

Des garanties délicates pour les banques cantonales

Les garanties étatiques en faveur des banques cantonales sont un modèle en voie de disparition. Elles comportent des risques financiers, faussent la concurrence et ne sont pas compatibles avec le droit européen. *Peter V. Kunz*

Abrégé Le thème des garanties étatiques en faveur des banques cantonales est étroitement lié à celui des entreprises d'État et de la concurrence. Créées au XIX^e siècle, les banques cantonales sont aujourd'hui assimilables à des banques universelles, faisant courir aux cantons les risques inhérents à cette activité. La Constitution fédérale n'oblige pas l'État à fournir sa garantie. Seul le droit cantonal peut en décider et – le cas échéant – définir des modalités d'application. Enfin, les aides étatiques ne sont pas admissibles au regard des principes applicables au droit de la concurrence. Elles ne sont pas non plus compatibles avec les règles de l'UE sur les aides d'État. Il y a donc lieu d'admettre que les garanties cantonales n'ont pas vocation à survivre à long terme.

L'activité économique des pouvoirs publics est au centre de la littérature juridique. Pour que l'État agisse sur le marché, il doit invoquer l'intérêt public. Ce principe revêt une importance particulière lorsqu'une entreprise étatique entre en concurrence avec le secteur privé. Les entreprises d'économie mixte telles que Skyguide (appartenant à la Confédération), et BLS (propriété du canton de Berne) en sont des exemples. La Poste, Swisscom, les CFF et la Banque nationale suisse (BNS) sont pour leur part des sociétés régies par des lois spéciales. La participation de l'État assure le maintien de l'entreprise, ce qui revient à la garantir implicitement.

Il existe aujourd'hui environ 260 établissements bancaires en Suisse, dont plusieurs bénéficient de garanties étatiques. D'une part, les cinq groupes bancaires principaux, considérés comme d'importance systémique, disposent d'une garantie étatique matérielle (voir *enca-dré*). D'autre part, la majorité des banques cantonales (BC) sont couvertes par une garantie étatique formelle¹. Or, ces banques traversent depuis longtemps une crise de légitimité. Les discussions ont d'abord porté sur leur activité même, puis sur la question de leur privatisation, puis enfin sur leur régime de surveillance

politique; c'est aujourd'hui la garantie cantonale qui est au centre du débat².

Des reliques du XIX^e siècle

L'histoire des banques cantonales a commencé au XIX^e siècle: les premières ont été fondées en 1816 à Genève et en 1834 à Berne³. Il n'y avait pas – et n'y a toujours pas – d'obligation pour les cantons de se doter d'un tel établissement, pas plus que de n'en avoir qu'un seul. Il en existait 29 à l'époque, les cantons de Berne, Vaud et Genève en possédant chacun deux. Destinées à l'origine à répondre principalement aux besoins locaux, elles fonctionnent souvent aujourd'hui comme des banques universelles.

La plupart des BC sont fortement présentes sur le marché des crédits hypothécaires: elles ont donc toujours été impliquées dans les crises immobilières suisses. D'une part, cela a conduit à la liquidation de celles de Soleure et d'Appenzell Rhodes-Extérieures. D'autre part, les garanties cantonales dont bénéficiaient ces institutions ont été abrogées dans les cantons de Berne, Genève et Vaud. L'histoire des BC reflète

« Trop grandes pour faire faillite »

À la suite de la crise financière et bancaire de 2007–2008, les politiciens – de même que les citoyens – suisses ont ré-actualisé pour la première fois que les grandes banques, en tant que groupes d'importance systémique (« trop grandes pour faire faillite »), bénéficiaient dans les faits d'une garantie de la Confédération. Une réglementation visant à empêcher que l'État ne soit obligé de « sauver » ces sociétés a donc été introduite dans la loi sur les banques (art. 7ss LB). Les mesures prévues se répartissent sur trois axes: la prévention, l'assainissement et l'exécution. En coordination avec la FINMA, la BNS a classé cinq groupes bancaires dans la catégorie des banques d'importance systémique: UBS, Credit Suisse, la Banque cantonale de Zurich, Raiffeisen et Postfinance.

1 Pour plus de détails, voir Kunz (2016), ch. 16 ss.

2 Vogel (2000), 223 ss.

3 Sur l'histoire, voir Kunz (2014), 101 s.



KEYSTONE

ainsi celle des crises financières et, surtout, des vicissitudes de l'immobilier.

La garantie étatique n'est pas obligatoire

La Constitution fédérale prévoit que le droit bancaire légifère «en tenant compte du rôle et du statut particuliers des banques cantonales». Elle ne fait toutefois aucune mention de garanties cantonales⁴. La loi sur les banques (LB) fixe en premier lieu les conditions d'organisation des BC et précise sur la question de la dette que le canton «peut garantir l'intégralité ou une partie des engagements de la banque»⁵. Le choix du mot «peut» indique ainsi clairement que le canton reste libre de ses choix.

Avant la révision de la LB en 1999, la garantie des cantons était obligatoire. Cette question relève désormais du droit en vigueur à leur niveau. C'est ce dernier qui détermine s'il existe une garantie étatique et qui en précise les modalités le cas échéant. Il indique également si les BC doivent la rétribuer financièrement, ce qui est le cas pour 18 des 21 BC qui en bénéficient⁶. L'importance économique de ces banques est considérable : en 2016, elles ont versé 1,4 milliard aux cantons, dont 140 millions au titre de compensation de la garantie cantonale⁷.

Comme nombre de ses semblables, la Banca dello Stato du Tessin dispose d'une garantie d'État.

À ce jour, sur les 24 BC, 21 disposent d'une garantie étatique prévue par le droit cantonal, dont il existe pour l'essentiel deux types. Lorsque la garantie couvre l'institution elle-même, le canton doit assurer l'existence de la banque, en lui fournissant par exemple des fonds propres. Il importe donc dans ce cas de prévenir autant que possible les situations d'insolvabilité. La garantie directe consiste en revanche en une responsabilité subsidiaire du canton envers les créanciers. L'État doit, dès lors, assurer le paiement des créances que la BC serait dans l'impossibilité d'honorer.

Les garanties étatiques en faveur des BC posent plusieurs problèmes économiques, tant pour les cantons que pour les banques concurrentes en mains privées. Dans un rapport de 2017, la Confédération évoque notamment un aspect délicat pour les cantons : «la garantie étatique octroyée à certaines banques pourrait les pousser à prendre plus de risques que si elles n'en disposaient pas»⁸. En économie, ce problème est connu sous le nom d'«aléa moral». Le rapport mentionne par ailleurs le fait que cette garantie rehausse la cote de la banque et réduit par voie de conséquence ses coûts de financement, ce qui est problématique pour la concurrence.

Au cas où le pire arriverait, les cantons seraient confrontés à des problèmes financiers

4 RS 101; art. 98 al. 1 Cst.

5 RS 952.0; art. 3a LB.

6 Lengwiler et Kilchoer (2018), 569 ss.

7 Finanz und Wirtschaft (2017).

8 Conseil fédéral (2017), 8 s./58 et 10 s./58.

considérables. Il est alors possible que certaines BC s'avèrent trop grandes pour être « sauvées » par leur canton, ce dernier n'ayant tout simplement pas les moyens de financer une telle opération.

En outre, les BC bénéficiant d'une garantie étatique jouissent d'un avantage concurrentiel injustifié par rapport aux banques privées. C'est notamment le cas en matière de financement propre, mais aussi auprès des clients. Il est admis que cela fausse la concurrence.

Incompatibilité avec le droit européen

Le débat en matière de politique européenne est aujourd'hui centré sur la question du rapport actuel et futur de la Suisse à l'Union européenne (UE) ainsi que sur l'avenir de l'approche bilatérale. Il est d'abord question d'un accord-cadre institutionnel, mais aussi d'une éventuelle ouverture en matière de services financiers, d'une grande importance aux yeux des milieux bancaires. Si le processus devait être mené à son terme, la Suisse devrait s'aligner sur le droit européen en matière d'aides publiques.

L'interdiction des aides publiques en vigueur dans l'UE s'appliquerait dès lors à la Suisse. Or, les garanties cantonales en faveur des BC ne sont pas conformes à cette règle⁹. Si cette problématique est connue depuis des années, c'est aujourd'hui seulement qu'elle entre dans une phase décisive. En conclusion, aucun des deux accords susmentionnés ne pourra être signé si la Confédération et les cantons insistent pour maintenir les garanties étatiques en faveur des BC.

Une transition difficile

Comme le relève l'artiste de cabaret Karl Valentin, « les pronostics sont difficiles, surtout lorsqu'ils concernent l'avenir ». Il est particulièrement difficile d'anticiper celui des garanties étatiques

dont bénéficient les BC, dans la mesure où l'enjeu revêt une importance primordiale dans l'architecture politique de l'État. On aborde en effet la question des rapports entre la Confédération et les cantons qui est au cœur du fédéralisme suisse. On peut notamment s'attendre à ce que les cantons ne renoncent pas de gaité de cœur aux revenus que leurs garanties génèrent.

Bien que ce ne soit pas leur seule conséquence, les garanties cantonales en faveur des BC ont encore un effet quelque peu « mystique », bien que ces règles particulières de droit cantonal n'aient probablement pas vocation à perdurer¹⁰. Du point de vue du droit fédéral, elles ne sont plus obligatoires aujourd'hui. En cas de négociations avec l'UE sur les accords évoqués plus haut, les garanties étatiques dont disposent actuellement les BC pourraient alors servir de « monnaie d'échange ».

Les opposants à une remise en question fondamentale des BC – qui serait également envisageable – devraient au moins céder sur la question des garanties cantonales. Ces dernières sont tout simplement néfastes économiquement : elles font courir un risque financier considérable aux 21 cantons concernés (et à leurs contribuables) et faussent la concurrence aux dépens des banques privées. Nous sommes d'avis que les garanties étatiques en faveur des BC doivent ainsi être abrogées, leur maintien ne se justifiant plus en Suisse à l'avenir.

⁹ Vögeli (2009), 226 ss et Hirsbrunner (2017), 65 s.
¹⁰ Voir Kunz (2013).



Peter V. Kunz

Directeur général de l'Institut de droit économique, décanat de la faculté de droit de l'université de Berne

Bibliographie

Conseil fédéral, *État et concurrence: impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels. Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats 12.4172 du Groupe libéral-radical du 13.12.2012 et 15.3880 Schilliger du 22.09.2015*, 2017.

Finanz und Wirtschaft. « Too big to fail in den Kantonen », 18 mars 2017.

Kunz Peter V., *Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht*, Berne, 2014.

Hirsbrunner Simon, « Könnte die Schweiz ein Verbot staatlicher Beihilfen verkraften? », *Zeitschrift für Europarecht*, 3, 2017.

Kunz Peter V., « Too Big to Fail (TBTF): Konzept der Gefahrenabwehr sowie der Rettung von systemrelevanten Finanzinstituten », *Jusletter*, 21 novembre 2016.

Kunz Peter V., « (V-)Erklärungen zu Kantonalbanken », *Aargauer Zeitung*, 21 juin 2013.

Lengwiler Christoph et Kilchoer Cyrill. « Kantonalbanken und die Staatsgarantie », *Krisenfest Schweizer Banken?*, Zurich, 2018.

Vogel Stefan, *Der Staat als Marktteilnehmer* (thèse), Zurich, 2000.

Vögeli Andreas, *Staatsgarantie und Leistungsauftrag bei Kantonalbanken* (thèse), Zurich, 2017.