

Peut-on améliorer la surveillance des banques cantonales?

Les banques cantonales chargées par la loi d'un mandat de desserte de base sont des entreprises publiques soumises à la surveillance prudentielle générale de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Finma). Lors de la crise financière, elles ont considérablement contribué à la stabilité de la place financière suisse, comme une sorte de «troisième force». Pour qu'il en reste ainsi, elles ont besoin d'une marge de manœuvre stratégique et des fonds propres concomitants. Élaborer une stratégie des fonds propres est donc une tâche à laquelle aucun canton ni conseil d'administration ne saurait se soustraire. Le présent article ne concerne pas la surveillance des banques cantonales par la Finma. Il s'intéresse plutôt aux défauts de la surveillance exercée par les cantons ou par l'organe directeur suprême.



En raison de leur mandat de prestations, de la garantie de l'État et des rapports de propriété, les banques cantonales dépendent de l'État bénéficiant d'une attention particulière de la part du grand public et des médias. Photo: Keystone

Les trois niveaux de surveillance

La surveillance des banques cantonales recouvre trois notions différentes:

1. La *surveillance prudentielle générale*, exercée par la Finma, à laquelle les banques cantonales sont soumises depuis le 1^{er} octobre 1999. Elles doivent toutes désormais bénéficier d'une autorisation d'exercer aux termes de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers et de la loi sur les banques. Les compétences de surveillance des marchés financiers étant réglées définitivement dans le droit fédéral, les cantons n'ont plus la moindre marge de manœuvre législative en la matière.



P^r Othmar Strasser
General Counsel, Banque cantonale de Zurich

2. La *surveillance exercée par les cantons en tant que propriétaires ou actionnaires majoritaires* de leur banque. Font en général l'objet de cette surveillance le mandat de prestations, la garantie d'État et la situation des fonds propres et des risques.
3. La *surveillance exercée à l'interne par le conseil d'administration ou de banque*, lequel assume les fonctions de direction suprême, contrôle et surveillance définies par le droit des sociétés anonymes.

Tâches et statut particuliers des banques cantonales (art. 98, al. 1 Cst.)

Entreprises de droit public, les banques cantonales sont entièrement ou majoritairement dominées par leur canton. Elles sont nées sur la base d'un acte fondateur de droit public et sont tenues par le droit cantonal – à une exception près (Saint-Gall) – de remplir un cahier des charges. Le statut de société anonyme aux termes des art. 620 ss., 762 ou 763 CO ne change rien à cet état de fait. À l'exception des cantons de Vaud et de Berne (ce dernier depuis le 1^{er} janvier 2013), les banques cantonales bénéficient d'une garan-

tie d'État, laquelle est limitée dans le canton de Genève et le sera peut-être dans celui de Saint-Gall. En tant qu'établissement de droit public, les banques cantonales jouissent d'un privilège d'exonération fiscale, au niveau tant fédéral que cantonal. La réduction à 12,5% du taux de fonds propres a été abolie au 1^{er} janvier 2010. En raison de leur mandat de prestations, de la garantie de l'État et des rapports de propriété, les banques cantonales dépendant de l'État bénéficient d'une attention particulière de la part du grand public et des médias, ce qui permet de les comparer aux sociétés cotées, même si elles n'ont pas le statut juridique de société anonyme cotée en Bourse.

Avec la soumission complète des banques cantonales à la surveillance de la Finma (obligation d'obtenir l'autorisation d'exercer comprise), la marge de manœuvre législative des cantons s'est amoindrie, encore qu'elle ait regagné en importance depuis la crise financière.

Particularités de la surveillance des cantons

Matériellement, la surveillance des cantons porte d'abord sur le mandat de prestations, à savoir l'obligation légale d'assurer la desserte de base de la population. Comme l'État est lié à son mandat légal, il ne peut pas réagir, en tant que propriétaire, avec la même souplesse qu'un particulier (actionnaire), parce qu'il ne dispose pas du moyen de pression que constituerait la vente de ses parts dans l'entreprise. Si l'on veut un exemple de contrôle et de surveillance particulièrement complet, on pourra consulter les directives du 24 février 2005 concernant la réalisation du mandat de prestations de la Banque cantonale de Zurich.

Du point de vue du risque, la garantie d'État liée au mandat de prestations constitue le plus gros problème à résoudre pour les cantons. C'est pourquoi le paragraphe 7 de la loi lucernoise sur la conversion et l'art. 9 de la loi saint-galloise sur la banque cantonale exigent par exemple de la banque des rapports réguliers sur la situation en matière de fonds propres et de risque, ainsi que sur les risques de responsabilité de l'État découlant de sa garantie. Dans d'autres cantons (Zurich, par exemple), le règlement des indemnités versées aux membres du conseil de banque est une prérogative du Conseil d'État. Pour les banques cantonales constituées en établissements de droit public, c'est en général au parlement cantonal qu'il incombe de prendre acte des comptes et du rapport annuel, d'en donner décharge et de fixer le montant du capital de dotation ou de parti-

icipation (Zurich, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, etc.).

L'élection des organes supérieurs de la banque est une compétence qui varie d'un canton à l'autre. Dans quelques-uns, elle appartient à l'exécutif, dans d'autres au législatif. Pour les banques cantonales constituées en SA selon les art. 620 ss. CO, les droits et devoirs incombant au canton sont assumés par le gouvernement (Berne, Lucerne, Saint-Gall, etc.).

La planification des fonds propres, un élément clé

La planification des fonds propres de la banque devrait être un élément clé de la surveillance cantonale. L'instrument approprié est une stratégie des fonds propres, qui doit être élaborée par le conseil d'administration dans le respect des conditions-cadres fixées par le canton. Les nouvelles prescriptions de la Confédération en matière de fonds propres ont donné davantage d'importance à leur planification et donc à la stratégie correspondante des banques cantonales, qui jouissaient jusqu'ici d'un taux de fonds propres extrêmement favorable. Une autre raison d'élaborer une stratégie des fonds propres tient à l'évolution même des budgets cantonaux.

Toute stratégie de développement et de croissance d'une banque restera lettre morte si les fonds propres requis manquent. Pour s'en procurer en toute autonomie, elle peut thésauriser ses gains, mais le procédé a évidemment ses limites. Si une banque cantonale a besoin de davantage de fonds propres, le canton doit être prêt à les lui fournir ou à l'autoriser à s'en procurer sur le marché des capitaux. Le canton ne peut prendre une telle décision que s'il a une vue exacte du rayon géographique et matériel envisagé, de la structure des rendements, du profil de risque et de l'utilisation des fonds. Il convient également d'évaluer la stratégie de croissance et de se demander de combien de fonds propres la banque d'un canton doit disposer librement pour préserver sa liberté d'action stratégique afin de pouvoir effectuer des investissements et exploiter les occasions qui se présentent. Les intérêts fiscaux doivent passer ici au second plan, car l'exécution du mandat de prestations est dans l'intérêt public et elle n'est pas motivée par la politique budgétaire. Enfin, la stratégie en matière de fonds propres soulève aussi des questions concernant la compensation de la garantie d'État et la répartition des bénéfices.

Une influence limitée de l'État

Les tâches citées ci-dessus sur la surveillance cantonale montrent que l'État se

réserve diverses possibilités d'exercer son influence. Encore faut-il qu'il reçoive de sa banque les informations nécessaires. Or la fourniture de renseignements de la banque au canton est limitée par le secret bancaire, celui des affaires, les normes sanctionnant les délits d'initiés et les prescriptions sur la publicité ad hoc. La transmission de telles informations confidentielles n'est possible que s'il existe une base légale suffisante ou un autre motif justificatif, et que les représentants du canton soient liés par le secret de fonction. L'influence de l'État peut d'ailleurs être encore limitée d'une autre manière. Si, par son intervention, celui-ci se comporte comme un organe de sa banque cantonale, cela soulève la question de sa fonction exacte et des responsabilités concomitantes. Quant aux banques cantonales constituées en SA, il faut garder à l'esprit que leur conduite exige le respect du principe de parité inhérent au droit de la société anonyme, qui postule impérativement une séparation des compétences entre l'assemblée générale et le conseil d'administration. Ce principe est cependant relativisé dans la mesure où l'État se réserve des compétences essentielles du conseil d'administration et où il intervient au-delà de celles qui lui ont été attribuées par l'assemblée générale. Il faudrait que là-dessus, la transparence la plus large possible règne.

Qui, du gouvernement ou du parlement, est responsable de la surveillance des banques cantonales?

On retiendra d'abord que la question de savoir qui est compétent pour surveiller les banques cantonales relève de l'autonomie des cantons et n'est pas l'affaire de la Finma; c'est, en tous cas, l'avis de cette dernière. La thèse défendue par de nombreux auteurs selon laquelle la surveillance politique et le contrôle du propriétaire devraient être confiés de préférence au gouvernement cantonal, parce qu'il serait mieux équipé que le parlement pour garantir un processus efficace de décision et de contrôle, ne peut être prouvée empiriquement. Rappelons que la grande majorité des banques cantonales à avoir subi des crises étaient des banques «gouvernementales» (Vaud, Soleure, Berne, etc.). Une autre affirmation impossible à prouver est que l'exécutif agirait de façon moins politique. La crainte, en particulier, que, lors de la répartition des bénéfices, le parlement ne mette plus de pression sur le conseil de banque ou d'administration que le gouvernement ne peut être démontrée, d'autant que les tentatives (unilatérales) de pression politique sont encore beaucoup plus concevables quand le directeur des finances

cantonales, par exemple, siège en même temps au conseil de banque. Il semble manifestement qu'on ait complètement oublié les cas où le gouvernement – ou certains de ses membres – ont donné directement des instructions à la banque dans les opérations courantes.

Il est incontesté que formuler une stratégie en matière de fonds propres nécessite des connaissances spéciales non seulement de la part de la banque, mais aussi de celle du canton. Il importe donc peu, en fin de compte, que ce soit le gouvernement cantonal ou le parlement qui s'en charge. Le facteur décisif est simplement que la représentation du canton soit en mesure de traiter d'égal à égal avec le conseil de banque ou d'administration et avec la direction en matière de fonds propres et de risque.

Si l'on compare les banques cantonales aux sociétés cotées, en particulier du fait de la responsabilité du canton vis-à-vis des engagements de sa banque, la légitimation politique et la transparence en matière d'influence constituent d'autres critères importants. Que le politique exerce une influence sur une entreprise publique est légitime et l'assise en sera plus large si la surveillance est assumée par le parlement, à condition toutefois que ce dernier dispose de l'expertise nécessaire, tout comme le Conseil d'État, d'ailleurs. Quelle est la meilleure solution? Impossible de généraliser, seul compte le résultat.

Exigences faites au conseil de banque ou d'administration en tant qu'organe de direction suprême, de surveillance et de contrôle

Selon l'art. 3, al. 2, let. c LB, l'autorisation pour une banque d'exercer son activité n'est accordée que «lorsque les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable». En d'autres termes, la règle «fit and proper» vaut également de façon illimitée pour les banques cantonales. Comme dans le cas de la surveillance cantonale, la composition du conseil de banque soulève la question de la légitimation politique. Il n'y a donc rien à objecter, de ce point de vue, à une composition (également politique) du conseil de banque, pour autant que les critères de la législation fédérale soient respectés. Il n'en va pas autrement de l'élection des juges: personne ne contestera sérieusement les cours composées sur une base partisane si les juges élus sont des professionnels indépendants à la hauteur de leur tâche. Il ne faut pas oublier non plus que certaines banques de droit pri-

Formuler une stratégie en matière de fonds propres nécessite des connaissances spéciales non seulement de la part de la banque, mais aussi de celle du canton. Il importe donc peu, en fin de compte, que ce soit le gouvernement cantonal ou le parlement qui s'en charge.



Photo: Keystone

vé «too big to fail» jouissent d'une garantie effective de l'État. Certes, après la crise d'UBS, la gouvernance de la banque a essuyé des critiques, mais le système de droit privé de nomination des administrateurs n'a pas été remis foncièrement en question.

Un exemple: les rapports en matière de risques

Ce constat autorise en fait à se demander s'il n'y aurait pas un potentiel général d'amélioration pour toutes les banques, et pas seulement pour les banques cantonales. Prenons une des leçons de la crise financière à titre d'exemple: on reconnaît généralement que, dans plusieurs cas, les risques ont été mal rapportés au conseil d'administration. On déplore en particulier que les informations sur les risques aient été filtrées avant d'atteindre l'organe de surveillance. Aussi réclame-t-on à juste titre que le «Chief Risk Officer» ait toujours un accès direct au conseil d'administration. Il en va de même du «General Counsel», selon les directives du Comité de Bâle. En d'autres termes, les rapports concernant le profil de risque d'une banque (y compris donc d'une banque cantonale) doivent être communiqués directement au conseil d'administration, sans avoir été filtrés par la direction. Cette règle doit s'appliquer à tous les types de risque, y compris ceux de «compliance» (cf. art. 3, al. 2, let. c LB). Relevons encore à ce propos les considérations de la Finma dans sa décision du 11.1.2010 (Bulletin Finma 1/2010, p. 109): dans les relations d'affaires, le comportement correct veut aussi [...] que la banque et ses collaborateurs ne s'exposent pas inutilement à des risques juridiques ou de réputation.

Dans plusieurs banques cantonales, le fait de rapporter directement au conseil de banque les risques en matière de «compliance» n'est pas encore la règle. Un sens mal compris de la hiérarchie peut parfois y faire obstacle, ce qui n'est pas pour corriger le poids excessif de la direction par rapport au conseil d'administration quand il s'agit de mettre en œuvre une surveillance interne efficace de l'entreprise.

Conclusion

Il est légitime qu'un canton exerce une influence politique sur sa banque si elle possède une assise large et transparente (dans les limites de la loi), comme dans une société cotée. Le dialogue entre banque et canton exige une base légale claire et doit être protégé par les clauses de secret correspondantes. Les rapports sur les risques doivent être transmis directement au conseil d'administration. ■