



Avis de droit sur la portée de l'article 53 de la Constitution cantonale

Évaluation relative à la motion 278-2021 Brönnimann (Mittelhäusern, PVL) « Le canton de Berne crée les bases légales pour céder sa participation majoritaire dans la BCBE »

Rapport du Conseil-exécutif

Date de la séance du CE : 16.08.2023
N° d'affaire : 2023.FINGS.138
Direction : Direction des finances
Classification : Non classifié

Table des matières

Table des matières.....2

1. Contexte3

2. Questions adressées à l’expert juridique.....3

3. Conclusions de l’avis de droit4

4. Réflexions du Conseil-exécutif.....5

4.1 Évolution de la situation en ce qui concerne la question de réduire la participation majoritaire dans la BCBE5

4.2 Le Conseil-exécutif rejette pour l’heure une réduction de la participation majoritaire cantonale dans la BCBE à un taux inférieur à 50 %6

5. Proposition au Grand Conseil8

1. Contexte

Lors de sa session d'automne 2022, le Grand Conseil a délibéré au sujet de la motion 278-2021 Brönnimann (Mittelhäusern, PVL) « Le canton de Berne crée les bases légales pour céder sa participation majoritaire dans la BCBE ». Le Conseil-exécutif avait demandé au Grand Conseil d'accepter l'ensemble des trois points de la motion sous forme de postulat. La motion comprenait les trois demandes suivantes :

1. soumettre au Grand Conseil toutes les adaptations légales qui relèvent de ses compétences et sont nécessaires afin que le canton ne soit pas obligé de maintenir sa participation majoritaire dans la BCBE ;
2. engager la procédure de suppression de l'article 53 de la Constitution cantonale ;
3. clarifier, rapport à l'appui, la possibilité pour le canton de Berne de se défaire de sa participation majoritaire sans abroger l'article 53 de la Constitution cantonale.

Le 14 septembre 2022, le Grand Conseil a adopté le point 1 sous forme de motion à 88 voix contre 57 et les points 2 et 3 sous forme de postulat, respectivement à 85 voix contre 59 (point 2) et 87 voix contre 55 (point 3).

Le Conseil-exécutif a alors décidé, dans un premier temps, de mandater une expertise afin de clarifier si le canton peut se défaire de sa participation majoritaire (51,5 % du capital-actions) tout en maintenant inchangé l'article 53 de la Constitution cantonale (« *Le canton exploite une banque afin d'encourager le développement économique et social. La Banque cantonale soutient le canton et les communes dans l'accomplissement de leurs tâches.* »).

2. Questions adressées à l'expert juridique

Sur la base de la décision du Conseil-exécutif mentionnée ci-avant, la Direction des finances a confié début octobre 2022 à Giovanni Biaggini, professeur titulaire de droit public, administratif et européen à la faculté de droit de l'Université de Zurich, le mandat de lui soumettre un avis de droit.

Celui-ci devait répondre aux questions suivantes :

- Question 1 :
« Le canton de Berne peut-il se défaire de sa participation majoritaire à la BCBE sans abroger l'article 53 de la Constitution cantonale (ConstC) ? »
- Question 2 :
« En cas de réponse négative à la question 1 : de quelle manière l'article 53 ConstC devrait-il être reformulé ? »
- Question 3 :
« Existe-t-il une limite minimale à observer en cas de participation minoritaire du canton ? »
- Question 4 :
« L'expert a-t-il des remarques complémentaires à apporter ? »

3. Conclusions de l'avis de droit¹

L'avis de droit a été présenté à la Direction des finances fin février 2023. Le Conseil-exécutif estime que M. Biaggini a apporté des réponses approfondies et convaincantes aux questions qui lui avaient été posées.

L'analyse de l'article 53 de la Constitution du canton de Berne (ConstC) par M. Biaggini a démontré, sur la base de différentes interprétations ainsi que de l'évolution du droit à l'échelle fédérale, qu'une simple participation minoritaire du canton de Berne dans la BCBE était certes conforme au droit fédéral (à condition que la participation reste supérieure à un tiers, conformément à l'art. 3a de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne [LB ; RS 952.0]), mais contraire à l'article 53 ConstC. L'expertise juridique relève que l'article 53 ConstC oblige le canton à exploiter une banque (cantonale), ce qui implique, du reste, la possibilité pour le canton d'exercer une certaine influence sur cette banque. Or d'après l'expertise juridique, cette exigence ne serait pas suffisamment satisfaite en cas de participation minoritaire.

Partant, une éventuelle réduction de la participation majoritaire du canton dans la BCBE à un taux inférieur à 50 % du capital-actions doit obligatoirement être précédée d'une modification de la Constitution, qui exigerait la tenue d'une votation populaire.

L'expertise juridique clarifie ainsi également le point soulevé dans le développement de la motion 278-2021, mentionnant que les bases légales doivent être modifiées de telle sorte que le canton ne soit plus contraint à rester actionnaire majoritaire. Selon les motionnaires, il convient en particulier de modifier l'article 3 de la loi sur la société anonyme Banque cantonale bernoise (LSABCBE, RSB 951.10) en vue de permettre une participation minoritaire. Ils précisent ensuite que la question de savoir si cette modification nécessite une adaptation de l'article 53 de la Constitution cantonale soulève une question juridique intéressante. Puis ils constatent que cette question (entre autres) mérite une réponse dans l'intérêt du gouvernement, du Parlement et de la BCBE.

L'expertise a permis de clarifier ces aspects. Ainsi une modification des bases légales n'est-elle pas suffisante, à elle seule, pour réduire à un taux inférieur à 50 % la part cantonale dans le capital-actions de la BCBE. En d'autres termes, une modification de l'article 3 LSABCBE (« *Le canton de Berne dispose de la majorité absolue des capitaux et des voix au sein de la société anonyme Banque cantonale bernoise* ») par le Grand Conseil requiert une modification préalable de l'article 53 de la Constitution cantonale.

Si le canton souhaite se défaire de sa participation majoritaire dans la BCBE, l'expert considère qu'il existe deux possibilités de mettre en œuvre la modification nécessaire de l'article 53 ConstC :

1. D'une part, le verbe « exploiter » employé à l'article 53 ConstC pourrait être remplacé par un verbe qui inclut la possibilité d'une participation minoritaire (p. ex. « participer à ») ;
2. D'autre part, l'article 53 ConstC pourrait être formulé sous forme de disposition potestative.

L'expert précise par ailleurs qu'il est possible de combiner ces deux approches.

¹ Cf. annexe

4. Réflexions du Conseil-exécutif

Le Conseil-exécutif a pris connaissance fin mars 2023 des conclusions de l'avis de droit et a décidé de présenter un rapport au Grand Conseil pour l'informer à leur sujet, à savoir sur les résultats des mandats d'expertise concernant les points 2 et 3 de la motion 278-2021.

Le Conseil-exécutif présente ci-après ses réflexions quant à la participation majoritaire du canton dans la BCBE.

4.1 Évolution de la situation en ce qui concerne la question de réduire la participation majoritaire dans la BCBE

Le Conseil-exécutif considère que l'expertise réalisée par M. Biaggini a modifié le contexte politique initial. Ainsi, lors des débats qui se sont tenus au sujet de la M 278-2021 durant la session d'automne 2022, ni le Conseil-exécutif, ni les membres du Grand Conseil n'étaient catégoriques sur le fait qu'une réduction de la participation majoritaire du canton dans la BCBE à un taux inférieur à 50 % du capital-actions supposait une modification de la Constitution cantonale et donc l'organisation d'une votation populaire. En 2005 déjà, sur la base d'un bref avis de droit du chancelier de l'époque, le Conseil-exécutif rappelait dans une réponse à une intervention parlementaire² que le canton ne pouvait pas réduire sa participation à la BCBE jusqu'à une participation de 33 1/3 % sans devoir modifier l'article 53 ConstC. Aucune analyse approfondie n'a été menée depuis.

Au point 1 de la motion 278-2021, le Conseil-exécutif a été chargé en septembre 2022 de soumettre au Grand Conseil toutes les adaptations légales qui relèvent de ses compétences et sont nécessaires afin que le canton ne soit pas obligé de maintenir sa participation majoritaire dans la BCBE. Dans le développement, les motionnaires ont demandé une modification de l'article 3 LSABCBCE afin que celui-ci permette aussi une participation minoritaire.

Cependant, comme l'a montré l'expertise, une modification de la LSABCBCE requiert au préalable une révision de l'article 53 ConstC. Le Conseil-exécutif n'est donc pas en mesure de présenter une révision de l'article 3 LSABCBCE en réponse au point 1 de la motion 278-2021, qui a été adopté. Il devrait plutôt soumettre au Grand Conseil une proposition de révision de l'article 53 ConstC, qui donnerait ensuite lieu à une votation populaire. Il faudrait ainsi franchir des obstacles politiques de taille en vue d'une réduction de la participation cantonale dans la BCBE.

Le Conseil-exécutif est néanmoins d'avis que le contexte initial a évolué également en ce qui concerne les conditions générales actuelles de la BCBE et des instituts financiers en général.

Le 19 mars 2023, le Conseil fédéral a annoncé l'acquisition de Credit Suisse par UBS dans le but « [...] de préserver la stabilité financière et de protéger l'économie suisse »³. L'acquisition de Credit Suisse, intervenue à très courte échéance, a en un laps de temps très court considérablement bouleversé la situation et les conditions générales du marché financier suisse. Les turbulences qui ont affecté Credit Suisse, mais aussi les difficultés financières de différentes banques régionales aux États-Unis ont déclenché une forte incertitude parmi la clientèle des banques. De nombreuses personnes ont fait part de leur inquiétude auprès de la BCBE également.

² Cf. réponse du Conseil-exécutif à la motion 181-2005 Meyer (Roggwil, PS) intitulée « La poule aux œufs d'or ».

³ Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 19 mars 2023 Assurer la stabilité des marchés financiers : le Conseil fédéral approuve et soutient l'acquisition de Credit Suisse par UBS.

Depuis, les esprits se sont quelque peu apaisés au sujet de l'acquisition de Credit Suisse par UBS. Du point de vue du Conseil-exécutif, il ne fait cependant aucun doute que la confiance dans le marché financier suisse a été ébranlée. Il reste en outre de nombreuses questions à clarifier en lien avec l'acquisition de Credit Suisse par UBS. Il est désormais établi, au niveau fédéral, qu'une commission d'enquête parlementaire (CEP) va procéder à une analyse politique complète des événements qui se sont déroulés en lien avec Credit Suisse.

Le Conseil-exécutif estime évident que, dans un tel contexte, toute modification de la participation cantonale dans la BCBE va susciter un scepticisme important au sein de la population. Les choses ne devraient pas beaucoup évoluer à court et moyen termes. Depuis la crise traversée dans les années 1990, la BCBE a su instaurer une grande confiance parmi sa clientèle, grâce à une stratégie crédible et cohérente. En fin de compte, la confiance est le capital le plus précieux que possède un institut financier. Il est donc d'autant plus important, selon le Conseil-exécutif, de maintenir une situation fiable, stable et prévisible, que ce soit pour les quelque 470 000 clientes et clients, pour les plus de 50 000 actionnaires ou pour les plus de 1000 collaboratrices et collaborateurs de la BCBE.

Cela inclut d'une part une séparation claire entre les responsabilités politiques et entrepreneuriales, raison pour laquelle le canton renonce à être représenté au conseil d'administration de la BCBE. D'autre part, le Conseil-exécutif compte sur la BCBE pour conduire avec prudence et responsabilité et dans un souci de durabilité sa politique commerciale et sa gestion des risques⁴.

4.2 Le Conseil-exécutif rejette pour l'heure une réduction de la participation majoritaire cantonale dans la BCBE à un taux inférieur à 50 %

Sur la base des considérations ci-avant, le Conseil-exécutif rejette pour l'heure à la fois une adaptation de l'article 53 ConstC et le mandat d'expertise confié au point 2 de la motion visant à « engager la procédure de suppression de l'article 53 de la Constitution cantonale ». Il considère en effet que les chances sont faibles que le peuple bernois approuve à court ou moyen terme une modification voire une suppression de l'article 53 ConstC, notamment en raison du fort ancrage de la BCBE dans le canton de Berne.

À cela s'ajoute le fait que, pour le Conseil-exécutif, de nombreux éléments plaident en faveur de la conservation de la participation majoritaire cantonale dans la BCBE. Cela inclut notamment des considérations relevant de la politique financière. Ainsi, par exemple, une réduction de la participation cantonale à 33,4 % générerait actuellement (état au 27 juillet 2023) un produit de vente de quelque 402 millions de francs. Après déduction de la valeur au bilan des actions cédées, à hauteur de 34 millions de francs, le canton de Berne enregistrerait un bénéfice comptable de 368 millions de francs, qui serait inscrit au compte de résultats de l'année de la vente. Compte tenu des taux d'intérêt actuels, cela réduirait les intérêts passifs d'environ 3,9 millions de francs par an. Cette baisse serait cependant contrebalancée par une réduction des revenus due à la disparition des dividendes sur les actions vendues, représentant environ 16,2 millions de francs. En résumé, une réduction de la participation du canton au capital de la BCBE à 33,4 % aurait actuellement des conséquences négatives sur le compte de résultats (moins 12,3 millions par an environ). Sans compter que ces dernières années, les dividendes ont suivi une tendance à la hausse. En cédant une partie de ses actions, le canton ne pourrait plus bénéficier pleinement de cette évolution à l'avenir. Par conséquent, réduire la participation à un tiers serait préjudiciable pour le canton du point de vue de la politique financière.

⁴ Cf. à ce sujet la stratégie de propriétaire du 21 décembre 2022 relative à la BCBE (ACE 1385/2022)

Par ailleurs, le Conseil-exécutif maintient les arguments en faveur d'une conservation de la participation majoritaire présentés dans sa réponse à la motion 278-2021 (« la BCBE est solidement ancrée dans l'économie bernoise », « une participation minoritaire signifie une influence réduite », « une structure de propriété stable permet une évolution durable et positive », « les répercussions sur l'actionnariat sont difficiles à évaluer »).

Le Conseil-exécutif tient aussi à relever que le canton de Berne reste largement en avance par rapport à d'autres cantons en ce qui concerne les termes généraux de sa participation dans la BCBE. Ainsi, les seules banques qui, outre la BCBE, ne profitent plus d'une garantie étatique contre les distorsions de concurrence sont les banques cantonales vaudoise et genevoise. Il n'existe en outre qu'une seule autre banque cantonale structurée en tant que société anonyme de droit privé, comme la BCBE, à savoir la banque cantonale de Lucerne. De plus, en raison de sa forme juridique, la BCBE est imposable, contrairement à beaucoup d'autres banques cantonales.

Enfin, pour la plupart des banques cantonales, la participation cantonale est largement supérieure à celle du canton de Berne. Le Conseil-exécutif souligne à ce titre que, à l'heure actuelle, parmi les 24 banques cantonales, seul un institut financier est détenu à moins de 50 % par son canton. Il s'agit de la Banque Cantonale de Genève (BCGE), dont le canton de Genève détient 44,27 % des actions. Il faut cependant préciser que l'implication des pouvoirs publics y est tout de même importante, avec une participation de la Ville de Genève (20,87 %) et des communes genevoises (7,43 %). De surcroît, la Caisse de prévoyance de l'État de Genève (CPGE) en détient une part de 5,96 %.

Enfin, le Conseil-exécutif a connaissance de deux cantons qui se sont penchés de manière approfondie, au cours des deux dernières années, sur le montant de la participation dans leur banque cantonale.

D'une part, le canton de Bâle-Campagne a, sur la base d'un mandat d'évaluation de son Parlement, procédé à un examen stratégique de la forme juridique et de la garantie étatique de sa stratégie de propriétaire en lien avec sa banque cantonale BLKB en tenant compte des risques. La BLKB est un établissement de droit public bénéficiant d'une garantie de l'État. Le canton de Bâle-Campagne détient une part de 73,73 % dans la BLKB et dispose de 100 % des droits de vote. Dans un rapport de 2021 à l'intention du Parlement, le gouvernement de Bâle-Campagne a évalué six variantes possibles (statu quo et cinq autres variantes) et a constaté qu'il n'était nullement nécessaire actuellement, du point de vue du canton en tant que propriétaire principal, mais aussi des autres parties prenantes, de prendre des mesures urgentes visant à modifier les conditions institutionnelles cantonales en lien avec la BLKB. Le 16 septembre 2021, dans le cadre des délibérations sur le rapport, le Parlement a confirmé la position soutenue par le gouvernement.

D'autre part, les électrices et électeurs de la Landsgemeinde du canton de Glaris ont rejeté le 1^{er} mai 2022, à une large majorité, un projet du gouvernement qui avait rencontré l'approbation du Parlement. Le projet prévoyait de supprimer la garantie de l'État, de remplacer la participation majoritaire par une participation minoritaire, de renoncer à la représentation obligatoire dans l'organe de direction stratégique et de convertir la société anonyme de droit spécial en société anonyme de droit privé.

Le Conseil-exécutif n'exclut pas, sur le long terme, de réduire la participation majoritaire cantonale à un taux inférieur à 50 %. L'exemple du canton de Glaris démontre cependant, en ce qui concerne l'obstacle majeur que représente la votation populaire requise pour modifier ou suppri-

mer l'article 53 ConstC, que les conditions sociétales comme financières doivent être favorables. Pour les raisons données ci-avant, le Conseil-exécutif estime que de telles conditions ne sont pas réunies à l'heure actuelle. À cela s'ajoute le fait que le canton de Berne joue aujourd'hui déjà, d'une certaine manière, un rôle de précurseur en Suisse en ce qui concerne sa participation dans la BCBE. Par conséquent, le Conseil-exécutif ne constate aucune urgence à modifier le degré ou la forme de la participation cantonale.

5. Proposition au Grand Conseil

Au vu des considérants exposés ci-dessus, le Conseil-exécutif rejette le renoncement à une participation majoritaire cantonale dans la BCBE ainsi que l'élaboration d'un projet visant la modification, voire la suppression, de l'article 53 ConstC.

Par conséquent, il propose au Grand Conseil de prendre connaissance du présent rapport et de classer le point 1 adopté sous forme de motion ainsi que les points 2 et 3 adoptés sous forme de postulats dans le cadre de son prochain rapport sur les interventions parlementaires et les déclarations de planification.

Annexes

- Avis de droit de M. Biaggini
- Motion 278-2021 Brönnimann (Mittelhäusern, PVL) « Le canton de Berne crée les bases légales pour céder sa participation majoritaire dans la BCBE »