

**Utilisation des réserves d'or excédentaires  
de la Banque nationale suisse: constatations juridiques  
et politiques du point de vue de la haute surveillance**

**Rapport de la Commission de gestion du Conseil national**

du 7 février 2006

---

## **Table des matières**

<b>Liste des abréviations</b>	<b>5957</b>
<b>1 Introduction</b>	<b>5958</b>
1.1 Point de la situation	5958
1.2 Mandat et objectif de l'inspection	5960
1.3 Démarche	5961
<b>2 Appréciation juridique de la distribution effectuée en application de la clé de répartition usuelle de l'art. 31 LBN</b>	<b>5961</b>
<b>3 Appréciation juridique du principe de distribution constante de l'art. 31, al. 2, LBN et de la répartition effectuée en 2005</b>	<b>5963</b>
3.1 Distribution constante des bénéficiaires non avenue	5963
3.2 Répartition des 21,1 milliards de francs en 2005	5964
<b>4 Revirement du Conseil fédéral: appréciation sous l'angle politique et juridique</b>	<b>5965</b>
4.1 Garantie des droits de participation du Parlement et du peuple	5966
4.2 Politique d'information du Conseil fédéral	5967
4.3 Autres considérations juridiques	5969
<b>5 Conclusions</b>	<b>5970</b>
<b>6 Étapes suivantes</b>	<b>5971</b>
<b>Annexes:</b>	
1 Personnes entendues	5972
2 Rapport d'expertise à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national portant sur des questions juridiques ayant trait à l'utilisation du produit de la vente d'or excédentaire de la Banque nationale Complément du 4 octobre 2005	5973 5993
3 Motion de la CdG-N	5997

## Liste des abréviations

AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BNS	Banque nationale suisse
CdG-N	Commission de gestion du Conseil national
CER-E	Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFE	Département fédéral de l'économie
DFF	Département fédéral des finances
FF	Feuille fédérale
LBN	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (loi sur la Banque nationale; RS 951.11)
LParl	Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement, LParl; RS 171.10)
PSS	Parti socialiste suisse
RS	Recueil systématique
UDC	Union démocratique du centre

# Rapport

## 1 Introduction

### 1.1 Point de la situation

Suite à l'abolition de la parité-or du franc suisse le 1<sup>er</sup> mai 2000, la Banque nationale suisse (BNS) s'est retrouvée avec des réserves d'or dont elle n'avait plus besoin pour remplir ses tâches en matière monétaire. Durant de nombreuses années, cet or était porté au bilan de la BNS à une valeur de 4596 francs le kilo alors que, sur le marché, le prix du métal jaune n'avait cessé d'augmenter. La suppression de la parité-or a permis à la BNS de mettre un terme à la sous-évaluation de ses stocks d'or en les portant à son bilan au prix du marché. A ce prix, les 1300 tonnes d'or ainsi rendues excédentaires représentent une valeur de 21,1 milliards de francs.

En même temps que la suppression du rattachement du franc suisse à l'or, il fallait également décider l'affectation de cet or dont la BNS n'avait plus besoin. Dans son message du 27 mai 1998 concernant un nouvel article constitutionnel sur la monnaie, le Conseil fédéral proposait d'affecter une partie de cette fortune, soit sept milliards de francs, à la création de la Fondation Suisse solidaire, de maintenir le reste du capital et d'en affecter uniquement le revenu à la répartition entre la Confédération et les cantons selon la clé de répartition usuelle<sup>1</sup>. L'Assemblée fédérale a rejeté cette proposition le 18 juin 1999.

Fin octobre 2000, l'initiative déposée par l'Union démocratique du centre (UDC) «pour le versement au fonds AVS des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse (initiative sur l'or)» proposait d'affecter ces réserves à d'autres fins<sup>2</sup>. Le peuple et les cantons l'ont rejetée lors de la votation populaire du 22 septembre 2002. Le contre-projet de l'Assemblée fédérale prévoyait, au niveau constitutionnel, d'inscrire une disposition transitoire dans la Constitution fédérale qui aurait élargi la marge de manœuvre du législateur quant à l'utilisation de l'ensemble des réserves d'or excédentaires. Un autre contre-projet au niveau de la loi, reprenait l'idée de la fondation de solidarité qui devait profiter d'une part des réserves d'or excédentaires de la BNS. Les contre-projets à l'initiative sur l'or de l'UDC ont également été rejetés lors de la votation populaire du 22 septembre 2002.

Par son message du 20 août 2003 concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse et l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS», le Conseil fédéral présentait un nouveau projet d'affectation des réserves d'or excédentaires<sup>3</sup>. Une nouvelle disposition constitutionnelle transitoire devait permettre de conserver le produit de la vente de l'or excédentaire et de répartir les produits de cette fortune à raison d'un tiers en faveur de la Confédération et de deux tiers en faveur des cantons. En refusant une seconde fois d'entrer en matière, le Conseil des Etats a fait échouer ce projet le 16 décembre 2004.

1 FF 1998 IV 3485

2 FF 2001 1330

3 FF 2003 5597

A la suite de cet échec, le 2 février 2005, le Conseil fédéral a décidé de verser le produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS conformément à l'art. 99, al. 4, de la Constitution (Cst.)<sup>4</sup> et à l'art. 31, al. 2, de la loi sur la Banque nationale (LBN)<sup>5</sup>, soit un tiers à la Confédération et deux tiers aux cantons. Après l'échec de son dernier projet devant le Conseil des Etats, le Conseil fédéral estimait qu'il n'était juridiquement plus possible de conserver ces réserves auprès de la BNS.

Depuis l'exercice 2003, le montant annuel du bénéfice distribué à la Confédération et aux cantons est déterminé sur la base de deux conventions conclues entre le Département fédéral des finances (DFF) et la Banque nationale. Dans la convention principale du 5 avril 2002, le montant de la distribution a été fixé à l'avance, pour une période de dix ans, sur la base d'une prévision des recettes, pour assurer la stabilité à moyen terme de la distribution annuelle à la Confédération et aux cantons. Ainsi, la convention principale prévoit le versement, au titre des exercices 2003 à 2012, d'un montant annuel de 2,5 milliards de francs à la Confédération et aux cantons. Cette convention a pour objet le résultat que la Banque nationale tire de ses actifs monétaires, mais vise également à réduire les provisions excédentaires de l'institut d'émission.

La convention additionnelle du 12 juin 2003 a trait aux revenus tirés des actifs libres dans le bilan de la Banque nationale. Elle prévoit le versement de ces revenus, depuis le printemps de 2004 et jusqu'à l'entrée en vigueur d'une base juridique disposant autrement, à raison d'un tiers à la Confédération et de deux tiers aux cantons. Le montant de la distribution annuelle progresse en fonction de l'avancement du programme de ventes d'or. Il passe ainsi de 300 millions de francs au printemps de 2004 à 400 millions au printemps de 2005. Avec la décision du Conseil des Etats du 16 décembre 2004, cette convention additionnelle n'était plus adéquate. Le Conseil fédéral a ainsi enjoint le DFF et la BNS à conclure une convention portant sur la distribution de la contre-valeur des 1300 tonnes d'or qui n'étaient plus nécessaires à des fins de politique monétaire, ce qui a été fait le 25 février 2005.

Bien que, à l'origine, la contre-valeur des réserves d'or excédentaires ne figurait pas encore en tant que bénéfice dans les chiffres relatifs au bilan de la BNS publiés le 28 janvier 2005, il a été possible, en raison de la décision du Conseil des Etats du 16 décembre 2004, d'adapter les comptes annuels de façon que l'assemblée générale de la BNS du 29 avril 2005 puisse approuver le bilan et le compte de résultat ainsi modifiés et, partant, donner son aval à la distribution du produit de la vente des réserves d'or excédentaires. Il devenait ainsi possible de procéder au versement des 21,1 milliards de francs en 2005 déjà. Mi-juillet 2005, le versement des 21,1 milliards de francs à la Confédération et aux cantons était achevé<sup>6</sup>. La répartition du produit de la vente de l'or excédentaire selon la clé susmentionnée et la façon de procéder du Conseil fédéral ont donné lieu à des critiques (en particulier de la part du PSS) et leur légitimité a été mise en doute.

<sup>4</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).

<sup>5</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (loi sur la Banque nationale, LBN; RS 951.11).

<sup>6</sup> Fin 2004, 64 tonnes d'or des réserves excédentaires n'avaient pas encore été vendues. Elles ont été portées au bilan de la BNS au prix du marché à fin 2004. Ces 64 tonnes ont été vendues à un prix supérieur au cours des trois premiers mois de 2005. La BNS versera la différence correspondante comme partie du bénéfice 2005 à la Confédération et aux cantons en 2006.

L'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS», appelée initiative COSA, est un autre projet parfois mentionné en rapport avec le produit de la vente des réserves d'or excédentaires<sup>7</sup>. Cette initiative, déposée le 9 octobre 2002 par le Comité pour la sécurité AVS (COSA), demande que le bénéfice net de la BNS – après le versement d'un milliard de francs aux cantons – soit versé au fonds de compensation de l'AVS. Cette nouvelle disposition constitutionnelle devrait entrer en vigueur au plus tard deux ans après son acceptation par le peuple et les cantons. Toutefois, les avis divergent quant à son rapport avec la vente des 1300 tonnes d'or excédentaires. Etant donné qu'une initiative populaire est dépourvue de toute portée juridique tant qu'elle n'a pas été acceptée par le peuple et les cantons, c'est le moment de son acceptation en votation populaire qui est déterminant à cet égard.

## 1.2 Mandat et objectif de l'inspection

Estimant contraire au droit la décision susmentionnée du Conseil fédéral du 2 février 2005 relative à la répartition du produit de la vente des réserves d'or excédentaires, le Parti socialiste suisse (PSS) a, par lettre du 7 février 2005, déposé une requête à l'autorité de surveillance, à savoir la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N). Dans cette requête, le PSS exprime également ses doutes quant à la légalité du versement en 2005 des 21,1 milliards de francs, versement qui serait contraire à la nécessité d'assurer une distribution annuelle constante à moyen terme des bénéfices de la BNS<sup>8</sup>. Le PSS fonde sa critique de la décision du Conseil fédéral du 2 février 2005 principalement sur l'avis de droit du 13 janvier 2005 commandé au professeur Philippe Mastronardi de l'Université de Saint-Gall. Cet avis de droit a été remis à la CdG-N.

En vertu des art. 26 et 52 de la loi sur le Parlement (LParl)<sup>9</sup>, les Commissions de gestion exercent la haute surveillance sur la gestion du Conseil fédéral. Cependant, eu égard à la séparation des pouvoirs, la haute surveillance ne confère pas la compétence d'annuler ou de modifier une décision du Conseil fédéral (art. 26, al. 4, LParl). Les décisions critiquées par le PSS ont été prises par le Conseil fédéral dans le cadre de sa gestion et tombent par conséquent dans le domaine de compétence des Commissions de gestion. La CdG-N a par conséquent décidé d'entrer en matière sur la requête à l'autorité de surveillance déposée par le PSS.

Comme la requête à l'autorité de surveillance le demandait, la CdG-N a centré son examen sur la question de la légitimité de la décision du Conseil fédéral et sur la démarche choisie. Le rapport entre la décision du Conseil fédéral relative à la répartition du produit de la vente des réserves d'or excédentaires et l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS» (initiative COSA) n'a ainsi pas été examiné. Cela étant, la CdG-N s'est également posé des questions au sujet de la pertinence de la démarche. Elle a chargé sa sous-commission DFF/DFE de la réalisation de l'examen.

<sup>7</sup> FF 2003 5641

<sup>8</sup> Ce but est fixé à l'art. 31, al. 2, LBN: «Le département et la Banque nationale conviennent pour une période donnée du montant annuel du bénéfice versé à la Confédération et aux cantons, dans le but d'assurer une répartition constante à moyen terme.»

<sup>9</sup> Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement, LParl; RS 171.10).

## 1.3

### Démarche

La sous-commission DFF/DFE a siégé à six reprises dans le cadre du présent examen, de mars 2005 à février 2006. Elle a entendu des représentants du DFF, de l'Office fédéral de la justice et de la BNS ainsi que les professeurs Paul Richli et Philippe Mastronardi. A l'occasion d'une séance avec des représentants de la BNS au cours du printemps 2005, elle a abordé diverses questions liées à la répartition du produit des ventes des réserves d'or excédentaires. Au cours de ses travaux, la CdG-N a particulièrement mis l'accent sur la consistance et la transparence des informations que le Conseil fédéral a fournies en rapport avec cette affaire. A cet effet, elle a confié à son secrétariat le soin de soumettre à une analyse approfondie les déclarations que le Conseil fédéral et les conseillers fédéraux ont adressées aux Chambres fédérales, aux commissions parlementaires et aux médias. Elle a confié l'examen des aspects juridiques au professeur Paul Richli de l'Université de Lucerne. Dans son avis de droit, ce dernier a clarifié les points suivants:

- Interprétation de la base légale concernant la clé de répartition;
- Compatibilité de la démarche choisie lors de l'application de la clé de répartition avec le droit en vigueur;
- Respect des droits de participation du Parlement et du peuple.

Concernant le premier de ces trois points, conformément au mandat qui lui a été donné, le professeur Paul Richli a comparé la position légale du Conseil fédéral à l'avis de droit du professeur Philippe Mastronardi.

Les explications ci-après relatives à la légalité des actes du Conseil fédéral s'appuient pour une bonne part sur l'avis de droit du professeur Paul Richli. Toutefois, seules les principales conclusions de l'expert sont reprises ici. Son avis de droit est annexé au présent rapport et en fait partie intégrante.

La CdG-N a examiné le projet de rapport de la sous-commission DFF/DFE le 7 février 2006 et l'a adopté lors de la même séance.

## 2

### Appréciation juridique de la distribution effectuée en application de la clé de répartition usuelle de l'art. 31 LBN

La question déterminante est de savoir s'il convient d'appliquer la règle régissant la répartition du bénéfice de l'art. 31, al. 2, LBN selon laquelle le bénéfice de la BNS<sup>10</sup> est réparti à raison d'un tiers à la Confédération et de deux tiers aux cantons (avis du Conseil fédéral) ou si la LBN contient une lacune juridique qui la rend inapplicable au cas d'espèce (avis du professeur Mastronardi).

Comme le Conseil fédéral, le professeur Paul Richli parvient à la conclusion que le produit de la vente des réserves d'or excédentaires n'est rien d'autre qu'un bénéfice comptable constitué progressivement depuis le passage à un régime de taux de change flottants en 1973 et qui n'a pas pu être réalisé du fait que, jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2000, la parité-or du franc suisse était maintenue à une valeur inférieure au cours de l'or sur le marché. Si la situation juridique avait permis à la BNS d'évaluer ses

<sup>10</sup> Il s'agit de la part du bénéfice qui dépasse les dividendes versés. Voir art. 31, al. 2, LNB.

stocks d'or à la valeur du marché dès 1973, les bénéfices de revalorisation seraient apparus progressivement et auraient été comptabilisés et distribués au fur et à mesure conformément à la clé de répartition en vigueur, soit à raison d'un tiers à la Confédération et de deux tiers aux cantons. Le Conseil fédéral et l'expert sont donc d'avis qu'il n'y a pas de raison de répartir la plus-value accumulée sur cet or durant des années autrement que cela aurait été le cas si celle-ci avait été dissoute au fur et à mesure de son apparition. En conséquence, le professeur Paul Richli parvient à la conclusion que la LBN ne contient aucune lacune juridique à cet égard et que l'application de la clé de répartition de l'art. 31, al. 2, LBN est probante.

Le professeur Paul Richli estime également que les plus-values résultant de la revalorisation ne sauraient être traitées comme des modifications de la parité justifiant la compétence de l'Assemblée fédérale qui aurait alors pu décider de l'utilisation des produits correspondants. Le bénéfice est en effet apparu en raison de l'évolution du prix de l'or sur le marché et non pas en raison de modifications de la parité.

Le professeur Philippe Mastronardi a évoqué un autre argument contre la voie empruntée par le Conseil fédéral. Pour lui, la dissolution des réserves latentes sur l'or constitue un transfert d'éléments du patrimoine administratif au patrimoine financier qui, en raison de sa portée politique, nécessite une base légale formelle. L'analyse plus approfondie du professeur Paul Richli permet de réfuter cet argument pour deux raisons. La première est que la dissolution de la plus-value ne fait que révéler sa valeur effective et que la question du transfert ne se pose même pas. La seconde tient au fait que la distinction entre patrimoine administratif et financier est avant tout importante dans la perspective du référendum financier, instrument qui n'existe pas à l'échelon fédéral.

Dans son avis de droit, le professeur Paul Richli parvient à la conclusion que la clé de répartition de l'art. 31, al. 2, LBN s'applique au produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS. La CdG-N considère que cet avis, partagé par le Conseil fédéral et par le professeur Paul Richli, est défendable.

### 3

## **Appréciation juridique du principe de distribution constante de l'art. 31, al. 2, LBN et de la répartition effectuée en 2005**

### 3.1

#### **Distribution constante des bénéfiques non avenue**

Les 21,1 milliards de francs ont été répartis entre la Confédération et les cantons en dix tranches hebdomadaires (de mai à juillet 2005). A cet égard, la requête à l'autorité de surveillance du PSS soulève la question de savoir s'il n'aurait pas fallu verser le produit de la vente des réserves d'or excédentaires sur une plus longue période, conformément à la deuxième phrase de l'art. 31, al. 2, LBN<sup>11</sup>. Cette disposition à la teneur suivante:

«Le département et la Banque nationale conviennent pour une période donnée du montant annuel du bénéfice versé à la Confédération et aux cantons, dans le but d'assurer une répartition constante à moyen terme.»

Cette question est légitime étant donné que, dans les faits, ce produit a été traité en tant que bénéfice de revalorisation et, par conséquent, réparti conformément à la première phrase de l'art. 31, al. 2, LBN. En d'autres termes, la question qui se pose en l'occurrence est celle de savoir pourquoi la première phrase de cette disposition s'est appliquée au cas d'espèce, mais pas la deuxième.

Cette question a été abordée plusieurs fois dans le cadre des séances de la sous-commission DFF/DFE, notamment avec les experts entendus. Le professeur Paul Richli a traité ce point de manière approfondie dans un complément annexé à son avis de droit.

La majorité de la CdG-N ne partage pas l'avis de droit du professeur Paul Richli pour ce qui concerne la deuxième phrase de l'art. 31, al. 2, LBN (répartition constante à moyen terme du versement des bénéfiques de la BNS). Ils estiment que la répartition des 21,1 milliards de francs en l'espace de trois mois est juridiquement discutable. De leur point de vue, le versement du produit de la vente de l'or excédentaire aurait dû être effectué à moyen terme, c'est-à-dire sur une période de dix ans, à l'instar du versement des bénéfiques ordinaires<sup>12</sup>. Ils ne parviennent pas à comprendre pourquoi la première phrase de l'art. 31, al. 2, LBN (répartition du bénéfice à raison d'un tiers pour la Confédération et de deux tiers pour les cantons) s'applique au cas d'espèce et pas la deuxième (principe de la répartition constante). Pour la majorité de la commission, la façon de procéder du Conseil fédéral et de la Banque nationale aurait nécessité une base légale particulière.

<sup>11</sup> Le rapport final du 22 décembre 2004 du groupe de travail technique réunissant la Banque nationale suisse, la Conférence des gouvernements cantonaux, la Conférence des directeurs cantonaux des finances et l'Administration fédérale des finances aborde de manière approfondie les aspects techniques relatifs au transfert éventuel d'une fortune équivalente à 1300 tonnes d'or. Le groupe de travail s'est principalement penché sur deux variantes, soit une distribution rapide et une distribution étalée sur une longue période. Le groupe de travail a avant tout examiné les conséquences macroéconomiques et financières des deux variantes et clarifié les aspects techniques d'un éventuel versement du capital résultant de la vente de l'or excédentaire de la BNS. Il ne s'est pas prononcé sur la question politique de l'utilisation de ces fonds.

<sup>12</sup> Comme dans la convention principale du 5 avril 2002 entre le DFF et la BNS; voir rapport de gestion 1994 de la BNS, p. 91.

Une minorité de la CdG-N estime au contraire que la façon de procéder du Conseil fédéral et de la Banque nationale était juste et conforme à la LBN. Elle est d'accord avec la plupart des experts entendus selon lesquels l'étalement sur une longue période de la répartition d'une plus-value unique ne correspond pas au but de cette norme et ne s'applique ainsi pas au cas d'espèce. Elle estime que l'application de l'art. 31, al. 2, deuxième phrase, LBN n'aurait en l'occurrence pas permis aux bénéficiaires d'augmenter la sécurité de leur planification. Cette minorité relève que les cantons ont participé aux réflexions portant sur un versement en une fois et qu'ils ont tous salué la façon de procéder finalement choisie par le Conseil fédéral. En janvier 2005, les cantons exigeaient même ce versement en une fois<sup>13</sup>. Elle estime que ce point est particulièrement important puisque la décision relative à la répartition des bénéfices de la BNS est du ressort de l'Assemblée générale et que les cantons en sont les actionnaires majoritaires.

### **3.2 Répartition des 21,1 milliards de francs en 2005**

La BNS a publié les chiffres clés relatifs à ses comptes 2004 le 28 janvier 2005. Le bénéfice déclaré de la BNS ne faisait alors pas encore apparaître le produit de la vente des réserves d'or excédentaires. Le Conseil fédéral ayant décidé, le 2 février 2005, de ne plus présenter de nouveau projet d'affectation de ce produit au Parlement et de répartir ce dernier conformément à l'art. 31, al. 2, LBN, la BNS a modifié les chiffres relatifs à ses comptes 2004 précédemment publiés en comptabilisant ce produit en tant que bénéfice. Les comptes ainsi modifiés ont été approuvés par l'Assemblée générale des actionnaires de la BNS du 29 avril 2005. Si la BNS n'avait pas modifié ses comptes annuels dans ce sens, les 21,1 milliards de francs auraient dû apparaître comme bénéfice dans les comptes 2005 et n'auraient pas pu être distribués avant 2006. D'ailleurs, le 2 février 2005, le Conseil fédéral partait encore du principe que la distribution de la contre-valeur des réserves d'or excédentaires ne pourrait avoir lieu qu'en 2006<sup>14</sup>.

L'art. 29 LBN précise que les comptes annuels de la BNS doivent être dressés conformément au droit de la société anonyme et aux principes généralement admis en matière d'établissement des comptes. Les représentants du DFF ont expliqué que, en tant que société anonyme cotée en bourse, la BNS devait respecter les recommandations Swiss GAAP RPC. Ils ont précisé qu'un examen approfondi de celles-ci (notamment la recommandation 23, ch. 9) a montré que le bénéfice de revalorisation et la dissolution des réserves ainsi constituées devaient être comptabilisés dans le compte de résultat 2004. Le Manuel suisse d'audit précise en outre que les événements connus après la date de clôture du bilan (le 31 décembre 2004 dans le cas d'espèce) doivent être pris en considération dans les comptes, lorsqu'ils se sont produits avant cette date. Dans le cas concret, le DFF considère que la seconde non-entrée en matière du Conseil des Etats, le 16 décembre 2004, sur le projet d'utilisa-

<sup>13</sup> Voir communiqué de presse de la Conférence des gouvernements cantonaux du 20 janvier 2005.

<sup>14</sup> Il fondait sa déclaration sur les résultats du rapport publié en décembre 2004 par un groupe de travail composé de membres de l'Administration fédérale des finances et de la BNS ainsi que de représentants de la Conférence des gouvernements cantonaux et de la Conférence des directeurs cantonaux des finances à propos de la répartition des réserves d'or. Voir communiqué de presse du Conseil fédéral du 2 février 2005.

tion des 1300 tonnes d'or de la Banque nationale constitue l'événement qui a finalement conduit à la distribution du produit de leur vente.

Pour la CdG-N, ce point de vue est compréhensible et juridiquement fondé<sup>15</sup>. Le professeur Paul Richli est lui aussi d'avis qu'aucune obligation légale n'a été violée à cet égard. La commission est néanmoins d'avis qu'une autre façon de faire aurait pu être envisagée, notamment en prenant la date de la décision du Conseil fédéral, le 2 février 2005, comme référence. Ce point de vue aurait également été défendable. En tout état de cause, il y a également lieu de tenir compte du fait que les bénéficiaires de cette distribution, à savoir la Confédération et les cantons, étaient favorables à un versement en 2005.

#### **4 Revirement du Conseil fédéral: appréciation sous l'angle politique et juridique**

Le versement du produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS a eu lieu en raison de la décision du Conseil fédéral du 2 février 2005. Ce dernier a justifié sa décision en invoquant le fait que les diverses propositions visant à créer des bases légales qui auraient permis une affectation spéciale de ce produit ont échoué<sup>16</sup>. Après l'échec de son dernier projet devant le Parlement le 16 décembre 2004, le Conseil fédéral a procédé à une nouvelle évaluation de la situation politique. Il est parvenu à la conclusion qu'il ne pouvait guère s'attendre à ce qu'un nouveau projet parvienne à recueillir une majorité au Parlement. Il estimait que des divergences extrêmes subsistaient alors, tant sur la question de l'affectation du produit de la vente de l'or excédentaire que sur celle de son éventuelle conservation et que la recherche d'un compromis au sein du Parlement ne pouvait se poursuivre indéfiniment. Pour le Conseil fédéral, il était donc logique d'appliquer les dispositions légales en vigueur et de répartir le produit en question à raison d'un tiers à la Confédération et de deux tiers aux cantons<sup>17</sup>.

Du point de vue de la CdG-N, deux questions se posaient essentiellement à cet égard:

1. Le revirement du Conseil fédéral qui a abandonné la recherche d'une nouvelle affectation susceptible de réunir une majorité politique a-t-il eu pour conséquence la violation de certains droits de participation du Parlement et du peuple?
2. Le Conseil fédéral a-t-il suivi une politique d'information cohérente et transparente, tenant suffisamment compte d'un possible versement du produit de la vente d'or excédentaire selon la clé de répartition de l'art. 31, al. 2, LBN?

<sup>15</sup> Le DFF a indiqué que l'organe de révision de la BNS, la société PricewaterhouseCoopers, et la Bourse suisse SWX ont accepté la correction après coup des chiffres relatifs aux comptes 2004 de la BNS.

<sup>16</sup> Voir section 1.1 Point de la situation.

<sup>17</sup> Voir communiqué de presse du Conseil fédéral du 2 février 2005.

La réponse à la question de savoir si les droits de participation du Parlement et du peuple ont été violés doit être cherchée en tenant compte du droit en vigueur, notamment de la clé de répartition qui s'applique à la répartition du produit de la vente des réserves d'or excédentaire en vertu de l'art. 31, al. 2, LBN.

L'application de cette clé de répartition a été différée étant donné que, durant plusieurs années, il y avait un large consensus politique concernant l'affectation du produit de l'or excédentaire de la BNS à une autre cause d'utilité publique. Durant cette période, des propositions et des projets de bases légales correspondantes étaient en cours d'élaboration. D'une manière générale, les cantons étaient eux aussi disposés à apporter leur contribution politique en faveur d'une utilisation dérogeant à la répartition des fonds concernés en fonction de la clé usuelle. Par conséquent, il appartenait au Conseil fédéral d'attendre avant de procéder à cette répartition et de proposer des projets prévoyant une autre utilisation de ces fonds.

Dans son expertise, le professeur Paul Richli a découpé cette période en quatre phases. Au cours de la première phase, le Conseil fédéral voulait affecter une partie de la plus-value à d'autres fins d'intérêt public et estimait qu'une base légale était suffisante. Au cours de la deuxième phase, le Conseil fédéral estimait que ce changement d'affectation nécessitait une modification de la Constitution. Au cours de la troisième phase, le Conseil fédéral estimait que, pour des raisons politiques, la répartition de la plus-value selon la règle en vigueur ne pouvait s'avérer judicieuse qu'à condition de l'inscrire dans la loi. Au cours de la quatrième phase, enfin, le Conseil fédéral s'est montré convaincu qu'il n'avait d'autre choix que d'appliquer la clé de répartition en vigueur.

Il ressort de l'expertise du professeur Paul Richli que seule la première phase était critiquable du point de vue juridique. L'expert estime en effet que l'utilisation d'une partie de la plus-value des réserves d'or de la BNS à d'autres fins d'intérêt public aurait nécessité une modification de la Constitution et que le fait de régler la question au niveau de la loi aurait lésé les droits de participation du constituant. Le Conseil fédéral s'est ravisé suite aux critiques qui se sont élevées contre une telle façon de procéder (deuxième phase selon l'expert)<sup>18</sup>. Au cours des autres phases, l'avis du Conseil fédéral était, selon l'expert, juridiquement correct. Le professeur Paul Richli estime en outre que le revirement entre les phases trois et quatre ne peut pas être considéré comme illégitime au regard des principes constitutionnels et du droit administratif généraux ou de la clé de répartition de la LBN et de la Constitution fédérale.

Enfin, il convient de noter que le Parlement, mais aussi le peuple dans une certaine mesure, ont eu la possibilité de se prononcer à plusieurs reprises sur des propositions relatives à l'affectation du produit de la vente de l'or excédentaire. Notamment le traitement du dernier projet du Conseil fédéral garantissait les droits du Parlement. Le projet d'arrêté fédéral concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse a fait l'objet de délibérations au Conseil national et aux Conseils des

<sup>18</sup> La conservation de la contre-valeur des réserves d'or excédentaires aurait notamment nécessité une adaptation de la Constitution (voir le message du 20 août 2003 concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse et l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS» (FF 2003 5597).

Etats, conformément à la loi sur le Parlement. Le 16 décembre 2004, en décidant par 32 contre 11 voix pour la seconde fois de ne pas entrer en matière, le Conseil des Etats a définitivement enterré ce projet, raison pour laquelle ni le peuple ni les cantons ne pouvaient plus être consultés à ce sujet en votation populaire.

De l'avis de la majorité de la CdG-N, la voie choisie par le Conseil fédéral est critiquable. Cette décision a provoqué un dommage politique en empêchant le Parlement et le peuple de se prononcer sur le versement des 21,1 milliards de francs.

## **4.2 Politique d'information du Conseil fédéral**

La CdG-N a examiné la politique d'information du Conseil fédéral au sujet de la question de la répartition des réserves d'or excédentaires de la BNS. Elle voulait vérifier si le Conseil fédéral avait ou non annoncé qu'il appliquerait la clé de répartition usuelle en cas de rejet des projets de réglementation spéciale présentés. Il s'agissait donc de chercher dans les déclarations et les avis du Conseil fédéral des éléments renseignant sur les conséquences qu'il était susceptible de tirer en cas d'échec de tous les projets relatifs à une affectation des réserves d'or excédentaires de la BNS s'écartant de la clé de répartition en vigueur.

La question des conséquences de l'échec des solutions politiques a été abordée pour la première fois pendant la campagne précédant la votation populaire de l'automne 2002 concernant l'initiative sur l'or et le contre-projet «L'or à l'AVS, aux cantons et à la Fondation». Par conséquent, les sources d'informations suivantes ont été examinées pour les années 2002 à 2005:

- Message du Conseil fédéral concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse et l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS» du 20 août 2003
- Débats au Conseil national et au Conseil des Etats sur ces projets
- Avis du Conseil fédéral exprimés devant les Chambres fédérales (extraits du Bulletin officiel) sur les interventions parlementaires concernant la répartition des réserves d'or excédentaires de la BNS
- Notes de présentation, communiqués et documentation de presse du DFF relatifs à la répartition des réserves d'or excédentaires de la BNS
- Explications du Conseil fédéral relatives à la votation populaire du 22 septembre 2002 concernant l'initiative sur l'or et le contre-projet «L'or à l'AVS, aux cantons et à la Fondation»
- Exposés du conseiller fédéral Kaspar Villiger au cours de la campagne précédant la votation concernant les projets relatifs à l'utilisation des réserves d'or excédentaires de la BNS
- Procès-verbaux des séances de la Commission de l'économie et des redevances (CER) et de la Commission des finances (CdF) ayant porté sur les projets relatifs à l'utilisation des réserves d'or excédentaires de la BNS (en présence du conseiller fédéral)

L'examen de ces divers documents a montré que le Conseil fédéral n'avait jamais complètement exclu de répartir les réserves d'or excédentaires au moyen de la clé ordinaire de répartition des bénéfices de la BNS (art. 99, al. 4, Cst.) en cas d'échec

de tous les projets relatifs à l'utilisation de cet or. Lors de certaines séances de commission qui ont eu lieu en janvier 2003 déjà, le Conseil fédéral avait indiqué qu'il était théoriquement possible de procéder de cette manière. A l'époque, le Conseil fédéral s'attendait toutefois encore à l'aboutissement d'un projet de loi ou de nouvelle disposition constitutionnelle, raison pour laquelle il a évité de donner l'impression qu'il envisageait sérieusement de répartir le produit de la vente de l'or excédentaire selon la clé de répartition ordinaire.

Il ne ressort pas clairement des explications du Conseil fédéral concernant la votation populaire du 22 septembre 2002 qu'un refus des deux projets pouvait aboutir à l'application de la clé de répartition ordinaire et que le peuple n'aurait plus la possibilité de se prononcer une nouvelle fois sur l'utilisation de l'or excédentaire. Au contraire, dans le communiqué de presse publié au lendemain du scrutin, le Conseil fédéral a encore souligné qu'on ne pouvait pas se passer d'un nouveau vote sur la question de l'utilisation des réserves d'or excédentaires de la BNS. Jusqu'à la seconde décision de non-entrée en matière du Conseil des Etats du 16 décembre 2004, le Conseil fédéral avait d'ailleurs misé sur la conservation de la contre-valeur des 1300 tonnes d'or de la BNS et était d'avis qu'une répartition selon la clé en vigueur était politiquement impensable.

Lors de la séance de la CER-E du 31 août 2004, le conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz a pour la première fois fait clairement savoir qu'il envisageait sérieusement d'appliquer la clé de répartition usuelle. Le 28 septembre 2004, il déclarait devant le Conseil des Etats que le rejet du projet de répartition de l'or pourrait aboutir au versement du produit de la vente des réserves d'or excédentaires selon la clé de répartition en vigueur.

C'est lors de la session d'hiver 2004 que le public a pris connaissance de la possible répartition de l'or, cette question étant alors commentée par différents médias. Le 16 décembre 2004, le Conseil des Etats décidait pour la deuxième fois de ne pas entrer en matière sur le projet du Conseil fédéral et posait ainsi les fondements pour les décisions ultérieures. Dans un communiqué de presse daté du 22 décembre 2004, le Conseil fédéral ne prenait pas encore position sur la répartition du produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS, mais indiquait qu'il entendait examiner soigneusement ce qu'il convenait de faire. Par décision du 2 février 2005, le Conseil fédéral arrêtait ensuite définitivement que le produit des réserves d'or excédentaires serait versé pour deux tiers aux cantons et un tiers à la Confédération.

La décision du 2 février 2005 fait apparaître que le Conseil fédéral était tout à coup pressé de verser ce bénéfice extraordinaire. D'un point de vue juridique, il aurait pu défendre ce point de vue bien plus tôt déjà. Son argumentation n'a pas été consistante. Dans un premier temps, le Conseil fédéral était d'avis que la répartition ne pourrait cependant pas avoir lieu avant 2006. Peu de temps plus tard, il annonçait que les comptes 2004 de la BNS avaient été adaptés après coup, ce qui permettait de procéder au versement de la contre-valeur de l'or excédentaire en 2005 déjà. Envers le Parlement et la population, le Conseil fédéral est resté très vague sur les motifs de son revirement et de la grande hâte avec laquelle on a finalement procédé à la distribution.

Le Conseil fédéral a en tout temps le droit d'adapter sa position en fonction des circonstances politiques. Il comptait faire adopter un projet par le Parlement. L'échec de celui-ci devant le Conseil des Etats lors de la session d'hiver 2004 l'a contraint à reconsidérer la situation. Sa décision de verser le produit de la vente des

réserves d'or excédentaires de la BNS en fonction de la clé de répartition usuelle était juridiquement défendable. La commission constate néanmoins qu'en matière de communication, l'attitude du Conseil fédéral envers le Parlement et le public n'a été ni consistante ni transparente sur de nombreux points. La CdG-N est d'avis que le Conseil fédéral aurait dû les informer plus tôt, plus clairement et de manière plus précise sur la procédure qu'il entendait appliquer et sur les motifs de sa décision. La commission ne comprend pas non plus la hâte inexplicée avec laquelle le produit réalisé lors de la vente de l'or excédentaire a tout à coup été distribué. La façon d'agir du Conseil fédéral ne saurait contribuer à asseoir sa crédibilité.

### 4.3 Autres considérations juridiques

Dans ses explications relatives à la votation populaire du 22 septembre 2002 concernant l'initiative sur l'or et le contre-projet «L'or à l'AVS, aux cantons et à la Fondation», le Conseil fédéral précisait:

«Au cas où ni l'initiative ni le contre-projet ne recueillerait une majorité, il ne serait pas possible, dans l'immédiat, d'utiliser les réserves d'or à une autre fin. Toute réaffectation requiert une nouvelle base constitutionnelle ou légale<sup>19</sup>.»

On a souvent déduit de cette phrase que, en cas de refus de ces deux projets, le peuple aurait en tout état de cause encore la possibilité de se prononcer sur l'utilisation du produit de la vente des réserves d'or excédentaires. Dans son rapport d'expertise, le professeur Paul Richli souligne qu'il ressort également des explications concernant la votation populaire du 22 septembre 2002 qu'il n'en irait ainsi qu'en cas de changement d'affectation de ce produit. Celles-ci renvoient au droit en vigueur selon lequel les cantons ont droit à deux tiers du produit de la vente de l'or. Le Conseil fédéral a eu la volonté politique de présenter un nouveau projet au Parlement, ce qu'il a fait avec le message du 20 août 2003 relatif à l'utilisation des 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse. Le professeur Paul Richli explique avec pertinence que, du point de vue juridique, il n'est pas possible de tenir rigueur au Conseil fédéral d'avoir pris la décision, après une nouvelle évaluation de la situation rendue nécessaire par l'échec de son projet devant le Conseil des Etats, de ne pas présenter de projet supplémentaire et d'appliquer le droit en vigueur. Cette façon de faire n'a pas violé le principe de la bonne foi.

La CdG-N constate toutefois que les explications susmentionnées manquaient de clarté et de transparence. Selon l'art. 11, al. 2, de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1), les explications relatives aux textes soumis à la votation doivent rester objectives. Cette règle a pour but de garantir la libre formation de l'opinion des ayants droit au vote. Une meilleure transparence dans les explications concernant la votation populaire du 22 septembre 2002 aurait contribué à améliorer la formation de l'opinion. Elle aurait également permis de prévenir les malentendus politiques. Il aurait par conséquent été souhaitable que le Conseil fédéral fasse plus clairement ressortir de ses explications qu'il était possible de répartir le produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS en appliquant le droit en vigueur.

<sup>19</sup> Voir votation populaire du 22 septembre 2002, explications du Conseil fédéral, p. 9.

La CdG-N parvient à la conclusion qu'en traitant les réserves d'or excédentaires en tant que bénéfices de revalorisation, le Conseil fédéral n'a pas violé le droit. En revanche, l'art. 31, al. 2, deuxième phrase, LBN n'ayant pas été adapté, la majorité de la commission estime que cette constatation ne s'applique pas de manière inconditionnelle au versement des 21,1 milliards de francs effectué en l'espace de trois mois, tant il est vrai que ce versement ne respecte pas le principe de la distribution constante. Tenant compte de ces circonstances et dans un but de clarification, la CdG-N dépose une motion<sup>20</sup>. Une minorité de la CdG-N se rallie en revanche à l'expertise du professeur Paul Richli et estime que le Conseil fédéral a agi correctement. La minorité refuse également la motion.

La CdG-N relève en outre que les informations destinées au Parlement et au public prêtaient à confusion. Le problème principal de la communication du Conseil fédéral réside dans l'absence, souvent constatée, de séparation entre appréciation politique d'une part et évaluation juridique de la situation d'autre part. L'information du Conseil fédéral a été trop longtemps influencée par sa volonté de créer une base légale qui aurait permis d'affecter l'or excédentaire à d'autres fins. De plus, l'environnement politique de l'époque l'a conforté dans son point de vue. Le Conseil fédéral est toutefois tenu d'informer de manière transparente et complète. Dans des cas semblables, il devra à l'avenir veiller à marquer clairement la distinction entre ce qui est politiquement souhaitable et les impératifs juridiques.

#### *Recommandation 1*

La CdG-N invite le Conseil fédéral à marquer clairement la distinction entre appréciation politique et évaluation juridique de la situation lors de ses prochains avis et cela tout particulièrement dans les explications qu'il publie en prévision des votations populaires. Dans ses avis, il devra notamment tenir compte du fait que le droit en vigueur continue de déployer ses effets et indiquer la variante correspondante. Le Conseil fédéral devra veiller à ce que le Parlement et le peuple soient informés à temps de toute nouvelle orientation qu'il entend imprimer à un dossier politiquement important.

Les informations relatives au brusque revirement du Conseil fédéral concernant le versement du produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS en 2005 laissent à désirer. La CdG-N, mais aussi le Parlement et le public, ont un déficit dans ce domaine. La CdG-N invite donc le Conseil fédéral à combler cette lacune lorsqu'il remettra son avis sur le présent rapport.

<sup>20</sup> Voir annexe 3.

## **6                    Etapes suivantes**

La CdG-N prie le Conseil fédéral de faire connaître d'ici à fin août 2006 son avis sur les constatations et les recommandations dont elle fait état dans le présent rapport et de l'informer sur les mesures qu'il aura prises.

7 février 2006

Au nom de la Commission de gestion du Conseil national

Le président: Kurt Wasserfallen

Le secrétaire: Philippe Schwab

La présidente de la sous-commission DFF/DFE:  
Brigitta M. Gadiant

Le secrétaire de la sous-commission DFF/DFE:  
Christoph Albrecht

## **Personnes entendues**

- Braunschweig Thomas, Division de la législation II, Office fédéral de la justice, Département fédéral de justice et police
- Karrer Alexander, chef Questions financières internationales et politique monétaire, DFF
- Kilchenmann Jakob, chef suppléant du Service juridique du DFF
- Klauser Peter, chef des Affaires juridiques et des services de la BNS
- Mastronardi Philippe, professeur à l'Université de Saint-Gall
- Projer Erich, Politique économique et monétaire, Administration fédérale des finances, DFF
- Richli Paul, professeur à l'Université de Lucerne
- Roth Jean-Pierre, président du Directoire de la BNS

## **Rapport d'expertise**

**à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national  
portant sur des questions juridiques ayant trait à l'utilisation  
du produit de la vente d'or excédentaire de la Banque nationale**

du professeur Paul Richli, docteur en droit, doyen fondateur et professeur ordinaire  
de droit public, de droit rural et de législation de l'Université de Lucerne

du 28 juin 2005

---

# Rapport

## 1 Mandat

La Commission du Conseil national a chargé l'expert de donner son avis et de lui remettre un rapport d'expertise portant sur les questions suivantes:

- Base légale: L'utilisation du produit de la vente d'or excédentaire de la Banque nationale dans la perspective des principes constitutionnels et du droit administratif, d'une part, et de la loi sur la Banque nationale suisse (aspects relatifs au droit des sociétés) d'autre part (analyse critique des points de vue défendus par l'avis de droit du professeur Philippe Mastronardi et de la conception juridique du Conseil fédéral).
- Droits de participation du Parlement et du peuple: Au cours de ces dernières années, le Conseil fédéral défendait le point de vue selon lequel il fallait créer une nouvelle base légale pour répartir le produit de la vente des réserves d'or excédentaires dans la mesure où celui-ci ne devait pas être réparti selon la clé de répartition régulière. Le Conseil fédéral a-t-il eu une attitude conséquente au cours du temps et a-t-il présenté ses arguments de manière transparente? La façon de procéder finalement choisie par le Conseil fédéral a-t-elle violé certains droits de participation du Parlement ou du peuple?
- Loi sur la Banque nationale suisse et façon de procéder: Comment le produit de la vente de l'or excédentaire doit-il être traité pour respecter la loi sur la Banque nationale suisse (prise en compte dans les comptes annuel, date du versement, répartition constante à moyen terme du bénéfice)?

## 2 Avis

### 2.1 Plan

Il est indispensable de comprendre les raisons qui ont amené à la formation des réserves d'or excédentaires (ch. 2.2) avant de procéder à l'évaluation juridique des questions posées et d'aborder l'utilisation du produit de la vente d'or excédentaire de la Banque nationale dans la perspective des principes constitutionnels et du droit administratif, d'une part, et de la loi sur la Banque nationale suisse et du droit des sociétés, d'autre part. Il s'agit ensuite de répondre à la question de savoir qui est compétent pour la décision relative à l'utilisation du produit de la vente d'or excédentaire (ch. 2.3). L'étape suivante est consacrée à l'attitude du Conseil fédéral à ce sujet au cours de ces dernières années. Il s'agit de répondre aux questions de savoir si le Conseil fédéral a eu une attitude conséquente au cours du temps, s'il a présenté ses arguments de manière transparente et si la façon de procéder qu'il a choisie n'a pas violé certains droits de participation du Parlement ou du peuple (ch. 2.4). Pour terminer, il convient encore d'examiner de quelle manière le produit de la vente de l'or excédentaire doit être traité pour respecter la loi sur la Banque nationale suisse, en particulier en ce qui concerne les répercussions sur les comptes annuels, la date du versement et la répartition constante à moyen terme du bénéfice (ch. 2.5). L'appréciation finale permet de compléter la réflexion (ch. 3).

## 2.2

### Origine des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale

Selon l'ancien droit, le régime monétaire suisse reposait sur l'or. Le régime alors en vigueur était celui de l'étalon de change-or. En d'autres termes – et contrairement au régime de l'étalon de numéraire-or –, l'or n'était pas en circulation sous forme de monnaie, mais restait concentré à la banque centrale et servait de couverture pour les pièces et les billets en circulation<sup>21</sup>. Ce régime pouvait fonctionner dans le cadre des taux de change fixes mis en place en 1944 à Bretton Woods, sous la houlette des Etats-Unis. L'objectif de stabilité devait être atteint au moyen du rattachement des monnaies nationales à l'or. Tous les Etats membres étaient tenus de déclarer une parité de leur monnaie en or, directement ou indirectement par rapport au dollar américain du poids en or et du titre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1944. Les taux de change flexibles n'étaient pas admis.<sup>22</sup>

Ce régime monétaire a fonctionné de manière satisfaisante durant plus de 20 ans. Néanmoins, la devise américaine, monnaie de réserve par excellence, a progressivement remplacé le principal instrument de réserve qu'était l'or. Pour diverses raisons, la confiance dont le dollar jouissait jusque-là s'est rapidement érodée, obligeant le président Nixon à supprimer la convertibilité du dollar le 15 août 1971. Le glas du système de taux de change fixes de Bretton Woods avait sonné.<sup>23</sup> Le 23 janvier 1973, avec un certain décalage, la Suisse a décidé de passer à des taux de change flottants. Par la suite, le franc suisse s'est continuellement apprécié par rapport au dollar.<sup>24</sup>

En raison de cette mesure – inévitable –, la Banque nationale suisse (BNS) s'est trouvée dans une situation difficile étant donné que l'art. 22 de la loi fédérale du 23 décembre 1953 sur la Banque nationale<sup>25</sup> (aLBN) l'obligeait de maintenir la valeur du franc à la parité-or prescrite par la loi.<sup>26</sup> Par la suite, l'écart entre la réalité et les dispositions légales régissant le système monétaire a donné passablement de fil à retordre à la BNS. Ainsi, l'art. 19, al. 4, aLBN stipulait que la couverture-or des billets en circulation devait s'élever à 40 % au moins. A la fin des années 70, étant donné que cette couverture-or évaluée conformément aux dispositions légales en vigueur à l'époque allait bientôt ne plus suffire, il devenait indispensable de réagir à cette évolution. Plusieurs solutions ont alors été envisagées: fixation d'une nouvelle parité-or (forcément irréaliste elle aussi), libération de la BNS de la parité-or pour l'établissement de son bilan ou simple mesure à l'échelon du bilan ? La situation s'étant entre-temps quelque peu détendue et le risque d'une couverture insuffisante estompé, la décision a perdu de son acuité.<sup>27</sup>

21 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la monnaie, FF 1970 II 110 ss; Paul Richli, Zur internationalen Verflechtung der schweizerischen Währungsordnung, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, p. 342.

22 Richli, note de bas de page 1, p. 343.

23 Richli, note de bas de page 1, p. 344.

24 Richli, note de bas de page 1, p. 345.

25 RO 1954 599

26 Richli, note de bas de page 1, p. 349 et s.

27 Richli, note de bas de page 1, p. 350.

Le maintien formel de la parité-or à 4596 francs, dont la portée se limitait à l'établissement du bilan de la BNS<sup>28</sup> et qui ne jouait plus aucun rôle du point de vue monétaire, est à l'origine d'une importante sous-évaluation des réserves d'or. En effet, celles-ci ne pouvaient être portées au bilan au prix du marché qui était beaucoup plus élevé.<sup>29</sup> Depuis la suppression de la convertibilité du dollar en or par les Etats-Unis le 15 août 1971, l'évolution du prix de l'or a suivi son propre cours, s'éloignant régulièrement de la parité. Jusqu'à cette date, la BNS pouvait échanger un excédent de dollars en or auprès du Trésor américain au taux de 35 dollars l'once. L'évolution propre du prix de l'or sur le marché est la conséquence du fait que, après le passage à des taux de change flottants, les banques d'émission ne sont plus intervenues pour maintenir la valeur de leur monnaie à la parité-or.<sup>30</sup> Le passage à des taux de change flottants a libéré les relations de change entre les monnaies et le prix de l'or. Ainsi, en 1971, une once d'or fin valait 35 dollars alors qu'elle en vaut environ 420 aujourd'hui. Pour ce qui est du franc suisse, sa parité-or était d'environ 4596 francs/kg alors que sur le marché le prix du kilo d'or tend actuellement vers 17 700 francs.<sup>31</sup> Le maintien formel de la parité empêchait la BNS d'acheter de l'or contre des francs suisses. Elle a donc recouru à une stratégie de rechange: la BNS achetait de l'or au moyen de devises et l'amortissait directement à la parité en le portant au bilan à la valeur correspondante.<sup>32</sup>

L'introduction de l'art. 99 Cst. relatif à la politique monétaire a levé le rattachement du franc suisse à l'or à l'échelon constitutionnel. A l'échelon législatif, cet abandon de la parité-or trouve son prolongement dans la nouvelle loi fédérale du 22 décembre 1999 sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (LUMMP).<sup>33</sup> Outre la réévaluation des réserves d'or de la BNS, ce nouveau texte permet d'en vendre une partie et d'en convertir une autre partie en actifs plus rémunérateurs.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> A ce sujet, voir en particulier l'avis de la Division de la justice du 5 novembre 1978, Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC), 43 (1979) n° 42.

<sup>29</sup> René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel 1998, p. 489.

<sup>30</sup> Voir en particulier «75 Jahre Schweizerische Nationalbank. Die Zeit von 1957 bis 1982», plaquette commémorative publiée par la Banque nationale suisse, NZZ, Zurich 1981, p. 236 et s.; pour ce qui est de l'ensemble de la problématique, voir également Leo Schürmann, *Nationalbankgesetz und Ausführungserlasse, Kommentar und Textausgabe*, Berne 1980, art. 22, chiffres marginaux 10 et ss.

<sup>31</sup> Voir notamment *Neue Zürcher Zeitung* du 19 juillet 2005, p. 30.

<sup>32</sup> Voir Schürmann, note de bas de page 10, art. 22, chiffre marginal 14.

<sup>33</sup> RS 941.10

<sup>34</sup> Message concernant une loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (FF 1999 6543).

## **2.3 Base légale régissant l'utilisation du produit de la vente d'or excédentaire de la Banque nationale suisse**

### **2.3.1 Principes constitutionnels, droit administratif, loi sur la Banque nationale suisse et droit des obligations**

Les principes constitutionnels et du droit administratif généraux susceptibles de s'appliquer au cas d'espèce sont le principe de la proportionnalité, le principe de la bonne foi et le principe de la légalité.<sup>35</sup>

Seule une interprétation des dispositions pertinentes de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse<sup>36</sup> (LBN) actuellement en vigueur permet de dire si, et le cas échéant dans quelle mesure les principes susnommés sont applicables. La LBN et, en particulier, ses art. 29 (comptes annuels), 30 (détermination du bénéfice) et 31 (répartition du bénéfice) constituent donc le point de départ des explications ci-après.

### **2.3.2 Bases légales**

En vertu de l'art. 29 LBN, les comptes de la BNS doivent être établis selon les règles du code des obligations (CO). La BNS est donc soumise aux dispositions concernant la comptabilité commerciale (art. 957 ss CO), en particulier à celles du droit de la société anonyme (art. 662 ss CO).

L'art. 29 LBN exige en effet que les comptes annuels de la BNS, composés du compte de résultat, du bilan et de l'annexe, soient dressés conformément aux prescriptions du droit des sociétés anonymes et aux principes généralement admis en matière d'établissement des comptes.

L'art. 30 LBN oblige la BNS à constituer des provisions suffisantes afin de maintenir les réserves monétaires au niveau requis par la politique monétaire. Elle doit, ce faisant, se fonder sur l'évolution de l'économie suisse (al. 1). Le produit restant représente le bénéfice pouvant être versé (al. 2).

En vertu de l'art. 31, un dividende représentant au maximum 6 % du capital-actions peut être versé (al. 1). La part du bénéfice qui dépasse le dividende revient pour un tiers à la Confédération et pour deux tiers aux cantons. Dans le but d'assurer une répartition constante à moyen terme, le département et la BNS conviennent pour une période donnée du montant annuel du bénéfice versé à la Confédération et aux cantons. Ceux-ci sont informés préalablement (al. 2). La part revenant aux cantons est répartie à raison de cinq huitièmes en fonction de leur population résidente ordinaire et à raison de trois huitièmes en fonction de leur capacité financière. Le Conseil fédéral règle les modalités après avoir entendu les cantons (al. 3).

<sup>35</sup> Au sujet de ces principes en général voir notamment Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Zürich 2002, chiffres marginaux 363 et ss; Pierre Moor, *Droit administratif*, Volume I: Les fondements généraux, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1994, p. 309 et ss; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II: les droit fondamentaux, Berne 2000, p. 475 et ss.

<sup>36</sup> RS 951.11

### 2.3.3 Détermination et utilisation du bénéfice: lacune juridique?

Sous l'ancien régime monétaire, les réserves d'or devaient être évaluées à la parité. D'importantes réserves latentes ont ainsi été constituées au fil des ans. Depuis l'abolition de la parité-or du franc suisse, ces réserves latentes peuvent être intégralement ou partiellement dissoutes et constituent un excédent distribuable.

La principale question soulevée par le professeur Philippe Mastronardi est celle de savoir si la LBN constitue une base légale suffisante pour la détermination et l'utilisation du produit de la vente d'or excédentaire ou si une lacune juridique doit être comblée à l'échelon de la législation.<sup>37</sup> Mastronardi conclut à l'existence d'une lacune alors que, dans son avis du 2 février 2005, le Conseil fédéral parvient à une conclusion opposée.

La réponse à cette question doit être formulée dans la perspective des considérations suivantes:

Les réserves latentes sur l'or résultent de l'écart entre le droit et la pratique en matière monétaire. Si la BNS avait pu inscrire l'or à son bilan à une valeur supérieure à la parité-or, les bénéfices de revalorisation auraient été réalisés progressivement – en suivant l'évolution du prix de l'or en franc suisse – et auraient été redistribués au fur et à mesure dans le cadre des distributions de bénéfice ordinaires de la BNS, selon la clé de répartition en vigueur, soit deux tiers revenant aux cantons et un tiers à la Confédération.

Pour ce qui concerne la répartition de la plus-value, il n'y a en aucun cas lieu de conclure à une lacune de la LBN qui ne pourrait être comblée qu'à l'échelon de la loi. Au contraire, la position du Conseil fédéral qui estime que la plus-value réalisée depuis le passage à des taux de change flottants en 1973 a été débloquée par l'entrée en vigueur du nouveau droit la rendant dès lors redistribuable en tant que bénéfice, est probante. La plus-value accumulée est ainsi répartie comme elle l'aurait été si la réserve d'or avait été revalorisée en fonction de l'évolution du prix de l'or et avait été utilisée au fur et à mesure.

Comme Mastronardi, il faut ensuite se demander<sup>38</sup> si la plus-value doit être traitée selon l'ancien droit, c'est-à-dire comme un changement de parité. Dans ce cas de figure (conformément à l'art. 3 de la loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la monnaie<sup>39</sup>), l'Assemblée fédérale aurait été compétente pour décider de son utilisation et n'aurait pas été liée par la clé de répartition usuelle. Il n'en va toutefois pas ainsi tant il est vrai que la plus-value en question ne résulte pas de modifications de la parité, mais de l'évolution des cours de change devenus flexibles, d'une part, et de l'évolution du prix de l'or, d'autre part. Depuis le passage à des taux de change flottants en 1973, le Conseil fédéral ne dispose plus d'aucun moyen lui permettant de décider un changement de parité pouvant faire apparaître une plus-value dont l'utilisation aurait été soumise à la décision de l'Assemblée fédérale.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Avis de droit du professeur Mastronardi, p. 5.

<sup>38</sup> Avis de droit du professeur Mastronardi, p. 14.

<sup>39</sup> RO 1971 360

<sup>40</sup> Ce qui ressort également du rapport du groupe d'experts «Réforme du régime monétaire» du 24 octobre 1997 sur le nouvel article constitutionnel sur la monnaie, p. 76 et s.

La question de savoir si le résultat de la réévaluation des réserves d'or de la BNS ne constituait pas plutôt un bénéfice extraordinaire unique échappant à la clé de répartition usuelle a également été posée.<sup>41</sup> Cette réflexion n'est pas non plus pertinente. En effet, si le droit avait été adapté plus tôt à la réalité monétaire, les bénéfices réalisés grâce à la revalorisation l'auraient été progressivement. Ils auraient donc été redistribués au fur et à mesure, conformément à la clé de répartition en vigueur au moment de leur réalisation.

### **2.3.4 Dissolution des réserves latentes sur l'or: transfert d'un élément du patrimoine administratif au patrimoine financier?**

L'un des principaux arguments sur lesquels le professeur Mastronardi se fonde dans son avis de droit est que la dissolution des réserves latentes sur l'or constitue un transfert d'élément du patrimoine administratif au patrimoine financier. Selon lui, en raison de sa portée politique, une telle décision nécessite une base légale formelle.<sup>42</sup> Dans son avis du 2 février 2005, le Conseil fédéral conteste le point de vue défendu par le professeur Mastronardi.

Selon la position défendue ici, l'argumentation contenue dans l'avis de droit du professeur Mastronardi n'est pas pertinente. Il faut en effet tenir compte du fait que la dissolution des réserves latentes sur l'or ne fait que révéler une valeur effective des réserves en or plus élevée que celle qui figure au bilan. Cette différence de valeur constatée est un produit qui représente un bénéfice réalisé pouvant être versé en vertu de la disposition correspondante de la LBN (art. 30, al. 2). La question de savoir s'il y a transfert d'un élément du patrimoine administratif au patrimoine financier ne se pose donc pas. Mais même en se la posant, la réponse ne permettrait pas de conclure à l'incompétence de la BNS pour ce qui est de la distribution de ce bénéfice. La distinction entre patrimoine administratif et financier est avant tout importante aux échelons cantonal et communal, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'acquisition de valeurs patrimoniales est ou non soumise au référendum financier. A l'échelon de la Confédération, cette question ne se pose pas puisqu'il n'y a pas de référendum financier. Par conséquent, à l'échelon de la Confédération, la question du transfert d'un élément du patrimoine administratif au patrimoine financier ne peut en soi faire l'objet d'un acte législatif sujet au référendum.

Même si l'on suit la thèse défendue par le professeur Mastronardi, force est de constater qu'une répartition du montant concerné en application des règles générales régissant la répartition du bénéfice est tout à fait envisageable et que, partant, aucun élément ne s'opposerait à la signature, entre la BNS et le Département fédéral des finances (DFF), d'une convention à ce sujet (art. 31, al. 2, LBN).

<sup>41</sup> Voir dans ce sens rapport du groupe d'experts, note de bas de page 20, p. 77.

<sup>42</sup> Avis de droit du professeur Mastronardi, p. 7 et ss.

### **2.3.5 Evaluation dans la perspective du code des obligations et de la gestion: pas de divergences**

Du point de vue du code des obligations et de la gestion, il n'y a pas de divergence d'opinions dans ce contexte. A cet égard, dans son avis de droit, le professeur Mastronardi parvient clairement à la conclusion que la plus-value résultant de l'abandon de la parité-or du franc suisse est un produit extraordinaire qui peut, pour la période comptable au cours de laquelle il est réalisé, être traité en tant que bénéfice pouvant être versé au sens de l'art. 30, al. 2, LBN et réparti conformément à l'art. 99, al. 4, Cst. (et à l'art. 31 LBN).<sup>43</sup>

### **2.3.6 Conclusion intermédiaire: adéquation des règles d'interprétation générales**

Les réflexions ci-dessus ont été conduites sur la base des règles d'interprétation générales. Le recours aux principes constitutionnels et du droit administratif tels que le principe de la proportionnalité, le principe de la bonne foi ou le principe de la légalité ne s'est pas avéré nécessaire. Il est donc superflu de les aborder ci-après.

## **2.4 Droits de participation du Parlement et du peuple**

### **2.4.1 Chronologie des déclarations du Conseil fédéral**

Sont énumérées ci-après de manière chronologique les principales déclarations du Conseil fédéral concernant la question de la nécessité d'une base légale pour le prélèvement d'une partie des réserves d'or de la BNS et sa distribution selon la clé de répartition en vigueur.

Les passages en italique ont été marqués par l'auteur.

### **2.4.2 Message concernant un nouvel article constitutionnel sur la monnaie**

Dans son message du 27 mai 1998 concernant un nouvel article constitutionnel sur la monnaie<sup>44</sup>, le Conseil fédéral se demandait s'il était possible d'exclure du bilan de la BNS une part des réserves d'or excédentaires en faveur de la Fondation Suisse solidaire sans base constitutionnelle spéciale, c'est-à-dire si la question pouvait être réglée au niveau de la loi.<sup>45</sup> A son avis, une *loi* aurait constitué une *base légale suffisante pour la création d'une fondation de solidarité* qui aurait travaillé avec le rendement de sa fortune, sans puiser dans son capital de dotation.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Avis de droit du professeur Mastronardi, p. 6 et s.

<sup>44</sup> FF 1998 3485 et ss.

<sup>45</sup> FF 1998 3499

<sup>46</sup> FF 1998 3545 et s.

En ce qui concerne la suppression du lien constitutionnel du franc avec l'or, le Conseil fédéral estimait que les modifications des textes de loi projetées allaient «démonétiser» l'or également à l'intérieur du pays, c'est-à-dire lui donner le statut juridique d'un poste ordinaire de l'actif de la banque centrale.<sup>47</sup>

### 2.4.3 Message concernant une loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement

Dans son message du 26 mai 1999 concernant une loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (LUMMP),<sup>48</sup> le Conseil fédéral constatait que l'art. 99 Cst., en liaison avec la LUMMP, ne constituait pas une base suffisante pour créer des dispositions légales permettant, *en dérogeant à la clé constitutionnelle en vigueur*, de priver la BNS des réserves monétaires dont elle n'avait plus besoin afin de les utiliser *pour réaliser d'autres objectifs publics*. Il soulignait également que le Parlement avait défendu ce point de vue lors de l'examen de la réforme séparée des dispositions constitutionnelles sur la monnaie faisant l'objet du message du Conseil fédéral du 27 mai 1998 et précisait que, en vertu de l'art. 94, al. 4, de la Constitution fédérale mise à jour, la BNS restait tenue de verser au moins deux tiers de son bénéfice net aux cantons. C'est pour cette raison, toujours selon le Conseil fédéral, que le Conseil national et le Conseil des Etats avaient décidé d'inscrire dans le texte constitutionnel concernant la réforme séparée une réserve relative au mode de répartition du bénéfice et de préciser, dans un alinéa supplémentaire ou dans une disposition transitoire, que l'utilisation des réserves monétaires qui ne sont plus nécessaires et de leur produit devait être régie au niveau de la loi. Pour le Conseil fédéral, la base constitutionnelle nécessaire à l'affectation des 1300 tonnes d'or excédentaires à *d'autres objectifs publics* (ce qui était notamment le cas de la loi sur la fondation) n'allait être créée qu'à travers l'acceptation, par le peuple et les cantons, de la réforme séparée des dispositions constitutionnelles sur la monnaie (probablement au printemps 2000).<sup>49</sup>

### 2.4.4 Message concernant l'utilisation des réserves d'or et une loi fédérale sur la Fondation Suisse solidaire

Dans son message du 17 mai 2000 concernant l'utilisation des réserves d'or et une loi fédérale sur la Fondation Suisse solidaire, le Conseil fédéral acceptait le point de vue du Parlement selon lequel il convenait de créer une base constitutionnelle expresse pour une utilisation des réserves excédentaires s'écartant de la règle en vigueur (deux tiers pour les cantons et un tiers pour la Confédération).<sup>50</sup> Plus loin, il confirmait, voire renforçait encore cette appréciation en constatant que, *«selon la conception actuelle, qui est vraisemblablement incontestée, le produit de la vente de l'or excédentaire de la BNS devrait être réparti selon cette clé.»* Il estimait cependant que cette approche n'était pas judicieuse et qu'il fallait élargir la marge de

47 FF 1998 3503

48 FF 1999 6536 et ss.

49 FF 1999 6543

50 FF 2000 3671

manœuvre du législateur sur le point en question au moyen d'une disposition constitutionnelle transitoire et qu'il fallait habiliter ce dernier à régler l'utilisation du produit de la vente de 1300 tonnes d'or de la BNS.<sup>51</sup>

## 2.4.5 **Message relatif à l'initiative populaire «pour le versement au fonds AVS des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse»**

Dans son message du 28 février 2001 relatif à l'initiative populaire «pour le versement au fonds AVS des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse (initiative sur l'or)»,<sup>52</sup> le Conseil fédéral expliquait, dans l'historique, qu'il était devenu nécessaire de remettre les dispositions légales régissant le système monétaire en accord avec la réalité. En effet, le Conseil fédéral soulignait que, à l'époque, la parité-or formelle du franc suisse avait cessé d'exister depuis un quart de siècle déjà, mais que, vu les dispositions légales relatives à la parité-or, à la convertibilité en or et à la couverture-or, la BNS était jusque-là tenue d'inscrire ses réserves d'or au bilan à un prix bien inférieur à celui du marché. Il faisait remarquer que la suppression de la parité-or permettait désormais à la BNS de chiffrer ses réserves d'or à une valeur conforme au marché<sup>53</sup> et que, étant donné la plus-value ainsi générée, il a fallu réexaminer le niveau des réserves monétaires dont la BNS avait besoin pour assumer ses tâches de politique monétaire.<sup>54</sup>

Plus loin, le Conseil fédéral ajoutait que la seconde proposition de son message relatif à la Fondation Suisse solidaire prévoyait d'affecter la fortune spéciale à la réduction de l'endettement de la Confédération et des cantons, les ressources étant partagées selon la clé de répartition appliquée aux bénéfices de la BNS, soit un tiers à la Confédération et deux tiers aux cantons<sup>55</sup>. A ce sujet, le Conseil fédéral faisait encore remarquer que *les cantons avaient été unanimes à déclarer qu'en vertu de la clé de répartition que la Constitution prévoyait pour les bénéfices de la BNS, ils avaient droit à deux tiers du produit de la vente des 800 tonnes d'or, sans que le législateur puisse leur imposer la moindre affectation.*<sup>56</sup>

Plus loin encore, le Conseil fédéral expliquait que le bénéfice annuel net déclaré par la BNS dépend directement du niveau des réserves monétaires et que si l'initiative se limitait aux 1300 tonnes d'or non requises à la politique monétaire, *l'attribution de cet or au fonds AVS pouvait être considérée comme une disposition spéciale et unique prenant le pas sur la réglementation générale relative à la distribution des bénéfices de l'art. 99, al. 4, Cst.*<sup>57</sup>

Il est par ailleurs intéressant de relever l'affirmation du Conseil fédéral qui concluait que les réserves d'or qui n'étaient plus requises au titre de la politique monétaire représentaient un patrimoine dont l'utilisation devait être décidée par le peuple et les

51 FF 2000 3692

52 FF 2001 1311 et ss.

53 FF 2001 1315

54 FF 2001 1315

55 FF 2001 1318

56 FF 2001 1318

57 FF 2001 1322

cantons. Il affirmait qu'il s'agissait d'une fortune appartenant au peuple, accumulée par les anciennes générations et qui était disponible pour servir d'autres fins publiques.<sup>58</sup>

#### **2.4.6 Position du Conseil fédéral sur certains aspects liés à l'initiative sur l'or et au contre-projet «L'or à l'AVS, aux cantons et à la Fondation»**

Dans le communiqué de presse du 22 mai 2002 «Position du Conseil fédéral sur certains aspects liés à l'initiative sur l'or et au contre-projet «L'or à l'AVS, aux cantons et à la Fondation»», en prévision de la votation populaire concernant l'initiative sur l'or et le contre-projet, le Conseil fédéral expliquait que des questions d'interprétation se poseraient en cas de double non et qu'il était nécessaire de clarifier la situation, raison pour laquelle il précisait sa position. A son avis, dans ce cas de figure, les réserves d'or excédentaires devaient rester dans un premier temps auprès de la BNS; elles ne pourraient être transférées qu'à la suite de la création d'une base juridique à cet effet. Pour lui, toute dérogation à la *clé de répartition constitutionnelle (art. 99 Cst.: au moins deux tiers aux cantons) des réserves excédentaires ou des revenus qui en sont tirés nécessitait également une nouvelle disposition constitutionnelle*. Dans ce communiqué de presse toujours, le Conseil fédéral précisait qu'il *serait, politiquement inconcevable, au terme de plusieurs années de discussions sur la manière d'utiliser les réserves d'or excédentaires, de procéder à une répartition, même conforme à la clé, sans que le Parlement et le peuple aient leur mot à dire*. Pour lui, une répartition du capital sans nouvelle base juridique, en se fondant uniquement sur une adaptation de la convention de répartition des bénéfices conclue entre la BNS et le Département fédéral des finances, n'entrerait pas en ligne de compte car il estimait qu'en cas de double non, *il fallait s'attendre à des interventions politiques proposant de nouvelles utilisations*. Le Conseil national avait par exemple déjà décidé de régler par la voie législative, dans le cadre de la 11<sup>e</sup> révision de l'AVS, la question de l'utilisation des réserves d'or excédentaires.

#### **2.4.7 Interpellation de Hans-Rudolf Merz «Que faire des réserves d'or excédentaires après le 22 septembre 2002?»**

Dans sa réponse du 29 mai 2002 à l'interpellation 02.3089 déposée par Hans-Rudolf Merz concernant l'utilisation des réserves d'or excédentaires après le 22 septembre 2002,<sup>59</sup> le Conseil fédéral déclarait que l'avoir issu de la vente des réserves excédentaires d'un volume de 1300 tonnes d'or demeurerait provisoirement en possession de la BNS en cas de double non. *Pour des raisons politiques*, le Conseil fédéral estimait peu judicieux d'adapter à l'avance la convention concernant le versement annuel des bénéfices dans le simple but de répartir les réserves excédentaires. A son avis, il fallait reprendre la discussion et, dans l'intérêt de la meilleure légitimation politique

<sup>58</sup> FF 2001 1330

<sup>59</sup> BO 2002 E 112

possible, élaborer une *nouvelle base juridique, à savoir une loi, au cas où la clé de répartition actuelle serait conservée, ou une nouvelle disposition constitutionnelle, au cas où la clé de répartition devrait être modifiée.*

#### **2.4.8 Explications du Conseil fédéral concernant la votation populaire du 22 septembre 2002**

Dans ses explications l'objet «Initiative sur l'or»/«L'or à l'AVS, aux cantons et à la Fondation» de la votation populaire du 22 septembre 2002, le Conseil fédéral expliquait, d'une part, que *les cantons avaient droit, de par la Constitution fédérale, à deux tiers des bénéfices de la BNS, raison pour laquelle ils devaient pouvoir bénéficier, et disposer librement, d'une part du capital issu des réserves d'or excédentaires.*<sup>60</sup> D'autre part, il estimait qu'un double non ne serait pas une solution et, au cas où ni l'initiative ni le contre-projet ne recueillerait une majorité, *il ne serait pas possible, dans l'immédiat, d'utiliser les réserves d'or à une autre fin.* Il était d'avis que toute nouvelle affectation requerrait *une nouvelle base constitutionnelle* et que le débat politique allait devoir repartir à zéro.<sup>61</sup>

#### **2.4.9 Message concernant la révision de la loi sur la Banque nationale**

Le message du Conseil fédéral du 26 juin 2002 concernant la révision de la loi sur la Banque nationale ne contient aucun élément nouveau sur le sujet abordé ici.<sup>62</sup>

#### **2.4.10 Message concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse et l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS»**

Dans son message du 20 août 2003 concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse et l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS»,<sup>63</sup> le Conseil fédéral estimait que la BNS détenait plus de réserves monétaires qu'elle n'en avait besoin pour mener sa politique monétaire du fait de l'harmonisation du droit et de la pratique en matière monétaire. Il était d'avis que la suppression de la parité-or au 1<sup>er</sup> mai 2000 avait permis d'évaluer les réserves d'or de la Banque nationale à un prix proche de celui du marché et de les gérer de manière plus souple, leur rendant du même coup la fonction de réserves monétaires «utilisables normalement».<sup>64</sup> Il soulignait en outre que, à la faveur de leurs délibérations, le Conseil national et le Conseil des Etats avaient estimé qu'*une réglementation différente de la clé de répartition en vigueur pour l'utilisation des réserves d'or nécessitait une base constitutionnelle explicite*<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Explications du Conseil fédéral, p. 8 et s.

<sup>61</sup> Explications du Conseil fédéral, p. 9.

<sup>62</sup> FF 2002 5645 et ss.

<sup>63</sup> FF 2003 5597 et ss.

<sup>64</sup> FF 2003 5601

<sup>65</sup> FF 2003 5602

Dans la votation populaire, ni l'initiative sur l'or ni le contre-projet n'avaient obtenu la majorité du peuple et des cantons requise<sup>66</sup>.

Le Conseil fédéral estimait que, après le double non, les actifs libres devaient provisoirement rester à la BNS. Il rappelait que, avant la votation déjà, il avait *exclu que ce capital soit réparti*, faute de légitimation démocratique, *selon la clé applicable aux bénéfices nets de la BNS*, en vertu d'une simple convention entre la BNS et le DFF, sans intégration du Parlement et/ou du peuple et des cantons.<sup>67</sup> Il précisait encore que l'art. 99, al. 4, Cst. en vigueur prévoyait la distribution d'au moins deux tiers des bénéfices de la Banque nationale aux cantons et qu'une telle répartition supposait naturellement que ses bénéficiaires puissent disposer librement des fonds. Il ajoutait encore que la libre disponibilité serait supprimée si l'on y ajoutait l'obligation de conserver le capital à sa valeur réelle. Il concluait que *l'obligation de conserver le capital à sa valeur réelle s'écartait de l'art. 99, al. 4, Cst. en vigueur, même si le produit était réparti selon la clé fixée dans cette disposition comme il le proposait lui-même*, raison pour laquelle une modification de la Constitution était nécessaire.<sup>68</sup>

#### **2.4.11                      Communiqué de presse du DFF concernant la répartition des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale**

Dans son communiqué de presse du 2 février 2005 concernant la répartition des réserves d'or excédentaires de la BNS, le DFF constatait que, au cours de la campagne précédant la votation populaire du 22 septembre 2002 relative à deux projets d'utilisation des réserves d'or de la BNS, le Conseil fédéral avait *exclu toute possibilité de prendre une décision en la matière sans soumettre celle-ci au Parlement, voire au peuple* et que, pour le cas où la votation déboucherait sur un refus des deux objets, *il avait promis de présenter au Parlement un projet de nouvelle base juridiques concernant l'utilisation des réserves d'or excédentaires*. Il rappelait que *cette promesse avait été tenue*, mais que *le projet soumis aux Chambres avait échoué lors de la session d'hiver 2004*. Le DFF précisait que, pour le Conseil fédéral, *la recherche d'un compromis au sein du Parlement* ne pouvait se poursuivre indéfiniment, compte tenu des divergences extrêmes qui subsistaient alors, tant sur la question de l'affectation concrète des actifs libres que sur le principe de l'utilisation des intérêts uniquement ou de l'avoir lui-même.

Le DFF ajoutait que, de l'avis du Conseil fédéral, il était donc logique d'appliquer les dispositions légales en vigueur, partant de répartir l'or pour un tiers à la Confédération et pour deux tiers aux cantons. Etant donné le rejet de deux propositions de répartition, le Conseil fédéral estimait juridiquement injustifié que les réserves d'or en question soient conservées auprès de la BNS. Il ne partageait notamment pas les conclusions de l'avis de droit du professeur Philippe Mastrorardi, commandé par le Parti socialiste suisse, selon lesquelles la répartition des réserves d'or constituent un changement d'affectation de l'avoir de la banque centrale entraînant une diminution des réserves et que ce changement d'affectation rend nécessaire la création d'une base légale spéciale. Le Conseil fédéral estimait pour sa part que toute distribution de

66    FF 2003 5603

67    FF 2003 5604

68    FF 2003 5614

bénéfices de la BNS est liée à une diminution des réserves en question, ou à une réaffectation de celles-ci (réduction des réserves ou renonciation à la formation de nouvelles réserves) et que, dans tous les cas, il s'agit de bénéfices retenus par la BNS indépendamment du fait qu'ils soient imputables à des changements touchant les conditions monétaires, à des prescriptions légales ou à la nécessité de stabiliser la distribution annuelle des bénéfices.

#### **2.4.12 Note de présentation du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz pour la conférence de presse du Conseil fédéral du 2 février 2005**

Il ressort de la note de présentation du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz pour la conférence de presse du Conseil fédéral du 2 février 2005 que, après les deux refus d'entrée en matière du Conseil des Etats, le Conseil fédéral estimait que *la situation avait changé*. Le gouvernement était d'avis que la recherche d'un compromis *au sein du Parlement* ne pouvait se poursuivre indéfiniment. Des divergences subsistaient alors tant sur la question de l'affectation concrète des actifs libres que sur le principe de l'utilisation des intérêts uniquement ou de l'avoir lui-même. Tous les projets ayant été rejetés jusque-là, le Conseil fédéral estimait *juridiquement injustifié de conserver les réserves d'or en question auprès de la BNS*. Pour lui, seule l'application du droit en vigueur entrerait encore en ligne de compte, ce qui impliquait une répartition conforme à la clé de répartition légitime démocratiquement fixée par la Constitution et la LBN en vigueur, deux tiers des réserves d'or excédentaires revenant aux Cantons et un tiers à la Confédération.

Le droit suisse ne connaissant pas d'effet anticipé d'un éventuel droit futur, le Conseil fédéral estimait qu'il n'y avait *pas lieu de suspendre toute décision concernant la répartition de l'avoir en or jusqu'à la votation populaire sur l'initiative COSA*. Il donnait à cet égard l'exemple d'une initiative populaire demandant l'abolition de la TVA qui ne suspendrait nullement l'encaissement de cette taxe jusqu'à la votation correspondante.

La note indique en outre que la répartition de l'avoir en or ne pourrait commencer qu'une fois les actifs libres passés par les comptes annuels et approuvés par l'assemblée générale de la BNS, c'est-à-dire *pas avant le printemps 2006 au plus tôt*.

#### **2.4.13 Communiqué de presse du DFF intitulé «La Banque nationale distribuera, dès mai 2005, le produit de ventes d'or»**

Dans un communiqué de presse du DFF daté du 25 février 2005 intitulé «La Banque nationale distribuera, dès mai 2005, le produit de ventes d'or», il apparaît que, à la suite de la décision du Conseil fédéral, la BNS a rétroactivement dissout des provisions pour un montant de 21,1 milliards de francs qu'elle a transférés au compte de résultat 2004, cela afin de pouvoir commencer la distribution du produit des ventes d'or en 2005 déjà.

## **2.4.14 Appréciation juridique des déclarations et des positions du Conseil fédéral**

### **2.4.14.1 En général**

Il y a lieu de distinguer quatre phases pour pouvoir procéder à une analyse des déclarations du Conseil fédéral sous l'angle de leur cohérence, à savoir:

- Une première phase durant laquelle le Conseil fédéral veut affecter une partie de la plus-value à d'autres fins d'intérêt public et estime qu'une base légale est suffisante (message concernant un nouvel article constitutionnel sur la monnaie).
- Une deuxième phase durant laquelle le Conseil fédéral veut affecter une partie de la plus-value à d'autres fins d'intérêt public et estime qu'une modification de la Constitution est nécessaire (message concernant une loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement; message relatif à l'initiative populaire «pour le versement au fonds AVS des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse»).
- Une troisième phase durant laquelle le Conseil fédéral estime que, pour des raisons politiques, la répartition de la plus-value selon la règle en vigueur ne peut s'avérer judicieuse qu'à condition de l'inscrire dans la loi (message concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse et l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS»).
- Une quatrième phase durant laquelle le Conseil fédéral veut répartir ce bénéfice selon la règle en vigueur (suite à l'échec du projet concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse et de l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS»).

Ces quatre phases sont présentées de manière plus détaillée ci-dessous:

Première phase: Dans le message concernant un nouvel article constitutionnel sur la monnaie, le Conseil fédéral se contente encore d'une loi en tant que base légale régissant l'affectation du capital issu des réserves d'or excédentaires à d'autres fins d'intérêt public que la politique monétaire. Son projet s'est notamment heurté à la résistance des cantons. Cette résistance, mais probablement aussi certains avis de la doctrine juridique ont incité le Conseil fédéral à changer d'avis et, dès lors, à demander la création d'une base constitutionnelle spéciale.

Deuxième phase: Dans son message concernant une loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement, le Conseil fédéral défend clairement le point de vue selon lequel il n'est possible de déroger de la clé de répartition définie par la Constitution et utiliser les fonds à d'autres fins d'intérêt public qu'à condition de créer une base constitutionnelle spéciale. Ce point de vue ressort également du message relatif à l'initiative populaire «pour le versement au fonds AVS des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse». Dans ce message, le Conseil fédéral ne s'oppose pas à l'avis des cantons qui estimaient avoir droit, en vertu de la clé de répartition de la Constitution, à deux tiers du produit de la vente des 800 tonnes d'or, sans que le législateur puisse leur imposer la moindre affectation.

Dans le message concernant l'utilisation de 1300 tonnes d'or de la Banque nationale suisse et l'initiative populaire «Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS», on lit de nouveau qu'une répartition des réserves d'or excédentaires s'écartant de la clé de répartition en vigueur nécessiterait une base constitutionnelle explicite. Le Conseil

fédéral suggère cependant une fois encore qu'une répartition en application de la base constitutionnelle en vigueur (art. 99, al. 4, Cst.) serait légitime.

Troisième phase: Dans ses explications concernant la votation populaire du 22 septembre 2002 sur l'initiative populaire susmentionnée, le Conseil fédéral reprend d'une manière générale cette argumentation, mais la complète en affirmant qu'un double non ne serait pas une solution et que, le cas échéant, le débat politique allait devoir repartir à zéro. Il apparaît donc que, à ce moment-là, le Conseil fédéral exclut encore toute répartition normale étant donné qu'il estime peu judicieux, pour des raisons politiques, de répartir les réserves excédentaires selon la clé de répartition en vigueur. Il est alors d'avis que, dans l'intérêt de la meilleure légitimation politique possible, il vaudrait mieux élaborer une nouvelle base légale si l'on décidait tout de même s'en tenir à cette clé.

Quatrième phase: Le communiqué de presse du DFF du 2 février 2005 est crucial de ce point de vue. Le Conseil fédéral y explique pourquoi il veut désormais répartir les réserves d'or selon la clé de répartition en vigueur et renoncer à l'élaboration d'une nouvelle base légale. Pour lui, la recherche d'un compromis au sein du Parlement ne peut se poursuivre indéfiniment et il faut bien se rendre à l'évidence qu'il ne sera pas possible de se mettre d'accord en temps utile sur une utilisation des réserves d'or excédentaires à d'autres fins d'intérêt public. On peut lire les mêmes conclusions dans la note de présentation du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz pour la conférence de presse du Conseil fédéral du 2 février 2005.

Il ressort clairement de cette évolution que, après l'échec de son projet devant le Parlement au cours de la session d'hiver 2004, le Conseil fédéral a changé d'attitude et a décidé de répartir le produit de la vente des réserves d'or excédentaires selon la clé de répartition en vigueur, toute affectation à d'autres fins d'intérêt public lui semblant devenue impossible.

Un tel revirement n'est pas illégitime au regard des principes constitutionnels et du droit administratif généraux ou de la clé de répartition de la LBN et de la Constitution fédérale. En effet, le Conseil fédéral n'a jamais défendu le point de vue selon lequel une obligation légale rendait indispensable l'élaboration d'une base légale préalablement à toute distribution selon la clé de répartition en vigueur. Pour lui, comme il l'a exprimé au cours de la troisième phase, une telle base légale aurait simplement été politiquement judicieuse.

Cela étant, les déclarations du Conseil fédéral n'abordent pas la question de l'urgence de la distribution du produit de la vente des réserves d'or excédentaires. Alors que, dans ses explications ayant trait à la votation populaire du 22 septembre 2002, le Conseil fédéral laissait entendre qu'en cas de double non il présenterait un nouveau projet, il décidait, après l'échec de son nouveau projet devant le Parlement au cours de la session d'hiver 2004, de procéder immédiatement à la distribution du produit de la vente de l'or.

Du point de vue légal, le Conseil fédéral aurait déjà pu défendre ce revirement d'attitude dans ses explications concernant la votation populaire du 22 septembre 2002. Rien ne l'obligeait à présenter un nouveau projet. Le Conseil fédéral aurait très bien pu, à l'époque déjà, indiquer que la seule solution juridiquement judicieuse en cas de double était de répartir les réserves d'or. S'il ne l'a pas fait, c'est sans doute parce qu'il s'efforçait encore de trouver une voie permettant de déroger à l'utilisation normale de la plus-value et à sa répartition selon la clé en vigueur.

Dans son avis de droit, le professeur Mastronardi reproche au Conseil fédéral d'avoir commis un abus de confiance. Pour lui en effet, le Conseil fédéral avait promis dans le cadre des débats précédant la votation populaire du 22 septembre 2002, qu'en cas de double non, le peuple aurait encore la possibilité de se prononcer plus tard sur l'utilisation de l'or. Le partage rapidement exécuté des réserves d'or excédentaires constitue une rupture de promesse.<sup>69</sup> Ce point de vue n'est pas convainquant:

Dans ses explications en prévision de la votation populaire, le Conseil fédéral promettait un projet en cas de double non, mais pas d'interminables discussions et un nombre illimité de nouveaux projets. Bien plus, il soulignait qu'en application de la législation en vigueur, les cantons avaient droit à deux tiers des produits de la vente de l'or excédentaire et qu'il était indispensable d'élaborer une nouvelle loi ou une nouvelle disposition constitutionnelle si l'on voulait procéder à une autre affectation.

L'attitude du Conseil fédéral qui, après l'échec de son projet devant les Chambres fédérales, voulait en finir et appliquer la clé de répartition en vigueur est juridiquement fondée. Il n'y a pas lieu de lui en tenir grief, tant il est vrai que ses explications concernant la votation populaire ne renvoyaient pas à d'autres initiatives populaires et que celles-ci ne peuvent en tout état de cause pas déployer d'effet anticipé, tant il est vrai que dans le cas contraire, le dépôt d'initiatives populaires parviendrait à bloquer l'activité législative et l'application du droit de manière intolérable.<sup>70</sup>

#### **2.4.14.2 En particulier dans la perspective des explications du Conseil fédéral concernant la votation populaire**

En ce qui concerne les explications que le Conseil fédéral a données concernant la votation populaire du 22 septembre 2002, il y a notamment lieu de retenir ce qui suit:

Selon la doctrine et la jurisprudence, les explications concernant les votations populaires doivent respecter le principe de l'objectivité. Elles ne peuvent avoir un caractère de propagande.<sup>71</sup> Il est souvent indispensable de formuler des hypothèses quant à l'évolution future. S'il s'avère par la suite que les choses ont tourné différemment, il n'est pas possible de reprocher aux autorités d'avoir fourni de fausses informations.<sup>72</sup> Ce principe est également valable dans le présent contexte. On ne peut légalement reprocher au Conseil fédéral de n'avoir pas présenté un nouveau projet au peuple alors que le projet préparé en respect de sa promesse a échoué devant le Parlement. Il n'y a pas lieu de se pencher ici sur la question de savoir si, dans une perspective politique, d'autres solutions auraient pu être envisagées.

<sup>69</sup> Avis de droit du professeur Mastronardi, p. 20 et s.

<sup>70</sup> A cet égard, voir notamment Häfelin/Müller, note de pas de page 15, chiffres marginaux 350 et ss.

<sup>71</sup> Voir Yvo Hangartner/Andreas Kley, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2000, chiffres marginaux 1271 et 2580 et ss.

<sup>72</sup> Hangartner/Kley, note de bas de page 51, chiffre marginal 2589.

En vertu de l'art. 29 LBN, les comptes de la BNS doivent être établis selon les règles du code des obligations (CO). La BNS est donc soumise aux dispositions concernant la comptabilité commerciale (art. 957 ss. CO), en particulier à celles du droit de la société anonyme (art. 662 ss CO). La BNS s'est toutefois toujours réservé le droit d'interpréter les prescriptions du CO à la lumière des particularités qui lui sont propres, voire d'y déroger si besoin est. Le Conseil fédéral partage également l'avis selon lequel certains écarts sont justifiés puisque l'établissement des comptes de la BNS ne poursuit pas toujours les mêmes objectifs que celui d'une société anonyme du droit des obligations, la protection des actionnaires, en particulier, ne jouant qu'un rôle secondaire. L'établissement des comptes de la BNS donne cependant une idée de la manière dont la banque centrale remplit sa mission de politique monétaire.<sup>73</sup>

Cette distanciation surprenante par rapport au droit de la société anonyme découle du fait que la BNS n'est pas une société anonyme typique et que, en raison de sa mission, on se trouve en présence d'un quasi-établissement de droit public. Elle a toutefois pris la forme d'une société anonyme car, plus que la forme de quasi-établissement de droit public, ce statut lui laisse davantage d'autonomie par rapport aux autorités politiques.<sup>74</sup>

Les prescriptions régissant l'établissement des comptes du CO ont un caractère abstrait assez marqué. C'est pour cette raison que la LBN (art. 29) renvoie aux «principes généralement admis en matière d'établissement des comptes», tenant ainsi notamment compte des «recommandations relatives à la présentation des comptes» qui, à la lumière de standards internationaux, concrétisent les dispositions laissées ouvertes du droit de la société anonyme. Cela étant, les «normes comptables internationales» sont également d'importance dans la mesure où elles sont de plus en plus observées.

La formulation ouverte de la disposition de la LBN accorde à la BNS la liberté de choisir entre diverses réglementations entrant en ligne de compte. Lorsque, en raison des particularités de son activité en tant que banque centrale, elle diverge aux prescriptions du CO régissant la présentation des comptes ou des principes applicables en la matière, la BNS a toutefois l'obligation de le mentionner dans son rapport de gestion.<sup>75</sup>

L'avis de droit du professeur Mastronardi ne prétend pas que la BNS s'est écartée de façon inadmissible des dispositions de la LBN ou des principes applicables en matière d'établissement des comptes, ni qu'elle ait l'intention de le faire. Sa critique porte sur l'attitude du Conseil fédéral. Il est donc possible de renoncer à une analyse détaillée des dispositions pertinentes en la matière.

Quant à la question relative à la nécessité d'assurer une distribution annuelle constante des bénéfices de la BNS, elle appelle les commentaires suivants:

<sup>73</sup> Message concernant la révision de la loi sur la Banque nationale, FF 2002 5664.

<sup>74</sup> Message concernant la révision de la loi sur la Banque nationale, FF 2002 5674 et s.

<sup>75</sup> Message concernant la révision de la loi sur la Banque nationale, FF 2002 5786.

La dissolution des réserves cachées entraîne une réduction des bénéfices annuels distribués. La convention additionnelle du 12 juin 2003 concernant la distribution de revenus tirés des actifs libres a été abrogée car les actifs libres en question n'existent plus. Est donc seule déterminante la convention du 5 avril 2002 en vertu de laquelle la BNS distribue un bénéfice de 2,5 milliards de francs par an à la Confédération et aux cantons. En tant que telle, cette convention a pour but et assure une distribution constante des bénéfices. Le fait que la distribution continue subisse une réduction est certes regrettable. Il s'agit toutefois de la conséquence, juridiquement inattaquable, de la dissolution des réserves cachées et de leur versement aux cantons et à la Confédération. En utilisant ces fonds de manière judicieuse, les cantons et la Confédération pourront assainir leurs ménages publics dans la mesure de la réduction des distributions.

### 3 Conclusions

S'il ne révèle pas d'action illégale évidente, l'examen des actes du Conseil fédéral dans le contexte sous revue montre toutefois que le Conseil fédéral s'était tout d'abord rendu sur un terrain glissant lorsqu'il estimait pouvoir changer l'affectation et la répartition – prévues par la Constitution et la LBN – d'une partie des réserves d'or excédentaires de la BNS au moyen d'une loi. Il a ensuite rapidement abandonné cette voie sous la pression de la critique.

Par la suite, le Conseil fédéral était d'avis qu'il était en soi possible de répartir les réserves d'or d'excédentaires en fonction de la clé de répartition usuelle, ce qu'il voulait éviter. Il aurait en effet préféré affecter une partie des réserves à d'autres fins d'intérêt public et éviter qu'elle ne soit versée sous forme de bénéfice. Le Conseil fédéral a défendu ce point de vue jusqu'au dépôt de l'initiative populaire «pour le versement au fonds AVS des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse» (initiative sur l'or). A cette occasion, il a déclaré qu'en cas de double non (initiative sur l'or et contre-projet), le peuple et les cantons pourraient se prononcer une nouvelle fois. Les motifs de cette position n'étaient cependant pas de nature juridique, mais politique. Il est à regretter que la position du Conseil fédéral n'ait été que très peu développée, cela notamment et avant tout dans les explications concernant la votation populaire qui pouvaient être facilement mal interprétées. Néanmoins, avec la présentation du nouveau projet qui a échoué devant les Chambres fédérales, le Conseil fédéral estime avoir rempli ses obligations découlant des engagements pris lors la votation populaire sur l'initiative sur l'or. Ce point de vue est juridiquement fondé. De plus, il est également fondé de penser que, en tant que cénacle défendant les intérêts des cantons, le Conseil des Etats allait difficilement accepter une répartition de l'or excédentaire qui déroge au droit en vigueur.

En revanche, la raison de la hâte avec laquelle la répartition du bénéfice résultait de la réalisation de la plus-value du stock d'or de la BNS ne ressort pas des explications du Conseil fédéral. Il est pour le moins curieux que l'on ait modifié les comptes 2004 de la BNS après coup afin de dissoudre des réserves latentes de manière à pouvoir les verser en tant que bénéfice de ce même exercice. Dans son communiqué de presse du 2 février 2005, le DFF déclarait encore que le versement du produit de la vente des 1300 tonnes d'or de la BNS ne serait réalisable qu'à partir du printemps 2006 étant donné que le résultat de l'exercice 2004 de la BNS, publié le 27 janvier 2005, ne mentionne pas encore les actifs libres comme bénéfices. Comme cela

ressort de sa note de présentation, le conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz a personnellement donné les mêmes informations lors de la conférence de presse du Conseil fédéral du 2 février 2005. Pourtant, à peine trois semaines plus tard, le 25 février 2005, on pouvait lire dans un nouveau communiqué de presse du DFF, que, le 23 février 2005, ce dernier avait fixé dans une convention avec le Conseil de banque de la BNS que le produit de la vente de l'or sera distribué à partir de mai 2005 déjà.

Cette façon de procéder est difficile à comprendre tant il est vrai que le mince communiqué de presse du 25 février 2005 ne contient aucune explication sur ce changement d'avis. Cela étant, aucune norme légale n'a été transgressée et personne n'a été lésé. Etant donné que les initiatives populaires ne déploient pas d'effet anticipé, il n'est notamment pas possible d'affirmer que le Conseil fédéral a violé le droit de vote des citoyens.

## **Rapport d'expertise**

**à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national  
portant sur des questions juridiques ayant trait à l'utilisation  
du produit de la vente d'or excédentaire de la Banque nationale**

du professeur Paul Richli, docteur en droit, doyen fondateur et professeur ordinaire  
de droit public, de droit rural et de législation de l'Université de Lucerne

**Complément du 4 octobre 2005**

---

# Rapport

## 1 Remarque préliminaire

Le 7 septembre 2005, l'expert a présenté son rapport du 28 juillet 2005 à la Commission de gestion du Conseil national et a répondu aux questions qui lui étaient posées. Il est en outre ressorti de la discussion que le rapport n'était pas suffisamment détaillé au sujet de la nécessité d'assurer une distribution annuelle constante des bénéfices de la BNS en vertu de l'art. 31, al. 2, de la loi sur la Banque nationale suisse; LBN (voir ch. 2.5).

L'expert complète donc son rapport du 28 juillet 2005 de la manière suivante:

## 2 L'objectif de la distribution constante selon l'art. 31, al. 2, LBN

Le texte de l'art. 31, al. 2, LBN est le suivant:

La part du bénéfice qui dépasse le dividende revient pour un tiers à la Confédération et pour deux tiers aux cantons. Le département et la Banque nationale conviennent pour une période donnée du montant annuel du bénéfice versé à la Confédération et aux cantons, dans le but d'assurer une répartition constante à moyen terme. Les cantons sont informés préalablement.

Le premier élément de cette disposition reprend le contenu de la disposition constitutionnelle relative à la répartition du résultat de la Banque nationale suisse (BNS), à savoir que celle-ci est tenue de verser au moins deux tiers de son bénéfice net aux cantons (art. 99, al. 4, Cst.). Le deuxième élément est la convention entre le Département fédéral des finances (DFF) et la BNS. Le troisième élément est l'objectif d'une répartition constante à moyen terme du bénéfice versé à la Confédération et aux cantons. Le quatrième et dernier élément consiste en l'information préalable des cantons.

Les explications du message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur la Banque nationale permettent de mieux comprendre le sens de cette norme et le but qu'elle poursuit.<sup>76</sup>

Selon le message, les importantes variations que peuvent connaître les bénéfices de la BNS selon les années sont à l'origine de l'objectif de répartition constante à moyen terme étant donné que les cantons qui participent à ces bénéfices ont intérêt à recevoir des versements constants pouvant être prévus à l'avance. La convention administrative entre le DFF et la BNS est un instrument qui est utilisé depuis 1992. Il est à noter que, à l'époque, cet instrument a été introduit *praeter legem* en réponse aux besoins concrets des cantons. En effet, l'ancienne LBN ne contenait pas encore de disposition correspondante (art. 27, al. 3, aLBN).<sup>77</sup>

<sup>76</sup> FF 2002 5791 et s.

<sup>77</sup> RO 1954 599, 1993 399; voir également Leo Schürmann, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3<sup>e</sup> édition, Berne 1994, p. 440.



4. Pour éviter si possible des conséquences indésirables au niveau économique et politico-financier, le groupe de travail recommande aux cantons d'utiliser leurs parts à l'avoir spécial pour réduire durablement la dette publique.»

Dans ce contexte, il convient également de mentionner le communiqué de presse du 2 février 2005 publié par la Conférence des gouvernements cantonaux intitulé «Or de la Banque nationale: les cantons saluent la décision du Conseil fédéral. Le versement aux cantons peut être préparé.» Dans ce communiqué de presse, les gouvernements cantonaux saluent la décision du Conseil fédéral de verser les réserves d'or excédentaires de la Banque nationale conformément à la clé de répartition en vigueur, soit un tiers à la Confédération et deux tiers aux cantons. De l'avis des exécutifs cantonaux, le Conseil fédéral respecte ainsi l'art. 99, al. 4, Cst. et permet une répartition constitutionnellement conforme des réserves d'or excédentaires de la BNS. Ils ont également souligné que, afin de créer les conditions optimales au niveau politique et économique pour la distribution de l'or de la Banque nationale, ils avaient élaboré, en collaboration avec le Département fédéral des finances et la BNS, des recommandations qui visent à éviter des conséquences indésirables sur la quote-part de l'Etat, sur l'évolution conjoncturelle et sur la politique monétaire et à assurer une utilisation durable de ces fonds.

#### 4 Conclusion

Il ressort de ce qui précède qu'en décidant de ne pas intégrer ce montant unique, et élevé, au processus visant à assurer une distribution constante à moyen terme des bénéfices annuels de la BNS, la Confédération et la BNS n'ont pas violé l'art. 31, al. 2, LBN. *Volenti not fit iniuria*: il n'est pas fait de tort à celui qui a consenti, partant, la distribution immédiate ne saurait léser les cantons qui l'ont approuvée.

## **Motion 06.3010 de la CdG-N: Répartition de bénéfices résultant d'une vente d'or extraordinaire**

La commission propose d'adopter la motion suivante:

Le Conseil fédéral est chargé de compléter l'art. 31, al. 2, LBN en ces termes: la décision relative aux modalités de répartition d'un bénéfice résultant d'une vente d'or extraordinaire incombe au Parlement; la clé de répartition prévue par la Constitution reste applicable.

Développement:

Une modification des règles en matière de couverture ou de la politique des réserves de la BNS pourrait donner lieu à une nouvelle vente d'or excédentaire (5 à 10 milliards de francs) au cours de ces prochaines années et, partant, à une nouvelle répartition.

Le Parlement doit pouvoir se prononcer à ce sujet.

Proposition de minorité:

Une minorité de la CdG-N demande le refus de la motion (Gadient, Beck, Cathomas, Glasson, Häberli-Koller, Meier-Schatz, Noser, Riklin, Wasserfallen).



## **Utilisation des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse: constatations juridiques et politiques du point de vue de la haute surveillance. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national**

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	2006
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	28
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	---
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	18.07.2006
Date	
Data	
Seite	5955-5998
Page	
Pagina	
Ref. No	10 139 774

Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen.

Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses.

I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.