

Les banques cantonales : un équilibre permanent entre responsabilité et compétitivité

Prof. Dr. J.-B. Zufferey

Extraits de la conférence prononcée lors de l'assemblée générale de l'Union des banques cantonales suisses

1. Historique et fondements juridiques : quel chemin institutionnel parcouru !

Comprendre la situation actuelle exige de remonter à avant la loi sur les banques (1934) et même avant l'introduction du Code des obligations en 1881.

Les banques cantonales ont eu un statut particulier dès leur apparition : elles ont en effet été créées par l'Etat (canton) et pour l'Etat. Ce n'est pas un cas unique : les caisses d'épargne communales sont dans la même situation. Puisqu'on est à Fribourg, savez-vous qu'il existe une caisse d'épargne à Prez-Corserey-Noréaz, une en Singine, une à Vuisternens-devant-Romont et une à Siviriez, cette dernière ayant un statut de droit privé et une origine paroissiale ?

Pour les banques cantonales, ces dernières années ont été marquées par des bouleversements institutionnels très importants : 1) assujettissement progressif aux instruments ordinaires de la surveillance (réviseur externe, autorité fédérale) ; 2) privatisation sous toutes ses formes et degrés ; 3) hélas! disparitions, rachats.

Il en résulte aujourd'hui un paysage juridique nuancé, mais qui présente tout de même un *certain degré d'hybridité commun à toutes les banques cantonales* : (1) leur forme n'est pas celle de la société commerciale ordinaire ; ce sont souvent des sociétés anonymes de droit public où le législateur cantonal s'est permis de retoucher le régime du Code des obligations, ou alors des sociétés d'économie mixte (droit privé, mais actionnariat en main de l'Etat, avec ou sans représentation renforcée dans les organes). (2) Chaque banque cantonale est assujettie à une loi ad hoc qui régit sa création, son but (et donc aussi son changement de but), son organisation (et donc aussi le processus de nomination de ses organes). Cette loi fonctionne comme le véritable *baromètre* de la volonté du parlement cantonal à s'occuper de la banque.

Tout cela est lié à l'objectif statutaire de service public de ces banques.

2. Le (fameux) objectif de service public

Comme toutes les banques de droit public (p. ex. les caisses communales), la mission des banques cantonales est officiellement celle de service public. Les formulations à cet égard sont diverses, mais concordantes, très parlantes, voire parfois inquiétantes. *Exemples tirés des lois, statuts ou messages cantonaux* : « financer le développement et apporter un soutien à l'économie cantonale », « donner au canton une banque apte à encourager le développement

de la région », « le canton doit disposer de sa propre banque au service de la population et qui serve en premier lieu les intérêts de l'économie cantonale », « l'économie cantonale va mal, elle a besoin d'aide, seule une banque cantonale forte peut la lui prodiguer, elle constitue un bon instrument de relance et pourra venir en aide au canton et aux communes, à l'occasion des difficultés passagères de trésorerie » (!), « l'établissement (après fusion) est appelé à jouer un rôle de régulation et de stimulation dans l'économie du canton et de la région » ou encore « le but de la banque est de contribuer dans les différentes régions du canton, au développement harmonieux de toutes les branches de l'économie privée et au financement des tâches des collectivités et corporations publiques », « la banque a la mission de service public particulière de favoriser le développement social et économique du canton, dans l'intérêt de la collectivité », « la banque doit pourvoir aux besoins financiers de la population et lui fournir la possibilité de placements sûrs de son épargne et de ses capitaux. ».

Ces objectifs n'ont jamais été abandonnés, même au plus fort du débat sur la privatisation des banques cantonales, dans les années 90 (Nobel).

Ces objectifs ont toujours eu *un impact réel sur le business*, au jour le jour : (1) dans l'orientation des activités principales : Fribourg soulignait dans sa récente conférence de presse que la Banque accordait en 2005 plus de 8 milliards de prêts à l'immobilier et aux entreprises du canton. (2) dans la focalisation sur un rayon géographique particulier : ici, statuts en général pas très stricts : les opérations dans le canton doivent avoir la priorité. (3) dans les « missions subsidiaires » pour utiliser un concept que vous connaissez : reprendre les crédits en souffrance aux communes ou aux entreprises de type « remontées mécaniques ».

La question récurrente est ici celle de savoir si cette mission est pour les banques cantonales *un handicap et un anachronisme* : lors de la crise immobilière, beaucoup répondaient que oui, en invoquant la limitation imposée à un bassin économique déterminé, parfois « pauvre » et souvent peu diversifié, avec en plus une forte concurrence des autres banques puisque la mission des banques cantonales n'est assortie d'aucune clause d'exclusivité pour les affaires intéressantes. Comme toujours, les économistes ne sont pas d'accord entre eux (à l'égal des juristes). Il me semble que ces derniers temps – depuis la crise boursière des années 2000-2003 – les critiques se sont apaisées et qu'on met au contraire en exergue les *avantages* du statut des banques cantonales, leur magnifique implantation dans le territoire, leur judicieuse politique de risque prudente sur les marchés et leur savoir-faire dans les opérations de crédit plus traditionnelles. J'en conclus que la conjoncture influence les opinions à court terme, mais que sur le long terme le business model des banques cantonales a fait ses preuves et qu'elles ont leur rôle à jouer dans le système économique national.

Ces objectifs n'ont jamais empêché que les banques cantonales soient des banques universelles – raison pour laquelle la contribution de la banque à l'économie cantonale est souvent mentionnée comme un but « principal ». Ces objectifs représentent un danger pour la compétitivité et la rentabilité lorsqu'ils sont cités pour astreindre les établissements à une *éthique bancaire très particulière* : celle qui consiste à s'abstenir de financer des activités spéculatives qui seraient de nature à compromettre des intérêts publics majeurs (Message à l'appui d'une loi cantonale qui cite en exemple la spéculation immobilière sur les immeubles d'habitation ou les crédits à des entreprises qui polluent l'environnement). Au nom de cette « éthique cantonale » toujours, les employés devraient refuser tout avantage personnel et s'abstenir d'opérations boursières. Et les administrateurs ne devraient pas avoir des mandats personnels en plus pour la banque. Piste dangereuse ; où placer la limite ? Certaines auteurs estiment qu'il existe un droit fondamental de tout citoyen à disposer de services bancaires

minimums (affaire du client GSSA refusé). Les banques cantonales doivent-elles jouer ce rôle de garant ? De même, elles ne sont pas un instrument de développement durable, en tout cas pas au-delà de l'aspect économique de ce concept à la mode ; le développement durable est une tâche de l'Etat, non des banques cantonales.

3. Le corollaire du service public : la garantie de l'Etat

Là aussi tout a été dit ou presque. Comme vous le savez, les régimes de cette garantie sont variables suivant les cantons, en particulier dans l'étendue de la garantie. Lorsqu'elle existe, elle est considérée comme « la compensation que l'Etat doit accorder à la banque pour la tâche publique qu'il lui confie » (Conseil fédéral, rapport de mars 1995 sur le statut des banques cantonales). Le législateur cantonal a ici l'idée d'assurer à la banque « une dimension qui lui assure la confiance des épargnants et du monde économique ».

En littérature, on discute quantité de questions liées à cette garantie : sa nature, ses conditions, sa portée discriminatoire par rapport aux autres banques (débat lors du vote pour l'EEE). Une certitude en tout cas : *elle fonctionne*, comme on a pu (dû, hélas) le constater ces dernières années.

Il s'agit d'une « Bestandesgarantie », à savoir d'une obligation pour le canton de préserver non seulement les droits des clients privilégiés de la banque, mais encore de maintenir l'institution elle-même. Je ne connais pas de disposition légale plus claire et mieux formulée que l'art. 109 de la Constitution zurichoise : « *der Kanton betreibt eine Kantonbank* ». C'est ce que Kant appelait un impératif catégorique. Bien sûr on peut changer la loi, mais les parlements ont toujours ce genre d'idée après la catastrophe et le temps qu'ils se décident la catastrophe est déjà oubliée...

Si une telle obligation légale n'existe pas, elle est remplacée par une *obligation de fait* tout aussi efficace : le gouvernement cantonal se sent obligé de soutenir « sa » banque car elle est liée à la collectivité publique et il est le gérant des affaires du canton. J'en veux pour preuve que les agences de rating pose deux questions aux cantons : comment se portent vos caisses de pension ? et comment va votre banque cantonale ? Cette « Bestandesgarantie » pose un problème en cas de dommage pour le canton : un « dommage » est juridiquement une diminution involontaire d'un patrimoine. Le canton serait en peine d'alléguer un dommage si c'était volontairement qu'il intervenait au profit de sa banque.

La garantie n'est pas liée à la forme juridique de la banque. En effet, même si la banque est une société anonyme de droit privé, l'Etat sera interpellé en tant qu'actionnaire de référence : (1) l'autorité de surveillance accorde désormais à cela une attention accrue (à mentionner dans les rapports annuels). (2) Dans la perspective des conceptions modernes du « *factual necessity to help* » (*faktische Beistandspflicht*), les créanciers s'attendent à ce que le canton intervienne en cas de difficulté de sa banque car il est le partenaire fort et il y a communauté d'intérêts entre les deux. Sinon pourquoi autoriserait-on encore la banque à arborer l'enseigne qualificative de « cantonale » ? (3) Enfin, la jurisprudence a développé ces dernières années la théorie de la responsabilité pour la confiance (« *Vertrauenshaftung* ») ; cette théorie concerne les cas où l'entité prépondérante au sein d'un groupe donne aux tiers des signes sur la base desquels ces tiers sont en droit de conclure à un sauvetage en cas de difficulté. Les

commentaires les plus récents de la législation bancaire appliquent cette théorie à la garantie des cantons.

Enfin, on peut se demander si le *nouveau régime de protection des déposants* – avec le système de couverture jusqu'à 4 milliards et l'Association de garantie des déposants – ne rend pas la garantie cantonale obsolète. A mon sens, la réponse est non, et ce pour plusieurs raisons : non pas tellement pour des questions de rapidité ; en effet, la pratique a montré que les cantons étaient capables de mettre très rapidement sur pied des opérations de recapitalisation ou de valorisation des actifs, mais (1) parce que la garantie cantonale peut être illimitée – art. 3 Fribourg : « tous les engagements financiers de la Banque », et non pas seulement les dépôts privilégiés jusqu'à 30'000.-. (2) Parce que ce n'est pas seulement une garantie des créanciers, mais une garantie pour la Banque elle-même, ce qui en terme de « schadensminderungspflicht » est beaucoup plus efficace. (3) Et enfin, parce qu'il ne paraît guère réaliste d'imaginer un système de solidarité entre les cantons pour les engagements de leurs banques respectives.

4. Les banques cantonales sous l'angle de la surveillance

Même si désormais les banques cantonales sont devenues des banques comme les autres pour la CFB, elles conservent un certain nombre de *spécificités*. La CFB n'oublie pas qu'en vertu de l'art. 98 Cst., lorsque le législateur fédéral édicte les prescriptions relatives aux banques, il doit tenir compte de la réalité particulière des banques cantonales (« er trägt dabei der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung »).

C'est ainsi d'abord que le « climat » général de la relation entre la banque et l'autorité est imprégné de ce mécanisme rappelé de service public et surtout de garantie étatique. La mise en place d'opérations de secours (*lender of last resort*) reste (presque) toujours une solution à disposition : recapitalisation – ne serait-ce que passagère, outsourcing des crédits non performants avec garantie de l'Etat, pont de liquidité, etc. L'art. 13 de la loi sur la Banque cantonale de Fribourg prévoit ce qui suit : « Le Conseil d'Etat garantit son assistance administrative pour assurer l'exécution des décisions et mesures prises par la Commission fédérale des banques ».

Il serait cependant faux d'en déduire que la CFB applique aux banques cantonales un standard de surveillance différent. J'en veux pour preuve les illustrations suivantes :

1. Ce sont les critères ordinaires qui s'appliquent pour dire si oui ou non une banque génère un risque systémique. Et dans la très grande majorité des banques cantonales, la réponse est non.
2. A part le rabais sur les fonds propres – et vous savez que ses jours sont comptés – la CFB ne tient pas compte de cette garantie sous-jacente. La CFB ne va donc pas non plus se mêler de définir les caractéristiques de cette garantie (rémunération) ou encore ce que la banque doit faire avec les 50 mios de fonds propres environ que la CFB décide de libérer. La banque doit pour elle-même avoir son niveau adéquat de fonds propres, son organisation, son risk management et son système de contrôle. C'est ainsi que lorsque la CFB se demande si le marché de l'immobilier connaît une nouvelle surchauffe, elle interroge de manière privilégiée les banques cantonales.

3. Aucune ingérence de la CFB dans la législation à l'origine de l'organisation de la banque, aussi longtemps que cette organisation est adéquate et que le réviseur l'atteste. Tout au plus, la CFB fera-t-elle des suggestions au législateur pour qu'il tienne compte des normes modernes de corporate governance. Un élément-clé est assurément la possibilité pour la banque de se doter d'administrateurs compétents.
4. Aucun appel direct à l'actionnaire, sauf dans le cas du lender of last resort. C'est donc avec les organes de la banque que la CFB discute. Et elle ne va certainement pas leur prescrire de business model (par exemple dans le private banking ou le négoce de matières premières) aussi longtemps que la banque a les moyens et l'organisation adéquats.
5. La CFB ne mène aucune politique structurelle. C'est ainsi qu'il ne lui appartient pas d'évaluer la rentabilité des banques cantonales ; elle sait que le cost/income ratio ne saurait être le seul critère d'efficacité, en lien avec le service public. De même la CFB n'a-t-elle pas à prescrire une solution informatique plutôt qu'une autre, ou pire encore à prendre des initiatives pour provoquer des coopérations, des alliances, répartir des marchés géographiques ou protéger des positions contre la concurrence de la banque cantonale du canton voisin. Ce serait tout simplement contraire à la Constitution fédérale à la base de notre Etat fondé sur l'économie de marché.

Dans ce contexte, on peut se demander quel doit être le *rôle dévolu à votre Union des banques cantonales*, si vénérable puisque pratiquement centenaire. La concurrence accrue entre les banques cantonales fait que l'association n'est peut-être plus aussi représentative que ce qu'elle fut. On ne saurait la comparer à ce qui vaut au sein de la famille Raiffeisen. Certains disent même que « banque cantonale » n'est plus véritablement une marque. Pourtant, je tiens à dire ici que la CFB compte toujours sur votre Union comme sur un partenaire. Pour deux raisons au moins : (1) même si le législateur n'a pas instauré de véritable auto-régulation en matière bancaire, la concertation est un modèle de réglementation très ancré dans la culture suisse. A cet égard, l'Union est un relais de l'opinion de ses membres. Exemple : à propos de la nouvelle circulaire sur l'organisation interne, la CFB a récemment pu demander à l'Union de lui proposer une solution pour le problème de la représentation des cantons dans les conseils d'administration en lien avec l'obligation d'indépendance de ces derniers. (2) Les rencontres avec l'Union permettent d'avoir un contact avec un caléidoscope des banques cantonales – géographiquement et économiquement – ce qui procure à la CFB une source de renseignements de première main ; à cet égard, la cohésion entre les membres de l'Union n'est pas nécessaire, au contraire la diversité fait sa richesse.

5. (Dé- / re-) politisation

Le mouvement de balancier est permanent. Il me semblait, ces quinze dernières années, que le politique avait compris où était son intérêt et avait accordé une certaine indépendance aux banques cantonales. Ainsi : professionnalisation évidente des organes ; forte réduction des représentants des gouvernements, en tant qu'actionnaire, politique très raisonnable dans la distribution du bénéfice, mise en place d'une surveillance indépendante.

On peut aujourd'hui se demander si *le balancier ne revient pas dans l'autre sens*. Je m'en inquiète quand je vois les développements suivants : impossibilité pour la banque de gérer ses

coûts de personnel et de guichets comme elle le voudrait ; le parlement se mêle de conseiller la banque dans sa façon de gérer son financement, ou encore de fixer le salaire de ses dirigeants (pour les traiter comme des fonctionnaires du canton); des interpellations au Grand Conseil sont lancées aussitôt que la presse renifle une affaire possible et le gouvernement doit se justifier ; la banque est prise à partie dans les problèmes que connaissent les caisses de pension publiques.

Plus inquiétant encore, ce que la NZZ appelait récemment les « nouvelles convoitises » : trois années très profitables donnent des idées : rémunération du capital de dotation, intérêts sur la garantie, « zusätzliche Gewährsträgerablieferung auf der Basis des Betriebsergebnisses », politique de dividende plus généreuse ou contributions directes pour financer des politiques publiques (par exemple des rabais d'impôts) voire toutes sortes de tâches publiques ponctuelles (campagne de prévention des maladies à Neuchâtel, fonds pour les catastrophes naturelles à Uri, Zürcher Blasmusikverband). Ces objets en soi très louables sont-ils bien l'apanage des banques ? N'est-ce pas contradictoire que mieux la banque se porte, plus elle doit payer cher sa garantie ? Ne devrait-on pas plutôt laisser la banque constituer des réserves afin justement d'éviter que lors du prochain cycle économique, elle n'ait pas à faire appel à la garantie ?

6. Conclusion : et l'avenir ?

Trois slogans :

1. Les banques cantonales sont avant tout des « *banques* », avec leur logique industrielle, leurs clients, leurs risques, leur personnel et leurs managers. A observer les problèmes qu'elles rencontrent, il ne me semble pas que cela soit fondamentalement différent des autres banques.
2. Si elles ont une spécificité, c'est par contre qu'elles sont « *cantonales* ». Ce label se justifie aussi longtemps qu'il correspond à une mission particulière. Et ici, on ne saurait nier leur rôle économique (peut-être même anti-cyclique), social, culturel et politique (dans le bon sens du terme), voire même affectif. Il serait dommage que les banques cantonales désirent n'être que des banques comme les autres.
3. Dans cette perspective, ma suggestion est la suivante : *laissons les travailler*, avec la tranquillité nécessaire, mais aussi le sérieux nécessaire. Assurément, elles savent que le meilleur moyen d'éviter toute nouvelle réglementation et toute intervention de l'autorité, c'est que tout aille bien...

Je vous remercie de votre attention.

Jean-Baptiste ZUFFEREY, mai 2006