



La gouvernance des groupes bancaires, ou la quadrature du cercle

14 novembre 2017

Prof. Henry Peter



Introduction → le sujet ?

- Les principes généraux en matière de gouvernance bancaire sont désormais **bien identifiés et connus**
- Les **sources sont nombreuses et disparates**:
 - Code des obligations (**CO**)
 - **Comité de Bâle** sur le contrôle bancaire: principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques (juillet 2015)
 - Loi et Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (**LB/OB**)
 - **Circulaire FINMA 2017/1**: « Gouvernance d'entreprise - banques » (en vigueur depuis le 1.7.2017, en partie 1.7.2018)





- **Présumé de ces normes:** à chaque entité économique (entreprise / banque) correspond une (et une seule) entité juridique, dont les organes jouent – et sont aptes à jouer – leur rôle
- Le plus souvent **ce modèle légal ne correspond pas à la réalité**
- La grande majorité des banques sont en effet structurées sous forme de **groupes de sociétés**, donc d'une pluralité d'entités juridiquement distinctes



➤ Exemples de groupes bancaires

➤ BCGE

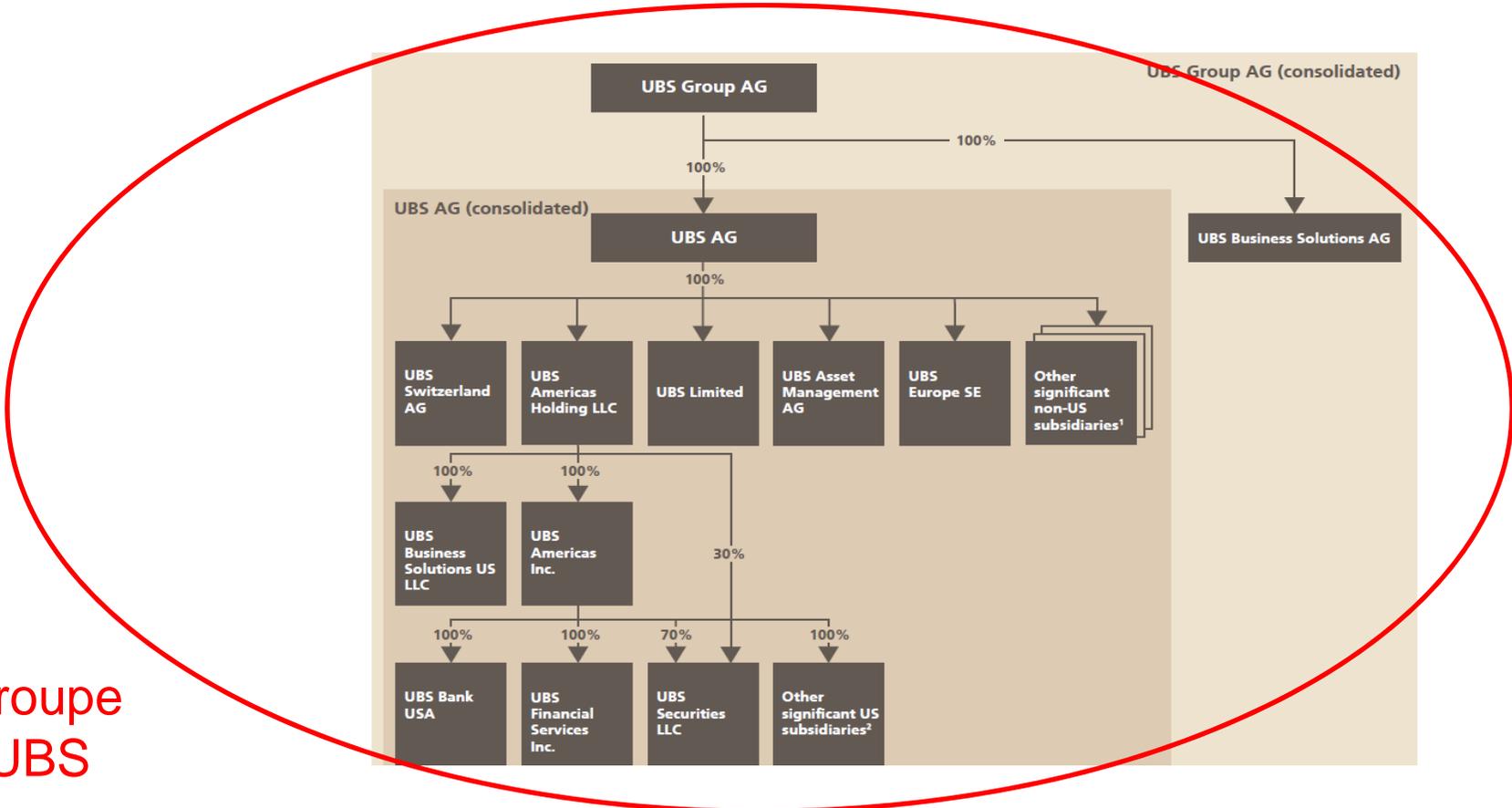
Raison sociale et siège	Activité	Capital social (en 1'000)	Part du capital (%)	Part aux voix (en %)	Détention directe	Détention indirecte
Intégration globale						
Banque Cantonale de Genève (France) SA, Lyon	Banque	EUR 20'000	100	100	X	
Rhône Saône Courtage Sarl, Lyon	Courtage immobilier	EUR 10	100	100		X
Rhône Saône Léman SNC, Lyon	Société immobilière	EUR 10	100	100		X
Capital Transmission SA, Genève	Investissements	CHF 2'000	100	100	X	
Dimension Corporate Finance SA, Genève	Transmission de patrimoine	CHF 160	100	100	X	
Dimension SA, Lausanne	Evaluation et vente d'entreprises	CHF 300	100	100		X
Swiss Public Finance Solutions SA, Genève	Conseils financiers	CHF 400	100	100	X	
Intégration par mise en équivalence						
Compagnie Foncière Franco-Suisse SAS, Lyon	Opérations immobilières	EUR 2'088	33.3	33.3		X
Compagnie Foncière du Saint Gothard SAS, Puteaux	Opérations immobilières	EUR 12'075	33.3	33.3	X	
Investissements Fonciers SA, Lausanne	Direction de fonds de placement	CHF 1'000	42.0	42.0	X	

Groupe
BCGE





➤ UBS



Groupe
UBS



- 
- Il existe donc une **non concordance entre le modèle juridique et la réalité**
 - **Modèle du législateur:** chaque entreprise / banque = une société; chaque entité juridique (société) dispose de ses **propres organes, ayant leurs propres compétences et responsabilités à l'égard de ses propres stakeholders, poursuivant son intérêt propre (approche atomiste)**
 - **Réalité:** entreprises/banques organisées sous forme de groupe → entités économiques, mais pas juridiques, ayant une « **direction unique** » → **gestion du groupe comme un tout**, où chaque entité juridique est conçue et agit comme une partie de ce tout, poursuivant l'«**intérêt du groupe** » (**approche consolidée**)





- **Les compétences** (même inaliénables et intransmissibles) sont **souvent ignorées et** entre les sociétés groupées **les vases sont communicants**:
- Dès lors qu'une société du groupe est en difficulté, **les autres viennent à son aide**
- **Les sorts sont liés** tant du point de vue des FP, que des liquidités, des risques, de la réputation, etc.
- Conséquences de cette non-concordance entre le modèle et la réalité ? Conduit-elle nécessairement à un « ***unlösbares Konzernparadox*** »*?

*Forstmoser, Horizontale Integration im Konzern, 2002.



Plan

Introduction

1. Définition du groupe dans le domaine bancaire
2. Principe et bases normatives le régissant
3. Quelles sont les exigences incombant à la maison mère (ou entité assimilée) à l'égard de l'ensemble du groupe?
4. Conséquence inévitable : une approche fonctionnelle
5. Exemples de sanctions FINMA pour non respect de la «gouvernance consolidée»
6. Quelques situations «pathologiques»
7. Risques systémiques... vers un atomisme territorial ?

Conclusion





1. Définition du groupe dans le domaine bancaire

➤ En vertu de l'art. **3c LB**, un **groupe (financier) existe si:**

*« a. **au moins une banque** ou un négociant en valeurs mobilières sont actifs dans le groupe;*

*b. les entreprises sont **principalement actives** dans le domaine financier;*

*c. elles **forment une unité économique** ou lorsqu'il y a lieu **de supposer** en raison d'autres circonstances, qu'une ou plusieurs entreprises sous surveillance individuelle **sont de fait ou juridiquement tenues de prêter assistance** à une société du groupe ».*





➤ L'art. **21 OB** précise que:

*« 1. **Des entreprises forment une unité économique lorsque l'une de celles-ci détient de manière directe ou indirecte plus de la moitié des voix ou du capital des autres entreprises ou les domine d'une autre manière.***

2. Un devoir de prêter assistance peut résulter en particulier:

- a. de l'interdépendance des ressources financières ou en personnel;*
- b. de l'utilisation d'une raison sociale commune;*
- c. d'une présence uniforme sur le marché;*
- d. des lettres de patronage »*





- Cela étant, le concept de groupe n'est **pas une réalité rigide**ment définie. **Son périmètre peut dépendre des circonstances et du but de la règle appliquée** (définition fonctionnelle). Ainsi :
 - Il ne **correspond pas nécessairement au périmètre** applicable en matière d'établissement **des comptes consolidés***
 - **Il peut inclure des personnes physiques** (cf. arrêt TAF 19.9.2017 B-561/2014 consid. 3.2.3: LBA, intermédiaires financiers constituent-ils un groupe? *In casu* oui, donc: autorisation nécessaire et conséquences prudentielles)
- **Afin de «capter» l'ensemble du périmètre** de toute banque, indépendamment de sa structure, la circulaire 2017/1 (Cm 1) adopte le terme «**établissement**», qui inclut expressément les groupes





- **Les cas de figure sont hétérogènes: il existe plusieurs types de groupes financiers.** La FINMA les classifie en fonction de leur structure*:
 - **«Structure de maison mère»:** la maison mère est une banque dont le siège est en Suisse
 - **«Structure de holding»:** la maison mère est une holding qui n'est pas une banque
 - **«Structure atypique»** (*parallel-owned banking structure*): groupe contractuel ou analogue, ou groupe financier *de facto* chapeauté par une ou plusieurs personnes physiques (par ex. banquiers privés)
 - **«Sous-groupe d'un groupe financier étranger»**
 - **«Sous-groupe financier en tant que partie d'un groupe financier suisse»**





2. Principe et bases normatives le régissant

- **Principe fondamental: Gouvernance/surveillance des banques/ groupes bancaires doivent être effectuées dans une perspective «consolidée»**
 - Concerne **autant** les groupes CH qui ont une activité (également) à l'étranger, **que** les filiales bancaires CH de groupes étrangers
 - **La SM est en principe responsable** du respect de cette exigence
 - **Si structure holding**, peut être délicat de savoir quelle entité du groupe est responsable de la surveillance consolidée
 - L'approche consolidée ne signifie pas que des **fonctions similaires** ne peuvent/doivent pas exister **au sein des filiales**, surtout si leur importance le requiert (cf. art. **3a OB**)





➤ **Droit des sociétés:**

- **Le CO est silencieux** → silence qualifié ? Non → **Lacune**
- Il est désormais généralement admis qu'en présence d'un groupe **nécessaire d'interpréter CO 716a**
 - Compte tenu du rôle faitier exercé par la SM, **les attributions intransmissibles et inaliénables de son CdA vont au-delà de la seule sphère de la SM** → elles s'étendent aux sociétés filiales
 - **Le CdA de la SM a des «Konzernoberleitungspflichten»**, notamment:
 - Exercer la **haute direction du groupe** → **gouvernance consolidée** (art. 716a al. 1 ch. 1 CO)
 - Fixer l'**organisation** – et la structure – **du groupe** (art. 716a al. 1 ch. 2 CO)
 - Administrer les **aspects financiers** dans la perspective de l'ensemble du groupe (art. 716a al. 1 ch. 3 CO)





- **Principe général concrétisé dans le domaine bancaire:**
 - **Comité de Bâle, principe n°5: Gouvernance des groupes bancaires:** «*Dans un groupe bancaire, le conseil d'administration de la société mère assume la responsabilité générale des activités du groupe. Il est chargé de définir et de mettre en œuvre un dispositif de gouvernance clair et adapté à la structure, à l'activité et aux risques du groupe et de ses entités. (...).*»
 - **Norme GAFI n°18 (2017):** «*Les groupes financiers devraient être obligés de mettre en œuvre des programmes de LBC/FT à l'échelle du groupe, y compris des politiques et procédures de partage des informations au sein du groupe aux fins de LBC/FT (...). Les institutions financières devraient être obligées de s'assurer que leurs succursales et filiales majoritaires à l'étranger appliquent, au moyen des programmes du groupe financier contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, des mesures LBC/FT (...)*»





➤ **Circulaire FINMA 2017/1:**

- **Cm 1: concept d' «établissement»**
- **Cm 59:** concept d'**agrégation** des données / d'évaluation des risques
- **Cm 98:** *«Cette circulaire s'applique par analogie aux groupes et conglomérats financiers («groupes»)»* → conséquence de l'hétérogénéité des cas d'espèce
- **Cm 99:** *«Les groupes doivent régler les tâches et les responsabilités des unités ayant une responsabilité globale pour la conduite du groupe (...) les prescriptions doivent **garantir une conduite efficace et uniforme du groupe**»* → sibyllin...

➤ **Rapport explicatif de la FINMA du 1.3.2016** ayant débouché sur la Circulaire FINMA 2017/1 fournit des éléments d'interprétation

➤ **FAQ de la FINMA du 31.3.2015: surveillance consolidée des banques** et des négociants en valeurs mobilières (NB: reste applicable malgré la plus récente Circ.2017/1)





3. Quelles sont les exigences incombant à la maison mère (ou entité assimilée) à l'égard de l'ensemble du groupe?

- Les conséquences de l'exigence d'une gouvernance consolidée sont énumérées à l'**art. 24 OB**, intitulé: « **Contenu de la surveillance consolidée** »
- **LBA**: des obligations spécifiques sont mentionnées dans l'**OBA-FINMA**, en particulier:
 - **Art. 5**: *succursales et sociétés de groupe à l'étranger*
 - **Art. 6**: *gestion globale des risques juridiques et des risques de réputation*





- A l'occasion de sa «*peer review*» 2016, **le GAFI a constaté que le secteur bancaire et financier CH n'était pas *fully compliant*** en matière de gestion/surveillance des activités des succursales/filiales de groupes CH opérant à l'étranger
 - **L'OBA-FINMA est en conséquence en voie de révision** dans le sens **d'un renforcement des obligations de la maison-mère en matière de respect de la LBA sur le plan consolidé** (voir rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA du 4.9.2017):
- **Circulaire 2008/7 «Outsourcing-banques»**: son champ d'application matériel (Cm 4 et 4a) et territorial (Cm 5) **s'étend à l'ensemble du groupe** bancaire en CH et à l'étranger





- **La liste contenue à l'art. 24 OB (et l'OBA-FINMA) est explicitée et complétée par la FAQ de la FINMA du 31.3.2015** qui précise que le contenu de la surveillance consolidée peut être subdivisé en éléments **quantitatifs** et **qualitatifs**

- **Eléments quantitatifs**

- **Etablissement et présentation des comptes**
- **Fonds propres**
- **Liquidités**
- **Risques**





➤ **Éléments qualitatifs**

- **Organisation** du groupe
- **Activité irréprochable de tous les organes** du groupe
- **Séparation personnelle** entre CdA et direction
 - Problèmes accentués dans les «**sociétés de famille**», car les mécanismes ordinaires de «*checks and balances*» ont parfois plus de mal à y être mis en œuvre
- Lutte contre le **blanchiment d'argent**
 - **Les prescriptions les plus strictes** s'appliquent à l'ensemble du groupe (art. 5 OBA-FINMA)
 - Nécessité, pour chaque client, d'une vision consolidée des **opérations et flux financiers sur l'ensemble de ses comptes**





➤ Ces exigences

- doivent être **efficaces à tous les échelons du groupe**
- requièrent la disponibilité d'**infrastructures techniques idoines** pour permettre une **remontée immédiate des informations pertinentes (Circ.2017/1, Cm 50)** → *management information system (MIS)*
- requièrent un **SCI fondé sur une approche «intégrée»** → *COSO integrated framework principles*





- **Comment concilier** (i) **approche hiérarchique** (ligne) et atomiste du législateur et (ii) **approche consolidée** exigée par les normes et autorités bancaires (comité de Bâle / GAFI / FINMA, etc.)
 - Dans une certaine mesure, des **accommodements conformes au CO sont possibles...**

- **La FINMA a développé une pratique:**
 - **Délégation de ses tâches par la SM aux CdA des sociétés-filles:** ne satisfait pas les exigences
 - **Membre du CdA de la SM simultanément membre du CdA d'une société-fille:** envisageable, mais dans le CdA de la fille cet administrateur ne sera pas considéré comme indépendant
 - **Membre de la DG de la société-mère dans le CdA de la société-fille:** OK





- **Membre de la DG de la maison-mère dans la DG de la société-fille:** possible, mais s'assurer que *checks and balances* adéquats soient en place
- Nommer les **mêmes auditeurs externes** pour l'ensemble des entités du groupe: est une obligation pour l'audit prudentiel (FAQ n°13)
- Nommer une **révision interne unique** pour l'ensemble des sociétés du groupe: possible, voire souhaitable (Circ. 2017/1, Cm 83 à 86)
- **Comités du (des) CdA:**
 - Conférer aux **comités de la SM** des compétence à l'égard des filiales, ou
 - maintenir des comités propres à chaque entité, mais y nommer **les mêmes personnes**





4. Conséquence inévitable : une approche fonctionnelle

- **L'exigence d'une «gouvernance consolidée» réellement efficace implique que les différentes «fonctions» prévues/exigées par la Circ.2017/1 (gestion des risques/SCI/compliance/contrôle des risques/révision interne, etc.) soient exercées de façon centralisée**
- **Cette exigence conduit inévitablement à «court circuiter» les «reporting lines» formelles et hiérarchiques conçues par le CO**

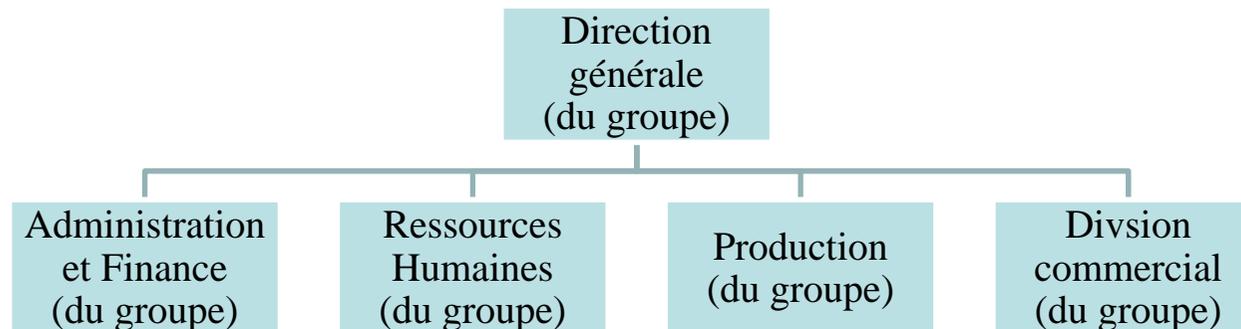




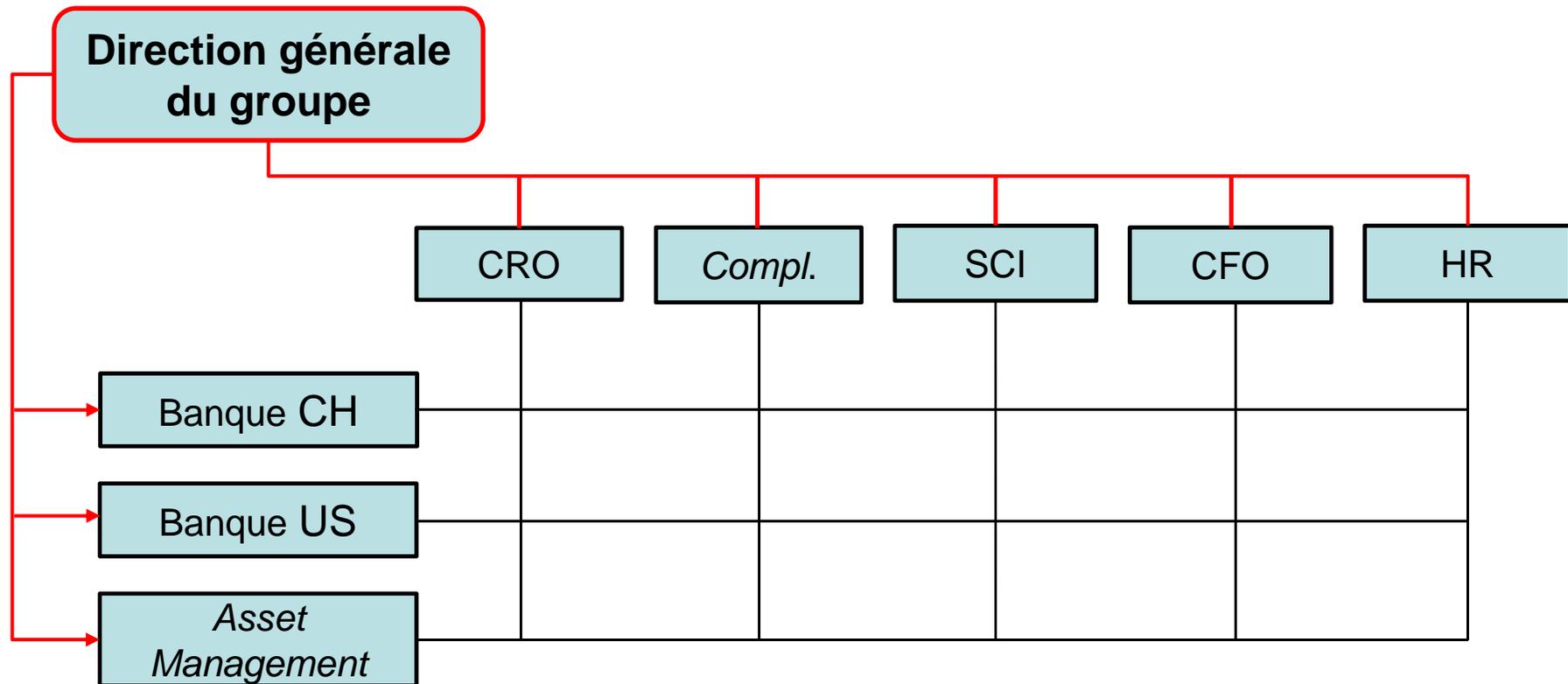
➤ **Impose l'adoption d'un système de gouvernance (et de compétences) dit «fonctionnel» ou «matriciel»**

➤ en vertu duquel le responsable de chaque domaine d'activité au sein de la direction du groupe est, **à l'égard de l'ensemble des sociétés du groupe, responsable de tout ce qui concerne sa fonction** (ignorant donc la hiérarchie: AG / CdA / DG de chaque entité composant le groupe)

➤ **Gouvernance fonctionnelle**

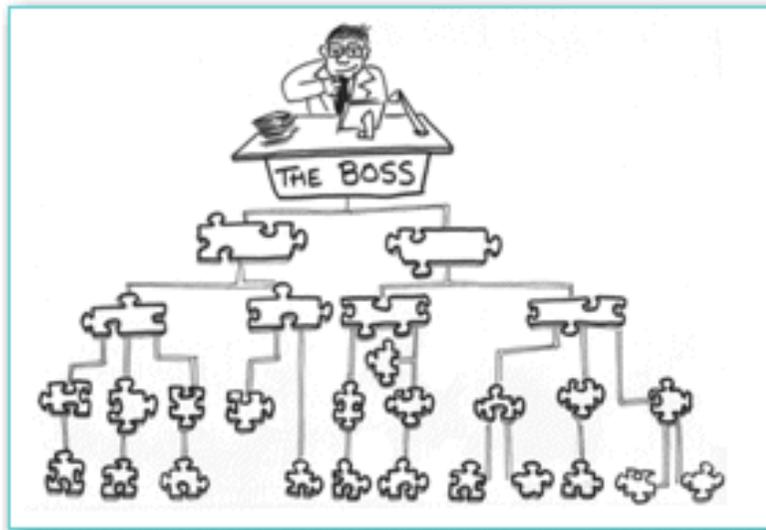


➤ Gouvernance matricielle

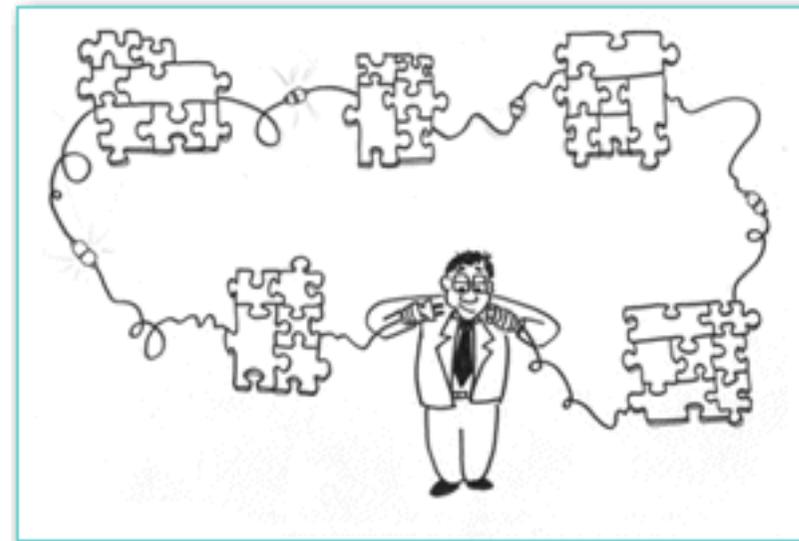


- Ce « *paradigm shift* » peut être illustré de la manière suivante:

Management **hiérarchique**



VS Management **fonctionnel / matriciel**





➤ **Approche par exemple adoptée par UBS** (cf. règlement d'organisation sur internet) qui dispose par exemple d'un:

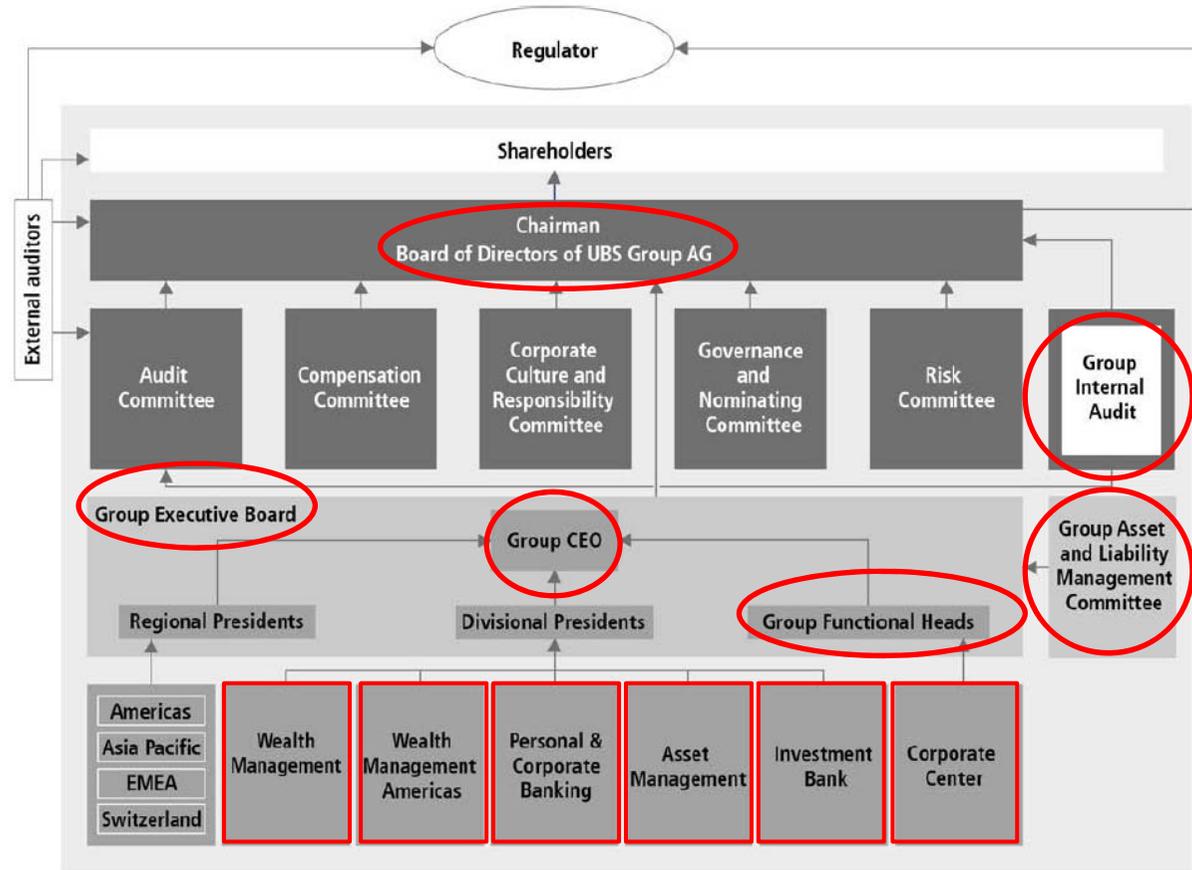
- Group Executive Board
- Group Asset and Liability Committee
- Group Chief Financial Officer
- Group Chief Risk Officer
- Group General Counsel
- Group Internal Audit

et où **les comités de la SM** (*audit committee / Corporate Responsibility Committee / Governance and Nominating Committee*) **exercent leurs fonctions à l'égard de l'ensemble du groupe**





➤ Exemple UBS – Charte organisationnelle 2017

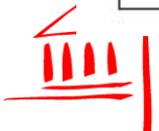
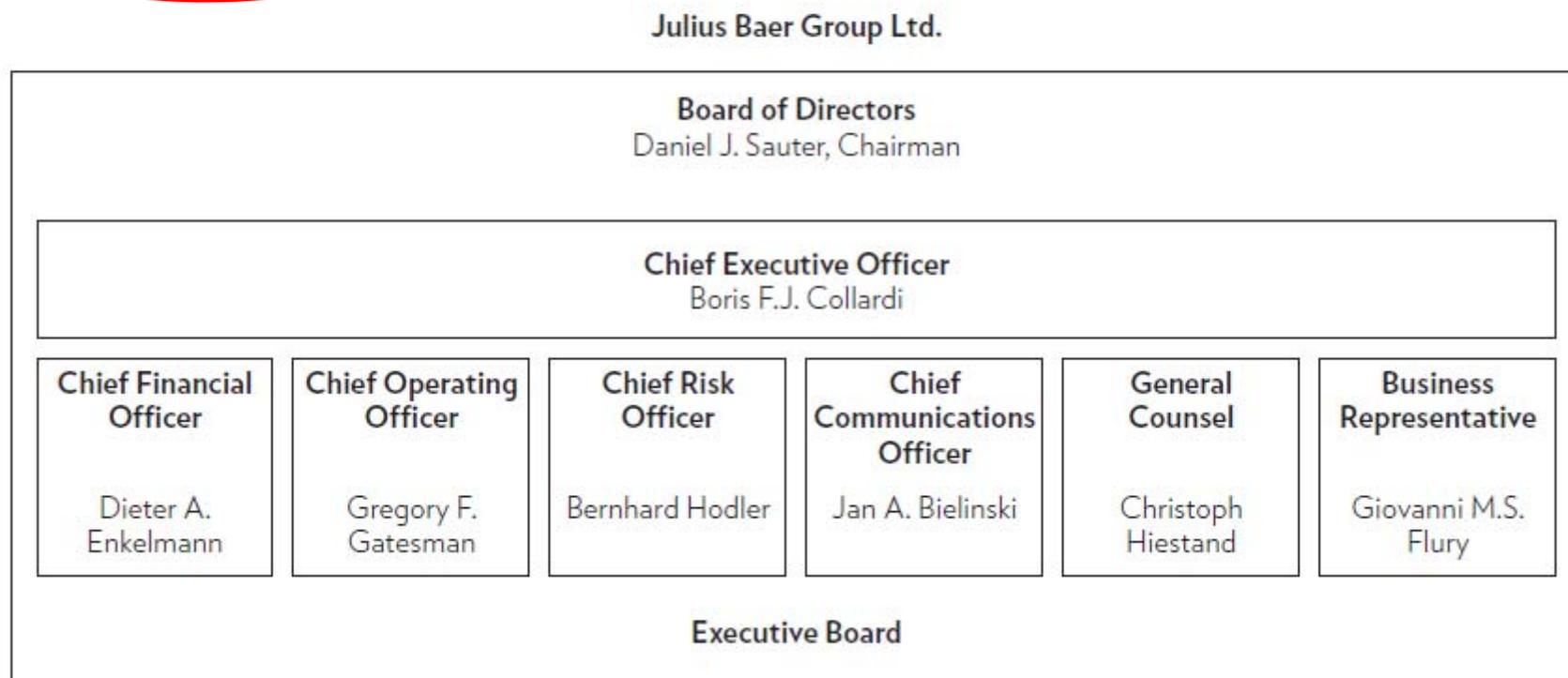




➤ Exemple Julius Bär – Operational Group structure

GROUP STRUCTURE AND SHAREHOLDERS

Operational Group structure of Julius Baer Group Ltd. as at 31 December 2016





5. Exemples de sanctions FINMA pour non respect de la «gouvernance consolidée»

- Rapport **Crédit Suisse** (20.5.2014): *«Les responsables hiérarchiques, en particulier ceux du bureau national U.S., n'ont pas suffisamment assumé leurs responsabilités.(...). L'exigence d'une organisation administrative appropriée s'applique aussi au groupe financier dans son ensemble (voir art. 3f al. 2 LB). Une bonne gestion des risques à l'échelle du groupe exige de déterminer, mesurer, contrôler et limiter de manière appropriée les risques importants pour le groupe. (...) »*
- Communiqué de presse **BSI** (24.5.2016): *«Dans l'ensemble, le management du groupe BSI ne surveillait pas la filiale de BSI à Singapour de manière adéquate (...), alors même (...) que des organes du groupe siégeaient au conseil d'administration de la filiale de BSI »*





6. Quelques situations «pathologiques»

- **Révision prudentielle (consolidée) du groupe:** dans certains cas le pays du siège d'une société-fille ne concède pas l'accès aux réviseurs prudentiels de la SM (ex: Monaco). Motif: le réviseur est le «bras armé» d'une autorité étrangère (FINMA)

- **Solution:** le réviseur de la société-mère est directement mandaté par le CdA de la fille

- **Secret bancaire:** certains pays interdisent l'accès aux informations détenues par une filiale. **Or, art. 6 al. 3 OBA-FINMA:**

*« Lorsqu'un intermédiaire financier constate que l'accès aux informations relatives aux cocontractants, aux détenteurs du contrôle ou aux ayants droit économiques des valeurs patrimoniales est, dans certains pays, **exclu ou sérieusement entravé** pour des motifs d'ordre juridique ou pratique, **il en informe sans délai la FINMA** »*

- **Solution:** confier la mission à un auditeur local et faire «remonter» les problèmes significatifs constatés.





- **Conflit positif entre autorités de surveillance de différents pays** (ex: SM en Suisse et banque / société holding EU, voir Directive EU 2013/36 du 26.06.2013, art. 36 ss): outre les complications découlant d'un **double reporting**, les exigences ne sont **pas nécessairement compatibles**.
- **Solution**: s'adresser à la FINMA qui déterminera la solution avec les autorités étrangères (art. **3d al. 2 LB**)





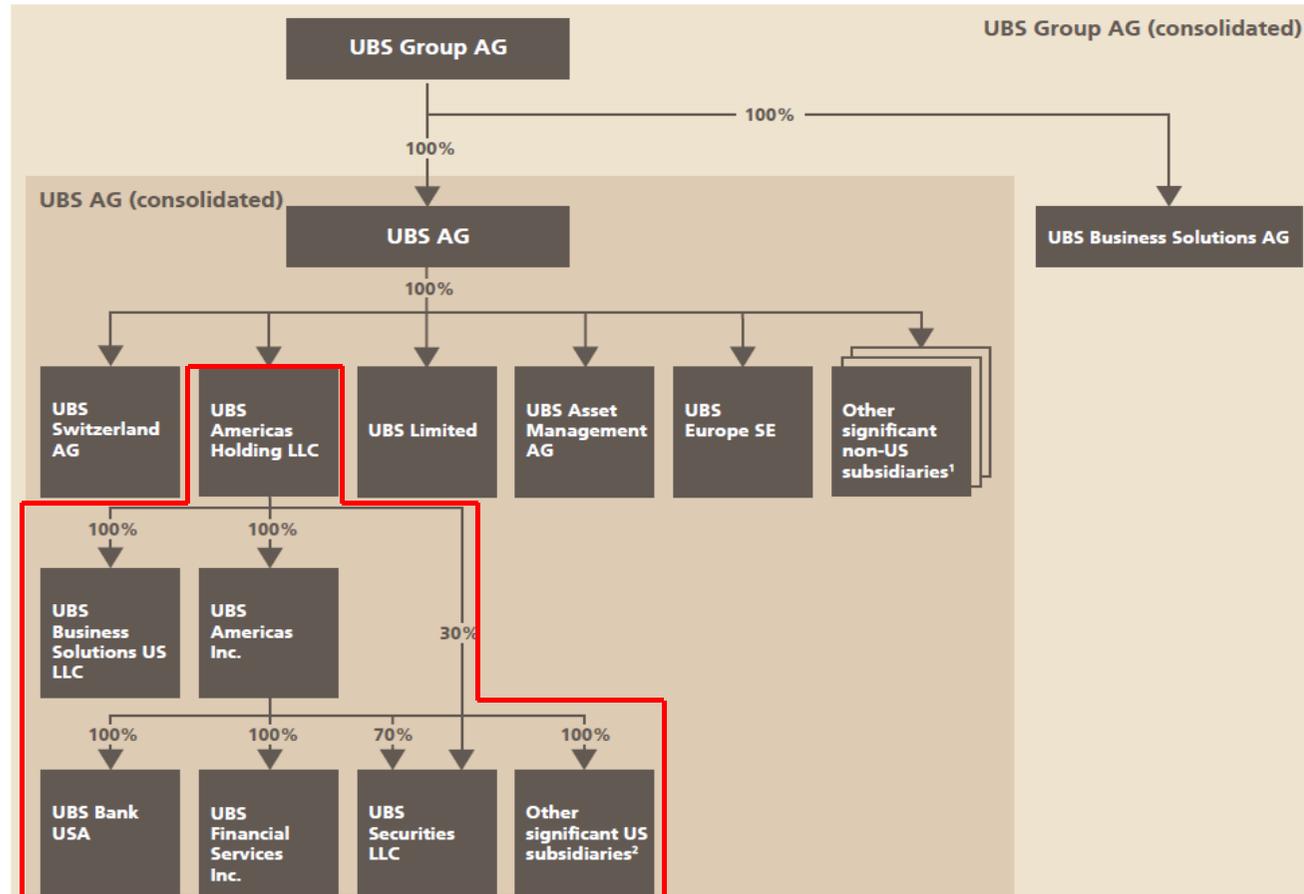
7. Risques systémiques... vers un atomisme territorial ?

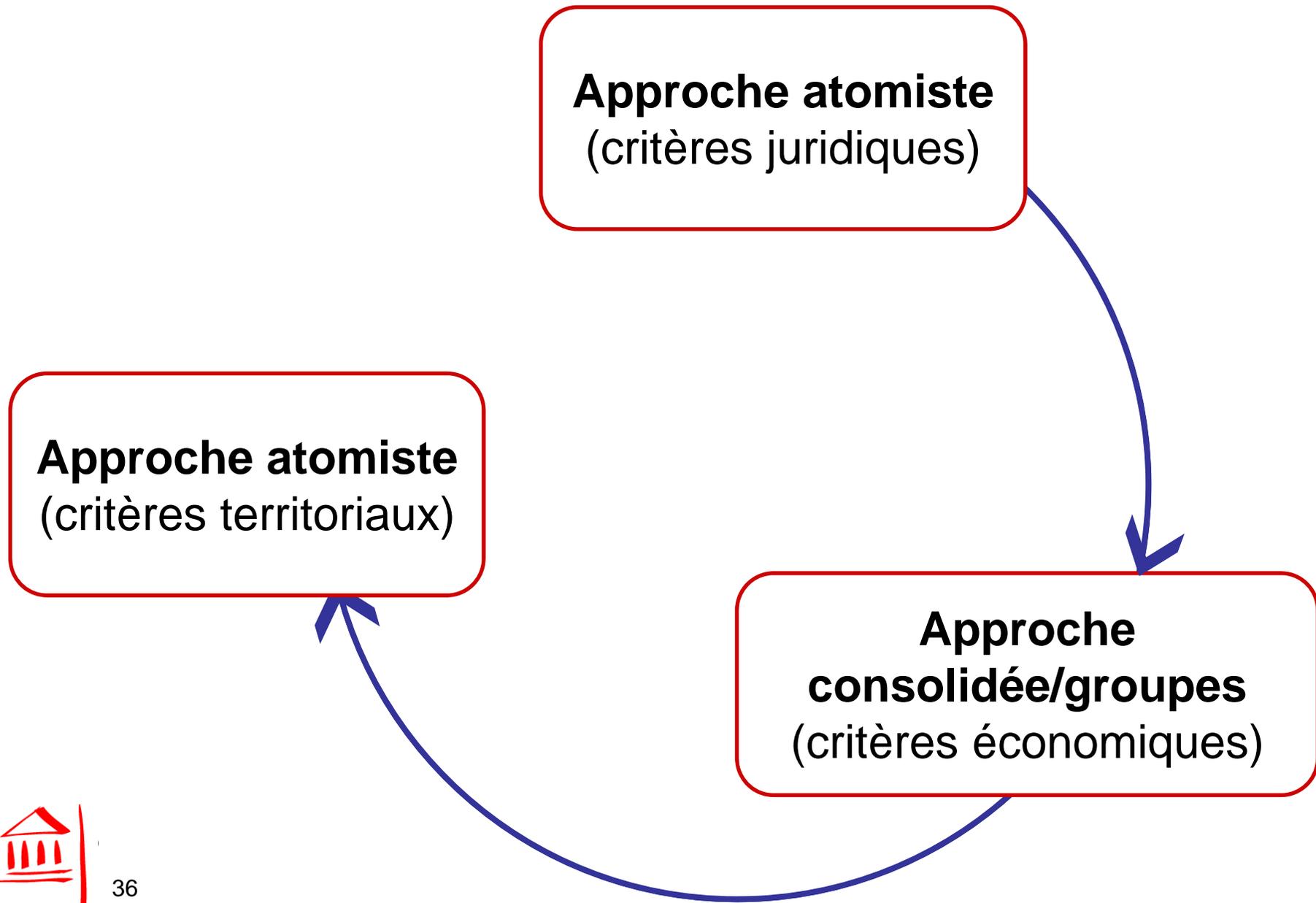
- **Certains régulateurs nationaux** imposent désormais une approche qui **se préoccupe prioritairement de leurs intérêts territoriaux** (survie des activités bancaires / déposants / créanciers)
 - Ils imposent une gestion/surveillance consolidée, mais **propre au territoire concerné**
 - Ils imposent parfois même la création d'une **sub-holding** qui regroupe toute l'activité nationale
 - **Exemple:** USA (*Combined US Operations*) ... l'UE y songe...
 - Concerne en principe les **établissements TBTF**





➤ Exemple : sub-holding US du groupe UBS







Conclusion

- **Quadrature du cercle réalisée ?**
 - Pas sûr, car le problème est **complexe**, la réalité **hétérogène**, les exigences **évolutives** et en partie **incompatibles**
 - La coexistence entre les approches *(i)* verticale/hierarchique et *(ii)* horizontale/fonctionnelle-matricielle tient du **mariage de la carpe et du lapin...**
 - Certains régulateurs tendent à **brouiller les pistes**
- ... mais certain qu'**il existe désormais des exigences uniformes et incontournables en matière de gestion et de surveillance centralisées de l'ensemble des activités des groupes bancaires, indépendamment de leur structure et/ou du lieu de leurs activités**

