
Gouvernance des groupes bancaires d'importance systémique mondiale

Isabelle ROMY

Avocate et professeure à l'Université de Fribourg et à l'École polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL)

Table des matières

I.	Introduction.....	60
II.	Évolution du cadre réglementaire et du cercle des acteurs de la gouvernance d'entreprise bancaire	62
	A. Droit de la société anonyme	62
	B. Droit des marchés boursiers.....	63
	C. Droit bancaire.....	64
	D. Observations intermédiaires	67
III.	Points essentiels du régime <i>Too big to fail</i>	68
	A. Introduction et bases légales.....	68
	B. Grandes lignes du régime TBTF suisse	70
	1. Généralités	70
	2. Plan de stabilisation, plan de liquidation et plan d'urgence	70
	3. Fonds propres, liquidités et répartition des risques	72
	4. Exigences supplémentaires pour les banques d'importance systémique mondiale.....	74
	a) TLAC	74
	b) Single Point of Entry	74
	c) Coordination entre les autorités de surveillance (Crisis Management College).....	75
	C. Régime TBTF et son impact sur la structure du groupe <i>UBS</i>	76
IV.	Régime TBTF et son impact sur la gouvernance du groupe d'importance systémique mondial	80
	A. Nouvelle dimension du paradoxe du groupe pour les banques d'importance systémique mondiale ?.....	80
	B. Indépendance accrue des filiales importantes du groupe bancaire d'importance systémique mondiale	81
	C. Besoins de communication et de coordination accrus entre les sociétés du groupe.....	83
	D. Risque accru de conflit d'intérêts entre les filiales et la société-mère.....	83
	E. Risque accru de conflit d'intérêts entre les autorités de surveillance nationales.....	84
V.	Remarques finales.....	84

I. Introduction

La crise financière de 2007-2008 a notoirement contraint plusieurs États, dont la Suisse, à secourir les banques « trop grandes pour être mises en faillite » (*too big to fail*, TBTF), c'est-à-dire celles dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier national et international. En réaction à cette situation, la nécessité s'est faite sentir tant au plan national qu'international de réglementer davantage les banques reconnues « d'importance systémique », ceci en vue d'éviter le recours à une intervention de l'État au détriment d'un mécanisme de sanction inhérent au marché¹.

Il convient à cet égard de distinguer d'une part les banques d'importance systémique globale ou mondiale (« *global systemically important banks* », G-SIB), dont la défaillance non ordonnée serait susceptible de menacer la stabilité financière mondiale, qui sont désignées comme telles par le Conseil de stabilité financière (CSF)². Il s'agit en Suisse des deux grandes banques *UBS* et *Credit Suisse*³, lesquelles doivent respecter certains principes internationaux (en plus des exigences posées par la réglementation suisse).

D'autre part, la Banque nationale suisse désigne les banques d'importance systémique (« *domestic systemically important banks* », D-SIB) pour la Suisse. Ces banques sont soumises à des exigences plus strictes que les banques ordinaires mais moins sévères que les banques d'importance systémique mondiale ; il s'agit pour l'heure de *PostFinance*, de *Raiffeisen* et de la *Banque cantonale zurichoise* (ZKB)⁴.

La Suisse a été le premier pays à mettre en œuvre, dans la loi fédérale sur les banques, le régime dit *too big to fail* (ci-après : régime TBTF) sur la base des exigences internationales du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Bâle III) et les recommandations du Conseil de stabilité financière, qu'elle a

¹ Message TBTF 2011.

² Art. 124a al. 1 OFR.

³ Cf. Rapport BNS Stabilité 2019, p. 13 : « La catégorie des grandes banques comprend le *Credit Suisse* et *UBS*. Il s'agit de banques universelles qui opèrent à l'échelle internationale, exercent une importante activité de banque d'investissement et jouent un rôle de premier plan dans la gestion de fortune. Comme elles sont axées sur l'international, leur bilan est composé à hauteur de 70 % d'actifs étrangers. Elles ont toutes deux été caractérisées par le Conseil de stabilité financière (CSF) comme établissements bancaires d'importance systémique mondiale (EBISm). En outre, elles sont essentielles à la stabilité financière en Suisse. La BNS les a donc désignées comme banques d'importance systémique. Chacune possède une part de marché d'environ 15 % dans les activités de crédit et de dépôt en Suisse, et une exposition globale avoisinant 130 % du PIB. ».

⁴ Rapport FINMA resolution.

même dépassées sur certains points⁵. L'objet de cette nouvelle réglementation est connu : il s'agit de renforcer la stabilité du secteur financier et d'assurer le maintien des fonctions systémiques, à savoir les opérations de dépôt et de crédit ainsi que le trafic des paiements nationaux (art. 8 LB), en vue d'éviter le recours à une garantie implicite de l'État pour les établissements d'importance systémique.

Si les buts sont clairement posés, la mise en œuvre de ce régime est en revanche complexe et inclut de nombreuses mesures prudentielles et structurelles en évolution constante. Par ailleurs, le régime TBTF a un impact important mais encore peu examiné et discuté en doctrine sur la structure et la gouvernance des groupes bancaires qui lui sont soumis. Les développements survenus ces vingt dernières années en matière de gouvernance d'entreprise ont montré que la notion de gouvernance évolue rapidement et qu'elle est « à géométrie variable ». Les principes de bonne gouvernance qui servaient à l'origine à réglementer de manière équilibrée les relations entre le conseil d'administration et la direction, dans l'intérêt des actionnaires⁶, ont été progressivement étendus à la prise en compte des intérêts d'autres parties prenantes (investisseurs sur le marché des capitaux, actionnaires, employés, entreprise elle-même).

Or cette évolution modifie parfois subtilement l'équilibre des forces au sein et à l'extérieur de la société, ce qui à son tour influence l'efficacité de la surveillance et les *checks and balances* que les principes de bonne gouvernance visent précisément à garantir. Ces changements sont particulièrement incisifs pour les banques soumises au régime TBTF.

La présente contribution offre quelques réflexions sur l'incidence du régime TBTF sur la structure juridique et la gouvernance des groupes bancaires d'importance systémique globale. Limités aux grands groupes bancaires suisses, ces développements sont néanmoins susceptibles de revêtir un intérêt général tant il est vrai que la réglementation du secteur bancaire sert parfois de précurseur aux autres industries.

Avant de décrire les aspects importants de ce régime (*infra* III) et d'apprécier son impact sur la structure et sur la gouvernance des groupes bancaires d'importance systémique mondiale (*infra* IV), il convient de brièvement retracer l'évolution du cadre réglementaire et du cercle des acteurs de la gouvernance, afin de mieux mesurer les changements induits par ce nouveau régime (*infra* II). Nous formulerons ensuite quelques remarques conclusives (*infra* V).

⁵ Message TBTF 2011, p. 4376.

⁶ Cf. Code suisse de bonnes pratiques 2002.

Finalement, il nous importe de souligner que cette contribution se fonde sur les observations et réflexions personnelles tirées de notre expérience au sein du conseil d'administration du groupe *UBS* de 2012 à 2020 et que toutes les informations ici mentionnées sur ce groupe sont de source publique.

II. Évolution du cadre réglementaire et du cercle des acteurs de la gouvernance d'entreprise bancaire

Les règles de gouvernance d'entreprise (au sens large) applicables aux banques suisses, qu'elles soient ou non d'importance systémique, sont multiples. Outre les dispositions générales du Code des obligations, les banques sont régies par des lois spéciales qui posent des prescriptions spécifiques en matière de gouvernance. Ces bases légales et réglementaires sont censées connues. Néanmoins, pour la bonne compréhension de l'analyse qui suit, nous en effectuerons un bref rappel.

A. Droit de la société anonyme

Les articles 715a, 716a et 716b CO introduits dans le Code des obligations lors de la révision de 1991⁷, constituent le noyau dur de la gouvernance des sociétés anonymes. Ces dispositions fondamentales définissent la structure dirigeante de la société et ont pour but de garantir des rapports équilibrés de contrôle et de gestion entre le conseil d'administration d'une part, et la direction d'autre part, dans l'intérêt des actionnaires⁸.

Depuis l'entrée en vigueur de ces règles fondamentales en matière de gouvernance, plusieurs dispositions ont été adoptées en vue d'accroître la transparence du fonctionnement interne de la société, remédier ainsi aux éventuels conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration et de la direction et renforcer les pouvoirs de contrôle des actionnaires⁹. Ainsi, le législateur a inscrit dans la loi et a élargi le champ d'application des prescriptions sur la transparence publiées par la bourse suisse sur la base de ses compétences d'autorégulation (voir *infra* B.) en édictant les articles 663b^{bis} et 663c alinéa 3 CO entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Ces dispositions imposent aux sociétés cotées l'obligation d'indiquer dans l'annexe au bilan le montant global des indemnités versées au conseil d'administration et à la direction, la somme perçue par chacun des membres du conseil, la somme

⁷ RO 1992 733 ; FF 1983 II 757.

⁸ Cf. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, N 209 ss.

⁹ Message Modification CO – Transparence, p. 4226.

perçue par le membre de la direction dont la rémunération était la plus élevée ainsi que les participations et droits de conversion et d'option détenues par les membres du conseil d'administration et de la direction.

L'ORAb, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014¹⁰, a renforcé davantage encore les pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires en lui transférant les droits qui appartenaient jusqu'alors au conseil d'administration. Ainsi, l'assemblée générale a désormais le droit intransmissible d'élire le président du conseil et les membres du comité de rémunération, d'élire le représentant indépendant et de voter les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 2 ORAb). Par ailleurs, l'ordonnance impose une durée de fonction d'une année (réélection possible) pour tous les membres du conseil d'administration et le représentant indépendant et limite le nombre de mandats des membres du conseil. Le conseil d'administration est tenu d'établir annuellement un rapport de rémunération qui contient les indications énumérées aux articles 14 à 16 de l'ordonnance et qui remplace les indications dans l'annexe au bilan visées par l'article 663b^{bis} CO susmentionné. L'ORAb interdit le versement de certains types d'indemnités au conseil d'administration, à la direction et au conseil facultatif et impose des obligations de voter et de communiquer aux institutions de prévoyance (art. 22 et 23), le tout sous menace de sanctions pénales.

B. Droit des marchés boursiers

Le droit des marchés boursiers complète le régime du Code des obligations lorsqu'il existe un besoin accru de protection des investisseurs. Depuis 1995, la LBVM, remplacée partiellement par la LIMF, s'applique comme *lex specialis* aux établissements bancaires et négociants en valeurs mobilières. Ces deux lois visent à assurer l'égalité de traitement des investisseurs, la protection des participants aux marchés financiers et le bon fonctionnement des marchés, tous buts qui rendent nécessaire une transparence accrue quant au fonctionnement des infrastructures et des sociétés qui leur sont soumises.

Ce droit est fortement empreint du principe de l'autorégulation inscrit dans la loi¹¹ (art. 4 LBVM ; art. 27 LIMF) et dès 2002, la Bourse suisse (*SIX Swiss Exchange*) a publié des directives en vue d'accroître la transparence en matière de gouvernance des sociétés cotées. La Directive sur la gouvernance d'entreprise (« *Directive Corporate Governance* ») a été publiée le 17 avril

¹⁰ RS 221.331.

¹¹ Le principe d'autorégulation consacré par le droit boursier vise notamment à assurer une réaction rapide et flexible en cas d'évolution institutionnelle et technique sur les marchés financiers : Message LBVM, p. 1283.

2002, celle sur la publicité des transactions du management le 1^{er} juillet 2005. Ces directives constituaient le premier corps de règles contraignantes en la matière applicables aux sociétés cotées en bourse. Elles imposent à ces dernières l'obligation de fournir de manière transparente et de façon compréhensible des informations clés sur l'entreprise, telles que la composition du conseil d'administration et de chaque comité, ses attributions et la délimitation de ses compétences (par exemple, le nombre de réunions, leur fréquence, leur durée). Ces informations permettent aux investisseurs de comprendre comment le conseil d'administration s'acquitte de ses tâches de contrôle des activités de la direction et les renseigne sur le contenu et les procédures de fixation des rémunérations et des programmes de participation.

Ces directives ont été révisées à diverses reprises depuis lors.

Par ailleurs, *Economiessuisse* a élaboré le Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise du 25 mars 2002, qui adresse des recommandations en premier lieu aux sociétés cotées en bourse ainsi qu'aux sociétés importantes non cotées. Ce Code est révisé régulièrement (2007, 2014, 2016).

C. Droit bancaire

Le droit bancaire contient également des règles de gouvernance qui se superposent aux exigences fondées sur le Code des obligations et le droit des marchés financiers, voire les remplacent.

L'indépendance des administrateurs, qui vise à garantir le bon fonctionnement des tâches de surveillance et de contrôle, constitue la clé de voûte de la gouvernance bancaire. La gestion doit impérativement être déléguée et les membres du conseil d'administration ne sauraient faire partie de l'organe responsable de la gestion (art. 11 al. 2 OB).

Par ailleurs, les exigences en matière d'indépendance se sont renforcées au cours des années et varient selon les places financières et la réglementation boursière applicable. La bourse de NYC exige par exemple que tous les membres du comité d'audit (de toute société cotée) soient indépendants en ce sens qu'ils ne font pas partie de la direction ou ont quitté leur éventuelle fonction au sein de la direction depuis trois ans au moins et n'entretiennent aucune relation d'affaires avec la société ou des relations inférieures aux montants fixés dans ses règles¹². La Circulaire de la FINMA « Gouvernance d'entreprise-banques » 17/1, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2017, prévoit quant à

¹² *NYSE Listed Company Manual* (2009 et 2013) (<https://nyse.wolterskluwer.cloud/listed-company-manual>, consulté le 14 août 2020, Art. 303A.01 dans section 3, *Corporate Responsibility* ; cf. aussi ZEN-RUFFINEN/BAUEN, p. 413 ss.

elle que l'organe responsable de la haute direction est composé pour un tiers au moins de membres indépendants au sens des chiffres 17 à 25, c'est-à-dire qui n'occupent pas ou n'ont pas occupé de fonction dans l'établissement au cours des deux dernières années. La majorité des membres du comité d'audit et du comité des risques doivent en principe être indépendants (ch. 33).

Quand bien même légitime, l'exigence d'indépendance présente un certain nombre de difficultés qui peuvent affecter l'efficacité du travail du conseil d'administration. Ainsi, les membres indépendants exercent par définition leur fonction à temps partiel, quand bien même ils doivent se « *tenir prêts à assumer durablement un rythme de réunions supérieur à la normale en cas de situation de crise ou d'urgence* » (ch. 26 de la Circulaire FINMA 17/1). Ils n'ont pas d'accès direct et indépendant à l'information, préparée par la direction, et n'ont pas de connaissance approfondie de l'entreprise « de l'intérieur », ce qui entraîne une asymétrie d'information par rapport à la direction¹³.

La crise financière de 2007-2008 a fait apparaître des lacunes et défaillances en matière d'évaluation et de gestion des risques au niveau du conseil d'administration et de la direction générale des banques. L'OCDE, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et le G20, notamment, ont révisé leurs principes et recommandations afin de renforcer les prescriptions en matière de gouvernance des banques. L'accent a été mis non pas sur le renforcement des droits des actionnaires mais bien sur la gouvernance interne en matière de contrôle des risques et de politiques de rémunération et de surveillance exercée par le conseil d'administration sur la direction générale¹⁴. Ce mouvement a également conféré un pouvoir accru aux autorités de surveillance, qui s'immiscent davantage dans l'organisation structurelle des banques.

La Circulaire FINMA 2017/1 qui se fonde sur les principes et recommandations des organisations précitées, illustre bien cette évolution. Cette circulaire a pour objet de préciser les exigences en matière de gouvernance d'entreprise, de gestion des risques, de système de contrôle interne et de révision interne des établissements au sens de l'article 3c alinéas 1 et 2 LB. Elle décrit de manière très détaillée les rôles et tâches respectifs de « l'organe responsable de la haute direction », soit le conseil d'administration dans une société anonyme. Elle impose en particulier un comité des risques obligatoire et séparé du comité d'audit pour les banques des catégories de

¹³ Ces difficultés sont bien connues. Cf. notamment LOMBARDINI, p. 8 s. ; BÖCKLI, *Corporate Governance*, p. 6 ; BLANC, p. 131 ss.

¹⁴ Parallèlement à ce renforcement des exigences imposées au conseil d'administration, la responsabilité personnelle des membres du conseil d'administration s'accroît. Au Royaume-Uni p.ex., le *Senior Managers and Certification Regime* du 7 mars 2016 prévoit notamment une responsabilité personnelle spécifique pour le/la président/e du comité des risques et du comité d'audit (<https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/authorisations/senior-managers-regime-approvals>, consulté le 11 août 2020).

surveillance 1 à 3 et décrit précisément et de manière très prescriptive les tâches de chacun de ces comités, ainsi que du système de contrôle interne et de la révision interne. Elle prévoit également que le *Chief Risk Officer* (CRO) doit être membre de la direction pour les établissements d'importance systémique (ch. 68).

Cette répartition des compétences entre les comités d'audit et des risques a le mérite de la clarté mais reste quelque peu superficielle. Elle soulève en outre des difficultés pratiques et organisationnelles non négligeables. La fragmentation des tâches rend nécessaire de délimiter précisément les compétences et les objets traités par chaque comité, ceci afin d'éviter aussi bien des duplications que d'omettre certains thèmes. De plus, l'exigence de coordination entre ces deux comités ainsi qu'avec celui de rémunération s'accroît dès lors que certains risques juridiques, opérationnels ou de compliance concernent le champ de compétences de chacun de ces comités, ce qui rend nécessaire la tenue de sessions communes. La coordination est également assurée grâce aux contacts réguliers entre les présidents de ces comités.

Par ailleurs, la répartition des tâches entre ces comités conduit à une fragmentation de l'information entre ces derniers, d'une part, ainsi qu'avec les membres du conseil d'administration qui ne siègent pas dans lesdits comités, d'autre part. Il est par conséquent essentiel de s'assurer que tous les membres du conseil d'administration aient accès aux documents et aux procès-verbaux des séances des comités et puissent être informés de manière adéquate lors des séances du conseil *in corpore*, sans toutefois dupliquer le travail d'analyse effectué au sein des comités. L'information doit être adéquate également en vue de permettre une discussion fondée et d'éviter que les administrateurs qui ne sont pas membres de ces comités se contentent d'approuver quasi-automatiquement les recommandations des comités spécialisés.

Finalement, ces exigences conduisent à un professionnalisme accru des comités dits techniques ; cette spécialisation est sans doute nécessaire au vu des devoirs de surveillance qui leur incombent et de la technicité des questions examinées. Elle comporte toutefois le risque de créer deux catégories de membres et un conseil « à deux vitesses », ce qui n'est pas souhaitable au vu des tâches de surveillance et de contrôle qui incombent au conseil d'administration *in corpore*. Là également, une information adéquate et régulière de tous les membres du conseil en vue d'une discussion et d'une prise de décision par le conseil en plénum est indispensable.

D. Observations intermédiaires

Ce bref aperçu de l'évolution survenue ces dernières années en matière de gouvernance des banques nous permet d'énoncer quelques remarques sur l'état des lieux actuel.

Les rôles et compétences des divers acteurs de la bonne gouvernance d'entreprise se modifient. Conçues à l'origine pour promouvoir et garantir un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle, tout en améliorant la transparence, dans l'intérêt des actionnaires, les règles de gouvernance visent désormais un cercle bien plus large de personnes intéressées et parties prenantes. Ce cercle inclut les représentants indépendants, les conseillers de vote, les employés, les créanciers, et selon les buts même du régime TBTF, la collectivité et les contribuables.

La définition suivante énoncée par l'OCDE dans ses Principes de gouvernance d'entreprise de 2015 permet de mesurer le chemin parcouru ces dernières années : « *La finalité de la gouvernance d'entreprise est de contribuer à instaurer le climat de confiance, de transparence et de responsabilité indispensable pour promouvoir les investissements à long terme, la stabilité financière et l'intégrité dans les affaires, trois facteurs favorables à une croissance plus forte et à l'édification de sociétés plus inclusives* ».

Cette évolution paraît inéluctable au regard des crises passées et des changements rapides de société et elle va probablement se poursuivre. Elle ne doit toutefois pas oblitérer le fait que l'élargissement du cercle des parties prenantes à la bonne gouvernance et chaque modification des prérogatives octroyées à l'une d'entre elles influence, parfois subtilement, l'équilibre des forces ainsi que le système de *checks and balances* existant et fait apparaître de nouveaux déséquilibres et conflits d'intérêts potentiels. Le rôle accru conféré aux représentants indépendants sans obligation de transparence correspondante lorsqu'ils offrent des prestations de conseils aux émetteurs, qui a suscité de nombreux appels à légiférer, en témoigne¹⁵.

¹⁵ La motion parlementaire 19.4122 intitulée « Conseillers en vote et sociétés anonymes cotées en Bourse. Rendre publics et prévenir les conflits d'intérêts » a été déposée en septembre 2019 par le Conseiller aux États Thomas Minder. Elle demande au Conseil fédéral de « *soumettre au Parlement une modification législative (p.ex. une modification de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers) visant à rendre publics et à prévenir les conflits d'intérêts dans lesquels peuvent se trouver les conseillers en vote (« proxy advisors ») actifs auprès de sociétés anonymes cotées en Bourse. Il tiendra compte des développements internationaux dans ce domaine* ». Cette motion a été acceptée par le Conseil des États en décembre 2019 et par le Conseil national en juin 2020.

Un autre exemple nous est offert par le transfert de certaines compétences du conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires mis en place par l'ORAb, lequel n'a pas mis un terme aux discussions, dans le public, sur les rémunérations considérées comme abusives des dirigeants d'entreprise. En revanche, ce transfert de compétences réduit les prérogatives du conseil, ce qui pourrait entraver l'efficacité de ses tâches de surveillance vis-à-vis de la direction.

Le régime TBTF a également des incidences importantes sur la gouvernance des groupes bancaires, comme exposé ci-après.

III. Points essentiels du régime *Too big to fail*

A. Introduction et bases légales

La Suisse a rapidement tiré les leçons de la crise financière en mandatant une commission d'experts en 2009 et en élaborant un projet de loi sur le renforcement de la stabilité du secteur financier *too big to fail* en 2011¹⁶. La Suisse a pris en compte les standards internationaux énoncés par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Bâle III) et les recommandations du Conseil de stabilité financière (applicables aux banques d'importance systémique mondiale)¹⁷, et les a même dépassés (*Swiss finish*) à certains égards¹⁸.

Sur cette base, la LB a été révisée pour y introduire la définition des banques d'importance systémique (art. 7 et 8 LB) ainsi que les quatre mesures-clés suivantes (art. 9 LB) : (1) renforcement de la base de fonds propres, (2) durcissement des exigences en matière de liquidités, (3) meilleure diversification des risques destinée à réduire les interdépendances dans le secteur bancaire et (4) adoption de mesures organisationnelles sous la forme d'un plan d'urgence visant à garantir le maintien des fonctions d'importance systémique (par exemple les services de paiement) même en cas de menace d'insolvabilité¹⁹.

¹⁶ Message TBTF 2011, p. 4365 ss.

¹⁷ Peu de temps après la crise financière, le CSF a commencé à élaborer des standards internationaux en matière de préparation et de gestion de crise et en 2011, il a publié les « *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* ». Ceux-ci font aujourd'hui figure de standards mondialement reconnus en matière de corpus de règles dans le domaine de la *resolution*, dont la mise en œuvre est aussi attendue de la Suisse en tant que membre du CSF : cf. Rapport FINMA *resolution*, p. 8. Quant aux « *Principles on Loss-absorbing and recapitalisation capacity of G-SIBs in Resolution TLAC Term Sheet* », ils ont été pris en compte dans l'OFR.

¹⁸ Message TBTF 2011, p. 4376.

¹⁹ Message TBTF 2011, p. 4365.

Cette modification de la loi sur les banques en vigueur depuis le 1^{er} mars 2012 a été suivie d'une première révision que le Conseil fédéral a mise en vigueur le 1^{er} juillet 2016 (« TBTF2 »)²⁰.

En outre, des dispositions particulières applicables aux banques d'importance systémique ont été insérées dans les principaux textes suivants :

- Le chapitre 7 intitulé « Dispositions spéciales applicables aux banques d'importance systémique » a été inséré dans l'OB en 2014 et a été révisé en 2016 ;
- L'OFr inclut un titre 5 sur les dispositions applicables aux banques d'importance systémique, qui a été modifié en 2016 et en 2018²¹. En outre, conformément aux prescriptions du CSF, le Conseil fédéral a lancé en avril 2019 une consultation sur un projet de révision de l'OFr visant à garantir une capacité suffisante d'absorption des pertes *gone concern*, en particulier au niveau des maisons mères et des entités suisses qui exercent des fonctions d'importance systémique²².
- L'OLiQ contient un chapitre 4 sur les banques d'importance systémique (révisé en 2014 et 2017) ;
- L'OIB-FINMA a été adoptée en 2012 et révisée en 2017²³.

Une nouvelle révision partielle de la loi sur les banques est actuellement en cours et vise à inscrire certaines réglementations essentielles à la mise en œuvre d'une *resolution* dans la loi plutôt que dans l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire, pour des raisons de sécurité juridique²⁴. Il s'agit notamment de transférer dans la loi le traitement des prétentions des propriétaires et des créanciers lors de l'assainissement d'une banque, et

²⁰ Cf. BAHAR, p. 623 s.

²¹ RO 2016 1725 et RO 2018 5241.

²² Rapport Modification OFr ; Rapport BNS Stabilité 2019, p. 20, qui soutient les exigences proposées et les considère comme nécessaires étant donné les coûts élevés d'un assainissement ou d'une liquidation ordonnée tels qu'ils ont été observés lors de crises bancaires en Suisse et à l'étranger.

²³ Cf. le rapport explicatif du DFF du 22 décembre 2015 concernant les modifications de l'OFr et de l'OB (exigences relatives aux fonds propres des banques – recalibrage TBTF et classification) (cité dans Rapport art. 52 LB 2017, p. 4540).

²⁴ Cf. Rapport FINMA *resolution*, p. 14 : sont notamment considérées comme essentielles les réglementations relatives à la réalisation du *bail-in*. Ainsi, les dispositions qui indiquent que le capital social et certains fonds étrangers doivent être amortis avant la mise en œuvre d'un *bail-in* et dans quel ordre les créanciers doivent accepter une conversion de leurs créances doivent notamment être réglées à l'avenir dans la loi sur les banques, cf. Message Révision LB.

notamment la possibilité de convertir des fonds de tiers en fonds propres et la réduction de créances (*bail-in*)²⁵.

Il y a lieu de s'attendre à de nouvelles révisions de la loi et des ordonnances idoines dès lors que comme l'a souligné le Conseil fédéral dans son rapport sur les banques d'importance systémique de 2017, « *les choses évoluent à l'échelle internationale du fait d'approches réglementaires différentes et de disparités de fonctionnement des espaces juridiques, de sorte qu'il est probable que des adaptations périodiques de la législation suisse s'imposeront au cours des ans* »²⁶.

B. Grandes lignes du régime TBTF suisse

1. Généralités

En substance, le régime TBTF impose aux banques qui y sont soumises des mesures prudentielles, structurelles et organisationnelles particulières destinées à éviter, en cas de crise, des répercussions néfastes sur l'ensemble de l'économie et le système financier suisse ainsi que le recours à une aide de l'État²⁷. Le but est ainsi de stabiliser les banques d'importance systémique assez tôt, voire de les assainir ou de les liquider de manière ordonnée tout en maintenant les fonctions économiques importantes, soit celles qui sont indispensables pour l'économie nationale et ne peuvent être substituées à court terme, notamment les opérations de dépôt, de crédit et de paiement (art. 7 al. 2 et art. 8 al. 1 LB).

Les plans de stabilisation et de liquidation constituent deux instruments essentiels de ce régime. Ils sont assortis d'exigences en matière de fonds propres et de liquidités, brièvement examinées ci-après.

En outre, les banques suisses d'importance systémique actives au niveau international (*UBS* et *Credit Suisse*) sont soumises à des exigences supplémentaires qui leur sont propres (voir *infra* 4).

2. Plan de stabilisation, plan de liquidation et plan d'urgence

Les banques d'importance systémique sont tenues d'élaborer un plan de stabilisation (*recovery plan*) qui décrit les mesures que la banque entend prendre pour se stabiliser durablement en cas de crise, de manière à poursuivre

²⁵ Rapport art. 52 LB 2019, p. 5173.

²⁶ Rapport art. 52 LB 2017, p. 4545.

²⁷ Rapport art. 52 LB 2017, p. 4538.

son activité sans intervention de l'État (art. 64 al. 3 OB). La banque peut par exemple renoncer à distribuer des dividendes ou céder certains domaines d'activités. Ce plan, qui est régulièrement actualisé, est soumis à l'approbation de la FINMA. Il est mis en œuvre par la banque sans intervention de l'État.

La FINMA pour sa part élabore un plan de liquidation (*resolution plan*) (assainissement et liquidation), dans lequel elle indique comment réaliser l'assainissement ou la liquidation de la banque d'importance systémique qu'elle a ordonné. La banque doit fournir les informations à cet effet (art. 64 al. 2 OB). Ce plan doit permettre d'assainir ou de liquider la banque de manière ordonnée sans mettre en péril les fonctions systémiques. La FINMA peut présenter le plan d'assainissement et de liquidation à l'établissement concerné, mais elle n'y est pas obligée. La FINMA n'est liée au plan d'assainissement et de liquidation que dans la limite des prescriptions légales. En cas d'application du plan, elle peut aussi s'écarter des stratégies et des mesures prévues.

L'établissement de ces plans constitue un processus dynamique qui nécessite une large interaction entre la FINMA et les établissements financiers d'importance systémique. Les plans de stabilisation et de liquidation tiennent compte des dispositions relatives à la stabilisation, à l'assainissement et à la liquidation émises par les autorités de surveillance et les banques centrales étrangères (art. 64 al. 3 OB).

En outre, les banques d'importance systémique élaborent un plan d'urgence suisse pour assurer que leurs fonctions d'importance systémique au sens de l'article 8 LB puissent être poursuivies sans interruption, indépendamment des autres parties de la banque, en cas de menace d'insolvabilité (art. 9 al. 2 let. d LB et art. 60 OB). Ce plan d'urgence doit être régulièrement actualisé. Les mesures d'assainissement ou de liquidation doivent pouvoir être mises en place en l'espace d'un week-end.

Le plan d'urgence suisse constitue l'un des éléments du plan de *resolution* global (aux côtés des plans d'urgences locaux étrangers) et ne s'applique qu'à titre subsidiaire. L'objectif est de pouvoir continuer l'exploitation durant la crise, indépendamment des autres sociétés du groupe qui doivent éventuellement être liquidées²⁸.

La FINMA a évalué les plans d'urgence que lui ont soumis les cinq banques suisses d'importance systémique en 2019 dans son rapport sur la résolution 2020²⁹.

²⁸ Rapport FINMA *resolution*, p. 30.

²⁹ Rapport FINMA *resolution*.

3. *Fonds propres, liquidités et répartition des risques*

L'article 9 LB prévoit que les banques d'importance systémique doivent disposer de fonds propres qui garantissent une meilleure capacité que les autres banques à supporter les pertes plus importantes pour poursuivre l'exploitation ordinaire de la banque (*going concern*). En cas de menace d'insolvabilité (*gone concern*), les fonds propres contribuent pour une part essentielle à maintenir les fonctions d'importance systémique (art. 9 al. 2 let. a LB). Elles doivent aussi répartir les risques de manière à limiter les risques de contrepartie et les gros risques (art. 9 al. 2 let. c LB ; art. 136 OFR).

En ce qui concerne les fonds propres nécessaires pour poursuivre l'exploitation ordinaire, les banques d'importance systémique sont tenues de satisfaire aux exigences de fonds propres applicables à toutes les banques selon les titres 2 à 4 de l'OFR ainsi qu'aux exigences particulières des articles 124 à 136 OFR, qui doivent être définies à l'échelon le plus élevé du groupe financier (art. 124 al. 2 OFR).

L'OFR définit les critères applicables pour déterminer l'exigence totale de fonds propres en fonction de la part de marché de la banque et de sa taille (à hauteur d'un pourcentage déterminé du ratio de levier (*leverage ratio*) et de la part des positions pondérées en fonction des risques (part RWA)) (art. 129 et 130 OFR) ainsi que la qualité des fonds propres (art. 131 OFR). La compétence de la FINMA d'exiger des fonds propres supplémentaires ou une qualité plus élevée est réservée (art. 131b OFR)³⁰.

Les banques d'importance systémique doivent en outre détenir des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes et à garantir un éventuel assainissement ou une éventuelle liquidation selon les chapitres 11 et 12 LB (art. 132 ss OFR). À cet égard, la Suisse a été la première juridiction à mettre en œuvre les exigences en matière de TLAC (*Total Loss Absorbing Capital*) dans l'ordonnance sur les fonds propres, révisée le 1^{er} juillet 2016.

Cette ordonnance contient également des dispositions sur le capital convertible et les instruments de dette destinés à absorber les pertes en présence de mesures en cas d'insolvabilité (*bail-in bonds*) qui peuvent être utilisés pour satisfaire aux exigences fixées pour les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes si les conditions cumulatives posées par l'ordonnance sont remplies (art. 126 à 127a OFR). L'idée de base est que les créanciers, plutôt que l'État ou les contribuables, sont tenus de participer au sauvetage de la

³⁰ Rapport BNS stabilité 2018, p. 6 et p. 14 : les fonds propres *going concern* comprennent les fonds propres de base durs (*common equity tier 1* ou *CET1*) et les instruments de fonds propres conditionnels à seuil de déclenchement élevé (*high-trigger CoCos*), qui sont considérés comme des fonds propres de base supplémentaires tier 1.

banque³¹. Il est nécessaire, entre autres conditions, que ces instruments soient intégralement payés, émis par une entité suisse (la *holding* suisse du groupe) et qu'ils soient soumis au droit et au for juridique suisses (art. 126a OFR), ceci afin de garantir, dans un contexte international, que les mesures d'assainissement ordonnées par la FINMA soient réalisables sur le plan juridique³².

Par ailleurs, les banques d'importance systémique doivent disposer de liquidités qui garantissent une meilleure capacité d'absorption des chocs de liquidités que les autres banques afin qu'elles soient en mesure de respecter leurs obligations de paiement même si elles se trouvent dans une situation exceptionnellement difficile (art. 9 al. 2 let. b LB ; art. 19 ss OLiq). Les banques d'importance systémique remplissent ces exigences particulières au niveau du groupe financier et de chaque établissement, y compris toutes les succursales (art. 20 OLiq). Les articles 21 à 25 OLiq précisent les exigences quantitatives à respecter et notamment les scénarios de crise à prendre en considération pour la couverture des liquidités suffisantes (art. 2 OLiq).

Finalement, la FINMA peut accorder des remises sur les fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes si la banque d'importance systémique « *améliore très vraisemblablement sa capacité d'assainissement et de liquidation en Suisse et à l'étranger grâce à des mesures* ». L'article 66 OB énumère de manière non-exhaustive les mesures structurelles, financières et opérationnelles que la banque peut mettre en œuvre au-delà des exigences minimales légales en vue d'obtenir une remise. Selon la FINMA, ces remises ne sont accordées que sur les exigences à l'égard des fonds *gone concern* pour le groupe et les maisons-mères et n'ont aucun effet sur les exigences à l'égard des fonds *gone concern* des unités suisses (*UBS Switzerland SA* et *Credit Suisse (Suisse) SA*). Aucune remise n'est non plus accordée sur les exigences *going concern*³³.

³¹ Dans le Rapport FINMA *resolution*, la FINMA décrit le mécanisme comme suit : « *A l'issue d'un bail-in, les créances sont converties en capital-actions de la banque, permettant ainsi de restaurer la base de fonds propres de la banque. Un bail-in ne peut réussir que s'il existe suffisamment de créances convertibles pour relever les fonds propres de la banque au niveau requis. Dans cet objectif, les banques d'importance systémique doivent détenir des fonds gone concern. Ceux-ci constituent des engagements de la banque et prennent généralement la forme d'instruments de dette spécifiques, qualifiés de bail-in bonds. Les bail-in bonds doivent répondre à certaines exigences.* ».

³² Rapport FINMA *resolution*, p. 23.

³³ Rapport FINMA *resolution*, p. 26 ; dans le cadre de son évaluation, la FINMA doit consulter la BNS. Elle peut en outre consulter des autorités étrangères de surveillance et de faillite. En règle générale, elle le fait dans le cadre des *crisis management groups* (CMG) d'*UBS* et de *Credit Suisse*, auxquels appartiennent les principaux régulateurs étrangers : Cf. *infra* p. 73 s.

4. Exigences supplémentaires pour les banques d'importance systémique mondiale

Les banques d'importance systémique mondiale sont en outre soumises à des exigences supplémentaires en matière de fonds destinés à absorber les pertes, de stratégie du *single point of entry* et de coordination entre les autorités de surveillance.

a) TLAC

En sa qualité d'organisme de normalisation international, le Conseil de stabilité financière a édicté en novembre 2015 la norme en matière de TLAC pour les banques d'importance systémique mondiale³⁴. A compter du 1^{er} janvier 2019, l'exigence TLAC minimale s'élève à 16% des positions pondérées en fonction des risques (part *RWA*) et à 6% du ratio de levier. A partir du 1^{er} janvier 2022, les banques d'importance systémique mondiale seront soumises à une exigence TLAC plus stricte, soit 18% des *RWA* et 6,75% du ratio de levier. Ces exigences s'appliqueront à l'ensemble des entités d'une banque d'importance systémique mondiale chargées des opérations de liquidation et devront être remplies à hauteur d'un tiers environ au moyen de fonds propres *gone concern*³⁵.

b) Single Point of Entry

Les deux banques suisses d'importance systémique mondiale sont par définition actives au plan international. Elles opèrent notamment aux États-Unis, au Royaume-Uni, dans l'Union Européenne et en Asie, par le biais de filiales et de succursales importantes. Elles sont donc également assujetties à la surveillance d'autorités étrangères autres que la FINMA et sont tenues de respecter les exigences posées par ces autorités étrangères en matière de TBTF dans leur juridiction respective et selon leur droit national³⁶.

Pour la FINMA, la stratégie primaire de *resolution* pour une banque suisse d'importance systémique mondiale consiste en son assainissement par un « *single point of entry* » (SPoE). Ce terme désigne un assainissement coordonné par l'autorité de surveillance et de faillite du pays d'origine et se concentre sur l'échelon le plus élevé du groupe, par opposition au « *Multiple points of entry* » au niveau des filiales. Cette stratégie prévoit que les actionnaires et créanciers assument les pertes à l'échelon le plus élevé du

³⁴ CSF *Principles*, points 3 et 6.

³⁵ Rapport Modification OFR, p. 33 ; CSF *Principles*, points 3 et 6.

³⁶ Cf. un compte-rendu des règles applicables aux USA et au Royaume-Uni dans le Rapport Modification OFR, p. 34.

groupe, tandis que les activités opérationnelles des banques filiales sont maintenues.

Le *bail-in* centralisé vise à ce que le groupe bancaire dans son ensemble puisse poursuivre ses activités sur une base de fonds propres assainie. Pour les deux banques suisses d'importance systémique mondiale, cela signifie que la FINMA se focalise sur la société faîtière du groupe, *UBS Group SA* et *Credit Suisse Group SA*³⁷. En cas de risques de pertes importantes au niveau de l'une des filiales, FINMA peut initier une procédure de restructuration au niveau de la société faîtière du groupe afin de recapitaliser la filiale concernée. Une coopération étroite entre la FINMA, la BNS et le DFF est impérativement requise pour assurer le succès de cette stratégie.

Comme le relève la FINMA, « *l'approche SPoE a l'avantage-clé que seule l'autorité de résolution nationale met en œuvre une procédure d'assainissement. Elle seule a un accès prudentiel direct à la holding du groupe. Cette approche vise à éviter que différentes autorités de surveillance et de résolution de différents systèmes juridiques ouvrent simultanément des procédures sur différentes sociétés du groupe de la banque. Ceci déboucherait en effet sur des situations complexes et difficilement gérables.* »³⁸

c) *Coordination entre les autorités de surveillance (Crisis Management College)*

Cette stratégie implique toutefois que la FINMA collabore étroitement avec les autorités de surveillance et de faillite étrangères, en vue d'éviter que la stratégie du *single point of entry* en Suisse et que l'assainissement des groupes bancaires suisses ne soit mis en danger par l'action unilatérale d'une autorité étrangère.

Cette coordination entre les autorités de surveillance, absolument essentielle pour le succès de l'assainissement, a lieu dans le cadre de *crisis management groups* (CMG) spécialement créés à cet effet, ou dans le cadre de contacts bilatéraux ou multilatéraux. Les « *Key Attributes* » incluent notamment des principes pour la planification d'urgence ainsi que pour l'organisation d'instances transfrontières en vue de la prévention et de la gestion de crises.

Une étroite coordination est également requise en ce qui concerne l'établissement et la mise en œuvre des plans de *resolution* ou d'assainissement nationaux. Le plan de *resolution* global établi par la FINMA comprend par conséquent tous les plans d'urgence nationaux d'une banque d'importance systémique mondiale et les consolide pour obtenir une vue d'ensemble. En cas de liquidation, le plan global doit trouver un équilibre entre différents intérêts

³⁷ Rapport Modification OFR, n. 74, p. 41.

³⁸ Rapport FINMA *resolution*, p. 20.

nationaux et différentes exigences réglementaires et les concilier dans les plans nationaux³⁹.

Le plan de *resolution* global tient compte du fait que les unités du groupe ayant leur siège à l'étranger sont soumises au droit local et il expose dans quelle mesure cela rend nécessaire une coordination avec les autorités locales compétentes. La FINMA indique qu'il s'agit ainsi de créer suffisamment de « *transparence et de prévisibilité pour les autorités impliquées au plan international, pour que celles-ci ne prennent pas des mesures locales susceptibles d'entraver la stratégie globale. Le global resolution plan de la FINMA tient en outre compte du cas où un bail-in n'est pas possible ou n'aboutit pas au résultat escompté* »⁴⁰.

Les grandes banques sont tenues par la loi de fournir à la FINMA les informations nécessaires à l'établissement de ce plan.

C. Régime TBTF et son impact sur la structure du groupe UBS

Dans son Message sur le renforcement de la stabilité du secteur financier de 2011, le Conseil fédéral relevait à juste titre que les mesures exigées par le nouveau régime TBTF limitent fortement la liberté économique et la garantie de la propriété des banques qui y sont assujetties. Pour cette raison, le principe de subsidiarité s'applique et il incombe à chaque banque de s'organiser de manière à garantir le maintien de ses fonctions systémiques⁴¹. Dans son rapport, le Conseil fédéral répète que « *En comparaison internationale, les banques jouissent en Suisse d'une plus grande marge de manœuvre pour ce qui est de l'organisation de leurs activités commerciales. (...) La réglementation suisse ne prévoit ni d'interdire certaines activités ni de cloisonner des activités commerciales particulières. Les mesures structurelles exigées par le législateur sont axées sur la planification d'urgence et, par là même, sur la poursuite des fonctions d'importance systémique en Suisse en cas de crise. Les établissements concernés sont libres de prendre les mesures organisationnelles les mieux adaptées à leurs modèles d'affaires.*⁴² ».

³⁹ Rapport FINMA *resolution*, p. 28.

⁴⁰ Rapport FINMA *resolution*, p. 28 ss. Si un *bail-in* n'est pas possible ou qu'il échoue, la stratégie secondaire consiste en une scission du groupe et en une *resolution* ordonnée des différentes sociétés du groupe, tout en activant le plan d'urgence afin de protéger les fonctions d'importance systémique pour la Suisse.

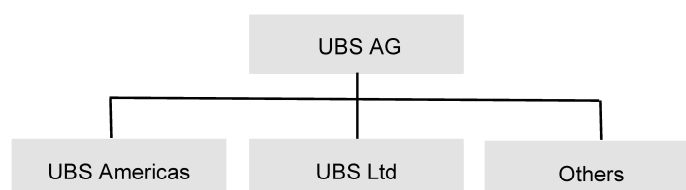
⁴¹ Message TBTF 2011, p. 4379.

⁴² Cf. Rapport art. 52 LB 2019, p. 5172.

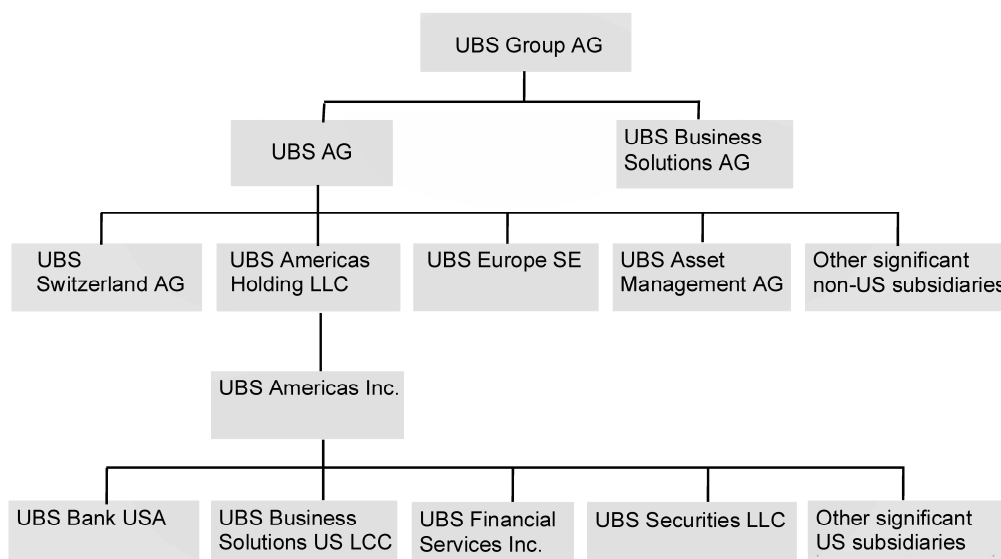
En réalité, la marge de manœuvre des banques suisses d'importance systémique mondiale est très ténue compte tenu des exigences posées par le régime TBTF et les autorités de surveillance tant en Suisse qu'à l'étranger et les deux banques suisses d'importance systémique mondiale ont dû adapter progressivement leur structure juridique afin d'améliorer leur résilience et se conformer à ces exigences. Nous décrivons ci-après les changements majeurs intervenus au sein du groupe *UBS* entre 2014 et 2020⁴³.

Structure du groupe UBS pré-2014

Jusqu'en 2014, *UBS AG* était la société-mère et opérationnelle du groupe (*parent bank*) et la structure du groupe se présentait comme suit :



Structure du groupe en 2020



⁴³ Cf. *UBS Report 2019*, pp. 14-15.

Les changements majeurs survenus depuis 2014 sont les suivants :

UBS Group SA a été constituée en 2014 et est devenue la société-faîtière, non opérationnelle, du groupe. Cette structure a été choisie au vu de la préférence exprimée par la FINMA en 2013 dans son rapport sur les G-SIBs (*resolution paper on G-SIBs*) en faveur d'une *holding* non opérative et d'un *single point of entry*, qui évite de faire exploser le groupe en cas d'assainissement. Cette préférence a été confirmée par les autres autorités de surveillance. La *holding* est ainsi le seul point d'entrée pour un éventuel *bail-in* : le groupe émet des instruments de financement exclusivement au niveau de *UBS Group SA* et si une recapitalisation de l'une des filiales est nécessaire, c'est la holding du groupe qui y procède. Toutes les entités opérationnelles demeurent ainsi *going concern*.

UBS SA est restée la banque-mère et l'entité opérationnelle la plus importante du groupe. Il en va de même de *Credit Suisse SA*. Ces deux banques-mères jouent un rôle essentiel, notamment en matière de répartition du capital et des liquidités⁴⁴.

En 2015, *UBS Switzerland SA* a été constituée afin d'y concentrer les fonctions d'importance systémique pour la Suisse. Le groupe *UBS* a ainsi mis en œuvre une séparation *ex-ante* de ses fonctions systémiques en transférant dans cette filiale les unités d'affaires de clientèle privée et d'entreprise (*Personal & Corporate Banking*) et de la gestion de fortune (*booking center Switzerland*) qui étaient jusqu'alors rattachées à *UBS SA*. Cette opération de grande envergure a exigé une préparation rigoureuse de plus de 18 mois pour être mise en œuvre l'espace d'un week-end.

Cette même année, *UBS Business Solutions SA* a été créée comme filiale directe de *UBS Groupe AG*. Les services communs ont été séparés d'*UBS SA* et ont été transférés progressivement dans cette filiale afin de garantir la continuité opérationnelle en cas de stabilisation ou liquidation, en réponse aux recommandations du CSF. Ce transfert a conduit à une réduction de la taille et de la complexité d'*UBS SA*, qui incluait jusque-là les fonctions centrales du groupe. En 2017, *UBS Business Solutions US LLC*, une filiale à 100% d'*UBS Americas Holding LLC*, a accueilli les services communs pour les États-Unis.

Aux États-Unis, *UBS America Holding LLC* a été constituée en 2016 comme filiale à 100% d'*UBS AG*, conformément au *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, section 165, qui impose aux banques étrangères des exigences supplémentaires en matière de structure et d'organisation. Les banques étrangères qui détiennent plus de 50 milliards de dollars d'actifs sur le sol américain doivent créer une holding intermédiaire (« *intermediate holding company* », IHC). En outre, les holdings bancaires

⁴⁴ Rapport art. 52 LB 2019, p. 5173.

(« *bank holding companies* », *BHC*) nationales et les IHC doivent respecter le principe du *clean holding*. Celui-ci interdit par exemple aux holdings qui y sont soumises d'émettre à l'intention de tiers des instruments de dette ayant une durée inférieure à un an⁴⁵.

Cette même année, diverses filiales européennes d'*UBS SA* actives dans le domaine de la gestion de fortune ont été fusionnées dans *UBS Europe SE*, elle-même filiale à 100% d'*UBS SA*.

Entre 2015 et 2019, la majorité des filiales opératives dans le domaine de la gestion d'actifs a été transférées dans la société *UBS Asset Management SA*, filiale à 100% d'*UBS AG*.

UBS Group Funding (Switzerland) SA a été constituée en vue d'émettre des instruments *capital loss-absorbing AT1 capital instruments and TLAC-eligible senior unsecured debt*, garantis par *UBS Group SA*. Les instruments émis par cette société ont toutefois été transférés à *UBS Group SA* comme émetteur en 2019.

En 2019, *UBS Limited* (filiale d'*UBS SA* au Royaume-Uni) qui comprend une partie de la banque d'investissement, a été absorbée par *UBS Europe SE*, société filiale située en Allemagne.

Cette transformation n'est pas terminée dès lors que des discussions sont en cours dans d'autres États et au niveau européen qui exigeront peut-être la création de nouvelles sociétés intermédiaires ou filiales.

La constitution de filiales bancaires suisses pour y concentrer les fonctions d'importance systémique ainsi que de sociétés de service distinctes améliorent l'indépendance opérationnelle des premières en cas de crise. Les exigences mentionnées ci-dessus en matière de fonds propres et de liquidités ne sont toutefois pas limitées aux filiales suisses mais doivent être satisfaites tant par le groupe financier que par les établissements qui le composent en Suisse⁴⁶ et à l'étranger. En effet, les autorités de surveillance étrangères imposent

⁴⁵ Cf. le Rapport Modification OFR, p. 34, qui décrit également les exigences TLAC applicables dès 2022 aux IHC : le montant de l'exigence TLAC applicable aux IHC dépendra de la stratégie de liquidation que le groupe décidera d'appliquer en cas de crise. Si le groupe opte pour une stratégie de liquidation mise en œuvre de façon centralisée (*single point of entry*), l'IHC sera soumise à des exigences TLAC moindres. En principe, les IHC seront soumises à des exigences allant de 16% à 18% des RWA, de 6% à 6,75% du ratio de levier et de 8% à 9% de l'actif consolidé.

⁴⁶ Rapport FINMA *resolution*, p. 9 : l'OFR pose des exigences : 1. pour les sociétés du groupe au sein desquelles sont délocalisées les fonctions d'importance systémique suisses (*UBS Switzerland SA* et *Credit Suisse (Suisse) SA*); 2. des exigences au niveau de l'établissement individuel ainsi qu'au niveau consolidé pour les maisons-mères (*UBS SA* et *Credit Suisse SA*) ; et 3. des exigences pour le groupe consolidé dans son ensemble.

également des exigences en capital et en liquidités aux entités du groupe soumises à leur juridiction. Le fonctionnement comme groupe induit ainsi un besoin en capital et en liquidités plus élevé que pour les *holdings*⁴⁷ et les flux de liquidités et des fonds propres au sein du groupe sont limités.

IV. Régime TBTF et son impact sur la gouvernance du groupe d'importance systémique mondial

Ces changements massifs dans la structure juridique des banques suisses d'importance systémique mondiale et du groupe *UBS* en particulier sont intervenus dans un laps de temps assez court. Cette transformation va probablement se poursuivre au gré de l'évolution du régime TBTF en Suisse et à l'étranger. Il est dès lors sans doute prématuré de tirer des conclusions définitives sur les conséquences de ces changements sur le modèle d'affaires des banques soumises au régime TBTF et sur l'efficacité de ce dernier.

Il apparaît toutefois clairement que ce régime et les modifications qu'il induit ont un impact important sur la gouvernance des banques d'importance systémique mondiale. Les autorités de surveillance focalisent désormais progressivement leur attention sur cet aspect et édictent des recommandations ou règlements en la matière pour garantir l'efficacité de la surveillance exercée par le conseil d'administration tant au niveau du groupe que des filiales.

Sans prétention à l'exhaustivité, nous mentionnerons les questions émergentes suivantes, qui vont probablement gagner en importance ces prochaines années et qui devraient être prises en considération pour apprécier de manière générale et globale l'efficacité de ce régime.

A. Nouvelle dimension du paradoxe du groupe pour les banques d'importance systémique mondiale ?

Le groupe de sociétés existe depuis longtemps et le paradoxe du groupe est bien connu, qui découle de la contradiction entre l'unité économique et la pluralité des entités juridiques. La doctrine et la pratique tentent de résoudre ce paradoxe en traitant le groupe comme une unité d'entreprise et en reconnaissant les intérêts du groupe au-dessus de ceux des filiales. La responsabilité pour la conduite des affaires incombe au conseil d'administration et à la direction de la société-mère⁴⁸.

⁴⁷ Cf. le Rapport Modification OFR, p. 41, sur les exigences *gone concern*.

⁴⁸ BLANC, p. 265 ss.

Le régime TBTF et les exigences qu'il pose en matière de résilience et de *single point of entry* renforcent la structure et la complexité du groupe ; cette forme d'organisation devient nécessaire et indispensable pour les banques globales. Parallèlement à cette évolution, le régime TBTF conduit toutefois à une dé-globalisation des banques d'importance systémique mondiale, c'est-à-dire à leur atomisation, dès lors que les entités significatives (les *group significant entities*), qu'il s'agisse de filiales ou de succursales, sont de plus en plus traitées comme des entités indépendantes en vue de protéger leurs fonctions systémiques, et ceci au détriment du groupe. En effet, les exigences posées par la FINMA quant à la protection des fonctions systémiques trouvent un écho dans les autres juridictions dans lesquelles le groupe déploie ses activités. Comme on l'a vu, les États-Unis et le Royaume-Uni, entre autres pays, ont également posé des exigences prudentielles et organisationnelles pour les filiales importantes et les succursales actives dans ces pays et qui doivent remplir des exigences particulières en termes de capital, de liquidités, de gestion des risques et de gouvernance.

Or, la prise en compte des intérêts liés aux fonctions systémiques *hors-faillite* accentue grandement le conflit entre la réalité économique et juridique sous-jacent dans tout groupe de sociétés et l'exacerbe. Les exigences en matière de fonds propres et d'utilisation des liquidités entravent l'unité économique du groupe lui-même. Celles relatives à la gouvernance et l'indépendance des entités significatives accroissent la complexité de la gestion du groupe. Elles contribuent à renforcer la tension entre l'unité économique et la réalité juridique inhérente au groupe de sociétés, et ceci dans la gestion courante des affaires et hors-crise déjà.

B. Indépendance accrue des filiales importantes du groupe bancaire d'importance systémique mondiale

Les autorités de surveillance des États dans lesquels les entités significatives du groupe déploient leurs activités imposent une indépendance accrue de ces entités notamment en termes de capital, de liquidités et de gestion des risques.

Ces exigences soulèvent des questions quant au rôle et aux compétences des filiales et de leurs conseils d'administration et elles accroissent la complexité de la gouvernance du groupe.

Le conseil d'administration des filiales est traditionnellement un « outil » en vue d'assurer que les objectifs du groupe soient effectivement mis en œuvre et que la filiale respecte les règles et objectifs établis par la société-mère. Or les autorités de surveillance et les régulateurs insistent pour que les filiales significatives soient gérées de manière plus indépendante et les standards de

gouvernance applicables à ces entités sont plus élevés. Ils exigent notamment que certains membres du conseil d'administration soient indépendants de la société-mère et que la direction ait plus de pouvoirs. Toutefois, les critères d'indépendance varient, les autorités de surveillance ont des vues différentes à ce sujet et les pratiques divergent notamment sur la question de savoir s'il est permis ou même opportun que l'un ou plusieurs membres du conseil d'administration du groupe siègent au conseil d'une filiale significative. La même question se pose pour les membres de la direction du groupe qui siègent au conseil d'administration des filiales significatives. L'autorité de surveillance de la banque d'Angleterre, la *Prudential Regulation Authority (PRA)* considère à cet égard qu'il est en général indésirable que les positions clés du conseil d'administration de la filiale (président/e, président/e des comités), CEO ou CFO occupées par des membres exécutifs de la direction du groupe ou par des membres du conseil d'administration du groupe.

Cette indépendance se reflète dans les fonctions de contrôle et les filiales les plus importantes doivent avoir leurs propres comités d'audit et des risques, présidés par un membre indépendant (c'est-à-dire qui n'est pas membre du conseil d'administration du groupe ou de la direction).

En outre, les recommandations ou exigences de bonne gouvernance posées par certaines institutions internationales ainsi que par les autorités nationales peuvent être contradictoires, voire incompatibles avec les règles du droit suisse. En guise d'exemple, la *Regulation YY* du *Dodd Frank Act* exige des banques étrangères qu'elles réunissent les opérations de leurs filiales aux USA ainsi que les opérations des succursales des banques étrangères aux USA sous la seule autorité d'un comité des risques américain et d'un *US Chief Risk Officer*. Ce nouveau concept, appelé « *Combined US Operation* » inclut des fonctions appartenant à la IHC et aux succursales (branches) américaines de *UBS AG*. Il incombe au comité des risques de la IHC US de revoir et d'approuver les directives des risques pour les « *US Combined Operations* ».

Toutefois, en droit suisse et conformément à l'article 716a alinéa 1 CO, le conseil d'administration du groupe a la responsabilité ultime pour la stratégie du groupe et il approuve à ce titre le cadre général de l'appétit de risque du groupe et des divisions d'affaires. Cette disposition interdit au conseil d'administration du groupe de déléguer la responsabilité primaire de direction et de supervision des risques aux conseils d'administration des filiales⁴⁹. Ces contradictions rendent nécessaire de coordonner attentivement les rôles et compétences au sein de la société faîtière et des filiales significatives, par le biais d'instructions claires et l'adoption d'un cadre réglementaire global

⁴⁹ Sur la question débattue en doctrine de la portée de l'art. 716a CO dans les groupes de sociétés, cf. BLANC, p. 350 ss et références ; PETER/JACQUEMET, p. 4 s.

applicable aux succursales et aux filiales, le tout sous la supervision du conseil d'administration du groupe.

C. Besoins de communication et de coordination accrus entre les sociétés du groupe

Cette complexité accrue rend nécessaire une claire répartition des rôles, des responsabilités et des compétences entre le conseil d'administration du groupe et ceux des filiales significatives. Il en va ainsi non seulement en cas de crise mais également dans le courant normal des affaires. Ces rôles et compétences doivent être définis dans les directives internes du groupe, applicables à toutes les entités significatives. Ces directives devraient également régler le « *escalation framework* » entre les filiales significatives et la société-mère.

Cette situation accroît le besoin de coordination, formelle et informelle, en vue de permettre au conseil d'administration du groupe d'exercer son rôle de surveillance de manière globale, notamment sur les questions de stratégie, de gouvernance, ainsi que de gestion des risques et des liquidités. Un aspect important de cette coordination consiste à préparer des scénarios de *recovery* ou *resolution* et de les tester avec toutes les parties prenantes en vue de vérifier le déroulement des procédures *d'escalation* et les compétences de chacun.

Il est également nécessaire de veiller à une circulation adéquate des informations et à un alignement des vues stratégiques entre les membres du conseil d'administration du groupe et ceux des filiales significatives. Différentes pratiques se mettent en place à cette fin, par exemple la tenue régulière de séances de conseil communes. Les présidents des comités des risques et d'audit du groupe et des filiales significatives entretiennent des contacts réguliers entre eux. Il s'agit de maintenir un délicat équilibre entre un échange d'information adéquat et une coordination nécessaire tout en évitant une ingérence qui remettrait en question l'indépendance de la filiale.

D. Risque accru de conflit d'intérêts entre les filiales et la société-mère

L'indépendance accrue des filiales accroît également le potentiel de conflit d'intérêts entre les filiales significatives et la société-mère, dans la phase de stabilisation (*recovery*) déjà. Il est ainsi essentiel de veiller à ce que la stratégie du groupe, la culture d'entreprise et la maîtrise des risques déterminés au niveau du groupe soient effectivement comprises et appliquées par les filiales significatives.

Cette situation exige en outre de mettre en place une stratégie de traitement de ces conflits d'intérêts *ex ante*, en anticipant et préparant un plan de récusation des membres non indépendants du conseil des filiales significatives et de leur remplacement, ce qui constitue une véritable gageure en cas de crise.

E. Risque accru de conflit d'intérêts entre les autorités de surveillance nationales

Le régime TBTF confère des compétences accrues aux autorités de surveillance, lesquelles on l'a vu augmentent leurs exigences sur les entités significatives actives dans leur juridiction, notamment en matière de capital, de liquidités, de responsabilités et de contrôle des risques.

Il en découle un accroissement du potentiel de conflits d'intérêts entre les autorités de surveillance elles-mêmes, qui sont également tenue de coordonner leurs activités. Le *Crisis Management College* est un instrument absolument indispensable à la mise en œuvre et à l'efficacité de la stratégie du *single point of entry* et une défaillance à cet égard remettrait en cause le régime TBTF lui-même.

En effet, si l'autorité de surveillance de l'État du siège de l'établissement (*home regulator*) n'assumait pas de responsabilité sur l'intégralité du groupe actif à l'échelle internationale, la survie ou du moins l'assainissement ou la liquidation de manière ordonnée des unités du groupe à l'étranger ne seraient pas garanties.

En définitive, l'efficacité du système repose sur une coopération et une coordination sans faille des autorités de surveillance, indispensables en vue de permettre une résolution ordonnée du groupe selon la stratégie du *single point of entry* favorisée par la FINMA. Or cette collaboration essentielle au bon fonctionnement du régime TBTF repose sur la bonne volonté des autorités de surveillance et non pas sur un instrument juridique contraignant. On peut dès lors légitimement se demander si elle suffira, en temps de crise, à éviter la mainmise des autorités étrangères sur les entités du groupe soumises à leur juridiction, ce qui conduirait à l'éclatement du groupe.

V. Remarques finales

Le régime TBTF contribue à améliorer la stabilité financière et a permis de remédier à certaines défaillances et lacunes que la crise de 2007-2008 a fait apparaître au grand jour. Les exigences posées aux banques d'importance systémique tant nationale que mondiale en termes de fonds propres et de

liquidités améliorent leur résilience et devraient contribuer à restaurer quelque peu la confiance dans le système financier que la crise a fortement ébranlée.

Si les bénéfices de cette réglementation sont indéniables, il n'en reste pas moins qu'elle soulève un certain nombre de questions et de difficultés, notamment en termes de gouvernance.

En premier lieu, le régime TBTF a eu un impact très incisif sur la structure juridique et l'organisation des banques qui y sont soumises. Il modifie en profondeur la stratégie commerciale et le modèle d'affaires global et intégré des banques, selon lesquels historiquement les divisions d'affaires étaient plus importantes que la forme juridique et la réalité économique du groupe prévalait, du moins hors-faillite. Comme on l'a vu plus avant, ce régime accentue le paradoxe du groupe hors-faillite, accroît la complexité de la gouvernance et complique la gestion du groupe comme unité économique, ce qui n'est pas sans créer de nouveaux risques.

Ensuite, de par la loi, le conseil d'administration est responsable de la stratégie, de l'organisation et de la structure du groupe. La FINMA rappelle cette compétence inaliénable au chiffre 15 de la Circulaire 2017/1 (« *il incombe au conseil d'administration du groupe de décider des changements importants apportés à la structure de l'entreprise et du groupe, des changements essentiels touchant des filiales significatives et autres projets d'importance stratégique* »).

En réalité, la liberté de manœuvre de cet organe est très limitée à cet égard au regard des exigences combinées du régime TBTF suisse et des législations étrangères. En outre, les coûts engendrés par une telle restructuration sont importants. Les modifications apportées à la structure juridique du groupe *UBS* ont engendré des coûts de l'ordre de USD 1,3 milliard à ce jour. Il est estimé que les nouvelles exigences *gone concern* applicables aux sociétés-mères des banques d'importance systémique mondiale prévues par la révision de l'OFB induiront des coûts de refinancement totaux supplémentaires de CHF 170 millions par année. On peut dès lors se demander si, compte tenu de leur impact, ces mesures de restructuration ne relèvent pas en réalité d'une politique économique structurelle qui nécessiterait un ancrage constitutionnel ou à tout le moins une concrétisation dans une loi au sens formel plutôt que dans des ordonnances.

En outre, le régime TBTF a un impact important sur le rôle et les responsabilités du conseil d'administration du groupe, dès lors qu'il induit des besoins accrus en matière de coordination des rôles, de compétences et responsabilités des entités significatives ainsi que de gestion des conflits d'intérêts et de surveillance des filiales dont l'indépendance accrue est requise. Par ailleurs, cette réglementation étant en évolution constante, il incombe au conseil du groupe d'anticiper ces changements et d'adapter la gouvernance du

groupe en conséquence. Toutes ces tâches se superposent aux obligations « courantes » du conseil et augmentent considérablement l'engagement de ce dernier et ses responsabilités, alors que les limitations déjà évoquées au chapitre II ci-dessus demeurent.

Enfin, ce régime fait également apparaître le rôle de plus en plus prédominant des autorités de surveillance dans l'organisation, la structure et la surveillance des banques d'importance systémique mondiale hors-crise. Ces autorités apparaissent *de facto* comme acteurs à part entière de la gouvernance au sens large, ce qui, en cas d'échec de ce régime, soulèvera immanquablement la question de leur surveillance et de la responsabilité, politique et juridique, y afférente.

En conclusion, l'efficacité du régime TBTF ne pourra être pleinement évaluée qu'en temps de crise et son impact définitif sur les banques d'importance systémique mondiale n'est pas encore entièrement mesurable. Toutefois, le constat s'impose d'ores et déjà que ce régime contribue à accroître grandement la complexité de la gouvernance du groupe, ce qui n'est pas sans poser de nouveaux risques. Et appellera sans doute à son tour une nouvelle adaptation du système des *checks and balances* que les règles de bonne gouvernance entendent préserver.

Bibliographie

Doctrine

Rashid BAHAR, Do increased capital requirements, bail-in powers and resolution authority solve the problem, *in* RSDA 6/18, p. 619 ss ; **Mathieu BLANC**, Corporate Governance dans les groupes de sociétés, thèse Lausanne, Zurich/St-Gall 2010 ; **Peter BÖCKLI**, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht) ; **Peter BÖCKLI**, Corporate Governance : Erfolg und Versagen einer Leitidee, *in* Der Schweizer Treuhänder 4/2014, p. 1 ss (cité : BÖCKLI, Corporate Governance) ; **Henry PETER/Guillaume JACQUEMET**, Groupes, sociétés de famille et entreprise responsables : à la recherche d'une gouvernance idoine, *in* David-André KNÜSEL (éd.), Développements récents en droit commercial VI, CEDIDAC n° 102, Lausanne 2018, p. 1 ss ; **Carlo LOMBARDINI**, Comité d'audit et comité des risques dans le domaine bancaire, *in* David-André KNÜSEL (éd.), Développements récents en droit commercial VI, CEDIDAC n°102, Lausanne 2018, p. 8 ss ; **Marie-Noëlle ZEN-RUFFINEN/Marc BAUEN**, Le conseil d'administration, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2017.

Documents officiels

Conseil fédéral, Message concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs immobilières du 24 février 1993, FF 1993 I 1269 ss (cité : Message LBVM) ; **Conseil fédéral**, Message relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction) du

23 juin 2004, FF 2004 4223 ss (cité : Message Modification CO – Transparence) ; **Conseil fédéral**, Message concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, *too big to fail*) du 20 avril 2011, FF 2011 4365 ss (cité : Message TBTF 2011) ; **Conseil fédéral**, Rapport sur les banques d'importance systémique, Examen prévu par l'article 52 de la loi sur les banques du 28 juin 2017, FF 2017 4537 ss (cité : Rapport art. 52 LB 2017) ; **Conseil fédéral**, Rapport sur les banques d'importance systémique, Examen prévu par l'art. 52 de la loi sur les banques du 3 juillet 2019, FF 2019 5165 ss (cité : Rapport art. 52 LB 2019) ; **Conseil fédéral**, Message relatif à la révision de la loi fédérale sur les banques du 19 juin 2020, FF 2020 6151 (cité : Message Révision LB).

Autres documents

BNS, Rapport 2018 sur la stabilité financière (https://www.snb.ch/fr/mmr/reference/stabrep_2018/source/stabrep_2018.fr.pdf, consulté le 11 août 2020) (cité : Rapport BNS Stabilité 2018) ; **BNS**, Rapport 2019 sur la stabilité financière (https://www.snb.ch/fr/mmr/reference/stabrep_2019/source/stabrep_2019.fr.pdf, consulté le 11 août 2020) (cité : Rapport BNS Stabilité 2019) ; **Conseil de stabilité financière**, Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC) : Principles and Term Sheet, 2015 (<https://www.fsb.org/2015/11/total-loss-absorbing-capacity-tlac-principles-and-term-sheet/>, consulté le 11 août 2020) (cité : CSF Principles) ; **DDF**, Rapport explicatif relatif à la modification de l'OFR du 5 avril 2019 (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/56413.pdf>, consulté le 11 août 2020) (cité : Rapport Modification OFR) ; **Economiesuisse**, Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise du 25 mars 2002 (cité : Code suisse de bonnes pratiques 2002) ; **FINMA**, Rapport sur la *resolution* 2020 (<https://www.finma.ch/fr/documentation/dossier/dossier-too-big-to-fail/resolution-bericht-2020/>, consulté le 11 août 2020) (cité : Rapport FINMA *resolution*) ; **UBS**, Annual Report 2019 (cité : UBS Report 2019).