du marché peut également être utilisée pour apprécier l'évolution de la liquidité sur les différents marchés obligataires. Sur six marchés représentatifs pour les emprunts publics, la capitalisation a ainsi évolué comme suit pendant la période allant de 1982 à 2001: elle a été multipliée par 3 aux Etats-Unis, par 4 au Japon, par 13 en Allemagne, par 2 en Grande-Bretagne, par 6 aux Pays-Bas et par 5 en Suisse. Les volumes ont pour ainsi dire explosé en Allemagne durant les années 90.

92 Un marché est considéré comme liquide, lorsque sa liquidité est garantie même lorsqu'il traverse de fortes turbulences. Lors des crises financières des années nonante, certains marchés émergents, connus pour une liquidité relativement bonne, n'ont plus été en mesure de remplir cette condition, d'où une répercussion d'autant plus grande sur les prix.

93 Dans le cas des obligations de l'Etat japonais (JGB's; Japanese Government Bonds), la moitié des opérations sont déjà des contrats à terme sur ces obligations (JGB-Futures). Cf. à ce sujet le document de travail de la Banque du Japon: «Market Liquidity of Japanese Government Securities Market; a Preliminary Study» (1997).

1.4.4.3 Risque et rendement

1.4.4.3.1 Définition et rôle

Les deux notions que sont le risque et le rendement jouent un rôle central dans le secteur financier et il existe entre elles une relation systématique. Sur les marchés, les risques élevés – et non diversifiables – sont en effet récompensés par des rendements élevés, et inversement. Cette relation se reflète également dans le prix du marché: les placements présentant un risque faible (bonne solvabilité, liquidité élevée, brève durée moyenne d'immobilisation des capitaux dans le cas d'obligations, évolution constante des bénéfices dans le cas des actions) sont plus chers que ceux à haut risque, de sorte que les dividendes versés, c'est-à-dire la hausse du prix escomptée par rapport au prix d'achat, est plus faible. Des études à long terme ont ainsi démontré que les actions sont certes associées à des risques plus importants que les obligations, mais qu'elles offrent un rendement plus élevé à long terme.

1.4.4.3.2 Types de risques

Le remboursement d'un placement, son rendement, sa disponibilité à court terme et donc sa valeur sur le marché comportent, selon le type de placement, une part d'insécurité ou, plus exactement, un certain risque. Le risque se réfère au fait qu'un placement ou un portefeuille peut perdre ou gagner de la valeur. Toutes les données qui influent sur la valeur d'un placement constituent donc des facteurs de risque. Avec une définition non exhaustive des opérations de la BNS, les risques suivants joueront un rôle important:

- *Risques de marché*: éventuelles baisses de revenu engendrées par des modifications des taux d'intérêt, des taux de change ou – depuis que les réserves d'or sont évaluées conformément au prix du marché – du prix de l'or. Les risques de change, de prix de l'or et de taux d'intérêts dominent le profil de risque de la BNS.
- *Risques de crédit:* pertes éventuelles dues au manque de solvabilité d'un débiteur. Les risques de crédit comprennent également les risques de règlement, qui sont liés à l'exécution de la transaction.
- *Risques-pays:* pertes éventuelles engendrées par la limitation du pouvoir de disposition sur les placements à l'étranger et qui provoquent le rapatriement de ces placements. Le risque de transfert concerne tous les placements domiciliés dans un pays «à risque», et touche donc aussi les dépôts et les opérations de compensation sur place.
- *Risques propres à un titre:* pertes éventuelles dues à l'évolution du prix d'une action ou d'une obligation, indépendamment de la situation générale sur le marché. L'évolution du prix peut par exemple être due à un changement de perspectives de la société concernée.
- *Risques opérationnels:* pertes éventuelles engendrées par des défaillances organisationnelles, humaines, juridiques ou techniques.

1.4.4.3.3 Evaluation et gestion des risques

Le risque peut être défini, et mesuré, comme étant l'écart (positif ou négatif) entre les rendements périodiques et une valeur moyenne à long terme. C'est avant tout la structure du placement qui permet de le gérer. La diversification permet par exemple de compenser l'effet du tassement des cours sur un marché par une hausse des cours (ou par un tassement moins prononcé) sur d'autres marchés. La répartition des placements sur divers titres et marchés réduit le risque global d'un portefeuille, sans nuire forcément au rendement escompté.

La possibilité de diminuer les risques à travers la diversification est toutefois limitée par le fait que les titres et les marchés subissent, jusqu'à un certain point, l'influence de facteurs identiques. Il est aujourd'hui possible de gérer efficacement les risques, qu'ils soient diversifiables ou non, en faisant appel aux dérivés. Les dérivés sont des instruments dont le prix dépend de la valeur d'un produit de base (action, obligation, métal précieux et matière première).

La définition d'exigences minimales quant à la solvabilité des débiteurs et des offices de dépôt permet de limiter le risque de pertes. Il importe donc d'évaluer la solvabilité de chacun des débiteurs. Des agences de notation professionnelles sont spécialisées dans ce genre d'évaluations.

Pour disposer d'indications précises sur la manière d'améliorer le profil risque-rendement de ses actifs, la BNS a procédé à une série de simulations basées sur des modèles mathématiques. En partant de la structure actuelle des actifs de la BNS, évalués aux cours du marché, on a progressivement modifié la proportion de certaines catégories de placements dans le modèle choisi. Ces simulations ont montré que la diversification permet d'obtenir de meilleurs rendements sans augmenter les risques, voire en les diminuant. Une réduction de la part de l'or diminue en effet le risque tout en augmentant le rendement escompté des capitaux investis. Si l'on considère le rapport risque-rendement, réduire la part de l'or se révèle donc avantageux. Par ailleurs, l'introduction d'actions dans le portefeuille accroît certes le risque prévisible, mais se traduit également par de meilleurs rendements.

1.4.4.3.4 Gestion des risques

Principale actrice sur les marchés financiers, la Banque nationale doit obligatoirement se doter d'une gestion des risques qui respecte les principes et les méthodes reconnues dans le secteur. Il conviendra ainsi de continuer à améliorer et d'adapter aux nouvelles conditions les approches aujourd'hui avant-gardistes. A cet effet, la BNS doit pouvoir disposer d'une marge de manœuvre légale suffisante pour continuer à développer les instruments dont elle dispose dans ce domaine.

1.4.4.4 Prévention des conflits d'objectifs et d'intérêts

Dans la gestion de ses actifs, la Banque nationale est confrontée à une situation particulière: premièrement ses opérations peuvent influer sur la masse monétaire nationale et deuxièmement il y a un risque de conflits d'intérêts entre la politique de placement et la politique monétaire.

En ce qui concerne *l'influence sur la masse monétaire,* il convient de préciser que les opérations en francs suisses se déroulent dans un autre contexte que les opérations en monnaies étrangères. En effet, lorsque la BNS achète des actifs en échange de francs suisses, elle augmente la masse monétaire, alors qu'elle la contracte lorsqu'elle vend des actifs en échange de francs suisses. Dans le cas d'opérations effectuées uniquement en monnaies étrangères, le problème ne se pose qu'au moment où le produit de l'opération est converti en francs suisses.

On pourrait dès lors arguer que la BNS ne devrait pas gérer ses actifs en francs suisses. L'expérience faite par la BNS en matière de gestion de son portefeuille de titres suisses a toutefois montré que les problèmes décrits ci-avant ne sont pas insolubles étant donné que les entrées et les sorties de liquidités provenant de la gestion des actifs sont coordonnées avec la gestion du marché monétaire.

Un risque de *conflits d'intérêts et de signaux involontaires aux marchés financiers* existe, car la BNS, qui est compétente en matière de politique monétaire, doit simultanément gérer des actifs. Elle a ainsi accès à des informations, notamment en ce qui concerne les taux sur le marché monétaire intérieur, avant tous les autres intervenants et elle pourrait s'en servir dans ses décisions en matière de placement. Or si les divers intervenants du marché apprenaient que la BNS tire profit de ce privilège pour effectuer ses placements, ils pourraient adopter un comportement qui n'est pas souhaité. A l'extrême, on pourrait assister à l'émergence de conflits entre la politique de placement et la politique monétaire de la BNS. Ce risque demeure toutefois minime sur le marché des obligations suisses, car les taux du marché monétaire ne sont qu'un des facteurs qui influent sur le marché des obligations.

L'inclusion d'actions dans les actifs que la banque centrale peut négocier soulève en outre certaines questions d'ordre politique. A travers des placements en actions, la BNS pourrait devenir une importante copropriétaire d'entreprises. Par ailleurs, une gestion agressive des placements sous forme d'actions permettrait de mener indirectement une politique structurelle.

Il s'agit d'éviter de tels conflits, ne serait-ce que dans l'intérêt de la crédibilité de la BNS. Cette dernière dispose à cet effet de divers moyens: elle peut faire en sorte que les gestionnaires de portefeuille n'aient pas accès aux informations «d'initiés» ou mettre en place des restrictions pour empêcher l'utilisation de ces informations; ces mesures vont de la séparation stricte des services (principe des «chinese walls») à l'application d'une stratégie strictement réglementée en matière de gestion des actifs, en passant par l'attribution de mandats à des gérants de fortune externes. Les préoccupations d'ordre politique relatives à la détention d'actions par la BNS peuvent être atténuées en l'obligeant à concentrer ses investissements sur des indices boursiers ou sur des fonds, ou à reproduire de tels indices ou de tels fonds en appliquant une stratégie de placement appropriée.

1.4.4.5 Autres critères

Dans le cadre de ses activités, la BNS est également tenue de respecter les grands principes constitutionnels (légalité, proportionnalité et égalité de traitement)[94]. Une mesure est proportionnée lorsqu'elle respecte le principe de subsidiarité, c'est-à-dire lorsqu'elle compte parmi les mesures, sur toutes celles prévues ou autorisées par la loi, qui protègent au mieux les intérêts privés concernés[95]. Dans le cadre de ses opérations, la BNS travaille avec des montants très élevés qui peuvent avoir une grande influence sur les marchés où elle intervient. Elle doit donc veiller à ne pas entraver ou fausser des marchés de manière involontaire.

La Constitution confère à chacun un droit identique et non arbitraire d'accéder aux institutions publiques prestataires de services[96]. L'obligation de respecter l'égalité de traitement vaut notamment pour les domaines où la Banque nationale occupe une position monopolistique et où ses partenaires dépendent d'elle (approvisionnement en liquidités, trafic des paiements, émission de billets de banques). La BNS doit donc concevoir ses conditions générales de manière à offrir aux banques et aux autres intervenants sur les marchés financiers un accès équivalent aux systèmes de paiements qu'elle a mis en place, ainsi qu'à ses facilités de dépôt et de refinancement.

1.4.5 Conclusions concernant le choix des opérations de la banque centrale

Les opérations utilisées pour conduire la politique monétaire comprennent notamment la palette des instruments monétaires (facilités permanentes, opérations d'open market), ainsi que la gestion des réserves monétaires et des actifs en francs suisses qui sont requises pour l'accomplissement des tâches de la BNS. Les opérations bancaires que la BNS effectue pour le compte de la Confédération font l'objet d'un chapitre séparé (ch. 1.4.6). Lors de la formulation des dispositions encadrant ces opérations de la banque centrale, il convient de tenir compte de l'évolution rapide des marchés financiers. La marge de manoeuvre de la Banque nationale doit être aménagée de manière à ce que celle-ci puisse s'acquitter au mieux de ses tâches dans un environnement dynamique.

La formulation de la nouvelle loi doit être suffisamment souple pour englober tous les types d'actifs financiers facilement négociables (effets, créances et bons de participation, ainsi que métaux précieux), qu'il s'agisse de produits de base ou de dérivés (contrats à terme, options) ou d'instruments isolés ou combinés avec d'autres, et quel que soit le type d'opération (achat, vente, contrat de vente et d'achat, prêt, etc.). Pour offrir à la BNS une plus grande souplesse dans la gestion du marché monétaire, la loi devrait le cas échéant lui permettre d'utiliser comme instrument une facilité de dépôt portant intérêt, comme celle dont dispose la BCE[97]. La BNS dispose

94 ATF **109** Ib 155.
95 Knapp Blaise, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bâle, 1992, vol. I, p. 116.
96 ATF **103** Ia 399, Hess Martin, Die Rechtsgrundlagen des Swiss Interbank Clearing, dans: Wirtschaft und Recht, 1988, p. 45.
97 Cette possibilité revêt de l'importance dans la mesure où la BNS conduit depuis peu sa politique monétaire en agissant sur les taux d'intérêt.

aujourd'hui déjà d'un instrument similaire à la facilité de prêt marginal de la BCE: il s'agit de l'avance sur nantissement.

La principale exigence à laquelle doivent répondre les instruments d'open market utilisés pour gérer le marché monétaire est de présenter une liquidité élevée. Or ce sont les actifs financiers standardisés qui remplissent cette condition. La nouvelle loi sur la Banque nationale doit donc se contenter de définir des critères et laisser la BNS libre de choisir sur les marchés financiers les instruments qui répondent le mieux à ce critère.

La gestion des actifs qui ne sont pas utilisés pour les opérations quotidiennes d'open market doit respecter les principes suivants:

- Les placements doivent présenter une *liquidité* élevée. Dans ce cas aussi, la loi peut se contenter de définir un critère et laisser le choix de l'instrument aux organes de la banque.
- Les instruments doivent être considérés *ensemble*. En effet, un instrument «risqué» lorsqu'il est considéré seul peut contribuer à réduire les risques lorsqu'il est combiné avec d'autres composants d'un portefeuille.
- L'admissibilité de débiteurs doit être définie au moyen d'*exigences de solvabilité dans les directives internes de la BNS et dans ses conditions générales*. La BNS se réserve ainsi, entre autres, la possibilité de profiter de l'apparition de marchés dérivés pour les risques de crédit, marchés qui offrent de nouveaux moyens de gérer ces risques.

1.4.6 Opérations de la BNS pour le compte de la Confédération

1.4.6.1 Base constitutionnelle

1.4.6.1.1 Les opérations pour le compte de la Confédération: tâche accessoire de la BNS

Ni l'ancienne Constitution (art. 39, aCst.) ni la nouvelle Constitution (art. 99, al. 2, Cst.) ne confère à la BNS le rôle de banquier de la Confédération[98]. Cette situation est due à des raisons historiques. C'est probablement le besoin de disposer d'une banque capable d'assurer les transactions de la Confédération sur l'ensemble du territoire suisse qui a présidé à la fondation de la banque centrale. Les banques commerciales ne possédant pas encore de telles infrastructures, la Banque nationale a été chargée d'assumer cette tâche de droit public pour la Confédération. Aujourd'hui, la situation est tout autre: pour la Confédération, les services bancaires constituent une tâche accessoire qu'elle peut en principe également confier à des prestataires privés. C'est pourquoi ces services ne constituent en soi plus une tâche publique qui doit obligatoirement être confiée à la BNS.

98 Bellanger François, Le régime juridique de la Banque nationale suisse, thèse, Genève, 1990, p. 31, désigne cette tâche comme une tâche accessoire de la Banque nationale.

1.4.6.1.2 Indépendance de la BNS

L'indépendance constitutionnelle de la BNS – qui lui permet aussi de remplir sa mission sans être soumise aux directives du Parlement ou du gouvernement – n'empêche pas le législateur de la charger de fournir des services bancaires à la Confédération. En effet, cette fonction ne porte normalement pas préjudice à la mission de la Banque nationale en matière de politique monétaire. Au contraire, du point de vue de la politique monétaire, la BNS peut même avoir intérêt à assumer cette fonction.

Le principe d'indépendance inscrit dans la Constitution fixe toutefois des limites claires, notamment dans le cas des opérations de crédit. L'interdiction d'accorder directement des crédits à l'Etat est en effet un élément essentiel de l'indépendance financière de la banque centrale. La capacité d'une banque centrale d'accroître l'offre de monnaie tout en maintenant la stabilité du système peut être notablement perturbée par l'obligation de financer les déficits publics. Ainsi, toutes les hyperinflations qui ont marqué le XXe siècle étaient dues à une utilisation abusive de la politique monétaire pour le financement des déficits publics[99]. Comme par le passé, il importe donc d'éviter que la planche à billets ne soit actionnée pour de tels financements.

1.4.6.1.3 Gratuité des prestations et prescription relative à la répartition du bénéfice

Par ailleurs, il faut se demander si l'article constitutionnel qui prévoit de verser deux tiers au moins du bénéfice net de la BNS aux cantons (art. 99, al. 4, Cst.) exerce une influence sur les activités de la BNS en tant que banque de la Confédération. Tel n'est en principe pas le cas, le législateur étant libre de confier ou non le rôle de banquier de la Confédération à la Banque nationale. Il importe toutefois de garder la disposition constitutionnelle concernant la répartition du bénéfice à l'esprit lorsque le législateur exige (comme c'est le cas aujourd'hui) que la BNS fournisse des services bancaires à la Confédération à titre gracieux. Une telle réglementation accorde un privilège à la Confédération aux dépens des cantons, car le coût des prestations «offertes» à la Confédération diminue d'autant le bénéfice net de la BNS et donc la part des deux tiers revenant aux cantons.

Ce problème remonte d'ailleurs à la fondation de la BNS. En effet, le principe de la gratuité des prestations de la BNS pour le compte de la Confédération figurait déjà dans la première loi sur la Banque nationale, de 1905. Cette réglementation se référait au premier projet de loi qui prévoyait simplement de créer une banque d'Etat. A l'époque, on était loin de penser que la nouvelle banque centrale allait engranger d'importants bénéfices et nul n'avait prévu que le tiers des bénéfices réservés à la Confédération représenterait de gros montants[100]. Dans tous les cas, la gratuité des services rendus à la Confédération n'a jamais été remise en question et la révision de la loi de 1953 a encore accru le privilège de la Confédération puisqu'elle a étendu le catalogue des prestations gratuites[101].

99 Cf. Neumann Manfred, Central bank independence as a prerequisite of price stability, *European Economy Special Edition* nº 1/1991, p. 79–92.
100 «Message de 1904» (note 30); FF **1904** IV 440, 463.
101 «Message de 1953» (note 32); FF **1953** I 930 s., 937.

Aujourd'hui, la Confédération ne dépend en principe plus de la BNS pour ses opérations bancaires. Le respect parfait de la prescription relative à la répartition du bénéfice passe par conséquent au premier plan. A cet effet, le bénéfice de la banque centrale doit être présenté aussi précisément et clairement que possible.

1.4.6.2 Situation actuelle

1.4.6.2.1 Situation légale

Les principales tâches que la Confédération confie à la BNS dans le domaine bancaire sont énumérées à l'art. 2, al. 3, LBN. Selon cet article «la Banque nationale exécute les tâches dont elle est chargée par la Confédération dans le trafic des paiements, le service de la monnaie, la gestion des capitaux et des titres, le placement des fonds de la Confédération, l'administration de la dette publique et l'émission d'emprunts». Ces tâches sont définies de manière plus détaillée à l'art. 15 LBN. Outre cette définition plus précise (exécution du trafic des paiements de la Confédération, garde et administration des titres et objets de valeur, tenue du livre de la dette de la Confédération), l'art. 15, al. 1, impose à la Banque nationale d'agir à titre gracieux pour le compte de la Confédération. Rien n'oblige en principe la Banque nationale à fournir à titre gracieux les services prévus à l'art. 15, al. 2 (coopération au placement des capitaux de la Confédération, à l'émission d'emprunts de la Confédération et au service de la monnaie). Depuis la fin des années 1920, les relations entre la BNS et la Confédération dans les différents domaines sont régies par des conventions[102].

Pour résumer, on peut relever que la loi actuelle comporte deux principes. En vertu du principe de la *gratuité des prestations*, la BNS est dans la majorité des cas tenue de fournir gratuitement des prestations bancaires à la Confédération. Du fait de l'*obligation de contracter*, la Banque nationale doit fournir les prestations décrites à la Confédération. A l'inverse, la Confédération n'est pas tenue de faire appel aux services de la BNS[103]. L'art. 1 de la convention sur le placement et la rémunération des fonds de la trésorerie fédérale (du 24 mars 1999) prévoit cependant que la Confédération conserve en principe ses disponibilités sur un compte de virement auprès de la BNS (al. 1). Par ailleurs, l'Administration fédérale des finances s'engage à ne pas confier un placement sur le marché monétaire à un autre établissement sans avoir au préalable consulté la BNS.

L'interdiction faite à la BNS d'accorder un crédit à la Confédération ressort plutôt de l'interprétation de la loi, car elle n'y est pas expressément formulée. Elle découle d'une part de l'art. 15, al. 1, LBN, qui stipule que la Banque nationale effectue des paiements pour le compte de la Confédération «jusqu'à concurrence de l'avoir dont celle-ci dispose chez elle». Cette disposition exclut ainsi que la Confédération effectue des prélèvements supérieurs à l'avoir en compte. De plus, l'art. 14, ch. 13, LBN prévoit que la BNS coopère à l'émission d'emprunts de la Confédération, entre autres, mais lui interdit toute participation à la prise ferme de ces emprunts. On peut en conclure qu'elle n'a pas l'autorisation d'acquérir les titres issus de ces émissions.

102 BNS, *Ouvrage commémoratif 1957–1982*, Zurich 1982, p. 291.
103 Schürmann, (note 38), art. 15, nº 10.

Ces dispositions ne comportent toutefois pas une interdiction claire et non restrictive d'accorder des crédits à la Confédération.

1.4.6.2.2 Les opérations pour le compte de la Confédération et leur coût

Les prestations bancaires que la BNS fournit à la Confédération sont assurées par les sièges et les succursales de la banque centrale, mais aussi, pour certaines, par ses agences et ses représentations. Les services les plus importants comprennent la gestion de comptes et le trafic des paiements, la mobilisation de fonds sur le marché monétaire et des capitaux, ainsi que les placements, la gestion de titres et, enfin, le service de la monnaie. Le coût des ces activités se monte chaque année à 17 millions de francs environ, dont la moitié pour le seul service de la monnaie.

Le rôle de la BNS dans la circulation des pièces de monnaie est défini depuis peu dans la loi du 22 décembre 1999 sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (art. 5 LUMMP)[104]. Cette prestation est fournie à titre gracieux par la BNS, car elle fait partie des tâches publiques dans le domaine des moyens de paiement légaux. Nous avons renoncé à la commenter en détail.

1.4.6.2.3 Présentation du problème

Comme le réseau de fournisseurs privés de services bancaires couvre aujourd'hui l'ensemble du territoire, il s'agit d'examiner dans le cadre de la nouvelle réglementation des services bancaires que la BNS fournit à la Confédération s'il convient de maintenir le principe de gratuité des services et l'obligation de contracter. Il faut en l'occurrence tenir compte des aspects suivants.

La *disposition constitutionnelle sur la répartition du bénéfice* plaide clairement en faveur de l'abandon du principe de la gratuité des services bancaires fournis à la Confédération (ch. 1.4.6.1.3). Il faut toutefois préciser que les coûts en question représentent 8,5 millions de francs par an, soit seulement une petite part du montant des bénéfices distribués, qui atteint actuellement 1,5 milliard de francs par an. L'effet de distorsion sur la clé de répartition des bénéfices est donc faible.

En ce qui concerne la *neutralité sur le plan de la concurrence et l'efficacité de la fourniture des services*, il faut éviter que la BNS ne fournisse des services bancaires à la Confédération à des conditions plus avantageuses que ceux qui sont proposés sur le marché libre. Le principe de la gratuité des services bancaires comporte des risques de distorsion à deux titres: celui qui peut bénéficier de prestations gratuites peut être tenté d'utiliser davantage de prestations que s'il devait calculer de manière détaillée le rapport coût/efficacité; par ailleurs, il aura tendance à s'adresser aussi au fournisseur de services gratuits pour les prestations rétribuées même si celles-ci sont moins coûteuses et de meilleure qualité chez d'autres fournisseurs (privés). La disposition précisant que la BNS fournit ses services à titre gracieux à la Confédération peut donc générer des distorsions de la concurrence et la dilapidation de ressources économiques. Du point de vue de la neutralité sur le plan de la concurrence et de

[104] Cf. à ce sujet le «message concernant la LUMMP», (note 9); FF **1999** 6547 6551.

l'efficacité de la fourniture des services, il convient donc de renoncer au principe de la gratuité et à l'obligation de contracter dans le cas des services bancaires fournis à la Confédération.

Dans l'optique de la *conduite de la politique monétaire*, il peut être avantageux pour la BNS que la Confédération s'adresse à elle plutôt qu'à des banques commerciales pour la fourniture de certains services bancaires, comme le placement de fonds sur le marché monétaire. Il paraît judicieux que la BNS puisse proposer de tels services à titre gracieux (et donc à des conditions attrayantes pour la Confédération).

Dans certains domaines, la Confédération est en outre tributaire des services de la BNS, par exemple parce que la Banque nationale garantit comme partenaire commercial la *neutralité* souhaitée (p. ex. pour les paiements dans certains pays en développement) ou parce que la présence de la BNS fait que des intervenants sur les marchés peuvent rester *anonymes* vis-à-vis de concurrents (p. ex. en cas d'octroi d'emprunts fédéraux). La BNS fournit aujourd'hui déjà à la Confédération des services que celle-ci ne peut *pas obtenir auprès de banques privées* (p. ex. dépôt et transfert d'obligations d'organisations internationales comme la Banque mondiale et les banques régionales de développement). La BNS doit continuer à offrir de tels services à la Confédération.

1.4.6.3 Eléments d'une nouvelle réglementation

Les règles qui régissent actuellement le rôle de banquier de la Confédération débouchent sur un rapport de subordination. La mise sur un pied d'égalité des deux partenaires et l'introduction de la rétribution des prestations permettraient cependant de mieux tenir compte de l'efficacité en matière de gestion. Une telle évolution exige diverses adaptations dans la foulée de la révision de la loi.

1.4.6.3.1 Liberté d'effectuer toutes les opérations bancaires

Une énumération exhaustive des domaines dans lesquels la Confédération peut exiger des prestations de la part de la BNS se révèle inutile, voire contre-productive, pour plusieurs raisons. D'une part, cette formule manque de souplesse à une époque de changement. D'autre part, elle désigne les divers domaines de manière approximative et ne distingue donc pas clairement les opérations admises de celles qui ne le sont pas. Le législateur doit donc renoncer à une liste exhaustive des prestations, pour se contenter d'attribuer à la BNS la compétence de fournir des prestations à la Confédération, à l'exception de l'octroi de crédits. Dans le cadre d'une telle disposition, il reviendra ensuite aux deux partenaires de décider des opérations bancaires qui seront confiées à la BNS et de l'ampleur de ces opérations.

1.4.6.3.2 Principe de la rétribution des prestations; gratuité de celles qui servent à la politique monétaire

Des décisions optimales du point de vue économique ne sont possibles que lorsque les instances chargées de les prendre doivent procéder à un calcul du rapport coût/efficacité global. La nouvelle doctrine administrative accordant une grande importance à la concordance exacte de la prestation avec la contre-prestation, on ne peut que renoncer à la gratuité des prestations de la BNS pour le compte de la Confédération. A l'avenir, ces prestations devraient être rétribuées, ce qui signifie que la Confédération pourra choisir entre la BNS et des fournisseurs privés pour obtenir les prestations qu'elle recherche. Lorsque les prestations de la BNS seront rémunérées, le choix du prestataire de services ne se fera plus en fonction d'idées préconçues. Il sera tenu compte des critères de la neutralité concurrentielle et de l'efficacité au niveau de la fourniture des prestations. Le principe de la rétribution permet en outre d'appliquer de manière irréprochable la clé de répartition du bénéfice (ch. 1.4.6.2.3).

Comme la BNS peut, pour des raisons de politique monétaire, avoir un intérêt à fournir des prestations bancaires à la Confédération, elle doit pouvoir le faire à titre gratuit. Dans une telle situation, la Confédération recourra en général aux prestations de la Banque nationale. Cette solution lui permettra de faire des économies et facilitera la conduite de la politique monétaire par la BNS (ch. 1.4.6.2.3).

1.4.6.3.3 Abandon de l'obligation de contracter; la BNS ne pourra refuser de fournir des prestations que pour une raison impérative

A l'avenir, la loi doit non plus obliger la BNS à agir en qualité de banquier de la Confédération[105], mais lui donner la possibilité de le faire. Tandis que la fourniture de services bancaires à la Confédération continue de faire partie des tâches de la banque centrale (art. 5, al. 4, P-LBN), l'art. 11 P-LBN consacre l'abandon de l'obligation de contracter, en précisant que la Banque nationale *peut* fournir des services bancaires à la Confédération. La BNS dispose ainsi de l'autonomie contractuelle.

L'abandon de la gratuité des prestations doit s'accompagner de la suppression de l'obligation de contracter. En effet, si la BNS était soumise à cette obligation, elle ne pourrait guère négocier avec la Confédération des conditions conformes au marché ou couvrant au moins les coûts. Comme c'est le cas pour les instruments opérationnels de la banque centrale, l'absence d'obligation de contracter à l'égard de la Confédération ne signifie pas que la Banque nationale pourra refuser un contrat sans motif valable. En effet, de même que la BNS doit mettre en œuvre les instruments opérationnels à sa disposition pour s'acquitter des tâches que lui confère la loi[106], elle sera tenue d'effectuer des opérations bancaires pour le compte de la Confédération, car il s'agit là également d'une tâche légale à laquelle la BNS ne peut se soustraire sans raison[107]. Cette remarque s'applique plus particulièrement aux cas où la Confédération est tributaire des prestations de la BNS. La Banque nationale ne doit

105 Schürmann, (note 38), art. 15, nº 2 s.
106 Cf. Klauser (note 18), p. 449 s.
107 Cf. ATF **109** Ib 155.

pouvoir refuser de telles prestations à la Confédération qu'en invoquant des motifs objectifs. L'offre de prestations comparables par un particulier ou un conflit entre la fourniture de prestations et la politique monétaire pourraient par exemple constituer de tels motifs.

Les détails des opérations que la BNS exécute pour le compte de la Confédération devraient à l'avenir être réglés dans des conventions entre les services fédéraux compétents et la Banque nationale. Ces conventions sont un élément essentiel du nouveau projet de loi. Elles ont pour caractéristique d'offrir aux deux partenaires une solution optimale qui tient compte de leurs intérêts respectifs. Le type et l'étendue des prestations seront précisés dans les conventions, qui fixeront également la rétribution des prestations convenues. Recourir à des conventions pour réglementer ces activités facilite également l'adaptation à des besoins en constante évolution.

1.4.6.3.4 Interdiction d'accorder des crédits aux pouvoirs publics

L'interdiction faite à la banque centrale d'accorder des crédits aux pouvoirs publics est une disposition institutionnelle visant à éviter que le financement des déficits publics n'accroisse l'offre monétaire à un point qui ne serait plus compatible avec les impératifs de la stabilité des prix. Les prestations bancaires comprenant normalement l'octroi de crédits, la loi sur la Banque nationale doit les exclure des services que la BNS fournit en sa qualité de banquier de la Confédération. Inscrite dans la LBN, l'interdiction explicite d'accorder un crédit à la Confédération rend la loi compatible avec les règlements de l'Union européenne en la matière[108]. Cette interdiction constitue d'ailleurs un élément-clé de l'indépendance financière d'une banque centrale (ch. 1.2.2.3).

1.5 Instruments relevant de la puissance publique

1.5.1 Aperçu

Pour remplir ses tâches, la Banque nationale recourt en premier lieu aux instruments opérationnels, qui répondent au principe de l'autonomie privée. Ces instruments ne relèvent pas de la puissance publique. A ce niveau, la révision totale de la LBN n'apporte pas de changement. L'expérience a toutefois montré que pour s'acquitter de sa mission, et pour renforcer ou compléter l'effet de ses opérations, la Banque nationale a besoin d'instruments relevant de la puissance publique. Ceux-ci se fondent sur des dispositions de droit public qui ont un caractère contraignant et servent les intérêts publics. Ils se caractérisent par le fait que la Banque nationale n'intervient pas comme vendeur ou comme acquéreur sur le marché libre, mais prend des décisions unilatérales pour obliger les acteurs économiques – principalement des banques – à adopter une attitude qui serve sa politique. Dans la mise en œuvre de ces instruments, la Banque nationale doit respecter les principes de la lé-

108 Art. 101 du traité CE; art. 21 des statuts du SEBC.

galité, de la proportionnalité, de l'adéquation au but, de la neutralité sur le plan de la concurrence et de la sécurité du droit[109].

Selon la législation en vigueur, la Banque nationale peut recourir aux instruments relevant de la puissance publique suivants: les réserves minimales (art. 16*a* à 16*f* LBN), le contrôle des émissions (art. 16*g* et 16*h* LBN) et le contrôle des fonds en provenance de l'étranger (art. 16*i* LBN). Deux autres instruments se fondent sur la loi sur les banques: les sorties de capitaux opérées par les banques peuvent être soumises à autorisation (art. 8 LB) et la BNS est compétente pour collecter des données statistiques auprès des banques (art. 7 LB), ce dernier élément d'ordre logistique précédant en quelque sorte la définition de la politique monétaire. A cette compétence de la BNS viennent d'ailleurs s'ajouter des autorisations ponctuelles pour collecter des données auprès des fonds de placement (art. 64 LFP, art. 85 OFP) et des négociants (art. 2 OBVM-CFB).

Dans la perspective actuelle, les contrôles des émissions et de la circulation des capitaux sont superflus ou ne sont plus applicables à la conduite de la politique monétaire. Le secteur financier, mondialisé, ne permet plus guèreà une banque centrale de procéder à ce type d'interventions pour influencer les volumes et les prix sur le marché. Ces deux instruments sont d'ailleurs resté inutilisés depuis plus de 20 ans. On peut donc les abroger purement et simplement dans le cadre de la révision totale de la LBN.

En revanche, les prescriptions sur les réserves minimales peuvent aujourd'hui encore être utiles pour la politique monétaire, dans la mesure où elles assurent une demande minimale de monnaie centrale et réduisent ainsi la volatilité des taux d'intérêt sur le marché monétaire. Il s'agit donc de les reprendre sous une forme modernisée dans la nouvelle LBN.

Parallèlement, le droit de la BNS d'exiger des données statistiques des intervenants sur les marchés financiers est réglé de manière uniforme et sur une base plus large dans la loi sur la Banque nationale.

Désormais, la BNS est habilitée à surveiller l'activité des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres sans numéraire.

Les instruments révisés relevant de la puissance publique, utilisables par la banque centrale, sont dorénavant regroupés sous le titre «Attributions en matière de politique monétaire» dans la LBN.

1.5.2 Bases légales des activités statistiques

1.5.2.1 Aperçu du droit actuel

La BNS déploie aujourd'hui de vastes activités statistiques dans le domaine financier, qui comprennent la collecte et l'analyse de données nécessaires à la conduite de la politique monétaire. La BNS élabore des statistiques détaillées sur les marchés financiers, qui servent en partie aussi au travail de surveillance (CFB) ou sont utilisées par des organisations internationales (BRI, FMI) pour évaluer le bon fonctionnement du système financier international. Par ailleurs, la BNS assume

109 Cf. Klauser (note 18), p. 452 et les références figurant dans cet ouvrage.

d'importantes tâches statistiques puisqu'elle calcule la balance des paiements et la position extérieure nette de la Suisse; elle décharge ainsi l'Office fédéral de la statistique.

La Suisse a jugé utile de confier à une seule institution les relevés statistiques globaux concernant le marché financier. Cette solution évite de demander des données qui se recoupent aux entreprises soumises à l'obligation de renseigner et permet donc de réduire les coûts.

Les bases légales des activités statistiques de la BNS sont dispersées dans diverses lois et ordonnances fédérales, ainsi que dans des accords internationaux. Ainsi, la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS *952.0*) et l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (OB; RS *952.02*) forment la base des statistiques bancaires établies par la BNS (art. 7 et 9 LB). La LB et l'ordonnance de la CFB sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (OBVM-CFB; RS *954.193*) constituent la base des enquêtes sur les marchés en francs suisses (art. 7, al. 5, LB, art. 2, al. 2, OBVM-CFB). En rapport avec la surveillance des banques, la BNS fournit en outre une aide à la CFB pour l'enquête sur le niveau moyen de la liquidité de caisse des banques (art. 4 LB; art. 19, al. 4, OB) et effectue, à la demande expresse des banques, un relevé trimestriel de leur liquidité globale et de leurs fonds propres, ainsi que de diverses données, dans le cadre de l'enquête semestrielle sur la position extérieure des groupes bancaires. En vertu de la loi fédérale du 28 mars 1994 sur les fonds de placement (LFP; RS *951.31*) et de l'ordonnance du 19 octobre 1994 sur les fonds de placement (OFP; RS *951.311*), la BNS est le seul organisme officiel qui collecte des données auprès des fonds de placement suisses et étrangers sis en Suisse (art. 64 LFP; art. 85 OFP). Enfin, la loi du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale (LSF) constitue la base des enquêtes de la BNS relatives à la balance des paiements et à la position extérieure nette de la Suisse (art. 2, al. 3, LSF). Dorénavant, l'inscription d'un mandat statistique dans la loi sur la Banque nationale crée une base uniforme pour les activités statistiques de la BNS.

1.5.2.2 Nécessité d'une base juridique complète

1.5.2.2.1 Lacunes à combler

Le nouveau mandat vise à combler des lacunes et à permettre à la BNS de mettre en place des statistiques détaillées sur les marchés financiers. Ce mandat porte également sur les données qui ne sont pas absolument nécessaires à la conduite de la politique monétaire, mais dont le traitement statistique améliore la transparence des marchés financiers. Il convient cependant de tenir compte du fait que la statistique engendre des coûts non seulement pour la BNS, mais aussi pour les organismes et établissements tenus de fournir des données. Ces coûts devraient être proportionnés à l'utilité des statistiques de la BNS.

Il est essentiel, pour la conduite de la politique monétaire, de pouvoir *distinguer les différentes monnaies* dans les bilans des banques, où les résultats en francs suisses doivent apparaître séparément. La BNS a besoin de ces informations avant tout pour calculer les agrégats monétaires. Par ailleurs, la distinction dans les bilans bancaires entre les opérations *en Suisse et celles effectuées avec l'étranger* fournit des infor-

mations complémentaires sur la balance des paiements et sur les relations internationales du système bancaire suisse. C'est le domicile du débiteur ou du créancier qui détermine cette distinction. Toutefois, selon la réglementation actuelle, la séparation entre opérations suisses et opérations étrangères doit apparaître dans les comptes de résultat des divers comptoirs des banques. Si ces informations permettent certes de calculer la plus-value, elles ne sont d'aucune utilité dans le calcul de la balance des paiements ni pour l'établissement des statistiques bancaires. Accorder une plus large compétence à la BNS permettrait à celle-ci d'obtenir des établissements financiers une répartition plus logique et plus pratique entre les divers éléments des comptes.

Le débat autour de l'introduction de l'euro a de plus montré que la BNS a besoin de données complètes sur les dépôts de titres des clients. Les statistiques actuelles des dépôts de titres ne couvrent en effet pas tous les domaines et ne sont mises à jour qu'une fois par an. Les nouvelles statistiques, publiées depuis le début de l'an 2000, complètent les données sur les opérations des banques qui figurent dans les bilans bancaires. Ces chiffres fournissent des indications sur la demande de biens financiers libellés en francs suisses et reflètent les mouvements de portefeuille. Il s'agit d'informations qui peuvent revêtir une grande importance dans l'appréciation de l'évolution des masses monétaires et qui entrent également dans le calcul de la balance des paiements. Les nouvelles statistiques des dépôts de titres doivent donc pouvoir se fonder sur une base légale plus large à inscrire dans la loi sur la Banque nationale.

Pour la statistique des flux financiers, mais aussi pour l'analyse des opérations de crédit des banques, la BNS ne peut se passer d'informations sur les transactions effectuées pour le compte de la clientèle selon les diverses branches. Une formulation moins restrictive de ses compétences statistiques dans la LBN permet à la Banque nationale de mieux exploiter les données disponibles par branche et de les analyser pour les besoins de la politique monétaire.

1.5.2.2.2 Mise en place d'une statistique du marché financier

Les activités statistiques de la BNS qui touchent les banques et les fonds de placement devraient converger à plus long terme pour donner naissance à une *Statistique de la place financière suisse.* Si l'on excepte la possibilité d'exiger des données auprès des fonds de placement, les bases légales sur lesquelles reposent les travaux statistiques de la BNS visent avant tout les banques. Cette concentration de la collecte de données sur le secteur bancaire se révèle aujourd'hui trop restrictive. Les statistiques de la BNS doivent en effet avoir pour principal objectif d'obtenir des informations – quantitatives avant tout – sur les opérations des principaux acteurs sur les marchés financiers. Ces données doivent refléter avec précision les structures de ces marchés et mettre rapidement en évidence les tendances nouvelles. Ces exigences reposent principalement, mais pas uniquement, sur le rôle de «prêteur de dernier recours» de la BNS (ch. 1.4.3). Il faut bien admettre, en outre, que l'offre de prestations financières et la création de nouvelles formes de placement par des établissements non bancaires (fonds de placement, assurances, caisses de pension) ont une influence sur l'efficacité de la politique monétaire. En effet, lorsque le public, attiré par les nouveaux produits financiers des établissements non bancaires, modifie

son comportement en matière de placement, il peut entraîner un glissement de la demande de monnaie que les informations actuelles ne permettent pas d'expliquer. Il est pourtant indispensable de disposer d'informations complètes sur les activités des marchés financiers pour comprendre ce genre de fluctuation de la masse monétaire. Ces informations revêtent par ailleurs une grande importance dans la mesure où elles fournissent des indications sur la pertinence des définitions des agrégats monétaires.

En définitive, seule une statistique des flux financiers, telle qu'elle est prévue, pourra fournir à la BNS des indications détaillées sur le volume et sur l'orientation des flux dans les différents canaux de l'économie. Contrairement aux bilans, cette statistique mesure justement les flux financiers et a pour objectif d'identifier le secteur économique d'où proviennent les moyens financiers disponibles ainsi que la branche qui les utilise et la fin pour laquelle ils sont utilisés. La statistique des flux financiers comblera aussi une lacune dans la comptabilité nationale établie chaque année par l'Office fédéral de la statistique (OFS). C'est pourquoi la BNS collabore étroitement avec l'OFS pour concevoir cette statistique. Pour qu'elle soit complète, la BNS devra toutefois disposer d'un accès plus large aux données des principaux acteurs financiers. Dans un premier temps, elle se contentera d'utiliser les données existantes.

Le trafic des paiements est un autre secteur crucial pour la politique monétaire, et les statistiques actuelles ne le couvrent que partiellement. L'utilisation croissante de cartes de crédit, de débit et de valeur n'est pas sans effet sur la demande de monnaie. Les innovations dans le système de paiement interbancaire (telles que l'introduction du système EuroSIC), qui facilitent grandement les règlements, ont également des répercussions sur la demande de monnaie centrale. Des données exhaustives permettront de connaître l'influence des ces nouveaux instruments sur la demande de monnaie. Enfin, les innovations du trafic des paiements exercent aussi une influence sur la sécurité du système bancaire suisse.

1.5.3 Réserves minimales

1.5.3.1 Introduction

Les réserves minimales comptent parmi les instruments classiques de la politique de la banque centrale. Depuis l'introduction du régime des réserves minimales, les banques sont tenues de constituer des réserves auprès de la BNS, dont le montant est en général proportionnel aux dépôts du public auprès des banques (passifs bancaires). Ce système a trois objectifs:

- influencer la création de monnaie par les banques,
- assurer une demande minimale en monnaie centrale et réduire ainsi la volatilité des taux d'intérêt sur le marché monétaire,
- veiller, pour des raisons prudentielles, à ce que les banques aient des liquidités suffisantes.

Les deux premiers objectifs cités servent à la conduite de la politique monétaire et le troisième à la surveillance prudentielle des banques. Outre la surveillance des établissements à des fins de protection des créanciers et des investisseurs, des aspects macro-économiques entrent en ligne de compte (fonctionnement irréprochable des systèmes de paiement, diminution de la probabilité que la banque centrale ait à in-

tervenir en tant que prêteur de dernier recours). Les bases légales actuelles relatives à l'aménagement des dispositions sur les réserves minimales en Suisse sont brièvement présentées ci-après. Ensuite, la nécessité de maintenir les dispositions en vigueur sur les réserves minimales est examinée à la lumière des trois objectifs précités.

1.5.3.2 Bases légales et historique

1.5.3.2.1 Les deux piliers du système suisse

Le système suisse des réserves minimales repose sur deux piliers. La loi sur la Banque nationale constitue la base pour les réserves minimales visant à influer sur la création monétaire (art. 16*a* à 16*f* LBN). L'ordonnance sur les banques prévoit (art. 15 à 20 OB), en se fondant sur l'art. 4 de la loi sur les banques, des prescriptions sur les liquidités visant à assurer surtout la réalisation des deux derniers objectifs (garantir une demande minimale de monnaie centrale et des liquidités bancaires suffisantes du point de vue prudentiel).

1.5.3.2.2 Les réserves minimales dans la loi sur la Banque nationale (art. 16*a* à 16*f*, LBN)

Aux termes de l'art. 16*a* LBN, la BNS peut obliger les banques à constituer chez elle des réserves minimales, en vue d'adapter le degré de restriction de la politique monétaire aux exigences que pose une évolution équilibrée de la conjoncture. Ces réserves minimales présentent les principales caractéristiques suivantes:

- Les réserves minimales sont des avoirs que les banques déposent à la BNS et dont elles ne peuvent pas disposer. Elles ne sont pas rémunérées (art. 16*b* LBN).
- Les réserves minimales sont calculées sur la base de certains dépôts en banque (état et/ou accroissement), la loi fixant les taux maximaux. Quant aux réserves minimales calculées sur les dépôts en banque de créanciers domiciliés à l'étranger, elles peuvent être portées jusqu'à concurrence du double des taux maximaux prévus par la loi (art. 16*c* LBN).
- La BNS est compétente pour décider de l'introduction de réserves minimales, ainsi que pour organiser le prélèvement de ces réserves dans le respect des dispositions en vigueur.

L'introduction de réserves minimales sur les dépôts en banque a été évoquée pour la première fois en 1953, à l'occasion de la révision totale de la loi sur la Banque nationale, mais le Conseil fédéral a renoncé à ce moment-là à formuler une proposition concrète[110]. Dans les années 1950 déjà, mais surtout plus tard, dans les années 1960 et 1970, l'afflux de fonds étrangers a accru la masse monétaire, conduit les banques commerciales à accorder trop de crédits et provoqué une poussée inflationniste. Or, les instruments opérationnels de l'époque ne permettaient pas à la BNS d'intervenir. Des réserves minimales et des limites de crédits ont alors été introduites suite à la

[110] «Message de 1953» (note 32); FF **1953** I 930.

conclusion de conventions ou à l'adoption d'un droit d'urgence. La réglementation actuelle a été introduite dans la loi sur la Banque nationale en 1978 et elle se fonde sur le régime des réserves minimales tel qu'il est appliqué depuis 1972 sur la base du droit d'urgence. Cette réglementation a pour seul objectif de contrôler les liquidités des banques et cet instrument n'a jamais été appliqué depuis que la LBN a été révisée.

1.5.3.2.3 Prescriptions sur les liquidités au sens de la loi sur les banques (art. 15 à 20 OB)

L'art. 4 de la loi sur les banques constitue la base légale des prescriptions relatives aux liquidités des banques. Selon cet article, les banques sont tenues de maintenir une proportion appropriée entre leurs disponibilités et leurs actifs facilement mobilisables, d'une part, et leurs engagements à court terme, d'autre part. Les détails de cette disposition sont réglés par les art. 15 à 20 de l'ordonnance sur les banques, qui distinguent d'une part la liquidité de caisse et d'autre part la liquidité globale.

La *liquidité de caisse* d'une banque (art. 19 OB) doit représenter un taux minimum des engagements à court terme. Par liquidité de caisse (disponibilités) il faut entendre l'encaisse, ainsi que les avoirs en compte de virement et en comptes postaux libellés en francs suisses. La liquidité de caisse doit correspondre à une certaine moyenne sur une période d'un mois, calculée du 20 d'un mois au 19 du mois suivant. Son taux est fixé par le Département fédéral des finances, sur proposition de la Commission fédérale des banques et de la Banque nationale, il se monte actuellement à 2,5 %. Quant aux engagements, ils s'entendent comme étant la moyenne des trois valeurs de clôture mensuelle précédant la période qui a servi de base de calcul.

La *liquidité globale* d'une banque (art. 18 OB) comprend les disponibilités et les actifs facilement réalisables; elle doit représenter en tout temps au moins 33 % des engagements à court terme. Les actifs facilement réalisables englobent notamment les titres échéant à court terme ou qui peuvent être négociés auprès de la BNS ou sur un marché organisé. La liquidité globale comprend toutes les monnaies: elle est établie quatre fois par an, à la fin du trimestre.

Les prescriptions sur la liquidité globale sont en vigueur dans leur formulation actuelle depuis le 1er janvier 1988 (RO *1988* 106). La liquidité globale permet à la banque de disposer d'une réserve en cas d'urgence, qui lui permet de préserver sa solvabilité pendant une période limitée au début d'une crise – jusqu'à la mise en place d'un dispositif de sécurité. Les dispositions régissant la liquidité de caisse jouent, quant à elles, avant tout un rôle économique, elles servent à assurer une demande permanente minimale en monnaie centrale et le bon fonctionnement des systèmes de paiement[111].

111 Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurich, *1999*, art. 4, nº 73 ss, en particulier 81.

1.5.3.3 Utilisation des réserves minimales pour influencer la création de monnaie

L'art. 16*a* LBN conçoit les réserves minimales comme un instrument *actif* de la politique monétaire. En modifiant le niveau des taux des réserves minimales, la BNS peut augmenter ou réduire la liquidité du système bancaire et gérer ainsi directement la masse monétaire. Reste à savoir si la BNS a encore besoin de cet instrument dans les conditions actuelles. La BNS obtient en effet le même résultat en vendant des titres et des devises au moyen d'opérations d'open market. Dans les deux cas, la modification de la liquidité du système bancaire se répercute sur les taux d'intérêt. Lorsqu'elle veut resserrer sa politique monétaire, la banque centrale doit réduire la liquidité du système bancaire. A cet effet, elle vend des titres aux banques ou relève le taux des réserves minimales. Il en résulte une augmentation des taux d'intérêt. Lorsqu'elle assouplit sa politique monétaire, la banque centrale injecte des liquidités dans le système bancaire. Elle peut le faire soit en achetant des titres aux banques, soit en abaissant le taux des réserves minimales. La hausse de la liquidité du système bancaire se traduit par une baisse des taux d'intérêt.

Une banque centrale est ainsi en mesure d'agir sur les taux d'intérêt du marché monétaire aussi bien en modifiant le taux des réserves minimales qu'en effectuant des opérations d'open market. Une modification du taux des réserves minimales concerne directement toutes les banques, car elle les oblige à adapter sans délai leurs réserves minimales. Lorsque la banque centrale utilise les opérations d'open market pour modifier sa politique monétaire, elle n'oblige pas toutes les banques commerciales à adapter le montant de leurs réserves. Le comportement des banques qui ne prennent pas part aux opérations d'open market est toutefois influencé indirectement par le changement des conditions sur le marché (des taux d'intérêt surtout), puisque celles-ci déterminent les coûts d'opportunité de la constitution de réserves pour toutes les banques.

Aujourd'hui, le recours à une modification du taux des réserves minimales, afin de gérer l'évolution de la liquidité du système bancaire est pour diverses raisons jugé inefficace et dommageable[112].

Premièrement, l'instrument que constituent les réserves minimales est trop global et ne permet pas de gérer les liquidités de manière précise. Il est donc peu judicieux de vouloir gérer la liquidité du système bancaire en modifiant souvent le taux des réserves. De tels changements ne passent en effet pas inaperçus et ils annoncent inévitablement une réorientation de la politique monétaire d'une banque centrale.

Deuxièmement, des problèmes d'application se posent. Lorsque la banque centrale modifie le taux des réserves minimales pour réduire les liquidités disponibles, elle risque de provoquer des difficultés à court terme car elle oblige les banques commerciales à se refinancer auprès d'elle. Il peut également arriver qu'un relèvement notable du taux des réserves minimales contraigne certaines banques commerciales à augmenter leurs réserves en contractant des emprunts à des conditions défavorables sur le marché monétaire ou à demander auprès de la banque centrale une avance sur nantissement fort coûteuse, car la réduction des montants de leurs dépôts nécessite un certain temps.

[112] Hardy Daniel C., Reserve requirements and monetary management: An introduction, IMF Working Paper, 1993, p. 8.

Troisièmement, cet instrument présente une grave lacune dans la mesure où une modification du taux des réserves minimales peut provoquer des distorsions du système bancaire. Lorsque l'on applique des taux de réserves minimales différents à diverses catégories de passifs (par exemple, un taux plus bas pour les dépôts d'épargne que pour les dépôts à vue ou à terme, comme le prévoient les dispositions sur les liquidités), une hausse du taux des réserves peut inciter les banques à préférer certaines catégories de dépôts à d'autres. De tels décalages peuvent nuire à l'efficacité des instruments de politique monétaire de la banque centrale.

De plus, les opérations d'open market reposent sur le consentement des acteurs, tandis que les modifications du taux des réserves minimales constituent une intervention unilatérale de la banque centrale. Une politique active axée sur les réserves minimales présente donc nombre de graves défauts. Dans une économie dotée d'un marché financier qui fonctionne bien, les opérations d'open market se révèlent plus souples et plus efficaces. Enfin, il est possible d'atteindre tous les objectifs de politique monétaire visés par une modification du taux des réserves (adaptation des taux d'intérêt et des taux de change, influence sur l'évolution conjoncturelle et donc sur le niveau des prix) en recourant aux opérations d'open market, qui sont conformes au marché.

Ce principe admet toutefois une exception: l'instrument que sont les réserves minimales pourrait théoriquement se révéler utile dans le cas d'une forte appréciation de la monnaie. Admettons que la banque centrale achète de grandes quantités de devises pour tenter d'atténuer cette hausse des cours. Ses achats auront pour effet d'accroître les liquidités et, ainsi, de mettre en danger la stabilité des prix. La banque centrale pourrait alors assécher les liquidités excédentaires en relevant le taux des réserves minimales et éviter que le système bancaire n'élargisse son offre de crédit. Même dans ce cas, le recours à l'instrument des réserves minimales n'est pas nécessaire, car la banque centrale peut vendre des titres de son portefeuille ou émettre ses propres titres. En Suisse, l'art. 14, ch. 2bis, LBN autorise par exemple la BNS à émettre ses propres bons pour absorber des liquidités excédentaires. Même dans le cas d'achats massifs de devises, il ne serait donc pas nécessaire de modifier le taux des réserves minimales. La révision de la LBN doit dès lors maintenir l'autorisation expresse accordée à la BNS d'émettre ses propres bons (art. 9, al. 1, let. d, P-LBN).

Globalement, les désavantages de la mise en oeuvre à des fins de politique monétaire des prescriptions relatives aux réserves minimales figurant aux art. 16*a* à 16*f*, prédominent nettement. Ils seront par conséquent éliminés dans le cadre de la révision de la LBN.

1.5.3.4 Utilisation des réserves minimales pour garantir une demande minimale de monnaie centrale

Si l'on admet que les réserves minimales ne sont pas nécessaires pour influencer activement la création de monnaie au sein du système bancaire, on peut en toute logique se demander si la fixation d'un taux de réserves minimales permet d'appuyer efficacement la politique monétaire. Contrairement à ce qui a été fait au chiffre précédent, il ne s'agit plus ici d'examiner les effets des *modifications* du taux des réserves sur la création de monnaie, mais d'évaluer l'*utilité d'un taux des réserves stable*. En Suisse, cette fonction des réserves minimales est garantie actuellement par les

prescriptions relatives à la liquidité de caisse qui se trouvent dans l'ordonnance sur les banques.

En fixant des réserves minimales, une banque centrale limite le processus de création de monnaie, car à chaque étape de ce processus une partie des dépôts est retenue dans le système bancaire au titre de réserve minimale. Le régime des réserves minimales assure par conséquent une demande minimale de liquidités de la part de toutes les banques. Si celles-ci sont obligées de détenir un peu plus de liquidités qu'il n'en faut pour le bon fonctionnement des systèmes de paiement, les fluctuations des taux sur le marché monétaire sont moins marquées. Des taux d'intérêt plus stables tendent à renforcer la pertinence du «signal» envoyé aux marchés financiers sous la forme de modifications de la marge officielle de fluctuation du taux de référence fixée par la BNS[113]. La capacité des réserves minimales à empêcher les fluctuations des taux d'intérêt dépend toutefois de l'organisation du système de paiement interbancaire, de la manière de calculer et de détenir les réserves minimales, des sanctions qui punissent le non-respect des prescriptions ou de l'origine des chocs qui peuvent ébranler l'économie.

Un taux de réserves stable a le désavantage de pouvoir provoquer des distorsions dans la constitution de dépôts et dans l'octroi de crédits. D'une part, les banques sont tentées d'utiliser des instruments exemptés de l'obligation de constituer une réserve[114]. D'autre part, les réserves minimales engendrent des désavantages concurrentiels face aux systèmes bancaires étrangers et favorisent l'émigration des opérations. A l'avenir, l'intégration et la complexité croissante des marchés financiers internationaux ne feront que faciliter de tels effets de substitution et de réallocation. La taxation implicite des dépôts bancaires pourrait en outre diminuer leur rémunération et pénaliser ainsi les épargnants. Ces désavantages peuvent être atténués en faisant preuve de mesure dans la fixation du taux des réserves.

Pour résumer, on peut dire que les dispositions relatives à la liquidité de caisse jouent un rôle crucial dans la politique monétaire, car elles suscitent une demande minimale de liquidités et permettent d'éviter les fluctuations des taux d'intérêt. Il convient donc de les maintenir. Actuellement, elles présentent cependant quatre points faibles. Premièrement, il n'est guère satisfaisant qu'un instrument principalement utilisé pour la politique monétaire soit fondé sur la loi sur les banques. Deuxièmement, il incombe au Conseil fédéral de fixer les détails d'application de cet instrument dans l'ordonnance sur les banques, ce qui limite l'indépendance de la BNS dans la mise en œuvre des divers instruments de politique monétaire. Dans la majorité des pays, la fixation des réserves minimales relève en effet de la compétence de la banque centrale. Troisièmement, les dispositions régissant les liquidités englobent les avoirs des banques auprès de la Poste. Ces avoirs ne font cependant pas partie de la monnaie centrale, de sorte qu'ils ne devraient pas intervenir dans le calcul des liquidités minimales. Cette solution empêche une inégalité de traitement

113 Hardy (note 112), p. 4 et Rich Georg, Do Central Banks need minimum reserves, dans: Swiss Journal of Economics and Statistics 84, p. 699.

114 La multiplication des «sweep accounts» aux Etats-Unis est un exemple frappant de cette tendance. Ce système consiste à transférer automatiquement en fin de journée les dépôts à court terme vers des dépôts sur le marché monétaire, qui ne sont pas assujettis à l'obligation de réserves. Cf. Sellon G./Weiner S., Monetary Policy without reserve requirement: Analytical issues, dans: Federal Reserve Bank of Kansas City Economic Review, 82 (2), p. 10.

entre dépôts postaux et dépôts bancaires. Enfin, les dispositions qui régissent les liquidités incluent dans le calcul des réserves minimales les prêts interbancaires vis-à-vis d'établissements eux-mêmes soumis à ces dispositions. Ces passifs bancaires sont donc injustement pris en compte deux fois dans le calcul des réserves minimales. Ces quatre points faibles sont éliminés dans le cadre de la révision de la LBN (ch. 2.3.2.1).

1.5.3.5 Utilisation de réserves minimales du point de vue prudentiel

Du point de vue prudentiel, les dispositions relatives aux liquidités visent deux objectifs principaux. Elles servent d'«amortisseur» pour compenser les sorties de liquidités imprévues du système bancaire et permettent de constituer des «réserves d'urgence», qui sont mises à contribution lorsqu'une banque doit faire face à des retraits massifs consécutifs à une perte de confiance.

La fonction d'«amortisseur» découle principalement des dispositions concernant la liquidité de caisse (art. 15 et 19 OB). Cette définition plus restrictive de la liquidité, qui ne comprend que la monnaie centrale et les avoirs en compte postaux, permet au système bancaire considéré dans son ensemble de disposer en tout temps d'un volume minimum de monnaie centrale, ce qui évite à une banque confrontée à des sorties imprévues de liquidités de se trouver à court d'argent. On pourrait en principe s'attendre à ce que les banques prennent elles-mêmes l'initiative de maintenir leurs liquidités à un niveau minimal pour ne pas devoir se refinancer à grands frais pour faire face à des sorties imprévues de liquidités. Une réglementation peut néanmoins se révéler nécessaire. En effet, dans un système à règlement brut, tel que le SIC, l'insolvabilité temporaire de l'un des participants peut porter atteinte à la solvabilité de tous les autres et provoquer ainsi un blocage du système dans son ensemble (gridlock). L'existence de tels éléments externes peut justement conduire les intervenants à garder des réserves qui sont inférieures au niveau optimal pour l'ensemble du système, notamment parce qu'ils admettent que la banque centrale va compenser un manque de liquidités dans le système de paiements. La banque centrale serait ainsi souvent appelée à intervenir en tant que «prêteur de dernier recours» et risquerait de devenir le «prêteur de premier recours». L'obligation faite aux banques de conserver des liquidités minimales s'impose donc pour ne pas transférer le risque de liquidité des banques sur la banque centrale et pour éviter à celle-ci de devoir subventionner le trafic des paiements.

La *fonction de réserve d'urgence* découle avant tout des dispositions relatives à la liquidité globale (art. 16 à 18 OB). Cette définition plus large des liquidités a pour objectif d'inciter chaque banque à conserver une réserve minimale d'actifs facilement réalisables pour faire face à d'éventuels retraits massifs de ses clients, jusqu'à ce que l'autorité de surveillance ait mis en œuvre un programme de secours[115]. Les dispositions actuelles ne remplissent toutefois pas les exigences en matière de surveillance des banques relatives à un régime de gestion des liquidités. La CFB souhaite donc développer les dispositions relatives à la liquidité globale pour en faire

[115] Klauser (note 18), p. 357; Commission fédérale des banques, Rapport de gestion 1987, p 140 ss.

un instrument permettant de gérer le risque de liquidité des banques. Dans ses travaux, la commission peut s'appuyer sur les recommandations du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire. En vue de l'introduction de ce changement en profondeur, l'annexe à la révision de la LBN propose une modification de l'art. 4 LB (ch. 2.8.2.1.1).

1.5.3.6 Conclusion: révision des dispositions de la loi sur la Banque nationale relatives aux réserves minimales

Les conclusions suivantes se basent sur une évaluation des fonctions économiques des réserves minimales: utiliser les réserves minimales comme instrument de la politique monétaire, comme le prévoient les art. 16*a* à 16*f* LBN est dommageable. Cet instrument difficile à mettre en oeuvre avec précision est superflu à l'heure actuelle. Les dispositions des art. 16*a* à 16*f* LBN ne sont par conséquent pas reprises dans la nouvelle LBN.

Les réserves minimales constituent toutefois un instrument important de la politique monétaire lorsqu'elles permettent d'assurer une demande minimale de monnaie centrale et qu'elles diminuent la volatilité des taux d'intérêt. Aujourd'hui, ce sont les dispositions sur la liquidité de caisse (OB) qui jouent ce rôle. Ces dispositions ne répondent cependant pas à tous les besoins de la politique monétaire. Elles sont par conséquent adaptées de manière ciblée et transférées de l'OB à la LBN (ch. 2.3.2). La législation sur la surveillance des banques y gagnera en simplicité. Quant aux dispositions de l'ordonnance sur les banques, elles pourront se concentrer sur une réglementation de la liquidité globale et donc sur la garantie que chaque banque reste solvable. Enfin, les réserves minimales jouent un «rôle d'amortisseur» et, à ce titre, elles ne font pas que revêtir de l'importance pour la CFB dans l'optique de la surveillance, mais elles constituent une aide au niveau des tâches de la BNS consistant à faciliter les opérations de paiement et à assumer la fonction de prêteur de dernier recours.

1.5.4 Contrôle des émissions

1.5.4.1 Introduction

Le contrôle des émissions a pour but d'éviter un recours excessif au marché de l'argent et des capitaux. Les émissions à effectuer pendant une période donnée sur le marché des capitaux sont limitées, ce qui doit permettre de stabiliser l'évolution des taux d'intérêt. Selon les conceptions de l'époque, l'effet de régulation conjoncturelle des réserves minimales ne devait en outre pas pouvoir être contrecarré par une mise à contribution accrue du marché des capitaux.

1.5.4.2 Bases légales et historique

Le contrôle des émissions est réglé par les art. 16*g* et 16*h* LBN qui stipulent que pour éviter un recours excessif au marché suisse de l'argent et des capitaux, le Conseil fédéral peut soumettre à autorisation l'émission publique, pour le compte de résidents, de reconnaissances de dette et de titres de participation. La Banque nationale a pour tâche de fixer le montant global des émissions autorisées au cours d'une période donnée. Une commission nommée par le Conseil fédéral, présidée par un membre de la direction générale de la BNS, statue ensuite sur chaque demande en tenant compte des disparités du développement économique des diverses régions du pays.

L'origine du contrôle des émissions remonte à 1957. C'est en effet cette année-là que les banques commencèrent à établir un calendrier des émissions en vue d'adapter la demande de capitaux à long terme à la capacité du marché. Un contrôle de droit public des émissions fut instauré dans la foulée des arrêtés urgents des années 1960 et 1970. C'est sur le modèle de ces arrêtés que le contrôle des émissions fut implanté dans le droit ordinaire, à l'occasion de la révision de 1978 de la LBN[116]. Le contrôle des émissions a été pratiqué jusqu'à fin 1982[117].

1.5.4.3 Rôle du contrôle des émissions dans la politique monétaire

Le contrôle des émissions repose sur un concept économique simple. Le taux d'intérêt pratiqué sur le marché résulte de l'interaction entre l'offre d'épargne (offre de capitaux) et la demande de crédits d'investissement (demande de capitaux). Un contrôle des émissions permet théoriquement de freiner la demande de capitaux et, partant, de réduire le taux d'intérêt à long terme au-dessous de son niveau d'équilibre originel. Ce modèle se fonde implicitement sur deux hypothèses: il admet premièrement que les taux d'intérêt à long et à court termes sont indépendants les uns des autres et, deuxièmement, que les taux d'intérêt pratiqués sur le marché intérieur ne s'adaptent que partiellement au niveau des taux d'intérêt en vigueur à l'étranger. On part ainsi de l'idée d'un fractionnement des marchés aussi bien dans le temps que sur le plan géographique. Il y a lieu de s'interroger aujourd'hui sur le bien-fondé de cette hypothèse.

Tant la théorie économique moderne que les observations empiriques montrent que les taux d'intérêt à court et à long termes sont intimement liés par le jeu des attentes des intervenants sur les marchés. Les marchés monétaires, qui sont très intégrés aujourd'hui, ne permettent plus d'agir sur des taux d'intérêt isolés sans influencer du même coup tous les taux d'intérêt. L'intégration concerne non seulement la dimension chronologique mais encore la dimension géographique. La libre circulation des capitaux empêche une dissociation significative des taux d'intérêt nationaux et des taux d'intérêt étrangers. S'il est laissé libre cours aux flux de capitaux, l'épargne na-

116 Message du Conseil fédéral du 27 février 1978 concernant la révision de la loi fédérale sur la Banque nationale; FF **1978** I 812.

117 Ordonnance du 11 juillet 1979 sur le contrôle des émissions; RO **1979** 997, abrogée avec effet au 1er janvier 1983; RO **1982** 2064.

tionale se déplace là où le rapport entre les risques et les rendements financiers est optimal, ce qui rend tout contrôle des émissions inopérant.

Un contrôle des émissions n'est pas non plus nécessaire dans la perspective de la stabilité des prix. Les variables économiques importantes pour le développement conjoncturel et pour l'évolution du niveau des prix, à savoir le taux d'intérêt et le taux de change, peuvent être influencées par la banque centrale par le levier de la régulation des liquidités des banques. La banque centrale effectue à cet effet des opérations d'open market avec les banques.

1.5.4.4 Conclusion: abandon du contrôle des émissions

Le contrôle des émissions est un instrument de politique monétaire superflu. Il ne contribue pas à une politique monétaire axée sur la stabilité des prix. Les raisons qui ont poussé jadis à introduire un contrôle des émissions ne sont plus valables. Ce contrôle est par ailleurs inopérant aujourd'hui vu la complexité et l'intégration croissantes des marchés financiers. Il y a par conséquent lieu de supprimer purement et simplement les art. 16*g* et 16*h* LBN.

1.5.5 Contrôles des mouvements de capitaux

1.5.5.1 Introduction

Des mesures destinées à contenir l'afflux ou l'exode excessifs de fonds étrangers doivent empêcher les effets dommageables de tels mouvements de capitaux sur la stabilité des prix, l'évolution des taux d'intérêt ou les taux de change.

1.5.5.2 Bases légales et historique

1.5.5.2.1 Contrôle des exportations de capitaux

En vertu de l'art. 8 de la loi sur les banques, le Conseil fédéral peut exiger des banques qu'elles obtiennent une autorisation de la Banque nationale avant de placer ou d'acheter des obligations d'emprunt de débiteurs étrangers ou de constituer des créances comptables sur de tels débiteurs, si des sorties de capitaux à court terme et d'une ampleur exceptionnelle mettent sérieusement en danger la politique monétaire suisse.

Les origines de cet assujettissement à une autorisation résident dans un gentlemen's agreement que la BNS a conclu en 1927 avec certaines banques. Avec la promulgation de la loi sur les banques en 1934, l'obligation d'obtenir une autorisation a été dotée d'une base légale et imposée à toutes les banques. Elle a été mise en œuvre par la BNS jusqu'à l'entrée en vigueur, début 1995, d'une révision de la loi sur les banques qui mit un terme à l'utilisation permanente de la mesure et réserva l'instrument du contrôle des exportations de capitaux aux situations d'exception.

1.5.5.2.2 Contrôle des importations de capitaux

L'art. 16*i* LBN prévoit que le Conseil fédéral peut introduire un éventail de mesures par voie d'ordonnance lorsque l'évolution équilibrée de la conjoncture est ou risque d'être perturbée par un afflux excessif de fonds en provenance de l'étranger. Le catalogue de mesures en question est exhaustif; c'est ainsi que le Conseil fédéral peut interdire la rémunération ou introduire un intérêt négatif pour les avoirs bancaires de non-résidents (ch. 1), limiter les opérations de change à terme avec des non-résidents (ch. 2), restreindre ou interdire l'acquisition de titres suisses par des étrangers (ch. 3), soumettre les personnes domiciliées en Suisse à l'obligation de requérir une autorisation pour recueillir des fonds à l'étranger (ch. 4), prescrire aux banques suisses d'équilibrer leurs positions en monnaies étrangères (ch. 5), restreindre l'importation de billets de banque étrangers (ch. 6) et autoriser la BNS à conclure des opérations de change à terme à 24 mois au plus (ch. 7).

Le besoin de restreindre l'afflux de fonds en provenance de l'étranger est réapparu durant l'après-guerre. Sous le régime des taux de change fixes, des fonds en provenance de l'étranger ont provoqué un accroissement de la masse monétaire intérieure et menacé la stabilité des prix. Après le passage aux taux de change flottants, ces afflux d'argent ont entraîné une appréciation notable du franc et ils se sont répercutés défavorablement sur la compétitivité internationale de l'économie suisse[118]. Des mesures ont donc régulièrement été prises sous forme de gentlemen's agreements, ou en se fondant sur le droit d'urgence, afin de contrer l'afflux de fonds en provenance de l'étranger.

Les mesures mises en œuvre pendant les années 1970 sous le régime de l'arrêté urgent extraconstitutionnel[119] ont été reprises en 1978 dans le droit ordinaire, sous la forme du catalogue décrit ci-dessus. Il est à souligner qu'elles peuvent s'adresser aussi bien aux banques qu'au secteur non bancaire. Toutefois, aucune des mesures prévues n'a plus été appliquée depuis la fin d'août 1980[120].

1.5.5.3 Rôle des réserves dans la politique monétaire

1.5.5.3.1 Mode de fonctionnement théorique des contrôles des mouvements de capitaux

On comprend le mode de fonctionnement des contrôles des mouvements de capitaux si l'on considère les interdépendances économiques entre taux de change, mobilité des capitaux et politique monétaire. Dans un système fondé sur des taux de change fixes et une mobilité totale des capitaux, une banque centrale n'est pas en mesure de mener une politique monétaire autonome et ne peut donc poursuivre d'autre but que le maintien de la parité des changes. En pareil cas, les taux d'intérêt intérieurs sont harmonisés avec ceux du pays monétaire de référence – il s'agissait des Etats-Unis sous le régime des taux de change fixes de Bretton Woods. De cette manière, les conditions monétaires sont de facto fixées à l'étranger. Restreindre la circulation des capitaux permet en principe de retrouver une certaine autonomie et conduit à ce

118 «Message de 1978» (note 116); FF **1978** I 813.
119 Arrêté fédéral du 8 octobre 1971 sur la protection de la monnaie; RO **1971** 1446.
120 Cf. au sujet de la suppression des mesures; RO **1979** 1859, **1980** 213 268 1110.

qu'aucun arbitrage total ne puisse avoir lieu entre le marché financier intérieur et celui du pays monétaire de référence. Cette approche débouche sur une dissociation des taux d'intérêt, laquelle permet de mener une politique monétaire divergente. Avec des taux de change fixes et des marchés des capitaux libéralisés, une politique monétaire autonome s'avère en revanche impossible.

Dans un système de taux de change flottants lié à une mobilité complète des capitaux, la banque centrale peut mener une politique monétaire autonome, axée sur la stabilité des prix. Pour stabiliser les taux de change, il faudrait dans un tel cas des contrôles complets de la circulation des capitaux. Ces contrôles pourraient se justifier économiquement parlant s'ils permettaient de corriger les effets négatifs des fluctuations des taux de change. Dans le cas de la Suisse, une spéculation intensive sur le franc suisse provoque par exemple de fortes fluctuations du taux de change nominal, et – comme les prix et les salaires sont relativement rigides à court terme – du taux de change réel également. Une nette revalorisation du franc s'accompagne d'un recul des exportations et des ventes dans les secteurs du marché intérieur exposés à une forte concurrence des importations. L'appréciation du franc fait chuter les prix des biens importés, ce qui tend à induire un recul du niveau des prix. La hausse du taux de change réel sera donc à nouveau corrigée au fil du temps[121]. Dans ce contexte, on peut montrer en théorie que les contrôles des mouvements de capitaux parviennent à réduire la volatilité des taux de change, des prix et de la production[122]. Dans certaines situations, des contrôles des mouvements de capitaux peuvent, selon la théorie économique, atténuer les distorsions existant dans l'économie réelle[123].

1.5.5.3.2 Efficacité des contrôles des mouvements de capitaux dans la pratique

Il faut toutefois mettre ces réflexions théoriques en regard de l'efficacité pratique des contrôles des mouvements de capitaux et de leurs effets négatifs[124]. Des analyses empiriques portant aussi bien sur des pays industrialisés que sur des pays en développement soulignent le peu d'efficacité de tels contrôles[125]. Ceux-ci permettent certes de faire diverger de façon significative les intérêts sur les dépôts dans les banques indigènes (intérêts inshore) des intérêts sur les dépôts à l'étranger (intérêts offshore). Mais cette différence diminue relativement rapidement au fil du temps. Les contrôles des mouvements de capitaux n'entraînent pas des divergences assez marquées entre les intérêts inshore et les intérêts offshore pour permettre une politique monétaire autonome durable. Mais surtout, ils n'ont pas d'incidence significative sur d'autres variables économiques comme le volume et la composition des transactions

121 La situation est inverse en cas de dépréciation du franc.

122 Gärtner M., Makroökonomik flexibler Wechselkurse, Berlin 1990, p. 81.

123 Dans le cas des pays asiatiques nouvellement industrialisés, des économistes de renom ont préconisé ces derniers temps l'introduction de contrôles des mouvements des capitaux stricts et limités dans le temps, car, dans ces pays, les effets décrits touchent des entreprises financièrement peu stables. Cf. Krugman P., Saving Asia: It's time to be radical, dans: Fortune du 9 août 1998.

124 Des effets négatifs sont à attendre puisqu'il s'agit de mesures qui restreignent la fonction du marché libre.

125 Cf. notamment Dooley M., A survey of literature on controls over international capital transactions, IMF staff papers 43 (4), p. 669 ss et Mathieson & Rojas-Suarez, Liberalization of the Capital Account, IMF Occasional Paper, 103, p. 8 ss.

financières effectuées, les fluctuations des réserves monétaires ou le niveau des taux de change. Il est surtout peu vraisemblable qu'ils offrent une protection contre les attaques spéculatives engendrées par une politique économique incohérente.

La faible efficacité des contrôles des mouvements de capitaux s'explique également par le fait que les intervenants sur les marchés arrivent à contourner les mesures mises en place. La plupart des moyens utilisés à cette fin s'appuient sur le fait que le traitement juridique des pures transactions financières n'est pas le même que celui des transactions portant sur le commerce des biens et des services. Ces dernières sont généralement réalisées entre des acteurs du secteur non bancaire et sont par voie de conséquence très difficiles à contrôler.

Dès le milieu des années 1950, la Suisse s'est vue régulièrement contrainte de prendre des mesures destinées à prévenir un afflux de fonds étrangers afin d'empêcher un gonflement excessif de la masse monétaire, sans modifier pour autant la parité des taux de change. Dès janvier 1973, après le passage au système des taux de change flottants, l'objectif visé par ces mesures a changé. Il s'est agi depuis lors d'empêcher une forte appréciation du franc suisse. Globalement, les expériences faites par la Suisse en matière de limitation de la circulation des capitaux confirment les constats décrits plus haut. Lors des deux phases de perturbation monétaire (1971 à 1973 et 1977 à 1978), les très sévères restrictions en matière d'importation de capitaux (associées à des facilités d'exportation de capitaux) permirent d'accroître la différence entre les intérêts sur les placements en francs sur le marché européen et les intérêts sur les dépôts dans les banques suisses. Les intérêts servis sur le marché européen chutèrent plus vite que ceux pratiqués sur le marché intérieur. La différence entre intérêts inshore et intérêts offshore est un indicateur permettant de mesurer l'autonomie de la politique monétaire intérieure. Mais l'écart maximal par rapport à l'écart moyen resta modeste; il totalisa 1,5 point entre 1971 et 1973 et environ 0,5 point de 1977 à 1978. L'écart entre taux d'intérêt intérieurs et taux d'intérêt étrangers suite aux mesures prises de 1971 à 1973 et en 1978 ne suffit cependant pas à freiner la progression de la masse monétaire M1. Celle-ci augmenta même dans des proportions extrêmes au cours de ces deux périodes. En d'autres termes, les mesures de limitation de la circulation des capitaux ne sont pas parvenues à garantir l'autonomie de la politique monétaire suisse.

L'inefficacité de ces mesures s'explique par les nombreuses possibilités de les contourner dans un secteur financier moderne. Dans le cas de la Suisse, le maintien d'un dispositif sans faille s'est avéré particulièrement difficile. L'application de mesures à des acteurs du secteur non bancaire semble quasiment impossible. Les relations commerciales intenses tissées avec l'étranger permettent aux petites et moyennes entreprises, mais surtout aux nombreuses multinationales, de déplacer d'importants montants en devises sous le couvert de leurs transactions commerciales. Les avoirs importants accumulés à l'étranger par des investisseurs privés et institutionnels revêtent un rôle prépondérant: une rentrée même partielle de ces avoirs en Suisse peut avoir une incidence marquée sur le cours du franc. Dès le début des années 1980, la BNS est donc arrivée à la conclusion que «l'économie suisse n'acceptait plus guère de conserver des positions en dollars au cours de change donnée par le marché, ce qui exerçait une pression constante sur la devise américaine. Le dispositif de sauvegarde monétaire le plus sophistiqué ne pouvait rien y changer»[126].

126 BNS, *Ouvrage commémoratif 1957–1982*, Zurich 1982, p. 228.

L'efficacité des mesures destinées à contenir l'afflux de capitaux étrangers est certainement encore plus faible aujourd'hui et elle devrait continuer de diminuer à l'avenir, en raison de l'intégration croissante des marchés financiers.

1.5.5.3.3 Coûts économiques des contrôles des mouvements de capitaux

Indépendamment de la difficulté de contrôler efficacement les mouvements de capitaux, se pose la question des coûts économiques de telles mesures. La théorie économique ne laisse planer aucun doute sur les avantages offerts par des marchés de capitaux libéralisés[127]. Tout comme les pays profitent du libre échange des marchandises, ils bénéficient de la libre circulation des capitaux. Celle-ci permet une allocation optimale du capital. L'épargne va là où le rapport entre le risque et le rendement financier est optimal. La libre circulation des capitaux contribue à atténuer les chocs de production exogènes et leurs effets sur la consommation intérieure. Elle permet du même coup l'adaptation des structures de production aux modifications de la demande globale et de la technologie. Le nombre croissant d'instruments financiers entraîne une diversification optimale des risques que prennent les intervenants sur les marchés. Dans une optique historique, la Suisse, petit pays dont l'économie est ouverte aux échanges, a sans conteste profité de la mobilité des capitaux.

A long terme, des marchés financiers libéralisés sont d'un intérêt vital pour la Suisse, tant sous l'angle financier que dans l'optique d'une adaptation rapide des structures de production. A court terme, la limitation de la mobilité des capitaux – telle qu'elle a été décrite ci-dessus – peut apporter certains avantages. Mais pour être efficaces, les mesures devraient voir leur champ d'application élargi et être appliquées de manière rigoureuse. Le commerce en pâtirait, ce qui aurait des effets négatifs sur la production et l'emploi. Les coûts économiques des restrictions de la circulation des capitaux dépasseraient donc largement les avantages des contrôles en la matière.

Il faut enfin souligner que la BNS peut également corriger une évolution indésirable du franc suisse sans contrôler la circulation des capitaux. Elle dispose à cet égard de tous les instruments de politique monétaire avec lesquels elle agit sur les taux d'intérêt.

Même si la BNS liait provisoirement le franc à une autre monnaie (p. ex. à l'euro), les contrôles des mouvements de capitaux ne représenteraient pas une bonne solution. L'expérience montre qu'il est impossible, avec un régime de taux de change fixes, de préserver durablement l'autonomie en matière de politique monétaire par des mesures de contrôle des capitaux ou d'empêcher les attaques spéculatives contre

[127] Cf. à ce sujet l'ouvrage de référence d'Obstfeld et Rogoff, Foundations of international macro economics, MIT Press, 1996.

la monnaie[128]. Les partisans des contrôles temporaires des mouvements de capitaux dans les pays en développement et nouvellement industrialisés sont conscients de ces faiblesses. Aussi recommandent-ils à ces pays d'adopter un système de taux de change double, basé sur un taux fixe pour les transactions effectuées dans le cadre de la balance des transactions courantes et sur un taux flottant pour celles opérées dans le cadre de la balance des mouvements de capitaux[129]. Fondée sur des interventions massives et un contrôle de l'Etat, une telle approche est inconcevable pour un pays aussi développé et ouvert que la Suisse.

1.5.5.4 Conclusion: abandon des contrôles des mouvements de capitaux

Les mesures destinées à contenir les importations de capitaux ont montré par le passé leur inutilité en Suisse. Seules des prescriptions très rigoureuses et globales pourraient s'avérer efficaces. Mais une telle approche engendrerait des coûts qui dépasseraient, et de loin, les avantages de telles mesures pour l'ensemble de l'économie, même en cas de fortes turbulences sur les marchés financiers. Avec un régime de taux de change flottants, la banque centrale est par ailleurs en mesure de réagir avec des moyens moins radicaux aux fluctuations spéculatives des taux de change.

En outre, aucun argument économique ne plaide en faveur de mesures destinées à limiter les exportations de capitaux. La libre circulation des capitaux est d'une importance vitale pour notre pays. Des contrôles des mouvements de capitaux ne seraient pas compatibles avec la position de la Suisse en matière de politique économique ni avec les standards internationaux relatifs aux économies hautement développées. Tant l'art. 16*i* LBN que l'art. 8 LB doivent par conséquent être abrogés purement et simplement.

1.5.6 Surveillance de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres

1.5.6.1 Introduction

La stabilité de la valeur d'une monnaie dépend étroitement de la stabilité du système financier[130]. La stabilité des prix et celle du système sont liées de deux manières: d'une part une politique monétaire axée sur la stabilité est une condition essentielle de la stabilité du système financier; des changements abrupts et inattendus du contexte monétaire (niveau des prix, taux d'intérêt, taux de change) peuvent modifier la valeur d'actifs bancaires ou financiers d'une façon telle que la solidité de certains

128 On peut sérieusement douter que des contrôles de la circulation des capitaux parviennent à empêcher les attaques spéculatives. Les ouvrages spécialisés montrent au contraire que de telles mesures déstabilisent les attentes du marché et, partant, favorisent plutôt la spéculation. A ce sujet, cf. Dooley (note 125), 1996, p. 668 et Dellas & Stockman, Self-fulfilling expectations, speculative attack and capital controls, dans: Journal of Money, Credit and Banking, 25(4) 1993, p. 721 ss.

129 Krugman (note 123), 1998b.

130 Concernant la notion de stabilité du système financier: Bank for International Settlements, Recent Developments in International Interbank Relations, Bâle 1992, p. 25.

établissements est compromise; d'autre part les impulsions de la politique monétaire sont transmises à l'économie réelle au travers du système financier. Pour mettre en oeuvre efficacement la politique monétaire, la Banque nationale doit par conséquent pouvoir s'appuyer sur des systèmes fiables de paiement ou de compensation et de règlement d'opérations sur titres, sur droits-valeurs et sur autres instruments financiers (dénommés ci-après «systèmes de règlement des opérations sur titres»). Il existe actuellement un large consensus concernant la coresponsabilité des banques centrales en matière d'aménagement de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres qui peuvent engendrer un risque systémique (systemically important systems)[131].Le risque systémique peut être défini comme le risque que les difficultés financières ou opérationnelles d'un ou de plusieurs participants au système se propagent à d'autres participants et empêchent le fonctionnement du système de paiement ou du système de règlement des opérations sur titres, de sorte que la stabilité du système financier, voire de l'ensemble de l'économie est compromise (contamination ou effet dominos)[132]. Du point de vue de l'économie du bien-être, le risque systémique est problématique, car le responsable de la crise n'assume pas la totalité des coûts de celle-ci (on parle dans ce contexte d'externalités négatives).

Vu ces considérations, il convient que la Banque nationale ait la compétence de surveiller les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres. Le transfert à la banque centrale de compétences en la matière est monnaie courante à l'étranger, et il est conforme aux recommandations internationales (ch. 1.5.6.3) et au droit européen (ch. 6). La surveillance «oversight» exercée par la banque centrale diffère de la surveillance «supervision» exercée par la CFB en ce sens qu'elle concerne les systèmes dans leur ensemble et non leurs différents participants. Mais comme ces tâches sont complémentaires, il convient que la BNS et la CFB collaborent étroitement dans le domaine de la surveillance des systèmes et des établissements et coordonnent leurs activités.

1.5.6.2 Rôle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres

Pour mettre en œuvre efficacement sa politique monétaire, la BNS doit pouvoir s'appuyer sur un système de paiement interbancaire sûr et efficace.

De par leur nature, les systèmes de paiement interbancaire peuvent générer un risque systémique. Tel est en particulier le cas si le système traite des montants importants. Dans le cas des systèmes qui ne servent à traiter que des montants modestes ou des paiements de détail, le risque systémique est généralement nul ou minime. Un système de paiement peut aussi bien être la cause d'une crise systémique que le canal par lequel une telle crise se propage. Ainsi la défaillance d'un membre peut soudai-

131 A ce sujet: Banque des règlements internationaux, Principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique 2000, p. 3 ss; European Central Bank, Role of the Eurosystem in the field of payment systems oversight, Frankfurt 2000, p. 1 ss; Bank for International Settlements, Recommendations for Securities Settlement Systems, Bâle 2001, p. 22 ss (Recommendation 18).

132 Pour une définition du risque systémique: Bank for International Settlements, Settlement Risk in Foreign Exchange Transactions, Bâle 1996, p. 65.

nement modifier les besoins en liquidités des autres membres, ce qui peut entraîner des difficultés de paiement chez plusieurs membres. Suivant la manière dont il est aménagé, un système peut créer des relations de crédit entre les participants et générer ainsi un risque de crédit. Par ailleurs, des problèmes d'ordre opérationnel dans le système peuvent entraîner une perte de confiance généralisée qui déclenche ensuite une crise systémique.

La mise en œuvre de la politique monétaire nécessite en outre des systèmes fiables de compensation et de règlement des opérations sur titres, droits-valeurs ou autres instruments financiers («systèmes de règlement des opérations sur titres»). En particulier, de tels systèmes sont nécessaires aux opérations portant sur les pensions de titres, qui constituent le principal instrument dont dispose la BNS pour gérer la liquidité du marché monétaire en francs suisses. Par ailleurs, les systèmes de règlement des opérations sur titres sont un élément central de l'infrastructure globale des marchés financiers.

En raison de l'importance pour la politique monétaire de systèmes de paiement interbancaire et de systèmes de règlement des opérations sur titres fonctionnant correctement, il est indispensable que la Banque nationale puisse exercer une influence sur l'aménagement des systèmes qu'elle utilise pour ses opérations en matière de politique monétaire. Il est nécessaire de garantir suffisamment au niveau de la loi cette possibilité d'intervenir. Afin de pouvoir délimiter les éventuels risques systémiques, il convient par ailleurs d'évaluer la fiabilité des autres systèmes de paiement et systèmes de règlement des opérations sur titres qui sont importants pour la stabilité du système financier. Vu que les systèmes de paiement peuvent être interconnectés (interlinked) et que la BNS dispose de connaissances approfondies dans le domaine du trafic des paiements interbancaires, où elle gère le système Swiss Interbank Clearing (SIC) depuis 1987, il paraît judicieux de lui confier également la surveillance d'autres systèmes de paiement et systèmes de règlement des opérations sur titres qui jouent un rôle important au niveau systémique.

1.5.6.3 Efforts internationaux en matière de surveillance de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres

La mondialisation de l'économie, les progrès rapides de la technologie et l'interdépendance des marchés financiers ont incité les pays du Groupe des Dix à élaborer des principes fondamentaux pour l'aménagement et l'exploitation de systèmes de paiement qui jouent un rôle important pour la stabilité du système financier. Les «Principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique» publiés par la Banque des règlements internationaux (BRI) définissent des standards minimaux que l'exploitant d'un système de paiement devrait respecter dans l'intérêt d'un fonctionnement correct du système financier international. Ce document précise clairement la responsabilité des banques centrales en matière de respect de ces standards dans leur domaine de compétences sur le plan national: «La banque centrale devrait surveiller la conformité aux principes fondamentaux des systèmes qu'elle n'exploite pas et avoir les moyens d'effectuer cette surveil-

lance»[133]. Le principe d'une surveillance étatique des systèmes de paiement importants du point de vue systémique a ainsi pris un caractère obligatoire (au moins du point de vue moral) pour les pays membres du Groupe des Dix.

L'Organisation internationale des commissions de valeurs mobilières (OICV) préconise une surveillance globale portant sur les systèmes de paiement et sur les systèmes de règlement des opérations sur titres. Dans ses «objectifs et principes de la régulation financière» de septembre 1998, elle recommande une surveillance directe de tels systèmes et de leurs exploitants qui englobe des aspects comme la sécurité opérationnelle, les contrôles sur place et la définition de standards minimaux. En outre, l'OICV a, conjointement avec le «Comité sur les systèmes de paiement et de règlement (CSPR)» sis auprès de la BRI, créé en 1999 un groupe de travail qui a adopté en octobre 2001 les «Recommandations pour les systèmes de règlement de titres». La recommandation nº 18 «régulation et surveillance» exige une surveillance spécifique des systèmes de compensation et des systèmes de règlement des opérations sur titres et indique que tant l'autorité de surveillance (en Suisse la CFB) que la banque centrale devraient disposer, chacune dans son domaine, des compétences nécessaires pour surveiller de tels systèmes et coopérer au niveau de la mise en œuvre de ladite surveillance.

Depuis quelques années, on observe également sur le plan national une nette tendance à définir de manière plus contraignante du point de vue juridique la fonction de surveillance des banques centrales dans le domaine des systèmes de paiement. Ainsi, la loi canadienne sur la compensation et le règlement des paiements (1996) et le Payment Systems (Regulation) Act australien (1998) accordent aux banques centrales de ces pays un large pouvoir d'intervention. Le droit canadien précise que tous les systèmes de paiement qui présentent un risque systémique doivent remplir les exigences de la Banque du Canada relatives à la gestion et au contrôle du risque. Le cas échéant, la Banque du Canada peut édicter une directive ordonnant de mettre fin ou de renoncer à un agissement qui comporte des risques incontrôlables[134]. En Australie, la Reserve Bank peut édicter des prescriptions concernant les systèmes de paiement dont elle estime que la surveillance revêt un intérêt public. Ces prescriptions concernent par exemple les conditions d'accès aux systèmes et les exigences envers les participants sur le plan opérationnel[135].

1.5.6.4 Exigences à l'égard des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres

1.5.6.4.1 Exigences spécifiques à l'égard des systèmes de paiement

Du point de vue d'une mise en œuvre efficace de la politique monétaire et de la réduction du risque systémique, on peut formuler deux exigences spécifiques à l'égard des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres qui jouent un rôle important sur le plan économique:

133 Banque des règlements internationaux (note 131), p. 3.
134 Art. 6 et 10 de la loi sur la compensation et le règlement des paiements 1996.
135 Art. 11, 12, 18 du Payment Systems (Regulation) Act 1998.

– Un système de paiement doit utiliser des moyens de paiement (settlement asset) *ne présentant si possible pas de risque*, de préférence de la monnaie centrale. Les participants au système sont ainsi certains qu'aucun risque de crédit n'est lié aux paiements qui leurs sont crédités. Dans le cas des systèmes de paiement privés, il est cependant parfois impossible d'utiliser directement de la monnaie centrale pour les paiements. Ainsi, la Swiss Euro Clearing Bank (SECB) à Francfort ou la CLS-Bank à New York utilisent des avoirs des participants auprès de la banque de compensation concernée et non de la monnaie centrale. De tels établissements devraient au moins utiliser un moyen de paiement de substitution proche de la monnaie centrale.

– Un système de paiement devrait *éliminer dans une large mesure les risques de crédit et de liquidité* dont il est la source. Les systèmes les plus sûrs à cet égard opèrent actuellement des paiements en continu et individuels au cours d'une journée (systèmes à règlement brut en temps réel, RBTR). Si un système RBTR se base sur de la monnaie centrale, le règlement définitif au cours de la journée (intraday finality) est garanti. En raison du règlement définitif des opérations de paiement au cours de la journée, tel qu'il est pratiqué en Suisse dans le cas du système de paiement brut SIC, les actions relevant de la politique monétaire déploient très rapidement leurs effets. Les systèmes de paiement nets utilisent un mécanisme de compensation en cours de journée; ce n'est qu'à la fin de la journée que les engagements découlant de cette compensation doivent être exécutés. Cette solution présente notamment le désavantage d'exposer les participants à un risque de liquidité plus élevé, car, en cas de défaillance d'un ou de plusieurs participants, les positions créancières peuvent changer radicalement jusqu'au moment de la compensation. Grâce à des mesures globales visant à limiter le risque, par exemple le dépôt de garanties et des limites d'endettement, les systèmes de paiement net peuvent cependant aussi atteindre des niveaux de sécurité très élevés.

1.5.6.4.2 Exigences à l'égard des systèmes de règlement des opérations sur titres

Du point de vue d'une mise en œuvre efficace de la politique monétaire et de la réduction du risque systémique, les recommandations publiées par l'OICV au sujet des systèmes de règlement des opérations sur titres (ch. 1.5.6.3) permettent de formuler deux exigences à l'égard desdits systèmes:

– Il est recommandé, afin de *réduire les risques en amont du règlement (presettlement risk)*, que l'opération soit confirmée (*trade confirmation*) immédiatement, et dans tous les cas avant la fin de la journée (J+0), ou le lendemain (J+1) si la confirmation d'un participant indirect au marché s'avère nécessaire (p. ex. investisseurs institutionnels). Le règlement définitif devrait se faire immédiatement, et le cycle complet ne devrait en aucun cas dépasser trois jours (J+3). L'institution d'une contrepartie centrale et le prêt de titres contribuent à la stabilité du système.

– Les *risques de règlement (settlement risk)* peuvent être réduits par la livraison contre paiement (*real time delivery versus payment*). Une intercon-

nexion techniquement sûre du système de paiement et du système de règlement des opérations sur titres est requise à cet effet. Elle permet de réduire considérablement les risques de règlement. En outre, il est recommandé d'immobiliser et de dématérialiser autant que possible les titres, dans l'intérêt de la sécurité des transactions par le biais de dépositaires centraux.

1.5.6.4.3 Exigences communes à l'égard des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres

Du point de vue de la politique monétaire et sous l'angle du risque systémique, il convient de mentionner deux exigences qui concernent aussi bien les systèmes de paiement que les systèmes de règlement des opérations sur titres:

– L'accès à un système de paiement ou à un système de règlement des opérations sur titres utilisé par la banque centrale pour ses opérations doit être *équitable et ouvert*. Seul un accès non discrimatoire garantit durablement l'efficacité des opérations de paiement et des transferts de titres et permet à la banque centrale de traiter sur un strict pied d'égalité ses contreparties

– Les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres doivent *être fiables et disposer de moyens de secours adéquats*. De nos jours, la sécurité opérationnelle implique en particulier une plate-forme des technologies de l'information fonctionnant très bien, ainsi qu'un dispositif approprié de sauvegarde des données.

1.5.6.5 Le problème particulier de la monnaie électronique (Electronic Money)

1.5.6.5.1 Notion

Les moyens de paiements électroniques sous la forme de cartes à prépaiement ou de paiements directs via des réseaux d'ordinateurs (digitalcash ou cybercash) connaissent une expansion rapide. La diffusion de la monnaie électronique vise à réduire et à redistribuer les frais des transactions en matière de paiements au détail. Les transactions à l'aide de monnaie électronique n'ont pas nécessairement lieu au travers de comptes bancaires, mais les montants monétaires stockés sur le support jouent le rôle d'un instrument au porteur prépayé. Du point de vue technique on distingue les systèmes de monnaie électronique basés sur des logiciels et ceux opérant au moyen de cartes. La question de savoir si une réglementation étatique est nécessaire pour l'émission et la gestion des moyens de paiement électronique fait l'objet de discussions depuis quelque temps.

1.5.6.5.2 Problèmes au niveau de la politique monétaire

A première vue, l'émission d'argent électronique apparaît comme une étape supplémentaire dans le processus, engagé depuis longtemps, de substitution de moyens de paiements provenant de sources privées aux moyens de paiements émis par l'Etat. De tels moyens de remplacement du numéraire peuvent modifier la stabilité de la demande d'argent, en particulier s'ils se propagent de manière irrégulière. Les difficultés qui en résultent au niveau de la politique monétaire peuvent être atténuées si la banque centrale dispose d'informations suffisantes sur l'ampleur de l'utilisation de substituts du numéraire. Les dispositions proposées pour la LBN en ce qui concerne l'établissement de statistiques par la BNS permettront de garantir la saisie statistique des émetteurs de monnaie électronique (ch. 1.5.2).

L'utilisation pour les paiements de détail de monnaie électronique émise par des privés à la place de billets de banque a tendance à réduire la quantité de monnaie centrale et donc à diminuer le bilan de la banque centrale. La Banque nationale peut cependant réagir en relevant le taux des réserves minimales si la demande en monnaie centrale descend au-dessous du niveau minimal requis pour la conduite de la politique monétaire (ch. 1.5.3.4). Si une émission disproportionnée de monnaie électronique par le secteur non bancaire risque d'entraîner un recul excessif de la demande en monnaie centrale, la BNS peut soumettre à l'obligation de détenir des réserves minimales des émetteurs de monnaie électronique autres que les banques (ch. 2.3.2.1.2). Ainsi, la diffusion de la monnaie électronique ne remet en principe pas en question la conduite de la politique monétaire.

1.5.6.5.3 Problèmes systémiques

Une autre préoccupation est liée au fait que le bon fonctionnement des systèmes de paiement ne doit pas être compromis par le développement de la monnaie électronique. Une mauvaise gestion des fluctuations (gestion insuffisante des contre-valeurs de la monnaie électronique), l'infiltration de fausse monnaie, des pannes techniques importantes, ainsi que la faillite d'un émetteur de monnaie électronique, pourraient entraîner une perte de confiance envers plusieurs produits de monnaie électronique, voire envers d'autres moyens de paiement par cartes. Etant donné que, du point de vue économique, les valeurs électroniques chargées sur des cartes à prépaiement et stockées dans des ordinateurs ressemblent à des dépôts bancaires, il n'y a pas de raison que des risques systémiques soient absents lorsque des montants importants de monnaie électronique sont utilisés[136].

En pareil cas, la monnaie électronique pourrait revêtir de l'importance au niveau de l'économie globale. Dans une telle situation, la loi doit autoriser la Banque nationale, dans l'intérêt d'une mise en œuvre efficace de la politique monétaire et afin de réduire le risque systémique, à intervenir lors de l'aménagement de systèmes de paiement avec de la monnaie électronique en vue de garantir leur fiabilité et leur sécurité.

136 A ce sujet, cf. également Europäische Zentralbank, Bericht über elektronisches Geld, Francfort 1998, p. 18 s.

1.5.6.5.4 Problèmes prudentiels

Dans le bilan de l'émetteur, la monnaie électronique figure comme engagement qui découle de l'acceptation de numéraire ou de monnaie scripturale des clients et qui est payable, à sa valeur nominale, aux établissements qui acceptent la monnaie électronique comme moyen de paiement (le commerce). La surveillance des banques devrait par conséquent assurer une protection des clients (porteurs de monnaie électronique) et du commerce contre l'insolvabilité éventuelle de l'émetteur. L'intégrité financière de l'émetteur pourrait en particulier être menacée si les paiements anticipés des clients ne sont pas placés de manière sûre ou conformément aux échéances, jusqu'à leur utilisation à des fins de paiements. Ce problème est comparable à celui de la protection des créanciers dans le cas des banques ordinaires[137]. La protection du public contre les risques de fraude pouvant découler de systèmes de monnaie électronique ferait également plutôt partie de la surveillance des banques ou du droit pénal. La protection contre une utilisation abusive des systèmes de monnaie électronique à des fins de blanchiment d'argent fait partie du domaine des organes de surveillance compétents en la matière.

1.5.6.6 Principes d'une réglementation de la surveillance des systèmes de paiement

1.5.6.6.1 Champ d'application

Sont soumis à la surveillance les «systèmes de compensation et de règlement des paiements et opérations sur instruments financiers, en particulier sur valeurs mobilières (systèmes de paiement; systèmes de règlement des opérations sur titres)». Un «système de paiement» est un dispositif central reposant sur des règles et des procédures uniformes et servant à l'exécution réciproque de créances et d'engagements monétaires. Les «systèmes de règlement des opérations sur titres» englobent les processus se déroulant entre la conclusion d'une opération sur titres (généralement à la bourse) et son exécution (transmission, harmonisation, confirmation de créances, virement du paiement et transfert du titre). En ce qui concerne les mandats de paiement et de transfert émanant des participants, une centrale fait généralement office de partie contractante unique pour ceux-ci. En revanche, la surveillance systémique ne s'applique pas aux systèmes de négoce servant à la conclusion d'opérations (bourses notamment). Cette surveillance est régie par la loi sur les bourses.

137 La Commission fédérale des banques a cependant jugé que les transactions en monnaie électronique ne doivent pas être qualifiés d'acceptation de dépôts du public à titre professionnel. Par conséquent, ce type de paiement n'est pas, sous certaines conditions, soumis à autorisation en Suisse: CFB, rapport de gestion 1998, p. 177 s.

1.5.6.6.2 Répartition des tâches et des compétences entre la BNS et la CFB

La surveillance des systèmes de paiement s'avère importante pour la politique monétaire. Elle relève par conséquent de la compétence de la BNS. D'un autre côté, le SIS (gestion de titres et règlement de transactions sur titres) est un exploitant d'un dispositif de règlement déjà soumis à la surveillance de la Commission des banques, et x-clear (service de compensation pour les transactions conclues via Virt-x) s'efforce également d'obtenir l'autorisation d'agir en tant que banque. En ce qui concerne la mise en place d'une surveillance globale des systèmes se pose donc la question de la délimitation des compétences entre la BNS et la CFB. Le présent projet de loi propose un *modèle de complémentarité*:

La BNS est compétente pour la *surveillance des systèmes (oversight)*. Son activité de surveillance porte sur le *fonctionnement des systèmes dans leur ensemble* et vise à exclure ou minimiser les risques systémiques, et donc à contribuer à la stabilité du système financier. Ainsi, la BNS évalue p. ex. la sécurité opérationnelle d'un système, fixe les critères d'admission de participants audit système, approuve les moyens de paiement choisis ou examine les fondements de l'organisation et les conditions appliquées par l'exploitant, dans la mesure où ceux-ci revêtent de l'importance pour la stabilité du système.

La CFB est compétente quant à elle pour la *surveillance des exploitants individuels d'un système ou de ses participants (supervision).* Cette surveillance vise en premier lieu à protéger les investisseurs et les créanciers individuels. Elle englobe la surveillance permanente des établissements sous divers angles, comme les fonds propres ou la répartition des risques, le fait de contrôler si les personnes préposées à l'administration et à la conduite des affaires présentent les garanties d'une activité irréprochable, la fixation de critères pour les rapports de révision prévus par la législation sur les banques et, enfin, la fonction d'autorité de surveillance en matière de blanchiment d'argent instituée par une loi spéciale.

1.5.6.6.3 Principaux éléments de la réglementation

1.5.6.6.3.1 Aperçu

L'aménagement de la surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres est décrit dans la loi sur la Banque nationale, dans la loi sur les banques et dans la loi sur les bourses, et il comporte quatre volets:

- surveillance de systèmes par la BNS (dans la LBN, ch. 2.3.3);
- surveillance d'exploitants de systèmes par la CFB (dans la LB et la LBVM, ch. 2.8.2.1.1, 2.8.2.2);
- coordination et collaboration entre la BNS et la CFB en matière de surveillance de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres ou de surveillance d'exploitants de systèmes (dans la LBN, la LB et la LBVM, ch. 2.3.3.3, 2.8.2.1.4, 2.8.2.2);

– coopération de la BNS avec des autorités de surveillance étrangères (LBN, ch. 2.3.3.3).

Ces volets font l'objet d'une brève description ci-après.

1.5.6.6.3.2 Surveillance de systèmes par la BNS

La surveillance de systèmes par la BNS est réglée à trois niveaux dans la nouvelle loi sur la Banque nationale:

– Dans le cadre de l'*obligation de renseigner* (art. 15 P-LBN), la BNS peut collecter auprès de *tous les exploitants* de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres des données statistiques relatives à leurs activités.

– Les exploitants de *systèmes de paiement traitant des montants élevés* ou de *systèmes de règlement des opérations sur titres* sont soumis à une *obligation de renseigner élargie* (art. 20, al. 1, P-LBN): sur demande, ils doivent fournir toutes les informations nécessaires à la BNS, mettre à la disposition de cette dernière les documents requis et lui permettre d'inspecter sur place les équipements dont ils disposent. L'exigence de «montants élevés» garantit que des systèmes de paiement se caractérisant par un faible chiffre d'affaires, donc sans importance du point de vue systémique, ne sont pas concernés par l'obligation de renseigner élargie.

– La BNS peut imposer des *exigences minimales* à l'exploitation de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres pouvant engendrer des *risques pour la stabilité du système financier* (concernant les fondements de l'organisation, les conditions appliquées par l'exploitant, l'admission de participants au système, etc.; art. 20, al. 2, P-LBN). En cas de non-respect des exigences minimales, la BNS peut prendre des sanctions: refuser l'ouverture auprès de la BNS, d'un compte de virement servant aux paiements, fermer un tel compte et citer dans la Feuille officielle suisse du commerce les exploitants qui ne respectent pas les exigences minimales. En outre, les systèmes surveillés par la CFB peuvent se voir retirer leur autorisation (ch. 1.5.6.6.3.3).

1.5.6.6.3.3 Surveillance des exploitants de systèmes par la CFB

Selon le droit en vigueur, la CFB n'est habilitée à exercer la surveillance des exploitants de systèmes que si ceux-ci ont le statut de banque ou de négociant en valeurs mobilières[138]. Une soumission obligatoire suppose que chaque exploitant exerce une activité soumise à autorisation, ce qui n'est pas toujours le cas. Afin de combler ces lacunes en matière de surveillance, la loi sur les banques et la loi sur les bourses habilitent désormais la CFB à soumettre à sa surveillance les *exploitants de systèmes* et à leur délivrer une *autorisation d'agir en tant que banque*, même si

138 Les bourses et les organisations analogues à des bourses, qui sont surveillés par la CFB conformément à l'art. 3 LBVM, n'entrent pas dans cette catégorie d'exploitants de systèmes.

ceux-ci n'exercent pas à proprement parler l'activité d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières. Pour obtenir cette autorisation, les exploitants de systèmes doivent remplir les conditions d'autorisation définies dans la LB et satisfaire aux exigences minimales de la BNS relatives à la sécurité des systèmes (LBN).

Les dispositions de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses sont spécialement conçues pour les banques et les négociants en valeurs mobilières et ne sont donc pas toujours adéquates pour les exploitants de systèmes. La CFB a désormais la compétence d'ordonner *l'assouplissement ou le durcissement* de certaines dispositions de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses afin de tenir compte de l'activité particulière ou de la situation en matière de risques des exploitants de systèmes. La clause relative à l'assouplissement permet d'assurer une surveillance sur mesure des établissements, laquelle garantit, en complément de la surveillance des systèmes exercée par la Banque nationale, la prise en compte de tous les exploitants de systèmes.

1.5.6.6.3.4 Coordination et coopération entre la CFB et la BNS

L'activité de la BNS et de la CFB en matière de surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres sont étroitement liées. En effet, non seulement la CFB ne délivre d'autorisation que si les exigences minimales fixées par la BNS sont remplies, mais il n'est pas toujours possible de séparer clairement la surveillance des systèmes de celle des exploitants et des participants individuels, et les deux autorités de surveillance imposent des exigences semblables aux systèmes concernés et à leurs exploitants. Pour *éviter que certaines activités ne fassent double emploi et assurer une* surveillance *efficace* dans le domaine des systèmes, la loi sur la Banque nationale, la loi sur les banques et la loi sur les bourses obligent explicitement la CFB et la BNS à *collaborer*. Bien que chacune de ces autorités soit seule responsable de ses décisions, elles doivent *se consulter et coordonner leurs activités* avant d'édicter des ordonnances, de rendre des décisions ou de formuler des recommandations.

1.5.6.6.3.5 Coopération de la BNS avec les autorités de surveillance étrangères

La LBN habilite la BNS à transmettre à des autorités de surveillance étrangères des renseignements et des documents non accessibles au public concernant les exploitants de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres pouvant engendrer des risques pour la stabilité du système financier. De tels échanges sont indispensables en vue d'une surveillance efficace, étant donné la forte interdépendance internationale des flux de paiement et la consolidation transfrontière qui s'annonce au niveau de la compensation et du règlement des opérations sur titres. Toutefois, les échanges d'informations doivent obéir à deux conditions qui figurent aussi dans la LB:

– les informations échangées doivent servir *exclusivement à la surveillance directe* de tels systèmes et non, par exemple, à la poursuite pénale;
– les autorités étrangères concernées doivent être liées par le *secret de fonction ou par le secret professionnel*.

1.6 Résultats de la procédure de consultation

Sur mandat du Département fédéral des finances, le groupe d'experts «Réforme du régime monétaire» a élaboré un rapport et un projet de loi[139] qui tient compte des besoins de réforme décrits dans les chapitres précédents. Sur la base du projet des experts, le Conseil fédéral a mené de mi-mars à mi-juillet 2001 une procédure de consultation. 62 organisations intéressées ont exprimé leur avis. Elles ont généralement approuvé l'idée d'une révision complète de la loi sur la Banque nationale, qui remonte à 1953 et s'avère en partie dépassée. Toutefois, elles ont souhaité que certaines propositions de réforme soient complétées ou ont émis des avis divergents sur certaines dispositions concrètes du projet de loi[140].

La formulation de la mission de la banque centrale a de nouveau fait l'objet de plusieurs propositions. Ainsi, la gauche et les syndicats ont dit souhaiter que la BNS vise la stabilité des prix, mais aussi mette sur pied d'égalité les objectifs en matière de croissance et d'emploi. Pour leur part, le PRD, l'UDC et économiesuisse ont préconisé d'accorder la priorité à la stabilité des prix. La majorité des cantons, le PDC, l'Union suisse des arts et métiers, l'Association suisse des banquiers et la BNS se sont déclarés quant à eux favorables à une formulation équilibrée de la mission de la BNS.

Le mode de détermination du bénéfice de la BNS a aussi donné lieu à des réactions des milieux consultés. Le PRD, l'UDC et l'Association suisse des banquiers ont estimé qu'il ne fallait pas politiser cette question, mais laisser le soin à la BNS de décider de la part des bénéfices pouvant être affectée aux provisions et de la part pouvant être distribuée. En revanche, les cantons, notamment, ont proposé que cette décision relève d'un comité indépendant composé de représentants de la BNS, du Conseil fédéral et des cantons.

Divers participants à la procédure de consultation ont soulevé la question du statut juridique de la BNS et souhaité des compléments ou des précisions au sujet de l'obligation de détenir des réserves minimales et de la surveillance des systèmes de paiement.

139 «Rapport d'experts Loi sur la Banque nationale» (note 87).
140 «Rapport du 9 janvier 2002 concernant les résultats de la consultation au sujet de la révision de la loi sur la Banque nationale».

2 Partie spéciale: commentaire article par article

2.1 Chapitre 1: Dispositions générales

2.1.1 Statut juridique et raison sociale (art. 1 P-LBN)

2.1.1.1 Introduction

Les caractéristiques juridiques de la banque centrale – statut juridique et raison sociale – doivent figurer à l'art. 1 de la loi sur la Banque nationale, de la même façon que celles d'une société privée doivent figurer au début de ses statuts et de l'inscription au registre du commerce[141]. La dénomination de «banque centrale de la Confédération suisse» qui figure à l'art. 1, al. 1, P-LBN englobe l'activité spécifique de la BNS telle qu'elle est décrite à l'art. 99, al. 2, Cst. Le «but de la société»[142] selon la terminologie du droit de la société anonyme est ainsi visé.

Actuellement, on entend par «banque centrale» un organe de l'Etat, généralement extérieur au gouvernement, qui est chargé de contrôler le processus de création monétaire. Le terme «Confédération suisse» renvoie au territoire (national) pour lequel la BNS est compétente en matière de politique monétaire. Cette dénomination de «banque centrale de la Confédération suisse» établit ainsi un lien direct entre l'activité de la BNS et sa mission essentielle au sein de l'Etat suisse, lien qui apparaît justifié même si la zone monétaire du franc suisse englobe – en vertu de l'accord monétaire (résiliable) du 19 juin 1980[143] – la Principauté de Liechtenstein. En qualifiant la BNS de banque centrale de la Confédération, la loi contrebalance par ailleurs volontairement sa structure de société anonyme. L'art. 1 de la loi sur la Banque nationale en reflète ainsi d'emblée la "double nature de sujet de droit privé d'une part, et d'institution assumant des tâches publiques d'autre part»[144].

2.1.1.2 Statut juridique

Créée en tant que société anonyme à travers la loi spéciale du 6 octobre 1905 (RO *22* 50), la Banque nationale suisse n'a pas changé de statut juridique depuis lors. L'art. 1 de l'actuelle LBN mentionne que «cette banque jouit de la personnalité civile» (art. 1, al. 2), mais sans préciser le statut juridique de société anonyme, qui n'apparaît que dans les dispositions ultérieures relatives à la LBN (p. ex. art. 5 ss, 29 ss).

La nouvelle loi sur la Banque nationale doit préciser d'emblée le statut de société anonyme de la BNS. Afin d'indiquer que cette dernière est une société anonyme particulière en vertu d'une loi spéciale (ch. 1.3.2.1), l'art. 1, al. 1, P-LBN, la définit en tant que «société anonyme régie par une loi spéciale». Comme une société anonyme jouit par définition de la personnalité civile[145], l'art. 1 n'a pas besoin de

141 Art. 626 du code des obligations (RS **220**). A ce sujet, cf. Böckli Peter, (note 37), nº 107.
142 Art. 626, ch. 2, du code des obligations (RS **220**).
143 Accord monétaire du 19 juin 1980 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein (RS **0.951.951.4**). A ce sujet, cf. Klauser Peter, Der schweizerisch-liechtensteinische Währungsvertrag und die Reform des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts, Quartalsheft SNB nº 2/1984, p. 64 ss.
144 ATF **109** Ib 154.
145 Art. 643 CO. A ce sujet, cf. Böckli, (note 37), nº 143 c.

préciser que la BNS est juridiquement autonome. La situation était différente au moment où l'on a élaboré la loi sur la Banque nationale de 1905: il convenait alors de souligner que la BNS jouissait de l'autonomie juridique, par rapport à la variante «banque d'Etat» qui avait été rejetée lors de la votation populaire de 1897 (ch. 1.3.1.1). Comme jusqu'à présent, l'existence de la BNS en tant que personne morale dépend de la loi sur la Banque nationale et de l'inscription au registre du commerce.

2.1.1.3 Raison sociale

Selon l'art. 1 LBN, le nom de la banque centrale de la Confédération suisse existe en quatre langues; la révision de 1978 a officialisé la version romanche («Banca naziunala svizra»), qui figurait déjà sur les billets de la VIIe émission depuis 1976. La nouvelle LBN inclut la dénomination anglaise («Swiss National Bank») dans la raison sociale (art. 1, al. 2, P-LBN). Cet ajout ne devrait pas poser de problème au niveau du droit des raisons sociales et il ne devrait pas susciter de conflit du fait que les sociétés privées ne peuvent utiliser que dans une mesure limitée le qualificatif «national»[146]. En outre, le principe de l'unité n'interdit pas une formulation de la raison sociale en plusieurs langues, même étrangères[147]. Actuellement la BNS correspond en général avec les banques centrales étrangères et les institutions monétaires internationales (FMI, BRI) sous le nom de «Banque nationale suisse». Cette solution n'est pas satisfaisante. Le recours à la désignation «Swiss National Bank» sera conforme aux nécessités pratiques et aux attentes auxquelles la banque est confrontée dans le cadre de ses relations internationales.

2.1.2 Application subsidiaire du droit des obligations (art. 2 P-LBN)

Le droit en vigueur (art. 13 LBN) déclare les règles du titre vingt-sixième du code des obligations (CO RS *220*) applicables à titre subsidiaire à la BNS, ce qui exclut théoriquement de cette application des parties importantes du CO – par exemple le registre du commerce (art. 927 à 943 CO), le droit des raisons de commerce (art. 944 à 956 CO), de la comptabilité commerciale (art. 957 à 964 CO) et des fondés de procuration et autres mandataires commerciaux (art. 458 à 465 CO). Mais en réalité ces dispositions s'appliquent également à la BNS, raison pour laquelle la nouvelle loi se réfère de manière plus générale à l'ensemble des règles du code suisse des obligations sur la société anonyme (art. 2 P-LBN).

146 Art. 45 de l'ordonnance sur le registre du commerce (RS **221.411**).
147 Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. A. Berne 1998, p. 151.

2.1.3 Sièges et réseau de comptoirs de la BNS (art. 3 P-LBN)

2.1.3.1 Introduction

L'organisation extérieure de la BNS n'a pas changé depuis 1907, et même à l'échelon régional elle exprime encore l'esprit des fondateurs et reflète les compromis auxquels il avait fallu se résoudre lors de l'attribution du monopole d'émission des billets de banque à la Banque nationale (ch. 1.3.1, 1.3.2.2). Dans la perspective actuelle, les dispositions légales héritées du passé qui régissent l'organisation extérieure de la BNS sont problématiques à un double titre. D'abord, elles empêchent un aménagement du réseau de comptoirs de la BNS à la fois souple et adapté aux besoins actuels. Ensuite, elles entrent en conflit avec l'autonomie organisationnelle de la Banque nationale.

S'agissant de l'*aménagement du réseau de comptoirs*, un système efficace d'approvisionnement en numéraire s'est établi en Suisse depuis que la Banque nationale a commencé ses activités, il y a près de 100 ans. Du côté de la BNS, ce système repose sur deux sièges et sur un réseau de succursales, agences et correspondants propres. Au départ, les cantons craignaient que certaines régions du pays ne soient pas approvisionnées correctement en numéraire. Cette crainte s'avère aujourd'hui infondée et les règles qui en sont issues n'ont plus de raison d'être. La réglementation rigide figurant dans les art. 3 et 4 LBN doit donc être modifiée, afin que la BNS puisse adapter de manière autonome son réseau de comptoirs à l'évolution des opérations en numéraire dans notre pays.

L'*autonomie organisationnelle de la BNS* est, avec l'autonomie financière et budgétaire, un élément important de l'indépendance financière de la banque centrale. Elle lui permet de déterminer plus facilement la manière optimale d'utiliser les ressources nécessaires à l'accomplissement de sa mission (ch. 1.2.2.3). Le droit légal des cantons d'intervenir dans l'aménagement du réseau de comptoirs de la BNS n'est pas compatible avec son autonomie organisationnelle. Il pourrait, à l'extrême, contraindre la BNS à maintenir un réseau inefficace de comptoirs et l'empêcher de fournir ses prestations au moindre coût.

Lors du réaménagement des dispositions légales sur les sièges, succursales, agences et représentations figurant à l'art. 3 P-LBN, il convient donc de prendre en compte les souhaits de flexibilité et d'autonomie organisationnelle.

2.1.3.2 Sièges (art. 3, al. 1, P-LBN)

Suite aux vives controverses suscitées à sa création par la question du siège, la BNS possède, selon la LBN en vigueur, un «siège juridique et administratif» à Berne, tandis que le «siège de la direction générale» se trouve à Zurich. Il s'agit là d'un compromis historique, qui n'a pas été remis en question depuis 1905[148]. La LBN (art. 3) prescrit en outre la subdivision de la direction générale en trois départements, et fixe leur siège géographique.

148 Schürmann (note 38), art. 3 n°s 4, 5.

Comme ils ne soulèvent aucun problème dans la pratique, les deux sièges de Berne et Zurich seront maintenus (art. 3, al. 1, P-LBN). A la différence du droit en vigueur, la nouvelle loi ne fera pas de distinction entre siège juridique et siège administratif. La notion de «siège administratif» est inconnue dans le droit civil suisse. Par conséquent, la BNS aura à l'avenir un double siège juridique, expressément mentionné dans la loi. Tant des raisons historiques que des motifs d'intérêt national militent en faveur de cette solution. Ces motifs justifient la nécessité de doter la Banque nationale d'un siège juridique dans la capitale fédérale ainsi que dans le centre financier de la Suisse.

2.1.3.3 Succursales, agences et représentations (art. 3, al. 2 et 3, P-LBN)

Désormais, la BNS sera également habilitée à avoir, en plus de ses sièges de Berne et Zurich, des succursales et des agences dans les régions «en tant que l'approvisionnement du pays en monnaie l'exige» (art. 3, al. 2, P-LBN). Sur le plan opérationnel, les succursales de la BNS sont déjà, depuis le milieu des années 1980, des services extérieurs du domaine du numéraire (département II); toutes les opérations de la BNS qui ne sont pas en rapport avec les mouvements de numéraire (opérations sur le marché monétaire, placement des réserves de devises, opérations sur or, opérations bancaires pour le compte de la Confédération, etc.) sont effectuées exclusivement par les deux sièges. Rien que pour approvisionner le pays en numéraire, la BNS a encore besoin d'un réseau de comptoirs, qu'il s'agisse de succursales – le terme de «succursale»[149] convient mieux du point de vue du droit de la société anonyme – ou d'agences.

Afin de tenir compte de la plus grande concentration géographique du contrôle et du tri du numéraire par les banques, la Poste et les entreprises de transport de valeurs, ainsi que du recours accru à des moyens de paiement sans numéraire, la Banque nationale a réorganisé ses activités en la matière. Depuis début 2000, le contrôle et le tri du numéraire sont centralisés aux sièges de Berne et Zurich et dans les succursales de Genève et Lugano. D'où la suppression des services de caisse des succursales de Bâle, Lausanne, Lucerne et Saint-Gall. Depuis lors, ces succursales n'assument plus qu'un mandat dit d'information, qui consiste à expliquer la politique monétaire aux milieux économiques et aux autorités et à observer la situation économique locale. Comme l'information et l'observation ne font pas partie des tâches d'une banque centrale, cette activité n'est pas incluse dans la notion juridique de succursale, qui suppose une véritable activité d'entreprise et une certaine autonomie économique. Par conséquent, il a fallu rayer du registre du commerce les quatre succursales mentionnées ci-avant, suite à la suppression de leur service de caisse[150]. Pour ces unités régionales chargées d'observer l'évolution économique et d'entretenir des contacts (art. 3, al. 3, P-LBN), le terme de «représentations» est adéquat.

149 Cf Böckli (note 37), nº 143 a.
150 Cf. art. 77, ordonnance sur le registre du commerce (RS **221.411**).

Il n'est pas nécessaire que le législateur précise dans les dispositions générales de la loi «où ont lieu les assemblées générales des actionnaires et, en règle générale, les séances du conseil de banque et celles du comité de banque», comme c'est actuellement le cas (art. 3, al.1, LBN). Ces questions peuvent aisément être réglées à un niveau normatif inférieur (p. ex. dans le règlement d'organisation de la BNS).

2.1.4 Monopole d'émission des billets de banque de la BNS (art. 4 P-LBN)

2.1.4.1 Contexte constitutionnel et légal

Selon l'ancien texte constitutionnel (art. 39, al. 2, aCst.), la Confédération pouvait exercer le monopole des billets de banque au moyen d'une banque d'Etat placée sous une administration spéciale, ou en concéder l'exercice, «sous réserve du droit de rachat», à une banque centrale par actions. Cette réserve se concrétise jusqu'à présent à l'art. 66 de l'actuelle LBN, lequel spécifie en substance que le droit d'émettre des billets de banque est accordé à la BNS pour une durée de 20 ans et que le renouvellement a lieu par arrêté de l'Assemblée fédérale. Cet arrêté doit être précédé d'une décision sur le maintien de la société ou sur sa liquidation, prise par l'assemblée générale de la BNS au moins un an avant l'expiration du monopole d'émission, conformément à l'art. 38, ch. 6, LBN. Si la Confédération ne veut pas prolonger le monopole d'émission, elle peut reprendre la Banque nationale avec actif et passif (art. 66, al. 2, LBN). Le droit de la BNS d'émettre des billets de banque a été renouvelé en dernier lieu par l'arrêté du 28 novembre 1996 de l'Assemblée fédérale, pour une période expirant le 20 juin 2017 (FF *1996* III 24 ss, *1997* I 792).

2.1.4.2 Limitation inutile de la durée du monopole d'émission des billets de banque

L'art. 99, al. 2, Cst. confie directement à la «Banque nationale suisse» la tâche de mener la politique monétaire (ch. 2.1.5.1). Le renouvellement périodique du monopole d'émission – par lequel les Chambres fédérales confirmaient en même temps le statut juridique de société anonyme qui avait été adopté par le législateur – a ainsi perdu sa raison d'être. Comme l'a exposé le Conseil fédéral dans son message du 24 avril 1996 à l'appui du renouvellement du droit exclusif de la Banque nationale suisse d'émettre des billets de banque (FF *1996* III 34), les billets de banque sont la principale composante de la monnaie centrale, vu sous l'angle de l'utilisation. Même si, de nos jours, la politique monétaire consiste en premier lieu à influencer le niveau des taux d'intérêt sur le marché monétaire en francs suisses, il est nécessaire que l'autorité chargée de mener la politique monétaire jouisse également du monopole d'émission des billets de banque. Il se trouve en effet que les avoirs en comptes de virement à la Banque nationale, dont celle-ci se sert pour effectuer ses opérations sur le marché monétaire, et les billets de banque sont deux éléments aisément substituables. Emission des billets de banque et régulation du marché monétaire sont deux fonctions étroitement liées; il est donc normal d'accorder durablement à la BNS le droit d'émettre des billets de banque.

2.1.4.3 Attribution durable du monopole d'émission des billets de banque à la BNS

L'art. 99, al. 1, Cst. confère à la Confédération le droit de battre monnaie et d'émettre des billets de banque. Ainsi que l'explique le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale (FF *1997* I 308), il est judicieux que le monopole d'émission soit conféré à la BNS par la loi plutôt que par la Constitution. Ce privilège doit par contre être durable. A travers l'art. 4, P-LBN, la Confédération confère à la Banque nationale suisse le droit exclusif d'émettre des billets de banque suisses. La loi souligne ainsi que l'exercice du monopole d'émission et la conduite de la politique monétaire sont indissociables.

2.1.5 Tâches de la banque centrale (art. 5 P-LBN)

2.1.5.1 Introduction

L'article constitutionnel sur la politique monétaire (art. 99, al. 2, Cst.) concentre la mission de la BNS sur la tâche principale de la banque centrale, à savoir mener une politique monétaire servant les intérêts généraux du pays. La mission constitutionnelle de la banque centrale demande à être précisée au niveau de la loi (ch. 1.2.2.2), ce qui est fait à l'art. 5, al. 1, P-LBN.

Contrairement à l'ancien article sur la banque centrale (art. 39, al. 3, aCst.), la mission confiée par la Constitution à la BNS ne mentionne pas d'autres tâches principales; il incombe donc à la loi de définir les tâches typiques d'une banque centrale moderne. Ces tâches sont répertoriées à l'art. 5, al. 2 à 4, P-LBN.

2.1.5.2 Mission de la BNS (art. 5, al. 1, P-LBN)

2.1.5.2.1 Conduire la politique monétaire dans l'intérêt général du pays

La BNS doit conduire sa politique monétaire en se laissant guider par l'intérêt général du pays. La teneur de la mission constitutionnelle est reprise presque littéralement au niveau de la loi (art. 5, al. 1, 1re phrase, P-LBN). La formulation «… conduit la politique monétaire dans l'intérêt général du pays» souligne la responsabilité globale de la BNS en matière de politique économique, et le fait que la politique monétaire s'inscrit dans le cadre général de la politique économique de la Confédération. Le texte repris des versions précédentes de la Constitution et de la loi précise qu'il incombe à la Banque nationale d'assurer au monde économique un cadre monétaire optimal[151]. Cette formulation indique également que la BNS doit résoudre au mieux de l'intérêt général du pays d'éventuels conflits entre l'objectif de stabilité des prix et la prise en compte de l'évolution de la conjoncture. De plus, la notion d'«intérêt général» souligne le fait que la BNS doit axer sa politique monétaire sur les besoins de l'économie helvétique dans son ensemble, et n'a pas à tenir compte des difficultés rencontrées par des régions ou des branches particulières.

151 Schürmann, (note 38), art. 2, nº 4.

2.1.5.2.2 Assurer la stabilité des prix

Dans les conditions actuelles, le contrôle du processus de création monétaire constitue la tâche principale de la BNS. Il appartient à la banque centrale d'approvisionner en monnaie l'économie de telle sorte que celle-ci puisse exploiter son potentiel de production sans que la stabilité des prix ne s'en trouve menacée à moyen terme.

Dans ce contexte, il est judicieux de charger la BNS, à travers la loi, d'assurer la stabilité des prix. Les modifications durables du niveau des prix découlent d'une évolution inadéquate de l'approvisionnement en monnaie. Comme la BNS exerce une influence déterminante sur la stabilité des prix par son action sur l'offre de monnaie, elle est mieux placée que tout autre organisme pour viser cet objectif de politique économique. C'est pourquoi il convient de charger explicitement la BNS d'assurer la stabilité des prix. Les prix peuvent certes varier à court ou moyen terme sans que la politique monétaire ne soit en cause, mais il ne fait pas de doute qu'inflation et déflation constituent des phénomènes de nature essentiellement monétaire.

L'obligation faite à la banque centrale d'assurer la stabilité des prix remplace simultanément la suppression formelle du rattachement du franc à l'or[152]. La formulation adoptée établit une correspondance qualitative avec le droit étranger. L'orientation de la politique monétaire sur l'objectif prioritaire de la stabilité des prix comme principe directeur de l'Etat est aujourd'hui largement répandue[153].La stabilité des prix n'est pas un but en soi, mais une condition essentielle du bon fonctionnement de l'économie – donc d'une croissance et d'un bien-être durables. L'importance de la stabilité du niveau des prix tient avant tout au fait que dans notre économie de marché, ce sont les prix qui déterminent la production et la consommation des différents biens. Des modifications du niveau des prix peuvent donner des signaux fallacieux et générer de coûteuses erreurs en matière de planification et d'investissements. Inflation et déflation compliquent les prises de décision des consommateurs et des producteurs, perturbent le développement économique et suscitent des développements sociaux indésirables.

Assurer la stabilité des prix ne veut cependant pas dire que la BNS doit agir sur les prix relatifs. Les fluctuations de ceux-ci exercent une fonction régulatrice importante dans une économie de marché, et la politique monétaire ne doit pas entraver ce rôle des prix relatifs. La tâche de la BNS consiste plutôt à faire en sorte que l'ensemble des prix observés dans l'économie suisse se stabilise à un niveau moyen judicieusement défini.

La loi ne fixe pas de chiffres en matière de stabilité des prix, notamment du fait que cette stabilité est impossible à mesurer exactement. Il a été constaté en Suisse que l'ancien indice des prix à la consommation surestimait le renchérissement effectif à

152 Pour plus de détails, cf.: «Message concernant l'article constitutionnel sur la monnaie» (note 13); FF **1998** 3515.

153 Le «rapport d'experts Réforme du régime monétaire» (note 26) compare en détail les différentes législations en vigueur, p. 29 ss.

raison d'environ 0,5 à 0,6 point de pourcentage[154]. Des erreurs de ce genre ne sont pas tout à fait exclues même après la révision de l'indice suisse des prix à la consommation opérée en 2000. En particulier, il est impossible de déterminer entièrement les augmentations de prix qui correspondent à des améliorations qualitatives de biens et de services. L'indice des prix à la consommation pourrait continuer de surestimer légèrement le renchérissement effectif, de sorte qu'il paraît justifié de considérer que les prix sont stables (pour autant que ceux-ci soient mesurés à l'aide de l'indice en question), s'il y a une légère inflation[155]. On admet ainsi que les prix sont stables en Suisse lorsque le taux d'inflation est de 1 %. Comme il n'est pas possible d'assurer une régulation précise du taux d'inflation, de légers écarts positifs ou négatifs par rapport au taux synonyme de prix stables sont tolérables. Par conséquent, on parle de stabilité des prix lorsque le taux d'inflation – mesuré à l'aide de l'indice suisse des prix à la consommation – est compris entre 0 et 2 % par an (ch. 1.1.1). Cette définition exclut l'hypothèse de la déflation, donc d'une baisse du niveau des prix.

«Assurer» la stabilité des prix signifie qu'il s'agit non seulement de viser ce résultat, mais aussi de l'obtenir effectivement. En fin de compte, l'évolution à long terme des prix constitue un phénomène monétaire; il appartient donc à la BNS d'empêcher les évolutions persistantes, voire les spirales inflationnistes ou déflationnistes.

Des fluctuations à court terme des prix peuvent également survenir, notamment à la suite de répercussions imprévues des prix du pétrole et d'autres produits d'importation, ou lors de modifications des taux de change et des impôts indirects. La Banque nationale ne peut influencer que dans une mesure limitée ces fluctuations. Tant qu'elles n'ont qu'un caractère aléatoire, des écarts temporaires par rapport à l'objectif de stabilité sont acceptables.

2.1.5.2.3 Tenir compte de l'évolution de la conjoncture

Il est incontesté que la politique monétaire peut exercer une influence sur le développement d'une économie ouverte, de petite taille, où les taux de change sont flottants. Comme la Banque nationale dispose, à travers sa politique monétaire, d'un instrument de stabilisation conjoncturelle efficace, une part de responsabilité lui est confiée en matière de développement de l'économie réelle.

154 Brachinger Hans Wolfgang, Schips Bernd, Stier Winfried, Expertise zur Relevanz des «Boskin-Reports» für den schweizerischen Landesindex der Konsumentenpreise, Neuchâtel 1999.

155 Un léger taux d'inflation est également justifié à l'aide de l'argument de l'«effet lubrifiant», selon lequel des taux de renchérissement trop faibles entravent les processus d'adaptation de l'économie réelle. Cela est notamment le cas lorsque la rigidité des salaires nominaux, en présence d'un taux d'inflation proche de zéro, empêche une adaptation des salaires réels. Une légère inflation peut aussi servir de «lubrifiant» à l'économie si l'attente de prix croissants stimule la production. Mais des études empiriques n'apportent pas de réponse claire quant à la réalité de cet «effet lubrifiant» (voir p.ex. Groshen Erica, Schweitzer Mark, Identifying Inflation's Grease and Sand Effects in the Labor Market, dans: Feldstein Martin (éd.), The Costs and Benefits of Price Stability, Chicago, 1999, p. 273–313).

Pour ce qui est de la prise en compte de l'évolution de la conjoncture, il faut distinguer deux types de situations: d'une part les réactions préventives de la politique monétaire à des perturbations économiques susceptibles de menacer la stabilité des prix, d'autre part la lutte contre l'inflation, laquelle est en fin de compte la conséquence d'un approvisionnement en monnaie inadéquat de l'économie.

La BNS doit d'abord tenir compte de l'évolution de la conjoncture lorsqu'elle réagit à des perturbations économiques qui pourraient compromettre la stabilité des prix. Il convient de faire ici la distinction entre deux types de perturbations: les changements imprévus dans la demande globale de biens et de services suisses, et les perturbations au niveau de l'offre.

Lorsque la demande globale est perturbée en Suisse, il faut généralement en rechercher la cause à l'étranger. Ainsi, des restructurations des portefeuilles internationaux entraînant une augmentation de la part des placements en francs suisses peuvent se traduire par une forte appréciation de notre monnaie sur le marché des devises. Si la pression extérieure sur le franc risque de persister, il convient d'envisager un assouplissement de la politique monétaire suisse. Car une hausse forte et durable du franc suisse compromet la stabilité des prix: elle commence par freiner la production et l'emploi, et provoque ensuite une baisse du niveau des prix. Si la BNS assouplit sa politique monétaire, elle sauvegarde la stabilité des prix tout en contribuant à atténuer le recul de la production et de l'emploi. Lors de perturbations de la demande globale, une politique monétaire axée sur la stabilisation du niveau des prix permettra également de réduire les fluctuations de la production et de l'emploi.

Toutefois, la BNS n'est pas toujours en mesure de neutraliser entièrement les effets des perturbations de la demande sur la production et l'emploi. En assouplissant considérablement sa politique monétaire, elle parvient peut-être à obtenir un recul peu marqué de la production et de l'emploi, mais en courant le risque d'attiser durablement l'inflation. Le bon dosage est très délicat à trouver. Le mandat confié par l'art. 5, al. 1, fournit à la BNS le balancier lui permettant de doser sa politique monétaire de manière à ce que la stabilité des prix soit également assurée à long terme. Il lui incombe cependant d'exploiter à fond la marge de manœuvre dont elle dispose pour stabiliser la production et l'emploi.

Lors de perturbations de l'offre, par exemple s'il y a une hausse du prix du pétrole ou du taux des impôts indirects, les banques centrales sont confrontées à un véritable conflit d'objectifs. Ces perturbations ont pour effet d'accroître les coûts de production. Ainsi, elles entraînent une augmentation du niveau des prix et elles incitent les entreprises à réduire leur production et leurs effectifs. Il va de soi que face à une telle situation, la BNS n'est pas en mesure d'empêcher à la fois les prix d'augmenter et la production et l'emploi de reculer. Sa tâche consiste plutôt à tolérer les répercussions immédiates de ces perturbations sur le niveau des prix afin d'atténuer les effets négatifs sur la production et l'emploi. Mais la BNS ne doit pas adopter une approche qui génère une croissance durable de l'inflation.

La BNS doit également tenir compte de l'évolution de la conjoncture dans les situations où l'inflation est déjà apparue à la suite d'évaluations erronées de l'approvisionnement en monnaie de l'économie. Si la BNS se voit contrainte de combattre un taux d'inflation élevé, il convient en règle générale qu'elle applique le plus graduellement possible son approche restrictive. Habituellement, une politique monétaire restrictive entraîne avec un retard de deux à trois ans non seulement une

diminution de l'inflation, mais aussi un fléchissement temporaire de la production et de l'emploi. En luttant de manière progressive contre l'inflation, la BNS peut réduire l'impact négatif de la politique monétaire restrictive sur la production et l'emploi.

La BNS doit donc être attentive à la conjoncture. Toutefois, la politique monétaire ne peut exercer qu'une influence limitée sur la conjoncture. Cette influence ne doit pas être surestimée. La plupart des économistes considèrent aujourd'hui qu'une banque centrale dispose d'instruments efficaces pour infléchir la conjoncture, mais qu'elle ne peut pas les utiliser dans chaque situation de manière à garantir la stabilité des prix. Le mécanisme de transmission est complexe, et l'on ne connaît que de façon lacunaire le mode d'action de la politique monétaire – en partie parce que ses effets interviennent après des délais plus ou moins longs. Il manque donc les bases technico-économiques nécessaires au succès d'une politique monétaire discrétionnaire (dans le but de conduire une politique conjoncturelle anticyclique au sens du «demand management» keynésien). Il y a plutôt un risque que des mesures discrétionnaires aient des effets procycliques, et que la banque centrale devienne elle-même un facteur d'instabilité macro-économique[156]. De plus, toute tentative de la banque centrale visant à intervenir activement sur l'évolution de la conjoncture exerce également une influence sur les attentes des acteurs économiques; ces attentes peuvent avoir des effets opposés et empêcher la banque centrale de réagir efficacement aux perturbations. Enfin, il est souvent difficile d'identifier et de quantifier en temps utile les perturbations économiques. La politique monétaire n'est donc pas en mesure de neutraliser entièrement les oscillations conjoncturelles.

Globalement, l'art. 5, al. 1, P-LBN tient compte adéquatement des possibilités et des limites de la politique monétaire.

2.1.5.3 Principales tâches de la BNS (art. 5, al. 2, P-LBN)

2.1.5.3.1 Approvisionner en liquidités le marché monétaire en francs suisses (art. 5, al. 2, let. a)

Parmi les différentes tâches qu'il incombe à la BNS d'assumer dans le cadre de sa mission, la loi cite d'abord l'approvisionnement en liquidités du marché monétaire en francs suisses. Cette fonction est mentionnée séparément en tant que tâche de la BNS à l'art. 5, al. 2, let. a, P-LBN, car la mise à disposition de monnaie centrale aux établissements financiers agit sur leur capacité d'accorder des crédits et donc sur l'approvisionnement en monnaie de l'économie dans son ensemble. Comme l'émission de billets de banque dépend exclusivement de la demande de l'économie, la doctrine actuelle en matière de politique monétaire consiste à agir sur le taux d'intérêt du marché monétaire en francs suisses à l'intérieur de la marge de fluctuation qui a été fixée pour ce taux (ch. 1.1.1). La BNS met à la disposition des banques commerciales des avoirs en comptes de virement dans le cadre de cette marge, fournissant ainsi au système bancaire – et donc indirectement au marché monétaire en francs suisses – les liquidités nécessaires. Elle procède en achetant ou vendant des

156 Cf. Friedman Milton et Schwartz Anna J., A Monetary History of the United States, 1867–1960, Princeton 1963, qui se montrent critiques à l'égard d'une politique monétaire discrétionnaire.

actifs financiers appropriés, libellés en francs suisses ou en devises étrangères. Les opérations revêtant actuellement une importance pratique pour réguler le marché monétaire sont les pensions de titres, qui ont pris le relais des swaps devises contre francs utilisés précédemment[157]. L'équilibre entre offre et demande d'avoirs en comptes de virement s'établit sur le marché monétaire, par le biais des taux d'intérêt à court terme.

Par ailleurs, la tâche d'approvisionner en liquidités le marché monétaire confère indirectement à la BNS une fonction de «prêteur de dernier recours».

2.1.5.3.2 Assurer l'approvisionnement en numéraire (art. 5, al. 2, let. b)

La BNS a également pour tâche d'assurer l'approvisionnement du pays en numéraire. La LBN en vigueur précise (art. 2, al. 1) que «faciliter les opérations de paiement» constitue une des tâches principales de la BNS. La doctrine y voyait des facilitations techniques, en premier lieu les opérations de paiement sans numéraire entre banques[158]; mais cela comprenait également l'approvisionnement du pays en numéraire[159]. Il paraît cependant judicieux d'établir une distinction normative entre les fonctions de la BNS dans les domaines de l'approvisionnement en numéraire et des systèmes de paiement sans numéraire (ch. 2.1.5.3.3). C'est pourquoi le législateur confie d'abord à la BNS (art. 5, al. 2, let. b, P-LBN) la tâche consistant à assurer l'approvisionnement en numéraire. Cette fonction complète l'exercice du monopole d'émission (art. 4 P-LBN), auquel elle est logiquement associée. Depuis 1981, la BNS met en circulation par l'intermédiaire de son réseau d'agences non seulement les billets de banque mais aussi, sur mandat de la Confédération, les pièces de monnaie, et retire de la circulation les moyens de paiement devenus inutiles. Ce double rôle est mentionné clairement dans la loi sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (art. 5, 7 à 9, LUMMP)[160]. Concrètement, le mandat consistant à assurer l'approvisionnement en numéraire implique pour la BNS l'obligation d'entretenir un réseau de services de caisse capable d'absorber les fluctuations des opérations en numéraire, dont le volume, en raison des habitudes de l'économie en matière de paiements, augmente régulièrement en fin de mois et atteint un maximum en fin d'année.

157 Dans le cas de la pension de titres, l'emprunteur vend des titres au prêteur. Simultanément, il s'engage à racheter au prêteur, à une date ultérieure, une quantité équivalente de titres de la même catégorie et à lui verser un intérêt pour la durée de l'opération. Le swap devises contre francs est la combinaison d'une opération au comptant et d'une opération à terme; à l'échéance, l'opération inverse est effectuée au cours convenu préalablement. Les effets de ces opérations sur le volume des liquidités sont limités à la durée de leur validité, c'est-à-dire qu'ils se neutralisent eux-mêmes à l'échéance des opérations. Cette propriété en fait des moyens de gestion particulièrement souples qui permettent de plus à la BNS de contrôler les taux d'intérêt sur le marché monétaire.

158 Schürmann, (note 38), art. 2, nº 3.

159 Cf. Klauser (note 18), p. 445 s.

160 Cf. le «message concernant la LUMMP» (note 9); FF **1999** 6550, 6556 ss.

2.1.5.3.3 Faciliter et assurer le bon fonctionnement de systèmes de paiement sans numéraire (art. 5, al. 2, let. c)

En Suisse, les opérations de paiement sans numéraire sont le fait des systèmes suivants: le système de paiement interbancaire électronique SIC (Swiss Interbank Clearing), le système de paiement postal et le système ESD (échange de supports de données). Le système de transfert électronique d'argent SIC est exploité par une entreprise commune des banques sur mandat de la BNS, qui se charge également de le contrôler. Les moyens de paiement utilisés sont des avoirs en comptes de virement à la BNS détenus par les participants au SIC[161]. La BNS considère que son rôle en matière d'opérations de paiement sans numéraire consiste en premier lieu à faciliter le bon fonctionnement des systèmes de paiement pour de gros montants, auxquels sont raccordés des banques, des négociants en valeurs mobilières, des organismes de compensation, la Poste, etc. La BNS apporte une contribution importante à la stabilité des marchés financiers en donnant son appui à des systèmes de paiement entre établissements financiers qui offrent de bonnes garanties sur le plan du fonctionnement et qui permettent de transférer des montants importants avec un minimum de risque de liquidité et de crédit. Le législateur précise désormais que cette tâche consiste à «faciliter» le bon fonctionnement de systèmes de paiement sans numéraire (art. 5, al. 2, let. c, P-LBN).

Cependant, la formulation «faciliter les opérations de paiement» utilisée jusqu'à présent (art. 2, al. 1, LBN) ne suffit plus sous l'angle de systèmes importants pour la stabilité. La BNS détient en effet une position clé dans les paiements interbancaires. Il convient ainsi de définir les tâches dévolues à la banque centrale de manière à faciliter et à garantir le bon fonctionnement de systèmes de paiement importants pour l'économie du pays. Il faut en effet que la nouvelle loi confère également à la BNS la compétence de surveiller les activités de systèmes de paiement susceptibles de compromettre la stabilité du système financier (ch. 1.5.6). La formulation proposée, à savoir «elle facilite et assure le bon fonctionnement de systèmes de paiement sans numéraire» (art. 5, al. 2, let. c, P-LBN) est conforme à cet objectif. Elle s'inspire pour l'essentiel du droit européen. Selon l'art. 105, al. 2 (par. 4), du traité du 7 février 1992 instituant la Communauté européenne (traité CE), une des tâches fondamentales du Système européen de banques centrales (SEBC) est de «promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement»[162]. La tâche décrite à l'art. 5, al. 2, let. c, P-LBN renvoie donc sous une forme générale à la compétence de la BNS d'intervenir envers les exploitants de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres, qui figure désormais dans la nouvelle loi sur la Banque nationale (art. 19 à 21 P-LBN). L'objectif dans le domaine des systèmes de paiement sans numéraire tel qu'il est formulé à l'art. 5, al. 2, let. c, P-LBN convient parfaitement comme référence pour l'interprétation concrète des art. 19 à 21 P-LBN.

161 Cf. Vital Christian, Swiss Interbank Clearing (SIC): Erfahrungen und Einschätzungen, dans: Geiger H. und Spreemann K. (éd.), Banktopologie, Bern/Stuttgart/Wien 1998, p. 79 à 94; Hess Martin, Die Rechtsgrundlagen des Swiss Interbank Clearing, WuR 1988, p. 32 ss.

162 Cf. aussi art. 3.1 du protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne «statuts du SEBC»

2.1.5.3.4 Gérer les réserves monétaires (art. 5, al. 2, let. d)

Les réserves monétaires permettent à la banque centrale d'intervenir au besoin sur le marché des devises, afin de prévenir et de surmonter des crises éventuelles et d'assurer la confiance dans la monnaie nationale. Les réserves monétaires comprennent l'or, les devises, les positions de réserve auprès du Fonds monétaire international et les moyens de paiement internationaux. L'importance que revêtent ces actifs de la banque centrale sous l'angle de la politique monétaire requiert une mention particulière dans la liste des tâches figurant dans la nouvelle LBN.

Aux termes de l'art. 5, al. 2, let. d, P-LBN, la BNS «gère les réserves monétaires». La loi se réfère ainsi à l'art. 99, al. 3, Cst. (constituer des réserves monétaires suffisantes). La gestion des réserves monétaires doit se conformer aux objectifs de la politique monétaire; elle doit obéir aux critères de la sécurité, de la liquidité et du rendement. Cela signifie que la BNS doit se concentrer sur des placements liquides et comportant de faibles risques de crédit. Compte tenu également de l'importance des principales monnaies en tant que moyens de transaction et de réserve, elle effectue ainsi ses placements selon les principes d'une gestion de patrimoine moderne. Elle opère en particulier une diversification judicieuse de ses placements en vue d'un rapport risques/rendement adéquat. Le terme «gérer» se rapporte ici à une activité de la BNS axée sur le rendement tout en étant subordonnée aux impératifs de la politique monétaire (ch. 1.4.4.4).

2.1.5.3.5 Contribuer à la stabilité du système financier (art. 5, al. 2, let. e)

En tant que banque centrale, la BNS participe de différentes manières à la stabilité du système financier (art. 5, al. 2, let. e, P-LBN). La protection la plus efficace consiste à créer des conditions globales à même de garantir la solidité des piliers du système financier (monnaie, banques, systèmes de règlement des opérations). En Suisse, l'Etat contribue largement à assurer une protection contre l'insolvabilité des établissements financiers, dans la mesure où il exerce, par le biais de la Commission fédérale des banques, une surveillance efficace des marchés financiers, axée sur la prévention. La BNS est tenue, pour sa part, d'analyser en permanence l'évolution du secteur financier dans le cadre de ses activités statistiques et de la surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres, et de mettre en oeuvre une politique monétaire axée sur la stabilité afin de doter le système financier d'une base solide.

On ne peut toutefois exclure que la BNS doive mettre en œuvre des mesures exceptionnelles pour empêcher une crise systémique. Elle est d'ailleurs la mieux placée à cet effet, étant donné qu'elle peut créer à volonté des liquidités en francs suisses et dispose des réserves monétaires. Or, des mesures qui visent à préserver la stabilité du système financier national en injectant des liquidités supplémentaires comportent des risques. La création supplémentaire de monnaie risque en effet d'être en conflit avec les exigences d'une politique axée sur la stabilité des prix.

Les problèmes de liquidités doivent toujours être résolus en s'efforçant de préserver le bon fonctionnement du système. En revanche, il convient de distinguer entre le rôle de prêteur de dernier recours assumé par la BNS et le sauvetage d'établissements financiers insolvables qu'il n'appartient pas à une banque d'émission

d'opérer. Dans une économie de marché, les pertes occasionnées par la débâcle d'un établissement financier doivent être assumées par ses propriétaires et, le cas échéant, par ses créanciers. Le droit de l'insolvabilité incite ainsi à la discipline, en ce sens que la prise de risques excessifs par une entreprise est normalement sanctionnée par la disparition de cette dernière.

La plupart des lois sur les banques centrales renoncent à juste titre à réglementer expressément la fonction de prêteur de dernier recours. L'attitude de la banque centrale à l'égard d'une banque qui éprouve des problèmes de liquidités ne doit pas être prévisible. En effet, un filet de sécurité connu et garanti inciterait les intervenants sur les marchés financiers à adopter une attitude plus risquée («hasard moral»). Il n'est donc guère indiqué de définir dans une loi les critères justifiant l'intervention de la BNS en qualité de prêteur de dernier recours.

2.1.5.4 Tâche spéciale: participer à la coopération monétaire internationale (art. 5, al. 3, P-LBN)

La BNS participe de différentes manières à la coopération monétaire internationale. Jusqu'à présent, seule la coopération directe de la BNS avec d'autres banques centrales, notamment pour le placement de réserves monétaires ou l'octroi de crédits à court terme (swaps)[163], se fondait explicitement sur la loi sur la Banque nationale (art. 14, ch. 3, LBN). Les activités de la BNS qui s'inscrivent dans le cadre d'accords internationaux continueront d'avoir pour base juridique nationale divers actes législatifs spéciaux de la Confédération (ch. 1.3.3.2).

Après que la BNS s'est vu confier ces dernières décennies, par des actes législatifs spéciaux de la Confédération, d'importantes tâches d'exécution en matière de coopération monétaire internationale, il paraît judicieux de mentionner succinctement ce domaine d'activité dans la loi sur la Banque nationale (art. 5, al. 3, 1re phrase, P-LBN). En soi, la formulation proposée («elle participe à la coopération monétaire internationale») ne confère pas à la BNS la capacité d'agir sur le plan des accords internationaux; toutefois elle peut lui être accordée le cas échéant par certains accords internationaux[164]. Le terme «participe» réserve à la Confédération la compétence de conduire la politique étrangère suisse (art. 54, 166, Cst.).

A la différence de ce qui est prévu pour les tâches principales au sens de l'art. 5, al. 1 et 2, P-LBN, que la BNS doit assumer de manière indépendante (ch. 2.1.6), la BNS est soumise aux instructions des autorités fédérales dans le domaine de la coopération monétaire internationale. Elle est tenue ici de «collaborer avec le Conseil fédéral conformément à la législation applicable en la matière» (art. 5, al. 3, 2e phrase, P-LBN). De telles règles relatives à la collaboration se retrouvent notamment à l'art. 1, al. 3, de l'arrêté sur les AGE (RS *941.15*), à l'art. 4 de la loi concernant la participation de la Suisse aux institutions de Bretton Woods (RS *979.1*) (convention entre Conseil fédéral et BNS sur l'application du statut de membre du FMI), ainsi qu'à l'art. 5 de l'arrêté concernant la participation à la FASR

163 A ce sujet, cf. Klauser Peter, Schweizerische Rechtsgrundlagen der internationalen Währungshilfe, dans: Festschrift für Leo Schürmann, Staat und Gesellschaft, Fribourg 1987, p. 318 s.

164 Cf. Nobel (note 18), p. 161.

(RS *941.152*). La «législation applicable en la matière» se rapporte à différents actes législatifs spéciaux dans le domaine de la coopération monétaire internationale (ch. 1.3.3.2). La participation de la BNS à la coopération monétaire internationale inclut les conseils donnés aux autorités fédérales dans les questions relatives à ce domaine. Il n'est donc pas nécessaire d'inclure cette activité – jusqu'ici mentionnée séparément à l'art. 2, al. 1, 2e phrase, LBN – dans les tâches répertoriées à l'art. 5 P-LBN. La solution proposée permet d'inscrire dans la loi la part de responsabilité qui revient à la BNS dans le domaine de la coopération monétaire internationale[165].

En plus de la collaboration internationale fondée sur des accords internationaux et décrite ci-avant, de nombreuses opérations effectuées directement par la BNS avec d'autres banques centrales et avec des organisations internationales, qui ne résultent pas d'accords internationaux (art. 10 P-LBN, ch. 2.2.3), s'inscrivent également dans le cadre de la coopération monétaire internationale. Le libellé de l'art. 5, al. 3, P-LBN englobe ces opérations effectuées par la BNS ainsi que l'assistance technique à d'autres banques centrales.

2.1.5.5 Tâche secondaire: fournir des services bancaires à la Confédération (art. 5, al. 4, P-LBN)

Fournir des services bancaires au gouvernement ne fait pas partie des tâches principales d'une banque centrale (ch. 1.4.6.1.1). Il convient toutefois de mentionner parmi les tâches répertoriées à l'art. 5 P-LBN que la BNS agit en tant que banquier de la Confédération. Ce rôle est décrit de manière plus précise dans le chapitre consacré aux opérations de la Banque nationale (art. 11 P-LBN).

Aux termes de l'art. 5, al. 4, P-LBN, la BNS fournit des services bancaires à la Confédération. Par «Confédération» il faut entendre d'abord l'administration fédérale, le Tribunal fédéral ainsi que les établissements et les institutions de la Confédération sans personnalité juridique propre (p. ex. EPFZ, EPFL, Caisse de compensation AVS, fonds spéciaux de la Confédération). Le terme Confédération s'applique en principe également à des établissements ou à des sociétés anonymes de la Confédération dotées de la personnalité juridique (p. ex. les CFF, la Poste, la SUVA, la Régie fédérale des alcools). En ce qui concerne ces établissements et ces sociétés anonymes de la Confédération jouissant de l'indépendance, la BNS devra toutefois examiner avec un soin particulier si et, le cas échéant, dans quelle mesure le fait de leur fournir des services bancaires est compatible avec le principe de neutralité concurrentielle. Etant donné son importance en matière de trafic des paiements, la Poste aura cependant accès comme une banque aux services de la BNS. Il convient également de préciser quels services bancaires la Banque nationale fournit à la Confédération: il s'agit de prestations que la Confédération pourrait également se procurer sur le marché privé (ch. 1.4.6.1.1). Elles englobent en principe tous les types de services bancaires, au premier plan desquels figurent la tenue de comptes, les opérations de paiement, le placement de fonds liquides, les emprunts sur le marché monétaire et sur le marché des capitaux, la garde et la gestion de titres et

165 Cf. aussi Richli Paul, *Zur internationalen Verflechtung der schweizerischen Währungsordnung*, dans: ZBJV 124bis, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, p. 360.

d'objets de valeur. Le service de la monnaie ne fait pas partie des services bancaires (ch. 1.4.6.2.2).

Dans la nouvelle loi sur la Banque nationale, le rôle de banquier de la Confédération qu'assume la BNS n'est plus formulé comme une obligation légale, mais comme une compétence (ch. 1.4.6.3.3; ch. 2.2.4). À l'avenir, la BNS fournira à la Confédération les services bancaires dont la nature et le volume auront été convenus entre les services fédéraux compétents et la BNS elle-même. Celle-ci opérera dans ce cadre contractuel comme une banque commerciale, à la demande de son client. Ce point est mentionné en particulier à l'art. 5, al. 4, 2e phrase, P-LBN, car il s'agit là d'une forme de collaboration atypique entre une banque centrale et le gouvernement; elle se rapporte exclusivement aux services bancaires, et non à la politique monétaire ou à la coopération monétaire internationale.

2.1.6 Indépendance de la BNS à l'égard de toute instruction (art. 6 P-LBN)

Selon l'art. 99, al. 2, Cst., la BNS mène la politique monétaire «en sa qualité de banque centrale indépendante». L'aspect principal de son autonomie est de nature fonctionnelle: la banque centrale doit pouvoir exercer sa mission sans recevoir d'instructions du gouvernement ou du Parlement (ch. 1.2.2.3).

Bien que la BNS jouisse aujourd'hui déjà d'une grande indépendance fonctionnelle[166], il est indispensable que la nouvelle LBN explicite le terme «indépendant» figurant dans la Constitution (art. 99, al. 2, Cst.). L'interdiction, mentionnée à l'art. 6 P-LBN, de solliciter ou d'accepter, dans l'accomplissement des tâches de politique monétaire, des instructions du Conseil fédéral, de l'Assemblée fédérale ou d'autres organisations, s'applique tant à la Banque nationale en tant qu'institution qu'aux membres de ses organes (conseil de banque, direction générale, organe de révision). Par «autres organismes» il faut entendre les autorités fédérales ou cantonales aussi bien que les milieux de l'économie privée. Cela garantit l'indépendance fonctionnelle de la BNS dans l'accomplissement de ses tâches principales et rend le régime monétaire helvétique eurocompatible sur un point central (ch. 6). L'absence d'instructions signifie notamment que la BNS jouit de l'autonomie décisionnelle en matière d'exercice du monopole d'émission des billets de banque, d'approvisionnement en liquidités du marché monétaire, d'approvisionnement en numéraire, de mesures à prendre pour assurer le bon fonctionnement des systèmes de paiement, de placement de ses actifs et de recours aux instruments nécessaires pour assumer ces tâches.

166 Cf. à ce sujet le «message concernant l'article constitutionnel sur la monnaie» (note 13); FF **1998** 3523.

2.1.7 Obligation de rendre compte et information (art. 7 P-LBN)

2.1.7.1 Introduction

L'indépendance de la banque centrale doit être contrebalancée. D'où l'obligation pour celle-ci de rendre compte en profondeur de sa politique. Ce principe se fonde sur le concept de l'«indépendance liée à l'obligation de rendre compte» (accountable independence)[167] de la banque centrale, qui figure également dans le droit de l'Union européenne[168]. Le fait que la banque centrale doive expliquer régulièrement sa politique et rendre compte des décisions prises donne à son statut d'indépendance la légitimité nécessaire dans un Etat démocratique et son activité devient transparente.

Outre qu'elle est assortie de l'obligation de rendre compte au Conseil fédéral et au Parlement, l'indépendance de la banque centrale exige d'elle qu'elle informe le public au sujet de la politique monétaire. Concrètement, la banque centrale doit informer régulièrement le public de ses intentions et du degré de réalisation des objectifs de la politique monétaire, et publier les données la concernant qui sont importantes pour les marchés[169].

L'obligation de rendre compte et d'informer doit comporter trois volets, étant donné que le Conseil fédéral, le Parlement et le public entretiennent des rapports différents avec la banque centrale et assument des fonctions distinctes.

2.1.7.2 Obligation de rendre compte au Conseil fédéral (art. 7, al. 1, P-LBN)

Actuellement, la BNS renseigne déjà en détail le Conseil fédéral sur la politique monétaire qu'elle mène, principalement lors des discussions sur la situation économique et monétaire qui ont lieu trois ou quatre fois par an entre la direction générale de la BNS et la délégation du Conseil fédéral pour la politique économique générale. Comme cet échange d'informations, qui se déroule dans un climat de confiance, a largement fait ses preuves, il est mentionné à l'art. 7, al. 1, 1re phrase, P-LBN. La loi ne précise pas si le Conseil fédéral in corpore ou une délégation participe aux entretiens avec les représentants de la BNS. Les sujets à traiter sont décrits de manière générale: il s'agit d'examiner la situation économique, la politique monétaire, ainsi que des questions d'actualité en rapport avec la politique économique de la Confédération. Il est important pour la BNS de connaître le cadre fiscal et financier dans lequel elle doit mener sa politique monétaire. Le terme «régulièrement» permet d'adapter la fréquence des entretiens aux besoins du moment.

Depuis 1978, la LBN prescrit (art. 2, al. 2) au Conseil fédéral et à la Banque nationale de s'informer de leurs intentions et de se concerter préalablement lorsqu'il y a d'importantes décisions à prendre en matière de politique conjoncturelle et moné-

167 Concernant cette notion, cf. Lastra Rosa Maria, Central Banking and Banking Regulation, Londres 1996, p. 49 ss.
168 Art. 113 (al. 3), traité CE.
169 Cf. Code de bonnes pratiques du Fonds monétaire international pour la transparence des politiques monétaire et financière (juillet 2000), annexe 1, ch. II, III.

taire. Cette disposition a été introduite en vue de l'utilisation par la banque centrale des instruments relevant de l'exercice de la puissance publique[170] (ch. 1.3.5.3.2). Elle prend concrètement la forme d'une réunion qui a lieu en fin d'année entre le président de la direction générale et le Conseil fédéral in corpore, en vue de débattre de la politique monétaire pour l'année suivante. Ce devoir de s'informer «avant de prendre des décisions importantes en matière de politique économique et monétaire» s'inscrit donc logiquement dans la nouvelle loi (art. 7, al. 1, 2e phrase, P-LBN); et parallèlement à ce qui a été fait pour l'art. 7, al. 1, 1re phrase, P-LBN, le terme de «politique conjoncturelle» est remplacé par celui, plus large et plus moderne de «politique économique». La 2e phrase de l'art. 7, al. 1, P-LBN ajoute à l'obligation de rendre compte un élément «tourné vers l'avenir» en ce sens que le gouvernement a la possibilité de donner à la direction générale de la BNS son point de vue – par exemple sur le degré d'austérité de la politique monétaire. Il faut toutefois que l'autonomie décisionnelle de la BNS soit sauvegardée, faute de quoi l'obligation de rendre compte entrerait en conflit avec l'indépendance à l'égard de toute instruction (selon l'art. 6 P-LBN). Si l'on supprime les instruments relevant de l'exercice de la puissance publique mis en place par le Conseil fédéral dans des situations d'urgence (ch. 1.5.4, 1.5.5), le devoir de coordination pourrait signifier à l'avenir que le degré de rigueur de la politique monétaire nécessite l'aval du Conseil fédéral. Il serait donc illogique de reprendre dans la nouvelle loi le devoir de concertation préalable qui figure à l'art. 2, al. 2, de l'actuelle LBN. La BNS assume seule les tâches décrites à l'art. 5, al. 1 et 2, P-LBN. Le Conseil fédéral, pour sa part, a l'entière responsabilité des décisions de politique économique fédérale de sa compétence.

L'obligation de rendre compte qui incombe à la BNS comporte d'autres aspects: son rapport annuel et ses comptes annuels doivent être soumis à l'approbation du Conseil fédéral, laquelle, comme jusqu'à présent, doit être donnée avant la présentation du rapport et des comptes en question à l'assemblée générale. Dans la loi en vigueur (art. 63, ch. 2, let. i, en relation avec l'art. 25, al. 3, LBN), cette compétence du Conseil fédéral découle du concours des autorités fédérales à l'administration de la BNS et du droit de contrôle qu'exerce la Confédération. Toutefois, du point de vue de la systématique, cette compétence relève de l'obligation de rendre compte, de sorte qu'elle figurera désormais à l'art. 7, al. 1, 3e phrase, P-LBN. Alors que la première partie de l'art. 7, al. 1, P-LBN (examen de la situation économique et de la politique monétaire) fait pendant à l'autonomie fonctionnelle de la BNS, l'approbation du rapport de gestion et des comptes annuels est le pendant de son autonomie financière, notamment sur le plan budgétaire.

2.1.7.3 Obligation de rendre compte à l'Assemblée fédérale (art. 7, al. 2, P-LBN)

L'Assemblée fédérale représente le peuple suisse et joue à ce titre un rôle important dans la légitimation démocratique du cap fixé par la BNS en matière de politique monétaire. La Banque nationale est souvent confrontée dans ce domaine à des décisions difficiles et à des conflits d'objectifs. C'est à dessein que ces décisions sont déléguées à la banque centrale, indépendante, car elle est mieux armée pour les

170 Selon Schürmann (note 38, art. 2, nº 6), cette prescription se réfère à la «coordination de la politique conjoncturelle», qui englobait à l'époque la politique monétaire.

prendre que par exemple le Conseil fédéral ou le Parlement (expertise, structure incitative, conditions techniques). Pour la BNS, ce transfert de compétences se traduit par l'exercice d'une responsabilité. Elle doit donc exposer ex post au Parlement les réflexions à l'origine des décisions prises.

La LBN ne mentionnait jusqu'à présent aucune obligation pour la BNS de rendre compte aux Chambres fédérales. Cependant, des représentants de la BNS expriment régulièrement, devant les commissions compétentes de l'Assemblée fédérale, leur point de vue sur des questions touchant à la situation économique, à la politique monétaire, aux banques, à la finance et à la politique étrangère.

En ce qui concerne l'obligation de rendre compte à l'Assemblée fédérale, deux aspects méritent une attention particulière. Il s'agit, premièrement, d'éviter que les acteurs politiques n'exercent une influence sur les décisions de la banque centrale. Deuxièmement, il ne faut pas qu'en raison de l'obligation faite à la BNS de rendre compte à l'Assemblée fédérale, les membres du Parlement soient informés avant le public et les marchés. Ainsi, il est nécessaire que les informations fournies par la BNS aux Chambres soient essentiellement «rétrospectives», c'est-à-dire exposent et justifient la politique monétaire de la BNS (art. 7, al. 2, P-LBN), sans divulguer ses intentions en la matière.

La nouvelle disposition de la loi précise que la politique monétaire est «régulièrement» exposée aux «commissions compétentes de l'Assemblée fédérale». Si le moment et la fréquence des comptes rendus au Parlement ne sont pas définis dans la loi, cc'est parce qu'ils doivent pouvoir être adaptés aux besoins des commissions compétentes. On pourrait par exemple imaginer que la BNS explique deux fois par an au Parlement sa politique monétaire et ses estimations en matière d'inflation et d'évolution de la conjoncture. Les parlementaires devraient alors avoir la possibilité de poser des questions à la BNS et de discuter avec elle. Afin de permettre un dialogue critique et de délimiter clairement l'obligation de rendre compte au Parlement et l'information du public, les comptes rendus devraient être présentés lors de séances de commissions et non devant le plénum.

2.1.7.4 Informer le public (art. 7, al. 3, P-LBN)

Une banque centrale qui entend rester crédible doit rendre sa politique monétaire transparente pour le public. Il faut en effet que tout un chacun puisse évaluer si, et dans quelle mesure, la banque centrale poursuit la mission qui lui a été assignée par la loi. Il incombe tout d'abord à la BNS d'informerle public au sujet de la politique monétaire qu'elle a menée dans le passé. Lors des conférences de presse semestrielles consacrées à une rétrospective de sa politique monétaire, la BNS répond à des questions sur la ligne adoptée.

La BNS doit également informer le public de ses intentions en matière de politique monétaire; elle le fait aussi lors des conférences de presse semestrielles, dans le but de permettre aux sujets économiques de mieux évaluer l'évolution future de l'approvisionnement en monnaie de l'économie suisse. La BNS entend rendre sa politique monétaire prévisible; elle publie à cet effet ses prévisions en matière d'inflation et de conjoncture, et communique, le cas échéant, les indicateurs auxquels elle a recours pour fixer le cours de la politique monétaire.

La nouvelle loi sur la Banque nationale (art. 7, al. 3, P-LBN) fait état de cette information rétrospective et prospective du public.

2.1.7.5 Publication de rapports et données (art. 7, al. 4, P-LBN)

Outre qu'elle informe le public lors des conférences de presse semestrielles, la Banque nationale publie déjà, aujourd'hui, des rapports écrits et des données relatives à la situation économique et à la politique monétaire. Elle élabore ainsi tous les trois mois des rapports (dénommés bulletins trimestriels) sur l'évolution économique et monétaire et fournit dans son rapport annuel des informations détaillées sur l'évolution économique et la politique monétaire de l'année écoulée[171]. Cette présentation de la politique monétaire a fait ses preuves et figure à ce titre à l'art. 7, al. 4, LBN, comme un élément de l'obligation d'informer. Il importe de nuancer l'obligation pour la BNS de publier des rapports sur l'évolution économique. Dans ses rapports trimestriels, elle ne doit pas traiter tous les aspects de l'économie suisse, mais seulement ceux qui revêtent de l'importance pour la conduite de la politique monétaire.

Selon la loi en vigueur, la BNS publie en outre «l'état de son actif et de son passif au 10, au 20 et au dernier jour de chaque mois» (art. 16, al. 2, LBN). Les modifications des postes du bilan doivent permettre aux observateurs du marché de se faire une idée de l'approvisionnement en liquidités du système bancaire. Cependant, la simple publication de postes du bilan – même assortie de commentaires – n'est plus suffisante dans le contexte des marchés financiers actuels; les médias économiques renoncent d'ailleurs depuis plusieurs années à publier cette information de la BNS. De même, la prescription selon laquelle la BNS «publie régulièrement le taux d'escompte et le taux d'intérêt pour les avances» (art. 16, al. 1, LBN) ne convient plus pour évaluer l'austérité de la politique monétaire. Les crédits d'escompte et les crédits lombards n'ont en effet pratiquement plus aucune importance en tant que moyen de gestion de l'offre de monnaie (ch. 1.3.3.3). À l'avenir cet «état» de la BNS devrait essentiellement illustrer à intervalles rapprochés l'application de la politique monétaire et se concentrer ainsi sur quelques paramètres importants. On pourrait aussi envisager des informations plus détaillées (relatives aux volumes et aux prix) sur les instruments utilisés. L'art. 7, al. 4, P-LBN crée à cet égard un cadre suffisamment souple en parlant «de données importantes de politique monétaire» (en lieu et place de l'état de l'actif et du passif).

L'obligation de publier des rapports et des données de politique monétaire, mentionnée à l'art. 7, al. 4, correspond au droit de l'UE (ch. 6 ci-après)

171 Toutes les publications, diverses séries de données et de nombreuses autres informations se trouvent sur le site Internet de la BNS: http://www.snb.ch.

2.1.8 Exonération fiscale de la BNS (art. 8 P-LBN)

Les dispositions générales qui régissent la BNS doivent également en définir le statut fiscal. La révision de 1997 de la loi sur la Banque nationale a étendu aux impôts fédéraux directs l'exonération fiscale de la BNS, qui se limitait jusque là aux impôts cantonaux et communaux[172]. L'art. 8 P-LBN est à peu de chose près identique à l'art. 12 LBN.

La différence porte sur le libellé de l'art. 8, al. 2, P-LBN qui, contrairement à l'art. 12, LBN, ne fixe de réserve que pour les émoluments cantonaux et communaux. La BNS doit être exemptée des «droits de mutation cantonaux et communaux» qui frappaient les opérations immobilières, du fait que les cantons participent de toute manière à hauteur des deux tiers aux bénéfices – en forte hausse ces derniers temps – de la Banque nationale.

2.2 Chapitre 2: Opérations de la Banque nationale

2.2.1 Introduction

Les normes relatives aux opérations de la BNS requièrent une refonte complète (ch. 1.4.2). Il s'agit d'étendre la marge de manœuvre dont dispose la Banque nationale sur le plan des opérations, de telle sorte qu'elle puisse assumer ses tâches de manière optimale face à l'évolution des marchés financiers. Par conséquent, les instruments opérationnels prévus par la loi doivent être suffisamment souples, tout en respectant les exigences spécifiques auxquelles doit répondre une banque centrale en matière de liquidités, de risques, et de rendement de ses placements (ch. 1.4.5).

Du point de vue de la systématique, la proposition concernant les dispositions relatives aux opérations de la BNS suit la nouvelle classification des tâches figurant à l'art. 5 P-LBN. Matériellement, il est logique de se référer aux prescriptions qui régissent les opérations de la BCE, du fait qu'il s'agit là d'un standard reconnu. Sur le plan terminologique, il apparaît judicieux d'adopter les termes de la législation suisse sur les marchés financiers (loi sur les banques, loi sur les bourses).

2.2.2 Opérations avec des intervenants sur les marchés financiers (art. 9 P-LBN)

2.2.2.1 Rapport entre les opérations sur les marchés financiers et les tâches (art. 9, al. 1, P-LBN)

L'art. 9, al. 1, P-LBN commence par établir le rapport entre les opérations sur les marchés financiers mentionnées dans cette disposition (let. a à f) et l'accomplissement par la BNS des «tâches de politique monétaire qui lui sont assignées en vertu de l'art. 5, al. 1 et 2». Il s'agit avant tout des tâches principales de la BNS, mentionnées à l'art. 5, al. 2, let. a à e, P-LBN, tâches qui doivent en premier lieu être accomplies à l'aide des instruments opérationnels énumérés à l'art. 9 P-LBN.

172 Cf. message du 17 mars 1997 relatif à la révision de la loi sur la Banque nationale («message de 1997»); FF **1997** II 891 ss.

2.2.2.2 Tenue de comptes et garde de valeurs (art. 9, al. 1, let. a, P-LBN)

La tenue de comptes par la BNS revient en premier lieu à mettre en application l'art. 5, al. 2, let. a, P-LBN (en effectuant sur le marché monétaire, par le biais des comptes de virement, des opérations telles que pensions de titres et swaps devises contre francs), l'art. 5, al. 2, let. b, P-LBN (en débitant les comptes de virement des retraits d'argent liquide et en les créditant des livraisons d'argent liquide), et enfin l'art. 5, al. 2, let. c, P-LBN (en effectuant par le biais des comptes de virement des paiements sans numéraire). L'acceptation d'actifs en dépôt, également mentionnée à l'art. 9, al. 1, let. a, P-LBN, doit avant tout être vue dans le contexte de l'art. 9, al. 1, let. e, P-LBN (avances sur nantissement). La disposition de l'art. 9, al. 1, let. a remplace l'art. 14, ch. 6 et 7, LBN et, partiellement, l'art. 14, ch. 8 et 12, LBN. La loi n'a pas besoin de mentionner explicitement les opérations portant sur des chèques, des assignations ou des encaissements[173], car elles font partie de la tenue de comptes.

La loi mentionne en tant que partenaires de la BNS (titulaires de comptes) «des banques et d'autres intervenants sur les marchés financiers». Les banques font certes partie des intervenants sur les marchés financiers, mais la loi les met en évidence du fait que c'est par les comptes de virement des banques que transitent les impulsions de la politique monétaire sur l'économie réelle. Les «autres intervenants sur les marchés financiers» sont les entreprises qui interviennent à titre professionnel sur les marchés en question, telles que les négociants en valeurs mobilières, les assurances, les organismes de compensation et de règlement, les entreprises de cartes de crédit et de débit, ainsi que la Poste. Les titulaires de comptes peuvent être domiciliés aussi bien en Suisse qu'à l'étranger.

Les comptes ouverts par la BNS peuvent être rémunérés ou non rémunérés. Les comptes de virement devraient continuer, comme actuellement, de ne pas produire d'intérêts. En permettant désormais à la BNS d'accepter des actifs portant intérêts, la loi crée entre autres une facilité de dépôt analogue à celle dont dispose, notamment, la BCE. Cette facilité constitue un instrument flexible pour l'absorption de liquidités excédentaires sur le marché monétaire.

On peut se demander s'il est nécessaire de mentionner explicitement, au chapitre des opérations de la BNS, la mise en place d'un système de paiement, ou si l'art. 5, al. 2, let. c, P-LBN suffit puisqu'il s'agit d'une opération qui ne relève pas de la politique monétaire. Une réglementation explicite à cet égard existe pour la Banque centrale autrichienne[174]. Une telle mention ne devrait pas être nécessaire dans le cas des opérations en rapport avec les tâches de la BNS, du fait que les opérations de nature administrative, y compris celles de mise en place d'un système de paiement sans numéraire, étaient déjà considérées jusqu'ici comme ne faisant pas partie des opérations de la Banque nationale au sens de l'art. 14 LBN[175], et qu'elles s'appuient désormais sur la disposition qui figure à l'art. 13 P-LBN (ci-après ch. 2.2.6).

173 Cf. par exemple § 19, ch. 6, de la loi sur la Deutsche Bundesbank.

174 § 50 Bundesgesetz über die Österreichische Nationalbank (version du 1er janvier 1999): «Zur Gewährleistung effizienter und zuverlässiger Verrechnungs- und Zahlungssysteme innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und im Verkehr mit dritten Ländern kann die Österreichische Nationalbank entsprechende Einrichtungen zur Verfügung stellen».

175 Cf. Schürmann (note 38), art. 14, nº 7.

2.2.2.3 Comptes de la BNS auprès de tiers (art. 9, al. 1, let. b, P-LBN)

Jusqu'à présent, seule l'ouverture de comptes de correspondants était mentionnée à l'art. 14, ch. 8, LBN. La nouvelle loi mentionne pose le principe général que la BNS peut avoir des comptes auprès de banques et d'autres intervenants sur les marchés financiers. L'art. 9, al. 1, let. b, P-LBN est formulé de manière très ouverte, car la BNS doit pouvoir ouvrir des comptes non seulement auprès de banques gérant des comptes de correspondants, mais aussi auprès de banques commerciales, de négociants en valeurs mobilières et d'organismes de compensation et de règlement, en Suisse et à l'étranger. De tels comptes sont indispensables aussi bien pour le placement des réserves monétaires de la BNS (art. 5, al. 2, let. d, P-LNB) que pour les opérations de paiement internationales (art. 5, al. 2, let. c, P-LBN, art. 5, al. 4, P-LBN).

2.2.2.4 Opérations sur les marchés financiers (art. 9, al. 1, let. c, P-LBN)

La disposition de l'art. 9, al. 1, let. c, P-LBN concrétise l'art. 5, al. 2, let. a, P-LBN (approvisionner en liquidités le marché monétaire en francs suisses) et l'art. 5, al. 2, let. d, P-LBN (gérer les réserves monétaires). Cette norme remplace l'art. 14, ch. 2, 3, 9, 10 et 11, LBN. Elle concerne les opérations servant à assumer deux tâches très différentes: il s'agit d'une part des opérations d'open market (p. ex. pensions de titres et swaps devises contre francs), servant à gérer le marché monétaire en francs suisses, d'autre part du placement des réserves monétaires et des autres actifs (devises, or, actifs suisses), pour lequel on utilise également les instruments énumérés ici. Cette disposition vise à doter la BNS d'une gamme de placements étendue, permettant notamment de faire fructifier les actifs qui ne sont pas immédiatement nécessaires pour gérer l'offre de monnaie (opérations d'open market) ou pour surmonter des situations de crise (interventions sur les marchés des changes). Le fait de distinguer explicitement les opérations libellées en francs suisses de celles en monnaies étrangères souligne leur importance pour la politique monétaire et pour la politique de placement. La formulation «créances libellées en monnaies étrangères» permet d'abord à la BNS d'intervenir sur le marché des changes, mais aussi de placer des devises sous forme de dépôts à terme.

Il s'agit d'abandonner les dispositions restrictives de l'art. 14, ch. 2 et 3, LBN, pour que la BNS puisse accomplir ses tâches en recourant à une panoplie aussi large que possible de valeurs mobilières. Le terme «valeurs mobilières» est défini à l'art. 2, let. a, LBVM: il s'agit des papiers-valeurs standardisés, susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché (obligations, actions, obligations convertibles et obligations à option), des droits ayant la même fonction (droits-valeurs) ainsi que des dérivés (options, contrats à terme, forward rate agreements, etc.). Selon l'art. 4 de l'ordonnance sur les bourses, les valeurs mobilières standardisées et susceptibles d'être diffusées en grand nombre sont les papiers-valeurs, les droits-valeurs et les dérivés structurés et fractionnés de la même façon et offerts au public ou vendus à plus de 20 clients pour autant que ces valeurs n'aient pas été créées spécialement pour certains contractants. Le recours à une gamme plus large d'instruments finan-

ciers doit être possible pour gérer les risques (des positions en devises, en or, et en titres suisses). En outre, les produits dérivés doivent en principe pouvoir être également utilisés à des fins de politique monétaire.

Les opérations à terme portant sur des créances libellées en monnaies étrangères englobent notamment les swaps devises contre francs (combinaison d'opération au comptant et d'opération à terme), ainsi que les options sur devises négociées de gré à gré (dérivés négociés «over the counter», c'est-à-dire hors bourse). Ces dernières ne font pas partie des valeurs mobilières du fait qu'elles prennent la forme de contrats financiers sur mesure, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas nécessairement structurées et fractionnées de la même façon et vendues à plus de 20 contreparties. Les opérations à terme sur valeurs mobilières comprennent entre autres les options sur taux d'intérêt négociées de gré à gré; tandis que les options et les contrats à terme sur taux d'intérêt standardisés font partie, en tant que dérivés diffusés en grand nombre, des valeurs mobilières. L'art. 9, al. 1, let c, P-LBN couvre également avec la notion de créance, les dérivés négociés de gré à gré, dont le sous-jacent est un autre dérivé, comme par exemple les options sur contrats à terme sur obligations ou les dérivés de crédit (credit default swaps, etc.).

La loi mentionne explicitement les opérations sur métaux précieux du fait que celles-ci n'entrent pas dans la définition du commerce des valeurs mobilières. Il en va de même pour les créances en métaux précieux (p. ex. «gold claims», swaps sur or, options sur or négociées de gré à gré) qui ne sont pas prévues pour la diffusion en grand nombre et qui échappent ainsi à la notion de «valeurs mobilières»; elle doivent donc être mentionnées dans la LBN.

Grâce aux opérations sur créances, valeurs mobilières, métaux précieux et créances en métaux précieux mentionnées à l'art. 9, al. 1, let. c, P-LBN, la Banque nationale peut également accorder des prêts – surtout des prêts de titres et d'or. Les opérations en question, dont l'initiative appartient à la BNS, doivent être clairement distinguées des opérations de crédit (art. 9, al. 1, let. e, P-LBN), dont l'initiative revient à la contrepartie de la BNS.

2.2.2.5 Bons de la BNS et produits dérivés (art. 9, al. 1, let. d, P-LBN)

L'art. 9, al. 1, let. d, P-LBN vise surtout les opérations d'open market portant sur les titres de créance de la BNS. L'émission et le rachat de ses propres bons productifs d'intérêt constitue un instrument flexible qui permet à la Banque nationale de gérer l'offre de monnaie en ménageant le marché (ch. 1.5.3.3). Les bons en question englobent aussi bien des papiers-valeurs que des droits-valeurs. La norme de l'art. 9, al. 1, let. d, P-LBN remplace l'art. 14, ch. 2bis, LBN.

Désormais, l'art. 9, al. 1, let d, P-LBN habilite la BNS à émettre des produits dérivés sur des créances, des valeurs mobilières et des métaux précieux selon la let. c. Cette disposition concerne surtout l'émission d'options par la BNS, que ce soit de gré à gré ou sous forme standardisée. Concrètement, l'émission d'options – par exemple sur monnaies étrangères et métaux précieux – pourrait d'une part constituer pour la BNS une source de profits intéressante dans le cadre de sa politique de placement. Elle renoncerait contre rétribution à la liquidité d'une certaine partie des réserves monétaires, en prenant le risque, lié à l'évolution du marché, de devoir effective-

ment céder ou acheter les actifs concernés (titres, devises, or). D'autre part, l'émission d'options pourrait permettre à la BNS d'envoyer des signaux ponctuels aux marchés financiers, par exemple pour renforcer ou remplacer d'éventuelles interventions sur les marchés des changes.

Le champ d'application de l'art. 9, al. 1, let. c et d, P-LBN présente une différence essentielle du fait que les opérations de la BNS au sens de la let. c concernent des instruments financiers et des actifs émis en principe par des tiers, tandis que la let. d se rapporte à des instruments de même nature émis par la BNS.

2.2.2.6 Octroi de prêts à des banques et à d'autres intervenants sur les marchés financiers (art. 9, al. 1, let. e, P-LBN)

L'art. 9, al. 1, let. e, P-LBN concrétise l'art. 5, al. 2, let. a, P-LBN (approvisionner en liquidités le marché monétaire en francs suisses) et l'art. 5, al. 2, let. e, P-LBN (contribuer à la stabilité du système financier). Les avances sur nantissement et les opérations d'escompte – quoique que celles-ci ne se pratiquent plus depuis quelques années – sont visées. Mais on peut aussi envisager des formes voisines de crédit (p.ex. une facilité de prêt marginal analogue à celle de la BCE). Cette norme présente une certaine analogie avec l'art. 9, al. 1, let. c, P-LBN (... «ou prêter et emprunter»). La différence est due au fait que la let. c désigne des opérations de placement ou de gestion du marché monétaire effectuées aux prix du marché à l'initiative de la BNS, tandis que celles mentionnées à la let. e résultent de l'initiative de la contrepartie qui a besoin d'un crédit pour surmonter des problèmes de liquidités impossibles à financer par le marché. Normalement, le taux d'intérêt est en pareil cas plus élevé que celui du marché. Cette norme remplace l'art. 14, ch. 1 et 4, LBN.

La disposition fixée à l'art. 9, al. 1, let. e, P-LBN constitue par ailleurs la base légale permettant à la BNS, en tant que prêteur de dernier recours, de fournir une aide sous forme de liquidités (ch. 1.4.3 et 2.1.5.3.5).

La loi exige explicitement que la BNS n'octroie ses prêts que contre des garanties suffisantes. Tandis que le droit actuel définit en détail, à l'art. 14 LBN, les critères de délimitation des garanties acceptées par la banque centrale, le nouveau droit accorde une grande marge d'appréciation à la Banque nationale. Elle peut ainsi tenir compte du développement de nouveaux instruments, sans qu'il faille modifier chaque fois la loi. Le texte de la loi exclut cependant déjà l'octroi de prêts non assortis de garanties (crédit en blanc) ou contre des garanties qui ne couvrent pas suffisamment les risques (avant tout les risques de marché et les risques de crédit). Il appartient à la BNS de préciser dans ses conditions générales et dans des directives internes quelles garanties satisfont à ces exigences (cf. art. 9, al. 2, P-LBN).

2.2.2.7 Détention et gestion d'actifs (art. 9, al. 1, let. f, P-LBN)

L'art. 9, al. 1, let. f, P-LBN autorise la BNS à détenir des réserves monétaires et un portefeuille de titres libellés en francs suisses. La formulation «gérer les actifs» se rapporte à la tâche consistant à gérer les réserves monétaires en visant la rentabilité et en tenant compte des risques (ch. 2.1.5.3.4; art. 5, al. 2, let. d, P-LBN). Par ailleurs, la BNS peut s'appuyer sur cette disposition pour déposer des titres auprès de tiers (banques commerciales, organismes de compensation) ou les faire gérer par ceux-ci. Cette norme remplace indirectement l'art. 14, ch. 2 et 3, LBN.

2.2.2.8 Conditions générales de la BNS (art. 9, al. 2, P-LBN)

L'art. 9, al. 2, P-LBN confère à la BNS la compétence d'établir des conditions générales pour les opérations qu'elle accomplit en vertu de la loi, et d'y définir ses partenaires ainsi que les modalités d'application des instruments financiers utilisés pour mettre en œuvre la politique monétaire (types d'opérations admis, garanties nécessaires, etc.). Une telle compétence fait défaut dans l'actuelle loi sur la Banque nationale; elle est toutefois souhaitable du point de vue du principe de légalité. Les conditions générales doivent respecter le principe de l'égalité de traitement des partenaires contractuels de la BNS.

2.2.3 Opérations avec d'autres banques centrales et avec des organisations internationales (art. 10 P-LBN)

L'art. 10 développe le principe énoncé à l'art. 5, al. 3, P-LBN (participation à la coopération monétaire internationale), en donnant à la BNS la possibilité de coopérer de manière autonome avec d'autres autorités monétaires. Cette disposition de la loi ne change rien au fait que des actes spéciaux restent nécessaires pour régler l'activité de la BNS en tant qu'organe d'exécution de la Confédération en matière d'accords internationaux relatifs à la coopération monétaire internationale (ch. 2.1.5.4).

Le champ d'application de l'art. 10 P-LBN comprend d'abord la *coopération monétaire* de la BNS avec d'autres banques centrales ou avec des organisations internationales – surtout pour l'octroi de crédits directs, de swaps couverts par exemple. Cette coopération monétaire de la BNS, qui facilite la conduite de la politique monétaire, faisait jusqu'ici l'objet de l'art. 14, ch. 3 et 14, LNB. En ce qui concerne le placement de réserves monétaires, l'art. 10 P-LBN a valeur de «lex specialis» par rapport à l'art. 9, al. 1, let. b et c, P-LBN, en ce sens qu'il peut revêtir de l'importance pour des placements en monnaie effectués principalement par la banque centrale plutôt que par le système bancaire du pays concerné, ainsi que pour des placements en moyens de paiement internationaux (p.ex. droits de tirage spéciaux).

Par ailleurs, certaines mesures prises dans le cadre de la *coopération monétaire internationale* devront désormais pouvoir se fonder également sur l'art. 10 P-LBN. Comme la BNS sera dorénavant habilitée à octroyer des crédits à des banques centrales et à des institutions étrangères, elle pourra s'appuyer directement sur la loi

pour participer à des crédits de transition en faveur d'autres banques centrales, qui seront coordonnés par exemple par la BRI. En l'occurrence, les opérations de ce type effectuées par la BNS ne servent pas à réaliser un placement fructueux de ses réserves monétaires, mais à prévenir des perturbations au niveau des relations financières et monétaires internationales. Face aux risques actuels de crises financières internationales, il convient que la BNS puisse s'appuyer sur la LBN pour intervenir efficacement et rapidement dans le cas d'une opération de financement internationale convenue directement entre banques centrales. Lorsque la Banque nationale octroie un crédit de transition à une banque centrale étrangère en se fondant sur la LBN, par l'intermédiaire de la BRI ou directement, elle renonce par conséquent à la garantie de la Confédération et assume elle-même le risque.

Les crédits de transition de la BNS fondés directement sur l'art. 10 P-LBN doivent se limiter à des crédits de courte durée, présentant de faibles risques. Il est vrai que l'octroi de crédits de transition à risque plus élevé peut contribuer à la stabilité des relations financières internationales. Mais de telles décisions politiques sont du ressort du Conseil fédéral ou du Parlement, et non de la BNS. L'aide monétaire fondée sur l'art. 10 P-LBN doit par conséquent remplir deux conditions minimales:

- à la conclusion du contrat, un établissement dont la solvabilité est irréprochable doit avoir confirmé qu'il assurera, à l'échéance du crédit de transition, la *poursuite du financement*;
- la *durée* des crédits de transition ne doit pas excéder *six mois*. Les changements de la solvabilité des débiteurs peuvent être mieux estimés pour une courte période. En outre, cette durée maximale exclut du champ d'application de l'art. 10 P-LBN les crédits bilatéraux de balance des paiements et d'aide au développement.

En revanche, la loi fédérale à créer (ch. 1.3.3.2) s'applique à la participation de la Confédération à des actions multilatérales d'entraide visant à prévenir ou supprimer de graves perturbations des relations monétaires internationales, à la participation de la Suisse à des fonds spéciaux et à d'autres dispositifs du FMI, ainsi qu'à l'aide monétaire accordée par la Confédération à des Etats déterminés.

Afin d'assurer une action coordonnée et cohérente de la Suisse en cas d'aide monétaire, la Banque nationale est tenue de collaborer avec le Conseil fédéral (art. 5, al. 3, P-LBN) pour toutes les mesures prises dans le cadre de la coopération monétaire internationale – qu'elles se fondent sur l'art. 10 P-LBN ou sur la nouvelle base légale. Cette obligation de collaborer garantit en particulier que l'octroi de crédits de transition par la BNS en vertu de l'art. 10 P-LBN est conforme à la politique extérieure de la Confédération.

2.2.4 Opérations pour le compte de la Confédération (art. 11 P-LBN)

L'art. 11 P-LBN développe le principe énoncé à l'art. 5, al. 4, P-LBN. L'art. 11, al. 1, 1re phrase, P-LBN habilite la BNS – comme l'indique le terme «peut» – à fournir des services bancaires à la Confédération. Elle n'est donc plus soumise à une obligation de contracter; elle ne peut cependant pas refuser arbitrairement, sans invoquer des motifs objectifs, de fournir des services (ch. 1.4.6.3.3). La Confédération

est normalement tenue de rétribuer la BNS pour les services bancaires qu'elle lui fournit (art. 11, al. 1, 2e phrase, 1re partie). Ce principe est conforme à la réglementation de l'UE selon laquelle les organes et les institutions des autorités publiques n'ont pas un accès privilégié aux prestations des institutions financières, banque centrale comprise[176]. La «rétribution raisonnable» dépend du marché, mais elle ne devrait pas être inférieure aux frais encourus par la BNS pour fournir les prestations en question. Exceptionnellement, la rétribution n'est pas versée si le service bancaire fourni facilite la mise en œuvre de la politique monétaire (art. 11, al. 1, 2e phrase, 2e partie). Concrètement, le service fourni à la Confédération doit faciliter l'exécution d'une des tâches de la Banque nationale énumérées à l'art. 5, al. 2, P-LBN (tâches principales). Le genre et le volume des opérations sont définis dans des conventions passées entre les services fédéraux compétents et la BNS (art. 11, al. 1, 3e phrase). Le DFF devrait être concerné en premier lieu, mais le terme «services fédéraux» englobe d'autres départements et institutions de la Confédération (ch. 2.1.5.5). Ces «conventions» doivent se rapporter à des services bancaires de la BNS que les services fédéraux pourraient également obtenir d'une banque commerciale. Le champ d'application de la délégation est ainsi clair. L'art. 11 P-LBN ne peut pas servir de base pour d'autres conventions entre la BNS et la Confédération.

L'art. 11, al. 2, 1re phrase, 1re partie, P-LBN concerne l'interdiction d'accorder à la Confédération des crédits, qui frappe deux formes importantes d'opérations (crédits et facilités de découvert, acquisition directe de titres de la Confédération) (ch. 1.4.6.3.4). Il est logique que la loi mentionne «la Confédération» en tant que bénéficiaire de services bancaires et que non-bénéficiaire d'opérations de crédit. En fait, l'interdiction d'accorder des crédits concerne tous les pouvoirs publics; mais les cantons et les communes n'étant pas des contreparties traditionnelles de la BNS en matière d'opérations bancaires, il n'est pas nécessaire de les mentionner à l'art. 11, al. 2, P-LBN. En matière d'octroi de crédits, la BNS a toujours traité les établissements de crédit publics (banques cantonales, caisses d'épargne communales) de la même manière que les établissements de crédit privés. Quant aux «titres de la dette publique» qui ne peuvent pas être acquis à l'émission aux termes de l'art. 11, al. 2, 1re phrase, 2e partie, P-LBN, ils englobent les papiers-valeurs émis par la Confédération, les cantons et les communes ainsi que les droits-valeurs (créances comptables à court terme). Il faut faire une distinction entre l'acquisition de titres publics sur le marché primaire et les achats effectués par la BNS sur le marché secondaire. Dans ce dernier cas, le marché des capitaux a déjà absorbé les titres en question aux conditions ordinaires, de sorte que les transactions effectuées par la BNS sur de tels titres ne représentent plus un traitement de faveur des collectivités publiques débitrices.

Il appartient au législateur de préciser si l'interdiction d'accorder des crédits s'étend également aux découverts de compte comblés en fin de journée. Selon l'art. 11, al. 2, 2e phrase, P-LBN, des découverts de compte «Intra day» de la Confédération ne peuvent être autorisés que «contre des garanties suffisantes» – notion qui est identique à celle qui figure à l'art. 9, al. 1, let. e, P-LBN. Cette disposition est ainsi analogue à celle de la loi sur la Deutsche Bundesbank[177].

176 Art. 102 du traité CE.
177 § 20, al. 1 de la loi sur la Bundesbank.

2.2.5 Détention de participations et de droits sociaux (art. 12 P-LBN)

La disposition de l'art. 12 P-LBN développe celle de l'art. 5 P-LBN en permettant à la BNS de participer au capital de sociétés ou d'acquérir des droits sociaux dans des sociétés, «en tant que cela sert à l'accomplissement de ses tâches». On entend par là en premier lieu la *participation durable au capital d'une société*. Il est vrai que l'art. 9, al. 1, let. c, P-LBN offre déjà à la BNS la possibilité d'acheter et de vendre des valeurs mobilières libellées en francs suisses ou en monnaies étrangères, ce qui inclut également les titres de participation. Toutefois, ces interventions sur les marchés financiers sont en rapport direct avec les tâches principales de la BNS selon l'art. 5, al. 2, P-LBN, ce qui n'est en règle générale pas le cas lors de l'établissement d'une relation quasi institutionnelle avec une société (suisse ou étrangère) sous forme de participation durable à son capital. Ce type de participation – qui n'est pas nouveau pour la BNS – doit par conséquent s'appuyer sur une disposition spéciale de la LBN. Par ailleurs, l'art. 12 P-LBN mentionne également l'acquisition de droits sociaux, le cas échéant sans participation au capital. Cela pourrait se produire si la BNS voulait devenir membre d'une bourse ou d'un organisme de compensation pour effectuer ses propres opérations bancaires ou transactions sur titres. Il convient enfin que la BNS puisse acquérir des droits sociaux dans d'autres personnes morales que des sociétés pour autant que cela serve à l'accomplissement de ses tâches. Ainsi, la banque centrale pourrait par exemple devenir membre de sociétés qui soutiennent la recherche scientifique en économie.

La BNS détient aujourd'hui des participations au capital de diverses sociétés suisses et étrangères qui fournissent principalement des prestations en matière de fabrication de billets de banque ou de trafic des paiements. Elle participe pour l'essentiel au capital-actions de Orell Füssli Holding AG, Zurich, dont la filiale OF Sicherheitsdruck AG produit les billets de banque suisses, au capital-actions de Telekurs Holding AG, Zurich, dont la filiale Telekurs SIC AG assume la fonction de centre de calcul pour le système de paiement interbancaire électronique SIC (Swiss Interbank Clearing), ainsi qu'au capital social de la SWIFT Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication S.G., La Hulpe/Belgique, qui exploite un système de transfert d'ordres de paiement internationaux[178]. Diverses raisons ont incité la BNS à acquérir ces participations: avoir, en étant représentée au sein du conseil d'administration, une meilleure vision de la solidité et de la stabilité de l'entreprise (Orell Füssli, Telekurs), ou se faire admettre dans le système en tant que membre (SWIFT). La prise de participation servait dans tous les cas directement ou indirectement à l'accomplissement d'une tâche de la banque centrale (au sens de l'art. 5, al. 2, let. b et c, P-LBN). L'art. 12 P-LBN crée une base légale explicite pour ces participations de la BNS au capital de sociétés.

L'arrêté fédéral du 26 juin 1930 sur la participation de la Banque nationale suisse à la Banque des règlements internationaux (BRI) (RS *951.19*) a autorisé la BNS à participer au capital-actions de la BRI et à exercer les droits qui en découlent. La BNS détient actuellement 16 000 actions de la BRI; elle est représentée au conseil d'administration par le président de sa direction générale. Selon l'art. 1 de l'arrêté fédéral, le montant de la participation est fixé d'entente avec le Conseil fédéral. La BRI a pour tâche de favoriser la coopération entre banques centrales et de mettre à

178 Cf. BNS, 94e rapport de gestion 2001, p. 96–97.

leur disposition l'infrastructure nécessaire aux opérations financières internationales. La BRI est un forum favorisant les contacts entre banques centrales; elle offre à celles-ci des possibilités de placement de leurs réserves monétaires, elle exploite des banques de données relatives aux opérations bancaires internationales, elle suit l'évolution des marchés financiers, et elle met ses services à disposition pour la mise en place d'aides financières internationales. La BNS recourt aux services de la BRI dans ces quatre domaines, et sa participation au capital de cette dernière lui permet d'exercer une influence sur l'organisation de ses activités. La création d'une base légale générale pour la participation de la BNS au capital de sociétés ou d'autres personnes morales permet d'abroger l'arrêté fédéral du 26 juin 1930 mentionné ci-avant (ch. 2.8.1.3).

2.2.6 Opérations pour les besoins de l'exploitation (art. 13 P-LBN)

Cette disposition constitue la base pour les opérations dites auxiliaires que la BNS est amenée à effectuer dans le cadre de sa mission (p. ex. acquisition d'immeubles pour la banque, achat de moyens informatiques, d'installations de sécurité, de mobilier, etc.), ainsi que pour les opérations bancaires en faveur de son personnel et des institutions de prévoyance. L'art. 13, P-LBN remplace l'art. 14, ch. 6, LBN.

2.3 Chapitre 3: Attributions en matière de politique monétaire

2.3.1 Section 1: Etablissement de statistiques

2.3.1.1 Collecte de données statistiques (art. 14 P-LBN)

2.3.1.1.1 But (art. 14, al. 1, P-LBN)

Comme diverses bases juridiques régissent actuellement l'activité statistique de la BNS, une définition globale des objectifs de cette activité fait défaut. Une telle définition figure désormais à l'art. 14, al. 1, P-LBN. La collecte de données statistiques par la Banque nationale doit servir à l'exécution de ses tâches légales et à l'observation des évolutions sur les marchés financiers. La référence aux tâches légales signifie que l'activité statistique a pour objectif premier de préparer les bases de décision nécessaires à l'exécution de la mission définie à l'art. 5 P-LBN. La politique monétaire figure au premier plan. Mais les besoins statistiques peuvent aussi découler des tâches suivantes: approvisionnement en liquidités, approvisionnement en numéraire, garantie du bon fonctionnement de systèmes de paiement sans numéraire et contribution à la stabilité du système financier. La réglementation relative aux statistiques qui se trouve dans la loi fédérale sur les banques (art. 7, al. 3, LB) contient aujourd'hui déjà – pour la statistique concernant les banques – une référence aux tâches de la banque centrale. Cette référence doit désormais s'étendre à l'ensemble de l'activité statistique de la BNS.

Dans l'intérêt de statistiques globales sur les marchés financiers établies par une seule institution, la BNS doit pouvoir collecter également des données dont elle n'a pas absolument besoin pour exécuter ses tâches légales (ch. 1.5.2.2.2). Ces données

doivent servir «à l'observation des évolutions sur les marchés financiers». Ceci indique que les statistiques ne sont pas établies uniquement pour être utilisées par la BNS, mais aussi – si elles sont publiées – pour accroître la transparence des marchés financiers en ce sens qu'elles peuvent être utilisées tant par l'économie que par d'autres institutions publiques. Lors de la collecte de données statistiques, la Banque nationale doit donc prendre également en considération, en plus de ses propres tâches, les besoins des autres utilisateurs. Pour les personnes soumises à l'obligation de renseigner, des avantages essentiels découlent de la formulation un peu plus large du mandat confié à la BNS en matière de statistiques. Cela évite des chevauchements avec l'activité statistique de la Commission fédérale des banques ou d'autres institutions de la Confédération. L'obligation de renseigner doit être satisfaite envers une seule institution: la BNS. Les entreprises bénéficient ainsi d'un accès à des statistiques d'un niveau qualitatif élevé dont elles peuvent profiter pour atteindre leurs propres objectifs. L'art. 14, al. 1, P-LBN fixe des limites à la compétence de la BNS en matière de statistiques, en ce sens que les données collectées doivent être nécessaires pour les buts mentionnés. La loi rappelle ici le principe de proportionnalité, qui doit naturellement être respecté dans ce domaine.

2.3.1.1.2 Coopération nationale et internationale en matière de collecte de données statistiques (art. 14, al. 2, P-LBN)

La collecte de données statistiques est synonyme d'un certain travail pour tous les intéressés. Il s'agit donc d'éviter autant que possible que les travaux ne fassent double emploi. La législation en vigueur oblige déjà la BNS, dans le cadre de la loi sur la statistique fédérale (LSF), à collaborer avec l'Office fédéral de la statistique pour la conception de relevés statistiques et à mettre à sa disposition les données nécessaires. La LSF mentionne explicitement la coopération entre la BNS et l'OFS dans le domaine de la balance des paiements. Par ailleurs, la BNS et la CFB collaborent déjà étroitement lors de la conception des relevés de la statistique bancaire qui peuvent être utiles à des fins de surveillance.

Du fait de l'interdépendance croissante des marchés financiers, l'importance de la coopération internationale en matière monétaire s'accroît. Les statistiques établies au niveau national doivent donc pouvoir faire l'objet de synthèses et de comparaisons sur le plan international. Le Fonds monétaire international élabore par exemple des normes contraignantes en matière de statistiques[179]. Elles font partie du coeur de la panoplie de normes et de codes dont le respect est examiné dans le cadre du «rapport sur l'observation des normes et codes» (ch. 5). La compatibilité internationale est par conséquent indispensable au niveau de la collecte de données par la BNS.

De ce fait, l'art. 14, al. 2, P-LBN habilite expressément la BNS à collaborer en matière de statistique avec les services compétents de la Confédération (en particulier l'OFS et la CFB), avec les autorités compétentes d'autres pays et avec des organisations internationales. L'échange de données individuelles confidentielles (ch. 2.3.1.3) n'entre pas en ligne de compte dans ce contexte.

179 Il s'agit notamment de la «Norme spéciale de diffusion des données» (NSDD) et du «Système général de diffusion des données» (GDDS); cf. http://dsbb.imf.org/.

2.3.1.2 Obligation de renseigner (art. 15 P-LBN)

2.3.1.2.1 Etablissements soumis à l'obligation de renseigner

L'obligation de renseigner des institutions étatiques ne porte certes pas atteinte à la liberté de l'économie d'organiser comme elle l'entend son activité commerciale. Elle peut toutefois représenter une certaine charge financière. C'est la raison pour laquelle le principe de légalité exige que les grandes lignes de l'obligation de renseigner soient décrites dans la loi. Simultanément, la BNS doit être en mesure d'adapter de manière flexible les statistiques à l'évolution des marchés financiers et des besoins.

Afin de se conformer à ces exigences antinomiques, l'art. 15 P-LBN se fonde sur une conception à deux niveaux pour décrire l'obligation de renseigner. Deux cercles de personnes astreintes à l'obligation en question sont distingués en fonction de leur importance pour les divers domaines de la statistique (art. 15, al. 1 et 2).

2.3.1.2.2 1er cercle: banques, bourses, négociants en valeurs mobilières et directions de fonds de placement (art. 15, al. 1, P-LBN)

Les banques, les bourses, les négociants en valeurs mobilières ainsi que les directions des fonds de placement suisses et les représentants des fonds de placement étrangers sont concernés au premier chef par les statistiques relatives aux marchés financiers et forment ainsi le premier cercle. Par conséquent, ce cercle englobe non seulement les banques et les fonds de placement, qui sont soumis aujourd'hui déjà à l'obligation légale de renseigner, mais aussi les bourses et les négociants en valeurs mobilières. Tant la CFB que la BNS jugent nécessaire d'obtenir des données relatives aux marchés financiers, de la part d'institutions telles que la Bourse suisse, ainsi que des informations quantitatives sur les activités des négociants en valeurs mobilières. Sont notamment requises des indications sur la dotation en fonds propres pour l'évaluation de la résistance aux crises du négoce des titres. La loi sur les bourses ne contient pas de disposition sur l'introduction d'un relevé statistique par la BNS. L'art. 15, al. 1, P-LBN comble cette lacune.

L'assujettissement de banques, de bourses, de négociants en valeurs mobilières et de directions de fonds de placement à la loi régissant leur surveillance ou à la surveillance de la Commission fédérale des banques entraîne automatiquement l'obligation de renseigner la BNS. Du point de vue du contenu des données à fournir, cette obligation est décrite de manière complète à l'art. 14, al. 1, P-LBN.

2.3.1.2.3 2e cercle: autres acteurs des marchés financiers (art. 15, al. 2, P-LBN)

En relation avec la transformation de la statistique monétaire en une véritable statistique sur les marchés financiers (ch. 1.5.2.2.2), des informations suffisantes sur *tous les acteurs importants* de la place financière suisse sont indispensables pour la conduite de la politique monétaire. C'est pourquoi la BNS devrait pouvoir, dans la mesure où cela est nécessaire, collecter des données statistiques sur les activités, no-

tamment sur les bilans et les comptes de résultat, non seulement auprès des personnes qui sont aujourd'hui déjà tenues légalement de fournir des informations statistiques (banques, fonds de placement, négociants en valeurs mobilières), mais aussi auprès des compagnies d'assurances, des caisses de pension, des sociétés de placement, des fournisseurs de services de paiement, etc. Une restriction claire s'applique en l'occurrence: les collectes de données doivent être conformes à la mission légale de la BNS. C'est pourquoi l'art. 15, al. 2, précise expressément que les collectes doivent être nécessaires pour acquérir une vue d'ensemble des marchés financiers et du trafic des paiements ainsi que pour établir la balance des paiements et la statistique de la position extérieure nette.

Du fait que l'art. 15, al. 2, mentionne expressément, comme but des collectes de données statistiques, l'établissement de la balance des paiements et la statistique de la position extérieure nette, cette activité statistique de la BNS a désormais une base légale dans la nouvelle loi sur la Banque nationale. La statistique de la balance des paiements, que la BNS établit et publie depuis quelque temps sous sa propre responsabilité, était issue, durant les années 1980, de l'estimation de la balance des transactions courantes. Dans le passé, c'était toujours la BNS qui établissait cette balance parce qu'elle seule disposait d'informations sur les revenus des capitaux placés à l'étranger. Dans tous les Etats européens, à l'exception de la Grande-Bretagne et de l'Irlande, la balance des paiements est établie par la banque centrale. La Banque centrale européenne est ainsi chargée d'établir la balance des paiements de la zone euro. Les mouvements transfrontières de capitaux ont gagné en importance ces dernières années. Ils exercent une influence croissante sur les taux de change. C'est pourquoi l'art. 15, al. 2, P-LBN fait état du mandat actuel de la BNS en matière d'établissement de la balance des paiements.

Le deuxième cercle de personnes physiques ou morales tenues de renseigner sont énumérées dans la loi à titre d'exemple, et non pas de manière exhaustive. Nous expliquons brièvement par la suite pour quels motifs les personnes énumérées dans ce deuxième cercle devraient dorénavant être soumises elles aussi à l'obligation de renseigner:

Assurances

L'Office fédéral des assurances privées publie des données sur les assureurs. Ces données concernent le volume des primes, le total des prestations versées pour les sinistres et le capital placé, mais pas la politique de placement. Comme les assurances gèrent des avoirs considérables, pouvant influencer l'évolution des marchés financiers et la croissance des agrégats monétaires, la BNS a intérêt à obtenir des données actualisées sur leur comportement en matière de placement, notamment dans les domaines de l'assurance vie et de la réassurance.

Institutions de prévoyance professionnelle (caisses de pension)

A l'instance des assurances, les caisses de pension gèrent des avoirs considérables. La Suisse compte un grand nombre de caisses, parmi lesquelles se trouvent des institutions de petite taille, qui n'influencent guère l'évolution des marchés financiers et des agrégats monétaires. Toutefois, de tels effets ne sont pas à exclure en ce qui concerne les institutions de prévoyance de grande taille. Il convient donc de les intégrer dans le système d'informations statistiques de la BNS.

Sociétés de placement et sociétés holding

Pour la statistique de la balance des paiements et de la position extérieure nette, toutes les personnes physiques et morales et organismes publics domiciliés en Suisse qui disposent d'avoirs financiers ou d'engagements ainsi que d'investissements directs à l'étranger ou qui effectuent des opérations financières ou commerciales ou fournissent des prestations de service au-delà des frontières de la Suisse doivent en principe être pris en compte dans les relevés statistiques. Compte tenu de la charge administrative pour les personnes tenues de fournir des informations statistiques, la BNS ne demande de données statistiques qu'aux personnes physiques et morales et aux organismes de droit public dont les transactions ou les avoirs dépassent un montant minimal défini au préalable. Ce montant est défini dans l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (RS *431.012.1*): il s'élève à 1 million de francs par trimestre pour la balance des mouvements de capitaux et à 10 millions de francs pour la statistique de la position extérieure nette (avoirs à l'étranger). Actuellement, quelque 1500 personnes, en majorité morales, sont prises en compte pour ces relevés. En citant les sociétés de placement et les sociétés holding, le texte de la loi signale à titre d'exemple ces conditions particulières pour l'établissement de la statistique de la balance des paiements et de la position extérieure nette.

Exploitants de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres

Pour des raisons de politique monétaire (influence sur le numéraire en circulation, définition des agrégats monétaires et protection du système), la BNS a intérêt à obtenir des indications sur l'utilisation (la diffusion) des moyens de paiement sans numéraire et sur les chiffres d'affaires réalisés au moyen des cartes de débit et de crédit et d'autres substituts du numéraire. La BNS a également besoin de données relatives aux marchés financiers, provenant d'établissements telles que SIS SegaIntersettle AG, Continuous Linked Settlement (CLS) et Europay. Pour les exploitants ordinaires de systèmes, à l'exception des systèmes de paiement traitant des montants élevés et des systèmes de règlement des opérations sur titres (ch. 2.3.3), des relevés trimestriels devraient suffire.

La Poste

Actuellement, l'entreprise «La Poste» fournit sur une base volontaire à la BNS les informations nécessaires au calcul des agrégats monétaires. Ces données sont traitées comme celles des banques et ne sont publiées que sous forme agrégée. Etant donné son rôle central dans le trafic des paiements, la Poste devrait toutefois être soumise à une obligation légale de renseigner.

2.3.1.2.4 Contenu et fréquence des collectes de données statistiques (art. 15, al. 3, P-LBN)

La Banque nationale doit pouvoir fixer les modalités de la collecte des données statistiques, à savoir la description exacte de leur contenu et la fréquence de leur remise. Actuellement, elle collecte ses données statistiques tous les trois ans, annuellement, semestriellement, trimestriellement et mensuellement. On ne saurait exclure à l'avenir des données fournies quotidiennement dans des cas d'exception. La for-

mulation ouverte choisie dans la loi permet à la BNS d'effectuer tant des relevés intégraux que des relevés partiels dans les domaines définis. Aujourd'hui déjà, les relevés complets ne sont réalisés pratiquement que dans le cadre des statistiques de fin d'année afin de limiter au minimum le travail de collecte.

Lors de la fixation de la procédure de fourniture des données statistiques, la Banque nationale doit suivre les mutations techniques et pouvoir définir les formes adéquates de transmission des données, transmission qui se fera à l'avenir davantage sous forme électronique. La procédure actuelle de communication sur formulaires papier est chère, source d'erreurs et techniquement dépassée. Contrairement à que prévoit la base légale actuelle, la BNS devrait pouvoir ordonner la transmission des données sous forme informatique et, le cas échéant, selon un mode de présentation unifié (Edifact).

La BNS doit en outre pouvoir – comme cela se fait déjà en matière de statistiques sur les fonds de placement – recourir à des tiers qualifiés pour la collecte de données (sous-traitance partielle). Le principe de proportionnalité doit être respecté. La fourniture de données statistiques constituant pour les entreprises une charge notable au niveau du contenu, de la fréquence ou de la procédure la BNS ne doit requérir ces données que si elles sont importantes pour elle. Il convient de mentionner à ce propos la Commission de statistique bancaire, qui comprend des représentants de tous les groupes bancaires, du Secrétariat de la Commission fédérale des banques et de l'Association suisse des banquiers et qui est devenue un forum de discussion des questions de collecte de données et de perfectionnement de concepts statistiques. Cette forme de coopération entre la BNS et les personnes soumises à l'obligation de renseigner a fait ses preuves. Les échanges entre spécialistes contribuent notablement à l'efficacité de la collecte de données par la BNS ainsi qu'à la pertinence des statistiques. Ces échanges permettent aussi à la Banque nationale de mieux connaître les activités des banques et le travail que celles-ci consacrent aux statistiques. Cette forme éprouvée de coopération jouera également à l'avenir un rôle important.

La BNS doit pouvoir fixer par voie d'ordonnance les modalités de la collecte des données statistiques (art. 15, al. 3, P-LBN). Habiliter à travers la loi la BNS à édicter une ordonnance d'exécution est non seulement licite (art. 164, al. 2, Cst.) mais aussi nécessaire sur le fond compte tenu de l'art. 99, al. 2, Cst., qui prévoit que la BNS, en sa qualité de «banque centrale indépendante», mène la politique monétaire. Le Conseil fédéral n'a pas à approuver l'ordonnance de la BNS; une telle approbation ne serait judicieuse que si le Conseil fédéral pouvait influencer le contenu ce cette ordonnance. Or ceci serait manifestement en contradiction avec l'art. 6 P-LBN (indépendance de la BNS à l'égard de toute instruction). La délégation à la BNS de la compétence d'édicter des règles de droit respecte l'indépendance fonctionnelle de la Banque nationale (ch. 2.1.6).

2.3.1.3 Confidentialité (art. 16 P-LBN)

2.3.1.3.1 Maintien du secret (art. 16, al. 1, P-LBN)

La protection des données personnelles ainsi que l'obligation de traiter de manière confidentielle les données collectées comptent aujourd'hui parmi les normes appliquées aux enquêtes statistiques. L'art. 16, al. 1, P-LBN précise que la BNS doit garder le secret sur les données qu'elle collecte concernant les personnes soumises à l'obligation de renseigner. L'obligation de garder le secret ne s'applique pas aux données publiées par les personnes soumises à l'obligation de renseigner. L'art. 16, al. 1, de la nouvelle LBN reprend l'obligation de garder le secret, qui figure actuellement à l'art. 9, al. 1, LB, pour le domaine de la statistique bancaire et elle étend cette obligation à l'ensemble de l'activité statistique de la BNS.

La disposition a une double signification. Elle s'applique tout d'abord aux informations qui parviennent à la BNS dans le cadre de l'exercice de ses attributions en matière de politique monétaire. Ces informations sont soumises au secret de fonction. A cet égard, l'art. 16, al. 1, P-LBN souligne et concrétise l'obligation générale faite aux membres des organes et aux employés de la BNS de garder le secret (art. 49 P-LBN, ch. 2.5.6.1), sans établir de réglementation dérogatoire pour le domaine de la statistique. Les obligations prévues à l'art. 49, al. 1 et 2, P-LBN ainsi que les conséquences juridiques selon l'art. 49, al. 3, P-LBN s'appliquent également ici.

La disposition fixée à l'art. 16, al. 1, P-LBN s'applique également à la BNS en tant qu'institution. Dans le cadre de son mandat statistique, elle ne peut publier les données collectées que sous forme agrégée et elle n'est autorisée à les transmettre à d'autres autorités ou organisations que conformément aux prescriptions de l'art. 16, al. 3 à 5, P-LBN.

2.3.1.3.2 Publication de statistiques (art. 16, al. 2, P-LBN)

L'art. 16, al. 2, P-LBN fonde l'obligation de la BNS de publier sous forme de statistiques les données collectées. Cela signifie que la BNS ne doit pas collecter ses données statistiques uniquement dans le but d'accomplir ses tâches légales. Elle doit simultanément veiller à ce que les données se prêtent à une publication sous forme de statistiques. Lors de la collecte et du traitement des données, les besoins des utilisateurs externes des statistiques doivent également être pris en considération.

En raison de son obligation de garder le secret, la BNS doit veiller à ce que, dans le cadre de la publication de statistiques, les données individuelles provenant de personnes tenues de les fournir ne soient pas portées à la connaissance du public. Il ne doit pas non plus être possible de faire des déductions concernant des données individuelles, à moins que ces informations ne soient de toute façon accessibles au public, par exemple du fait que la personne concernée a l'obligation légale de publier. La BNS s'acquitte en général de cette obligation en faisant la synthèse des données statistiques d'au moins trois personnes soumises à l'obligation de les fournir. Ainsi, un utilisateur externe de la statistique n'a pas accès à des données individuelles. Cela permet également d'éviter qu'une personne soumise à l'obligation de renseigner puisse tirer des conclusions sur les données confidentielles relatives à des opérations qui sont fournies par une autre personne soumise à ladite obligation (p. ex. un concurrent). La BNS doit cependant veiller également à ce que la synthèse des

données soit économiquement judicieuse, c'est-à-dire à ce que la statistique soit pertinente. A titre d'exemple, la BNS constitue dans la statistique bancaire différentes catégories de banques en fonction de leur spécialisation (p. ex. banques spécialisées dans la gestion de fortune) ou en raison de leurs particularités institutionnelles (p. ex. banques cantonales ou banques en mains étrangères). Afin de satisfaire aux exigences en matière de maintien du secret et de garantir simultanément la pertinence des données publiées, la façon d'agréger les données publiées est réglée au cas par cas, d'entente avec les banques concernées.

2.3.1.3.3 Transmission des données sous forme agrégée (art. 16, al. 3, P-LBN)

Tandis que l'art. 14, al. 2, P-LBN pose le principe de la collaboration aux niveaux national et international de la BNS en matière statistique en se référant notamment à la description de contenus et de techniques statistiques, l'art. 16, al. 3, P-LBN règle la question de la confidentialité sur le plan de cette collaboration. La BNS est autorisée à transmettre les données collectées, sous forme agrégée, aux autorités et organisations visées à l'art. 14, al. 2, P-LBN. L'agrégation ne doit pas impérativement coïncider avec celle qui est utilisée par la BNS pour la publication de ses statistiques (art. 16, al. 2, P-LBN). Elle peut être d'une autre nature en fonction des paramètres fixés par le destinataire. Il résulte cependant clairement de l'art. 16, al. 3, P-LBN que le secret statistique doit aussi être maintenu envers les autorités suisses et étrangères avec lesquelles la BNS collabore en matière de statistiques.

2.3.1.3.4 Echanges de données avec les autorités de surveillance (art. 16, al. 4, P-LBN)

Comme cela est exposé au paragraphe précédent, la BNS doit observer le secret de fonction au sens de l'art. 16, al. 1, P-LBN également vis-à-vis d'autres autorités. Cependant, des autorités de surveillance telles que la Commission fédérale des banques collectent également, afin d'accomplir leurs tâches, des données auprès des entreprises soumises à leur surveillance. Dans le cas des banques, cela conduit à des redondances qui génèrent du travail supplémentaire inutile pour les personnes soumises à l'obligation de renseigner. Par ailleurs, la BNS dispose d'une vaste infrastructure de banques de données qui permet d'analyser et de traiter les données de diverses manières[180]. Il est donc logique de tirer profit de cette infrastructure pour les besoins des autorités de surveillance. Vu leurs tâches, cette dernières sont intéressées par les données commerciales des différentes personnes soumises à l'obligation de renseigner. Il convient donc de leur ménager un accès non seulement aux données agrégées, mais aussi aux données individuelles. Ces considérations ont conduit à la création, avec effet au 1er décembre 1998, à travers l'art. 54 OB (RS *952.02*), d'une base pour l'échange de données entre la BNS et la CFB. Cette

[180] Cf. à ce sujet BNS, 90e rapport de gestion 1997, p. 48 s.; BNS, 91e rapport de gestion 1998, p. 57; Bodmer/Kleiner/Lutz, *Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz*, art. 23, no 6.

disposition doit aussi avoir une base légale explicite dans la nouvelle loi sur la Banque nationale.

L'échange, entre la BNS et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP), des données recueillies auprès des assurances n'est pour l'heure pas régi par une disposition comparable à l'art. 54 OB. Puisqu'il est prévu d'inclure les assurances dans les statistiques de la Banque nationale, il faut autoriser la BNS à échanger les données collectées avec l'OFAP, qui est l'organe de surveillance permanent en la matière.

La nouvelle LBN doit par conséquent créer une base irréprochable pour l'échange de données entre la BNS et les deux autorités de surveillance de la Confédération entrant en ligne de compte, à savoir la Commission fédérale des banques et l'Office fédéral des assurances privées (art. 16, al. 4, P-LBN). Il va de soi que l'échange se limite aux données des personnes tenues de fournir des renseignements qui sont soumises à la surveillance de l'autorité destinataire et ont donc de toute manière l'obligation de lui fournir des informations. L'art. 16, al. 4, P-LBN forme la base légale, au sens de l'art. 19 de la loi sur la protection des données (RS *235.1*), pour l'échange de données entre la BNS et les deux autorités de surveillance.

2.3.1.3.5 Applicabilité de la loi sur la protection des données (art. 16, al. 5, P-LBN)

Pour les autres questions concernant la collecte, le traitement et l'échange de données, l'art. 16, al. 5, P-LBN renvoie expressément à la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS *235.1*).

2.3.2 Section 2: Réserves minimales

2.3.2.1 But et champ d'application (art. 17 P-LBN)

2.3.2.1.1 But (art. 17, al. 1, P-LBN)

La réglementation proposée pour les réserves minimales vise à faciliter le fonctionnement du marché monétaire. En pratique, les banques commerciales détiennent de la liquidité de caisse – souvent davantage que ne le prescrit la loi – afin de pouvoir assurer le trafic des paiements et conserver une certaine indépendance vis-à-vis de la banque centrale dans le processus de création de monnaie. Une exigence légale relative aux liquidités qui irait au-delà du niveau requis pour le fonctionnement du trafic des paiements entraînerait une réduction des fluctuations des avoirs en compte de virement des banques et des taux d'intérêt sur le marché monétaire (ch. 1.5.3.4). Tel est le rôle que joue pour la politique monétaire une réserve minimale de ce genre. Ce rôle est illustré par le but défini à l'art. 17, al. 1, P-LBN, qui indique clairement que la réglementation relative aux réserves minimales ne peut pas être utilisée pour gérer activement les liquidités de la banque (ch. 1.5.3.3).

2.3.2.1.2 Champ d'application (art. 17, al. 1 et 2, P-LBN)

En plus du but, l'art. 17, al. 1, précise que seules les banques sont soumises à l'obligation de détenir des réserves minimales. Est considérée comme banque toute personne qui, conformément à la loi sur les banques, a reçu de la Commission fédérale des banques l'autorisation d'agir en tant que banque. Par banque, on entend également les banques cantonales et les banquiers privés, qui font dans une certaine mesure l'objet d'un traitement particulier dans la loi sur les banques, ainsi que les succursales de banques étrangères, même si celles-ci peuvent exercer leur activité sans autorisation de la CFB en vertu de l'art. 2, al. 3, de la loi sur les banques et d'un traité international. En nommant explicitement les banques, la LBN limite l'obligation de détenir des réserves minimales aux établissements pouvant créer de la monnaie. Les autres titulaires de comptes de virement auprès de la Banque nationale ne sont pour le moment pas soumis à ce régime.

Dans la perspective actuelle, il suffit de soumettre les banques à l'obligation de détenir des réserves minimales. L'évolution dans le domaine du trafic des paiements sans numéraire pourrait toutefois rendre nécessaire une extension du cercle des établissements tenus de détenir des réserves minimales. Cela serait par exemple le cas si, en relation avec l'émission de monnaie électronique, d'autres établissements financiers devenaient, en plus des banques, des émetteurs de moyens de paiement et qu'ainsi la demande de monnaie centrale descende au-dessous du niveau requis pour la mise en œuvre de la politique monétaire. La réalisation du but assigné aux dispositions sur les réserves minimales, à savoir assurer une demande minimale constante de monnaie centrale, serait ainsi compromise et la mise en œuvre de la politique monétaire serait fortement entravée. Pour un tel cas, l'art. 17, al. 2, P-LBN prévoit que la BNS peut, par voie d'ordonnance, soumettre non seulement les banques, mais aussi les émetteurs de monnaie électronique ainsi que d'autres émetteurs de moyens de paiement à l'obligation de détenir des réserves minimales.

La délégation à la BNS de la compétence d'édicter une ordonnance pour élargir le cercle des établissements soumis à l'obligation de détenir des réserves minimales paraît adéquate car les dispositions sur les réserves minimales visent un but de politique monétaire, de sorte que la Banque nationale devrait être habilitée à les aménager. En outre, la nouvelle LBN délègue la compétence de réglementer des questions de caractère technique directement à la Banque nationale afin de permettre à celle-ci d'agir avec souplesse. Enfin, la norme sur la délégation proposée à l'art. 17, al. 2, P-LBN présente le degré de concrétisation requis: tant le terme de «monnaie électronique» que celui de «moyens de paiement» sont actuellement définis de manière suffisamment précise[181]. La condition selon laquelle la mise en œuvre de la politique monétaire doit être «fortement» entravée par la diffusion de moyens de paiement émis par des établissements privés fixe le seuil, élevé, à franchir avant que la BNS puisse étendre l'obligation de détenir des réserves minimales à d'autres destinataires de cette disposition. Par ailleurs, l'utilisation de l'ancien système des réserves minimales (art. 16*a* ss LBN) supposait déjà des attributions déterminées en matière d'élaboration du dispositif juridique. Comparée à l'ancienne compétence d'exclure du calcul des réserves minimales les créances en monnaie étrangère (art. 16*d*, al. 1,

[181] Cf à ce sujet Europäische Zentralbank, Bericht über elektronisches Geld, Francfort 1988, page 8; «Message concernant la LUMMP» (note 9); FF **1999** 6549 s.

LBN), la compétence de la BNS d'étendre à d'autres émetteurs de moyens de paiement l'obligation de détenir des réserves minimales (art. 17, al. 2, P-LBN) ne paraît pas nouvelle.

2.3.2.2 Modalités (art. 18 P-LBN)

2.3.2.2.1 Composantes des réserves minimales (art. 18, al. 1, P-LBN)

L'art. 18, al. 1 et 2, définit les principes de l'obligation de détenir des réserves minimales: il mentionne d'abord la compétence de la BNS de fixer le taux des réserves minimales et il décrit ensuite les réserves minimales (art. 18, al. 1, P-LBN).

Il ressort de la formulation «la banque nationale fixe le taux des réserves minimales» figurant à la première phrase de l'art. 18, al. 1, P-LBN que l'obligation de détenir des réserves minimales est conçue comme un instrument durable, comme l'étaient jusqu'ici les prescriptions relatives à la liquidité de caisse. Elle doit garantir une demande stable de monnaie centrale et réduire les variations des taux d'intérêt. Cela signifie que la BNS ne peut en principe pas décider de renoncer à cet instrument. Elle peut toutefois, dans le cadre de sa compétence de fixer le taux des réserves minimales, opter pour un taux égal à zéro si une stabilité suffisante de la demande de monnaie devait découler d'autres facteurs.

Les réserves minimales doivent être détenues en moyenne d'une période. Cela correspond à la réglementation actuelle de la liquidité de caisse figurant à l'art. 19 OB. Les réserves minimales ne sont donc pas des avoirs des banques bloqués à la BNS; elles sont, au contraire, librement disponibles dans la mesure où elles atteignent en moyenne, pendant une période donnée, le niveau prescrit. Les modalités du calcul de la moyenne et la longueur de la période déterminante doivent pouvoir être fixées par la BNS dans une ordonnance. La réglementation appliquée actuellement au titre des prescriptions régissant la liquidité de caisse, qui se fonde sur des valeurs journalières en ce qui concerne les composantes de la liquidité et qui fixe à un mois (du 20 d'un mois au 19 du mois suivant) la période de calcul de la moyenne, pourrait en l'occurrence servir de modèle.

Dans la deuxième phrase de l'art. 18, al. 1, P-LBN, les *composantes des réserves minimales* sont définies. Les réserves minimales sont les liquidités des banques. Du fait du lien entre l'obligation de détenir des réserves minimales et la politique monétaire de la Banque nationale, les réserves minimales doivent être détenues en francs suisses. Les pièces de monnaie, billets de banque et avoirs en comptes de virement à la Banque nationale détenus par les banques sont reconnus comme réserves minimales. La réglementation qui a généralement fait ses preuves en matière de liquidité de caisse est ainsi reconduite.

La prise en compte des *avoirs en numéraire* permet d'éviter qu'en raison de l'obligation de détenir des réserves minimales les banques effectuent avec la BNS des transactions en numéraire qu'elles n'auraient sinon pas réalisées. Le risque de perturbations de l'approvisionnement en numéraire et donc d'entraves au niveau du trafic des paiements est ainsi diminué. Les *avoirs en comptes de virement* des banques à la BNS constituent une autre composante importante des réserves minimales.

Ils sont indispensables à l'exécution du trafic des paiements interbancaires (ch. 2.1.5.3.3).

Ne doivent en revanche pas être pris en compte les avoirs des banques auprès de la Poste. Il importe *d'exclure les avoirs en comptes postaux* des réserves minimales, étant donné que les liquidités minimales prescrites par la loi visent à assurer une demande constante de monnaie centrale et que les avoirs en comptes postaux ne sont ni des moyens de paiement légaux, ni de la monnaie centrale. La crainte exprimée notamment par la Poste que l'exclusion des avoirs en comptes postaux entraîne pour les banques un renchérissement du trafic des paiements doit être relativisée. Il est vrai que les banques sont obligées de fait de détenir un certain montant d'avoirs en comptes postaux à des fins de paiement. Si ces avoirs sont exclus des réserves minimales, les banques devront en principe détenir d'autres actifs entrant en ligne de compte comme réserves minimales. Mais comme la loi (art. 18, al. 2, dernière phrase, ch. 2.3.2.2.2) permet désormais certains assouplissements à l'obligation de détenir des réserves minimales, le rapport entre les liquidités effectivement détenues par les banques et les liquidités prescrites par la loi ne sera globalement pas modifié par le changement de système. Pour conserver le même taux de liquidités, les banques ne sont donc pas obligées de détenir d'autres réserves minimales en plus des avoirs en comptes postaux nécessaires pour les paiements de détail, mais n'entrant plus en ligne de compte comme réserves minimales. Par conséquent, les banques n'ont pas à craindre un renchérissement du trafic des paiements. En revanche, il est envisageable que celles-ci détiennent aujourd'hui des avoirs en comptes postaux en guise de réserve minimale, sans en avoir directement besoin pour les paiements de détail. De tels avoirs en comptes postaux seraient vraisemblablement transférés à l'avenir dans les avoirs en comptes de virement auprès de la BNS, ce qui pourrait entraîner un certain recul de la demande d'avoirs en comptes postaux. Toutefois, tant qu'il n'existe pas en Suisse, pour les paiements de détail, de véritable solution de rechange au système de paiement de Postfinance, ce recul devrait rester dans des limites acceptables.

Contrairement au système des réserves obligatoires du SEBC, l'art. 18 P-LBN ne prévoit *pas d'intérêts* sur les réserves minimales. Cette absence de rémunération peut être justifiée par le fait que, dans le système proposé, les pièces de monnaie et les billets détenus par les banques peuvent également être pris en compte dans les réserves minimales. Une rémunération des avoirs en numéraire des banques par la BNS constituerait une inégalité de traitement par rapport au reste de l'économie. A l'instar de cette dernière, les banques pourraient détenir leur avoirs en numéraire à des fins de transactions et non pas seulement pour satisfaire à l'obligation de détenir des réserves minimales. Il est par contre envisageable que, suivant l'aménagement de la norme et du système de paiement interbancaire, les banques doivent détenir des avoirs en comptes de virement d'un montant plus élevé que celui qui serait nécessaire pour le bon fonctionnement du système de paiement. Si cela devait générer un désavantage concurrentiel par rapport aux systèmes bancaires étrangers, la BNS pourrait envisager de rémunérer les avoirs en comptes de virement; l'art. 9, al. 1, let. a, P-LBN accorde explicitement cette possibilité à la BNS (ch. 2.2.2.2). Les avantages et les inconvénients d'une rémunération devraient cependant être soupesés soigneusement.

2.3.2.2.2 Engagements soumis à l'obligation d'être couverts par des réserves minimales et taux maximal (art. 18, al. 2, P-LNB)

Alors que l'art. 18, al. 1, P-LBN définit, à travers les différents éléments des réserves minimales, le numérateur pour leur calcul, l'art. 18, al. 2 définit le dénominateur de cette équation, à travers les engagements des banques soumis à l'obligation d'être couverts par des réserves minimales. Le taux maximal entrant en ligne de compte pour les réserves minimales est également défini.

Le *taux des réserves minimales* fixé par la Banque nationale ne doit pas dépasser 4 % (art. 18, al. 2, 1re phrase), ce qui correspond à la limite supérieure actuelle prévue par la disposition sur la liquidité de caisse (art. 19, al. 2, OB). Le taux des réserves minimales doit en principe être relativement bas, car la base choisie pour le calcul desdites réserves doit être relativement large afin d'assurer la continuité voulue au niveau de la demande de liquidités. En outre, un bas taux de réserves minimales réduit le risque que les banques recourent à des opérations de contournement. Actuellement, le taux des réserves minimales est de 2,5 %.

Les *engagements* à court terme en francs suisses des banques constituent le paramètre de référence pour le calcul des réserves minimales. Cette approche s'appuie ainsi sur le paramètre qui détermine naturellement les besoins en liquidités d'une banque. Il sert aujourd'hui déjà de base de calcul pour les dispositions sur les liquidités des banques (art. 4, al. 1, let. b, LB).

A la différence du droit de l'UE[182], qui inclut dans le calcul des réserves minimales des engagements sans tenir compte de la monnaie dans laquelle ceux-ci sont libellés, le droit suisse prévoit que *seuls les engagements en francs suisses* entreront en ligne de compte dans ce calcul (art. 18, al. 2, 1re phrase, P-LBN). Aujourd'hui déjà, seuls les engagements libellés en francs suisses sont pris en compte pour calculer la liquidité de caisse des banques (art. 19, al. 1, OB). Du point de vue de la politique monétaire, la prise en compte d'engagements libellés en monnaie étrangère n'est pas indiquée pour garantir le bon fonctionnement des systèmes de paiement dans le cas des banques suisses, car celles-ci effectuent la majeure partie de leurs transactions en francs suisses. Comme les réserves exigées varieraient en fonction de la fluctuation des taux de change, l'objectif principal de cet instrument, à savoir assurer une demande monétaire constante, pourrait même être compromis si les engagements libellés en monnaie étrangère étaient pris en compte. En outre, la formulation «engagements en francs suisses» indique clairement que seuls des engagements monétaires des banques – et non des engagements sous la forme de valeurs mobilières, de métaux précieux ou de marchandises – entrent en ligne de compte pour le calcul des réserves minimales.

Entrent en ligne de compte dans le calcul des réserves minimales les *«engagements à court terme»*. En font partie les engagements à vue ou *d'une durée résiduelle* de trois mois (art. 18, al. 2, 2e phrase, P-LBN). Ainsi, la réglementation actuelle relative à la liquidité de caisse est également reprise (art. 19, al. 1, OB). Comme les dispositions sur les réserves minimales visent à influencer le comportement des ban-

182 Règlement (CE) nº 2531/98 du Conseil concernant l'application de réserves obligatoires par la Banque centrale européenne, JO nº L 318 du 27 novembre 1998, p. 1.

ques en matière de liquidités, la durée maximale doit s'orienter sur les flux de paiements effectivement attendus et donc sur la durée résiduelle, et non sur la durée initiale des engagements. Une durée maximale s'orientant sur la durée résiduelle convient en outre mieux pour éviter un arbitrage des banques ayant pour but de modifier des échéances et donc de contourner les dispositions sur les réserves minimales.

Font également partie des engagements à court terme les *engagements vis-à-vis de clients sous forme d'épargne ou de placements* (sans les capitaux de la prévoyance liée, art. 18, al. 2, 2e phrase, P-LBN). Les engagements des banques sous forme d'épargne ou de placements doivent être mentionnés explicitement dans la LBN comme élément de la base de calcul, car la possibilité de retirer ces dépôts est souvent limitée (clause de résiliation). S'ils n'étaient pas mentionnés séparément, on ne saurait pas clairement si ces engagements des banques sont compris sous le terme d'«engagements à vue ou d'une durée résiduelle de trois mois au plus».

Une *réserve* au niveau de la loi doit permettre à la BNS de libérer, entièrement ou partiellement, par voie d'ordonnance et dans des conditions déterminées, certaines catégories d'engagements de l'obligation d'être couvertes par des réserves minimales (art. 18, al. 2, 3e phrase, P-LBN). La Banque nationale peut ainsi adapter de manière souple les exigences en matière de réserves minimales à l'évolution des marchés et des produits financiers, et maintenir de la sorte une demande équilibrée de monnaie de la part des banques. La restriction «en tant que le but de la loi le permet» garantit que cette clause dérogatoire s'applique au but de politique monétaire des réserves minimales. Dans la perspective actuelle, deux dérogations sont nécessaires.

D'abord, *les avoirs sur livrets, carnets et comptes d'épargne ou de dépôt* doivent être pris en compte à hauteur de 20 % dans la base de calcul. Cela correspond à la réglementation en vigueur concernant les liquidités (art. 19, al. 1, OB), qui part de l'idée que la part stable de ces engagements est relativement élevée et que les besoins en liquidités de la banque sont relativement modestes. Afin de disposer d'une certaine souplesse pour l'avenir, il convient de ne pas fixer dans la loi elle-même le pourcentage exact de la prise en compte des dépôts d'épargne.

La deuxième dérogation concerne les *engagements interbancaires*. Ils sont soumis actuellement aux dispositions sur la liquidité de caisse. Du point de vue de la politique monétaire, cette réglementation est toutefois problématique, car les opérations interbancaires ne sont pas synonymes de création de monnaie, mais simplement d'un transfert de liquidités bancaires. Par conséquent, le système de réserves obligatoires de la BCE exclut du calcul desdites réserves les engagements envers les banques qui sont également soumises à ce système. C'est pourquoi il convient désormais d'exclure aussi en Suisse de la base de calcul, par voie d'ordonnance, les engagements de banques envers d'autres banques soumises à l'obligation de détenir des réserves minimales. On évite ainsi de charger doublement ces passifs bancaires au titre des réserves minimales. Cet assouplissement par rapport aux dispositions actuelles sur les liquidités compense en quelque sorte le durcissement des dispositions sur les réserves minimales qui résulte de l'exclusion prévue des avoirs en comptes postaux. Les calculs effectués par la BNS montrent que, dans la perspective actuelle, le taux de liquidités des banques (rapport entre les liquidités effectivement détenues et les liquidités prescrites par la loi) ne sera pas modifié par ces deux nouveautés en matière de réserves minimales et que l'exclusion de l'avoir en comptes postaux dans le numérateur de l'équation des réserves minimales sera plus ou moins compensé par l'exclusion des engagements interbancaires dans le dénominateur.

2.3.2.2.3 Catégories de banques détenant de manière collective leurs liquidités et groupes bancaires (art. 18, al. 3, P-LBN)

L'art. 18, al. 3, P-LBN permet à la BNS d'adopter des réglementations particulières pour certaines catégories de banques. Il ne s'agit pas, comme à l'art. 4, al. 3, LB, d'une compétence générale d'assouplir ou de renforcer le dispositif. En tant qu'instrument de politique monétaire, la réglementation concernant les réserves minimales doit être appliquée en respectant le principe de l'égalité devant la loi; du fait de la flexibilité prévue, il n'est pas nécessaire de fixer une réglementation concernant les cas de rigueur. Par contre, il doit être possible de tenir compte de formes particulières d'organisation des banques si elles concernent la détention de liquidités. Il convient d'envisager la détention consolidée de réserves minimales par un groupe bancaire, ainsi que d'autres formes juridiques de coopération qui conduisent à une détention collective des liquidités, comme pour les Banques Raiffeisen par exemple. Dans ce cas, la BNS aura la possibilité d'adopter des solutions sur mesure.

2.3.2.2.4 Obligation de fournir un relevé (art. 18, al. 4, P-LBN)

L'art. 18, al. 4, P-LBN constitue la base de l'obligation faite aux banques de fournir à la BNS, à intervalles réguliers, un relevé établissant qu'elles détiennent les réserves minimales prescrites. Dans le cadre de la prescription actuelle régissant la liquidité de caisse (art. 20 OB), les relevés doivent être faits tous les mois. L'intervalle entre les relevés coïncide ainsi avec la période de liquidité. Tel devrait être le cas à l'avenir également afin de permettre à la BNS d'exercer une surveillance continue.

2.3.2.2.5 Compétence d'édicter des dispositions d'exécution (art. 18, al. 5, P-LBN)

L'art. 18, al. 5, P-LBN habilite la BNS à régler par voie d'ordonnance les modalités de l'obligation de détenir des réserves minimales. Le système des réserves minimales ne peut pas être défini en détail au niveau de la loi. Même s'il est envisagé de fixer pour les banques, par le biais du système, des conditions-cadres durables et stables, il doit être possible de réagir aux changements survenant sur les marchés. La délégation à la BNS de la compétence d'édicter une ordonnance garantit une réaction rapide. L'octroi à la BNS de compétences en matière d'élaboration du dispositif juridique existait déjà dans l'ancien système des réserves minimales (art. 16*b* et 16*c* LBN), il n'est donc nullement nouveau. Il est conforme à l'indépendance fonctionnelle de la BNS (ch. 2.1.6 et 2.3.1.2.4). Une ordonnance est également synonyme d'une transparence maximale; l'ordonnance de la BNS est publiée au Recueil officiel des lois fédérales.

Le lien entre la réglementation concernant les réserves minimales figurant dans la LBN et les prescriptions relatives à la liquidité globale selon la loi sur les banques sera maintenu. L'art. 18, al. 5, P-LBN prévoit ainsi que la BNS consulte la Commission fédérale des banques avant d'édicter l'ordonnance et donc de fixer le taux des

réserves minimales. La consultation permet d'harmoniser au besoin les deux systèmes. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une consultation au sens de l'art. 147 Cst. L'invitation des banques à se prononcer n'est donc pas explicitement prévue. Lors de modifications essentielles, une consultation des banques telle que celle qui a lieu habituellement dans le cas des réglementations de la CFB pourrait toutefois s'avérer nécessaire. Cette solution permet notamment de détecter en temps utile d'éventuels problèmes au niveau de l'application des prescriptions.

2.3.3 Section 3: Surveillance de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres

2.3.3.1 But et champ d'application (art. 19 P-LBN)

La surveillance de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres par la BNS a pour but de protéger la stabilité du système financier (art. 19, al. 1, P-LBN). La surveillance des systèmes par la BNS poursuit uniquement des buts de protection de la stabilité du système (et par conséquent de la politique monétaire). Cette surveillance n'a pas pour objectif la protection individuelle des créanciers ou des consommateurs ni la protection des systèmes de paiement contre les abus d'ordre criminel. Cela mérite d'être précisé, notamment du fait du partage des compétences avec la CFB (ch. 1.5.6.6.3.4) et de l'existence de directives de l'UE qui définissent de manière large les objectifs de protection.

La surveillance porte sur les «systèmes de compensation et de règlement des paiements et opérations sur instruments financiers, en particulier sur valeurs mobilières». On entend par là les systèmes de paiement ainsi que les systèmes de compensation et les systèmes de règlement des opérations sur titres (ch. 1.5.6.6.1). Le terme «instrument financier» a été choisi afin d'englober les systèmes de règlement de produits qui ne sont pas standardisés ou ne sont pas susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché et qui ne constituent donc pas des valeurs mobilières au sens de l'art. 2, let. a, LBVM. Il s'agit en particulier des produits négociés hors bourse qui ne sont pas standardisés ou ne sont suffisamment fongibles pour être négociés en bourse. Le terme «instrument financier» couvre également les valeurs mobilières, c'est-à-dire les «papiers-valeurs standardisés, susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché, les droits ayant la même fonction (droits-valeurs) et les dérivés» (art. 2, let. a, LBVM). Cette définition indique que les systèmes hors du domaine financier, comme par exemple une chambre de compensation pour matières premières, ne sont pas concernés.

La surveillance porte en principe sur les systèmes suisses de paiement et de règlement des opérations sur titres. Vu la tendance à la consolidation transfrontière en matière de compensation et de règlement des opérations sur titres, il est toutefois possible que des participants suisses soient touchés à l'avenir par des risques systémiques provenant de l'étranger. C'est pourquoi la BNS doit aussi pouvoir, dans certaines conditions, surveiller des exploitants de systèmes ayant leur siège à l'étranger. L'art. 19, al. 2, précise que les exploitants ayant leur siège à l'étranger sont soumis à la surveillance de systèmes exercée par la BNS lorsque des parties importantes de l'exploitation (tels que des équipements TI) ou des participants déterminants se trouvent en Suisse. Ici aussi, les limites découlent du fait que la surveillance

exercée par la BNS vise à protéger la stabilité du système financier (art. 19, al. 1, P-LBN). Des exploitants étrangers ne peuvent donc être surveillés que si cela est nécessaire pour protéger la stabilité du système financier suisse.

2.3.3.2 Modalités (art. 20 P-LBN)

2.3.3.2.1 Aperçu

Les modalités prévues pour la surveillance de systèmes comprennent trois niveaux (ch. 1.5.6.6.3.2). La totalité des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres sont soumis à l'obligation de fournir des renseignements à la BNS. Les systèmes de paiement traitant des montants élevés et les systèmes de règlement des opérations sur titres doivent être soumis à une obligation de renseigner élargie. Quant aux systèmes importants pour la stabilité du système financier, ils doivent répondre à des exigences minimales. Le premier niveau, à savoir l'obligation de fournir des informations statistiques, est réglé à l'art. 15 P-LBN (ch. 2.3.1.2). Les deuxième et troisième niveaux (obligation de renseigner élargie et exigences minimales) sont décrits à l'art. 20.

2.3.3.2.2 Obligation de renseigner élargie (art. 20, al. 1, P-LBN)

L'art. 20, al. 1, définit l'obligation de renseigner élargie imposée pour les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres. Cette obligation s'applique à la totalité des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres pour lesquels il n'est pas patent d'emblée qu'ils ne sont pas importants pour la stabilité du système financier. Les exploitants de tels systèmes doivent non seulement se conformer à l'obligation de renseigner (art. 15, al. 2, P-LBN), mais aussi fournir, sur demande, d'autres informations à la Banque nationale, mettre à la disposition de cette dernière les documents requis et lui permettre d'inspecter sur place les équipements ils disposent. L'obligation de renseigner élargie doit permettre à la BNS de juger si un système présentant des risques potentiels constitue un risque réel pour la stabilité du système financier.

En ce qui concerne les *systèmes de paiement*, le volume des paiements effectués constitue un critère simple et fiable pour écarter les systèmes manifestement peu importants qui ne doivent pas être soumis à l'obligation de renseigner élargie. L'art. 20, al. 1, P-LBN vise par conséquent uniquement les systèmes de paiement «traitant des montants élevés». La notion de «montant» fait partie de la terminologie en matière de trafic de paiement; elle est ainsi utilisée depuis des années pour décrire l'évolution des flux de paiement dans le système SIC (Swiss Interbank Clearing).

Le fait de mettre l'accent sur les montants signifie que ce sont en premier lieu ceux-ci, et non le nombre de transactions traitées par un système, qui sont déterminants pour les risques. Dans la perspective actuelle, le montant critique devrait être d'environ 25 milliards de francs par an. Ce chiffre concerne la somme des paiements (bruts) entrés dans le système et pas les éventuelles positions nettes. Comme les systèmes de paiement sont conçus de manière très différente du point de vue fonctionnel, ce montant de 25 milliards de francs doit être compris comme une valeur

indicative et non comme une limite fixe. Dans des cas exceptionnels, il peut être judicieux, par exemple, de fixer une obligation de renseigner élargie pour un système de débit à partir d'un montant un peu plus bas. Il en va de même des systèmes où les montants sont extrêmement élevés certains jours. Les valeurs limites exactes et les modalités de calcul devront être précisées dans une ordonnance. Grâce à cette solution, la BNS disposera de la flexibilité requise pour vérifier et adapter périodiquement les valeurs limites. Le montant critique pourrait augmenter au fil du temps du fait de la croissance de ces systèmes.

Dans le cas d'un montant critique de 25 milliards de francs, seuls quatre systèmes de paiement[183] existant depuis longtemps seraient concernés actuellement par l'obligation de renseigner élargie; un cinquième[184] pourrait le devenir durant le deuxième semestre de 2002. Tous les systèmes de cartes de crédit et de débit ainsi que les cartes de grands magasins n'atteindraient par contre pas le montant critique.

Il faut partir du principe que les *systèmes de règlement des opérations sur titres*, à la différence des systèmes de paiement, peuvent toujours être importants pour la stabilité du système financier; en outre l'obligation de renseigner ne permet pas à la BNS d'obtenir les informations spécifiques dont elle a besoin au sujet de ces systèmes (art. 15, al. 2, P-LBN). Tous les systèmes de règlement des opérations sur titres doivent par conséquent être soumis à l'obligation de renseigner élargie.

2.3.3.2.3 Exigences minimales (art. 20, al. 2, P-LBN)

L'art. 20, al. 2, habilite la BNS à imposer des exigences minimales en ce qui concerne l'exploitation de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres importants pour la stabilité du système financier.

Il n'existe pas de recette simple permettant de répondre à la question de savoir quels systèmes de paiement ou systèmes de règlement des opérations sur titres peuvent «engendrer des risques pour la stabilité du système financier». Il faut au contraire recourir à une série d'indicateurs. Quatre critères peuvent être par exemple utilisés pour évaluer les risques pour la stabilité du système financier:

- Le *genre de transactions* effectuées au moyen d'un système de paiement ou d'un système de règlement des opérations sur titres constitue un premier critère. Si un système traite des engagements interbancaires découlant d'opérations sur le marché monétaire, sur titres ou sur devises, la probabilité de risque systémique est très grande. En règle générale, de telles opérations portent sur des montants élevés et le moment où elles sont réalisées est un facteur important, de sorte que des problèmes de règlement peuvent facilement se reporter d'un participant à un autre.
- La *possibilité de recourir à d'autres systèmes* représente un deuxième critère. Si, en cas de panne d'un système de paiement ou d'un système de

183 Les trois systèmes de paiement de Telekurs SIC SA (SIC: Swiss Interbank Clearing, DTA: échange de supports de données, pour les paiements au moyen de comptes bancaires, et LSV: système de recouvrement direct) ainsi que le système de paiement de la Poste (OPAE: ordre de paiement électronique).

184 CLS: Continuous Linked Settlement; élimine les risques de règlement des opérations de change.

règlement des opérations sur titres, on peut facilement passer à un autre système, le risque systémique est plutôt faible. En revanche, ce risque semble relativement élevé lorsque d'importants paiements ne peuvent être effectués qu'au moyen d'un seul système.

– Le troisième critère porte sur les *montants maximums pouvant être traités* par un système. Il peut par exemple arriver que des systèmes de paiement de détail doivent traiter certains jours des montants substantiels, comme c'est le cas lorsque les salaires sont versés le même jour. Si un tel système tombe en panne un jour où les montants traités atteignent un pic, la stabilité du système financier peut être compromise.

– Quatrièmement: dans le cas des systèmes de paiement travaillant avec des substituts du numéraire tels que la monnaie électronique, il est possible de tenir compte de *la diffusion du moyen de paiement correspondant* dans *le public*. Si ce moyen de paiement joue un rôle important dans l'économie, une panne opérationnelle peut déclencher des réactions en chaîne dans le public. De telles réactions sont susceptibles de générer une perte de confiance dans le moyen de paiement concerné et, si elles entraînent des changements inattendus dans la demande d'argent, elles peuvent susciter des problèmes au niveau de la politique monétaire de la BNS.

Après avoir, en se fondant sur l'obligation de renseigner prévue par l'art. 20, al. 1, examiné la structure et le mode de fonctionnement d'un système de paiement ou d'un système de règlement des opérations sur titres, la BNS pourra juger avec une certitude suffisante si ce système est important pour la stabilité du système financier, c'est-à-dire si l'on est en présence d'un des critères typiques du risque systémique. Tel ne doit pas nécessairement être le cas.

La BNS peut imposer des exigences minimales déterminées s'appliquant aux systèmes de paiement et aux systèmes de règlement des opérations sur titres susceptibles d'engendrer des risques pour la stabilité du système financier. Il convient en l'occurrence de tenir compte du fait que des conflits d'intérêts peuvent surgir entre les risques et les coûts d'un système de paiement: moins un système comporte de risque, plus il a tendance à être coûteux pour ses exploitants et pour ses utilisateurs. Les exigences minimales imposées aux systèmes de paiement peuvent ainsi restreindre la liberté économique des exploitants. Le principe de légalité exige par conséquent que la loi les décrive. L'art. 20, al. 2, 2e phrase, P-LBN énumère, à titre d'exemple, six champs possibles d'intervention de la BNS: les fondements de l'organisation (statuts, règlements, etc.), les conditions appliquées par l'exploitant, la sécurité opérationnelle, l'admission de participants au système, les conséquences des difficultés d'exécution rencontrées par des participants au système et les moyens de paiement utilisés (ch. 1.5.6.4). Du point de vue du contenu, ces axes d'intervention concordent avec les standards minimaux qui figurent dans les «Principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique» et les «Recommandations pour les systèmes de règlement de titres» publiés par la BRI[185].

Lorsqu'elle définit les exigences minimales, la Banque nationale est, comme chaque fois qu'elle exerce la puissance publique, liée au principe de proportionnalité. Elle doit pouvoir démontrer que le genre et la portée des exigences minimales sont

185 Banque des règlements internationaux (note 131).

nécessaires pour atteindre l'objectif fixé à l'art. 19, al. 1, à savoir protéger la stabilité du système financier. Vu l'évolution technologique fulgurante enregistrée dans le domaine du trafic des paiements, les modalités d'exécution ne peuvent pas être fixées dans la loi. Elles le seront dans une ordonnance de la Banque nationale.

2.3.3.2.4 Compétence d'édicter des prescriptions d'exécution (art. 20, al. 3, P-LBN)

L'art. 20, al. 3, fixe la disposition fondant la compétence de la BNS d'édicter des ordonnances d'exécution. L'octroi à la BNS de compétences en matière d'élaboration du dispositif juridique est autorisé par la Constitution (art. 164, al. 2, Cst.), s'impose sur le fond (art. 99, al. 2, Cst.) et est conforme à l'indépendance fonctionnelle de la BNS (ch. 2.1.6 et 2.3.1.2.4). Les ordonnances de la BNS définiront le montant critique pour l'obligation de renseigner élargie au sens de l'art. 20, al. 1, P-LBN, préciseront les exigences minimales au sens de l'art. 20, al. 2, et régleront d'autres détails. Avant d'édicter ces ordonnances, la BNS invitera les milieux intéressés à se prononcer dans le cadre d'une consultation; vu la nature technique de la matière, il n'y aura pas de consultation officielle des cantons et des partis au sens de l'art. 147 Cst. Dans des cas d'espèce (par exemple exigences minimales envers l'exploitant d'un système de paiement déterminé), les décisions de la Banque nationale seront rendues sous la forme de décisions pouvant faire l'objet d'un recours (art. 52 P-LBN).

2.3.3.3 Collaboration avec des autorités de surveillance (art. 21 P-LBN)

L'art. 21 P-LBN règle la collaboration avec la CFB, d'une part, et avec les autorités de surveillance étrangères, d'autre part. Elle constitue en outre la base légale nécessaire pour l'échange, indispensable à toute collaboration, de renseignements et de documents.

L'art. 21, al. 1, dote la *collaboration entre la CFB et la BNS* d'une base légale formelle. Dans la surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres, la Banque nationale est tenue de collaborer avec la CFB. Cette collaboration aura lieu avant tout lorsque l'exploitant d'un système est surveillé par la CFB. Elle peut toutefois être nécessaire avant la soumission formelle à la surveillance de la CFB, de sorte que cette surveillance ne constitue pas une condition à la collaboration.

L'obligation faite à la BNS de coordonner ses activités avec celles de la CFB et de consulter cette dernière avant d'édicter une recommandation ou de rendre une décision est un aspect important de la collaboration. Cette disposition concrétise les obligations découlant du mode de collaboration choisi. Elle doit dissiper les craintes relatives à l'apparition de doublons et de chevauchements. Comme la BNS rendra vraisemblablement assez peu de décisions formelles dans le cadre la surveillance des systèmes, l'obligation de consulter la CFB s'étend aussi aux recommandations. On entend par là des directives ou des instructions formelles à l'intention des exploitants de systèmes, qui ne remplissent toutefois pas les conditions formelles d'une

décision. Il convient de souligner que la CFB dispose d'un droit d'être consultée et non d'un droit de veto. L'obligation de consultation préalable ne change rien à la responsabilité exclusive de la BNS et de la CFB dans leur propre domaine de compétence.

Une collaboration efficace en matière de surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres nécessite aussi un échange étendu d'informations entre l'autorité chargée de la surveillance des marchés financiers et la BNS. Cet échange est garanti par l'art. 50 P-LBN, qui autorise la BNS à transmettre à la CFB les renseignements et les documents non accessibles au public dont elle a besoin pour s'acquitter de ses tâches.

L'obligation analogue faite à la CFB de collaborer avec la BNS est mentionnée dans la LB à travers un complément à l'art. 23bis et dans la loi sur les bourses à travers le nouvel art. 34bis (ch. 2.8.2.1.4 et 2.8.2.2).

L'art. 21, al. 2 autorise la Banque nationale à *collaborer avec des autorités de surveillance étrangères*, en vue de surveiller les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres pouvant engendrer des risques pour la stabilité du système financier. Une telle collaboration est indispensable étant donné la montée de l'interdépendance internationale enregistrée notamment au niveau de la compensation et du règlement des opérations sur titres. Cette collaboration est admise uniquement à des fins de préservation de la stabilité du système financier (art. 19, al. 1, P-LBN) et est par conséquent limitée à la surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres importants sous l'angle de la stabilité du système financier (art. 20, al. 2, P-LBN). La collaboration doit être possible tant avec les autorités compétentes pour la surveillance des systèmes qu'avec les autorités chargées de la surveillance des établissements, car il peut être nécessaire d'exercer une influence sur des participants étrangers au système financier dans le but de faire respecter les exigences minimales.

L'art. 21, al. 3, définit les conditions dans lesquelles la Banque nationale peut *transmettre aux autorités de surveillance étrangères des renseignements et des documents non accessibles au public*. La possibilité d'échanger de tels renseignements et documents est indispensable à une collaboration approfondie. En matière de relations avec des autorités étrangères, il convient toutefois de tenir compte d'une double restriction. Celle-ci découle d'une part de l'objectif en matière de stabilité du système, mentionné à l'art. 19, al. 1, P-LBN. L'art. 22, al. 3, P-LBN ne constitue donc pas une base adéquate pour fournir des informations à des fins de poursuite pénale; d'autre part, seules des informations concernant *l'exploitant d'un système* peuvent être transmises. Cette disposition ne permet donc pas d'échanger avec des autorités étrangères des informations sur des participants à un système ou sur leurs clients. Compte tenu de ces étroites limites, la question de la transmission de ces informations à des autorités de poursuite pénale ou à des autorités fiscales étrangères ne se pose pas du tout, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de reprendre les réserves prévues à l'al. 2, let. c, et à l'al. 3 de l'art. 23sexies de la loi sur les banques, à l'art. 38 de la loi sur les bourses et à l'art. 63 de la loi sur les fonds de placement. Il suffit de soumettre la transmission d'informations aux conditions de la spécialité (art. 21, al. 3, let. a, P-LBN) et de la liaison par le secret de fonction ou par le secret professionnel (art. 21, al. 3, let. b, P-LBN).

2.3.4 Section 4: Contrôle et sanctions

2.3.4.1 Contrôle du respect des obligations de renseigner et de détenir des réserves minimales (art. 22 P-LBN)

2.3.4.1.1 Contrôle effectué par les organes de révision prévus par la loi (art. 22, al. 1, P-LBN)

Tant l'activité statistique de la BNS que la réglementation régissant les réserves minimales reposent sur dles obligations de renseigner et de fournir un relevé auxquelles doivent satisfaire les banques et – en ce qui concerne les statistiques – d'autres milieux. La pertinence des statistiques dépend de la fiabilité des données fournies. En ce qui concerne les réserves minimales, des données inexactes entraînent de fausses exigences à l'égard de ces réserves, avec pour conséquence une inégalité de traitement sur le plan financier entre les destinataires de la norme. Il faut donc pouvoir vérifier l'exactitude des données statistiques et des relevés.

Dans le domaine de la statistique, la BNS utilise aujourd'hui des procédures de contrôle statistique. En cas de soupçon de données inexactes, le droit positif (loi sur les banques, loi sur les fonds de placement, loi sur la statistique) n'offre que la possibilité d'inviter les personnes astreintes à l'obligation de renseigner à vérifier celles-ci ou d'ouvrir ensuite une procédure pénale. En dehors d'une procédure pénale, la possibilité de faire contrôler les données par la BNS ou par un tiers fait défaut.

Dans le cas des banques, des bourses, des négociants en valeurs mobilières et des fonds de placement, les données communiquées doivent être davantage utilisées à des fins de surveillance en raison de l'échange formalisé de données entre la BNS et la CFB en sa qualité d'autorité de surveillance compétente. En ce qui concerne les banques, le respect de l'obligation de détenir des réserves minimales est lié à des conséquences économiques. Les obligations de renseigner et de fournir un relevé revêtant une importance accrue, il est justifié que les organes de révision prévus par la loi (art. 22, al. 1, P-LBN) vérifient que ces obligations sont respectées. Le résultat du contrôle doit être consigné dans le rapport de révision. Si des irrégularités, notamment des données inexactes ou des infractions à l'obligation de détenir des réserves minimales sont constatées, la BNS et la CFB doivent être informées immédiatement. Ainsi, les statistiques concernées peuvent être corrigées et, en ce qui concerne les réserves minimales, les sanctions prévues à l'art. 23 P-LBN peuvent être appliquées. La prise en compte dans la révision du respect des obligations de renseigner et de détenir des réserves minimales devrait en outre déployer un effet préventif renforcé.

2.3.4.1.2 Vérification par la BNS ou par des réviseurs neutres, dénonciation en cas d'infraction (art. 22, al. 2 et 3, P-LBN)

La BNS doit par ailleurs avoir la possibilité de vérifier elle-même ou de faire vérifier par un réviseur désigné par ses soins le respect des obligations de renseigner et de détenir des réserves minimales (art. 22, al. 2, P-LBN). Cette possibilité revêt avant tout de l'importance lorsque la personne astreinte à l'obligation de renseigner ne fait

pas partie d'une des catégories mentionnées à l'art. 22, al. 1, P-LBN et n'est donc pas contrôlée régulièrement par l'organe de révision prévu par la loi; elle s'applique cependant de manière générale à toutes les personnes obligées de fournir des renseignements ou de détenir des réserves minimales. En cas d'infraction aux prescriptions, les coûts du contrôle sont à la charge de la personne soumise à ces obligations. La prescription présente l'avantage qu'en cas de soupçon d'infraction, les investigations nécessaires peuvent être effectuées sans recours à une procédure pénale. Si de telles investigations révèlent une infraction à l'obligation de renseigner ou à l'obligation de fournir le relevé attestant de la détention des réserves minimales prescrites, ou une obstruction à un contrôle ordonné ou effectué par la Banque nationale, celle-ci doit demander au Département fédéral des finances d'ouvrir une enquête pénale (art. 22, al. 3, P-LBN).

2.3.4.2 Sanctions de droit administratif (art. 23 P-LBN)

2.3.4.2.1 Versement d'intérêts sur le montant manquant des réserves minimales (art. 23, al. 1, P-LBN)

L'art. 22 P-LBN règle le contrôle de l'exactitude des données et des relevés dans le domaine de la statistique et de l'obligation de détenir des réserves minimales. Un tel contrôle peut montrer qu'une banque ne détient pas les réserves minimales prescrites. On peut aussi imaginer qu'une banque ait certes fourni des données correctes, mais que le relevé montre que l'obligation de détenir des réserves minimales n'a pas été respectée. Pour ces deux cas, l'art. 23, al. 1, 1re phrase, P-LBN prévoit une sanction de droit administratif qui peut être prise par la BNS. Cette dernière pouvant exiger de la banque en question un intérêt sur le montant manquant pour la durée de la détention insuffisante de réserves minimales, cette banque doit d'abord être placée, sur le plan économique, dans la même situation que si elle avait dû se procurer le montant concerné sur le marché interbancaire. La loi précise que le taux d'intérêt déterminant est le «taux appliqué sur le marché monétaire aux crédits interbancaires pour la même période» (art. 23, al. 1, 2e phrase, P-LBN). L'ordonnance d'exécution de la BNS fixera les modalités.

La BNS peut en outre exiger un supplément pouvant aller jusqu'à cinq points de pourcentage. La sanction est ainsi assortie d'un effet préventif suffisant. Comme la demande de liquidités des banques pourrait à l'avenir être assez étroitement liée à l'exigence relative aux réserves minimales, il faut s'attendre à ce que certaines banques ne satisfassent pas, occasionnellement, à cette exigence. Le montant du supplément doit être porté à l'avance à la connaissance des banques et sera par conséquent réglé dans l'ordonnance. Un supplément relativement élevé présentera l'avantage d'inciter plus fortement à une meilleure répartition des liquidités excédentaires – limitées – entre les intervenants sur le marché. Le marché monétaire sera ainsi plus efficace dans l'ensemble et la mise en œuvre de la politique monétaire aura tendance à être facilitée.

2.3.4.2.2 Mesures contre les exploitants de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres (art. 23, al. 2, P-LBN)

L'art. 23, al. 2, P-LBN prévoit diverses sanctions de droit administratif si l'exploitant d'un système de paiement ou d'un système de règlement des opérations sur titres pouvant engendrer des risques pour la stabilité du système financier ne remplit pas les exigences minimales prescrites.

Le retrait de l'autorisation est la sanction la plus sévère pouvant frapper les exploitants de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres au bénéfice d'une autorisation d'agir en tant que banque ou en tant que négociant en valeurs mobilières délivrée par la CFB (conformément aux nouveaux art. 1bis P-LB et 10bis P-LBVM). Comme il n'est pas possible d'exclure que des systèmes non soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation de la CFB (par exemple des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres dont l'exploitant a son siège à l'étranger) puissent aussi engendrer des risques pour la stabilité du système financier, il est nécessaire de prévoir des mesures administratives supplémentaires pour inciter les destinataires de la norme à adopter un comportement conforme aux exigences.

La BNS doit tout d'abord informer les autorités de surveillance suisses et étrangères compétentes (art. 23, al. 2, 1re phrase, P-LBN). Il faut entendre par «compétentes» au sens de la loi tant les autorités chargées de surveiller l'exploitation du système de paiement ou du système de règlement des opérations sur titres concerné que celles à qui incombe la surveillance des participants au système. Il appartient aux autorités de surveillance d'entreprendre ensuite les démarches nécessaires. Sur la base des risques accrus que la BNS pourrait constater au niveau du système concerné, des exigences plus élevées en matière de fonds propres pourraient être imposées aux participants au système ou la fin de la participation pourrait même être ordonnée.

La BNS doit ensuite pouvoir interdire à l'exploitant d'un système de paiement ou d'un système de règlement des opérations sur titres comportant des risques d'accéder à un compte de virement (art. 23, al. 2, 2e phrase, let. a, P-LBN). Cette sanction doit être définie dans la loi, car, en raison de l'art. 10 de la nouvelle loi sur l'unité monétaire et les moyens de paiement, les agents du trafic des paiements doivent pouvoir détenir des avoirs à vue auprès de la BNS[186]. En refusant l'accès au compte ou en le fermant, la BNS les priverait de ce droit, ce qui ne doit être possible que pour les motifs exposés à l'art. 23, al. 2, P-LBN. L'exclusion d'un système de paiement ou d'un système de règlement des opérations sur titres peu sûr des opérations de virement de la BNS pourrait ralentir la propagation aux autres intervenants sur les marchés financiers des risques découlant du système en question.

Enfin, la BNS doit être en mesure d'avertir le public des dangers liés à l'utilisation d'un système de paiement ou d'un système de règlement des opérations sur titres comportant des risques systémiques. Aux termes de l'art. 23, al. 2, 2e phrase, let. b, P-LBN, la Banque nationale peut, si l'exploitant refuse de se soumettre à une décision exécutoire concernant les exigences minimales, publier cette décision dans la Feuille officielle suisse du commerce ou la porter de toute autre manière à la connaissance du public; une telle mesure doit être précédée d'une mise en demeure.

186 Cf. «message concernant la LUMMP (note 9); FF **1999** 6558.

La sanction de droit administratif consistant à «clouer au pilori» est déjà ancrée dans la loi sur les bourses (art. 35, al. 5, LBVM) et dans la loi sur le blanchiment d'argent (art. 20 LBA), elle n'est donc pas étrangère au droit administratif économique de la Confédération.

2.3.4.3 Disposition pénale (art. 24 P-LBN)

2.3.4.3.1 Réglementation en vigueur

Dans le domaine de la loi sur les banques, la violation de l'obligation de renseigner est considérée aujourd'hui comme une contravention passible des arrêts ou de l'amende jusqu'à concurrence de 20 000 francs, et le fait d'agir par négligence entraîne une amende pouvant atteindre 10 000 francs (art. 49 LB). Dans le cas de la loi sur la statistique fédérale (art. 22), une amende peut être infligée pour la violation de l'obligation de renseigner; en relation avec l'art. 106 CP, le montant maximum est ici de 5000 francs. Dans les deux cas, il s'agit de contraventions. Les violations des obligations de renseigner ou le fait d'entraver des contrôles qui sont ordonnés en vertu de la LBN en vigueur sont passibles de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de 200 000 francs au plus. En cas d'infraction par négligence, le montant maximum de l'amende est de 100 000 francs (art. 65*b* LBN).

2.3.4.3.2 Cadre pénal uniformisé (art. 24, al. 1 et 2, P-LBN)

En matière de statistique des banques et des marchés financiers, notamment en cas de collectes complètes, l'exactitude des données revêt une grande importance pour les décisions de la banque centrale, mais aussi parfois pour les autorités de surveillance. Il peut en particulier être exigé de la part des entreprises soumises à surveillance qu'elles fassent preuve d'une diligence particulière lors de l'accomplissement de l'obligation de renseigner. Les faits constitutifs d'une infraction prévus par l'art. 24, al. 1, let. a et b, P-LBN comprennent les infractions à l'obligation de renseigner, les infractions aux obligations de fournir un relevé et de fournir des informations dans les domaines des réserves minimales et de la surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres, ainsi que le fait d'entraver des contrôles effectués ou ordonnés par la BNS. Le cadre des amendes de la loi sur la statistique fédérale ne peut donc pas fournir d'indications quant à la marche à suivre. En ce qui concerne le cadre des amendes de la loi sur les banques, il faut se rappeler qu'il date de 1971 et qu'il convient donc de tenir compte de la dépréciation de la monnaie survenue depuis lors. Les peines pouvant être infligées doivent être palpables et garantir ainsi que les obligations seront prises au sérieux. Par conséquent, la peine doit uniformément revêtir la forme des arrêts ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 200 000 francs en cas d'acte intentionnel, et d'une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 francs en cas d'acte commis par négligence. En ce qui concerne les amendes, le cadre fixé actuellement pour la violation des mesures relevant de l'exercice de la puissance publique prises par la banque centrale est ainsi repris (art. 65*a* à 65*c* LBN). Dans le cas des peines privatives de liberté, il est par contre renoncé à l'emprisonnement.

Dans le cas du non-respect des exigences minimales à l'égard d'un système de paiement ou d'un système de règlement des opérations sur titres, il n'est pas proposé de dispositions pénales particulières en plus du retrait de l'autorisation (art. 1bis, P-LB et 10bis, P-LBVM) et des sanctions de droit administratif (art. 23, al. 2, P-LBN en relation avec l'art. 23quinquies LB et avec l'art. 36 LBVM). Dans des cas particuliers, la BNS pourrait cependant assortir ses décisions de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (insoumission à une décision de l'autorité).

2.3.4.3.3 Compétence et prescription (art. 24, al. 3 et 4, P-LBN)

Le caractère punissable dans le cadre d'une entreprise découle du droit pénal administratif (RS *313.0*), auquel renvoie l'art. 24, al. 3, P-LBN. Les infractions continueront d'être poursuivies et jugées par le Département fédéral des finances. Etant donné que tous les faits constitutifs des infractions consistent en contraventions, le délai de prescription de leur poursuite ne serait que de deux ans (art. 11 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif). Comme, dans la plupart des cas, la BNS pourrait n'avoir connaissance des infractions que par les rapports des réviseurs, le délai de prescription au sens de l'art. 24, al. 4, P-LBN est porté à cinq ans pour que les infractions puissent encore être poursuivies (cf. aujourd'hui art. 65*d*, ch. 2, LBN).

2.4 Chapitre 4: Dispositions relevant du droit de la société anonyme

2.4.1 Section 1: Organisation de la société anonyme

2.4.1.1 Capital-actions, forme des actions (art. 25 P-LBN)

2.4.1.1.1 Capital-actions (art. 25, al. 1, P-LBN)

L'art. 25 P-LBN remplace les art. 5 et 6 de la LBN en vigueur, qui règlent le capital-actions de la BNS ainsi que l'éventuelle augmentation de celui-ci. Le terme «capital-actions» reprend la terminologie du droit révisé de la société anonyme. La fixation du capital-actions ainsi que du nombre, de la valeur nominale et de l'espèce des actions constitue une condition nécessaire de l'existence d'une société anonyme (art. 620 et 626 CO).

Dès le début, le capital-actions de la BNS s'est élevé à 50 millions de francs et il a été versé à raison de la moitié dès l'entrée en fonction de la BNS (art. 5 LBN). La division en 100 000 actions nominatives de 500 francs est également demeurée la même. Lorsque les actions de la BNS furent émises, deux cinquièmes du capital-actions demeurèrent réservés aux cantons ou à leurs banques cantonales; un cinquième fut réservé aux anciennes banques d'émission. Les deux autres cinquièmes furent offerts en souscription publique. Le montant du capital social, qui était remarquable pour l'époque, visait à établir un rapport adéquat entre ledit capital et l'ampleur probable des affaires et l'importance de l'institution en tant que «banque des banques». Il convenait par ailleurs de susciter la confiance du public dans la banque centrale puisque toute responsabilité de l'Etat faisait défaut à l'époque (ch. 1.3.1.1). Par ailleurs, le législateur craignait une trop faible rentabilité de la

Banque nationale. C'est la raison pour laquelle il renonça à l'entière libération des actions. Cette réglementation, établie en 1905, a subsisté jusqu'à ce jour. Aucune augmentation du capital-actions n'a été décidée et il n'a pas non plus été fait appel à la part non versée de celui-ci. Rapidement, le capital-actions n'a plus du tout été en rapport avec le total du bilan, ce qui aurait conduit normalement à une augmentation du capital-actions dans le cas d'une banque commerciale. Dans son message de 1953 concernant la révision de la LBN, le Conseil fédéral précisait cependant qu'il en va autrement lorsqu'il s'agit d'une banque d'émission puisque le capital-actions n'a pas la même importance, en tant que garantie, que celui d'une banque privée. Il ajoutait par ailleurs qu'il ne paraissait pas non plus nécessaire de renforcer le capital-actions pour permettre à la banque de se procurer des ressources[187].

Dans le cas de la BNS, le capital-actions n'assure plus aucune fonction de garantie. Il est nécessaire uniquement sous l'angle de la forme juridique de la société anonyme, qui assure l'indépendance de la banque centrale (ch. 1.3.5.1). Par conséquent, une augmentation du capital-actions de la BNS n'aurait aujourd'hui plus de sens. Il faut au contraire fixer définitivement le montant du capital-actions aux 25 millions de francs versés. Il sera ainsi tenu compte du fait que, depuis la fondation de la Banque nationale, il n'a jamais été nécessaire de faire appel à la part non versée du capital-actions. Compte tenu de la somme du bilan actuelle de la BNS, de ses provisions élevées et de la disposition constitutionnelle qui oblige la BNS à constituer des réserves monétaires suffisantes (art. 99, al. 3, Cst.), on ne voit pas comment un tel besoin pourrait apparaître. En réduisant le capital-actions, c'est-à-dire en renonçant à faire appel à la part non versée de celui-ci, on fait descendre à 250 francs la valeur nominale des actions qui sont alors entièrement libérées. Pour les actionnaires, cette démarche présente l'avantage d'être dégagés de l'obligation de libérer intégralement leurs actions, obligation qui est cependant largement fictive.

En ce qui concerne la réduction du capital-actions, le code des obligations prescrit des étapes procédurales particulières (appel aux créanciers, rapport de révision spécial) qui visent notamment à protéger les créanciers (art. 732 ss CO). Dans le cas de la BNS, l'observation de cette procédure n'a aucun sens pour des motifs évidents. Il convient donc de préciser dans une disposition transitoire de la LBN révisée que les dispositions des art. 732 à 735 CO ne sont pas applicables à la réduction du capital-actions de la BNS, qui passe de 50 à 25 millions de francs (art. 57, al. 1, P-LBN). L'inscription du nouveau capital-actions au registre du commerce peut donc avoir lieu dès l'entrée en vigueur de la LBN révisée en vertu de l'art. 25, al. 1, P-LBN.

Afin de réduire la loi à l'essentiel, on peut renoncer à une norme qui règle une éventuelle augmentation du capital-actions. Pour les raisons évoquées ci-avant, il est extrêmement improbable que le capital-actions de la BNS doive être un jour augmenté. Par ailleurs, une telle augmentation ne pourrait de toute façon être décidée qu'à travers une modification de la loi (art. 25, al. 1, P-LBN). Le fait que le législateur puisse en tout temps modifier la LBN va de soi et n'a pas à être précisé spécialement dans la loi. Le droit de l'assemblée générale de proposer aux Chambres fédérales une augmentation du capital-actions (art. 6, al. 1, LBN) est compris dans le droit général de faire des propositions au sens de l'art. 36, let. f, P-LBN (ch. 2.5.2.4).

187 «Message de 1953» (note 32); FF **1953** I 925.

2.4.1.1.2 Forme des actions (art. 25, al. 2, P-LBN)

La LBN en vigueur part du principe que les actions de la BNS revêtent la forme d'un titre dont le transfert n'est possible que par remise du titre. La révision doit permettre à la BNS de suivre les évolutions qu'a connues le négoce des titres au cours du dernier quart de siècle. Afin de rationaliser la gestion et le négoce des titres, le dépôt collectif a été introduit en Suisse dans les années 1970. Il a entraîné par la suite l'utilisation de certificats globaux pour les titres au porteur. Dès le milieu des années 1980, une dématérialisation des titres s'est produite, en ce sens que le certificat a été remplacé par un enregistrement comptable des droits des créanciers et des droits des membres. La notion de droit-valeur[188] a été créée pour ces droits ne faisant pas l'objet d'un certificat, mais qui sont néanmoins négociables.

Pour les actions nominatives, la dématérialisation a été effectuée à travers le concept d'action avec impression différée du titre. Selon ce concept, l'actionnaire, via sa banque dépositaire, reçoit un droit-valeur simplement négociable inscrit dans un registre tenu par le SIS (SEGAInterSettle AG). Les titres d'actions ne sont en général plus émis sous la forme de certificat; l'actionnaire peut cependant exiger en tout temps que la société lui délivre un certificat. La BNS ne pouvait pas franchir cette étape, parce que l'art. 8 LBN prévoit impérativement l'émission de titres. Il aurait par ailleurs été difficile de savoir de quelle manière la BNS aurait dû édicter les dispositions précisant que le transfert d'actions ne faisant pas l'objet d'un certificat n'est possible que par cession et que la mise en gage ne peut intervenir qu'en faveur de la banque dépositaire.

La nouvelle loi sur la banque nationale doit remédier à cette situation: l'art. 25, al. 2, P-LBN est formulé de manière suffisamment ouverte pour que la BNS puisse s'adapter aux évolutions décrites et futures du négoce des valeurs mobilières sans que la loi ne doive être modifiée. Cette disposition autorise tout d'abord l'émission déjà pratiquée de certificats portant sur une ou plusieurs actions. Il est ensuite expressément prévu que la BNS peut renoncer à l'impression et à la livraison de titres d'actions. La BNS est ainsi en mesure de mettre en œuvre le concept de l'impression différée des titres.

Afin de disposer d'une loi formulée de manière ouverte, en vue des futures évolutions, il est renoncé à des réglementations détaillées. Le conseil de banque doit pouvoir fixer les modalités en tenant compte des exigences concrètes du négoce boursier et du déroulement des transactions sur titres. En cas de reprise du concept de l'impression différée des titres, le conseil de banque pourra notamment définir dans un règlement le transfert par cession d'actions de la BNS ne faisant pas l'objet d'un certificat ainsi que la possibilité de mise en gage.

188 Cf. Brunner Christoph, Wertrechte – nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere, Diss. Berne 1996, p. 7 ss.

2.4.1.2 Registre des actions, restrictions à la transmissibilité (art. 26 P-LBN)

2.4.1.2.1 Registre des actions (art. 26, al. 1, P-LBN)

En sa qualité de société anonyme dont les actions sont nominatives, la BNS doit tenir un registre des actions (art. 686 CO). L'art. 26, al. 1, P-LBN résume les dispositions du droit en vigueur (art. 8, al. 3 et 4, art. 9 LBN) en s'inspirant de l'art. 686 CO.

Les actionnaires inscrits au registre des actions disposent de tous les droits découlant de l'action, notamment du droit de percevoir un dividende et du droit de prendre part à l'assemblée générale. Se fondant sur le CO, la BNS inscrit aujourd'hui déjà dans le registre des actions l'usufruitier en plus du propriétaire (art. 686 et 690, al. 2, CO). Il continuera d'en aller ainsi. Pour la Banque nationale, seules les personnes inscrites au registre des actions sont reconnues comme actionnaires (art. 26, al. 1, 1re phrase, P-LBN). Le registre des actions détermine l'exercice des droits, notamment celui de voter lors de l'assemblée générale.

Jusqu'à présent, chaque transfert d'actions nécessitait l'approbation du comité de banque ou, si l'approbation n'était pas donnée par six membres au moins du comité de banque, l'approbation du conseil de banque (art. 8, al. 2, LBN). Cela a conduit à une situation dans laquelle tous les refus étaient le fait du conseil de banque. Comme ce dernier ne siège que quatre fois par an, il n'était pas possible pour la BNS de respecter le délai de refus de 20 jours pour les actions nominatives cotées en bourse (art. 685*g* CO). Le traitement rapide des demandes d'inscription visé par le CO n'est possible que si celles-ci peuvent être examinées immédiatement. C'est la raison pour laquelle il est prévu à l'art. 26, al. 1, 2e phrase, P-LBN que le conseil de banque fixe les modalités d'approbation. Il est ainsi possible de déléguer la compétence d'approbation au préposé au registre des actions. Une telle délégation ne pose pas de problème, étant donné que l'art. 26, al. 2 et 3, P-LBN définit des critères de refus clairs et que l'instance d'approbation ne dispose d'aucune marge d'appréciation.

2.4.1.2.2 Restrictions relatives à la transmissibilité (art. 26, al. 2 et 3, P-LBN)

La loi en vigueur prévoit que seuls des citoyens suisses et des personnes morales suisses peuvent être inscrites au registre des actions (art. 7 LBN). Cette norme découle de la réflexion selon laquelle seuls des actionnaires suisses peuvent participer à la banque centrale suisse. Le conseil de banque a fixé les détails dans un règlement.

Du fait de la révision du droit de la société anonyme, la possibilité qu'avaient les sociétés anonymes cotées en bourse de refuser les acquéreurs d'actions étrangers comme actionnaires a été supprimée (art. 685*d* CO). Les statuts de telles sociétés ne peuvent plus prévoir que deux motifs pour refuser un acquéreur d'actions, à savoir le fait de détenir un nombre d'actions dépassant une certaine limite en pour-cent et le fait que l'acquéreur ne déclare pas expressément, à la demande de la société, que les actions ont été acquises en son propre nom et pour son propre compte (art. 685*d*, al. 1 et 2, CO). Une limitation aux actionnaires suisses pourrait évidemment être

maintenue dans la loi sur la banque nationale. En tant que loi spéciale, la LBN primerait sur ce point sur le CO. Une telle solution présenterait cependant des défauts auxquels la BNS est déjà confrontée en pratique.

Dans le régime actuel, lorsque des actions de la BNS sont acquises en bourse, les droits passent à l'acquéreur lors du transfert (art. 685*f*, al. 1, CO). Suite à la demande d'inscription, l'acquéreur est inscrit au registre des actions comme «actionnaire sans droit de vote». Il conserve cette qualité même s'il est refusé par le conseil de banque, par exemple parce qu'il est étranger. Il devient donc propriétaire de l'action et il acquiert les droits patrimoniaux. Mais il ne peut pas exercer les droits sociaux. A la fin de 2001, 1,4 % du capital-actions de la BNS se trouvait dans les mains d'actionnaires étrangers qui ne pouvaient donc voter. Pour environ 19 % du capital-actions, les demandes d'inscription étaient en suspens ou attendues[189]. La BNS n'a aucun intérêt à ce qu'une part élevée de ses actions ne puisse pas être représentée à l'assemblée générale. Le risque que des actionnaires étrangers exercent une influence sur la politique monétaire de la BNS n'existe pas, car l'assemblée n'a aucun pouvoir décisionnel dans ce domaine. Il convient enfin d'observer que l'action de la BNS n'est pas un titre de placement en raison du faible dividende distribué. Pour ces raisons, la BNS peut renoncer à la restriction applicable à l'inscription d'actions détenues par des étrangers et reprendre la conception du code des obligations.

Il est donc proposé de reprendre à l'art. 26, al. 2 et 3, P-LBN les deux motifs de refus prévus par le droit de la société anonyme (art. 685*d* CO). Tout d'abord, l'inscription pour un actionnaire privé doit être limitée à 100 actions (art. 26, al. 2, 1re phrase, P-LBN). Cela a pour effet que le droit de vote d'un actionnaire privé à l'assemblée générale continue d'être limité à 100 voix; la disposition de l'art. 35, al. 3, LBN est reprise ici. Toutefois, la restriction portant sur l'inscription n'exclut plus qu'un actionnaire privé agissant en vertu de procurations représente en tout plus de 100 voix. Cette extension contrôlée du droit de vote des actionnaires privés ne porte pas préjudice aux orientations prises lors de l'assemblée générale. Elle permet au contraire de simplifier considérablement le déroulement administratif de l'assemblée. La restriction de l'inscription à 100 actions ne s'applique pas aux collectivités et aux établissements suisses de droit public ni aux banques cantonales au sens de l'art. 3*a* de la loi sur les banques (art. 26, al. 2, 2e phrase, P-LBN). Les actionnaires de droit public continueront ainsi de disposer d'un droit de vote non limité (jusqu'ici art. 35, al. 2, LBN). La mention séparée des banques cantonales dans la loi est nécessaire, car celles-ci peuvent être tant des établissements de droit public que des sociétés anonymes.

Une deuxième restriction prévoit, comme à l'art. 685*d*, al. 2, CO, le refus de l'inscription d'un acquéreur qui, en dépit de la demande de la Banque nationale, ne déclare pas expressément qu'il a acquis et qu'il détiendra les actions en son propre nom et pour son propre compte (art. 26, al. 3, P-LBN).

189 BNS, 94e rapport de gestion 2001, p. 102.

2.4.1.3 Dispositions régissant la cotation en bourse (art. 27 P-LBN)

Comme les actions de la BNS sont cotées à la Bourse suisse, les dispositions de la loi sur les bourses sont applicables à la Banque nationale dans la mesure où l'admission et le négoce de l'action BNS à la Bourse suisse s'alignent sur les dispositions d'exécution des art. 5, 6 et 8 LBVM. La BNS doit ainsi se soumettre aux dispositions correspondantes de la Bourse relatives à l'admission. Lors de l'application desdites dispositions, les organes de la Bourse doivent cependant, dans les limites de leur pouvoir d'appréciation, tenir compte des particularités de la BNS comme banque centrale (ch. 1.3.3.5). En vertu de l'art. 76 du règlement de cotation, l'Instance d'admission de la Bourse suisse a la possibilité d'autoriser des exceptions à certaines dispositions du règlement. Elle en a fait jusqu'ici usage en libérant la BNS de l'obligation de rédiger un rapport intermédiaire semestriel et d'établir un tableau de financement. Il a ainsi été tenu compte du besoin de protection nettement plus faible de l'investisseur, découlant de la nature particulière de la BNS. Il est cependant gênant que la BNS, en sa qualité de banque centrale de la Confédération, dépende des exceptions autorisées par un organe d'autorégulation privé. L'art. 27 P-LBN corrige cette situation insatisfaisante, en ce sens que les organes boursiers doivent tenir compte de la nature particulière de la Banque nationale dans l'application des dispositions régissant la cotation, notamment de celles qui concernent le contenu et la fréquence des informations financières à publier.

2.4.1.4 Communications (art. 28 P-LBN)

Le droit de la société anonyme (art. 626, ch. 7, CO) prescrit que la forme à observer pour les publications de la société doit être fixée dans les statuts. Pour les communications, l'art. 11 LBN prévoit la forme de la lettre recommandée adressée aux actionnaires ainsi que la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

La réglementation prévoyant une lettre recommandée est insatisfaisante, car de nombreux actionnaires préfèrent recevoir les communications par courrier ordinaire. C'est la raison pour laquelle les convocations à l'assemblée générale et les autres communications aux actionnaires seront désormais envoyées par courrier normal. La BNS, en sa qualité d'institution d'intérêt public, doit maintenir la publication des convocations et des communications dans la FOSC (art. 28 P-LBN).

2.4.2 Section 2: Etablissement des comptes et répartition du bénéfice

2.4.2.1 Comptes annuels (art. 29 P-LBN)

L'art. 29 P-LBN correspond pour l'essentiel à l'actuel art. 25 LBN. La terminologie a été adaptée au droit révisé de la société anonyme. Afin de décharger le texte légal de normes techniques superflues, il n'est plus mentionné que l'exercice de la BNS correspond à l'année civile.

Selon l'art. 29 P-LBN, la BNS doit dresser des comptes annuels qui sont composés du compte de résultat, du bilan et de l'annexe. La terminologie s'inspire de l'art. 662, al. 2, CO. La division en trois parties des comptes annuels correspond à la manière de procéder de la BNS depuis l'entrée en vigueur du droit révisé de la société anonyme.

A l'instar du droit en vigueur, l'art. 29 P-LBN renvoie aux prescriptions du code des obligations pour l'établissement des comptes annuels. Sont donc applicables les dispositions relatives à la comptabilité commerciale (art. 957 à 964 CO) ainsi que les prescriptions régissant l'établissement des comptes qui figurent dans le droit de la société anonyme (art. 662 ss CO). Toutefois, ces dernières ont un caractère abstrait assez marqué; plusieurs principes ne sont décrits que par des mots-clés. C'est pourquoi l'art. 29 P-LBN renvoie en outre aux «principes généralement admis en matière d'établissement des comptes». Le droit régissant la banque centrale tient ainsi compte de l'évolution survenue ces dernières années, au cours desquelles des règlementations privées largement observées sont venues compléter les prescriptions du code des obligations régissant l'établissement des comptes. En Suisse, il s'agit avant tout des «RPC» («recommandations relatives à la présentation des comptes») qui concrétisent à la lumière des standards internationaux les dispositions laissées ouvertes du droit de la société anonyme. Il convient aussi de mentionner les «Normes comptables internationales» (NCI), qui sont de plus en plus observées. L'art. 29 P-LBN accorde à la BNS la liberté de choisir entre diverses réglementations entrant en ligne de compte.

Il va de soi que la Banque nationale doit déroger aux prescriptions du code des obligations régissant la présentation des comptes et aux principes applicables, lorsque les prescriptions de la loi sur la Banque nationale ou les particularités de l'activité d'une banque centrale l'exigent. En pareil cas, la dérogation doit être explicitée dans le rapport de gestion (ch. 1.3.2.5).

La prescription du droit positif (art. 25 LBN) selon laquelle les comptes annuels doivent être soumis à l'approbation du Conseil fédéral avant leur publication et avant d'être présentés à l'assemblée générale se trouve désormais à l'art. 7, al. 1, P-LBN (ch. 2.1.7.2).

2.4.2.2 Détermination du bénéfice (art. 30 P-LBN)

Dans la loi en vigueur sur la Banque nationale, il manque une disposition précisant la manière de déterminer le bénéfice de la Banque nationale (ch. 1.3.4.1). Désormais, l'art. 99, al. 3, Cst. oblige la Banque nationale à constituer, à partir de ses revenus, des réserves monétaires suffisantes, dont une part doit consister en or. Cette norme constitutionnelle est concrétisée à l'art. 30 P-LBN, qui oblige la BNS à utiliser ses revenus en premier lieu pour constituer des provisions suffisantes afin de maintenir les réserves monétaires au niveau requis par la politique monétaire. Le produit restant représente le bénéfice qui doit être distribué à la Confédération et aux cantons. L'art. 30 P-LBN doit être compris comme suit:

Définition et fonction des réserves monétaires

Il faut entendre par réserves monétaires les réserves de devises, l'or ainsi que la position de réserve au FMI et les moyens de paiement internationaux. Les réserves monétaires servent à prévenir et à maîtriser les crises. Elles sont utilisées pour corriger les déséquilibres temporaires de la balance des paiements, pour amortir les effets des ajustements nécessités par des changements durables et pour lisser des flux imprévus de capitaux. Elles contribuent ainsi à maintenir la confiance dans la monnaie suisse et à éviter des fluctuations économiquement indésirables des taux de change. Dans le message concernant un nouvel article constitutionnel sur la monnaie, le Conseil fédéral a précisé que la Suisse, en sa qualité de petit pays entretenant des liens étroits avec l'étranger et dont la place financière joue un rôle important sur le plan international, a besoin de réserves monétaires plus élevées que d'autres économies au degré d'ouverture comparable. Il convient également de tenir compte du fait que la Suisse ne fait pas partie de l'Union européenne et n'a pas adopté l'euro. La BNS continue de mener une politique monétaire autonome et en cas de crise financière elle doit par conséquent pouvoir recourir à des réserves solides[190].

Accroissement des réserves monétaires par la constitution de provisions

Au passif du bilan, ni le capital social (art. 5 LBN), ni le fonds de réserve (art. 26 LBN) ne suffisent pour maintenir le volume des réserves monétaires, car ils n'ont pas évolué au même rythme que le total du bilan de la banque. Dans les comptes de la BNS, les *provisions* remplissent actuellement dans une large mesure la fonction du capital social et du fonds de réserve (ch. 1.3.2.5). Pour cette raison et du fait de l'importance particulière des provisions, il convient de mentionner ces dernières expressément dans la loi. L'obligation légale faite à la BNS de constituer des provisions suffisantes afin de maintenir les réserves monétaires au niveau requis par la politique monétaire (art. 30, al. 1, 1re phrase, P-LBN) indique tout d'abord que les provisions doivent servir à amortir les effets des variations de valeurs qui peuvent apparaître sous forme de fluctuations des prix au niveau des réserves de devises et d'or. Il s'agit là de la fonction des provisions dans une entreprise, telle qu'on la rencontre également dans les sociétés anonymes de droit privé. La prévoyance dont doit faire preuve la BNS doit cependant aller au-delà des exigences auxquelles doit satisfaire une entreprise privée car, dans le bilan de la BNS, les provisions ont une fonction économique, en ce sens qu'elles permettent de constituer à partir des revenus des réserves monétaires utilisables pour des interventions sur le marché des changes ou pour maîtriser une crise. La disposition précisant que la BNS constitue des provisions suffisantes afin de maintenir les réserves monétaires au niveau requis garantit que, lors de la détermination du bénéfice, elle veillera en premier lieu à maintenir un niveau adéquat de réserves monétaires avant de distribuer des bénéfices.

Fixation du niveau des réserves monétaires requises pour la politique monétaire

Le niveau des réserves monétaires requises ne peut pas être défini avec exactitude de manière scientifique. C'est pourquoi le législateur ne peut le fixer une fois pour toutes au moyen d'une règle précise. La détention de réserves monétaires suffisantes fait partie de la mission constitutionnelle de la banque centrale (mener la politique

190 «Message concernant l'article constitutionnel sur la monnaie» (note 13); FF **1998** 3541 ss.

monétaire) que la BNS doit accomplir de manière indépendante. De ce fait, la BNS doit pouvoir déterminer le niveau des réserves monétaires nécessaires. L'approbation de ce niveau par un organe politique restreindrait de manière inacceptable l'indépendance de la banque centrale (si un organe politique devait par exemple proposer une réduction des réserves monétaires au profit d'une distribution plus substantielle de bénéfices, une telle approche reviendrait en principe à vouloir financer l'Etat par la banque centrale). Par conséquent, l'art. 30, al. 1, P-LBN précise que la détermination du niveau des réserves monétaires incombe à la BNS. En constituant à partir de ses revenus des provisions afin de garantir le niveau requis de réserves monétaires, celle-ci définit automatiquement le niveau de ces réserves. Le mandat portant sur la constitution de provisions suffisantes afin de maintenir les réserves monétaires au niveau requis inclut une obligation de réduire ces provisions dans l'hypothèse où la BNS estimerait que les réserves monétaires sont supérieures au niveau requis.

La détention de réserves monétaires par la banque centrale génère des coûts économiques. Il convient donc de s'assurer que les réserves monétaires de la BNS ne dépassent pas un seuil approprié du point de vue économique. La nouvelle LBN prévoit deux moyens à cet effet: d'une part, le niveau des réserves monétaires doit être approuvé par le conseil de banque et d'autre part, la BNS doit, en constituant des réserves monétaires, se fonder sur l'évolution de l'économie suisse.

Pour les raisons susmentionnées, *l'approbation* du niveau des réserves monétaires par un organe politique n'est pas souhaitable et restreindrait de manière inacceptable l'indépendance de la banque centrale. Ce problème ne se pose pas si c'est le *conseil de banque* de la BNS qui approuve le niveau en question. Cet organe spécialisé, dont les membres sont nommés par le Conseil fédéral et par l'assemblée générale des actionnaires de la BNS, a désormais la compétence d'approuver le niveau des provisions constituées par la BNS (art. 42, al. 2, let. d, P-LBN). Il pourra le faire dans le cadre de l'adoption du rapport de gestion et des comptes annuels. En revanche la direction générale continue de fixer la composition précise des réserves monétaires (art. 46, al. 2, let. b, P-LBN), qui doit parfois être modifiée rapidement en fonction des besoins de la politique monétaire et de l'évolution du marché.

Il convient en outre d'indiquer dans l'article de la loi relatif à la détermination du bénéfice que les réserves monétaires doivent afficher un niveau adéquat par rapport à la taille et à la structure de l'économie suisse. En précisant que la BNS se fonde *sur l'évolution de l'économie suisse* lorsqu'elle fixe le montant nécessaire des provisions, la loi souligne explicitement que le niveau des réserves monétaires d'un pays dépend fortement de sa taille et de sa structure (entre autres degré d'interdépendance avec l'étranger, place financière). Par conséquent, on n'entend pas par évolution de l'économie suisse l'évolution de la conjoncture (au sens de l'art. 5, al. 1, P-LBN).

L'obligation faite à la BNS de se fonder sur l'évolution de l'économie suisse a été réglée comme suit dans la convention de 2002 sur la répartition des bénéfices, conclue entre la BNS et le DFF (ch. 1.3.4.5): la BNS doit accroître ses provisions pour les risques de marché, de crédit, de liquidité et d'exploitation ainsi que pour les risques de marché et de liquidité sur l'or, au même rythme que la croissance moyenne du produit intérieur brut nominal enregistrée au cours des cinq dernières années.

Les chiffres de fin 1990 constituent la base de référence pour le calcul de l'augmentation des provisions pour les risques de marché, de crédit, de liquidité et

d'exploitation. Jusqu'ici, cette base de référence a permis de fixer un niveau adéquat de réserves de devises en comparaison internationale.

Depuis l'abandon de la parité-or, le franc a retrouvé sa fonction de véritable réserve monétaire. Il doit donc aussi être pris en considération dans le calcul du montant requis des provisions. La prise en compte des réserves d'or est notamment importante du fait que la Constitution fédérale (art. 99, al. 3, Cst.) prescrit à la BNS de détenir une part de ses réserves monétaires en or. Toutefois, cette part n'est à dessein pas chiffrée. Il appartient à la BNS de décider dans quelle proportion elle détient ses réserves monétaires sous la forme de devises étrangères et d'or. Comme l'or et les devises peuvent être considérés comme des réserves monétaires «équivalentes» depuis la suppression du rattachement à l'or dans le droit suisse, il ne serait pas logique que le niveau des provisions ne soit influencé que par les fluctuations des taux de change et pas par celles du prix de l'or. Lors de la prise en compte des réserves d'or dans le calcul du montant requis des provisions, il conviendra de se fonder sur un niveau initial de 1290 t d'or. Ce chiffre correspond aux réserves d'or après déduction des 1300 t qui ne sont plus nécessaires pour mener la politique monétaire. Dans le passif du bilan de la BNS, la prise en compte des réserves d'or a pour conséquence que le poste «provisions pour risques de marché et de liquidité sur l'or» entre, en plus des provisions pour risques de marché, de crédit, de liquidité et d'exploitation, dans la base de calcul de la croissance des provisions.

Le bénéfice distribuable en tant que valeur résiduelle

Comme la BNS distribue à la Confédération et aux cantons le produit restant après la constitution des réserves monétaires requises, la détermination du bénéfice influe directement sur le montant du bénéfice distribué par la BNS. L'art. 30, al. 2, P-LBN l'indique. Il est nécessaire de préciser que la totalité du produit restant après la constitution des provisions constitue le bénéfice distribuable, car à l'avenir, à la différence des sociétés anonymes de droit privé (art. 671 CO), la BNS ne disposera plus de réserves légales (ch. 2.4.2.3.2).

2.4.2.3 Répartition du bénéfice (art. 31 P-LBN)

2.4.2.3.1 Introduction

L'art. 27 LBN en vigueur régit la répartition du bénéfice de la BNS très concrètement et de manière exhaustive en prévoyant trois étapes. Le bénéfice net sert d'abord à alimenter le fonds de réserve (al. 1). Puis un dividende est versé aux actionnaires (al. 2). Un éventuel excédent est destiné aux cantons pour le versement de l'indemnité par tête d'habitant et le surplus, s'il y en a un, revient pour un tiers à la Confédération et pour deux tiers aux cantons (al. 3). Il n'y a aucune raison de modifier quoi que ce soit à la méthodologie de cette réglementation exhaustive. Mais l'article doit être réduit à l'essentiel et adapté aux évolutions.

2.4.2.3.2 Fonds de réserve légal

A l'origine, le fonds de réserve servait à couvrir d'éventuelles pertes sur le capital social (cf. art. 26, al. 1, LBN). Dès la révision de la LBN de 1953, la disproportion entre le fonds de réserve (à l'époque 21 millions de francs) et le total du bilan (6,8 milliards de francs) a été supprimée et une dotation plus substantielle du fonds de réserve a été exigée[191]. L'attribution maximale au fonds de réserve a été doublée et portée à 2 % du capital social, c'est-à-dire à un million de francs. Du fait de l'attribution annuelle de un million de francs, le fonds de réserve a atteint à la fin de 2001 le niveau de 66 millions de francs. La disproportion entre le capital propre et le total du bilan est compensée actuellement par les provisions (ch. 2.4.2.2). La prescription de l'art. 26 LBN peut donc être remplacée par la norme moderne de l'art. 30 P-LBN régissant la détermination du bénéfice, qui contient une référence à la fonction particulière des provisions. D'autres dotations du fonds de réserve légal ne sont plus nécessaires. En conséquence, la norme de la LBN régissant la répartition du bénéfice ne doit plus régler que le dividende versé aux actionnaires (art. 31, al. 1, P-LBN) et l'attribution à la Confédération et aux cantons (art. 31, al. 2 et 3, P-LBN). Cette réglementation est exhaustive en ce sens que les dispositions du droit de la société anonyme sur les affectations annuelles aux réserves légales (art. 671 CO) ne sont pas applicables à la BNS et que d'autres dotations des réserves légales ou la constitution d'autres réserves ne sont pas admises.

Par ailleurs, le fonds de réserve n'a plus de raison d'être. Conformément à la réglementation de l'art. 30, al. 1, P-LBN, les provisions de la BNS ont pris le relais des réserves, de sorte que le fonds de réserve sera, en vertu d'une disposition transitoire de la nouvelle LBN, transféré aux provisions visées à l'art. 30, al. 1, P-LBN (art. 57, al. 2, P-LBN).

2.4.2.3.3 Dividende (art. 31, al. 1, P-LBN)

Selon l'art. 27, al. 2, LBN, le dividende pouvant être payé aux actionnaires ne doit pas dépasser 6 % du capital social versé, ce qui équivaut à un montant de 1,5 million de francs. A travers cette limitation, il a été tenu compte de l'exigence de la Constitution (art. 39, al. 4, aCst.) selon laquelle un dividende «équitable» devait être versé sur le capital-actions. Comme la limitation légale conduit à des versements de dividendes constants par la BNS, l'action de la Banque nationale est considérée par le marché comme une sorte de substitut aux obligations de la Confédération. A des fins de réduction à l'essentiel, la nouvelle Constitution fédérale ne mentionne plus le dividende (art. 99, al. 4, Cst.), mais elle se borne à indiquer le droit minimal des cantons. Compte tenu de cet impératif constitutionnel, il faut s'en tenir à une limitation légale du dividende. Une augmentation de la limite actuelle de 6 % ne paraît pas indiquée. Une telle augmentation serait – dans la mesure où la BNS continuerait de distribuer le dividende maximal – un cadeau unique aux actionnaires de la BNS qui posséderaient par hasard des actions de celle-ci lors de l'entrée en vigueur de la loi révisée. Seuls ces derniers profiteraient de l'augmentation unique du cours de l'action. Par la suite, ce cours suivrait comme auparavant l'évolution des taux d'intérêt.

191 «Message de 1953» (note 32); FF **1953** I 944.

2.4.2.3.4 Attribution à la Confédération et aux cantons (art. 31, al. 2, 1re phrase, et al. 3, P-LBN)

Selon l'art. 27, al. 3, LBN, il est tout d'abord versé aux cantons, à partir du bénéfice net après prélèvement en faveur du fonds de réserve et versement du dividende aux actionnaires, une indemnité de 80 centimes par tête d'habitant. On voulait ainsi dédommager les cantons de la perte liée au retrait du monopole d'émission des billets de banque. Cette indemnité versée aux cantons à partir du bénéfice net n'a plus sa raison d'être. Près de 100 ans après le retrait du monopole d'émission des billets de banque, elle ne peut plus être objectivement justifiée. Compte tenu du montant actuel de la distribution des bénéfices, qui revient à raison des deux tiers aux cantons, l'indemnité par tête d'habitant n'a plus d'importance. Elle doit être abrogée purement et simplement.

L'art. 31, al. 2, P-LBN attribue le bénéfice net après versement du dividende aux actionnaires pour un tiers à la Confédération et pour deux tiers aux cantons. La répartition correspond ainsi à la réglementation actuelle (art. 27, al. 3, let. b, LBN) ainsi qu'à la norme de l'art. 99, al. 4, Cst. Pour l'attribution des deux tiers aux cantons, l'art. 27, al. 4, LBN s'applique. Les deux tiers revenant aux cantons sont ainsi répartis à raison de $^5/_8$ compte tenu de leur population de résidence ordinaire et à raison de $^3/_8$ de leur capacité financière. Cette réglementation est reprise à l'art. 31, al. 3, P-LBN.

2.4.2.3.5 Convention avec le DFF (art. 31, al. 2, 2e phrase, P-LBN)

La Banque nationale sera ces prochaines années également en mesure de dégager d'importants bénéfices nets qui reviendront pour l'essentiel à la Confédération et aux cantons conformément à la clé de répartition figurant à l'art. 31, al. 2, 1re phrase, P-LBN. Calculés selon les principes énoncés à l'art. 30 P-LBN, ces bénéfices peuvent cependant fortement varier selon les années. Les collectivités publiques qui participent au bénéfice de la BNS ont par contre intérêt à des versements constants pouvant être prévus à l'avance. Pour cette raison, la convention sur la distribution des bénéfices conclue en 1992 et, plus encore celles conclues en 1998 et en 2002, prévoient une constance dans la distribution des bénéfices de la BNS (ch 1.3.4.3, 1.3.4.4 et 1.3.4.5). Cette manière de procéder doit désormais se fonder sur une base légale à travers l'art. 31, al. 2, 2e phrase, P-LBN: afin d'assurer une distribution annuelle des bénéfices constante à moyen terme, le DFF et la Banque nationale concluent une convention.

A travers la convention administrative, la loi renvoie à un instrument qui est utilisé depuis 1992 pour fixer une distribution des bénéfices stable à moyen terme, à la Confédération et aux cantons, et qui a fait ses preuves dans d'autres domaines où la BNS collabore avec le Conseil fédéral. Ainsi, en raison de la loi fédérale concernant la participation de la Suisse aux institutions de Bretton Woods (art. 4), la collabora-

tion entre le Conseil fédéral et la BNS en matière d'application du statut de membre du FMI a également été réglée dans une convention[192].

C'est la raison pour laquelle une convention entre la BNS et le DFF, et non entre la BNS et les cantons, est en l'occurrence justifiée, car, selon l'art. 7, al. 1, P-LBN, les comptes annuels de la BNS doivent être approuvés par le Conseil fédéral (ch. 2.1.7.2). Les cantons étant les bénéficiaires principaux des distributions du bénéfice de la BNS, ils ont un intérêt légitime à connaître la manière d'assurer la distribution de montants constants. Par conséquent, l'art. 31, al. 2, 3e phrase, P-LBN précise que les cantons doivent être informés avant la conclusion d'une convention sur la distribution des bénéfices. Cette mesure leur permet de prendre position sur le contenu de ladite convention. Ils peuvent bien entendu également faire examiner cette dernière par le Tribunal fédéral en introduisant une action de droit administratif (art. 53, al. 2, P-LBN). La convention se fonde sur la décision de la BNS relative à la manière dont elle entend utiliser à moyen terme le pouvoir d'appréciation – accordé par l'art. 99, al. 3, Cst. – conformément à l'art. 30 P-LBN lors de l'établissement des comptes annuels. Elle empêche des divergences de vues lors de l'approbation des comptes annuels. Demeure réservée l'approbation des comptes annuels et de la répartition des bénéfices par l'assemblée générale.

2.4.2.4 Liquidation (art. 32 P-LBN)

Dans la loi actuelle sur la Banque nationale, la liquidation de la BNS est réglée en détail dans trois articles de la section VIII intitulée «durée du privilège» (art. 66 à 68 LBN). Ces dispositions remontent à la LBN de 1905 qui, sur la base de l'ancien droit de rachat de la Confédération (art. 39, al. 2, aCst.), conférait à la Banque nationale le monopole des billets de banque pour une durée de 20 ans seulement (ch. 2.1.4). Avec l'obligation de renouveler périodiquement le droit de monopole, on voulait s'assurer que celui-ci ne revête pas le caractère d'un droit acquis, ce qui aurait pu entraîner une éventuelle indemnisation au cas où ce droit aurait été retiré[193]. Selon la prescription de l'art. 68 LBN, la non-reconduction du privilège d'émission des billets de banque aurait conduit à la liquidation de la société anonyme Banque nationale suisse.

La nouvelle Constitution a modifié la situation initiale en ce sens qu'elle confie la politique monétaire directement à la Banque nationale suisse (art. 99, al. 2, Cst.). Par conséquent, la nouvelle LBN doit conférer durablement à la BNS le monopole d'émission des billets de banque (art. 4, P-LBN, ch. 2.1.4). Le renouvellement périodique du monopole d'émission des billets de banque par les Chambres fédérales tombe: les art. 66 et 67 LBN doivent donc être abrogés purement et simplement.

Il s'agit d'adapter à la nouvelle situation la réglementation relative à la liquidation. Il convient à ce propos de se fonder sur les considérations suivantes: la Banque nationale suisse, en sa qualité de détentrice du monopole d'émission des billets de banque, doit conserver le statut de société anonyme (ch. 1.3.5.1). Si le législateur devait opter à l'avenir pour une autre structure juridique de la Banque nationale, il

192 LF du 4 octobre 1991 concernant la participation de la Suisse aux institutions de Bretton Woods (RS **979.1**).
193 Schürmann, (note 38), art. 66, nº 2.

devrait modifier en conséquence la LBN. Il faudrait alors régler la liquidation de la société anonyme Banque nationale suisse. Dans une telle perspective, il convient d'éviter toute insécurité juridique concernant les droits des actionnaires de la BNS. Comme l'art. 2 P-LBN fixe l'applicabilité subsidiaire du droit de la société anonyme à la Banque nationale (ch. 2.1.2), les art. 736 ss CO seraient applicables à une liquidation de la BNS en l'absence de réglementation dérogatoire dans la LBN. La possibilité, prévue par le CO, d'une décision de l'assemblée générale portant sur une dissolution de la société ne serait cependant pas appropriée, car le législateur doit veiller à la pérennité de la mission de la banque centrale. Une répartition du produit de la liquidation entre les actionnaires (art. 745 CO) serait en outre contraire à la disposition constitutionnelle régissant la répartition des bénéfices.

L'art. 32 P-LBN renonce à une réglementation détaillée qui ne pourrait de toute manière pas s'appliquer à toutes les situations imaginables. L'al. 1 précise que la société anonyme Banque nationale suisse peut être liquidée par une loi fédérale qui fixe également la procédure de liquidation. Il est ainsi spécifié qu'une intervention d'une telle portée ne peut être effectuée que par l'Assemblée fédérale, à travers un acte législatif sujet au référendum. La disposition est également synonyme d'une atteinte aux droits des actionnaires en ce sens que l'assemblée générale ne peut plus prendre de décision relative à la liquidation de la BNS. Ceci est logique, parce que les tâches de la BNS sont, en vertu de l'art. 5 P-LBN, des tâches fixées dans la loi, au sujet desquelles l'assemblée générale ne peut pas statuer. Par contre, l'assemblée générale doit pouvoir soumettre une proposition de liquidation de la Banque nationale au Conseil fédéral, qui la transmet à l'Assemblée fédérale (cf. art. 36, let. f, P-LBN).

L'art. 32, al. 2, P-LBN décrit les droits patrimoniaux des actionnaires en cas de liquidation de la BNS. Dans la phase de liquidation également, les bailleurs de fonds doivent être indemnisés équitablement. En principe, ils doivent recevoir, outre le montant correspondant à la valeur nominale de leurs actions, un intérêt équitable pour la période qui va de l'entrée en vigueur de la décision de dissolution à la date du versement. Le législateur devra fixer ce taux d'intérêt ou adopter une règle relative à sa fixation dans la loi concernant la procédure de liquidation. Le taux maximum pour le dividende (art. 31, al. 1, P-LBN) pourrait en l'occurrence constituer un indicateur de référence. Par rapport à la réglementation en vigueur (art. 68, al. 1, LBN), cette proposition offre une plus grande souplesse. La participation des actionnaires au fonds de réserve (art. 68, al. 2, LBN) tombe du fait de la suppression de celui-ci (ch. 2.4.2.3.2).

La réglementation claire figurant à l'art. 32, al. 2, P-LBN revêt de l'importance également en ce qui concerne le négoce en bourse de l'action de la BNS. Elle contribue à limiter les risques de surévaluations spéculatives de l'action de la BNS qui résultent parfois de malentendus portant sur les droits des actionnaires de la BNS. La part du patrimoine de la BNS qui dépasse le montant requis pour l'indemnisation des actionnaires demeure consacrée à la mission constitutionnelle de la Banque nationale; elle doit être attribuée à la nouvelle Banque nationale. Il est ainsi établi clairement que l'art. 32, al. 2, P-LBN ne saurait constituer une base légale pour un transfert de patrimoine à une banque centrale étrangère ou supranationale. Un tel transfert devrait s'accompagner du transfert de la souveraineté en matière monétaire, ce qui nécessiterait une modification de l'art. 99 Cst.

2.5 Chapitre 5: Organisation de la BNS

2.5.1 Section 1: Organes (art. 33 P-LBN)

Conformément au droit en vigueur (art. 28 LBN), la BNS compte sept organes: cinq pour la surveillance et le contrôle (l'assemblée générale des actionnaires, le conseil de banque, le comité de banque, les comités locaux et la commission de contrôle) et deux pour la direction (la direction générale et les directions locales). Dans le cadre de la réforme visée de l'organisation, il est possible de renoncer à l'avenir à trois organes de la BNS, plus précisément au comité de banque (ch. 1.3.6.2), aux directions locales (ch. 1.3.6.3) et aux comités locaux (ch. 1.3.6.4). De la sorte, les organes de la BNS ne comprennent désormais plus que l'assemblée générale des actionnaires, le conseil de banque, la direction générale et l'organe de révision (art. 33 P-LBN). L'organe de révision remplace l'actuelle commission de contrôle.

2.5.2 Section 2: L'assemblée générale

2.5.2.1 Introduction

Comparées à celles de l'assemblée générale de la société anonyme privée (art. 698 CO), les attributions légales de l'assemblée générale de la BNS (art. 37 et 38 LBN) sont limitées (ch. 1.3.2.3). A ce niveau, il n'y a aucun changement sur le fond (ch. 2.5.2.4). Dans un souci de simplification, toutes les dispositions de la LBN en vigueur touchant à la procédure au sein de l'assemblée générale sont abrogées dans la nouvelle LBN. Elles seront transférées dans le règlement d'organisation, lequel devra être approuvé par le Conseil fédéral (art. 42, al. 2, let. a, P-LBN). Les art. 29, al. 2 à 4, LBN, les art. 31, 32, 33, 34, 35, LBN et, en partie, l'art. 39 LBN sont concernés par cette mesure.

2.5.2.2 Fonctionnement (art. 34 P-LBN)

Il n'y a pas lieu d'apporter de modification fondamentale à cette disposition (actuel art. 37 LBN). Un certain alignement sur l'art. 699 CO paraît cependant judicieux du point de vue du contenu et de la terminologie.

Par analogie avec le code des obligations, il est précisé que l'assemblée générale ordinaire aura lieu une fois par année, au plus tard fin juin (art. 699, al. 2, CO). Actuellement, elle doit se réunir au plus tard en avril (art. 37, al. 1, LBN). Ainsi, la BNS disposera à l'avenir d'un laps de temps plus long pour réunir l'assemblée générale ordinaire. Cela aura des effets bénéfiques car les comptes annuels (y compris la répartition du bénéfice net) et le rapport de gestion devront être soumis à l'approbation du Conseil fédéral avant d'être présentés à l'assemblée générale (art. 7, al. 1, P-LBN). La possibilité de convoquer des assemblées générales extraordinaires lorsque l'assemblée générale le décide (art. 37, al. 5, LBN) n'est plus mentionnée dans la loi, car elle est déjà prévue par le code des obligations (art. 699, al. 2 et 3, CO). Le droit des actionnaires représentant ensemble 10 % au moins du capital-actions de requérir une assemblée générale extraordinaire en indiquant les objets à inscrire à l'ordre du jour et les propositions (art. 34, al. 2, P-LBN) correspond aussi bien à

l'art. 37, al. 5, LBN en vigueur qu'à l'art. 699, al. 3, 1re phrase, CO. Ce pourcentage relativement modeste doit être maintenu afin de ne pas trop limiter, pour les actionnaires privés, qui ne détiennent qu'un peu plus de 30 % du capital-actions, le droit de soumettre des propositions.

2.5.2.3 Convocation, objets portés à l'ordre du jour (art. 35 P-LBN)

Le président du conseil de banque a la compétence de convoquer l'assemblée générale. Il communique simultanément l'ordre du jour défini par le conseil de banque (actuel art. 30, al. 1 à 3, LBN; nouvel art. 35, al. 1 et 2, 1re phrase, P-LBN). Par analogie avec le droit de la société anonyme (art. 700, al. 1, CO), l'actuel délai de trois semaines pour la convocation d'une assemblée générale (art. 30, al. 1, LBN) doit être légèrement raccourci et ramené à 20 jours. Désormais, la loi précise que l'invitation doit se faire par écrit (art. 35, al. 1, P-LBN). L'actuel art. 30, al. 3, LBN est adapté du point de vue linguistique à l'art. 700, al. 2, CO (art. 35, al. 2, P-LBN). Le droit des actionnaires de faire figurer des propositions à l'ordre du jour devient un peu plus difficile à exercer, car 20 actionnaires contre 10 précédemment, doivent appuyer de telles propositions. Il s'agit d'éviter que des questions soutenues du bout des lèvres par les actionnaires figurent au rang des objets devant être traités par l'assemblée générale. L'art. 35, al. 3, P-LBN précise qu'aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été portés à l'ordre du jour (jusqu'ici art. 30, al. 4, LBN).

2.5.2.4 Attributions (art. 36 P-LBN)

La formulation de l'art. 36 P-LBN a été modernisée. Cet article énumère pour l'essentiel, à l'exception du droit de l'assemblée générale de fixer les statuts de la société, tous les droits inaliénables de l'assemblée générale telles que le droit de la société anonyme les prescrit (art. 698 CO). Les limites s'appliquant jusqu'ici à leur exercice sont toutefois maintenues (ch. 1.3.2.3). Le catalogue des compétences de l'assemblée générale qui figure dans le projet de LBN correspond ainsi en bonne partie au droit en vigueur (art. 37, al. 1 à 3, art. 38, LBN).

En matière de désignation du conseil de banque, la compétence de l'assemblée générale s'accroît légèrement par rapport à celle du Conseil fédéral. Suite à la réduction de la taille du conseil de banque, l'assemblée générale pourra élire 5 des 11 membres dudit conseil (art. 36, let. a, P-LBN, ch. 2.5.3.2.1) (actuellement 15 sur 40, art. 38, ch. 1, LBN). L'éventuelle révocation de membres de ce conseil incombe également à l'assemblée générale (selon l'art. 705 CO).

Sont reprises telles quelles la compétence de l'assemblée générale d'élire l'organe de révision (art. 36, let. b, P-LBN) et celle d'approuver, à la suite du Conseil fédéral, le rapport annuel et les comptes annuels de la Banque nationale (art. 36, let. c, P-LBN).

La nouvelle LBN mentionne également explicitement le droit, inaliénable selon le CO (art. 698), de l'assemblée générale de décider de l'emploi du bénéfice porté au

bilan (art. 36, let d, P-LBN), droit qui est limité par la disposition légale relative à la répartition du bénéfice (jusqu'ici: art. 27 LBN; désormais: art. 31 P-LBN).

La compétence de l'assemblée générale de donner décharge au conseil de banque (art. 36, let. e, P-LBN) est formulée plus explicitement que dans le droit actuel (art. 37, al. 3, LBN). En vertu du droit de la société anonyme, la compétence de donner décharge fait partie des droits inaliénables de l'assemblée générale (art. 698, al. 2, ch. 5, CO). Il s'agit en l'occurrence d'une déclaration selon laquelle il ne peut pas être formulé, à l'égard des organes ayant reçu décharge, d'exigences relatives à la gestion qu'ils ont pratiquée pendant l'exercice concerné (ch. 2.5.6.3). La décharge effective éteint en principe d'éventuelles prétentions en dommages-intérêts (de la société ou des actionnaires ayant adhéré à la décharge; art. 758 CO) envers les organes. La décharge donnée n'a toutefois d'effet que pour les faits révélés (art. 758, al. 1, CO).

Comme jusqu'ici, l'assemblée générale ne peut pas décider du contenu des statuts, car le législateur est compétent pour élaborer la réglementation fondamentale concernant la BNS (ch. 1.3.2.1). L'assemblée générale peut cependant soumettre au Conseil fédéral, à l'intention de l'Assemblée fédérale, les propositions de révision de la loi sur la Banque nationale ou de liquidation de la Banque nationale (art. 36, let. f, P-LBN). Les conséquences de la liquidation sont fixées à l'art. 32 P-LBN.

La compétence de l'assemblée générale de décider, un an au moins avant l'expiration du privilège d'émission, du maintien ou de la liquidation de la Banque nationale peut être supprimée. Comme l'art. 4 P-LBN confère durablement à la BNS le droit exclusif d'émettre des billets de banque (ch. 2.1.4.3), cette disposition est superflue. Les prescriptions relatives à l'augmentation du capital (art. 38, ch. 4, LBN) sont également abrogées car l'art. 36, let. f, P-LBN peut les recouvrir, étant donné que toute modification du capital nécessite une révision de la LBN.

2.5.2.5 Participation (art. 37 P-LBN)

L'actionnaire exerce ses droits sociaux au sein de l'assemblée générale, où il statue au sujet de la désignation des organes et de l'approbation du rapport de gestion (art. 689, al. 1, CO). Les actionnaires inscrits au registre des actions sont autorisés à participer à l'assemblée générale (art. 29, al. 1, LBN; art. 37, al. 1, P-LBN). La loi précise désormais expressément qu'un actionnaire qui autorise un autre actionnaire à le représenter doit le faire par écrit. Contrairement à ce que prévoit le droit de la société anonyme (art. 689, al. 2, et 689*a*, al. 1, CO), l'actionnaire ne peut toutefois se faire représenter que par un autre actionnaire de la BNS (art. 37, al. 2, P-LBN).

2.5.2.6 Décisions (art. 38 P-LBN)

La teneur de l'art. 38 P-LBN correspond très largement à celle de l'art. 36 LBN. A la différence du droit en vigueur, les élections ont en principe lieu à main levée, comme les votes sur des affaires concernant la banque. Par ailleurs, les votes et les élections ont lieu au scrutin secret si 20 actionnaires présents, contre cinq jusqu'ici, le demandent.

2.5.3 Section 3: Le conseil de banque

2.5.3.1 Aperçu

Dans la foulée de la réforme de l'organisation de la BNS, le conseil de banque est professionnalisé.

Il s'agit en premier lieu de réduire à l'essentiel les tâches de cet organe et de renforcer ses compétences en matière de surveillance. Les compétences dont dispose le conseil de banque en vertu de l'actuelle loi sur la Banque nationale (art. 43 LBN) ont principalement pour objet l'exercice d'une certaine surveillance portant sur l'organisation, les finances et l'établissement des comptes. Au lieu de pouvoir nommer et révoquer des membres des organes directeurs – une des attributions majeures du conseil d'administration de la société anonyme de droit privé – le conseil de banque peut soumettre des propositions pour la nomination des membres de la direction générale, de leurs suppléants et des directeurs des succursales. Le conseil de banque dispose d'autres compétences, notamment de celles de nommer les membres d'autres organes de surveillance (comité de banque, comités locaux), de décider de la création et de la suppression de succursales et d'agences, d'appeler les fractions non versées du capital social et d'arrêter les propositions à l'assemblée générale. Si l'on tient compte du fait qu'à l'avenir le comité de banque et les comités locaux ne seront plus nécessaires pour assurer la surveillance administrative, plusieurs des autres compétences deviennent caduques. En revanche, dans la perspective des attributions inaliénables du conseil d'administration (conformément à l'art. 716*a* CO, droit révisé de la société anonyme), il convient d'ajouter dans le cahier des charges du conseil de banque un certain nombre de compétences de surveillance. Cet ajout doit s'opérer en partie dans la loi sur la Banque nationale et en partie dans le règlement d'organisation de la banque.

La réduction à l'essentiel des compétences du conseil de banque va de pair avec un renforcement de sa responsabilité, ce qui a des conséquences sur la taille et la composition de cet organe. Le nombre de membres du conseil de banque est ramené de 40 à 11. Ces membres doivent justifier de connaissances techniques particulières pour exercer leur mandat.

2.5.3.2 Nomination et durée du mandat (art. 39 P-LBN)

2.5.3.2.1 Composition et organe de nomination (art. 39, al. 1 et 2, P-LBN)

Le conseil de banque de la BNS comprend actuellement 40 membres. Si l'on renforce les compétences et les responsabilités de cet organe et si l'on accroît la portée de ses décisions, il faut que des discussions constructives puissent y avoir lieu. Or l'expérience montre que cela n'est plus possible dans les organes comprenant trop de membres. De plus, une taille plus petite accroît la responsabilité de chaque membre. Dans cette optique, une réduction notable de la taille du conseil de banque s'impose. En outre, il ne faut pas oublier que les différentes régions géographiques et linguistiques du pays doivent être représentées équitablement au sein de ce conseil (art. 40, al. 2, P-LBN), ce qui s'avère plus aisé à réaliser avec un organe d'une taille un peu plus grande. Le nombre de membres proposé dans la loi tient compte

de ces deux exigences: avec 11 membres, le conseil de banque sera à même de prendre ses décisions de manière efficace et il sera possible de tenir compte de l'aspect fédéraliste lors de leur nomination ou de leur élection (art. 39, al. 1, P-LBN).

Actuellement, le rapport entre le nombre des membres du conseil de banque désignés par le Conseil fédéral ou par l'assemblée générale se présente comme suit: 25 (62,5 %) des 40 membres sont désignés par le Conseil fédéral. Si le nombre de membres est réduit à onze, comme proposé, se pose la question de savoir si le Conseil fédéral doit désormais nommer sept membres (63,6 %) ou six membres (54,5 %). Si le Conseil fédéral nommait sept membres, les actionnaires de la BNS ne pourraient en élire plus que quatre, ce qui paraît très peu, d'autant plus que le Conseil fédéral continuera de désigner le président et le vice-président du conseil de banque (art. 39, al. 2, P-LBN) et conservera ses compétences constitutionnelles de codécision et de surveillance dans le cadre de l'adoption des comptes de la BNS. Afin de ne pas restreindre inutilement le droit des actionnaires d'élire les membres du conseil d'administration (art. 698, al. 2, ch. 2, CO), le Conseil fédéral ne nommera désormais plus que six des onze membres du conseil de banque (art. 39, al. 1, P-LBN). De la sorte, le Conseil fédéral nommera toujours la majorité des membres du conseil de banque, mais l'assemblée générale élira désormais 45,5 % de ces membres contre 37,5 % jusqu'ici. En contrepartie de ce renforcement de la compétence de l'assemblée générale, il n'est pas inscrit dans la loi, comme l'avaient demandé divers cantons lors de la procédure de consultation, que trois des membres nommés par le Conseil fédéral doivent être des délégués des cantons. En tant qu'actionnaires principaux, les cantons disposent de suffisamment de voix pour que leurs intérêts soient défendus adéquatement au sein du conseil de banque.

2.5.3.2.2 Durée et renouvellement du mandat (art. 39, al. 3 et 4, P-LBN)

La durée du mandat des membres du conseil de banque est de quatre ans (art. 39, al. 3, P-LBN). Cette durée correspond à la réglementation actuelle (art. 40 LBN).

En revanche, la durée totale du mandat d'un membre du conseil de banque ne doit pas excéder douze ans, ce qui est nouveau (art. 39, al. 4, P-LBN). Cette disposition s'inspire de l'ordonnance sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération[194] (art. 15), qui limite la durée de fonction des membres des commissions permanentes à douze ans au maximum.

2.5.3.3 Conditions à remplir (art. 40 P-LBN)

La nationalité suisse reste obligatoire pour faire partie du conseil de banque (cf. art. 55 LBN et art. 40, al. 1, P-LBN) puisque cette fonction suppose une relation étroite avec la Suisse. Il s'agit en outre d'éviter des conflits d'intérêts: il pourrait arriver qu'une personne ne possédant pas la nationalité helvétique revête, simultané-

[194] Ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération («Ordonnance sur les commissions»); RS **172.31**.

ment ou ultérieurement, une fonction d'importance comparable dans un autre pays, dans sa patrie par exemple. Pour les membres du conseil de banque, l'obligation d'avoir leur domicile en Suisse (cf. art. 55 LBN) n'est pas maintenue. Elle s'applique en revanche toujours aux membres de la direction générale et à leurs suppléants (art. 44, al. 1, P-LBN). Alors qu'un domicile à l'étranger n'est pas compatible avec les activités exercées au sein de la direction générale, il l'est tout à fait avec la qualité de membre du conseil de banque, lequel se réunit à intervalles moins rapprochés.

La moralité est une condition essentielle pour que les membres du conseil de banque puissent exercer leur fonction de manière crédible. C'est pourquoi l'art. 40, al. 1, P-LBN mentionne explicitement qu'une «réputation irréprochable» est indispensable pour devenir membre du conseil de banque. Cet aspect est en particulier important sous l'angle des motifs justifiant une éventuelle révocation de membres du conseil de banque. Ces motifs ne devraient pas se limiter au fait que les conditions d'ordre professionnel ne sont plus remplies, mais découler également de réserves concernant l'intégrité morale ou le mode de vie d'un membre.

La revalorisation du conseil de banque visée au niveau des compétences exige de faire appel à des candidats possédant des connaissances professionnelles particulières. Une formation en économie et de l'expérience en matière de recherche, une compréhension approfondie du mode de fonctionnement des marchés financiers nationaux et étrangers ainsi qu'une solide expérience de la conduite d'entreprises sont quelques-unes des qualités essentielles dont devraient disposer les membres du conseil de banque. La loi sur la Banque nationale doit par conséquent définir les qualifications professionnelles requises des membres de cet organe (art. 40, al. 1, P-LBN).

En dérogation à l'art. 707, al. 1, CO, les membres du conseil de banque ne sont pas tenus d'être actionnaires de la BNS. Cette dérogation est mentionnée expressément dans la loi sur la banque nationale (art. 40, al. 1, P-LBN). Cela correspond à la réglementation actuelle figurant à l'art. 42, al. 2, LBN.

En outre, l'art. 40, al. 2, P-LBN précise – sur le modèle de l'art. 175, al. 4, Cst., qui est déterminant pour la composition du Conseil fédéral –, que les différentes régions géographiques et linguistiques du pays doivent être représentées équitablement.

2.5.3.4 Démission, révocation et remplacement de membres (art. 41 P-LBN)

La durée du mandat des membres du conseil de banque est de quatre ans (art. 39, al. 3, P-LBN). Ils ont cependant le droit de démissionner en tout temps, en respectant un délai de préavis de trois mois (art. 41, al. 1, P-LBN). La démission doit être notifiée au président du conseil de banque, lequel est responsable de transmettre la notification à l'autorité de nomination, à savoir au Conseil fédéral ou à l'assemblée générale. L'art. 41, al. 2, P-LBN décrit les principes de la désignation des remplaçants; les modalités seront fixées dans le règlement d'organisation.

A la différence de la réglementation actuelle, la nouvelle loi (art. 41, al. 3, P-LBN) doit prévoir explicitement la possibilité pour le Conseil fédéral de révoquer des membres du conseil de banque qu'il a lui-même nommés. Les conditions à remplir

sont analogues à celles prévues en ce qui concerne la révocation des membres de la direction générale (art. 45 P-LBN). En revanche, le droit de la société anonyme prescrit que l'assemblée générale peut révoquer les membres du conseil d'administration (art. 705, al. 1, CO). Pour garantir l'indépendance de l'assemblée générale en tant qu'organe de nomination, il est justifié de ne pas accorder au Conseil fédéral le droit de révoquer les membres du conseil de banque élus par l'assemblée générale.

2.5.3.5 Tâches (art. 42 P-LBN)

2.5.3.5.1 Surveillance et contrôle par le conseil de banque (art. 42, al. 1, P-LBN)

Dans la mesure où la gestion n'a pas été confiée à d'autres organes, le conseil d'administration gère la société anonyme de droit privé. Pour la BNS, une norme prévoyant une stricte séparation entre surveillance et gestion a été introduite dès le départ dans une loi spéciale (ch. 1.3.2.4). Les principales compétences du conseil de banque ont par conséquent trait à la fonction de surveillance, ce qui est maintenu dans la nouvelle LBN. L'art. 42, al. 1, P-LBN mentionne ainsi expressément et de manière plus précise que le droit actuel (art. 43 al. 1, LBN) que le conseil de banque exerce la surveillance et le contrôle. Dans le cadre de la surveillance et du contrôle, le conseil de banque s'assure en particulier que «la loi, les règlements et les directives sont respectés». Cette formulation correspond pour l'essentiel à la compétence inaliénable du conseil d'administration d'une société anonyme privée, qui consiste à s'assurer que «la loi, les statuts, les règlements et les instructions données sont observés» (art. 716*a*, al. 1, ch. 5, CO).

Une description plus précise de cette responsabilité assumée par le conseil de banque en matière de surveillance figurera, en ce qui concerne le contrôle de processus de gestion déterminés, dans le règlement d'organisation afin de garantir la souplesse requise. Par ailleurs, le conseil de banque doit pouvoir approuver les conditions générales de la BNS et, partant, exercer une surveillance indirecte sur les opérations avec des intervenants sur les marchés financiers (art. 9 P-LBN). Il est là aussi judicieux de lui confier cette tâche à travers le règlement d'organisation.

Mentionner explicitement l'activité de surveillance du conseil de banque dans le texte de la loi est une solution adéquate du fait de la suppression des compétences du Conseil fédéral en matière d'administration et de personnel (art. 61 LBN).

2.5.3.5.2 Compétences centrales du conseil de banque (art. 42, al. 2, P-LBN)

2.5.3.5.2.1 Attributions intransmissibles conférées aux membres du conseil d'administration par le droit de la société anonyme

Le droit de la société anonyme définit comme intransmissibles et inaliénables certains domaines de compétences importants et considérés comme centraux (art. 716*a*, al. 1, ch. 1 à 7, CO). Dans le cadre de la réforme de la structure d'organisation se pose la question de savoir dans quelle mesure, pour une société anonyme telle que la BNS, «régie par une loi spéciale», les compétences du conseil de banque doivent être organisées autrement que ne le mentionne l'art. 716*a*, al. 1, ch. 1 à 7, CO du fait du concours de la Confédération sur le plan de l'administration (art. 99, al. 2, Cst.) d'une part, et des compétences étendues détenues en matière de gestion par la direction générale, d'autre part. Les compétences du conseil de banque seraient réduites de manière disproportionnée si on ne lui attribuait plus que des pouvoirs décisionnels formels garantissant que la BNS aie l'apparence d'une société anonyme, et pas de réelles compétences de surveillance. Pour cette raison, dans tous les cas où il s'agit de la gestion proprement dite de l'entreprise BNS – autrement dit lorsqu'il ne s'agit pas de la conduite de la politique de la banque centrale (politique monétaire et autres fonctions typiques des banques centrales) –, le conseil de banque conservera les compétences centrales mentionnées à l'art. 716*a*, CO. Ainsi, ses responsabilités seront réduites à l'essentiel et sa fonction de surveillance sera nettement revalorisée.

Le conseil de banque doit notamment pouvoir assumer davantage la compétence de haute direction prévue à l'art. 716*a*, al. 1, ch. 1, CO (ch. 2.5.3.5.2.2). Sa responsabilité en matière de finances et d'organisation au sens de l'art. 716*a*, al. 1, ch. 2 et 3, CO s'accroît également (ch. 2.5.3.5.2.3 et 2.5.3.5.2.4). La loi sur la Banque nationale en vigueur confère déjà au conseil de banque, par analogie, les compétences centrales énumérées à l'art. 716*a*, al. 1, ch. 4 à 6, CO. Il convient donc que la nouvelle LBN confie également ces compétences au conseil de banque (ch. 2.5.3.5.2.5), étant entendu que la haute surveillance sur la gestion au sens de l'art. 716*a*, al. 1, ch. 5, CO est déjà incluse dans la compétence générale de surveillance et de contrôle du conseil de banque (ch. 2.5.3.5.1). Pour des raisons évidentes, il n'y a pas lieu d'aborder plus en détail la question de la compétence centrale mentionnée à l'art. 716*a*, al. 1, ch. 7, CO (informer le juge en cas de surendettement).

2.5.3.5.2.2 «Compétence de haute direction» du conseil de banque

Selon l'art. 716*a*, al. 1, ch. 1, CO, le conseil d'administration de la société anonyme de droit privé a le droit intransmissible et inaliénable «d'exercer la haute direction de la société et d'établir les instructions nécessaires». En l'occurrence, «haute direction» signifie définir les objectifs et la politique de l'entreprise, choisir les moyens pour atteindre ces objectifs et veiller à maintenir en permanence l'équilibre entre les objectifs et les moyens[195].

[195] Böckli (note 37), nº 1528.

Ce droit d'exercer la haute direction de la société est clairement limité pour le conseil de banque de la BNS, car la LBN définit elle-même les objectifs et les moyens permettant d'accomplir les tâches prescrites par la loi – avant tout la conduite de la politique monétaire – (art. 5 P-LBN) et attribue à la direction générale en tant qu'organe exécutif les décisions stratégiques et opérationnelles (art. 46, al. 1 et 2, P-LBN). Il n'existe donc en principe pas de possibilité de «haute direction» par le conseil de banque dans ce domaine, que ce soit pour définir des champs d'activité du point de vue stratégique ou pour discuter des variantes de projets relatifs à la politique monétaire.

Il est toutefois un domaine dans lequel le conseil de banque peut prendre des décisions importantes pour la politique monétaire en exerçant sa compétence de haute direction,. En effet, il lui incombe d'approuver le niveau des provisions de la BNS (art. 42, al. 2, let. d, P-LBN). La BNS constitue des provisions à partir de ses revenus, afin de garantir un montant de réserves monétaires adéquat pour la conduite de la politique monétaire (ch. 2.4.2.2). La détention de réserves monétaires adéquates faisant partie de la mission constitutionnelle de la banque centrale, la détermination du niveau des provisions, comme toutes les décisions en rapport avec la conduite de la politique monétaire, entre dans les attributions de la direction générale. Par ailleurs, la fixation du niveau des provisions a aussi une influence directe sur la détermination et sur la distribution du bénéfice de la BNS. Il est donc judicieux de confier la décision relative au niveau des provisions à l'organe qui adopte les comptes annuels à l'intention du Conseil fédéral. Par conséquent, le conseil de banque peut désormais approuver le niveau des provisions de la BNS sur proposition de la direction générale. Cette approbation peut se faire dans le cadre de l'adoption du rapport annuel et des comptes annuels. Comme le conseil de banque, dont les membres sont nommés par le Conseil fédéral et par l'assemblée générale, doit approuver le niveau des provisions, cette décision repose sur une base plus large.

Tandis que la loi restreint clairement la marge de décision du conseil de banque dans les domaines stratégique et de la politique monétaire, exception faite de l'approbation des provisions, cet organe se voit octroyer une compétence plus étendue de haute direction dans le *domaine du personnel*. Ainsi, le conseil de banque pourra fixer à l'avenir le montant des indemnités de ses membres ainsi que les salaires des membres de la direction générale. Afin de garantir l'autonomie budgétaire de la BNS (ch. 1.3.5.3.1), l'actuelle compétence du Conseil fédéral d'approuver le minimum et le maximum des traitements du personnel de la BNS (art. 61 LBN) est supprimée. Le conseil de banque devient ainsi le seul responsable en matière de politique salariale de la BNS (art. 42, al. 2, let. k, P-LBN). Lors de la fixation des indemnités de ses membres et des salaires des membres de la direction générale, il devra toutefois se fonder sur les principes et les normes de reporting du Conseil fédéral ayant trait aux conditions d'engagement des dirigeants des entreprises et institutions proches de la Confédération (art. 42, al. 2, let. j, P-LBN). Dans un souci de transparence, la BNS publie en outre dans son rapport de gestion la rétribution des membres de la direction générale et du conseil de banque [196].

[196] BNS, 94e rapport de gestion, 2001, p. 91.

La direction générale fixe les salaires du reste du personnel (art. 46, al. 2, let. f, P-LBN). Cela nécessite que le conseil de banque définisse les principes de la rémunération du personnel dans un règlement où figurent les classes de salaire (art. 42, al. 2, let. k, P-LBN).

La «haute direction» du conseil de banque dans le domaine du personnel comprend également la réglementation du droit de signer: la LBN en vigueur précise que la BNS ne peut être valablement engagée que par la signature de deux personnes autorisées à signer en son nom (art. 57, al. 1, LBN). Le comité de banque peut prévoir des dérogations à ce principe «pour les affaires courantes» (art. 57, al. 2, LBN). La nouvelle LBN ne règle plus directement la représentation de la BNS vis-à-vis de tiers. Ainsi, une norme de compétence convenant à la situation de la BNS sera créée. Il ne semble pas indiqué de régler les modalités de la signature dans la loi sur la Banque nationale car le contexte en rapide mutation dans lequel opère la BNS exige une grande souplesse dans ce domaine (signature individuelle ou collective, signatures électroniques, documents sans signature créés par des moyens informatiques, etc.). Le conseil de banque doit par conséquent être habilité à fixer dans un règlement les dispositions régissant le droit de signer au nom de la Banque nationale (art. 42, al. 2, let. l, P-LBN). Outre les modalités de la signature, ce règlement peut définir l'étendue du droit de signer sur le plan interne. Le pouvoir de représentation à l'égard des tiers des personnes au service de la BNS autorisées à signer découle des inscriptions au registre du commerce sur le lieu des sièges et des succursales.

2.5.3.5.2.3 Responsabilité organisationnelle du conseil de banque

En vertu de l'art. 716*a*, al. 1, ch. 2, CO, la fixation des grandes lignes de l'organisation de la société constitue une des principales tâches du conseil d'administration d'une société anonyme privée. Les décisions concernant l'organisation englobent l'adoption du règlement d'organisation, du règlement interne, éventuellement d'autres règlements, ainsi que la définition des modalités de présentation des rapports par la direction (genre, ampleur, fréquence).

La responsabilité organisationnelle du conseil de banque réside principalement dans la compétence de définir l'organisation interne de la banque et d'adopter le règlement d'organisation (art. 42, al. 2, let. a, P-LBN). Ce dernier doit régler les tâches, le mode de fonctionnement et les relations entre les différents organes, y compris les questions de procédure telles que les séances et la prise des décisions. De cette manière, les règlements internes des organes de la banque ainsi que les règles de récusation s'appliquant aux membres des autorités bancaires sont rassemblés dans un texte uniforme. En conformité avec l'art. 99, al. 2, Cst., qui stipule que la BNS est administrée avec le concours de la Confédération, la compétence du Conseil fédéral d'approuver le règlement d'organisation est maintenue (jusqu'ici, art. 61 LBN: cf. aussi ch. 1.3.5.3.1).

La responsabilité organisationnelle du conseil de banque englobe également la fixation de l'organisation externe de la banque. Ce domaine comprend notamment l'organisation du réseau de succursales et d'agences requis pour assurer l'approvisionnement en numéraire en Suisse, ainsi que les décisions relatives à la création de représentations ou à la constitution de conseils consultatifs pour observer l'évolution

économique régionale (art. 42, al. 2, let. b et c, P-LBN). En couvrant l'ensemble du territoire grâce aux conseils consultatifs régionaux, la BNS pourra, en dépit de la réduction de la taille du conseil de banque, continuer à «prendre le pouls de l'économie».

2.5.3.5.2.4 Responsabilité financière du conseil de banque

La responsabilité financière du conseil d'administration est très étroitement liée à la responsabilité en matière d'exercice de la haute direction et de fixation de l'organisation de la société anonyme (art. 716*a*, al. 1, ch. 3, CO). Le but visé est de garantir l'équilibre financier de l'entreprise. Les moyens pour y parvenir sont une organisation adéquate de la comptabilité, un contrôle financier (a posteriori) ainsi qu'un budget et un plan financier prévisionnels. En ce qui concerne les banques commerciales, la surveillance de la qualité des actifs et des liquidités fait notamment partie du suivi critique et du contrôle des opérations financières de l'entreprise.

L'entreprise BNS se caractérise par le fait qu'elle ne peut être ni à court de liquidités ni insolvable. Toutefois, la protection des actifs reste au centre de la «gestion» et de la «haute direction» de la BNS. Un contrôle critique des risques liés aux activités de la banque centrale fait depuis toujours partie des tâches principales des autorités de la banque («l'estimation du crédit des clients» au sens de l'art. 43, al. 1, ch. 12, LBN, c'est-à-dire la fixation de limites de crédit, devrait notamment minimiser le risque de pertes dans le cas des partenaires contractuels). Le recours des banques centrales à des instruments financiers modernes a rendu la gestion des actifs et des risques plus complexe. Dans le cas de la BNS, les autorités sont déjà impliquées actuellement dans les processus de contrôle correspondants et dans les rapports sur les risques, étant donné qu'une délégation du comité de banque exerce spécialement la surveillance des risques. Désormais, la LBN charge expressément le conseil de banque de surveiller le placement des actifs et la gestion des risques (art. 42, al. 2, let. e, P-LBN). Cette tâche découle directement de sa responsabilité financière.

En matière de *plan financier*, les responsabilités des autorités de la banque se sont en fait accrues ces dernières années puisque des budgets annuels sont établis pour toujours davantage de catégories de coûts et soumis à approbation dans le cadre d'un budget global (personnel, informatique, émission et traitement des billets de banque, entretien des bâtiments, etc.). Jusqu'ici, aucun budget de revenus n'était établi ni présenté. Pour une banque centrale dont les revenus provenant des placements de devises subissent habituellement de fortes fluctuations, de tels budgets ne seraient pas indiqués. L'approbation des budgets annuels ainsi que des investissements particuliers dépassant un montant déterminé (actuel art. 43, al. 1, ch. 13, LBN) continuera de constituer un domaine de compétence important du conseil de banque. Ces responsabilités doivent figurer dans le règlement d'organisation.

2.5.3.5.2.5 Autres compétences centrales du conseil de banque

Par analogie au droit de la société anonyme, la LBN en vigueur (art. 43 et 49) confie déjà au conseil de banque et au comité de banque les autres tâches que l'art. 716*a*, al. 1, ch. 4 et 6, CO considère comme des attributions intransmissibles du conseil

d'administration (nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation; établir le rapport de gestion et préparer l'assemblée générale). L'influence exercée sur la composition de l'organe suprême de direction se limite toutefois au droit de soumettre des propositions au Conseil fédéral (art. 43, al. 1, ch. 3, LBN).

Ces compétences centrales figureront comme jusqu'ici dans le catalogue légal des tâches du conseil de banque, en étant toutefois formulées de façon un peu plus moderne (art. 42, al. 2, let. f à i, P-LBN). Le conseil de banque continuera donc d'adopter le rapport annuel et les comptes annuels à l'intention du Conseil fédéral et de l'assemblée générale (art. 42, al. 2, let. f, P-LBN), de préparer l'assemblée générale et d'exécuter les décisions de cette dernière (art. 42, al. 2, let. g, P-LBN). Il conserve aussi le droit de soumettre au Conseil fédéral des propositions quant à la nomination des membres de la direction générale et de leurs suppléants, qui sont nommés par le Conseil fédéral (art. 42, al. 2, let. h, en relation avec l'art. 43, al. 2, P-LBN). Dans les limites de ses compétences, le conseil de banque est également habilité à soumettre au Conseil fédéral une proposition de révocation d'un membre de la direction générale ou d'un suppléant (art. 42, al. 2, let. h, en relation avec l'art. 45 P-LBN). Conformément au droit de la société anonyme (art. 716, al. 1, ch. 4, CO), le conseil de banque nomme les membres de la direction dans les sièges, les succursales et les représentations (art. 42, al. 2, let. i, P-LBN), alors que cette compétence appartenait jusqu'ici au comité de banque (art. 49, al. 5, LBN). Les membres de la direction nommés par le conseil de banque sont engagés en vertu du droit privé (ch. 2.5.4.5.3.2).

2.5.3.5.3 Autres dispositions au niveau du règlement (art. 42, al. 3, P-LBN)

Le conseil de banque sera à l'avenir seul compétent pour adopter tous les autres règlements nécessaires aux activités de la BNS (p. ex. reconnaissance et représentation des actionnaires, conditions générales d'engagement, traitements, indemnités de déplacement, etc.). Ce rapprochement avec le modèle de la société anonyme est conforme au principe de l'indépendance de la BNS. Il permet en particulier de garantir l'autonomie financière et budgétaire de la BNS (ch. 1.2.2.3). La compétence du conseil de banque d'adopter de tels règlements découle de l'art. 42, al. 3, P-LBN, en vertu duquel cet organe décide de toutes les affaires que la loi ou le règlement d'organisation n'attribuent pas à un autre organe.

En étant expressément mentionné à l'art. 42, al. 3, le règlement d'organisation sert de «dispositif» pour l'attribution au conseil de banque de tâches qui n'apparaissent pas dans l'énumération de l'art. 42, al. 1 et 2, P-LBN. Ainsi il est également possible de confier à cet organe des tâches ne faisant pas partie du domaine des compétences centrales prévues par le droit de la société anonyme, telles que la fixation de la valeur nominale et la conception des billets à émettre (art. 43, ch. 7, LBN). Les réglementations figurant jusqu'ici aux art. 42 (procédure de nomination), 43, al. 3 (prise de décision), 44 (procès-verbaux) et 45 LBN (signature) seront à l'avenir également transférées dans le règlement d'organisation de la BNS.

2.5.4 Section 4: La direction générale

2.5.4.1 Introduction

La position, la fonction et la composition de la direction générale n'ont pas subi de modification depuis la création de la banque. Il incombe à la direction générale, sous réserve des compétences du conseil de banque et du comité de banque et «conformément aux règlements, d'assumer les tâches et d'atteindre les objectifs de la banque» (art. 52, al. 1, 2e phrase, LBN). Ainsi, elle a toute compétence en matière de gestion. La loi actuelle énumère ensuite une série de tâches incombant à la direction générale (art. 52, al. 1, 3e phrase, al. 2 à 4, LBN). Des activités importantes de la Banque nationale – comme l'approvisionnement en numéraire, la garantie des paiements interbancaires, le placement des réserves monétaires, la participation à la coopération monétaire internationale et la contribution à la stabilité du système financier – ne sont cependant pas mentionnées actuellement dans le catalogue des tâches de la direction générale. A première vue, l'énumération d'attributions clairement définies semble être en contradiction avec la compétence étendue de la direction générale en matière de direction et d'exécution. Elle est néanmoins nécessaire pour limiter l'éventuelle compétence subsidiaire du conseil de banque (ch. 2.5.3.5.3). Il est cependant indiqué d'opter à l'avenir pour une formulation plus générale et plus souple des tâches de la direction générale.

La loi en vigueur sur la Banque nationale (art. 53, al. 4, LBN) décrit en outre les principales activités des trois départements. L'énumération dans la loi de tâches des départements limite la souplesse de fonctionnement de la BNS et constitue une méthode de réglementation inappropriée. La désignation des tâches ne correspond plus non plus au contexte actuel et certaines, venues s'ajouter au fil du temps, font défaut. Ainsi l'informatique et la gestion des immeubles, qui figurent parmi les attributions du département de Zurich, et les opérations sur titres, qui incombent au département de Berne, ne sont pas citées. En outre, vu les tâches impliquant plusieurs départements et dans la perspective de mise en réseau informatique, il est nécessaire de répartir les tâches entre les départements davantage selon des critères fonctionnels que – comme le fait la loi actuelle – selon des critères géographiques. La nouvelle approche consistant à attribuer les tâches à travers le règlement d'organisation offre la souplesse requise.

2.5.4.2 Nomination et durée du mandat (art. 43 P-LBN)

2.5.4.2.1 Composition (art. 43, al. 1, P-LBN)

Le système en vigueur, qui prévoit une direction générale composée de trois membres et un nombre non défini de suppléants, a fait ses preuves et doit être conservé. La répartition de la direction de la BNS entre trois départements est par conséquent maintenue. Les attributions concrètes de la direction générale en tant qu'organe collégial découlent de l'art. 46 P-LBN. La réglementation de l'art. 53, al. 1, LBN, en vertu de laquelle les membres de la direction générale sont assistés de directeurs nommés auprès des sièges est supprimée, car il s'agit là d'une évidence.

2.5.4.2.2 Organe de nomination, durée du mandat et présidence (art. 43, al. 2 et 3, P-LBN)

Contrairement à ce que prévoit le droit de la société anonyme, les membres de la direction générale et leurs suppléants sont nommés non pas par le conseil d'administration (conseil de banque) mais par un organe politique, le Conseil fédéral. Il s'agit là de l'expression de la compétence constitutionnelle de la Confédération à concourir à l'administration de la BNS (art. 99, al. 2, Cst.). La durée du mandat des membres de la direction générale doit rester fixée à six ans (art. 43, al. 2, P-LBN). Cette période est jugée suffisamment longue pour garantir la continuité et l'indépendance des personnes. Le fait de limiter le droit de révocation à deux conditions précises (cf. art. 45, al. 1, P-LBN) renforce l'indépendance des personnes; le Conseil fédéral doit attendre la fin de la durée du mandat et renoncer à renouveler un mandat s'il n'approuve pas l'activité d'un membre de la direction générale, par exemple en ce qui concerne la conduite de la politique monétaire.

Comme jusqu'ici (art. 53, al. 3, LBN), le Conseil fédéral, en sa qualité d'organe de nomination, désigne le président et le vice-président de la direction générale (art. 43, al. 3, P-LBN).

2.5.4.3 Conditions à remplir (art. 44 P-LBN)

2.5.4.3.1 Exigences d'ordre personnel et professionnel, nationalité et domicile (art. 44, al. 1, P-LBN)

La moralité est l'une des conditions indispensables à la crédibilité d'un membre de la direction générale dans l'exercice de ses fonctions. Comme pour les membres du conseil de banque (ch. 2.5.3.3), la loi précise qu'il faut jouir d'une «réputation irréprochable» pour devenir membre de la direction générale (art. 44, al. 1, 1re phrase, P-LBN).

En outre, les exigences professionnelles requises pour la nomination en qualité de membre de la direction générale sont mentionnées explicitement dans la loi (art. 44, al. 1, 1re phrase, P-LBN) comme c'est le cas dans les statuts de la BCE (ch. 6). Les qualifications requises des membres de la direction générale sont plus exigeantes que celles requises pour entrer au conseil de banque (art. 40, al. 1, P-LBN), car la direction d'une banque centrale demande une expérience spécifique et reconnue dans les domaines monétaire, bancaire et financier. La mention explicite des exigences n'est pas une nouveauté, elle ne fait que consacrer dans une norme la pratique actuelle; jusqu'ici, les candidats à la direction générale devaient pouvoir justifier de prestations dans les domaines mentionnés ci-avant.

La nécessité d'être de nationalité suisse et d'avoir son domicile en Suisse est reprise de l'actuel art. 55 LBN et elle est définie comme une condition à remplir pour être nommé. Cette condition doit garantir d'abord qu'il existe une relation personnelle avec la Suisse et qu'il ne surgira pas de conflits d'intérêts et, ensuite, que le membre de la direction générale pourra gagner rapidement son lieu de travail (art. 44, al. 1, 2e phrase, P-LBN).

2.5.4.3.2 Dispositions relatives à l'incompatibilité (art. 44, al. 2, P-LBN)

Pour des raisons de systématique, la disposition relative à l'incompatibilité figurant à l'actuel art. 56 LBN est reprise dans la disposition relative aux conditions à remplir pour la nomination (art. 44, al. 2, 1re phrase, P-LBN). L'incompatibilité est étendue sur le fond; en effet l'exercice de toute fonction au service de la Confédération ou d'un canton – et pas seulement l'appartenance à l'Assemblée fédérale ou à un gouvernement cantonal – est désormais interdit aux membres de la direction générale. L'exercice d'une autre activité professionnelle ou commerciale ou de fonctions de directeur, de gérant ou de membre du conseil d'administration, de l'organe de révision ou de l'organe de contrôle d'une organisation ayant une activité commerciale, que la loi décrit désormais par «exercer une activité professionnelle ou commerciale», leur est en outre interdit. Pour des mandats dans l'intérêt de la BNS, par exemple en qualité de membre du conseil d'administration d'une société au capital de laquelle la BNS participe (ch. 2.2.5), le conseil de banque peut autoriser des exceptions (art. 44, al. 2, 2e phrase, P-LBN).

Ces nouvelles dispositions de la LBN relatives à l'incompatibilité sont plus strictes. Elles visent, d'une part, à garantir l'indépendance des membres de la direction générale d'un point de vue politique et économique et, d'autre part, à empêcher des conflits d'intérêts et des flux d'informations problématiques en termes de confidentialité.

2.5.4.3.3 Suppléants des membres de la direction générale (art. 44, al. 3, P-LBN)

Les conditions concernant la réputation irréprochable, les exigences professionnelles, la nationalité, le domicile, l'exercice d'activités professionnelles ou commerciales et l'exercice de fonctions selon les al. 1 et 2 sont également applicables aux suppléants des membres de la direction générale (art. 44, al. 3, P-LBN).

2.5.4.4 Révocation et nomination d'un remplaçant (art. 45 P-LBN)

2.5.4.4.1 Révocation (art. 45, al. 1, P-LBN)

Contrairement à ce que prévoit la réglementation actuelle (art. 60 LBN), les membres de la direction générale et leurs suppléants peuvent désormais être relevés de leur fonction dans des conditions très précises. Actuellement, ces personnes peuvent être destituées «par une décision motivée» du Conseil fédéral. Ce dernier n'a jamais fait usage de ce droit depuis la révision de 1953, lors de laquelle les autorités de la banque furent également soumises au droit de révocation. Selon le message de 1953, la loi révisée a introduit alors le droit de révoquer les autorités de la banque, par analogie avec l'art. 705 CO, qui fixe le droit de révoquer les membres du conseil d'administration et les réviseurs[197].

[197] Cf. «message de 1953» (note 32); FF **1953** I 954.

Le droit de révocation en vigueur, qui peut s'appliquer à tout moment si la révocation est motivée, nuit à l'indépendance des membres de la direction générale (ch. 1.2.2.3). Comme le droit de l'UE (ch. 6), la nouvelle loi sur la Banque nationale doit par conséquent préciser que les motifs justifiant la révocation doivent être inhérents à la personne concernée. Cette formule permet d'empêcher le licenciement d'un membre de la direction générale ou d'un suppléant pour des raisons politiques ou du fait de divergences d'opinion quant à la conduite de la politique monétaire. Le Conseil fédéral est compétent en matière de révocation. Le conseil de banque doit lui soumettre une proposition (art. 42, al. 2, let. h, P-LBN). La possibilité pour un membre de la direction générale ou un suppléant de quitter sa fonction avant l'expiration de son mandat devra être prévue au niveau du règlement. Aujourd'hui, cela est possible en tout temps, moyennant le respect d'un délai de congé de six mois ou sur entente réciproque[198].

Une voie de recours est explicitement prévue pour l'évaluation de l'admissibilité de la révocation: le recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral (ch. 2.6.3.1). La LBN est vigueur ne règle pas les voies de recours à la disposition d'un membre de la direction ou d'un suppléant entendant se défendre contre une destitution. Dans un souci d'exhaustivité, il convient de relever que la nouvelle LBN, comme l'actuelle LBN, ne prévoit pas de voies de recours pour les personnes concernées en cas de non-nomination ou de non-renouvellement du mandat, vu qu'il n'existe en principe aucun droit à être nommé à une fonction.

2.5.4.4.2 Nomination d'un remplaçant et action en dommages-intérêts (art. 45, al. 2, P-LBN)

L'art. 45, al. 2, P-LBN règle les conséquences d'une destitution, ce que ne fait pas la LBN en vigueur. En pareil cas, le Conseil fédéral doit nommer un remplaçant conformément aux dispositions de l'art. 43 P-LBN relatives à la nomination. Comme dans le cas du conseil de banque (art. 41, al. 2, P-LBN), le remplaçant est nommé pour le reste de la durée du mandat. L'action en dommages-intérêts de la personne révoquée (art. 705, al. 2, CO) n'est pas réglée par la LBN, mais elle peut être réclamée en vertu des dispositions du droit de la société anonyme (cf. art. 2 P-LBN). Elle peut être décrite dans le règlement régissant les rapports de travail des membres, nommés par le Conseil fédéral, de la direction de la BNS[199].

198 Art. 3.2 du règlement régissant les rapports de travail des membres, nommés par le Conseil fédéral, de la direction de la BNS.

199 Aujourd'hui, art. 3.4 du règlement régissant les rapports de travail des membres, nommés par le Conseil fédéral, de la direction de la BNS.

2.5.4.5 Tâches (art. 46 P-LBN)

2.5.4.5.1 La direction générale en tant qu'organe exécutif (art. 46, al. 1, P-LBN)

Comme la LBN en vigueur (art. 52, al. 1, LBN), la nouvelle LBN dispose que la direction générale, en tant qu'organe collégial, est l'organe exécutif suprême de la BNS (art. 46, al. 1, 1re phrase, P-LBN). Cette fonction implique que la direction générale émette les directives nécessaires à usage interne et prenne des décisions visant notamment les membres de la direction et le personnel. Il est dès lors possible de renoncer à l'art. 53, al. 5, de la LBN en vigueur, lequel précise que les directeurs exercent leurs fonctions selon les décisions et instructions de la direction générale.

Dans leur activité, ses membres sont liés aux conditions-cadres définies dans la loi et les règlements. La direction générale est en principe libre de choisir les buts et les moyens en vue d'accomplir les tâches qui lui sont confiées. Elle doit toutefois rendre au compte au Conseil fédéral, à l'Assemblée fédérale et au public de la politique qu'elle mène (art. 7 P-LBN). Elle doit également rendre compte de la conduite des affaires au conseil de banque dans le cadre de la surveillance administrative exercée par celui-ci (art. 42, al. 1, P-LBN). Par ailleurs, elle est tenue d'assumer, à travers le rapport de gestion et les comptes annuels, sa responsabilité en matière de conduite des affaires vis-à-vis du conseil de banque, de l'assemblée générale et de l'organe qui la nomme, à savoir le Conseil fédéral.

Il faut maintenir (art. 46, al. 1, 2e phrase, P-LBN) le principe selon lequel la direction générale représente la Banque nationale à l'égard des tiers (art. 52, al. 4, LBN). La loi parle désormais de représentation «auprès du public», ce qui témoigne de l'importance accrue des relations publiques en matière de politique monétaire. L'information régulière du public par la BNS (art. 7, al. 3, P-LBN) doit par conséquent incomber à la direction générale et elle ne peut pas être déléguée.

Les différentes compétences de la direction générale découlent de l'art. 46, al. 2, P-LBN. Elles sont rédigées de façon moins précise que dans la disposition actuelle (art. 52, al. 1, LBN) et elles englobent en principe les compétences mentionnées dans le catalogue des tâches selon l'art. 5 P-LBN, l'adoption de directives sur le plan interne et la compétence en matière de personnel. Globalement, la suppression du comité de banque (ch. 1.3.6.2) renforce de deux manières les compétences exécutives de la direction générale: premièrement, elle est «seule responsable» de la fixation des taux directeurs car la consultation du comité de banque avant la fixation des taux de l'escompte et des avances sur nantissement tombe (art. 49, al. 1, LBN). Deuxièmement, la direction générale est responsable de l'engagement et de la rétribution de tous les collaborateurs qui ne sont pas nommés par le conseil de banque (membres de la direction: directeurs, directeurs suppléants, sous-directeurs). Cela correspond au modèle du nouveau droit de la société anonyme, en vertu duquel le conseil d'administration, dans le cadre de la délégation de la gestion prévue par l'art. 716*b* CO, se réserve le plus souvent la nomination et la révocation des employés supérieurs directement subordonnés à la direction.

2.5.4.5.2 Compétences en matière d'exécution de la mission de la banque centrale (art. 46, al. 2, let. a à e)

Les let. a à e définissent les principales compétences de la direction générale en s'inspirant du catalogue actualisé des tâches de la BNS fixé à l'art. 5 P-LBN (ch. 2.1.5.2). Ces compétences englobent les décisions de politique monétaire sur les plans stratégique et opérationnel, la fixation de la composition des réserves monétaires nécessaires, y compris la part en or, les décisions relatives au placement des actifs, l'exercice des attributions en matière de politique monétaire et l'accomplissement des tâches relevant de la coopération monétaire internationale (art. 46, al. 2, let. a à e, P-LBN).

Pour les décisions de politique monétaire prises par la direction générale (let. a), le cadre général est défini dans la mission assignée à la banque centrale (art. 5, al. 1, P-LBN).

La décision concernant le niveau des provisions nécessaires à moyen terme, et donc des actifs de la banque centrale, doit relever de la compétence du conseil de banque (art. 42, al. 2, let. d, P-LBN, ch. 2.5.3.5.2.2). La composition des réserves monétaires de la BNS est en revanche étroitement liée à la conduite de la politique monétaire, mesures de prévention des crises incluses. Aussi la direction générale doit-elle fixer la composition des réserves monétaires nécessaires, y compris la part d'or, et statuer sur le placement des actifs (art. 46, al. 2, let. b et c).

La compétence d'exercer les attributions en matière de politique monétaire (let. d) se réfère aux art. 14 à 16 (statistiques), 17 à 18 (réserves minimales) et 19 à 21 P-LBN (surveillance de systèmes de paiement).

Enfin, la compétence de la direction générale en matière de coopération monétaire internationale est spécialement mentionnée (let. e) étant donné que la Suisse est membre du Fonds monétaire international et participe aux accords généraux d'emprunt du FMI.

2.5.4.5.3 Personnel (art. 46, al. 2, let. f et g)

2.5.4.5.3.1 Salaires

L'art. 46, al. 2, let. f, 1re phrase, P-LBN précise que la direction générale fixe les salaires du personnel. Cette compétence doit s'exercer dans le cadre du règlement sur les salaires qui sera élaboré par le conseil de banque (ch. 2.5.3.5.2.2.).

Le législateur ne donne nulle part la raison de l'interdiction actuelle d'accorder des tantièmes (art. 62, al. 2, LBN). Elle pourrait résider dans le fait que la réalisation de bénéfices n'est pas prioritaire à la BNS, de sorte que la question de l'octroi de parts de bénéfice (tantièmes, cf. art. 677 CO) ne se pose pas. La répartition du bénéfice de la BNS étant de toute manière réglée de façon exhaustive dans la loi (art. 31 P-LBN), l'art. 62, al. 2, LBN peut être abrogé purement et simplement.

2.5.4.5.3.2 Rapports de travail de droit privé

Bien que la loi en vigueur parle de «fonctionnaires et employés» pour désigner le personnel de la BNS, elle ne précise pas la nature juridique des rapports de travail. Une lecture du texte montre que le terme de «fonctionnaire» ne doit pas être compris au sens strictement juridique, mais qu'il s'applique plutôt au «fonctionnaire bancaire». L'interprétation historique des dispositions de la LBN pertinentes en matière de personnel révèle, notamment en ce qui concerne la révision de 1921, que ni le législateur ni la BNS ne sont par le passé partis du principe d'un statut de fonctionnaire, c'est-à-dire de rapports de service de droit public. L'utilisation du terme «fonctionnaire» pour désigner le personnel de la BNS prête par conséquent à confusion. On ne peut expliquer l'emploi de ce terme que par le fait que, jusqu'en 1921, tous les fonctionnaires et employés de la BNS recevant des traitements fixes avaient la qualité de fonctionnaires fédéraux et étaient soumis à la loi de 1850 sur la responsabilité de Confédération[200].

La nouvelle LBN ne parle donc plus de fonctionnaires mais de personnel ou d'employés. Il ne s'agit pas de changer le statut des collaborateurs de la BNS, mais de gommer un malentendu et d'opérer une adaptation à la réalité. Depuis le 1er janvier 1997, tous les collaborateurs ainsi que les membres de la direction nommés par le conseil de banque sont explicitement engagés sur la base d'un contrat de travail de droit privé, conformément aux conditions générales d'engagement de la BNS. Désormais, la loi stipule également cette manière de procéder de façon explicite (art. 46, al. 2, let. f, 2e partie, et art. 42, al. 2, let. i, P-LBN). Ces rapports de travail avec la BNS sont ainsi tous soumis au droit privé. Les collaborateurs de la BNS sont également assurés auprès d'institutions de prévoyance régies par les dispositions du droit privé[201]. Par conséquent, toutes les dispositions de la LBN en rapport avec le statut de fonctionnaire ou inutiles du fait que le droit du contrat de travail (conditions générales d'engagement et CO) règle suffisamment ces questions, sont abrogées.

2.5.4.5.3.3 Procuration et mandat commercial

En vertu de l'art. 718 CO, le conseil d'administration représente la société anonyme à l'égard des tiers. Il peut toutefois déléguer ce pouvoir de représentation à certaines personnes (à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers). Conformément à l'art. 721 CO, il peut en outre nommer des fondés de procuration et d'autres mandataires commerciaux. Une distinction par rapport au droit de la société anonyme doit être faite en ce qui concerne la BNS: contrairement à ce qui passe dans les sociétés anonymes de droit privé, ce n'est pas le conseil de banque mais le Conseil fédéral qui confère la procuration aux membres de la direction générale et à leurs suppléants en les nommant. Le conseil de banque n'a pas non plus le pouvoir (intransmissible et inaliénable dans le droit de la société anonyme) de révoquer les membres

200 Cf. ancien art. 62, al. 1 LBN (actuel art. 59 LBN) «Tous les fonctionnaires et employés à traitement fixe de la Banque nationale ont la qualité de fonctionnaires fédéraux; les dispositions de la législation fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération leur sont applicables.»

201 Caisse de pensions de la Banque nationale suisse, Fondation de prévoyance de la Banque nationale suisse.

de la direction générale et leurs suppléants, c'est-à-dire de leur retirer le droit de signer. Cette compétence appartient exclusivement au Conseil fédéral (art. 45, al. 1, P-LBN). Le conseil de banque a en revanche la compétence d'octroyer le droit de signer aux membres de la direction qu'il nomme conformément à l'art. 42, al. 2, let. i, P-LBN.

En vertu du droit de la société anonyme (art. 716*a*, al. 1, ch. 4, CO) le conseil d'administration ne peut déléguer à la direction la compétence d'octroyer le droit de signer aux fondés de procuration et aux autres mandataires commerciaux, ce qui se révèle inapproprié dans la pratique[202]. La LBN accorde par conséquent, en dérogation au CO, explicitement à la direction générale la compétence de conférer la procuration ou le mandat commercial à des employés (art. 46, al. 2, let. g, P-LBN). La compétence de la direction générale d'octroyer le droit de signer à des cadres ira ainsi de pair avec sa compétence en matière d'engagement et de rétribution des collaborateurs de la BNS qui ne sont pas nommés par le conseil de banque.

2.5.4.5.3.4 Conditions requises pour l'engagement

Dans les dispositions de la loi en vigueur relatives au personnel (art. 55 à 60 LBN), il n'est en principe pas fait de distinction entre les membres des organes de la banque et les collaborateurs. Les conditions requises pour la nomination et pour l'engagement sont ainsi formulées de manière uniforme. Dans la nouvelle LBN, les conditions requises pour la désignation des membres des organes de la banque sont mentionnées séparément (art. 40 et 44 P-LBN). Cela permet d'assouplir de manière ciblée les conditions requises pour l'engagement de collaborateurs de la BNS:

Ainsi, l'obligation d'être de nationalité suisse et d'avoir son domicile en Suisse (art. 55 LBN) est abolie pour les employés mais pas pour les membres de la direction générale et leurs suppléants. De telles exigences ne sont plus d'actualité pour les employés et elles rendent plus difficile le recrutement par la BNS de spécialistes qualifiés. Les conditions générales d'engagement règlent aujourd'hui déjà la question du domicile des employés d'une manière telle qu'ils doivent choisir un domicile leur permettant d'atteindre leur lieu de travail en une heure[203]. Ils disposent donc du libre choix de leur domicile moyennant le respect de cette limite.

Les dispositions régissant l'incompatibilité pour les directeurs nommés auprès des sièges, pour les directeurs des succursales et pour les directeurs adjoints (art. 56 LBN) sont également abrogées. En pratique, ces aspects peuvent être pris en compte dans le cadre de l'obligation de requérir une autorisation pour les activités accessoires, obligation fixée dans les conditions générales d'engagement.

Enfin, le droit de révoquer des employés (art. 60 LBN) peut être abrogé, car il correspond au droit de résiliation du contrat de travail. Le droit de résiliation de l'employeur et de l'employé est impératif en vertu des dispositions du CO (art. 335 CO), de sorte qu'il n'est pas nécessaire de le mentionner spécialement dans la LBN. La situation est différente en ce qui concerne les membres de la direction générale et

202 Cf. Watter Rolf, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle 1994, art. 716a, nº 16.

203 Ch. 2.5., conditions générales d'engagement de la BNS du 1er janvier 1997.

leurs suppléants. Dans leur cas, le droit de révocation du Conseil fédéral doit être explicitement cité dans la loi (ch. 2.5.4.4), comme pendant à la durée fixe de fonction.

2.5.4.5.4 Répartition des tâches dans le cadre du règlement d'organisation (art. 46, al. 3, P-LBN)

Comme mentionné au ch. 2.5.4.1, il est renoncé à la répartition concrète des tâches dans la LBN, de sorte que l'art. 46, al. 3, P-LBN se borne à fixer la règle selon laquelle la répartition des tâches est définie dans le règlement d'organisation. La mention actuelle de trois départements dans la loi (art. 3, al. 3, LBN) est supprimée. La structure interne de la BNS n'est plus réglée dans la loi, mais dans le règlement d'organisation, ce qui autorise une plus grande souplesse.

2.5.5 Section 5: L'organe de révision

2.5.5.1 Introduction

Dans le cas de la BNS, la commission de contrôle exerce la fonction de l'organe de révision prévu par le droit de la société anonyme (l'organe de contrôle d'avant 1991). En vertu de l'art. 51, al. 2, LBN, elle «est chargée de vérifier les comptes annuels et le bilan et de soumettre à l'assemblée générale un rapport écrit sur cette opération». La vérification porte pour l'essentiel sur la régularité de la comptabilité, sur la conformité du bilan aux livres, sur le respect des principes régissant l'établissement régulier des comptes dans le compte de profits et pertes, le bilan et l'annexe ainsi que sur le respect des dispositions légales en matière d'évaluation.

La commission de contrôle se compose de trois membres et de trois suppléants qui sont nommés chaque année par l'assemblée générale ordinaire (art. 51, al. 1, LBN). Comme la LBN en vigueur n'exige pas de qualifications professionnelles des membres de cette commission, celle-ci effectue encore une révision «de profane», qui était la norme de 1936 à 1991 pour les sociétés anonymes de droit privé. Vu la complexité des tâches de révision, la direction générale et les autorités de la banque ont reconnu au milieu des années 1980 que l'examen des comptes annuels de la BNS ne pouvait être effectué de façon efficace que si le conseil de banque confiait à une société de révision compétente le mandat d'expert comptable indépendant (au sens de l'art. 723*a* CO).

Le nouveau droit de la société anonyme de 1991 a posé des exigences plus élevées aux organes de révision des sociétés anonymes privées (ch. 1.3.3.4). En vertu de l'art. 727*b* CO, les sociétés qui sont débitrices d'un emprunt par obligations ou dont les actions sont cotées en bourse ou qui affichent une taille définie (total du bilan de 20 millions de francs; chiffre d'affaires de 40 millions de francs; 200 travailleurs) doivent nommer dans l'organe de révision des réviseurs qui possèdent des qualifica-

tions professionnelles particulières[204]. Outre le rapport à présenter à l'assemblée générale, l'organe de révision d'une société soumise à la vérification de réviseurs particulièrement qualifiés doit désormais présenter également un rapport au conseil d'administration (art. 729*a* CO). Par analogie avec le nouveau droit de la société anonyme, la législation sur la BNS a libéré la société de révision externe de la BNS, fin 1996, du mandat consistant à présenter au conseil de banque un rapport écrit sur la vérification des comptes annuels de la BNS. La présentation du rapport explicatif (au sens de l'art. 729*a* CO) incombe depuis lors à la commission de contrôle, qui doit toutefois s'appuyer à cet effet sur les travaux de vérification de la société de révision mandatée et du service de révision interne. De plus, depuis lors, les membres quittant la commission de contrôle sont en principe remplacés par des réviseurs au bénéfice de qualifications professionnelles particulières. Il faut asseoir sur une base légale idoine cette solution qui s'est imposée dans la pratique.

2.5.5.2 Election et conditions à remplir (art. 47 P-LBN)

Par souci d'harmonisation avec la terminologie du droit de la société anonyme, la commission de contrôle est désormais dénommée organe de révision (titre de la section 5 de la loi). Cette désignation signale qu'il s'agit d'un organe professionnel.

L'assemblée générale élit l'organe de révision (art. 36, let. b, art. 47, al. 1, 1re phrase, P-LBN). Même si la LBN ne le mentionne pas explicitement, elle a aussi le droit de révoquer en tout temps l'organe de révision s'il ne remplit pas les conditions requises pour cette fonction (cf. art. 727*e*, al. 3, CO). Pour garantir une compétence professionnelle aussi grande que possible, l'organe de révision peut être constitué d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales (art. 47, al. 1, 2e phrase, P-LBN). Le nombre des réviseurs n'est donc plus défini dans la loi sur la Banque nationale, de même qu'il n'est plus défini à l'art. 727, al. 1, CO. La durée du mandat des membres de l'organe de révision étant d'un an, elle est plus brève que la durée maximale de fonction de trois ans prévue par le droit de la société anonyme (art. 47, al. 1, 3e phrase, P-LBN, art. 727e, al. 1, CO). Le mandat des membres de l'organe de révision peut par ailleurs être renouvelé (art. 47, al. 1, 4e phrase, P-LBN; cf. aussi art. 727*e*, al. 1, CO).

Même si la BNS n'est pas soumise au droit de la société anonyme, son organe de révision devra avoir à l'avenir les qualifications professionnelles particulières définies à l'art. 727*b* CO et dans l'ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés (art. 47, al. 2, P-LBN). Ses membres devront répondre, en matière de qualifications et d'indépendance, à des exigences identiques à celles définies dans le nouveau droit de la société anonyme pour les sociétés cotées en bourse (art. 727*b*, 727*c*, CO). De cette manière, l'organe professionnel de révision garantira une vérification des comptes correspondant aux standards du droit de la société anonyme (art. 727*b*, 728, 729, 729*a* et 729*b*, CO).

204 Conformément à l'ordonnance du Conseil fédéral du 15 juin 1992 sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés (RS **221.302**) peuvent être nommés en particulier des experts-comptables diplômés, des experts-fiduciaires et des experts fiscaux diplômés ayant une expérience pratique de cinq ans ainsi que des juristes et des économistes ayant une expérience pratique de douze ans.

En plus des qualifications professionnelles au sens de l'art. 727*b* CO, l'exigence de l'indépendance des réviseurs (art. 47, al. 2, P-LBN) fait désormais l'objet d'une mention expresse, pour qu'ils n'aient pas à obéir à des directives. L'indépendance vis-à-vis du conseil de banque, de la direction générale et des principaux actionnaires est requise pour toutes les personnes participant à la vérification, même lorsqu'il s'agit d'une société de révision (cf. art. 727*d*, al. 3, CO). Cette disposition va un peu plus loin que celle du droit de la société anonyme, qui exige l'indépendance vis-à-vis du conseil d'administration et d'un éventuel actionnaire disposant de la majorité des voix (art. 727*c*, al. 1, CO). A l'heure actuelle, les cantons de Zurich et de Berne pourraient être considérés comme es actionnaires principaux de la BNS[205].

2.5.5.3 Tâches (art. 48 P-LBN)

La description du mandat de vérification (art. 48, al. 1, P-LBN) s'inspire du nouveau droit de la société anonyme (art. 728, al. 1, CO). Les réviseurs examinent donc l'application des principes régissant l'établissement régulier des comptes et le respect des différentes dispositions du droit relatif à l'établissement des comptes (cf. art. 662 à 670 CO) et à la comptabilité commerciale (art. 957 ss CO). La vérification porte notamment sur l'établissement régulier de la comptabilité, sur la conformité du bilan avec la comptabilité, sur le respect des prescriptions légales en matière d'évaluation, sur la constitution et la dissolution de réserves ou sur la question de savoir si les comptes annuels permettent une évaluation aussi fiable que possible de la situation financière et des résultats. A la différence de ce que prévoit le droit de la société anonyme (art. 728, al. 1, CO), l'organe de révision de la BNS ne doit pas vérifier si la présentation des résultats et de la situation financière est conforme aux statuts car la loi sur la Banque nationale revêt elle-même la fonction de statuts de la société (ch. 1.3.2.1).

Le droit de regard de l'organe de révision, tel qu'il est défini dans l'actuelle LBN (art. 51, al. 3), est désormais complété par une obligation de collaborer de la BNS dans la mesure où cette dernière doit tenir à la disposition dudit organe tous les documents usuels et lui donner toutes les informations dont il a besoin pour remplir son obligation de vérification (art. 48, al. 2, P-LBN). Cette réglementation correspond par analogie à l'art. 728, al. 2, CO, lequel fait allusion au bilan et à la déclaration d'intégralité adressés par le conseil d'administration à l'organe de révision, qui sont déjà entrés dans l'usage.

Actuellement prescrite par l'art. 51, al. 2, LBN, la présentation du rapport de l'organe de révision à l'assemblée générale de la BNS ne doit plus être expressément mentionnée dans la nouvelle LBN. Cette obligation est en effet couverte par l'art. 729 CO. Celui-ci s'applique en vertu de l'art. 2 P-LBN, qui renvoie de manière générale au droit de la société anonyme. Est également applicable l'art. 729*a* CO, selon lequel l'organe de révision présente au conseil de banque un rapport dans lequel il commente l'exécution et le résultat de sa vérification. Enfin, il n'est plus nécessaire de mentionner explicitement que le rapport de l'organe de révision est communiqué au Conseil fédéral (art. 51, al. 2, 2e phrase, LBN); ce rapport fait de toute manière partie du rapport de gestion de la BNS, qui doit comme jusqu'ici être

[205] BNS, 94e rapport de gestion 2001, p. 103.

soumis à l'approbation du Conseil fédéral (cf. les art. 7, al. 1, et 42, al. 2, let. f, P-LBN).

2.5.6 Section 6: Obligation de garder le secret, échange d'informations et responsabilité

2.5.6.1 Obligation de garder le secret (art. 49 P-LBN)

Jusqu'à la révision de 1953 de la LBN, tous les membres des autorités de la banque ainsi que tous les «fonctionnaires et employés» de la BNS étaient tenus de garder le secret le plus absolu sur les relations d'affaires de l'établissement avec ses clients. Un flou demeurait toutefois quant à la mesure dans laquelle l'obligation de garder le secret portait aussi sur d'autres affaires à traiter confidentiellement. Par conséquent, l'art. 58 LBN a été révisé et l'obligation de garder le secret a été étendue aux mesures et dispositions confidentielles par leur nature ou en vertu de prescriptions spéciales. L'obligation de garder le secret, qui perdure après la fin des rapports de travail, a été réglée sur le modèle des dispositions du statut des fonctionnaires de 1927 (art. 27, al. 2)[206].

L'obligation de garder le secret selon l'art. 58 LBN est réduite à l'essentiel dans la nouvelle loi, à savoir observer le secret de fonction et le secret d'affaires (art. 49, al. 1, P-LBN). Il convient ainsi de garder le secret sur tout ce qui n'est pas généralement connu ou accessible lorsque la BNS ou des tiers ayant une relation juridique avec celle-ci ont un intérêt digne de protection à l'observation du secret. Cela peut concerner des faits découlant de l'exercice des attributions en matière de politique monétaire, des faits en rapport avec des opérations ou des connaissances sur les affaires internes de la banque. L'obligation globale de garder le secret, que la nouvelle loi sur la Banque nationale, par analogie avec l'art. 47 LB, applique désormais également aux mandataires de la BNS, doit garantir qu'aucune connaissance ou information acquise en raison de la position au sein de l'organe ou de l'activité ne sera transmise à des tiers. L'obligation de garder le secret faite aux organes de la banque est d'autant plus importante que leurs membres ont accès, dans le cadre de leur fonction, à des informations à traiter avec une très grande confidentialité, de sorte qu'ils bénéficient, par rapport aux tiers, d'une bonne longueur d'avance en matière d'information. L'obligation de garder le secret demeure également lorsqu'ont pris fin le mandat ou les rapports de travail des membres des organes et des employés de la Banque nationale ainsi que des personnes mandatées par celle-ci (art. 49, al. 2, P-LBN).

Une disposition pénale qui manque dans l'art. 58 LBN est introduite. Le message de 1953 concernant la LBN partait du principe que la violation de l'obligation de garder le secret par des organes ou des collaborateurs de la BNS devait entraîner une poursuite pénale au sens de l'art. 320, ch. 1, al. 2, CP (violation du secret de fonction)[207]. Par ailleurs, l'art. 59 LBN renvoie, en ce qui concerne la responsabilité des autorités bancaires et des collaborateurs de la BNS, à la loi sur la responsabilité de la Confédération, qui comporte un renvoi aux délits particuliers prévus par le CP

206 «Message de 1953» (note 32); FF **1953** I 953.
207 «Message de 1953» (note 32); FF **1953** I 953.

(entre autres art. 320 également). Premièrement, l'absence dans la loi sur la Banque nationale d'une norme pénale explicite visant à garantir le respect de l'obligation de garder le secret est problématique du point de vue du principe de légalité parce que les conséquences pénales d'une violation du secret ne ressortent pas clairement de la loi. Deuxièmement, la définition du terme «fonctionnaire» figurant dans le code pénal (art. 110, ch. 4) ne permet pas de savoir clairement si tous les organes bancaires et collaborateurs de la BNS ont la qualité de fonctionnaire au sens du CP et, partant, tombent sous le coup de l'art. 320 CP. Selon la jurisprudence, seules les personnes (engagées selon le droit public ou privé) qui assument des tâches publiques ont cette qualité[208]. Troisièmement, le renvoi à la loi sur la responsabilité à l'art. 59 LBN est non seulement très général, mais il ne concerne que les infractions commises en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques par les organes bancaires et les collaborateurs[209]. De plus, la BNS devrait, aujourd'hui déjà, être tenue de se fonder sur la violation du secret commercial (art. 162 CP).

Sur la base de ces considérations, une norme pénale explicite est introduite dans la LBN. La norme de l'art. 49, al. 3, P-LBN s'inspire de l'art. 320 CP, notamment en ce qui concerne le cadre pénal et le motif de justification. Ce motif existe si l'organe supérieur a délié la personne concernée de l'obligation de garder le secret de sorte qu'elle n'est plus punissable (art. 49, al. 4, P-LBN). Pour ce qui est de la concurrence entre l'art. 49, al. 3, P-LBN, d'une part, et l'art. 320 ou 162 CP, d'autre part, le premier, en tant que lex specialis, prime sur les deux autres.

2.5.6.2 Echange d'informations (art. 50 P-LBN)

Dans le domaine de la statistique, la nouvelle loi sur la Banque nationale règle déjà certains aspects de l'échange d'informations entre la BNS et les autorités suisses chargées de la surveillance des marchés financiers (art. 16, al. 4, P-LBN). La mention spéciale de l'échange d'informations dans le domaine de la statistique est nécessaire, cet aspect n'étant pas inclus dans la compétence d'ordre général en matière d'échange d'informations prévue par l'art. 50 P-LBN. La BNS est en effet soumise à une obligation particulière de garder le secret au sujet des données statistiques collectées (ch. 2.3.1.3.1). Cette obligation se différencie de l'obligation générale de garder le secret au sens de l'art. 49 P-LBN, notamment par le fait que la divulgation d'un secret avec le consentement écrit de l'autorité supérieure ne constituerait pas un motif de justification (art. 49, al. 4, P-LBN). La réglementation sur les réserves minimales oblige quant à elle la BNS à consulter la CFB avant de prendre des décisions importantes, mais elle ne contient aucune base concernant un échange détaillé d'informations entre banque centrale et autorité de surveillance bancaire. (ch. 2.3.2.2.5). En matière de surveillance des systèmes, la BNS est par ailleurs autorisée à collaborer à des conditions bien définies avec des autorités de surveillance suisses ou étrangères (ch. 2.3.3.3).

Veiller à ce que les banques respectent l'obligation de détenir des réserves minimales et surveiller désormais les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres suppose toutefois un échange détaillé d'informations entre la

208 Stratenwerth Günther, *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil II, 4e éd., Berne 1995, p. 332.
209 Art. 1, al. 1, let. f, loi sur la responsabilité du 14 mars 1958; RS **170.32**.

BNS et les autorités *suisses* chargées de la surveillance des marchés financiers, sans compter que l'on peut envisager d'autres champs d'activité d'intérêt réciproque pour lesquels il n'existera à l'avenir également aucune réglementation légale concernant une coopération avec ces autorités. On songera en particulier à la collaboration bilatérale entre la BNS et la CFB dans le but d'assurer la stabilité du système financier. Dans l'intérêt d'une surveillance circonstanciée de l'ensemble du marché financier, la nouvelle loi permet l'échange d'informations entre la BNS et toutes les autorités *suisses* de surveillance des marchés financiers. Outre la CFB, ces dernières comprennent notamment l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent rattachée au Département fédéral des finances. L'obligation de garder le secret fixée à l'art. 49 P-LBN – à laquelle sont assujettis les organes et les employés de la BNS ainsi que les personnes mandatées par celle-ci – est ainsi assortie d'une dérogation, selon laquelle l'échange d'informations avec les autorités suisses chargées de la surveillance des marchés financiers est autorisée de manière générale (art. 50 P-LBN). Des prescriptions analogues figurent désormais dans la loi sur les banques et dans la loi sur les bourses (art. 23bis, al. 3, P-LB et art. 34bis, al. 1, P-LBVM; ch. 2.8.2.1.4, 2.8.2.2). La loi sur la surveillance des assurances, également en cours de révision, sera dotée d'une réglementation analogue.

2.5.6.3 Responsabilité (art. 51 P-LBN)

Dans la nouvelle LBN, la responsabilité des organes et employés de la BNS doit être définie de façon plus nuancée que dans la réglementation actuelle, sans toutefois modifier la situation juridique de principe. Une distinction est désormais faite entre la responsabilité régie par la loi sur la responsabilité et la responsabilité régie par le droit privé.

La loi sur la responsabilité (LRCF) n'est applicable qu'aux cas où une personne agit dans le cadre de l'exercice de tâches de droit public pour la Confédération (art. 1, al. 1, let. f, LRCF). Dans le cas de la BNS, cela concernerait par exemple un acte ou un fait en relation avec l'émission de billets de banque ou avec l'exercice de ses attributions en matière de politique monétaire. Comme la LRCF règle globalement les conditions et les conséquences juridiques pour ces cas, un renvoi à cette dernière ne serait en soi pas nécessaire dans la LBN. Pour des considérations relatives à l'Etat fondé sur le droit, il est néanmoins indiqué de faire explicitement mention dans la LBN de la responsabilité de droit public de la BNS et de ses organes (art. 51, al. 1, P-LBN).

En ce qui concerne la responsabilité en cas de dommagedes organes et des employés de la BNS, institution indépendante de l'administration ordinaire qui est chargée d'exécuter des tâches de droit public de la Confédération, la LRCF prévoit des règles particulières, dérogatoires au droit usuel en matière de responsabilité de la Confédération. En vertu de ces dispositions (art. 19, al. 1, let. a, LRCF), la BNS, et à titre subsidiaire la Confédération, répond du dommage envers le lésé dans la mesure où la BNS ne parvient pas à réparer ledit dommage, ce qui est hautement invraisemblable. Si une action est intentée contre elle, la BNS a le droit de recourir contre l'auteur du dommage (organe, employé) conformément aux principes fixés aux art. 7 à 9 LRCF. Ladite loi règle par ailleurs quelques questions fondamentales touchant à

la responsabilité pénale des organes et des employés de la BNS (art. 19 en relation avec les art. 13 ss LRCF). Les dispositions du CP s'appliquent à la poursuite pénale.

La responsabilité n'est pas régie par la LRCF mais par le droit privé (CO) dans les cas où la BNS intervient à titre de sujet de droit privé, par exemple en ce qui concerne les opérations au sens des art. 9 ss P-LBN, ou dans les cas où le dommage a lieu non pas lors de l'exercice de l'activité officielle, mais occasionnellement en rapport avec une telle activité. Vu la palette étendue des activités de droit privé de la BNS (art. 9, 12 et 13 P-LBN), il semble judicieux de mentionner de façon explicite dans la loi sur la Banque nationale (art. 51, al. 2, P-LBN) la responsabilité de droit privé de la BNS, de ses organes et de ses employés.

Il convient de distinguer la responsabilité de l'organe prévue par le droit de la société anonyme des responsabilités de droit public et de droit privé. Conformément à l'art. 36, let. e, P-LBN, l'assemblée générale donne décharge au conseil de banque (ch. 2.5.2.4). Se pose ici la question de la responsabilité du conseil de banque pour les dommages découlant de la gestion. Le droit de la société anonyme précise que, pour les faits révélés, la décharge est opposable à la société et aux actionnaires qui y ont adhéré (art. 758 CO). Toujours en vertu du droit de la société anonyme, l'organe de révision répond à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers sociaux du dommage qu'il leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs (art. 755 CO).

2.6 Chapitre 6: Procédure et voies de recours

2.6.1 Introduction

Dans la loi en vigueur, les voies de recours sont régies par les art. 68*a* et 69 LBN. L'art. 69 LBN n'a pas subi de modification depuis 1905 alors que l'art. 68*a* a été intégré dans la LBN lors de la révision de 1978. La révision de la LBN exige que les voies de recours soient adaptées aux nouvelles normes juridiques. Les contestations de droit privé résultant de l'émission de billets de banque (art. 69, al. 1, let. a, LBN) ne sont plus d'actualité depuis que les billets de banque sont des moyens de paiement ayant cours légal, au lieu de représenter un droit à recevoir de l'or en contrepartie[210]. Vu l'attribution durable du monopole d'émission des billets de banque à la BNS (art. 4 P-LBN), des contestations financières au sujet de la liquidation de la BNS (art. 69, al. 1, let. b et c, LBN) ne sont en outre plus imaginables sous la forme prévue dans la loi en vigueur, car la procédure de renouvellement du privilège pour l'émission des billets de banque (art. 66 et 68 LBN) tombe. Par conséquent, des questions relatives à la liquidation ne se poseront qu'en cas d'une liquidation de la BNS, et, en vertu de l'art. 32 P-LBN, elles devront le cas échéant être réglées dans une loi séparée – remarque qui vaut aussi pour les voies de recours (ch. 2.4.2.4).

Les instruments relevant de l'exercice de la puissance publique (art. 16*a* ss, LBN) figurent – sous une forme largement modifiée et épurée – dans la nouvelle LBN comme «attributions en matière de politique monétaire» (art. 14 à 24 P-LBN), si

210 Art. 21 et 22 de l'ancienne LBN, en relation avec l'arrêté du Conseil fédéral du 29 juin 1954 concernant le cours légal des billets de banque et la suppression de leur remboursement en or (RO **1954** 668), depuis le 1er mai 2000, cf. art. 2, let. b de la loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement du 22 décembre 1999 (RO **2000** II 1144).

bien que les voies de recours dans ce domaine (jusqu'ici art. 68*a* LBN) doivent être adaptées. En sus de celles de droit public, des voies de recours devant les tribunaux civils (art. 54 P-LBN) doivent également pouvoir être utilisées vu le champ d'activité étendu de la BNS. Enfin, les limites entre les différentes voies de recours possibles doivent être tracées plus nettement. Jusqu'ici, toutes les contestations non visées aux art. 68*a* et 69, al. 1, LBN ressortissaient globalement à la juridiction civile, ce qui donne l'impression d'une protection juridique complète. La nouvelle LBN doit montrer clairement qu'un acte de la BNS n'est pas toujours susceptible de recours devant une instance judiciaire ou de recours, mais qu'il l'est uniquement s'il entre dans une des catégories mentionnées aux art. 52 à 54 P-LBN.

2.6.2 Décisions (art. 52 P-LBN)

2.6.2.1 Décisions de la BNS (art. 52, al. 1, P-LBN)

L'art. 52, al. 1, P-LBN doit préciser clairement que dans le domaine de ses attributions en matière de politique monétaire la BNS rend des décisions sujettes à recours. Tel est le cas lorsqu'un acte individuel d'autorité s'adresse à des particuliers et règle de manière contraignante un rapport concret de droit administratif, en le définissant ou en le constatant[211]. Ainsi, les art. 15, 18, 20, 22 et 23, P-LBN habilitent la BNS à accomplir de tels actes unilatéraux dans certaines situations; elle peut exiger – si nécessaire à l'aide de sanctions – des personnes soumises à la norme un comportement déterminé, par exemple, l'obliger à fournir des données statistiques (art. 15 P-LBN) ou à détenir des réserves minimales (art. 18 P-LBN). Comme l'art. 52 P-LBN précise qu'il s'agit de décisions sujettes à recours, le flou entourant leur qualification juridique est supprimé et les conséquences juridiques deviennent claires de deux manières. D'une part, la décision doit être rendue conformément aux règles de procédure prescrites[212]. D'autre part, un mécanisme de protection juridique existe, étant donné que la décision règle une situation juridique du destinataire de manière contraignante et qu'elle a notamment un impact sur les droits de ce dernier (art. 53, al. 1, let. a, P-LBN, ch. 2.6.3.1). Dès qu'elle définitive, la décision mettant en œuvre la souveraineté est applicable et exécutoire.

2.6.2.2 Caractère exécutoire (art. 52, al. 2, P-LBN)

L'art. 52, al. 2, P-LBN mentionne explicitement, par analogie avec l'art. 40 PA, le caractère exécutoire des décisions définitives de la BNS. Ainsi sont dissipés les doutes quant à savoir si les décisions de la BNS émanent ou non d'une autorité administrative de la Confédération selon l'art. 80, al. 2, ch. 2, LP. La formulation de l'art. 68*a*, al. 2, LBN est du même coup précisée dans la mesure où le caractère exécutoire se rapporte à des décisions entrées en force qui ordonnent le paiement d'une somme d'argent, par exemple au paiement d'intérêts à la BNS si le montant prescrit en matière de réserves minimales n'est pas atteint (ch. 2.3.4.2.1).

211 ATF **104** Ia 27, consid. 4.c; ATF **121** II 473, consid. 2.a.
212 Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA); RS **172.021**.

2.6.3 Juridiction administrative (art. 53 P-LBN)

2.6.3.1 Recours de droit administratif (art. 53, al. 1, P-LBN)

Sous l'angle des principes régissant l'Etat de droit, le caractère contraignant et, partant exécutoire d'une décision exige un mécanisme de protection juridique. La décision doit pouvoir être contrôlée par une instance supérieure quant à sa conformité au droit sur la forme et sur le fond. Etant donné que la BNS assume des tâches de droit public pour la Confédération et que la base légale de ses activités doit être rangée dans le droit administratif matériel de la Confédération (art. 5 PA), les normes du droit fédéral s'appliquent aux voies de recours. Vu l'indépendance que la Constitution garantit à la BNS (art. 99, al. 2, Cst.), il y a lieu de prévoir contre ses décisions un recours de droit administratif pouvant être adressé directement au Tribunal fédéral (art. 53, al. 1, let. a, P-LBN).

Les conditions de la qualité pour recourir sont réglées à l'art. 103, let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ; RS *173.110*), qui précise que le recourant doit être touché par la décision attaquée et avoir un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Généralement, le destinataire de la décision remplit ces conditions. La définition large de la notion de «qualité pour recourir» à l'art. 103, let. a, OJ permet cependant en principe également à des tiers, c'est-à-dire à d'autres intervenants sur les marchés financiers, d'attaquer une décision de la BNS. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral[213], le recours auprès d'une autorité de la Confédération est exclu s'agissant de décisions de la BNS, ce qui est conforme au principe de l'indépendance de cette dernière (art. 99, al. 2, Cst.). Il en va autrement lorsque des contestations surgissent entre la BNS et la Confédération au sujet d'opérations dans lesquelles la BNS fournit des services bancaires à la Confédération (ch. 2.6.3.2).

Enfin, l'art. 53, al. 1, let. b, P-LBN ouvre désormais les voies de recours auprès du Tribunal fédéral contre des décisions prises par le Conseil fédéral dans le cadre de la procédure de révocation au sens des art. 41, al. 3, et 45, al. 1, P-LBN. Une telle norme fait défaut dans la loi en vigueur, et l'OJ ne propose pas non plus de voies de recours en la matière, de sorte qu'en vertu du droit en vigueur la personne concernée ne peut pas recourir. Cela va toutefois à l'encontre des garanties de procédure supposées protéger tout un chacun de l'arbitraire de l'Etat (art. 9 Cst., art. 6, ch. 1 et 13, CEDH). Dans les statuts du SEBC (art. 11.4), les garanties de procédure conformes à l'Etat de droit sont respectées en ce sens que, à la requête du conseil des gouverneurs ou du directoire de la BCE, la Cour de justice européenne exécute en première instance et définitivement la procédure consistant à démettre de ses fonctions un membre du directoire. Selon la nouvelle LBN, un membre du conseil de banque ou de la direction générale ou un suppléant peuvent, s'ils sont démis de leurs fonctions par le Conseil fédéral, adresser un recours de droit administratif au Tribunal fédéral contre cette décision et faire examiner la légalité de celle-ci et de tous ses effets accessoires. L'objet du recours est la décision de révocation du Conseil fédéral qui doit être une décision au sens de l'art. 5 PA. Par analogie avec l'art. 100, al. 1, let. e, ch. 1, OJ, la nouvelle LBN ne prévoit pas de possibilité de recours en cas de non-nomination par le Conseil fédéral.

213 Cf. ATF **101** Ib 336, consid. 1., **105** Ib 348.

Il s'agira d'harmoniser la réglementation de la juridiction administrative faisant l'objet de l'art. 53, al. 1, P-LBN avec la révision totale en cours de la procédure fédérale. La compétence de juger en première instance les décisions de la Banque nationale en matière de statistiques, de réserves minimales et de surveillance de systèmes ainsi que les décisions du Conseil fédéral concernant la révocation de membres d'organes de la Banque nationale sera en particulier transférée du Tribunal fédéral au Tribunal administratif fédéral nouvellement créé (cf. message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF *2001* 4000, 4173, ainsi que le projet de loi fédérale sur le tribunal administratif fédéral, FF *2001* 4339). Pour la période limitée allant jusqu'à l'entrée en activité de ce tribunal, la compétence du Tribunal fédéral est maintenue et il n'est pas créé de commission spécifique de recours contre les décisions de la Banque nationale. L'institution d'une telle commission serait disproportionnée. En effet, sur la base des expériences faites avec les instruments relevant de la puissance publique, il n'est guère probable que la Banque nationale rende à l'avenir une grand nombre de décisions susceptibles de recours. Dans l'histoire de la Banque nationale il n'y a eu qu'une seule révocation de membres d'organes. Par conséquent, la réglementation proposée n'entraînera pas de surcharge du Tribunal fédéral avant l'entrée en activité du Tribunal administratif fédéral.

2.6.3.2 Action de droit administratif (art. 53, al. 2, P-LBN)

L'actuel art. 69, al. 1, let. b, LBN, formulé de manière un peu différente et plus large, est repris à l'art. 53, al. 2, P-LBN, qui mentionne explicitement l'action de droit administratif. Contrairement à l'art. 53, al. 1, P-LBN, l'art. 69 LBN prévoit une juridiction administrative originelle vu que le Tribunal fédéral statue en première instance en cas de contestation. L'action de droit administratif est réglée à l'art. 116 OJ et elle a pour but de résoudre les contestations qui ne peuvent pas être l'objet d'une décision et qui, vu leur thème, sont à ranger dans les rapports de droit public fédéral.

Le projet prévoit d'abord que les contestations opposant la Confédération à la Banque nationale au sujet des conventions sur les services bancaires que la BNS fournit à la Confédération (art. 11 P-LBN) peuvent faire l'objet d'une action de droit administratif devant le Tribunal fédéral (art. 53, al. 2, P-LBN). La fonction de banquier de la Confédération assumée par la BNS ne doit désormais plus être conçue comme une attribution légale, et les services bancaires de la BNS sont en principe fournis contre rétribution (ch. 1.4.6.3). L'action de droit administratif représente l'unique moyen disponible pour protéger la Confédération d'un refus non motivé de la BNS de fournir une prestation, mais aussi pour régler des contestations portant sur la survenue, la rétribution ou l'exécution d'opérations bancaires de la BNS pour la Confédération. L'actuelle LBN ne contient pas de norme qui aurait permis l'examen par un tribunal d'un litige au sujet d'une opération bancaire conclue entre la BNS et un service de la Confédération.

L'échelon fédéral est spécialement concerné en cas de conflits opposant la Confédération à la Banque nationale ou la Confédération aux cantons, au sujet de la distribution du bénéfice. Le projet prévoit à l'art. 31, al. 2, P-LBN que la BNS et le DFF concluent une convention afin d'assurer une distribution annuelle du bénéfice qui

sera constante à moyen terme. Les cantons sont informés avant la conclusion de la convention, mais ils n'en sont pas partie prenante. Le DFF agit au nom de la Confédération et – dans les faits – au nom des cantons également. La Constitution leur garantit certes deux tiers du bénéfice net de la BNS (art. 99, al. 4, Cst.). Toutefois ni la Constitution ni la loi ne fixent le montant effectif distribué. Pour protéger les cantons, touchés dans leur statut juridique par le montant et les modalités de la distribution du bénéfice, la convention conclue entre la BNS et le DFF doit pouvoir être présentée dans toutes ses parties à une instance indépendante à des fins d'examen. C'est à nouveau l'action de droit administratif qui convient le mieux à cet effet (art. 53, al. 2, P-LBN). L'existence d'une convention exclut toutefois que la détermination annuelle du bénéfice net puisse être contrôlée par le Tribunal fédéral aussi longtemps que la BNS s'en tient à cette convention. Pour terminer, il y a lieu de relever que des différends au sujet du bénéfice net ne peuvent pas être aplanis par une action de droit administratif à partir du moment où la répartition du bénéfice a été approuvée par l'assemblée générale à travers le rapport de gestion et les comptes annuels. Dans un tel cas, la décision de l'assemblée générale pourrait être attaquée par une action relevant du droit de la société anonyme, en vertu de l'art. 706, al. 1, CO. Cette action peut également être intentée par les cantons en leur qualité d'actionnaires.

2.6.4 Juridiction civile (art. 54 P-LBN)

Les tribunaux civils sont compétents pour les contestations de droit civil (art. 54, P-LBN). Ce cas se présente lorsque la BNS n'intervient pas en tant qu'autorité, mais agit comme une banque commerciale de droit privé, par exemple au niveau des opérations au sens de l'art. 9 P-LBN ou du droit du contrat de travail (cf. art. 46, al. 2, let. f, P-LBN). Si une contestation survient au sujet d'opérations – par exemple virements ou mouvements de numéraire, opérations sur le marché monétaire ou avances sur nantissement – , conclues sur la base des conditions générales de la BNS, les tribunaux civils ordinaires sont compétents en vertu de ces conditions. Toutes les contestations qui résultent de l'application du droit de la société anonyme (cf. art. 2 P-LBN), par exemple le recours contre une décision de l'assemblée générale ou le refus d'une inscription en tant qu'actionnaire au registre des actions, doivent également être portées devant les tribunaux civils.

Le renvoi à la juridiction civile, à l'art. 54 P-LBN, n'exclut pas la réglementation contractuelle en vertu de laquelle les contestations entre la BNS et des tiers peuvent être soumises à un tribunal arbitral.

2.7 Chapitre 7: Dispositions finales

2.7.1 Section 1: Abrogation et modification du droit en vigueur (art. 55 P-LBN)

La présente révision de la LBN rend nécessaires des modifications du droit en vigueur. Ces modifications sont mentionnées dans l'annexe de la présente loi (art. 55 P-LBN).

2.7.2 Section 2: Dispositions transitoires

2.7.2.1 Systèmes de paiement et systèmes de règlement des opérations sur titres (art. 56 P-LBN)

L'obligation de respecter les exigences minimales au sens de l'art. 20, al. 2, P-LBN ne découle pas d'une décision de la BNS, mais prend en principe effet légalement avec l'entrée en vigueur de la nouvelle LBN. Cette situation peut générer des incertitudes étant donné que la loi ne règle pas les obligations de manière très précise et qu'il est nécessaire de les adapter aux conditions du cas d'espèce. Aussi l'art. 56 P-LBN précise-t-il clairement que les exploitants de systèmes de paiement traitant des montants élevés et de systèmes de règlement des opérations sur titres peuvent dans un premier temps se contenter de s'annoncer auprès de la Banque nationale. Il appartient ensuite à la BNS de déterminer avec eux la manière de procéder par la suite. Le fait de limiter expressément cette disposition aux systèmes de paiement qui traitent des montants élevés (description: cf ch. 2.3.3.2.2) indique que, outre les exploitants de systèmes de règlement des opérations sur titres, seuls sont tenus de s'annoncer auprès de la BNS les exploitants de systèmes de paiement qui pourraient être soumis à des exigences minimales conformément à l'art. 20 P-LBN. La plupart des systèmes de paiement actuels sont en revanche uniquement concernés par l'obligation de renseigner selon l'art. 15, al. 2, P-LBN. Les exploitants de tels systèmes ne sont pas tenus de s'annoncer. C'est la BNS qui leur demande des données statistiques.

L'annonce doit intervenir dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle LBN. Pour les systèmes dont l'exploitation ne débute qu'après l'entrée en vigueur de cette loi, le délai d'annonce est, par analogie, de trois mois à compter du début de l'exploitation (pour les systèmes de règlement des opérations sur titres ou de la date à partir de laquelle les montants traités atteignent un niveau élevé (pour les systèmes de paiement).

2.7.2.2 Réduction du capital-actions, transfert du fonds de réserve (art. 57 P-LBN)

Le capital-actions de la BNS est réduit et passe de 50 millions de francs à 25 millions de francs. Les étapes procédurales prescrites par le CO pour la réduction du capital-actions de sociétés anonymes privées (art. 732 à 735 CO) ne sont pas applicables en l'occurrence (art. 57, al. 1, P-LBN; ch. 2.4.1.1.1).

Le fonds de réserve, qui n'a plus d'importance par rapport au total du bilan de la BNS, est supprimé et transféré aux provisions visées à l'art. 30, al. 1, P-LBN (art. 57, al. 2, P-LBN, ch. 2.4.2.3.2).

2.7.2.3 Créances inscrites au livre de la dette (art. 58 P-LBN)

Le livre de la dette de la Confédération est supprimé (annexe, section. I, ch. 2, P-LBN). L'art. 58 P-LBN garantit que les détenteurs de créances inscrites dans le livre de la dette ne seront pas défavorisés économiquement étant donné qu'ils pourront faire garder sans frais par la BNS (art. 58, al. 1, P-LBN) et porter au bilan conformément à l'ancien droit (art. 58, al. 2, P-LBN) les créances converties en obligations.

2.7.3 Référendum et entrée en vigueur (art. 59 P-LBN)

Vu l'art. 141, al. 1, let. a, Cst., la nouvelle LBN est sujette au référendum (art. 59, al. 1, P-LBN).

La Banque nationale devra promulguer diverses ordonnances (en rapport avec les art. 15, 18, 20, P-LBN) au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle LBN. Pour cette raison, il est indiqué que le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur de la LBN (art. 59, al. 2, P-LBN).

2.8 Annexe: Abrogation et modification du droit en vigueur

2.8.1 Abrogation du droit en vigueur

2.8.1.1 Abrogation de la loi en vigueur sur la Banque nationale (annexe, section I, ch. 1, P-LBN)

La nouvelle LBN remplace entièrement la loi du 23 décembre 1953 sur la Banque nationale. Cette loi est par conséquent abrogée formellement (annexe, section I, ch. 1).

2.8.1.2 Abrogation de la loi fédérale sur le livre de la dette de la Confédération (annexe, section I, ch. 2, P-LBN)

2.8.1.2.1 Genèse et contenu de la loi

Le livre de la dette de la Confédération a été institué par la loi fédérale du 21 septembre 1939 sur le livre de la dette de la Confédération («loi sur le livre de la dette»; RS *612.1*). Il a remplacé le système du dépôt, utilisé par la Confédération depuis 1890 et par les CFF depuis 1902. En 1937, 8 % des emprunts non remboursés étaient gardés de cette manière.

Sous la dénomination de «livre de la dette de la Confédération», la Confédération a ouvert «un registre dans lequel peuvent être inscrites, en vue d'un placement permanent, des créances provenant d'emprunts contractés ou de dettes reprises pour le compte de l'administration fédérale et des Chemins de fer fédéraux» (art. 1 de la loi sur le livre de la dette). Dès leur enregistrement dans le livre de la dette, les créances inscrites sont soumises à diverses dispositions dont les plus importantes ont trait à l'évaluation au bilan. Les créances inscrites doivent être portées au bilan conformément aux dispositions du code des obligations; «elles ne peuvent être évaluées, la première fois, au-dessus du prix d'acquisition». Des différences (positives et négatives) entre le prix d'acquisition et la valeur de remboursement de la créance peuvent être compensées par des amortissements ou des réévaluations annuelles à répartir régulièrement sur le nombre d'années à courir jusqu'à l'échéance (art. 9 de la loi sur le livre de la dette). La Banque nationale suisse est chargée de tenir le livre de la dette (Administration du livre de la dette); elle exerce cette fonction au nom et en qualité de mandataire de la Confédération (art. 10 de la loi sur le livre de la dette). La gestion des avoirs figurant dans le livre de la dette est gratuite.

2.8.1.2.2 Raisons de l'institution du livre de la dette de la Confédération

Le message du 25 mars 1938 sur un projet de loi instituant un livre de la dette publique (FF *1938* I 498 ss) avançait pour l'essentiel trois raisons justifiant l'institution du livre de la dette de la Confédération. Il s'agissait d'abord d'atténuer les éventuelles fluctuations des cours des obligations de la Confédération en retirant pour ainsi dire du commerce une partie de la dette; on craignait en effet que de telles fluctuations compliquent le financement de la dette fédérale, en forte hausse (prospérité, lutte contre la crise, défense nationale). Ensuite, on escomptait une simplification du service de la dette grâce à la suppression de la manipulation des papiers-valeurs physiques (séparation des coupons).

La volonté de créer une base légale pour les créances inscrites dans le livre de la dette publique ouvert pour l'emprunt de défense nationale de 1936 pourrait également avoir joué un rôle important. Cet emprunt était muni d'un coupon de 3 %, taux qui était nettement inférieur au rendement de 4½ % que le marché offrait à l'époque. Un cours au-dessous du pair était donc prévisible. Pour augmenter les chances de succès de l'emprunt, on opta pour la solution provisoire du livre de la dette. Elle permettait de porter au bilan la valeur nominale de la créance inscrite, indépendamment de la valeur du marché. 20 % du montant de l'emprunt furent ainsi souscrits sous la forme de créances inscrites au livre de la dette.

2.8.1.2.3 Problématique actuelle du livre de la dette

Les raisons avancées avant la guerre ne sont plus valables aujourd'hui. Le placement de la dette de la Confédération n'occasionne pas de problèmes, de sorte que des mesures d'allégement du marché ne sont pas nécessaires. Le fait de soustraire au marché une partie de la dette fédérale le prive plutôt de liquidités et complique par conséquent la formation du cours. Un processus efficace de fixation des prix revêt cependant une importance primordiale de nos jours. Par conséquent, le retrait de liqui-

dités à travers le livre de la dette n'est plus considéré comme un avantage, mais comme un handicap.

La technique actuelle de garde – dépôt central auprès de la SIS (SEGAInterSettle AG), assorti d'une séparation fictive des coupons, et utilisation, depuis une date récente, de certificats globaux à long terme –, permet d'organiser le service de la dette d'une façon quasiment aussi efficace qu'au moyen du livre de la dette.

L'inscription au bilan de la valeur nominale va à l'encontre de la tendance à l'évaluation selon la valeur du marché, qui s'impose de plus en plus chez les intervenants sur les marchés et qui est une condition d'une gestion moderne des risques.

2.8.1.2.4 Importance décroissante du livre de la dette

L'évolution constatée en matière de garde dans le livre de la dette témoigne de son importance décroissante: la proportion de 20 % d'inscriptions au livre de la dette enregistrée lors de l'emprunt de défense nationale n'a vraisemblablement plus été atteinte depuis lors. De 1990 à fin 2001, le montant des créances de la Confédération inscrites dans le livre de la dette a diminué, passant de 1,4 milliard de francs, soit 9 % du montant de la dette obligataire, à 67 millions de francs, soit 0,1 % dudit montant. Parmi les emprunts inscrits au livre de la dette, celui à plus long terme arrivera à échéance en 2012.

A la fin de 2001, 22 créanciers seulement étaient encore inscrits dans le livre de la dette de la Confédération. Dans une enquête menée par la BNS auprès des créanciers figurant dans ledit livre, deux tiers de ceux qui ont répondu (avant tout des banques et des assurances) ont mentionné qu'ils étaient d'accord pour que leur avoir inscrit soit transformé en obligations si la loi sur le livre de la dette de la Confédération venait à être abrogée. Cette catégorie de créanciers apprécierait vraisemblablement la négociabilité de la dette sous forme d'obligations, qui fait pratiquement défaut dans le cas des avoirs inscrits dans le livre de la dette. Elle n'a pas non plus formulé d'objections concernant l'obligation d'acquitter les frais de garde de ces obligations. Un tiers des créanciers qui ont répondu (avant tout des firmes de petite taille et des particuliers) préférerait la créance inscrite au livre de la dette à l'obligation. Pour les créanciers en question, la gestion gratuite des avoirs inscrits au livre de la dette pourrait avoir la priorité. La Banque nationale serait néanmoins disposée à garder gratuitement, jusqu'à leur échéance, les obligations résultant de la conversion de créances inscrites au livre de la dette. Pour la BNS, les coûts générés par cette garde sont inférieurs à ceux inhérents à la gestion du livre de la dette.

2.8.1.2.5 Suppression du livre de la dette assortie de la préservation des droits des créanciers figurant actuellement dans ledit livre

Le livre de la dette de la Confédération ne répond plus à un besoin réel. Il est par conséquent supprimé à travers l'abrogation de la loi fédérale du 21 septembre 1939 sur le livre de la dette de la Confédération (annexe, section I, ch. 2, P-LBN). Dès lors, il ne sera plus possible de transformer des obligations d'emprunts fédéraux en créances inscrites au livre de la dette de la Confédération.

Les droits acquis des actuels titulaires de créances figurant dans le livre de la dette sont préservés. Au moment de la suppression de ce dernier, les créances qui y sont inscrites sont converties en obligations par la Banque nationale; toutefois celle-ci les garde sans frais, au nom du dernier créancier inscrit. Cela doit être précisé explicitement dans une disposition transitoire de la nouvelle LBN (art. 58, al. 1, P-LBN). Par ailleurs le dernier créancier inscrit – et lui seul – conserve le droit de porter au bilan à leur prix d'acquisition les obligations résultant de la conversion des créances inscrites au livre de la dette. Si ce prix est plus élevé que la valeur de remboursement, la différence doit être amortie au moins par annuités identiques jusqu'à l'échéance. S'il est inférieur, la différence peut, tout au plus, être répartie sur le nombre d'années à courir jusqu'à l'échéance (art. 58, al. 2, P-LBN).

2.8.1.3 Abrogation de l'arrêté fédéral sur la participation de la BNS à la Banque des règlements internationaux (annexe, section I, ch. 3, P-LBN)

L'art. 12 de la nouvelle LBN habilite la BNS à participer au capital de sociétés ou d'autres personnes morales et à acquérir des droits sociaux dans de telles sociétés, en tant que cela sert à l'accomplissement de ses tâches. La participation de la BNS au capital de la Banque des règlements internationaux doit à l'avenir se fonder sur cette norme (ch. 2.2.5). L'arrêté fédéral du 26 juin 1930 sur la participation de la Banque nationale suisse à la Banque des règlements internationaux (RS *951.19*) peut de ce fait être abrogé (annexe, section I, ch. 3, P-LBN).

2.8.1.4 Abrogation de l'arrêté fédéral renouvelant le privilège d'émission de la BNS (annexe, section I, ch. 4, P-LBN)

La nouvelle LBN (art. 4) confère durablement à la BNS le monopole d'émission des billets de banque (ch. 2.1.4). L'arrêté fédéral du 28 novembre 1996 renouvelant le privilège d'émission de la Banque nationale suisse peut ainsi être abrogé (annexe, section I, ch. 4, P-LBN).

2.8.2 Modification du droit en vigueur

2.8.2.1 Modification de la loi sur les banques (annexe, section II, ch. 1, P-LBN)

2.8.2.1.1 Nouvel art. 1bis P-LB

Le modèle de surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres repose sur un partage des tâches entre la BNS et la CFB. Alors que la BNS surveille les systèmes dans l'optique d'une garantie de la stabilité du système financier, la CFB assure la surveillance microprudentielle des exploitants de systèmes. Le droit actuel n'autorise cependant la CFB à exercer cette fonction que dans la mesure où les exploitants en question ont le statut de banque ou de négociant en valeurs mobilières (ch. 1.5.6.6.3.3). Le nouvel *art. 1bis, al. 1, P-LB* habi-

lite en revanche la CFB à soumettre les exploitants de systèmes à sa surveillance, que ceux-ci exercent ou non une activité de banque ou de négociant en valeurs mobilières au sens strict du terme. Une disposition analogue figurera dans la loi sur les bourses (art. 10bis, al. 1, P-LBVM; ch. 2.8.2.2). Le domaine d'application de l'art. 1bis, al. 1, LB (et de l'art. 10bis, al. 1, P-LBVM également) correspond à celui de l'art. 19 P-LBN. Sont ainsi concernés les exploitants de systèmes de compensation et de règlement des paiements et opérations sur instruments financiers, en particulier sur valeurs mobilières. La disposition de l'art. 1bis, al. 1, LB est de nature potestative. La CFB n'est dès lors pas tenue de soumettre un exploitant de système à la loi sur les banques, même si celui-ci exploite un système susceptible de générer des risques. Une telle soumission n'entrera en ligne de compte que pour quelques organismes centraux. L'obligation de collaborer définie au niveau de la loi (art. 21 P-LBN, art. 23bis P-LB, art. 34bis P-LBVM) amènera la BNS et la CFB à se concerter avant de soumettre un système à la surveillance et de soumettre un exploitant de système à la loi sur les banques ou à la loi sur les bourses. Cette obligation de collaborer ne se limitera pas à la décision concernant la soumission d'un système ou d'un exploitant de système, mais elle s'étendra à la coordination permanente des activités de surveillance. Les doubles emplois devraient ainsi être évités dans toute la mesure du possible.

L'art. 1bis, al. 2, P-LB (comme l'art. 10bis, al. 2, P-LBVM) garantit la coordination entre la surveillance des systèmes exercée par la BNS et celle des établissements assurée par la CFB, ne serait-ce que parce que celle-ci, en sa qualité d'autorité chargée d'octroyer les autorisations, ne peut accorder, à l'exploitant d'un système que la BNS juge important pour la stabilité du système financier, l'autorisation d'agir en tant que banque ou négociant en valeurs mobilières que si les exigences minimales de la BNS en matière de surveillance des systèmes, exigences fixées à l'art. 20, al. 2, P-LBN, sont remplies et si l'exploitant satisfait à l'obligation de renseigner élargie visée à l'art. 20, al. 1, P-LBN. La CBF est par conséquent tenue de retirer une telle autorisation ou d'ordonner d'autres mesures si l'exploitant de système concerné ne répond plus aux exigences de la banque centrale ou ne se conforme plus à l'obligation de renseigner.

L'art. 1bis, al. 3, P-LB tient compte de la nécessité d'adapter la surveillance de la CFB à la situation particulière des exploitants de systèmes. À l'égard de ces derniers, la CFB peut ainsi décider une exemption de certaines dispositions du droit bancaire ou boursier qui ne sont pas pertinentes pour eux du fait qu'elles concernent les banques ou les négociants en valeurs mobilières au sens strict du terme, ou ordonner soit un assouplissement soit un renforcement des prescriptions. Vu la nature technique de la matière, il convient de déléguer directement cette compétence à la CFB à travers la loi (comme c'est le cas aux art. 4 LB et 29, al. 2, OBVM).

2.8.2.1.2 Nouvelle teneur de l'art. 4 LB

2.8.2.1.2.1 Adaptation des dispositions sur les liquidités minimales

Les bases légales des prescriptions relatives aux liquidités figurent actuellement à l'art. 4 LB. En vertu de cet article, les banques sont tenues de maintenir une proportion appropriée entre leurs disponibilités et leurs actifs facilement mobilisables,

d'une part, et leurs engagements à court terme, d'autre part. Cette disposition est concrétisée par les art. 15 à 20 OB[214] qui distinguent entre liquidité I (liquidité de caisse)[215] et liquidité II (liquidité globale)[216]. La liquidité de caisse couvre principalement les besoins de la banque centrale en rapport avec la gestion de la masse monétaire et ne convient pas pour évaluer les liquidités au niveau d'un établissement particulier. La réglementation actuelle de l'art. 19 OB doit par conséquent être modernisée et adaptée exactement aux besoins liés à la gestion de la masse monétaire en francs suisses. Elle est par ailleurs reprise dans la loi sur la Banque nationale (ch. 2.3.2). La nouvelle réglementation ne peut toutefois pas couvrir les aspects de surveillance relatifs à la gestion des liquidités des différentes banques, même si on la considère en rapport avec la réglementation relative à la liquidité totale. Des dispositions complémentaires restent par conséquent nécessaires. Le transfert dans la loi sur la Banque nationale de la réglementation relative à la liquidité de caisse transformée en réglementation relative aux réserves minimales rend cependant nécessaire une adaptation de l'art. 4 LB. Une reformulation permet de tenir pleinement compte des conditions à remplir en matière de surveillance dans le domaine des liquidités, conditions qui ne figurent pas dans les nouvelles dispositions de la loi sur la Banque nationale. La réglementation des aspects significatifs du point de vue de la surveillance ainsi que des exigences minimales relatives aux liquidités des différentes banques fera ultérieurement l'objet d'une révision intégrale des dispositions concernées de l'ordonnance sur les banques.

Un nouvel énoncé de l'art. 4 LB s'impose du fait que le texte suranné de la réglementation actuelle utilise des notions et des concepts dépassés en matière d'activités et de surveillance des banques. Ainsi la distinction qu'établit la loi entre disponibilités et actifs facilement mobilisables n'est plus judicieuse. Depuis la révision du 12 décembre 1994 des dispositions relatives à l'établissement des comptes figurant aux art. 23 à 28 OB, l'ordonnance sur les banques utilise les notions de liquidités et de créances[217]. Dans l'ordonnance sur les banques, la formulation de la réglementation des liquidités est également devenue désuète dans d'autres domaines du fait des développements survenus depuis sa dernière modification, en 1987. Une adaptation strictement terminologique des art. 15 à 20 OB, notamment aux prescriptions concernant l'établissement des comptes, ne serait pas suffisante. Une consultation des milieux intéressés réalisée en 1996 l'avait déjà montré. Une révision globale s'impose par conséquent et elle sera accélérée par le transfert de la liquidité de caisse dans le système des réserves minimales de la Banque nationale suisse. La présence dans la loi sur les banques d'une réglementation plus moderne et formulée en termes aussi larges que possible facilitera cette révision de l'ordonnance sur les banques. Si la loi prévoit uniquement que les banques sont tenues de disposer, sur des bases individuelle et consolidée, d'un volume suffisant de liquidités (art. 4, al. 1, P-LB), le législateur a la possibilité d'introduire une réglementation nuancée sur les plans quantitatif et qualitatif (art. 4, al. 2, P-LB). Il peut ainsi mieux tenir compte des différentes activités ainsi que de la taille des établissements et des méthodes qui leur sont spécifiques et, partant, des risques divers qui en découlent en matière de liquidité. Cette approche concorde en outre avec la distinction opérée dans le cas de la

214 Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne, ordonnance sur les banques, OB; RS **952.02**.
215 Cf. art. 19 OB (note 214).
216 Cf. art. 15 à 18 OB (note 214).
217 Cf. art. 25, al. 1, ch. 1.1 à 1.4, OB (note 214).

régulation des marchés financiers entre les actes législatifs cadre au niveau de la loi et les dispositions techniques d'exécution figurant dans une ordonnance. La formulation actuelle de la loi ne satisfait pas à cette règle de base étant donné que le texte comprend divers éléments de détail d'une réglementation qui s'avère désormais surannée.

2.8.2.1.2.2 Adaptation des dispositions relatives aux fonds propres

L'adaptation de l'art. 4 LB sur le plan de la réglementation des liquidités constitue de surcroît une occasion appropriée pour adapter également cette disposition à l'évolution intervenue dans le domaine des fonds propres depuis sa promulgation en 1934. Le principe énoncé à l'art. 4, al. 1, LB, en vertu duquel les banques sont tenues de maintenir une proportion appropriée entre le montant de leurs fonds propres et celui de l'ensemble de leurs engagements a certes très bien résisté à l'épreuve du temps. Bien qu'il vise en premier lieu le passif du bilan, il n'a pas empêché, en ce qui concerne l'actif du bilan bancaire, une réglementation des fonds propres axée sur le risque. Les modifications essentielles ont été opérées au niveau de l'ordonnance, ce qui est judicieux compte tenu de la nature très technique de la matière[218]. Etant donné qu'il est de toute manière nécessaire de réviser l'art. 4 LB, il est indiqué de supprimer le lien entre les dispositions légales relatives aux fonds propres et les engagements figurant au passif, ce lien étant gommé depuis longtemps au niveau de l'ordonnance[219]. Une formulation large, précisant simplement que les banques sont tenues de disposer, sur des bases individuelle et consolidée, d'un volume suffisant de fonds propres (art. 4, al. 1, P-LB), permettra par ailleurs aux dispositions de détail de conserver une longueur d'avance en matière de droit de la surveillance bancaire[220].

2.8.2.1.2.3 Application sur une base consolidée

Tant en ce qui concerne la réglementation des liquidités que celle des fonds propres, il convient d'inscrire dans la loi le principe reconnu depuis longtemps de la nécessité d'appliquer sur une base consolidée ces réglementations aux groupes (art. 4, al. 1, P-LB). L'ordonnance sur les banques règle déjà ce principe de façon détaillée pour les fonds propres (art. 13*a* OB). Il est toutefois plus juste d'inscrire dans la loi le principe en vertu duquel les banques doivent disposer d'un volume suffisant de fonds propres et de liquidités sur une base individuelle, c'est-à-dire au niveau de l'établissement, et sur une base consolidée, vu la portée d'une telle exigence sous l'angle de la technique juridique. Sont considérés comme établissements

218 Pour une vue d'ensemble des modifications effectuées, cf. Zuberbühler, Daniel, Eigenmittelvorschriften der Banken, in: Weber, Rolf H. / Hirszowicz, Christine (éd.), Derivative Finanzinstrumente und Eigenmittelvorschriften, Schweizer Schriften zum Bankrecht, vol. 34, Zurich 1995, p. 113 ss (115).

219 Cf. art. 12 à 12o, OB (note 214).

220 Cf. Zuberbühler, Daniel, Der Wandel des Aufsichtsrechts zur Risikoerfassung, dans: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Nobel, Peter (éd.), cahier 6/1997, Berne 1998, p. 89 ss (99 ss).

individuels non seulement les établissements dotés d'une personnalité juridique propre, mais en principe aussi les succursales de banques étrangères. Conformément à la pratique internationale toutefois, les succursales ne sont soumises à la réglementation suisse qu'en ce qui concerne les liquidités. Elles ne sont en revanche pas tenues de respecter les prescriptions sur les fonds propres et sur la répartition des risques (art. 3, al. 1, ordonnance sur les banques étrangères; RS *952.111*).

2.8.2.1.2.4 Délégation au Conseil fédéral et à la Commission fédérale des banques

Comme c'est déjà le cas en matière de régulation boursière[221], la loi ne formule que le principe et charge le Conseil fédéral de définir les éléments et les exigences minimales, en tenant compte du genre d'activité et des risques qu'elle comporte. La Commission des banques est autorisée à édicter des dispositions d'exécution (art. 4, al. 2, P-LB). Dans le cadre de cette répartition déjà effective des tâches, l'ordonnance du Conseil fédéral définit les termes, les éléments pouvant être pris en compte et les exigences minimales. Les dispositions d'exécution ressortissent en revanche à l'autorité de surveillance. Cette systématique doit être maintenue et inscrite dans la loi. Le fait de confier la réglementation technique, au-delà du principe, à l'autorité chargée d'édicter l'ordonnance ainsi qu'à l'autorité de surveillance permet de surcroît une adaptation aux standards internationaux. Les exigences internationales en matière de surveillance évoluent sans cesse. En fait cela contrait à reprendre aussi vite que possible à l'échelon national les réglementations en vigueur sur le plan international, en les assortissant au besoin d'exigences nationales différentes ou plus sévères. L'accord du Comité de Bâle sur les fonds propres est en cours de révision[222] et il est encore impossible de prévoir avec certitude le détail des exigences définitives. Une formulation large de la réglementation prévue par la loi suisse permettra à l'autorité chargée d'édicter l'ordonnance et à l'autorité de surveillance de satisfaire facilement aux exigences internationales. En revanche, si la loi contenait une réglementation détaillée, une telle adaptation ne serait pas possible dans les délais voulus.

L'art. 4, al. 2, 3e phrase, P-LB ne précise pas quelle forme juridique revêtiront les dispositions d'exécution élaborées par la Commission des banques. L'autorité de surveillance peut choisir sous quelle forme elle entend les édicter. Il sera possible d'opter aussi bien pour une ordonnance de la Commission des banques, sur le modèle de l'ordonnance sur les banques étrangères (OBE)[223], de l'ordonnance de la CFB sur les fonds de placement (OFP-CFB) [224] ou de l'ordonnance de la CFB sur

221 Cf. art. 12 LBVM (loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, loi sur les bourses; RS **954.1**).

222 Cf. «http://www.bis.org/publ/bcbsca.htm»; CFB rapport de gestion 2001, p. 248 ss; Zuberbühler, Daniel, Revision des Capital Accord des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, dans: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Nobel, Peter (éd.), cahier 8/1999, Berne 2000, p. 135 ss.

223 Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 21 octobre 1996 concernant les banques étrangères en Suisse, ordonnance sur les banques étrangères, OBE; RS **952.111**.

224 Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 27 octobre 1994 sur les fonds de placement, OFP-CFB, RS **951.311.1.**

les bourses (OBVM-CFB)[225], que pour une circulaire non publiée dans le recueil officiel, comme c'est le cas pour les 21 circulaires élaborées au sujet des domaines les plus divers[226]. Quelle que soit la forme choisie, les directives de l'autorité de surveillance sont d'abord discutées avec les milieux intéressés et les souhaits de ces derniers sont pris en considération. Ainsi, ces textes suscitent régulièrement une large adhésion des établissements concernés.

2.8.2.1.2.5 Règles de base inchangées

Les adaptations proposées pour l'art. 4 LB ne représentent pas des modifications fondamentales, mais elles mettent la loi en adéquation avec les dispositions de l'ordonnance et les directives de l'autorité de contrôle, qui sont subordonnées à la loi et déjà en vigueur. Le système de surveillance en place a très largement fait ses preuves dans le domaine des fonds propres. Il sera maintenu et des principes simples, permettant en tout temps d'adapter rapidement les dispositions de l'ordonnance, seront inscrits dans la loi. Comme la formulation de l'article de loi proposé est aussi large que possible, les réglementations actuelles qui vont déjà nettement plus loin que les standards internationaux peuvent être maintenues. Des prescriptions obligeant les grands établissements actifs sur le plan international à respecter des exigences particulières[227] pour prévenir les risques systémiques ne sont par ailleurs pas exclues vu la formulation large qui a été choisie.

La possibilité d'assouplir ou de renforcer dans des cas particuliers les exigences minimales (art. 4, al. 3, LB et art. 4, al. 3, P-LB), accordée dès le début à l'autorité de surveillance, doit également être maintenue. Cette disposition permet à la Commission des banques de traiter certains cas spéciaux avec toute la souplesse requise. Il est ainsi possible d'imposer aux banques dont l'activité implique un risque particulier des exigences supplémentaires en matière de fonds propres ou de liquidités. La disposition en question est de plus conforme à la tendance, observée sur le plan international dans le domaine des fonds propres, qui consiste à faire explicitement de la procédure de surveillance individualisée un élément autonome d'une réglementation internationale relative aux fonds propres[228].

Enfin, la teneur de l'art. 4, al. 2bis, LB est inchangée et elle est reprise à l'al. 4 de l'art. 4 P-LB. Cette disposition a été ajoutée en 1994 dans le cadre de Swisslex. Elle est conforme aux exigences européennes.

225 Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 25 juin 1997 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, OBVM-CFB; RS **954.193**.

226 Cf. collection des circulaires de la CFB, numéro de commande EDMZ 607.600.

227 Cf. déclaration du Conseil fédéral concernant la motion du conseiller national Strahm, Banques exerçant une activité sur le plan international. Prescription concernant les fonds propres, nº 98.3480.

228 Zuberbühler, Daniel, Revision des Capital Accord des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Nobel, Peter (éd.), cahier 8/1999, Berne 2000, p.135 ss.

2.8.2.1.3 Abrogation des art. 7 à 9 LB

Le cinquième chapitre de la loi sur les banques règle depuis 1934 divers aspects des relations des banques avec la BNS au niveau des instruments relevant de l'exercice de la puissance publique. Du point de vue de la systématique, ces dispositions – dans la mesure où elles sont encore nécessaires – doivent figurer dans la loi sur la Banque nationale (ch. 1.5). La compétence de la BNS de collecter des informations statistiques auprès des banques (art. 7 LB) ainsi que la réglementation sur la confidentialité, la publication et la diffusion de ces données (art. 9 LB) sont décrites dans la nouvelle loi sur la banque nationale, aux art. 14 à 16. La compétence d'introduire une autorisation obligatoire pour les opérations d'exportation de capitaux effectuées par les banques (art. 8 LB) n'est plus nécessaire dans la perspective actuelle et elle peut être abrogée purement et simplement. Le chapitre V de la loi sur les banques (art. 7 à 9) doit de ce fait être abrogé purement et simplement (annexe, section II, ch. 1, P-LBN).

2.8.2.1.4 Modification de l'art. 23bis LB

Le personnel de la Commission des banques est soumis au secret professionnel, au secret d'affaires et au secret de fonction (art. 22 de la loi sur le personnel de la Confédération) à l'instar des membres des organes et des employés de la Banque nationale. Le droit actuel régissant la surveillance des banques ne règle pas au niveau de la loi la collaboration entre la Banque nationale et les autres autorités de surveillance des marchés financiers; l'art. 54 OB ne contient qu'une compétence sur l'échange de données à des fins statistiques entre la Commission des banques et la BNS. Cela ne suffit pas en ce qui concerne par exemple la future collaboration au niveau de la surveillance des exploitants de systèmes ayant le statut de banque. Par conséquent, le nouvel *art. 23bis, al. 3, P-LB* crée pour la première fois une base légale générale relative à l'échange d'informations entre la CFB et la Banque nationale, d'une part, et les autres autorités chargées de la surveillance des marchés financiers, d'autre part. Cette norme est analogue aux art. 50 P-LBN et 34bis, al. 1, P-LBVM.

L'art. 23bis, al. 4, LB crée la base juridique spécifique de la collaboration entre la BNS et la CFB en matière de surveillance des systèmes ou de leurs exploitants. Cette norme est analogue aux art. 21, al. 1, P-LBN et 34bis, al. 2, P-LBVM.

La *première phrase* de l'art. 23bis, al. 4, LB oblige la CFB à collaborer avec la BNS. La *deuxième phrase* concrétise la coopération et oblige la CFB à coordonner ses activités de surveillance avec celles de la BNS. La coordination portera par exemple sur la collecte d'informations ou sur les contrôles auprès d'exploitants de systèmes ou de participants à des systèmes (y compris les contrôles effectués par l'organe de révision au sens de la LB). En l'occurrence, il convient d'éviter autant que possible les redondances, ce qui ressort déjà du principe de l'économie de la procédure. L'obligation de collaborer est assortie pour chacune des deux institutions d'un droit d'être entendue avant qu'une décision soit rendue. À la différence de l'art. 21, al. 1, P-LBN, l'art. 23 bis LB modifié ne fait pas mention de recommandations (pas plus que l'art. 34bis, al. 2, P-LBVM), la CFB ne se servant généralement pas d'un tel instrument dans le cadre de l'octroi des autorisations.

2.8.2.1.5 Autres modifications de la loi sur les banques

L'abrogation des art. 7 à 9 LB entraîne diverses modifications des dispositions pénales de la loi sur les banques (annexe, section II, ch. 1, P-LBN).

L'*art. 46, al. 1, let. h*, règle la punissabilité des infractions aux dispositions de l'art. 8 LB; il peut donc être abrogé purement et simplement.

Il s'agit de ne régler dorénavant à l'*art. 46, al. 1, let. i*, plus que la punissabilité de la transmission de faux renseignements à la Commission des banques ou à l'organe de révision prévu par la loi sur les banques. La mention de la BNS peut être supprimée, tout comme à l'*art. 49, al. 1, let. e*. La punissabilité des infractions à l'obligation de renseigner est désormais réglée à l'art. 24 P-LBN.

La suppression des mentions de la BNS dans les dispositions pénales de la LB doit être mise à profit pour se pencher sur l'infraction consistant à porter atteinte au crédit d'une banque, visée à l'*art. 48* LB. Aujourd'hui, cette disposition pénale protège les banques, la BNS et les centrales d'émission de lettres de gage. Porte atteinte au crédit d'une banque celui qui répand des informations négatives sur sa solvabilité ou s'exprime sur des faits propres à remettre en question cette dernière[229]. En tant que banque centrale jouissant du monopole d'émission des billets de banque, la BNS est toujours solvable, raison pour laquelle une atteinte à son crédit au sens décrit ici n'est pas possible.

2.8.2.2 Modification de la loi sur les bourses (annexe, section II, ch. 2, P-LBN)

Dans le contexte des adaptations en matière de surveillance des établissements, la LBVM est complétée par deux articles, de manière analogue à la LB: *l'art. 10bis P-LBVM*, qui correspond à l'art. 1bis P-LB, est commenté sous ch. 2.8.2.1.1; *l'art. 34bis P-LBVM*, qui correspond à l'art. 23bis, al. 3 et 4, P-LB, est commenté sous ch. 2.8.2.1.4.

2.8.2.3 Modification de la loi sur les fonds de placement (annexe, section II, ch. 3, P-LBN)

L'art. 64 de la loi sur les fonds de placement constitue la base de la collecte par la BNS d'informations statistiques relatives aux fonds de placement. Comme les compétences de la BNS en matière d'établissement de statistiques sont désormais réglées de manière uniforme par les art. 14 à 16 de la nouvelle LBN (ch. 2.3.1), l'art. 64 de la loi sur les fonds de placement peut être abrogé, tout comme la disposition pénale pertinente de l'art. 70, al. 1, let. d, de ladite loi (annexe, section II, ch. 3, P-LBN).

229 Bodmer/Kleiner/Lutz (note 111), art. 48, nº 2.

2.8.2.4 Modification du code des obligations (annexe, section II, ch. 4, P-LBN)

Les art. 1028 et 1118 CO obligent la BNS à diriger les chambres de compensation pour les chèques ou les lettres de change. Cette obligation ne répond plus aux conditions actuelles. Elle impose en outre à la BNS, dans un secteur sans importance sous l'angle de la stabilité, des obligations allant au-delà de celles qu'elle doit désormais assumer en vertu des art. 19 à 21 P-LBN. Il convient dès lors de libérer la BNS de l'obligation de diriger les chambres de compensation. La présentation à la chambre de compensation dans les délais fixés étant par ailleurs liée à de larges effets de droit civil (cf. les art. 1028, al. 2, et 1118, CO, ainsi que 1128, ch. 3, CO), il convient de savoir clairement de quelle chambre de compensation il est question. La clarté s'impose ici dans l'intérêt de la sécurité et de la fiabilité des relations juridiques, même en cas de net recul de l'utilisation des chèques et des lettres de change. Cet intérêt peut être satisfait en mentionnant aux art. 1028, al. 2, et 1118 CO que la BNS doit reconnaître la chambre de compensation. Les critères de reconnaissance devraient s'inspirer de l'art. 20 P-LBN. Toutes les banques intéressées devraient en particulier avoir accès à la chambre de compensation; il faudrait en outre garantir qu'il ne s'écoule pas plus d'un jour entre la présentation d'un chèque ou d'une lettre de change auprès de la chambre de compensation et l'inscription au crédit ou l'apposition d'une mention de protêt (art. 1034, al. 2, et 1129, al. 2, CO). Les modifications proposées pour l'art. 1028, al. 2, et pour l'art. 1118 CO sont compatibles avec la convention du 7 juin 1930[230] portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre.

2.8.2.5 Modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire (annexe, section II, ch. 5, P-LBN)

L'art. 53, al. 1, let. b, P-LBN prévoit désormais qu'un recours de droit administratif peut être adressé au Tribunal fédéral contre les décisions de révocation prises par le Conseil fédéral en vertu des art. 41, al. 3, P-LBN et 45, al. 1, P-LBN (ch. 2.6.3.1). Cette nouvelle voie de droit nécessite une adaptation de l'art. 98, let. a, de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ), qui précise dans quels cas les décisions du Conseil fédéral peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif. Selon le droit en vigueur, ce recours est possible uniquement si la décision a trait aux rapports de service du personnel fédéral et si le droit fédéral prévoit que le Conseil fédéral statue comme autorité de première instance. Le cas d'une révocation de membres du Conseil de banque, de la direction générale ou de suppléants n'est pas concerné puisque les membres de ces organes de la Banque nationale ne font pas partie du personnel fédéral. Il convient par conséquent de compléter l'art. 98, let. a, OJ par une let. b.

L'art. 53, al. 2, P-LBN prévoit en outre que les cas de contestation opposant la Confédération à la Banque nationale au sujet des conventions sur les services bancaires (art. 11 P-LBN) ou sur la distribution du bénéfice (art. 31 P-LBN) doivent être réglés par le Tribunal fédéral saisi d'une action de droit administratif

[230] RS **0.221.554.1**

(ch. 2.6.3.2). Celle-ci est réglée par l'art. 116 OJ qui, jusqu'à maintenant, ne considérait pas les différends entre la Confédération et la *Banque nationale* comme des objets de contestation. Il convient par conséquent de compléter l'art. 116 OJ par une let. d. En revanche, le cas, également mentionné à l'art. 53, al. 2, P-LBN, de contestations opposant la Confédération aux *cantons* au sujet de la convention sur la distribution du bénéfice est déjà pris en compte par l'art. 116, let. a, OJ.

2.8.2.6 Modification de la loi sur les finances de la Confédération (annexe, section II, ch. 6, P-LBN)

L'art. 36, al. 3, 1re phrase, de la loi sur les finances de la Confédération (LFC) oblige la BNS à gérer gratuitement les titres de la Confédération et à conseiller l'Administration fédérale des finances en matière de placements. La gestion à titre gracieux des titres ne représente pas un service bancaire facilitant la mise en œuvre de la politique monétaire. Conformément à l'art. 11 P-LBN, elle doit donc en principe à l'avenir faire l'objet d'une rétribution raisonnable (ch. 2.2.4). L'art. 36, al. 3, LFC doit par conséquent se borner à mentionner que la BNS conseille l'Administration fédérale des finances en matière de placements.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

3.1.1 Conséquences financières

L'abandon, proposé pour différentes raisons (ch. 1.4.6), de la gratuité des services bancaires fournis par la BNS se traduit pour la Confédération par des dépenses supplémentaires de l'ordre de 8,5 millions de francs par an. Pour les cantons, la révision de la LBN n'entraîne pas de dépenses supplémentaires.

Du point de vue des recettes, l'intérêt de la Confédération et des cantons réside avant tout dans le bénéfice de la banque centrale. Les recettes devraient plutôt afficher une légère tendance à la hausse. Plus souple et plus ouvert qu'il ne l'est aujourd'hui, l'éventail d'instruments de la BNS facilitera en effet, non seulement la conduite de la politique monétaire, mais aussi la gestion des réserves monétaires. Il convient toutefois de rappeler que la mission première de la BNS consiste non pas à poursuivre un objectif au niveau des recettes, mais à mener la politique monétaire.

La clé de répartition actuelle, selon laquelle la BNS verse un tiers de son bénéfice à la Confédération et deux tiers aux cantons, est fixée par la Constitution. Elle est dès lors reprise telle quelle dans la LBN. Par souci de simplification, il est uniquement renoncé à l'indemnité par tête d'habitant qui était versée jusqu'ici aux cantons. Représentant au total quelque 5,5 millions de francs par an, cette indemnité est devenue insignifiante par rapport aux deux tiers du bénéfice de la BNS qui reviennent aux cantons.

Par souci de simplification également, la BNS sera exemptée des «droits de mutation cantonaux et communaux» qui frappaient auparavant ses opérations immobilières, les cantons participant de toute manière à hauteur de deux tiers aux bénéfices de la

BNS, qui ont affiché une forte hausse ces derniers temps. Les opérations immobilières de la BNS sont par ailleurs très rares du fait que celle-ci n'est plus représentée que dans quatre villes (Zurich, Berne, Genève et Lugano) où elle dispose de ses propres immeubles.

3.1.2 Effets sur l'état du personnel

La nouvelle LBN n'a pas d'incidence sur l'effectif du personnel de la Confédération. La surveillance des exploitants de systèmes telle qu'elle est prévue dans le cadre des modifications de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses (annexe de la LBN) ne représente pas une tâche nouvelle pour la CFB. À la demande de tels exploitants, celle-ci soumet déjà des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres à la surveillance bancaire. L'effectif actuel de la CFB devrait dès lors permettre d'assurer cette activité.

3.2 Conséquences économiques

En mettant en oeuvre la politique monétaire, la BNS intervient en principe sur le marché libre comme vendeur ou comme acheteur. Apprécier l'impact de la nouvelle réglementation peut dès lors se résumer à un examen portant sur deux points: la fourniture de services bancaires à la Confédération, prévue à l'art. 5, al. 4, P-LBN, et les attributions de la BNS en matière de politique monétaire, décrites aux art. 14 à 24, P-LBN. Les avantages du monopole d'Etat pour l'émission des billets de banque et la conduite de la politique monétaire, déjà prévu au niveau constitutionnel, devraient par contre être incontestés. Le présent chapitre ne traite par ailleurs ni de l'importance économique de la mission de la BNS, ni de l'indépendance de cette dernière, pas plus que de l'obligation faite à la BNS de rendre compte. Ces aspects sont commentés en détail dans les explications relatives aux articles de loi concernés (ch. 1.2.2.2, 2.1.5.2, 1.2.2.3, 2.1.6, 2.1.7).

Pour ce qui est des *services bancaires*, l'actuelle LBN oblige la BNS à jouer, à titre gracieux, le rôle de banquier de la Confédération (art. 15 LBN). Cette obligation de contracter liée au principe de la gratuité des services s'explique par le contexte historique de la création de la BNS. À cette époque, aucune banque commerciale ne couvrait tout le territoire de la Suisse et n'était en mesure de fournir à la Confédération les services attendus. Dans la perspective actuelle, cette prescription est cependant économiquement inopportune car elle comporte un risque de distorsion de la concurrence et d'inefficacité dans la fourniture des prestations (ch. 1.4.6.2.3). La réglementation actuelle touche en particulier les banques qui pourraient offrir à la Confédération les services fournis par la BNS. La nouvelle LBN ne mentionne par conséquent plus l'obligation de contracter et le principe de la gratuité. Du fait de la nouvelle réglementation prévue par les art. 5, al. 4, et 11, P-LBN, la BNS ne fournit gratuitement des services bancaires à la Confédération que dans la mesure où elle en retire des avantages sous l'angle de la politique monétaire. La BNS fournit en outre à la Confédération des services bancaires que celle-ci ne peut obtenir d'une autre manière.

Dans le domaine des *attributions de la BNS en matière de politique monétaire*, le marché libre est à dessein limité. Lorsque la BNS fait usage de ces attributions, elle n'intervient plus sur le marché libre en tant qu'acheteur ou vendeur, contrairement à ce qui est le cas lorsqu'elle recourt à ses instruments opérationnels, mais elle peut obliger ses partenaires contractuels – généralement des banques ainsi que des système de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres – à adopter le comportement qu'elle souhaite (ch. 1.5.1). Du point de vue économique, de tels instruments ne sont judicieux que si leur utilisation permet d'atteindre un but jugé plus important que les coûts d'une intervention sur le marché libre. Il s'agit dès lors d'examiner dans cette optique les obligations de renseigner, l'obligation de détenir des réserves minimales, ainsi que la surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres.

La BNS établit déjà une vaste statistique des marchés financiers. L'inscription dans la LBN d'un *mandat de statistique* crée une base uniforme pour les activités de la BNS dans ce domaine, comble des lacunes et permet à la BNS de mettre en place une statistique complète des marchés financiers. L'obligation de fournir à la BNS des données statistiques entraîne certes du travail administratif pour les entreprises concernées. D'un autre côté, une statistique exhaustive sur les marchés financiers constitue non seulement une nécessité pour mener la politique monétaire, mais aussi une condition indispensable aux activités de surveillance incombant à la BNS et aux autorités suisses chargées de surveiller les marchés financiers. Afin de limiter autant que possible le travail de collecte de données statistiques par les entreprises, la loi précise expressément que la BNS collabore dans ce domaine avec les services compétents de la Confédération et consulte, avant de fixer l'organisation et la procédure, les personnes astreintes à l'obligation de renseigner (art. 14, al. 2 et 15, al. 3, P-LBN). En outre, les fournisseurs de données utilisent la plupart du temps eux-mêmes les statistiques de la BNS relatives aux marchés financiers. Ils bénéficient ainsi d'une compensation pour leur travail de collecte de données.

En vertu de la nouvelle LBN, la BNS peut certes, comme jusqu'ici, obliger les banques à respecter les *prescriptions sur les réserves minimales*. Cependant cet instrument ne sert désormais qu'à garantir en permanence une demande minimale de monnaie centrale. Il n'est plus prévu de modifications du taux des réserves minimales contraignant directement les banques à adapter leur activité commerciale. (ch. 1.5.3.3). La nouvelle réglementation concernant les réserves minimales remplace les prescriptions actuelles relatives à la liquidité de caisse des banques. Comme cette nouvelle réglementation reprend les principes actuels, elle n'entraîne pas de coûts économiques supplémentaires.

La LBN révisée accorde en revanche à la BNS la compétence de surveiller les *systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres* et d'imposer des exigences minimales à l'égard de systèmes importants sous l'angle de la stabilité. Cette nouvelle attribution vise à assurer la fiabilité des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres. D'une part, la conduite de la politique monétaire en sera facilitée et, d'autre part, la prévention des risques de perturbations et d'instabilité des marchés financiers – lesquelles peuvent avoir des répercussions négatives sur l'économie – s'en trouvera renforcée (ch. 1.5.6.1). Ces contributions au bon fonctionnement de l'économie justifient une certaine influence que la BNS, par le biais de ses exigences minimales, peut exercer

sur l'aménagement de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres importants du point de vue de la stabilité.

3.3 Conséquences pour l'informatique

La révision de la LBN n'a aucune incidence sur l'informatique de la Confédération.

4 Programme de la législature

Le projet est mentionné dans le rapport sur le programme de la législature 1999–2003 (FF *2000* 2225).

5 Relation avec le droit international

Les normes et codes («standards and codes») jouent un rôle important dans l'architecture financière internationale[231]. Il s'agit de réglementations juridiquement non contraignantes et de recommandations élaborées par des organisations spécialisées et des comités d'experts. Une soixantaine de normes et codes ont été créés jusqu'ici. Onze d'entre eux revêtent une importance essentielle. Le FMI examine si ceux-ci sont observés dans le cadre de ses rapports sur l'application des normes et codes. Parmi ces onze figurent notamment le Code de bonnes pratiques pour la transparence des politiques monétaire et financière, du FMI, les Principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique, du BRI, Comité sur les systèmes de paiement et de règlement (CSPR), ainsi que les Objectifs et principes de la régulation financière, de l'Organisation internationale des Commissions de valeurs (OICV). Dans leurs modèles de risques, les intervenants sur le marché tiennent de plus en plus compte du fait qu'un ordre juridique donné respecte ou non les normes et codes. Ces normes et codes produisent des effets bien qu'elles ne soient pas contraignantes juridiquement (*soft law*).

Le présent projet est compatible avec ces normes et codes.

6 Relation avec le droit européen

La révision totale de la LBN tient compte des standards fixés par le Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne (SEBC) quant à la législation sur les banques centrales. Ces standards européens figurent dans le protocole du 7 février 1992 sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne (statuts du SEBC)[232].

231 Cf. à cet égard Mario Giovanoli, A New Architecture for the Global Financial Market: Legal Aspects of International Financial Standard Setting, in: International Monetary Law, Issues for the New Millennium, éd. Mario Giovanoli, Oxford 2000, 3–59.

232 Un commentaire plus détaillé du droit européen par rapport aux dispositions de la loi figure dans le «Rapport d'experts loi sur la Banque nationale» (note 87), p. 70 s.

L'art. 6 P-LBN concrétise explicitement *l'indépendance* de la banque centrale. Il garantit l'indépendance fonctionnelle de la BNS dans l'accomplissement de ses tâches centrales et rend le droit monétaire suisse eurocompatible sur ce plan (art. 7 des statuts du SEBC).

L'aménagement de l'*obligation de rendre compte* à laquelle est soumise la BNS (art. 7 P-LBN) s'inspire également des statuts du SEBC. Aux termes de l'art. 15 de ces statuts, l'obligation faite à la BCE de présenter des rapports comporte trois volets:

- la BCE établit et publie des rapports sur les activités du SEBC au moins chaque trimestre (art. 15.1);
- une situation financière consolidée du SEBC est publiée chaque semaine (art. 15.2);
- la BCE adresse au Parlement européen, au Conseil et à la Commission, ainsi qu'au Conseil européen, un rapport annuel sur les activités du SEBC et sur la politique monétaire (art. 15.3).

Le chapitre consacré aux *opérations de la BNS* (art. 9 à 13 P-LBN) reprend des éléments des art. 17, 18, 21, 23 et 24 des statuts du SEBC.

L'art. 5 des statuts du SEBC définit *l'organisation des activités statistiques* du SEBC et de la BCE en précisant qu'«afin d'assurer les missions du SEBC», la BCE est habilitée à collecter les informations statistiques nécessaires. Il mentionne par ailleurs que l'exécution des tâches en matière de statistique incombe avant tout aux banques centrales nationales et qu'une coopération dans ce contexte doit s'établir avec d'autres institutions ou organes communautaires, ainsi qu'avec les autorités nationales et les organisations internationales. Une autre tâche de la BCE consiste à promouvoir l'harmonisation des dispositions régissant la collecte, l'établissement et la diffusion des données. Les statuts du SEBC – à la différence de la LBN – ne règlent pas directement la question des personnes soumises à l'obligation de renseigner, ni celle de la confidentialité des données et de l'applicabilité de sanctions en cas de non-observation des obligations de déclaration. Ces questions font l'objet d'un règlement du Conseil[233]. La nouvelle LBN prévoit que les principes de collecte des données par la BCE (plus grande marge d'appréciation quant à la collecte des données sous réserve de la pertinence par rapport au mandat) s'appliquent par analogie à la BNS (art. 14 à 16 P-LBN).

L'aménagement des *dispositions relatives aux réserves minimales* (art. 17 et 18 P-LBN) concorde en partie avec le droit de l'UE: à l'instar de la BNS, la BCE dispose d'une réglementation sur les réserves minimales et elle «est habilitée à imposer aux établissements de crédit établis dans les Etats membres la constitution de réserves obligatoires auprès de la BCE et des banques centrales nationales, conformément aux objectifs en matière de politique monétaire» (art. 19 des statuts du SEBC). Ni le droit de l'UE ni le droit suisse n'imposent aux banques de détenir en permanence des réserves minimales étant donnée que le respect de l'obligation de détenir de telles réserves est évalué sur la base de moyennes mensuelles. Alors que le droit suisse laisse ouverte la question du versement d'intérêts et permet à la BNS de

[233] Règlement (CE) nº 2533/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant la collecte d'informations statistiques par la Banque centrale européenne, JO L 318/ 27 novembre 1998.

renoncer pour le moment à une rémunération des réserves minimales, la BCE verse aux établissements de crédit des intérêts sur l'avoir en réserves obligatoires. Cette différence se justifie principalement du fait que, contrairement à la BCE, la BNS prend en compte dans les réserves minimales des avoirs bancaires en numéraire non productifs d'intérêts (ch. 2.3.2.2.1). Par ailleurs, en permettant à la BNS d'étendre aux *émetteurs de monnaie électronique* du secteur non bancaire l'obligation de détenir des réserves minimales (art. 17, al. 2, P-LBN), la nouvelle LBN va dans le même sens, mais pas aussi loin, que les efforts de l'UE visant à surveiller l'activité des institutions de monnaie électronique[234].

Pour ce qui est de la *surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres*, l'art. 22 des statuts du SEBC représente, dans le droit de l'UE, la base formelle de l'influence que peut exercer la BCE sur l'organisation et l'exploitation de systèmes de paiement et de compensation. Selon cet article «la BCE et les banques centrales nationales peuvent accorder des facilités, et la BCE peut arrêter des règlements, en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements». Le système européen à règlement brut «TARGET» tombe sous le coup de cette disposition. Ce système s'utilise essentiellement pour le règlement des opérations relevant de la politique monétaire et pour les paiements de montants élevés entre banques. Les banques centrales nationales en assurent l'exploitation et la BCE la surveillance. Concernant les systèmes de paiement de particuliers, le Parlement européen et le Conseil de l'UE ont adopté, avant l'entrée en vigueur de la 3e étape de l'Union économique et monétaire, la directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres[235]. Cette directive a pour principal objectif de réduire les risques systémiques lors de transactions monétaires ou sur titres. Elle s'applique aux systèmes de paiement nationaux et transfrontières, que les participants soient domiciliés dans l'UE ou dans un pays tiers. Elle prévoit entre autres que les États membres peuvent soumettre les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres à une surveillance formelle. L'aménagement de la surveillance des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres (art. 19 à 21 P-LBN) défini par la LBN concorde avec les objectifs du droit de l'UE. Sur le plan de la mise en oeuvre concrète toutefois, il va au-delà des dispositions actuelles du droit de l'UE.

En ce qui concerne la *durée du mandat des membres de la direction générale*, le droit de l'UE diffère du droit suisse. Pour les membres de la direction générale de la BNS, cette durée est de six ans, tandis qu'elle est de huit ans pour les membres du directoire de la BCE. Ce mandat n'est pas renouvelable dans le cas de la BCE (art. 11.2 des statuts du SEBC), alors qu'il l'est dans le cas des membres de la direction générale de la BNS et de leurs suppléants (art. 43, al. 2, P-LBN). Cette solution paraît appropriée dès lors que le motif de la réglementation applicable à la BCE, à savoir exclure le renouvellement du mandat pour empêcher la prise en compte d'intérêts nationaux au niveau de la politique monétaire européenne, n'entre pas en ligne de compte dans le cas de la BNS. La mention dans la loi d'*exigences d'ordre professionnel vis-à-vis des membres de la direction générale de la BNS* (art. 44, al. 1, P-LBN) concorde avec le droit de l'UE. Les statuts de la BCE précisent en effet que les membres du directoire de la BCE sont nommés «parmi des per-

234 COM (1998) 461 final, 21.9.1998.
235 Directive 98/26/CE, JO L 166/45, 11 juin 1998.

sonnes dont l'autorité et l'expérience professionnelle dans le domaine monétaire ou bancaire sont reconnues» (art. 11.2 des statuts du SEBC). Cette concordance avec le droit de l'UE se retrouve au niveau des *dispositions relatives à l'incom-patibilité.* Ainsi, la LBN prescrit que les membres de la direction générale et leurs suppléants ne peuvent exercer aucune autre activité professionnelle ou commerciale ni aucune fonction au service de la Confédération ou d'un canton (art. 44, al. 2, P-LBN) et le droit de l'UE précise que les membres du directoire de la BCE assurent leurs fonctions à temps plein et ne peuvent exercer une profession, rémunérée ou non (art. 11.1 des statuts du SEBC). Enfin, la réglementation de l'UE est reprise dans la LBN en ce qui concerne le *droit de révocation* envers les membres de la direction générale. Un membre du directoire de la BCE ou un gouverneur d'une banque centrale nationale ne peut être relevé de ses fonctions que dans un contexte très restrictif, à savoir s'il ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions ou s'il a commis une faute grave (art. 11.4 et 14.2 des statuts du SEBC). Pour la direction générale de la BNS, cette réglementation figure à l'art. 45, al. 1, P-LBN.

7 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur les art. 99, 100 et 123 de la Constitution.

Table des matières

Condensé **5646**

1 Partie générale **5650**

1.1 L'évolution de la situation monétaire internationale 5650
1.1.1 Le bouleversement du système monétaire international et de la politique monétaire suisse 5650
1.1.2 L'intégration monétaire européenne 5652

1.2 La nouvelle Constitution fédérale en tant que base d'un régime monétaire moderne 5654
1.2.1 Vue d'ensemble de l'article constitutionnel sur la monnaie révisé 5654
1.2.2 Eléments clés d'un régime monétaire moderne 5655
1.2.2.1 Introduction 5655
1.2.2.2 Attribution d'une mission précise à la banque centrale 5656
1.2.2.3 Indépendance 5657
1.2.2.4 Obligation de rendre compte 5658
1.2.2.5 L'exigence de réserves monétaires suffisantes 5659

1.3 La BNS: une institution en transition 5660
1.3.1 Création de la BNS 5660
1.3.1.1 Elaboration de la première loi sur la Banque nationale 5660
1.3.1.2 Une société par actions pour garantir l'indépendance 5661
1.3.2 La BNS en tant que société par actions spéciale 5662
1.3.2.1 Une loi spéciale qui tient lieu de statuts 5662
1.3.2.2 Eléments fédéralistes dans l'organisation 5662
1.3.2.3 Limitation des droits des actionnaires par le droit administratif 5663
1.3.2.4 Stricte séparation entre les fonctions de surveillance et de direction 5663
1.3.2.5 Etablissement des comptes et répartition du bénéfice 5664
1.3.3 Evolution des tâches et de l'environnement 5665
1.3.3.1 De l'approvisionnement en argent liquide à la politique monétaire 5665
1.3.3.2 L'importance croissante de la coopération internationale dans le domaine de la monnaie 5666
1.3.3.3 Les effets des taux de change flottants sur les compétences 5667
1.3.3.4 Réforme du droit de la société anonyme 5668
1.3.3.5 Pertinence de la loi fédérale sur les bourses 5669
1.3.4 Nouveau modèle pour la répartition du bénéfice 5670
1.3.4.1 Absence de norme pour la détermination du bénéfice 5670
1.3.4.2 Répartition des bénéfices de la BNS jusqu'en 1991 5671
1.3.4.3 La stratégie 1991 de répartition des bénéfices 5672
1.3.4.4 La convention de 1998 sur la distribution des bénéfices 5672
1.3.4.5 La convention de 2002 sur la distribution des bénéfices 5673

1.3.5 Conséquences de la nouvelle Constitution fédérale 5674
1.3.5.1 Renforcement des éléments relevant du droit de la société anonyme 5674
1.3.5.2 Mise en œuvre du mandat de constitution de réserves monétaires 5675
1.3.5.3 Adaptation des compétences du Conseil fédéral et des organes de la banque 5676
1.3.5.3.1 Répartition des compétences entre le Conseil fédéral et le conseil de banque 5676
1.3.5.3.2 Répartition des compétences entre le Conseil fédéral et la direction générale 5677
1.3.6 Nécessité d'une réforme de l'organisation de la BNS 5678
1.3.6.1 Disparités entre la réglementation légale et la réalité 5678
1.3.6.2 Attributions désuètes du comité de banque 5678
1.3.6.3 Les directions locales: des organes sans compétences propres 5679
1.3.6.4 Les comités locaux: des organes sans fonctions 5680
1.3.6.5 Conclusion 5681
1.4 Les opérations de la BNS 5681
1.4.1 Fondements de la norme régissant les opérations 5681
1.4.2 Lacunes de la réglementation actuelle 5682
1.4.2.1 Critères dépassés relatifs à la limitation des risques 5682
1.4.2.2 Absence de systématique, lacunes 5682
1.4.3 Objectifs de la réforme 5683
1.4.4 Critères de sélection des opérations 5684
1.4.4.1 Introduction 5684
1.4.4.2 Liquidité 5684
1.4.4.2.1 Définition et rôle 5684
1.4.4.2.2 Indicateurs 5685
1.4.4.3 Risque et rendement 5686
1.4.4.3.1 Définition et rôle 5686
1.4.4.3.2 Types de risques 5686
1.4.4.3.3 Evaluation et gestion des risques 5687
1.4.4.3.4 Gestion des risques 5687
1.4.4.4 Prévention des conflits d'objectifs et d'intérêts 5687
1.4.4.5 Autres critères 5689
1.4.5 Conclusions concernant le choix des opérations de la banque centrale 5689
1.4.6 Opérations de la BNS pour le compte de la Confédération 5690
1.4.6.1 Base constitutionnelle 5690
1.4.6.1.1 Les opérations pour le compte de la Confédération: tâche accessoire de la BNS 5690
1.4.6.1.2 Indépendance de la BNS 5691
1.4.6.1.3 Gratuité des prestations et prescription relative à la répartition du bénéfice 5691

1.4.6.2 Situation actuelle 5692
1.4.6.2.1 Situation légale 5692
1.4.6.2.2 Les opérations pour le compte de la Confédération et leur coût 5693
1.4.6.2.3 Présentation du problème 5693
1.4.6.3 Eléments d'une nouvelle réglementation 5694
1.4.6.3.1 Liberté d'effectuer toutes les opérations bancaires 5694
1.4.6.3.2 Principe de la rétribution des prestations; gratuité de celles qui servent à la politique monétaire 5695
1.4.6.3.3 Abandon de l'obligation de contracter; la BNS ne pourra refuser de fournir des prestations que pour une raison impérative 5695
1.4.6.3.4 Interdiction d'accorder des crédits aux pouvoirs publics 5696
1.5 Instruments relevant de la puissance publique 5696
1.5.1 Aperçu 5696
1.5.2 Bases légales des activités statistiques 5697
1.5.2.1 Aperçu du droit actuel 5697
1.5.2.2 Nécessité d'une base juridique complète 5698
1.5.2.2.1 Lacunes à combler 5698
1.5.2.2.2 Mise en place d'une statistique du marché financier 5699
1.5.3 Réserves minimales 5700
1.5.3.1 Introduction 5700
1.5.3.2 Bases légales et historique 5701
1.5.3.2.1 Les deux piliers du système suisse 5701
1.5.3.2.2 Les réserves minimales dans la loi sur la Banque nationale (art. 16*a* à 16*f*, LBN) 5701
1.5.3.2.3 Prescriptions sur les liquidités au sens de la loi sur les banques (art. 15 à 20 OB) 5702
1.5.3.3 Utilisation des réserves minimales pour influencer la création de monnaie 5703
1.5.3.4 Utilisation des réserves minimales pour garantir une demande minimale de monnaie centrale 5704
1.5.3.5 Utilisation de réserves minimales du point de vue prudentiel 5706
1.5.3.6 Conclusion: révision des dispositions de la loi sur la Banque nationale relatives aux réserves minimales 5707
1.5.4 Contrôle des émissions 5707
1.5.4.1 Introduction 5707
1.5.4.2 Bases légales et historique 5708
1.5.4.3 Rôle du contrôle des émissions dans la politique monétaire 5708
1.5.4.4 Conclusion: abandon du contrôle des émissions 5709

1.5.5 Contrôles des mouvements de capitaux 5709
1.5.5.1 Introduction 5709
1.5.5.2 Bases légales et historique 5709
1.5.5.2.1 Contrôle des exportations de capitaux 5709
1.5.5.2.2 Contrôle des importations de capitaux 5710
1.5.5.3 Rôle des réserves dans la politique monétaire 5710
1.5.5.3.1 Mode de fonctionnement théorique des contrôles des mouvements de capitaux 5710
1.5.5.3.2 Efficacité des contrôles des mouvements de capitaux dans la pratique 5711
1.5.5.3.3 Coûts économiques des contrôles des mouvements de capitaux 5713
1.5.5.4 Conclusion: abandon des contrôles des mouvements de capitaux 5714
1.5.6 Surveillance de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres 5714
1.5.6.1 Introduction 5714
1.5.6.2 Rôle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres 5715
1.5.6.3 Efforts internationaux en matière de surveillance de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres 5716
1.5.6.4 Exigences à l'égard des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres 5717
1.5.6.4.1 Exigences spécifiques à l'égard des systèmes de paiement 5717
1.5.6.4.2 Exigences à l'égard des systèmes de règlement des opérations sur titres 5718
1.5.6.4.3 Exigences communes à l'égard des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres 5719
1.5.6.5 Le problème particulier de la monnaie électronique (Electronic Money) 5719
1.5.6.5.1 Notion 5719
1.5.6.5.2 Problèmes au niveau de la politique monétaire 5720
1.5.6.5.3 Problèmes systémiques 5720
1.5.6.5.4 Problèmes prudentiels 5721
1.5.6.6 Principes d'une réglementation de la surveillance des systèmes de paiement 5721
1.5.6.6.1 Champ d'application 5721
1.5.6.6.2 Répartition des tâches et des compétences entre la BNS et la CFB 5722
1.5.6.6.3 Principaux éléments de la réglementation 5722
1.5.6.6.3.1 Aperçu 5722
1.5.6.6.3.2 Surveillance de systèmes par la BNS 5723
1.5.6.6.3.3 Surveillance des exploitants de systèmes par la CFB 5723

1.5.6.6.3.4 Coordination et coopération entre la CFB et la BNS 5724
1.5.6.6.3.5 Coopération de la BNS avec les autorités de surveillance étrangères 5724
1.6 Résultats de la procédure de consultation 5725
2 Partie spéciale: commentaire article par article 5726
2.1 Chapitre 1: Dispositions générales 5726
2.1.1 Statut juridique et raison sociale (art. 1 P-LBN) 5726
2.1.1.1 Introduction 5726
2.1.1.2 Statut juridique 5726
2.1.1.3 Raison sociale 5727
2.1.2 Application subsidiaire du droit des obligations (art. 2 P-LBN) 5727
2.1.3 Sièges et réseau de comptoirs de la BNS (art. 3 P-LBN) 5728
2.1.3.1 Introduction 5728
2.1.3.2 Sièges (art. 3, al. 1, P-LBN) 5728
2.1.3.3 Succursales, agences et représentations (art. 3, al. 2 et 3, P-LBN) 5729
2.1.4 Monopole d'émission des billets de banque de la BNS (art. 4 P-LBN) 5730
2.1.4.1 Contexte constitutionnel et légal 5730
2.1.4.2 Limitation inutile de la durée du monopole d'émission des billets de banque 5730
2.1.4.3 Attribution durable du monopole d'émission des billets de banque à la BNS 5731
2.1.5 Tâches de la banque centrale (art. 5 P-LBN) 5731
2.1.5.1 Introduction 5731
2.1.5.2 Mission de la BNS (art. 5, al. 1, P-LBN) 5731
2.1.5.2.1 Conduire la politique monétaire dans l'intérêt général du pays 5731
2.1.5.2.2 Assurer la stabilité des prix 5732
2.1.5.2.3 Tenir compte de l'évolution de la conjoncture 5733
2.1.5.3 Principales tâches de la BNS (art. 5, al. 2, P-LBN) 5735
2.1.5.3.1 Approvisionner en liquidités le marché monétaire en francs suisses (art. 5, al. 2, let. a) 5735
2.1.5.3.2 Assurer l'approvisionnement en numéraire (art. 5, al. 2, let. b) 5736
2.1.5.3.3 Faciliter et assurer le bon fonctionnement de systèmes de paiement sans numéraire (art. 5, al. 2, let. c) 5737
2.1.5.3.4 Gérer les réserves monétaires (art. 5, al. 2, let. d) 5738
2.1.5.3.5 Contribuer à la stabilité du système financier (art. 5, al. 2, let. e) 5738
2.1.5.4 Tâche spéciale: participer à la coopération monétaire internationale (art. 5, al. 3, P-LBN) 5739
2.1.5.5 Tâche secondaire: fournir des services bancaires à la Confédération (art. 5, al. 4, P-LBN) 5740

2.1.6 Indépendance de la BNS à l'égard de toute instruction (art. 6 P-LBN) 5741
2.1.7 Obligation de rendre compte et information (art. 7 P-LBN) 5742
2.1.7.1 Introduction 5742
2.1.7.2 Obligation de rendre compte au Conseil fédéral (art. 7, al. 1, P-LBN) 5742
2.1.7.3 Obligation de rendre compte à l'Assemblée fédérale (art. 7, al. 2, P-LBN) 5743
2.1.7.4 Informer le public (art. 7, al. 3, P-LBN) 5744
2.1.7.5 Publication de rapports et données (art. 7, al. 4, P-LBN) 5745
2.1.8 Exonération fiscale de la BNS (art. 8 P-LBN) 5746
2.2 Chapitre 2: Opérations de la Banque nationale 5746
2.2.1 Introduction 5746
2.2.2 Opérations avec des intervenants sur les marchés financiers (art. 9 P-LBN) 5746
2.2.2.1 Rapport entre les opérations sur les marchés financiers et les tâches (art. 9, al. 1, P-LBN) 5746
2.2.2.2 Tenue de comptes et garde de valeurs (art. 9, al. 1, let. a, P-LBN) 5747
2.2.2.3 Comptes de la BNS auprès de tiers (art. 9, al. 1, let. b, P-LBN) 5748
2.2.2.4 Opérations sur les marchés financiers (art. 9, al. 1, let. c, P-LBN) 5748
2.2.2.5 Bons de la BNS et produits dérivés (art. 9, al. 1, let. d, P-LBN) 5749
2.2.2.6 Octroi de prêts à des banques et à d'autres intervenants sur les marchés financiers (art. 9, al. 1, let. e, P-LBN) 5750
2.2.2.7 Détention et gestion d'actifs (art. 9, al. 1, let. f, P-LBN) 5751
2.2.2.8 Conditions générales de la BNS (art. 9, al. 2, P-LBN) 5751
2.2.3 Opérations avec d'autres banques centrales et avec des organisations internationales (art. 10 P-LBN) 5751
2.2.4 Opérations pour le compte de la Confédération (art. 11 P-LBN) 5752
2.2.5 Détention de participations et de droits sociaux (art. 12 P-LBN) 5754
2.2.6 Opérations pour les besoins de l'exploitation (art. 13 P-LBN) 5755
2.3 Chapitre 3: Attributions en matière de politique monétaire 5755
2.3.1 Section 1: Etablissement de statistiques 5755
2.3.1.1 Collecte de données statistiques (art. 14 P-LBN) 5755
2.3.1.1.1 But (art. 14, al. 1, P-LBN) 5755
2.3.1.1.2 Coopération nationale et internationale en matière de collecte de données statistiques (art. 14, al. 2, P-LBN) 5756
2.3.1.2 Obligation de renseigner (art. 15 P-LBN) 5757
2.3.1.2.1 Etablissements soumis à l'obligation de renseigner 5757

2.3.1.2.2 1er cercle: banques, bourses, négociants en valeurs mobilières et directions de fonds de placement (art. 15, al. 1, P-LBN) 5757
2.3.1.2.3 2e cercle: autres acteurs des marchés financiers (art. 15, al. 2, P-LBN) 5757
2.3.1.2.4 Contenu et fréquence des collectes de données statistiques (art. 15, al. 3, P-LBN) 5759
2.3.1.3 Confidentialité (art. 16, P-LBN) 5761
2.3.1.3.1 Maintien du secret (art. 16, al. 1, P-LBN) 5761
2.3.1.3.2 Publication de statistiques (art. 16, al. 2, P-LBN) 5761
2.3.1.3.3 Transmission des données sous forme agrégée (art. 16, al. 3, P-LBN) 5762
2.3.1.3.4 Echanges de données avec les autorités de surveillance (art. 16, al. 4, P-LBN) 5762
2.3.1.3.5 Applicabilité de la loi sur la protection des données (art. 16, al. 5, P-LBN) 5763
2.3.2 Section 2: Réserves minimales 5763
2.3.2.1 But et champ d'application (art. 17 P-LBN) 5763
2.3.2.1.1 But (art. 17, al. 1, P-LBN) 5763
2.3.2.1.2 Champ d'application (art. 17, al. 1 et 2, P-LBN) 5764
2.3.2.2 Modalités (art. 18, P-LBN) 5765
2.3.2.2.1 Composantes des réserves minimales (art. 18, al. 1, P-LBN) 5765
2.3.2.2.2 Engagements soumis à l'obligation d'être couverts par des réserves minimales et taux maximal (art. 18, al. 2, P-LNB) 5767
2.3.2.2.3 Catégories de banques détenant de manière collective leurs liquidités et groupes bancaires (art. 18, al. 3, P-LBN) 5769
2.3.2.2.4 Obligation de fournir un relevé (art. 18, al. 4, P-LBN) 5769
2.3.2.2.5 Compétence d'édicter des dispositions d'exécution (art. 18, al. 5, P-LBN) 5769
2.3.3 Section 3: Surveillance de systèmes de paiement et de systèmes de règlement des opérations sur titres 5770
2.3.3.1 But et champ d'application (art. 19 P-LBN) 5770
2.3.3.2 Modalités (art. 20 P-LBN) 5771
2.3.3.2.1 Aperçu 5771
2.3.3.2.2 Obligation de renseigner élargie (art. 20, al. 1, P-LBN) 5771
2.3.3.2.3 Exigences minimales (art. 20, al. 2, P-LBN) 5772
2.3.3.2.4 Compétence d'édicter des prescriptions d'exécution (art. 20, al. 3, P-LBN) 5774
2.3.3.3 Collaboration avec des autorités de surveillance (art. 21 P-LBN) 5774

2.3.4 Section 4: Contrôle et sanctions 5776
2.3.4.1 Contrôle du respect des obligations de renseigner et de détenir des réserves minimales (art. 22 P-LBN) 5776
2.3.4.1.1 Contrôle effectué par les organes de révision prévus par la loi (art. 22, al. 1, P-LBN) 5776
2.3.4.1.2 Vérification par la BNS ou par des réviseurs neutres, dénonciation en cas d'infraction (art. 22, al. 2 et 3, P-LBN) 5776
2.3.4.2 Sanctions de droit administratif (art. 23 P-LBN) 5777
2.3.4.2.1 Versement d'intérêts sur le montant manquant des réserves minimales (art. 23, al. 1, P-LBN) 5777
2.3.4.2.2 Mesures contre les exploitants de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres (art. 23, al. 2, P-LBN) 5778
2.3.4.3 Disposition pénale (art. 24 P-LBN) 5779
2.3.4.3.1 Réglementation en vigueur 5779
2.3.4.3.2 Cadre pénal uniformisé (art. 24, al. 1 et 2, P-LBN) 5779
2.3.4.3.3 Compétence et prescription (art. 24, al. 3 et 4, P-LBN) 5780
2.4 Chapitre 4: Dispositions relevant du droit de la société anonyme 5780
2.4.1 Section 1: Organisation de la société anonyme 5780
2.4.1.1 Capital-actions, forme des actions (art. 25 P-LBN) 5780
2.4.1.1.1 Capital-actions (art. 25, al. 1, P-LBN) 5780
2.4.1.1.2 Forme des actions (art. 25, al. 2, P-LBN) 5782
2.4.1.2 Registre des actions, restrictions à la transmissibilité (art. 26 P-LBN) 5783
2.4.1.2.1 Registre des actions (art. 26, al. 1, P-LBN) 5783
2.4.1.2.2 Restrictions relatives à la transmissibilité (art. 26, al. 2 et 3, P-LBN) 5783
2.4.1.3 Dispositions régissant la cotation en bourse (art. 27 P-LBN) 5785
2.4.1.4 Communications (art. 28 P-LBN) 5785
2.4.2 Section 2: Etablissement des comptes et répartition du bénéfice 5785
2.4.2.1 Comptes annuels (art. 29 P-LBN) 5785
2.4.2.2 Détermination du bénéfice (art. 30 P-LBN) 5786
2.4.2.3 Répartition du bénéfice (art. 31 P-LBN) 5789
2.4.2.3.1 Introduction 5789
2.4.2.3.2 Fonds de réserve légal 5790
2.4.2.3.3 Dividende (art. 31, al. 1, P-LBN) 5790
2.4.2.3.4 Attribution à la Confédération et aux cantons (art. 31, al. 2, 1re phrase, et al. 3, P-LBN) 5791
2.4.2.3.5 Convention avec le DFF (art. 31, al. 2, 2e phrase, P-LBN) 5791
2.4.2.4 Liquidation (art. 32 P-LBN) 5792

2.5 Chapitre 5: Organisation de la BNS 5794
2.5.1 Section 1: Organes (art. 33 P-LBN) 5794
2.5.2 Section 2: L'assemblée générale 5794
2.5.2.1 Introduction 5794
2.5.2.2 Fonctionnement (art. 34 P-LBN) 5794
2.5.2.3 Convocation, objets portés à l'ordre du jour (art. 35 P-LBN) 5795
2.5.2.4 Attributions (art. 36 P-LBN) 5795
2.5.2.5 Participation (art. 37 P-LBN) 5796
2.5.2.6 Décisions (art. 38 P-LBN) 5796
2.5.3 Section 3: Le conseil de banque 5797
2.5.3.1 Aperçu 5797
2.5.3.2 Nomination et durée du mandat (art. 39 P-LBN) 5797
2.5.3.2.1 Composition et organe de nomination (art. 39, al. 1 et 2, P-LBN) 5797
2.5.3.2.2 Durée et renouvellement du mandat (art. 39, al. 3 et 4, P-LBN) 5798
2.5.3.3 Conditions à remplir (art. 40 P-LBN) 5798
2.5.3.4 Démission, révocation et remplacement de membres (art. 41 P-LBN) 5799
2.5.3.5 Tâches (art. 42 P-LBN) 5800
2.5.3.5.1 Surveillance et contrôle par le conseil de banque (art. 42, al. 1, P-LBN) 5800
2.5.3.5.2 Compétences centrales du conseil de banque (art. 42, al. 2, P-LBN) 5801
2.5.3.5.2.1 Attributions intransmissibles conférées aux membres du conseil d'administration par le droit de la société anonyme 5801
2.5.3.5.2.2 «Compétence de haute direction» du conseil de banque 5801
2.5.3.5.2.3 Responsabilité organisationnelle du conseil de banque 5803
2.5.3.5.2.4 Responsabilité financière du conseil de banque 5804
2.5.3.5.2.5 Autres compétences centrales du conseil de banque 5804
2.5.3.5.3 Autres dispositions au niveau du règlement (art. 42, al. 3, P-LBN) 5805
2.5.4 Section 4: La direction générale 5806
2.5.4.1 Introduction 5806
2.5.4.2 Nomination et durée du mandat (art. 43 P-LBN) 5806
2.5.4.2.1 Composition (art. 43, al. 1, P-LBN) 5806
2.5.4.2.2 Organe de nomination, durée du mandat et présidence (art. 43, al. 2 et 3, P-LBN) 5807
2.5.4.3 Conditions à remplir (art. 44 P-LBN) 5807
2.5.4.3.1 Exigences d'ordre personnel et professionnel, nationalité et domicile (art. 44, al. 1, P-LBN) 5807

2.5.4.3.2 Dispositions relatives à l'incompatibilité (art. 44, al. 2, P-LBN) 5808
2.5.4.3.3 Suppléants des membres de la direction générale (art. 44, al. 3, P-LBN) 5808
2.5.4.4 Révocation et nomination d'un remplaçant (art. 45 P-LBN) 5808
2.5.4.4.1 Révocation (art. 45, al. 1, P-LBN) 5808
2.5.4.4.2 Nomination d'un remplaçant et action en dommages-intérêts (art. 45, al. 2, P-LBN) 5809
2.5.4.5 Tâches (art. 46 P-LBN) 5810
2.5.4.5.1 La direction générale en tant qu'organe exécutif (art. 46, al. 1, P-LBN) 5810
2.5.4.5.2 Compétences en matière d'exécution de la mission de la banque centrale (art. 46, al. 2, let. a à e) 5811
2.5.4.5.3 Personnel (art. 46, al. 2, let. f et g) 5811
2.5.4.5.3.1 Salaires 5811
2.5.4.5.3.2 Rapports de travail de droit privé 5812
2.5.4.5.3.3 Procuration et mandat commercial 5812
2.5.4.5.3.4 Conditions requises pour l'engagement 5813
2.5.4.5.4 Répartition des tâches dans le cadre du règlement d'organisation (art. 46, al. 3, P-LBN) 5814
2.5.5 Section 5: L'organe de révision 5814
2.5.5.1 Introduction 5814
2.5.5.2 Election et conditions à remplir (art. 47 P-LBN) 5815
2.5.5.3 Tâches (art. 48 P-LBN) 5816
2.5.6 Section 6: Obligation de garder le secret, échange d'informations et responsabilité 5817
2.5.6.1 Obligation de garder le secret (art. 49 P-LBN) 5817
2.5.6.2 Echange d'informations (art. 50 P-LBN) 5818
2.5.6.3 Responsabilité (art. 51 P-LBN) 5819
2.6 Chapitre 6: Procédure et voies de recours 5820
2.6.1 Introduction 5820
2.6.2 Décisions (art. 52 P-LBN) 5821
2.6.2.1 Décisions de la BNS (art. 52, al. 1, P-LBN) 5821
2.6.2.2 Caractère exécutoire (art. 52, al. 2, P-LBN) 5821
2.6.3 Juridiction administrative (art. 53 P-LBN) 5822
2.6.3.1 Recours de droit administratif (art. 53, al. 1, P-LBN) 5822
2.6.3.2 Action de droit administratif (art. 53, al. 2, P-LBN) 5823
2.6.4 Juridiction civile (art. 54 P-LBN) 5824
2.7 Chapitre 7: Dispositions finales 5825
2.7.1 Section 1: Abrogation et modification du droit en vigueur (art. 55 P-LBN) 5825
2.7.2 Section 2: Dispositions transitoires 5825
2.7.2.1 Systèmes de paiement et systèmes de règlement des opérations sur titres (art. 56 P-LBN) 5825

2.7.2.2 Réduction du capital-actions, transfert du fonds de réserve (art. 57 P-LBN) 5825
2.7.2.3 Créances inscrites au livre de la dette (art. 58 P-LBN) 5826
2.7.3 Référendum et entrée en vigueur (art. 59 P-LBN) 5826
2.8 Annexe: Abrogation et modification du droit en vigueur 5826
2.8.1 Abrogation du droit en vigueur 5826
2.8.1.1 Abrogation de la loi en vigueur sur la Banque nationale (annexe, section I, ch. 1, P-LBN) 5826
2.8.1.2 Abrogation de la loi fédérale sur le livre de la dette de la Confédération (annexe, section I, ch. 2, P-LBN) 5826
2.8.1.2.1 Genèse et contenu de la loi 5826
2.8.1.2.2 Raisons de l'institution du livre de la dette de la Confédération 5827
2.8.1.2.3 Problématique actuelle du livre de la dette 5827
2.8.1.2.4 Importance décroissante du livre de la dette 5828
2.8.1.2.5 Suppression du livre de la dette assortie de la préservation des droits des créanciers figurant actuellement dans ledit livre 5828
2.8.1.3 Abrogation de l'arrêté fédéral sur la participation de la BNS à la Banque des règlements internationaux (annexe, section I, ch. 3, P-LBN) 5829
2.8.1.4 Abrogation de l'arrêté fédéral renouvelant le privilège d'émission de la BNS (annexe, section I, ch. 4, P-LBN) 5829
2.8.2 Modification du droit en vigueur 5829
2.8.2.1 Modification de la loi sur les banques (annexe, section II, ch. 1, P-LBN) 5829
2.8.2.1.1 Nouvel art. 1bis P-LB 5829
2.8.2.1.2 Nouvelle teneur de l'art. 4 LB 5830
2.8.2.1.2.1 Adaptation des dispositions sur les liquidités minimales 5830
2.8.2.1.2.2 Adaptation des dispositions relatives aux fonds propres 5832
2.8.2.1.2.3 Application sur une base consolidée 5832
2.8.2.1.2.4 Délégation au Conseil fédéral et à la Commission fédérale des banques 5833
2.8.2.1.2.5 Règles de base inchangées 5834
2.8.2.1.3 Abrogation des art. 7 à 9 LB 5835
2.8.2.1.4 Modification de l'art. 23bis LB 5835
2.8.2.1.5 Autres modifications de la loi sur les banques 5836
2.8.2.2 Modification de la loi sur les bourses (annexe, section II, ch. 2, P-LBN) 5836
2.8.2.3 Modification de la loi sur les fonds de placement (annexe, section II, ch. 3, P-LBN) 5836
2.8.2.4 Modification du code des obligations (annexe, section II, ch. 4, P-LBN) 5837

2.8.2.5 Modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire (annexe, section II, ch. 5, P-LBN) 5837
2.8.2.6 Modification de la loi sur les finances de la Confédération (annexe, section II, ch. 6, P-LBN) 5838

3 Conséquences 5838
3.1 Conséquences pour les finances et le personnel 5838
3.1.1 Conséquences pour les finances 5838
3.1.2 Conséquences pour le personnel 5839
3.2 Conséquences économiques 5839
3.3 Conséquences pour l'informatique 5841

4 Programme de la législature 5841

5 Relation avec le droit international 5841

6 Relation avec le droit européen 5841

7 Constitutionnalité 5844

Loi fédérale sur la Banque nationale suisse *(Projet)* **5856**