
Avant-propos

Le phénomène des groupes est sans conteste le thème le plus débattu et, partant, l'un des plus passionnants du droit de sociétés. Depuis près de cinquante ans, nombre d'initiatives ont questionné la nécessité de réglementer le groupe, une réalité économique qui n'a cessé de s'affirmer dans un monde globalisé. Alors qu'une nouvelle révision significative du droit de la société anonyme s'achève, force est de constater que le problème de fond demeure.

Pour Henry PETER, cette déconnexion entre droit et réalité tient au fait que le législateur ne perçoit pas le mode de fonctionnement d'une entreprise qui atteint une certaine dimension et déploie son activité sur le plan international. Face à ce qu'il qualifie de lacune, le Professeur PETER rappelle les différentes méthodes permettant de la combler. À ses yeux, toutes conduisent à admettre que les devoirs des organes des sociétés mères – qu'il s'agisse de la haute direction, de l'organisation, des aspects financiers ou des autres fonctions – s'étendent à l'ensemble du groupe. L'affirmation de ces « *Konzernoberleitungspflichten* » fait naître, par corolaire, une responsabilité étendue des organes dirigeants de la société mère à l'ensemble des sociétés contrôlées.

Cette approche soulève la question, toujours controversée, des compétences résiduelles des organes dirigeants des filiales. Pour Mathieu BLANC et Annie-Fabienne PILLIONNEL, le conseil d'administration de la filiale conserve les compétences formelles et matérielles découlant de l'art. 716a CO. Au sein d'un groupe, ces tâches comprennent notamment la vérification des instructions qui sont communiquées par la direction unique. Mes BLANC et PILLIONNEL proposent à cet égard un intéressant schéma représentatif des critères guidant le test de validité des instructions, en distinguant l'hypothèse de la filiale détenue à 100% de celle comportant des actionnaires minoritaires. Cette approche s'inscrit dans le cadre de la reconnaissance de l'intérêt de groupe, dont la jurisprudence a récemment accueilli le principe.

Si le droit commun persiste à ignorer le groupe dans sa globalité, la législation bancaire s'attache au contraire à saisir le groupe financier dans sa globalité. Comme le rappelle le Professeur LOMBARDINI, la notion de surveillance consolidée dépasse largement le cadre des exigences comptables. Elle tend à uniformiser le cadre des risques et du reporting prudentiel au travers de l'ensemble des sociétés affiliées, quelle que soit leur localisation. Bien plus, l'autorité dispose d'outils lui permettant de prévenir la création de groupes trop complexes et, partant, difficiles à surveiller. Carlo LOMBARDINI souligne à cet égard l'influence que la crise financière a exercée sur les initiatives des autorités relatives à l'organisation des groupes. Il met toutefois en garde contre l'illusion que la multiplication des règles peut faire naître quant à la stabilité du système.

Dans le même esprit, Isabelle ROMY expose le développement des règles de gouvernance en matière bancaire et, en particulier, les points essentiels du régime *too big to fail* (TBTF). La Professeure ROMY illustre l'impact de ces règles sur l'adoption de la structure du groupe *UBS*. Alors que nombre de groupes internationaux font l'objet d'une gouvernance fonctionnelle ou matricielle, le régime TBTF conduit à ses yeux à une déglobalisation et, partant, renforce le paradoxe du groupe né de l'opposition entre l'unité économique de l'entreprise et l'indépendance des filiales.

Par cette publication, le CEDIDAC offre un tableau contrasté sur la manière dont le droit saisit le phénomène du groupe. Dans sa vision atomiste, le droit commun des sociétés persiste à ignorer la réalité économique de l'entreprise internationale, renvoyant doctrine et jurisprudence à faire preuve de créativité pour en saisir l'impact. À l'opposé, en renforçant la surveillance des groupes d'importance systémique, le droit bancaire développe une réglementation qui conduit à renforcer encore la tension entre unité économique et approche atomiste des sociétés affiliées.

Lausanne, le 1^{er} mai 2021

Les éditeurs
Jean-Luc Chenaux
Damiano Canapa

Sommaire

Avant-propos	V
Table des principales abréviations	IX
L'entreprise, sa direction unique et leurs conséquences, ou des <i>Konzernoberleitungspflichten</i> des organes de la société mère	1
<i>HENRY PETER</i>	
Compétences (résiduelles ?) des organes dirigeants des sociétés filiales	21
<i>MATHIEU BLANC</i> <i>ANNIE-FABIENNE PILLIONNEL</i>	
Gouvernance des groupes bancaires d'importance systémique mondiale	59
<i>ISABELLE ROMY</i>	
Surveillance consolidée des groupes bancaires	89
<i>CARLO LOMBARDINI</i>	

Table des principales abréviations

aCO	Ancienne loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
ACPR	L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
al.	alinéa
art.	article
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaFin	<i>Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht</i> , Allemagne
BaK	Basler Kommentar
BCE	Banque Centrale européenne
BK	Berner Kommentar
BNS	Banque Nationale Suisse
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
cf.	<i>confer</i>
CEO	<i>Chief Executive Officer</i>
CFO	<i>Chief Financial Officer</i>
Ch.	Chapitre ou chiffre
CHF	franc(s) suisse(s)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CL	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12
CMG	<i>Crisis management groups</i>
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
Comp.	Comparer avec
consid./.(c.)	considérant
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CR	Commentaire romand

CRO	<i>Chief risk officer</i>
CSF	Conseil de stabilité financière
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DFF	Département fédérale des finances
D-SIB	<i>domestic systemically important banks</i>
éd.	Édition ou éditeur
éds	éditeurs
et al.	<i>et alii</i>
etc.	<i>et cætera</i>
EUR	Euro(s)
ex.	exemple
FCA	<i>Financial Conduct Authority</i> , Royaume-Uni
FSA	<i>Financial Servies Authority</i> , Royaume-Uni
FECG	<i>Forum Europaeum on Company Groups</i>
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
GE	République et canton de Genève
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
G-SIB	<i>Global systemically important banks</i>
i.e.	<i>id est</i>
Ibid.	<i>Ibidem</i>
IHD	<i>Intermediate Holding Company</i>
in fine (i.f.)	<i>à la fin</i>
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel
JU	Canton du Jura
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.0

LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, RS 954.1.
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LCC	Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation, RS 221.214.1
let.	Lettre
LFINMA	Loi fédérale du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers, RS 956.1
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS 221.301
LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers, RS 958.1.
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
LSFin	Loi fédérale du 15 juin 2008 sur les services financiers, RS 950.1
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
Ltd.	<i>Limited</i>
Mias	<i>milliards</i>
N	numéro(s) de paragraphe
n.	note(s) de bas de page ou de fin
n°	numéro
not.	notamment
Nr.	<i>Nummer</i>
NYC	<i>New York City</i>
OBA-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 3 juin 2015 sur le blanchiment d'argent, RS 955.033.0
OCDE	Organisation de coopération et développement économiques
OFR	Ordonnance du 1 ^{er} juin 2012 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières
OFJ	Office fédérale de la justice
OIB-FINMA	Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire du 30 août 2012, RS 952.05

OLiQ	Ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités des banques, RS 952.06
ORAb	Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse, RS 221.331.
ORC	Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce, RS 221.411
p.	page
p.ex.	par exemple
PDG	Président-directeur général
Phr.	phrase
PJA	Pratique Juridique Actuelle
pp.	plusieurs pages
<i>PRA</i>	<i>Prudential Regulation Authority</i> , Royaume-Uni
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
s.	Suivant(e)
SA	Société Anonyme
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SGC	Système de gestion de la conformité
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK	Schulthess Kommentar
ss	suivant(e)s
SPoE	<i>single point of entry</i>
TAF	Tribunal administratif fédéral
TBTF	<i>Too big too fail</i>
TC	Tribunal cantonal

TF	Tribunal fédéral suisse
TLAC	<i>Total Loss Absorbing Capital</i>
UE	Union européenne
USD	United States Dollar
v.	voir
vol.	volume
ZK	Zürcher Kommentar
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZKB	Banque cantonale zurichoise

L'entreprise, sa direction unique et leurs conséquences, ou des *Konzernoberleitungspflichten* des organes de la société mère

Henry PETER¹

Professeur à l'Université de Genève, avocat à Lugano

Table des matières

I.	Introduction.....	1
II.	Faits.....	4
	A. Le groupe, nouvelle technique d'organisation de l'entreprise.....	4
	B. La direction unique de l'entreprise.....	5
	C. La direction fonctionnelle des groupes.....	6
	D. Une (in)équation apparemment insoluble.....	10
III.	Droit.....	10
	A. Inadéquation du droit.....	10
	B. Silence qualifié ou lacune ?.....	12
	C. Approches possibles.....	12
	1. La direction unique : source de Konzernvertrauen.....	13
	2. La direction unique : gérante des affaires du groupe.....	13
	3. La direction unique : organe de fait des filiales.....	14
	4. La direction unique : application consolidée de l'art. 716a CO.....	14
	D. Conséquences pour la direction de l'entreprise (c'est-à-dire du groupe).....	15
	E. Conclusion.....	18

I. Introduction

S'il est un domaine dans lequel le droit est progressivement toujours plus déconnecté de la réalité qu'il est supposé réguler, c'est bien celui du droit des sociétés, et plus précisément du droit de l'entreprise. Le droit est supposé servir de cadre normatif aux faits, et le juge chargé de trancher à la lumière d'un état de fait. Ceci présuppose toutefois que la réalité sous-jacente soit comprise, et que les règles soient adéquates. Or c'est en l'occurrence souvent sur les deux plans que le bât blesse.

Quelle est en effet la réalité sous-jacente : c'est l'entreprise. On pourrait glosier sur ce concept, que tente d'appréhender l'article 2 de l'ORC : c'est en

¹ L'auteur remercie Francesca Cavadini-Birchler, titulaire du brevet d'avocat, pour son aide dans le cadre de la rédaction de ce texte.

substance « *une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier* ». Son existence est un fait, qui ne dépend pas du droit, ni de la forme sociale qui lui est conférée. Elle ne dépend pas non plus d'une reconnaissance ou d'une constatation quelconque, en particulier d'une inscription au registre du commerce, d'un acte notarié ou de toute autre intervention étatique ou privée. Il en existe de toute taille, des plus petites et locales, au plus grandes et inter-, voire transnationales. Certaines ont aujourd'hui une importance quantitativement bien plus considérable que de nombreux États, et sont plus puissantes que ceux-ci. Telles *Nestlé*, *Tesla* ou *Amazon*, elles peuvent être physiquement identifiées et localisées, mais d'autres sont toujours plus virtuelles et insaisissables, telles *Google* ou autres entreprises exploitant les technologies digitales. Indépendamment de tout cela, chacune est une entreprise. Au-delà de ces différences considérables, ce qui les caractérise est que, nous croyons sans exception, elles sont centralement dirigées, par quoi il faut entendre que l'ensemble qu'elles forment, c'est-à-dire l'intégralité de l'entreprise, est gouvernée comme un tout. C'est le concept de direction unique, celui de la « *einheitliche Leitung* », qui a longtemps figuré à l'article 663e aCO, article qui a été abrogé par la modification du Code des obligations du 23 décembre 2011². La direction unique est ainsi cette fonction faitière qui, indépendamment de sa forme et de ses modalités, gère l'ensemble de l'entreprise³. Puisqu'elle est un tout, il est nécessaire qu'elle soit gérée comme tel. Toute autre solution serait inefficace et pourrait d'ailleurs être reprochée à ceux qui en sont responsables. On peut même affirmer que la gestion d'une entreprise en ignorant que c'est un tout constituerait un manquement à leur devoir de la part de ses dirigeants.

Voilà pour les faits, et les conséquences qui en découlent du point de vue de la bonne gestion de toute entreprise. Mais que dit le droit ? Quelle est sa conception de ce phénomène, et les règles qu'il lui applique ? C'est là que débute les surprises, en tout cas en droit suisse. On constate en effet – et cette observation n'est pas nouvelle – qu'il existe une manifeste inadéquation du droit par rapport aux faits⁴. Dans ce domaine le droit suisse continue trop

² Avec effet au 1^{er} janvier 2013 ; FF 2008 1407. Désormais l'art. 963 al. 1 CO ne se réfère plus au concept de la direction unique, mais à celui du contrôle effectif (« *control* »-Prinzip) ; v. à cet égard BÖCKLI, Konzerninteresse, p. 208 s. Pour la définition du groupe, le Tribunal fédéral continue toutefois à se référer au concept de direction unique (ATF 130 III 2013, TF 6B_233/2013 ; ATAF A-1668/2015 du 18 mai 2016).

³ ATAF A-1668/2015 du 18 mai 2016, consid. 5.1.1 (confirmé par le TF par un arrêt 2C_595/2016 du 11 janvier 2017) : « *la particularité du groupe – ou sous-groupe – de sociétés tient au fait que plusieurs sociétés juridiquement indépendantes sont réunies sous une direction unique [...] qui est en règle générale assurée par la société holding qui regroupe les participations (majoritaires) dans les sociétés filiales* ».

⁴ VOGEL, p. 607 ; PETER, Action révocatoire, p. 15.

souvent à ignorer la réalité sous-jacente qu'il est supposé réglementer. Cela a été relevé en Suisse à de nombreuses reprises déjà, depuis près d'un demi-siècle. On rappellera que, dans la foulée de l'introduction en Allemagne d'un « *Konzernrecht* » en 1965, la Société suisse des juristes s'est interrogée, en 1973, sur la question de savoir s'il convenait d'introduire dans notre pays un droit des groupes des sociétés⁵. La réflexion qui s'en suivit, trop axée sur la solution allemande, resta pour l'essentiel sans effet, mais le problème demeurait manifestement. Il fut donc réexaminé par la même Société suisse des juristes en 1980⁶, là aussi sans véritable incidence. On pourrait poursuivre l'historique ; nous nous bornerons à constater que le législateur suisse s'est limité à quelques retouches ponctuelles de notre ordre juridique. Aucune des réformes de notre droit des sociétés, grandes ou petites, n'ont abordé le problème de fond, qui reste dès lors aujourd'hui encore non résolu et, partant, laisse perdurer un cadre normatif inadéquat.

Le problème de la non-concordance entre les faits et le droit dans ce domaine a déjà été souvent mis en évidence par la doctrine⁷. Il se manifeste dans de nombreux textes normatifs, typiquement dans le Code suisse des obligations, dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et dans bien d'autres règles de droit privé ou public, dans lesquels on trouve parfois quelques tentatives plus ou moins timides de correctif. On peut à égard citer l'exigence d'établir des comptes consolidés (art. 963 ss CO), ou les présomptions instaurées au détriment des sociétés du même groupe, assimilées à des personnes proches dans le cadre de l'action révocatoire pour libéralités (art. 286 al. 3 LP) ou pour dol (art. 288 al. 2 LP), ou encore la possibilité de recourir à une fusion simplifiée pour les sociétés d'un même groupe (art. 23 LFus), ou enfin l'obligation pour les sociétés étrangères d'un groupe (suisse) de se conformer aux obligations dérivant de la loi suisse sur le blanchiment d'argent (art. 5 al. 1 OBA-FINMA). Mais la faiblesse fondamentale de ces interventions ponctuelles est toujours la même, à savoir que leur présupposé est erroné : il est qu'à chaque entité économique (entreprise) correspond une (et une seule) entité juridique dont les organes sont aptes à jouer leur rôle – et le jouent effectivement – en poursuivant l'intérêt propre et exclusif de l'entité dont ils sont les organes. C'est là un mythe car, nous venons de l'évoquer, la perspective de toute entreprise est nécessairement « consolidée », l'intérêt de celle-ci – et donc du groupe, est nécessairement commun, et leur gouvernance est nécessairement – ou en tout cas toujours – centralisée. Il est à ce propos intéressant de relever qu'après de nombreux tâtonnements le Tribunal fédéral

⁵ DALLEVES ; v. également à cet égard l'ouvrage publié durant la même période par PETITPIERRE-SAUVAIN dans la collection des Études suisses de droit européen.

⁶ RUEDIN ; DRUEY.

⁷ RUEDIN, p. 191 ss, DRUEY, p. 379 ss ; VOGEL, p. 607 ; PETER, Action révocatoire, p. 15.

vient d'admettre le concept d'intérêt de groupe dans un arrêt portant sur le *cash pooling*⁸. Notre Cour a en effet reconnu que l'octroi de prêts intra-groupe non conformes aux conditions du marché ne constitue pas nécessairement une violation des obligations de diligence des organes responsables, puisque cette façon de faire peut relever de l'intérêt de la société-mère et, par conséquent, de la filiale : « *Die Vorinstanz erkannte aber zu Recht auch, dass die dem Konzern zur Verfügung gestellten Darlehen im Interesse des Konzerns und mittelbar auch im Interesse der Swissair verwendet werden konnten.* »⁹. Il s'agit là de la consécration de ce que nous avons appelé en 1990 l'« exception de l'intérêt de groupe », qui consiste pour la direction unique à faire valoir que si l'acte incriminé peut effectivement être considéré comme ayant été immédiatement préjudiciable à une des sociétés du groupe, il a été en réalité effectué dans l'intérêt du groupe pris dans son ensemble, c'est-à-dire en définitive dans l'intérêt médiat de chacune des sociétés qui le compose¹⁰.

L'objet de cette contribution n'est pas de parcourir en détail les nombreux aspects de cette problématique. Il est simplement d'offrir une réflexion volontairement brève qui débutera par une illustration très concrète des faits qui viennent d'être évoqués abstraitement (chapitre II), avant d'en tirer quelques conséquences juridiques *de lege lata* (chapitre III). Le but de ces réflexions est moins de proposer une intervention (qui serait néanmoins souhaitable) *de lege ferenda* que de montrer que *de lege lata* des solutions appropriées peuvent être trouvées. Nous pensons en d'autres termes – et nous espérons que ce sera la valeur ajoutée de ce texte – que l'état actuel de notre droit, s'il est adéquatement interprété, offre déjà en partie des réponses appropriées à la réalité des entreprises.

II. Faits

A. Le groupe, nouvelle technique d'organisation de l'entreprise

Toujours plus fréquemment – et systématiquement dès lors qu'elles atteignent une certaine dimension – les entreprises sont structurées juridiquement sous forme d'une pluralité d'entités juridiques¹¹. Cela est vrai indépendamment de la forme de celles-ci (souvent des sociétés anonymes, mais également des

⁸ TF, 4A_268/2018 du 18 novembre 2019 ; STOFFEL/VRACA, p. 323. V. également à ce propos BÖCKLI, Konzerninteresse, p. 226.

⁹ TF 4A_268/2018 du 18 novembre 2019, consid. 6.5.4.4.

¹⁰ PETER, Action révocatoire, p. 129 ; PETER, Action révocatoire dans les groupes, p. 11.

¹¹ BÖCKLI, Konzernrecht, p. 39 : « *Der "Konzern" verstanden als "Unternehmensgruppe"* ».

sociétés à responsabilité limitée, des sociétés en commandite par actions, voire des fondations) et indépendamment du siège desdites entités. On ne s'étendra pas à ce propos sur ce qui est appelé les « multinationales », concept évoqué actuellement en relation avec l'initiative populaire fédérale soumise au peuple suisse le 29 novembre 2020 symptomatiquement intitulée « *Entreprises responsables pour protéger l'être humain et l'environnement* » et qui concerne les *entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse* ». Ce phénomène, cette manière de structurer juridiquement l'entreprise, est connu sous le terme de « groupes de sociétés », qui n'est donc autre qu'une « technique d'organisation de l'entreprise »¹². L'entreprise est donc une pluralité d'entités juridiques soumises à une direction unique. Cette pluralité est appelée groupes de sociétés, ce qui a conduit – mais il faut bien voir que c'est là en quelque sorte un dérivé – à définir le groupe comme étant une pluralité d'entités juridiques (*i.e.* juridiquement distinctes), contrôlées par une direction unique¹³.

B. La direction unique de l'entreprise

Il est souvent considéré que la direction unique de l'entreprise est la société dite « mère » du groupe. Mais là aussi, s'agissant d'une réalité de fait, elle peut prendre des formes diverses et être d'ailleurs parfois difficile à localiser¹⁴. Et les sociétés contrôlées par la société mère sont dites sociétés « filles ». Ceci peut être illustré de la manière suivante :

¹² Nous nous inspirons ici de ce qu'a dit PAILLUSSEAU, il y a plus de 50 ans, à propos de la société anonyme, en transposant son raisonnement à la fonction du groupe de sociétés.

¹³ Cette définition classique du groupe de sociétés figurait dans le texte de l'art. 663e aCO qui fixait jusqu'en 2013 les critères fondant l'obligation d'établir des comptes consolidés. Cet article a été abrogé par la modification du Code des obligations du 23 décembre 2011, avec effet au 1^{er} janvier 2013, et a été remplacé par l'art. 963 al. 1 CO. Ce dernier article fait désormais référence au principe du contrôle effectif.

¹⁴ PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 37 ; DALLEVES, p. 595 ; RUEDIN, p. 165 ; PETER, Action révocatoire, p. 39 ss et p. 46 ss.

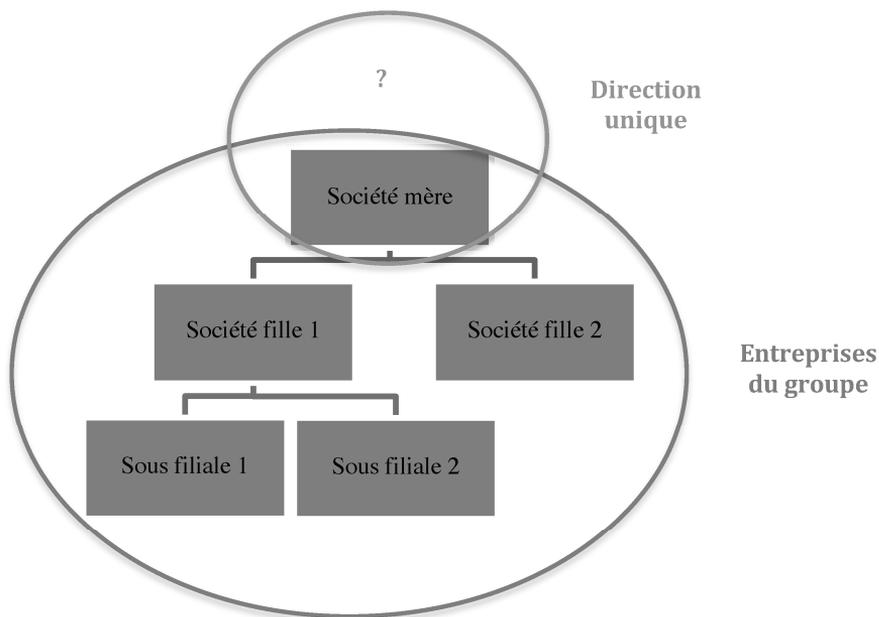


Figure 1 :

Le fait est, quoi qu'il en soit, que dans toute entreprise il existe une direction unique, qui gouverne le tout de façon consolidée. Ce terme n'est évidemment pas utilisé ici dans la perspective du droit comptable, mais dans une optique de gestion de l'ensemble. Le fait que cela conduise à la présentation de comptes de ce tout, donc de comptes que le Code des obligations a dans un premier temps appelé des comptes « de groupe » avant de se rallier aux termes consacrés « comptes consolidés » (art. 963 ss CO), n'en est qu'une conséquence nécessaire, et d'ailleurs reconnue et imposée en droit suisse depuis l'entrée en vigueur de l'article 663e aCO le 1^{er} juillet 1993¹⁵.

C. La direction fonctionnelle des groupes

Mais là ne s'arrête pas la réalité des entreprises et de leur gestion. Le modèle théorique du législateur est ultérieurement et plus profondément ignoré en raison du fait que les entreprises – donc les groupes – font très généralement

¹⁵ FF 1983 II 757, exigence désormais transposée à l'art. 963 CO.

l'objet d'une gouvernance dite « fonctionnelle », appelée parfois également « matricielle »¹⁶.

Il faut entendre par cela le fait que la société mère (au travers de son conseil d'administration ou de sa direction) ne gouverne pas les sociétés contrôlées en respectant les structures de celles-ci (assemblée générale, conseil d'administration des sociétés filles, direction des sociétés filles soumise au conseil d'administration de celles-ci, *etc.*), mais en les ignorant en substance, et en structurant la direction (de l'entreprise/du groupe) selon la nature des fonctions managériales (par exemple les fonctions « administration et finances », « ressources humaines », « production » ou « commercialisation »). Ceci signifie que la personne en charge, par exemple, de l'administration et des finances au sein de la « direction générale du groupe » interagit directement avec les personnes en charge du même sujet dans chacune des différentes filiales, qu'elles soient localisées en Suisse ou à l'étranger. Et elle le fait en ignorant – donc en court-circuitant – à peu près tous les organes théoriquement (juridiquement) formellement compétents. Ceci peut être illustré par le schéma suivant :

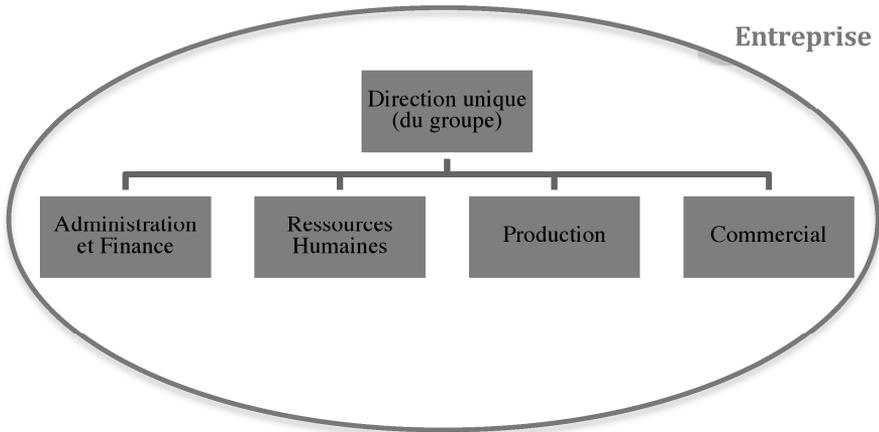


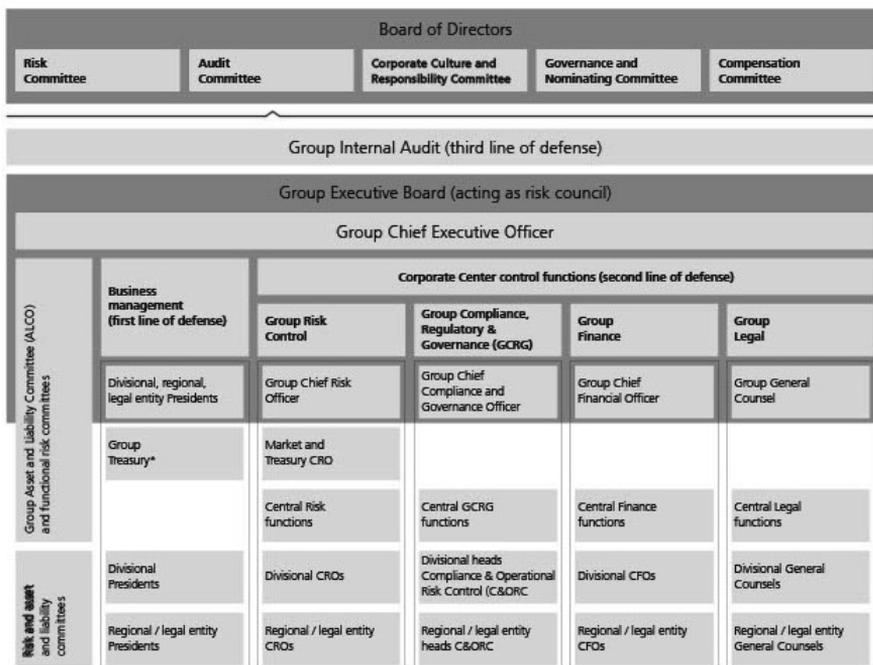
Figure 2 :

Nous croyons pouvoir affirmer que ce qui précède correspond désormais à la règle, non pas à l'exception. On pourrait multiplier les exemples ; on se limitera à en montrer trois, choisis parmi les vingt plus importantes sociétés cotées en Suisse dont on trouve sur internet la « charte organisationnelle », donc publiquement accessible :

¹⁶ CR CO-PETER/CAVADINI, N 45 ss *ad* art. 716a CO ; PETER, Comités de groupe, p. 55 s. ; VOGEL, p. 613.

– **Exemple 1 : UBS Group AG¹⁷**

Audited | Risk governance



Part of Group Finance

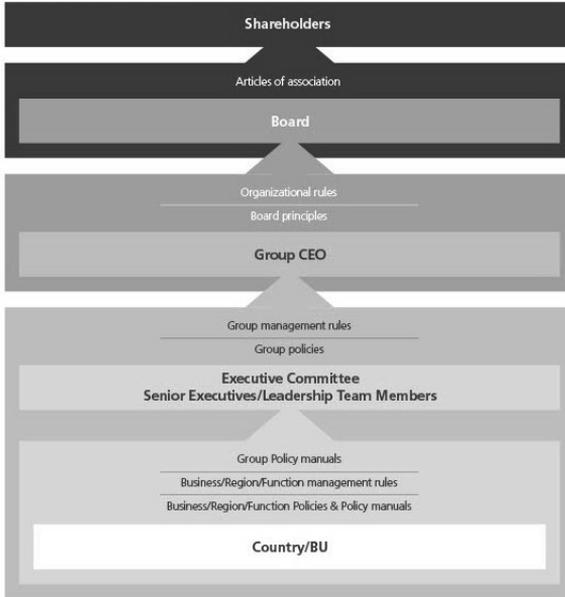


¹⁷ UBS Group AG, Annual Report 2019, p. 109.

– **Exemple 2 : Zurich Insurance Group¹⁸**

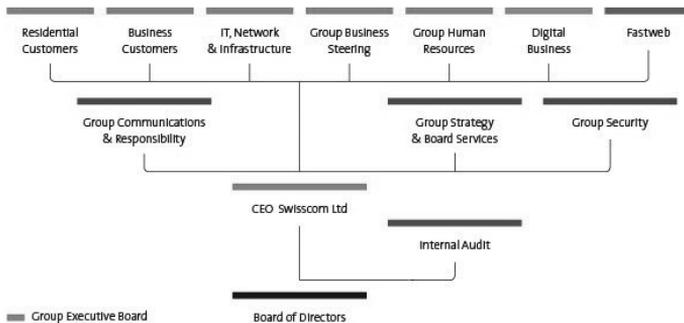
Overview on Group governance

Governance document structure



– **Exemple 3 : Swisscom Ltd¹⁹**

The operational Group structure as at 1 January 2020 is shown in the diagram below.



¹⁸ Zurich Insurance Group, Annual Report 2019 p. 42.

¹⁹ Swisscom Ltd, Annual Report 2019, p. 69.

Dans les trois cas, on peut relever certains termes significatifs, par exemple, chez *UBS Group AG*, l'existence d'un « *Group Executive Board* », d'un « *Group Chief Executive Officer* » ou, du point de vue fonctionnel, d'un « *Group Risk Control* », « *Group Compliance, Regulatory & Governance (GCRG)* », « *Group Finance* » ou « *Group Legal* », etc.

Chez *Zurich Insurance Group*, on trouve notamment un « *Group CEO* ».

Chez *Swisscom*, on trouve un « *Group Executive Board* ». On y apprend également, à propos de la « *Operational Group Structure* », qu'il existe « *five Group divisions: Group Business Steering, Group Human Resources, Group Strategy & Board Services, Group Communication & Responsibility and Group Security* »²⁰.

D. Une (in)équation apparemment insoluble

Voilà donc pour les faits, croyons-nous indiscutables. Il est en effet vain de nier cette réalité. La question qui se pose dès lors est de savoir si la non-correspondance du modèle légal suisse de gouvernance des sociétés avec cette réalité conduit fatalement à ce que Peter FORSTMOSER a appelé un « *unlösbares Konzernparadox* »²¹. Sommes-nous en d'autres termes réellement confrontés à « *einer juristischen Frontalkollision* »²² ? Où est-il possible de trouver *de lege lata* des solutions compatibles à la fois avec la loi suisse et la réalité des groupes ? La quadrature du cercle peut-elle être trouvée ? Nous suggérons de répondre affirmativement à cette dernière question, en partie en tout cas. Si notre opinion était retenue, elle permettrait d'ores et déjà d'offrir une approche plus satisfaisante à la réalité des groupes de sociétés.

III. Droit

A. Inadéquation du droit

Les faits que nous venons d'exposer soulèvent évidemment de nombreuses questions en droit. Tel est le cas non seulement en cas de litige, typiquement à

²⁰ *Swisscom Ltd*, Annual Report 2019, p. 68.

²¹ FORSTMOSER, *Haftung*, p. 97; FORSTMOSER, *Horizontale Integration*, p. 383; BÖCKLI, *Konzernrecht*, p. 47; KUNZ, p. 97 ss.

²² VON BÜREN, *Vierteljahrhundert*, p. 328 ; KUNZ, p. 98.

propos de la responsabilité des organes²³. Mais au-delà de cela et de façon peut-être plus essentielle, il est nécessaire que toute personne confrontée à un groupe de sociétés, que ce soit ses organes, ses actionnaires, créanciers ou auditeurs notamment, sache, préventivement – et non pas *post festum* – quelles sont ses obligations, et ses droits. Quelle est dès lors la base légale qu'il convient de consulter à cette fin ? Cette question, pour l'essentiel non résolue, a déjà fait couler beaucoup d'encre, et l'ambition de cette contribution n'est pas de revenir en détail sur son analyse²⁴. Nous croyons pouvoir affirmer que, à l'exception de quelques interventions législatives spécifiques que nous avons déjà évoquées²⁵, et sous réserve de quelques décisions jurisprudentielles progressivement plus lucides ou courageuses²⁶, il n'existe en l'état actuel du droit suisse pas de réponse généralement satisfaisante à la réalité des groupes que nous venons de rappeler. La raison en est, nous l'avons dit, que cette réalité sous-jacente n'a pas été suffisamment perçue, ou, si elle l'a été, qu'elle est en général ignorée, pour le moins quant à ses ultimes conséquences. Est-ce sciemment ? On laissera la question ouverte. Si tel était le cas, l'explication pourrait être que cet état de fait est tellement distant du modèle juridique qui sous-tend le Code des obligations qu'il est difficile de le rendre compatible avec les faits qu'il est supposé régir, ou alors que cette réalité est trop déstabilisante. Mais cet état de fait existe bel et bien, et on ne saurait se satisfaire d'un tel déni de réalité.

²³ De nombreux arrêts ont été rendus à cet égard sur la base de différentes théories. On peut rappeler à ce propos que le Tribunal fédéral a admis que les organes de la société mère peuvent être considérés comme des administrateurs de fait des filiales, s'ils interviennent de manière institutionnelle dans la gestion des filiales (« *aus seiner organotypischen Stellung* ») (ATF 128 III 92, JdT 2003 I 23) ; sur la base de la théorie de la *Doppelorganschaft* le Tribunal fédéral a également admis que, la société mère pourrait être tenue responsable du comportement d'un de ses organes s'il est également organe d'une filiale (ATF 127 III 297, SJ 1998 460) ; enfin, la responsabilité de la société mère a été admise dans un cas *Swissair* sur la base de la *Konzernvertrauenshaftung* en raison de la confiance engendrée d'une manière contraire la bonne foi auprès de tiers qui traitaient avec d'autres sociétés du groupe (ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359).

²⁴ Pour une analyse détaillée, v. VON BÜREN, Konzern et KUNZ.

²⁵ Cf. *supra* I.

²⁶ Cf. *supra* n. 22. On rappellera à cet égard que dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a admis que le fait de privilégier l'intérêt de groupe au détriment de l'intérêt d'une société déterminée ne saurait nécessairement engager la responsabilité des organes de la société *prima facie* lésée (TF, 4A_268/2018 du 18 novembre 2019).

B. Silence qualifié ou lacune ?

La question fondamentale est dès lors de savoir si, en l'absence de réponse claire dans notre Code des obligations, il convient de considérer que l'on est en présence d'un silence qualifié. On rappellera que ce concept signifie que « *le législateur a bien identifié un problème déterminé, mais qu'il a délibérément renoncé à le régler dans la loi concernée* »²⁷. Pour qu'il existe un silence qualifié il est donc nécessaire que le législateur ait eu conscience du problème, et ait volontairement – donc sciemment – renoncé à intervenir. Nous croyons pouvoir affirmer que tel n'est pas le cas en l'espèce : il nous semble en effet indéniable que le législateur suisse n'a pas perçu la réalité du fonctionnement et donc de la gestion des entreprises tels que nous les avons rappelés dans la première partie de cet article. En l'absence d'une réponse légale, et ayant écarté l'hypothèse d'un silence qualifié, nous sommes dès lors confrontés à une lacune. On est en présence d'une lacune proprement dite lorsque le législateur n'a pas réglé un point alors qu'une réponse est nécessaire et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi²⁸. Or, en vertu de l'article 1 alinéa 2 CC, « *à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.* ».

C. Approches possibles

Comment dès lors combler cette lacune ? On rappellera à cette fin les différentes méthodes disponibles : la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair ou si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, notamment les travaux préparatoires (interprétation historique), le but de la règle, son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore sa relation avec d'autres dispositions (interprétation systématique)²⁹. Aucune méthode d'interprétation ne doit être privilégiée, le juge devant adapter une approche pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme si elle existe, et la solution matériellement adéquate³⁰.

²⁷ ATF 140 III 251, cons. 4.2.

²⁸ ATF 140 III 206 ; ATF 141 III 43 ; ATF 145 III 169.

²⁹ ATF 145 IV 17, cons. 1.2.

³⁰ ATF 145 IV 17, cons. 1.2.

Dans le cas qui nous occupe, la lacune doit naturellement être comblée dans une perspective téléologique. En d'autres termes, il convient de donner une réponse qui soit appropriée compte tenu du but du législateur et des intérêts en présence. Étant d'emblée précisé que leur fondement est différent, mais que leur résultat est fondamentalement le même³¹, nous proposerons ici brièvement quelques interprétations possibles, laissant à d'autres le soin de les développer.

1. La direction unique : source de Konzernvertrauen

Il ne s'agit pas ici de rouvrir le débat portant sur la justification de cette « norme prétorienne » qu'est la *Konzernvertrauen*³². Ce qui n'est en revanche pas douteux est qu'en recourant à cette métonymie qu'est la synecdoque, c'est-à-dire en présentant une partie (la société mère) comme étant le tout (le groupe)³³, les entreprises affirment être – et s'affichent souvent publiquement comme étant – un ensemble, géré comme tel, et ceci afin de créer une confiance dans cet ensemble et dans sa surface financière consolidée. La présentation de comptes de groupe conforte évidemment cette confiance. Que cela soit ou non le but poursuivi, il en résulte quoi qu'il en soit un « *warm feeling* »³⁴. La situation ainsi représentée est de nature à – et a pour but de – faire naître des attentes concrètes et déterminées dans un climat particulier de confiance, pour reprendre la terminologie de l'arrêt *Swissair* de 1994³⁵. Ces attentes sont celles d'une saine gestion de l'ensemble par la direction unique ; celle d'une « *korrekte Konzerngeschäftsführung* »³⁶.

2. La direction unique : gérante des affaires du groupe

Ainsi que l'a proposé Nina SAUERWEIN³⁷, on peut soutenir que la direction unique peut être qualifiée de gérante des affaires du groupe, et donc de chacune des sociétés qui le composent. Cette thèse se fonde sur les articles 419 ss CO,

³¹ Cf. *infra* III.C.4.

³² PETER, Conséquences ultimes, p. 181 ; PETER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 53 ss. V. également l'analyse de VOGEL, p. 626 ss.

³³ Cf. *supra* II.C, les exemples *UBS Group AG, Zurich Insurance Group et Swisscom Ltd* où la raison sociale de la société mère contient le mot « groupe », se présentant dès lors comme un – comme le – tout ; Ce fut le cas dans l'arrêt *Swissair* qui est à l'origine de la théorie de la *Konzernvertrauen*. ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359.

³⁴ PETER, Conséquences ultimes, p. 181.

³⁵ ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359.

³⁶ PETER, Conséquences ultimes, p. 181.

³⁷ SAUERWEIN, p. 242 ss.

et en particulier sur l'article 423 CO. Les modalités que nous avons mises en évidence à propos du rôle que joue la direction du groupe dans les affaires des filiales peuvent en effet être considérées comme une immixtion de la direction unique (gérante de l'entreprise) dans les affaires des maîtres (les filiales). Et cette immixtion a lieu sans mandat, sauf à considérer que, par leur tolérance des actions de la direction unique, les organes des sociétés filles acceptent, ne serait-ce que tacitement, que la direction unique gère leurs affaires. Admettre cette thèse permet de revendiquer que la société mère du groupe se conforme aux exigences d'une bonne gestion de l'ensemble de l'entreprise³⁸.

3. *La direction unique : organe de fait des filiales*

Les modalités de fonctionnement des groupes permettent par ailleurs d'affirmer que la direction unique de l'entreprise peut souvent – voire en général – être considérée comme organe de fait des entités juridiques qui la compose. Cette thèse, proposée par la doctrine³⁹, a été désormais consacrée par le Tribunal fédéral⁴⁰. La direction unique – donc en général la société mère qui joue ce rôle – a dès lors, de fait, non seulement les compétences dont elle bénéficie en raison de sa position d'organe, mais elle en porte également la responsabilité. Et comme il s'agit de compétences et de responsabilité qui concernent l'ensemble de l'entreprise, la direction unique doit donc gérer le groupe conformément à ce que l'on peut attendre d'un administrateur diligent se trouvant dans cette position.

4. *La direction unique : application consolidée de l'article 716a CO*

Une dernière approche peut se prévaloir d'une interprétation téléologique de l'article 716a CO. Il paraît en effet légitime de considérer qu'il appartient au conseil d'administration de la société mère d'un groupe d'exercer les attributions intransmissibles et inaliénables qui lui incombent en ne se limitant pas à la seule sphère de la société mère, mais d'une manière qui englobe également toutes les sociétés qu'elle contrôle, c'est-à-dire également toutes les filiales⁴¹. Il découle de cette thèse que le conseil d'administration de la société mère est tenu d'exercer sur un plan en quelque sorte consolidé les attributions

³⁸ PETER, Conséquences ultimes, p. 181 s.

³⁹ VON BÜREN, Konzern, 208 ; VOGEL, p. 622 ss ; PETER, Conséquences ultimes, p. 180 ; PETER, Organe de fait, p. 44.

⁴⁰ ATF 132 III 523.

⁴¹ CR CO-PETER/CAVADINI, N 47 ad art. 716a CO.

qui lui échoient en conséquence de l'article 716a alinéa 1 CO. En d'autres termes, l'existence d'une direction unique donnent lieu à des « *Konzernoberleitungspflichten* » à charge du conseil d'administration de la société mère.

D. Conséquences pour la direction de l'entreprise (c'est-à-dire du groupe)

Quel que soit le fondement juridique dont on se prévaut (nous venons d'en citer quatre, mais il en existe probablement d'autres), nous pensons qu'il en découle des conséquences, et en particulier des devoirs pour la direction du groupe. Les implications de ce qui précède sont nombreuses et devraient être approfondies. Nous nous limiterons ici à mentionner quelques-uns de ces « *Konzernoberleitungspflichten* » :

- Exercer la haute direction du groupe : sur le fondement de l'article 716a alinéa 1 chiffre 1 CO, on considérera tout d'abord que l'obligation de haute direction de la direction unique s'étend à l'ensemble du groupe. On pourrait parler de « gouvernance consolidée »⁴². Cette nécessité – du reste incontestée par les groupes mêmes, qui se prévalent au demeurant publiquement de ce qu'ils l'exercent⁴³ – et est du reste une évidence, tant il est vrai qu'une entreprise doit nécessairement être gouvernée de façon centralisée⁴⁴. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion de faire allusion à cela notamment dans un arrêt de 2017 dans lequel il a affirmé « *la recourante, qui est une (sous) holding pure, assure la direction unique des sociétés dont elle regroupe – directement ou indirectement – les participations et qu'elle est à ce titre notamment chargée de la gestion stratégique des sociétés en question [...]* »⁴⁵ ;
- Fixer l'organisation du groupe : en conséquence de l'article 716a alinéa 1 chiffre 2 CO, il incombe par ailleurs à la direction unique de fixer l'organisation du groupe⁴⁶. Il est vrai que le terme « organisation » peut avoir dans ce contexte deux acceptions : la fixation de la structure du groupe, d'une part ; il s'agit de ce point de vue de savoir comment le structurer juridiquement et, si nécessaire, de le restructurer en fonction des circonstances. Mais il peut s'agir aussi de l'organisation de la gouvernance,

⁴² KUNZ, p. 142 ; CR CO-PETER/CAVADINI, N 49 *ad* art. 716a CO ; PETER, Conséquences ultimes, p. 178 ; PETER, Comités de groupe, p. 54 ss.

⁴³ Cf. l'exemple *UBS Group AG* vu *supra* II.C.

⁴⁴ Cf. *supra* III.C.1.

⁴⁵ TF, 2C_596/2016 du 11 janvier 2017, consid. 2.2.1.

⁴⁶ CR CO-PETER/CAVADINI, N 48 *ad* art. 716a CO ; PETER, Conséquences ultimes, p. 178 ; BÖCKLI, Konzernrecht, p. 48.

et donc du rôle du conseil d'administration, respectivement de la direction, « du groupe ». C'est à ce propos que se pose la question de savoir s'il convient que cette direction s'exerce en recourant à la méthode « fonctionnelle » qui a été évoquée précédemment⁴⁷. Les opinions pourront diverger à cet égard, mais nous pensons que la fixation de l'organisation d'une entreprise requiert non seulement de la structurer adéquatement du point de vue juridique, mais aussi d'en organiser adéquatement le management. Les deux acceptions sont dès lors à retenir cumulativement. Les groupes l'ont au demeurant en général compris et adoptent d'ailleurs spontanément des structures qu'ils estiment être les plus efficaces, tant du point de vue de la limitation des risques, que du type d'activité, des facteurs géographiques ou encore de considérations fiscales. S'agissant du management, on observe souvent, au sein du conseil d'administration de la société mère, des comités qui sont fonctionnellement compétents à l'égard de l'ensemble des sociétés du groupe, par exemple des « comités d'audit du groupe », « des comités des risques du groupe », ou autres « comités de nomination et de rémunération du groupe ». Il en va de même au niveau de la direction générale du groupe.

On pourra citer à cet égard *Nestlé*, qui déclare, dans les documents qu'elle rend public :

*« The Audit Committee (AC) assists the Board of Directors in fulfilling its responsibilities with respect to the accounting and financial reporting practices of Nestlé SA and its subsidiaries, the internal and external audit processes as well as its overview of the risk management processes »*⁴⁸.

*« Market Compliance Officers and Committees ensure a consistent approach across the Group and help identify local Compliance priorities »*⁴⁹.

*« The Nestlé Group Enterprise Risk Management (ERM) framework is designed to assess and mitigate risks in order to minimize their potential impact and support the achievement of Nestlé's long-term purpose and business strategy. A top-down assessment is performed at Group level once a year to create a good understanding of the company's key risks, to allocate ownership to drive specific actions around them and take any relevant steps to address them »*⁵⁰.

- Les aspects financiers : en vertu de l'article 716a alinéa 1 chiffre 3 CO, il incombe au conseil d'administration de gérer adéquatement les aspects

⁴⁷ Cf. *supra* II.C.

⁴⁸ *Nestlé SA, Audit Committee Charter*, avril 2015, art. 1.

⁴⁹ *Nestlé SA, Annual Review 2019*, p. 74.

⁵⁰ *Nestlé SA, Annual Review 2019*, p. 62.

comptables et financiers⁵¹. Or il est inconcevable de gérer une entreprise sans avoir une vision d'ensemble de sa situation économique et financière. Il en découle que tout ce qui concerne notamment les plans d'investissements, l'administration des ressources financières, le financement des différentes entités formant le groupe, la préparation des comptes, autant dans une perspective rétrospective (les comptes annuels) que prospective (les budgets et autres *business plan*), donc également la gestion du *cash-flow* (et notamment le désormais inévitable recours au *cash pooling*)⁵² doivent procéder d'une vision appréhendant l'ensemble du groupe, donc consolidée. Or seule la direction unique peut s'en charger. On notera qu'à l'évidence le rôle des auditeurs externes et internes doit avoir pour objet le même périmètre ;

- Les autres fonctions : on peut compléter ce catalogue en affirmant notamment que la nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion et de la représentation (art. 716a al. 1 ch. 4 CO), de même que de la haute surveillance des personnes chargées de la gestion (art. 716a al. 1 ch. 5 CO), requièrent à l'évidence de prendre en considération l'ensemble de l'entreprise, et non pas seulement une partie de celle-ci.

Telle est dès lors la manière de concevoir les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration de la société mère, et donc de la direction du groupe. Cette vision n'a rien d'original ; elle est déjà très généralement pratiquée, probablement par tous les groupes, et publiquement affirmée par eux. Or ceci ne peut rester sans conséquences juridiques. En substance ces conséquences sont de deux types : (i) que, comme nous venons de l'évoquer, les attributions du conseil d'administration de la maison mère doivent être conçues et exercées dans une perspective consolidée. Autrement dit, en admettant que dès lors qu'une entreprise est composée de plusieurs entités juridiques ces attributions doivent porter sur l'ensemble de l'entreprise, donc des sociétés qui composent le groupe. Nous regroupons ces devoirs sous le terme « *Konzernoberleitungspflichten* »⁵³. Et on affirmera assez naturellement que, corollairement, (ii) un manquement aux exigences qui en

⁵¹ CR CO-PETER/CAVADINI, N 50 *ad* art. 716a CO ; PETER, Conséquences ultimes, p. 179 ; BÖCKLI, Konzernrecht, p. 49.

⁵² KUNZ, p. 296 ss ; BÖCKLI, Konzernrecht, p. 49, fait référence de manière plus générale au « *Konzern-Cash-Management* ». On rappellera que le Tribunal fédéral légitime désormais le recours au *cash pooling*, s'il est pratiqué dans l'intérêt du groupe, TF, 4A_268/2018 du 18 novembre 2019 ; STOFFEL/VRACA, p. 323.

⁵³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11, N 288 ss ; CR-PETER/CAVADINI, N 47 *ad* art. 716a CO ; PETER, Conséquences ultimes, p. 178 ; VOGEL, p. 618. Cette opinion n'est pas unanime. Certains auteurs, notamment KUNZ, p. 60, ne la partagent en effet pas. À nos yeux à tort, fondamentalement parce qu'ils ignorent la réalité du fonctionnement du groupe ou en tout cas n'en tirent pas les conséquences adéquates du point de vue du comblement de la lacune que nous proposons.

découlent peut faire l'objet de prétentions à l'égard des organes concernés, fondées sur l'article 754 CO.

IV. Conclusion

Nous concluons en énonçant ce que nous pensons être les sept principales thèses formulées dans cette contribution, tant en fait qu'en droit :

- La plupart des entreprises – et probablement toutes celles qui ne sont pas petites et strictement locales – sont composées de plusieurs entités juridiques, et sont donc des groupes de sociétés ;
- On ne saurait ignorer l'existence et les modalités du fonctionnement des entreprises, donc des groupes ;
- Il est nécessaire d'en tirer les conséquences juridiques adéquates, ce que, pour l'essentiel, le droit suisse ne fait pas expressément dans son état actuel ;
- Il existe à cette fin plusieurs fondements possibles, qui conduisent en substance au même résultat ;
- La direction unique de tout groupe a, de fait, des facultés – ou en tout cas s'arroge des compétences – dont découlent des obligations ;
- Il convient que les organes (conseil d'administration et direction) des sociétés mères en soient préventivement conscients, et se comportent en conséquence ;
- D'un manquement à ces obligations peut découler une responsabilité (*Haftung*) des organes concernés.

Bibliographie

Peter BÖCKLI, Konzernrecht : Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in Charlotte BAER (éd.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 35 à 87 (cité : Konzernrecht) ; **Peter BÖCKLI**, Schweizer Aktienrecht, Zurich 2009 (cité : Aktienrecht) ; **Peter BÖCKLI**, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zurich 2014, p. 203 à 245 (cité : Konzerninteresse) ; **Louis DALLEVES**, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, RDS 1973 (92) II, p. 559 à 685 ; **Jean Nicolas DRUEY**, Aufgaben eines Konzernrechts, RDS 1980 (99) II, p. 273 à 387 ; **Peter FORSTMOSER**, Haftung im Konzern, in Charlotte BAER (éd.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 89 ss (cité : Haftung) ; **Peter FORSTMOSER**, Horizontale Integration im Konzern, in Rainer J. SCHWEIZER/Herbert BURKERT/Urs GASSER (éds), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zurich 2002, p. 383 à 400 (cité : Horizontale Integration) ; **Peter V. KUNZ**, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Berne 2016 ; **Jean PAILLUSSEAU**, La

société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Paris 1967 ; **Henry PETER**, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Bâle 1990 (cité : Action révocatoire) ; **Henry PETER**, La responsabilité de – et par – l'organe de fait, in Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Zurich 2000, p. 29 à 54 (cité : Organe de fait) ; **Henry PETER**, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, SAG 1/1989, p. 1 à 15 (cité : Action révocatoire dans les groupes) ; **Henry PETER**, La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés, in Christine CHAPPUIS/Bénédict WINIGER, La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, Zurich 2001, p. 49 à 67 (cité : Responsabilité fondée sur la confiance) ; **Henry PETER**, Les comités dans les groupes (vers un ou des comités de groupe ?), RSDA 2004, p. 54 à 63 (cité : Comités dans les groupes) ; **Henry PETER**, De quelques conséquences ultimes de la direction unique dans les groupes in Anne Héritier LACHAT/Laurent HIRSCH (éds), De lege ferenda, Etudes pour le Professeur Alain Hirsch, Genève 2004, p. 177 à 182 (cité : Conséquences ultimes) ; **Henry PETER/Francesca CAVADINI**, in Commentaire romand, Code des obligations II, Pierre TERCIER/Marc AMSTUTZ/Rita Trigo TRINDADE (éds), 2^e éd., Bâle 2017 ; **Anne PETITPIERRE-SAUVAIN**, Droit des sociétés et groupes de sociétés, Responsabilité de l'actionnaire dominant – Retrait des actionnaires minoritaires, Genève 1972 ; **Roland RUEDIN**, Vers un droit des groupes de sociétés RDS 1980 (99) II, p. 151 à 272 ; **Nina SAUERWEIN**, La responsabilité de la société mère, Berne 2006 ; **Walter STOFFEL/Alexandra VRACA**, Le droit des sociétés 2019/2020, RSDA 2020, p. 323 à 335 ; **Alexander VOGEL**, Neuere Tendenze im Konzern(haftungs)recht, in Rainer J. SCHWEIZER/Herbert BURKERT/Urs GASSER (éds), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zurich 2002, p. 607 à 635 ; **Roland VON BÜREN**, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in Schweizerisches Privatrecht, Teilband VIII/6, Bâle 2005 (cité : Konzern) ; **Roland VON BÜREN**, Vers un droit des groupes de sociétés ? – Ein Vierteljahrhundert Konzernrecht, in Festschrift für Roland Rueden, Bâle 2006, p. 321 à 338 (cité : Vierteljahrhundert).

Compétences (résiduelles ?) des organes dirigeants des sociétés filiales

Mathieu BLANC

Docteur en droit, avocat

Annie-Fabienne PILLIONNEL

Avocate, doctorante à l'Université de Lausanne

Table des matières

Introduction.....	22
I. Contours de la problématique	23
A. La notion de groupe et son « paradoxe »	23
B. L'autonomie relative de la filiale en raison d'une direction unique dans le groupe.....	24
C. Enjeux pour les organes dirigeants des filiales.....	25
II. Quels intérêts doivent être pris en considération par les dirigeants de filiales ?.....	25
A. Les intérêts susceptibles d'entrer en considération.....	25
B. Les conflits d'intérêts dans le groupe	26
C. Résolution du conflit d'intérêts par l'adaptation du but de la filiale dans les statuts.....	27
D. L'intérêt de groupe	28
1. Délimitation par rapport à l'intérêt individuel des sociétés composant le groupe	28
2. Fonction de la notion d'intérêt de groupe.....	30
3. L'origine jurisprudentielle et le développement de la reconnaissance de l'intérêt de groupe dans le cadre européen	31
4. La reconnaissance de l'intérêt de groupe en droit suisse.....	31
5. Notre opinion	34
III. La répartition des compétences entre les organes de la filiale et les organes de la société de contrôle	35
A. Dichotomie entre les approches économique et juridique	35
B. Le règlement d'organisation comme outil de gestion du groupe	36
C. Portée de l'article 716a CO sur les attributions des administrateurs des filiales.....	36
1. Théorie de la non-application de l'article 716a CO dans les groupes selon la théorie de la réduction téléologique	37
2. Théorie de la pleine application de l'article 716a CO dans les groupes (force normative des faits).....	38
3. Notre opinion	39
IV. Compétences du conseil d'administration d'une filiale.....	39
A. Compétences des organes de filiales détenues à 100%.....	40

1. Exercice des compétences propres découlant de l'article 716a CO et des tâches ne faisant pas l'objet d'instructions de la direction du groupe	40
2. Mise en œuvre des décisions et respect des procédures décisionnelles.....	42
3. Respect de l'ordre juridique	43
4. Solvabilité et rentabilité de la filiale.....	43
5. Analyse et vérification des instructions de la direction du groupe (test de validité des instructions).....	44
B. Compétences des organes d'une filiale en présence d'actionnaires minoritaires.....	49
1. Nécessité d'une autonomie et de compétences accrues en présence de minoritaires	49
2. Compétences minimales incombant au conseil d'administration de toute filiale	50
3. Compétences spécifiques	50
C. Exemple d'application du test de validité des instructions proposé.....	51
D. Remarques sur le test de validité des instructions proposé.....	52
Conclusion	53
V. Annexe A - Test de validité des instructions aux filiales détenues à 100%.....	57
VI. Annexe B - Test de validité des instruction des filiales comprenant des actionnaires minoritaires_Version 2021.....	58

Introduction

Dans un groupe de sociétés, l'*unité* économique qu'implique la direction unique et l'existence d'une *pluralité* de sociétés juridiquement indépendantes s'opposent.

Il s'agit là d'une problématique reconnue par la doctrine depuis de nombreuses années. Ainsi, déjà en 1973, Louis DALLEVES écrivait à ce sujet que « *Les problèmes juridiques posés par les groupes de sociétés résultent du décalage [...] entre leur fonctionnement pratique et le cadre juridique dans lequel ils se meuvent* »¹.

La présente contribution propose une méthode et certains critères auxquels peuvent recourir les administrateurs de filiales dans le but de garantir autant que possible le développement propre de la filiale et assurer en même temps que celle-ci puisse apporter sa contribution à la réussite « globale » du groupe.

¹ DALLEVES, p. 594. Au fil des ans, cette problématique a notamment été qualifiée de paradoxe insoluble (« *Unlösbares Paradox* ») par Peter FORSTMOSER, in FORSTMOSER, *Corporate Governance*, p. 161 ou encore de « *schizophrenie du droit des groupes* » par Henry PETER in PETER, *Insolvency*, p. 201 (« *schizophrenic stance* » pour décrire l'approche atomiste).

I. Contours de la problématique

A. La notion de groupe et son « paradoxe »

Le groupe se définit comme une pluralité de sociétés juridiquement indépendantes soumises à une direction unique. Il s'agit d'une forme d'organisation de l'entreprise et d'un concept économique². En tant que tel, le groupe n'a pas de personnalité juridique.

Le paradoxe du groupe découle de l'antagonisme entre ses dimensions économique et juridique. Le phénomène économique du groupe se matérialise par une direction et une stratégie uniques formant une unité alors que l'*entreprise* du groupe est juridiquement composée de sociétés dont chacune a les caractéristiques d'une entité juridique distincte, dotée de ses propres organes, actifs et cercle de créanciers³.

À la vision économique du groupe s'opposent notamment les dispositions légales impératives en matière de gouvernance que sont les articles 716a et 717 CO.

Aux termes de l'article 716a CO, il incombe au conseil d'administration diverses attributions *intransmissibles* et *inaliénables*, soit notamment d'exercer la haute direction, d'établir les instructions nécessaires, de fixer l'organisation et le plan financier, de nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et d'exercer sur elles la haute surveillance.

Le caractère intransmissible et inaliénable de ces tâches signifie que le conseil d'administration ne saurait les déléguer à l'assemblée générale des actionnaires, qui ne peut pas non plus les attirer par une décision ou une clause statutaire. Or, dans un groupe, la société de contrôle exerce une direction unique qui peut (et même parfois doit) recouvrir certaines tâches relevant de la haute direction de la filiale, puisqu'elle est notamment responsable de définir les objectifs et la stratégie du groupe, de déterminer la structure du groupe et la répartition interne des compétences, d'exercer la gestion financière globale (y compris l'allocation du capital et la gestion des liquidités), de désigner les dirigeants des filiales et d'exercer la haute surveillance⁴.

Par ailleurs, selon l'article 717 CO, les membres du conseil d'administration sont tenus d'exercer leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et de veiller fidèlement aux *intérêts de la société*. Un dirigeant ne défend donc en principe que l'intérêt de sa société et non celui d'autres entreprises affiliées.

² Commission Europe du Club des juristes, p. 15 ; PETER/JACQUEMET, p. 2.

³ BÖCKLI, Anerkennung, p. 181 s. ; BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 206.

⁴ BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 212 s. ; MARXER, p. 120 s. ; Voir dans cet ouvrage la contribution de Henry PETER.

Or cette notion peut être interprétée de manière plus ou moins étroite. L'intérêt d'une filiale n'est-il pas lié ou dépendant – en tout cas en grande partie – de celui du groupe ? Nous tenterons d'apporter une réponse à cette question dans le cadre de la présente contribution.

B. L'autonomie relative de la filiale en raison d'une direction unique dans le groupe

Les groupes sont organisés majoritairement en structures hiérarchiques. Généralement, la direction du groupe est exercée par la société de contrôle, qui détient une part majoritaire, souvent l'intégralité, du capital-actions de ses filiales. La direction unique exercée par la société de contrôle n'exclut cependant pas l'existence de mécanismes de coopération et de forces « *bottom up* », voire d'une certaine décentralisation.

D'ailleurs, il existe une multitude de fonctionnements de groupes et de types de filiales, sollicitant un degré de coordination plus ou moins élevé en fonction notamment de la composition du groupe et des spécificités de chaque filiale, ce qui a une influence directe sur la marge de manœuvre et l'autonomie dont celle-ci bénéficie : plus le degré de coordination nécessaire est élevé, plus la marge de manœuvre et l'autonomie dont la filiale jouit sont réduites.

Sous l'angle économique, les compétences et responsabilités des organes d'une filiale dépendent ainsi de l'autonomie dont elle bénéficie et diffèrent selon sa nature. On distinguera en particulier le cas :

- d'une filiale détenue à 100% ou d'une filiale comprenant des actionnaires minoritaires, voire cotée en bourse ;
- d'une filiale dont le siège se situe en Suisse ou à l'étranger ;
- d'une filiale dont l'activité est réglementée (telle p. ex. qu'une banque ou une société d'assurance) ou non ;
- d'une filiale créée pour les besoins du groupe, d'une société existante acquise ou encore d'une filiale comprise dans une *joint venture* ;
- d'une filiale de service (telle p. ex. qu'une société de *management*, une société *IT* ou une société financière) ou opérationnelle ;
- d'une filiale intégrée dans un groupe dans lequel la gestion des liquidités est centralisée (*cash pooling*) ou au contraire disposant d'une autonomie financière.

C. Enjeux pour les organes dirigeants des filiales

Au vu des différentes tensions et forces qui existent dans un groupe, un des enjeux majeurs pour les organes dirigeants d'une filiale consiste à *servir les intérêts à long terme du groupe tout en développant la filiale et en la protégeant suffisamment en cas de difficultés financières ou d'ingérence de la société de contrôle*. Il s'agit en particulier d'éviter une action en responsabilité d'éventuels actionnaires minoritaires ou des créanciers de la filiale.

Il faut donc rechercher un *modus vivendi* propre à la gouvernance des filiales qui prenne en considération à la fois l'objectif économique du groupe et les intérêts légitimes de ses filiales. Ce fonctionnement doit offrir à leurs dirigeants la marge de manœuvre nécessaire à la prise en compte de l'intérêt du groupe lors d'instructions désavantageuses, en leur donnant la possibilité de faire valoir que l'instruction bénéficie au groupe dans son ensemble (y compris à la filiale) par un mécanisme de compensation directe ou indirecte.

Dans ce cadre, il faudra aussi rappeler dans quelle mesure l'appartenance au groupe permet une forme d'attraction (économique) ou de délégation (juridique) des compétences du conseil d'administration de la filiale en faveur de la direction du groupe.

II. Quels intérêts doivent être pris en considération par les dirigeants de filiales ?

A. Les intérêts susceptibles d'entrer en considération

Une des questions essentielles de toute gouvernance d'entreprise est de savoir *en faveur de qui et dans quel but* la société est dirigée.

Le débat oppose les partisans de la théorie selon laquelle la société a pour but de maximiser les profits en faveur des actionnaires⁵ aux tenants d'une approche selon laquelle la société doit prendre en considération les intérêts de tous ceux qui sont impactés par elle (*stakeholders*), soit – en sus des

⁵ S'agissant de la situation particulière des filiales contrôlées à 100%, la jurisprudence américaine considère que les dirigeants d'une telle filiale ont uniquement l'obligation de gérer les affaires de celle-ci dans les meilleurs intérêts de la société de contrôle et les actionnaires de cette dernière. Les instructions de la société de contrôle seront donc toujours appliquées, pour autant qu'elles soient licites et ne mettent pas la filiale en situation d'insolvabilité. Voir *Anadarko Petro. Corp. v. Panhandle Eastern Corp.*, 545 A.2d, 1171, p. 1174 (1988) : « *in a [...] wholly owned subsidiary context, the directors of the subsidiary are obligated only to manage the affairs of the subsidiary in the best interests of the parent and its shareholders* ».

actionnaires – les clients, fournisseurs, employés et la collectivité publique, théorie à laquelle nous adhérons⁶.

Si la présente contribution ne vise pas à étudier en détail ces deux conceptions, il faut relever que, dans un groupe, la prise en considération des *stakeholders* pose des problèmes encore plus intenses que dans une société indépendante, soit par exemple pour :

- les **actionnaires minoritaires** dont les droits pourraient être sciemment ignorés par l'actionnaire majoritaire ;
- les **créanciers**, à tout le moins lorsque la société connaît des difficultés financières. Il incombe en outre aux organes dirigeants de la filiale de tenir compte du besoin particulier de transparence vis-à-vis des créanciers, en particulier s'agissant de l'appartenance au groupe et de transactions intragroupes⁷ ;
- les **employés** de la société, notamment lorsque la filiale en emploie un nombre important⁸ ; et
- la **collectivité publique** s'agissant notamment d'intérêts fiscaux et environnementaux⁹.

En sus des catégories d'intérêts définies ci-dessus, l'intégration à un groupe ajoute au minimum un intérêt particulier à analyser et, cas échéant, à prendre en considération : **l'intérêt de groupe**.

À cet égard, le groupe est une forme de *stakeholder* d'une nature particulière dès lors que la société de contrôle dispose d'un *droit de vie et de mort* quasiment absolu sur ses filiales, en tout cas si elle est prête à assumer une certaine responsabilité.

B. Les conflits d'intérêts dans le groupe

D'emblée, il faut préciser que, pour les dirigeants de filiales, les problèmes liés à la délimitation de leurs compétences et marge de manœuvre se posent concrètement en cas de conflit d'intérêts. Or, dans la très grande majorité des cas, les intérêts de la filiale et de la société de contrôle, respectivement du reste du groupe, sont alignés.

⁶ À ce sujet, BLANC, *Purpose*, p. 2 ss.

⁷ BÖCKLI, *Anerkennung*, p. 189 s ; Commission Europe du club des juristes, p. 14 et 25 ; FECCG, p. 512 et 514.

⁸ FECCG, p. 512.

⁹ PETER/JACQUEMET, p. 24.

En effet, le groupe qui acquiert ou constitue une filiale a tout intérêt à promouvoir les intérêts de cette dernière, à tout le moins de manière à préserver sa solvabilité.

Quant à la filiale, elle bénéficie de certains avantages du fait de son appartenance au groupe et des possibilités de synergie qu'offre ce dernier : ces privilèges peuvent par exemple résider dans le fait de bénéficier du réseau, du crédit et de la force du groupe (notamment pour obtenir de meilleures offres), ou encore de l'optimisation des coûts propre à une gestion consolidée (répartition interne au groupe de certains frais administratifs, informatiques ou logistiques, réalisation d'économies d'échelle, mise en commun de ressources, utilisation de canaux de distribution communs, diversification des activités, internalisation des coûts, *etc.*).

Toutefois, l'appartenance au groupe implique en contrepartie une certaine perte d'indépendance de la filiale avec la possibilité, pour la direction du groupe, de mener une politique de groupe pouvant potentiellement impliquer une diminution des actifs, respectivement de certaines expectatives commerciales que pourrait avoir la filiale. La direction du groupe peut ainsi décider de transférer ou d'allouer à la filiale X des liquidités ou des affaires commerciales (*business opportunities*) qui auraient en principe pu, respectivement dû revenir à la filiale Y. Elle pourra le faire notamment pour des raisons économiques, de planification du marché ou encore pour des motifs géographiques.

Des conflits d'intérêts peuvent dès lors surgir en lien avec certaines transactions, en particulier s'agissant de transactions intragroupe, en matière de répartition des frais (contrats de prêt, de bail, de licence, frais informatiques ou administratifs), en matière de gestion des liquidités (*cash pooling*), en matière de choix stratégiques et de répartition d'affaires intragroupe (*business opportunities*), ou encore en cas de décision de la société de contrôle de vendre, scinder ou coter en bourse tout ou partie des titres de la filiale.

Le risque de conflit d'intérêts est d'autant plus important en présence d'actionnaires minoritaires, puisque ceux-ci peuvent avoir un intérêt différent de l'actionnaire majoritaire et se retrouver ainsi tributaires de ses choix.

C. Résolution du conflit d'intérêts par l'adaptation du but de la filiale dans les statuts

L'objectif d'une SA est de réaliser son but social, soit la raison pour laquelle elle a été constituée, c'est-à-dire p. ex. produire et vendre des biens, fournir des services, *etc.*

La définition du but est un moyen naturel d'aligner les intérêts des différentes sociétés composant le groupe et de prévenir la survenance de conflits d'intérêts.

Les filiales d'un groupe peuvent prévoir expressément dans leurs statuts qu'elles agissent et exercent leurs activités dans l'intérêt du groupe ou de certaines autres sociétés du groupe pour atteindre leur but¹⁰. La doctrine qualifie généralement de telles dispositions statutaires comme des clauses de *soumission* ou de *subordination*. À notre sens, on peut aussi les considérer comme des clauses d'intégration ou de coordination de l'activité du groupe.

L'adoption de telles clauses requiert un vote à la majorité qualifiée des deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales représentées (art. 704 al. 1 ch. 1 CO).

Une autre approche pour limiter le conflit d'intérêts consiste à supprimer le but lucratif de la filiale. En effet, après une telle suppression, la filiale n'a pas d'intérêt propre et ne vise ainsi pas l'accomplissement de son intérêt propre mais a uniquement pour but de servir les intérêts du groupe. La suppression du but lucratif - et l'adaptation des statuts qui en résulte - nécessite le vote unanime des actionnaires (art. 706 al. 2 ch. 4 CO).

Cette seconde option soulève toutefois divers problèmes, notamment fiscaux¹¹, dès lors que le droit interne suisse ne connaît pas de véritable fiscalité de groupe ni ne reconnaît encore formellement l'intérêt de groupe.

D. L'intérêt de groupe

1. *Délimitation par rapport à l'intérêt individuel des sociétés composant le groupe*

L'intérêt de groupe correspond au but fixé par la société de contrôle qui définit la stratégie du groupe¹². Cet intérêt s'ajoute ou plus exactement *se superpose* aux différents buts et obligations statutaires des filiales.

D'abord, il n'y a pas forcément de contradiction entre la notion d'intérêt de groupe et l'existence d'une multitude d'entités. En effet, de manière simple, on peut considérer qu'au-delà de la réalisation de son but statutaire, l'objectif indirect du groupe réside dans la **prospérité du groupe**.

¹⁰ BLANC, Corporate Governance, p. 204 ss ; KUNZ, N 262 ss.

¹¹ BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 215.

¹² Cf. BÖCKLI, Anerkennung, p. 182.

Or, de manière générale, la prospérité du groupe dans son ensemble profite à chacune des entités qui le compose¹³. Partant, l'intérêt des filiales peut correspondre, au moins en partie, et sur le long terme à celui du groupe¹⁴. En ce sens, l'intérêt du groupe est plus large que l'intérêt social de la seule société mère, dès lors qu'il comprend également l'intérêt des sociétés qui le composent¹⁵.

Au-delà de ce principe, chaque groupe définira les objectifs et buts qu'il souhaite atteindre. À cet égard, on retrouve ici – au niveau du groupe – l'opposition classique entre les auteurs considérant que la direction unique doit avoir comme unique but la maximisation du profit du groupe¹⁶ et ceux qui considèrent que l'objet d'une entreprise va au-delà du seul intérêt de ses actionnaires¹⁷.

Cette recherche de la prospérité globale du groupe ne va toutefois pas jusqu'à garantir que *l'intérêt actuel* de chaque filiale soit pris en considération par la direction unique. En d'autres termes, il est rare que la société de contrôle s'engage à considérer, comme le proclame la Constitution suisse, que la force du groupe se mesure au bien-être de la plus faible de ses filiales¹⁸.

Or, du point de vue du juriste, il y a conflit d'intérêts et donc un potentiel problème lorsque la société de contrôle fixe une stratégie de groupe puis donne des directives qui s'écartent de *l'intérêt actuel* de la filiale. C'est dans cette

¹³ PETER/BIRCHLER, p. 117 s. et les références citées ; Voir également MARXER, p. 105, pour lequel il résulte notamment de cette circonstance que le devoir de veiller à la création d'une valeur ajoutée pour le groupe (*Wertzuwachs für den Konzern*) fait partie des compétences résiduelles du conseil d'administration d'une filiale.

¹⁴ Comp. BÖCKLI, *Anerkennung*, p. 189 ss, qui utilise la notion d'« équilibre » des intérêts individuels des différentes sociétés composant le groupe (*Interessenausgleich*), pour autant qu'une rentabilité minimale résiduelle soit garantie (s'agissant uniquement de sociétés contrôlées à 100%). La Cour suprême des États-Unis avait retenu en 1984 que « *a parent and a wholly owned subsidiary always have a unity of purpose or a common design* » (*Copperweld Corporation et al. v. Independence Tube Corporation*, 467 U.S. 752, p. 773 (1984)).

¹⁵ Dans le même sens, CHENAUX/BEROUD, p. 350 et les références citées. Selon ces auteurs, l'intérêt de groupe est supérieur à la somme des intérêts des membres qui le composent.

¹⁶ Roland RUEDIN, cité par PETER/BIRCHLER, p. 118 indiquait que « *le groupe, par sa direction unique, se caractérise par la volonté de gérer toutes les sociétés du groupe comme une entreprise unique [...] pour réaliser un but unique : la maximisation du profit du groupe* ».

¹⁷ Dans ce sens, les sociétés à la tête de grands groupes prennent de plus en plus fréquemment des engagements statutaires qui vont au-delà de la pure maximisation des profits. Les statuts de *Nestlé SA* prévoient ainsi que « *dans la poursuite de son but social, [Nestlé] aspire à la création de valeur durable à long terme* ».

¹⁸ Cf. préambule de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: « [...] *la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres* ».

hypothèse que le recours à la notion d'intérêt de groupe peut aider à « réconcilier » juristes et dirigeants d'entreprises.

2. *Fonction de la notion d'intérêt de groupe*

L'appel à la notion d'intérêt de groupe est utile aussi bien pour les dirigeants de la société de contrôle que pour les organes de la filiale. Elle rend plus sûres certaines transactions et facilite la vie des groupes, en permettant de « *prendre en considération le phénomène économique du groupe tout en respectant le principe de l'indépendance juridique des filiales* »¹⁹. En substance, le recours à l'intérêt de groupe offre aux organes d'une filiale la possibilité de mettre en œuvre, à certaines conditions, des instructions de la société de contrôle qui visent essentiellement à favoriser le groupe dans son ensemble en dépassant les intérêts particuliers des entités qui le composent individuellement, et ce sans engager leur responsabilité²⁰.

Comme déjà évoqué, l'affiliation à un groupe procure à la filiale des avantages auxquels elle n'aurait pas eu accès en agissant de manière indépendante sur le marché. La notion d'intérêt de groupe permet aux administrateurs de filiales de placer ces avantages « dans la balance » lors de l'évaluation de la transaction en cause ou de la prise de décisions. Au fond, l'intérêt de cette notion est de permettre aux dirigeants de la filiale de prendre en considération *l'intérêt lié à l'affiliation au groupe* en reconnaissant que le « *bien-fondé* [de transactions intragroupe, pouvant à première vue sembler hors des conditions du marché lorsqu'elles sont considérées isolément] *peut résider dans les avantages liés à une gestion consolidée* »²¹, respectivement de reconnaître que certaines instructions ou transactions, qui sont à première vue désavantageuses pour la filiale, visent à promouvoir la prospérité du groupe et s'avèrent en définitive dans l'intérêt médiateur de chacune des sociétés du groupe.

En ce sens, la reconnaissance de l'intérêt de groupe permet de concilier la réalité économique du groupe avec le cadre juridique dans lequel elle s'insère²².

¹⁹ L'expression est de CHENAU/BEROU, p. 342.

²⁰ Groupe de réflexion sur le futur droit des sociétés de l'UE, p. 60 : « *A major advantage of the recognition of the interest of the group is that it provides more clarity to the directors of the subsidiary as to which transaction [...] they can approve* » ; BÖCKLI, p. 180 ; CHENAU/BEROU, p. 350 ss.

²¹ CHENAU/BEROU, p. 350.

²² Commission Europe du Club des juristes, p. 15.

3. *L'origine jurisprudentielle et le développement de la reconnaissance de l'intérêt de groupe dans le cadre européen*

L'intérêt de groupe est une notion qui a originellement été développée par la jurisprudence française dans un arrêt *Rozenblum* datant de 1985 avant d'être reprise dans divers ordres juridiques européens²³. Cette jurisprudence a également inspiré la doctrine dans l'établissement d'un standard commun pour la reconnaissance de l'intérêt de groupe. On citera à cet égard les réflexions menées par le Club des juristes et le *Forum Europaeum on Company Groups (FECG)*, qui proposent des régimes permettant notamment de sécuriser les opérations intragroupe²⁴.

Il y a également lieu de mentionner la directive européenne relative aux transactions entre parties liées²⁵ qui émet une série de recommandations visant à prévenir le risque de conflit d'intérêts propre aux transactions intragroupe, afin de préserver l'intérêt propre des sociétés et de leurs actionnaires. Cependant, une réglementation européenne harmonisant la reconnaissance de l'intérêt de groupe n'a pour l'heure pas vu le jour.

4. *La reconnaissance de l'intérêt de groupe en droit suisse*

La question de l'existence d'un intérêt de groupe a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine juridique suisse et la divise. La présentation des différentes positions doctrinales dépasse le cadre de la présente contribution²⁶ et nous nous limiterons à faire état de l'évolution de la jurisprudence sur cette question.

a) *Approche traditionnelle atomiste*

Le Tribunal fédéral a longtemps défendu une vision atomiste du groupe, considérant que chaque entité du groupe doit être considérée pour elle-même et doit être gérée dans son seul intérêt²⁷.

²³ CHENAUX/BEROUD, p. 344 ss ; Commission Europe du Club des juristes, p. 16 ss et 26 ss ; FECG, p. 182 ss.

²⁴ Commission Europe du Club des juristes, p. 21 ss ; FECG, p. 187 ; Pour un aperçu plus complet, voir CHENAUX/BEROUD, p. 343 ss.

²⁵ Directive européenne 2017/828 du 17 mai 2017 relative aux transactions entre parties liées.

²⁶ Une des premières présentations de l'approche d'une reconnaissance de l'intérêt de groupe en Suisse est attribuable à Henry PETER (cf. PETER, Action révocatoire, p. 129 ss) ; Pour un aperçu, voir BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 227 ss.

²⁷ ATF 138 II 57 ; ATF 130 III 213, JdT 2004 I 223, p. 228 ; ATF 128 III 92.

En conséquence, notre Haute Cour excluait traditionnellement que des sociétés affiliées puissent agir au seul bénéfice du groupe auquel elles appartiennent. Jusqu'à récemment, le Tribunal fédéral avait ainsi toujours refusé de reconnaître un intérêt de groupe, notamment s'agissant de transactions intragroupe ne répondant pas aux conditions de marché²⁸.

Enfin, si notre Haute Cour a bien appliqué sa jurisprudence relative à la *Business Judgment Rule*²⁹ dans un groupe, elle a déduit de cette circonstance des conditions encore plus strictes pour admettre l'examen limité au caractère défendable de la décision en exigeant, pour une décision commerciale portant sur une transaction intragroupe, un niveau de connaissance particulier des administrateurs sur les facteurs permettant d'évaluer les risques de la transaction³⁰.

b) *Arrêt du Tribunal fédéral 4A_603/2014 du 11 novembre 2015*

Dans un arrêt du 8 septembre 2014, l'*Obergericht* du canton de Zurich avait retenu que « *toute opération juridique conclue pour une société du groupe sans qu'il n'en résulte des avantages évidents pour cette dernière n'est pas contraire [...] au but de la société : dans le cadre des différents rapports juridiques au sein du groupe, il peut s'avérer qu'une opération, considérée isolément, semble désavantageuse pour une société du groupe, mais que les avantages de l'appartenance au groupe sont si importants que les inconvénients de l'opération spécifique apparaissent justifiés dans l'intérêt de la pérennité du groupe* »³¹.

En raison du recours déposé contre cet arrêt, le Tribunal fédéral avait dû se pencher sur cette affaire. Si l'arrêt de notre haute Cour ne s'exprime pas explicitement sur cette question, il n'a pas critiqué l'analyse de l'*Obergericht* sur ce point³².

²⁸ Notamment ATF 130 III 213, c. 2.3, et ATF 140 III 533, c. 4 (*Swisscargo*).

²⁹ Sur cette notion, voir BLANC, *Business Judgment Rule*, et les références citées.

³⁰ TF, 4A_74/2012 du 18 juin 2012, c. 5.1 ; KUNZ, N 253 ss.

³¹ Arrêt de l'*Obergericht des Kantons Zürich* du 8 septembre 2014 dans l'affaire n° LB110046 (arrêt « *SAir Group* »), c.2.3.3/c. (traduction libre) : « *Nicht jedes Rechtsgeschäft, welches für eine Konzerngesellschaft abgeschlossen wird, ohne dass dieser daraus offensichtliche Vorteile resultieren, verstößt gegen [...] des Gesellschaftszweck : Im Rahmen der verschiedenen Rechtsbeziehungen innerhalb des Konzerns kann sich herausstellen, dass ein Geschäft isoliert betrachtet für eine Konzerngesellschaft nachteilig erscheint, die Vorteile der Konzernzugehörigkeit aber so groß sind, dass die Nachteile des konkreten Geschäftes im Interesse des Weiterbestandes des Konzerns gerechtfertigt erscheinen.* »

³² TF, 4A_603/2014 du 11 novembre 2015.

La décision d'un des tribunaux cantonaux majeurs et l'acceptation implicite du principe de l'intérêt de groupe laissait espérer la possible reconnaissance d'un intérêt de groupe.

c) *Arrêt du Tribunal fédéral 4A_268/2018 du 18 novembre 2019*

Cette confirmation s'est produite moins de cinq ans après cette jurisprudence. Dans un arrêt récent concernant la débâcle du groupe *Swissair*, le Tribunal fédéral a consacré la **reconnaissance de l'intérêt de groupe**³³.

Cet arrêt concerne l'action en responsabilité déposée par la masse en faillite d'une filiale du groupe (*Schweizerischen Luftverkehr-Aktiengesellschaft* ; *Swissair*) contre d'anciens administrateurs de la société de contrôle *SAirGroup*. La première réclamait aux seconds des dommages-intérêts pour les pertes subies par *Swissair* en raison du défaut de paiement de sa créance de *Cash Pool*³⁴ ainsi que de plusieurs prêts à terme octroyés par elle au sein du groupe.

Les principaux reproches faits aux organes dirigeants de *SAirGroup* reposaient sur deux complexes d'actes illicites, à savoir, d'une part, le fait que la filiale n'avait plus d'indépendance financière, en violation de l'article 716a al. 1 CO (organisation de groupe illicite)³⁵, et, d'autre part, que le patrimoine de la filiale avait été géré en violation du devoir général de diligence (art. 717 CO) et des dispositions relatives à la protection du capital (art. 678 al. 2 et 680 al. 2 CO), par le biais de *Cash Pooling* et l'octroi de prêts au sein du groupe³⁶.

Dans ce cas, le Tribunal fédéral a estimé que l'intérêt du groupe devait également être pris en compte dans une certaine mesure pour déterminer l'intérêt de la filiale. Il a ainsi admis qu'une société dépendant d'autres sociétés du groupe pour le maintien de ses propres activités peut avoir un intérêt indirect au maintien de l'existence du groupe et que de tels avantages, liés à l'appartenance au groupe, peuvent être pris en compte dans l'appréciation des décisions commerciales par les organes de la filiale³⁷.

Il a également estimé que l'octroi d'un prêt accordé en violation des dispositions relatives à la protection du capital (art. 678 al. 2 et art. 680 al. 2 CO) – soit à des conditions non conformes au marché – ne constitue pas en soi un

³³ TF, 4A_268/2018 du 18 novembre 2019.

³⁴ *SAirGroup* avait mis en place un *Zero Balancing Cash Pool* pour approvisionner l'ensemble du groupe en liquidités.

³⁵ Sur cette problématique, le Tribunal fédéral a confirmé le raisonnement tenu par l'instance inférieure en concluant à l'absence d'un tel manquement. Dans ce cadre, il a confirmé que le conseil d'administration d'une filiale incorporée à un groupe ne bénéficie que de compétences résiduelles, en raison de la direction unique exercée par la société de contrôle

³⁶ HANSLIN/BRAND, p. 147 s.

³⁷ TF, 4A_268/2018 du 18 novembre 2019, c. 6.5.4.4 ; HANSLIN/BRAND, p. 146.

manquement du conseil d'administration au sens de l'article. 754 CO, car un tel prêt peut se justifier en présence de circonstances particulières, notamment lorsque le prêt est en définitive destiné à protéger l'entreprise du prêteur.

Enfin, notre Haute Cour a considéré que les décisions relatives à l'octroi de prêts qui ne constituent pas de purs investissements financiers doivent être traitées de la même manière que les décisions commerciales relatives aux investissements opérationnels. Par conséquent, dans l'hypothèse où les critères d'application de la *Business Judgment Rule* sont réalisés, les tribunaux doivent faire preuve de retenue³⁸.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la mise en commun de la trésorerie du groupe (*Cash Pooling*) était dans l'intérêt de la filiale, puisqu'elle permettait la survie du groupe et qu'à défaut, la filiale n'aurait pas pu poursuivre son activité³⁹. Par conséquent, il a exclu la responsabilité des administrateurs de *SAirGroup*⁴⁰.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a pour la première fois explicitement reconnu l'intérêt de groupe. Il y a toutefois lieu de préciser que dans le cas d'espèce, les intérêts de la filiale et de ceux du groupe étaient alignés. La question de savoir comment devrait être appréciée une situation dans laquelle ces intérêts seraient diamétralement opposés reste donc ouverte⁴¹.

5. Notre opinion

L'évolution jurisprudentielle présentée ci-dessus doit être saluée.

La notion d'intérêt de groupe permet une plus grande sécurité juridique et tient compte de la réalité économique en considérant les synergies dont bénéficie la filiale en raison de son appartenance au groupe⁴².

³⁸ TF, 4A_268/2018 du 18 novembre 2019, c. 6.5.4.4.

³⁹ En l'occurrence, l'intérêt de *Swissair* à la poursuite de l'existence de *SAirGroup* et des autres filiales du groupe était éminent, car *Swissair* dépendait des autres sociétés du groupe, notamment *Flightlease SA* (société d'affrètement/*leasing* de flotte), pour ses opérations de vol. Sans elles, *Swissair* n'aurait pas été en mesure de poursuivre ses opérations de vol.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ SETHE/LÜTOLF, p. 713 s.

⁴² Dans le même sens, CHENAUX/BEROUD, p. 350 ss ; MARXER, p. 105. *Contra* : BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 237 ss, qui considère que la notion d'intérêt de groupe est superflue, dans la mesure où l'administrateur d'une filiale peut faire valoir la réduction de ses compétences au profit de l'attraction de compétences en faveur de la société dominante. Cet auteur considère du reste que les intérêts de la filiale sont « façonnés par le groupe ».

Le recours à cette « exception de l'intérêt de groupe » ne peut toutefois constituer un blanc-seing dans la gestion de la filiale. Il implique le respect par les dirigeants de la filiale d'un processus décisionnel clair et formalisé, notamment en application des règles jurisprudentielles sur la *Business Judgment Rule*.

Selon nous, ce processus décisionnel doit s'appuyer sur le principe de proportionnalité (i), la définition d'une stratégie de groupe qui implique l'existence de liens structurels entre les différentes entités composant le groupe (ii) et sur le respect d'un équilibre dans le groupe qui implique que chaque entité profite de l'intérêt du groupe (iii).

La mise en œuvre d'une telle approche est nécessairement casuistique, mais nous allons tenter d'en établir les grandes lignes par le biais d'un mécanisme par étapes que devront suivre les organes dirigeants de la filiale, reprenant les différents examens auxquels ceux-ci devront procéder dans le cadre du processus décisionnel.

III. La répartition des compétences entre les organes de la filiale et les organes de la société de contrôle

A. Dichotomie entre les approches économique et juridique

Comme nous l'avons vu, les conceptions économique et juridique du groupe s'opposent.

D'un point de vue économique, le groupe constitue une entreprise et la filiale est souvent considérée comme un département à qui la société de contrôle va « déléguer » certaines tâches dans un souci de *décentralisation*.

À l'inverse, du point de vue juridique, tout conseil d'administration d'une société anonyme est tenu d'exercer les compétences énumérées à l'article 716a CO et ne peut valablement les déléguer à un tiers. Nous examinerons la portée de cette disposition dans un groupe (section C).

Inversement, le conseil d'administration de la filiale est autorisé à déléguer l'ensemble des tâches qui peuvent l'être en vertu d'une clause statutaire et conformément à un règlement d'organisation (art. 716b al. 1 *in fine* et al. 2 CO) (section B).

En pratique, la question de savoir de quelle marge de manœuvre disposent les dirigeants de la filiale va largement dépendre du degré d'autonomie laissé à la filiale et de son rayon d'activité (*cf. supra* I.B).

B. Le règlement d'organisation comme outil de gestion du groupe

Dans le contexte du groupe, les tâches non énumérées à l'article 716a CO peuvent être déléguées (i) à une direction ou (ii) à la direction du groupe, respectivement à une société de *management* dans le groupe⁴³.

Pour que la délégation soit valable, elle doit être autorisée par les statuts et reposer sur un règlement d'organisation⁴⁴. Aux termes de la loi, le règlement d'organisation « *fixe les modalités de la gestion, détermine les postes nécessaires, en définit les attributions et règle en particulier l'obligation de faire rapport* » (art. 716b al. 2 CO). Dans un groupe, ce document peut constituer un **instrument de gestion important** en déterminant aussi bien au niveau du conseil d'administration de la filiale qu'à celui de la société de contrôle les principes de l'organisation et la répartition des tâches – notamment entre les organes des filiales et ceux de la société de contrôle. Cet instrument revêt également une importance sous l'angle de la responsabilité des organes de la filiale. En effet, à défaut de règlement d'organisation, le conseil d'administration de la filiale répondra de l'ensemble des actes de gestion⁴⁵.

À notre sens, pour assurer la cohérence de la gestion du groupe, il convient que la société de contrôle pose les principes de la répartition des compétences pour l'ensemble du groupe et adopte un règlement modèle dont peuvent s'inspirer les filiales.

Le conseil d'administration de chaque filiale adoptera ensuite son règlement d'organisation en considérant la nature, la taille de la filiale ou le régime légal auquel celle-ci est soumise pour adapter les clauses à sa propre situation. Dans ce cadre, le conseil d'administration de la filiale pourra adopter des règles précises sur les objets qui doivent être rapportés et la fréquence de ces communications.

C. Portée de l'article 716a CO sur les attributions des administrateurs des filiales

Compte tenu du paradoxe résultant de l'existence d'une direction unique face à l'indépendance des entités composant le groupe, la question se pose de savoir de quelle manière appliquer l'article 716a CO aux organes dirigeants d'une filiale : les compétences mentionnées à l'article 716a CO demeurent-elles des

⁴³ À défaut de délégation par le biais d'un règlement d'organisation, la gestion est exercée conjointement par tous les membres du conseil d'administration (art. 716b al. 3 CO).

⁴⁴ ATF 137 III 503, c. 3.4 ; TF, 4A_501/2007 du 22 février 2008, c. 3.2 et 3.3.

⁴⁵ BLANC, Corporate Governance, p. 353.

compétences strictement inaliénables et intransmissibles du conseil d'administration de la filiale ou peuvent-elles être exercées *de manière coordonnée ou dirigée*, à tout le moins en partie, par la direction du groupe ?

La réponse à cette question est controversée dans la doctrine. On distingue essentiellement deux théories.

1. *Théorie de la non-application de l'article 716a CO dans les groupes selon la théorie de la réduction téléologique*

Une partie de la doctrine, représentée en particulier par Peter BÖCKLI, considère que l'article 716a CO n'est pas applicable au conseil d'administration d'une filiale appartenant à un groupe⁴⁶.

Ce courant de doctrine estime que l'existence d'un groupe, respectivement d'une direction unique, est inconciliable avec une application rigoureuse et littérale de l'article 716a CO. Ainsi, selon Peter BÖCKLI, l'article 716a CO doit être interprété, en application de la réduction téléologique, de la manière suivante : « *Le conseil d'administration d'une société anonyme indépendante a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes* »⁴⁷.

Cette interprétation s'applique toutefois **uniquement à l'hypothèse de filiales détenues à 100%**. Dans cette hypothèse, la société de contrôle peut exercer une influence très importante sur sa filiale et réduire son autonomie d'autant (*Einordnungskonzept*). À l'inverse, en présence d'actionnaires minoritaires, cet auteur refuse à la société de contrôle le droit de donner des instructions à la filiale et considère l'article 716a CO comme pleinement applicable. Dans cette situation, la société de contrôle devrait selon lui agir avec sa filiale dans les mêmes conditions qu'avec un tiers (*at arm's length*) et négocier les conditions de chaque transaction au cas par cas⁴⁸.

Cette approche de la notion de groupe nous paraît cependant trop limitative⁴⁹. À notre sens, l'existence d'un groupe doit être retenue même en cas de participation seulement majoritaire de la société de contrôle dans la

⁴⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 291 s. ; BÖCKLI, Konzernrecht, not. p. 51 s. et 80 ; VOGEL, p. 367 ss ; Voir aussi les références citées par CHENAUX/BEROUD, p. 348 n. 86.

⁴⁷ BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 217 (traduction libre et mise en évidence par les auteurs) ; BÖCKLI, Konzernrecht, p. 51 s. et 80 ; BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 216 s.

⁴⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 237 ss, 275 ss et 352 ss ; BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 216 ss et 225 ss. Voir aussi JAGMETTI, p. 124 ss, et VOGEL, p. 367 ss, qui considèrent quant à eux que l'art. 716a CO n'est également pas applicable dans le cas de filiales comprenant des minoritaires.

⁴⁹ Dans le même sens, CHENAUX/BEROUD, p. 348.

filiale. Nous partageons toutefois l'opinion selon laquelle il est nécessaire de garantir davantage de compétences et d'autonomie au conseil d'administration d'une filiale comprenant des actionnaires minoritaires (*cf. infra* IV.B).

Dans un article publié en 2014, Peter BÖCKLI a précisé la portée qu'il entendait donner au concept de la réduction téléologique. Selon lui, le conseil d'administration d'une filiale soumise à la direction unique demeure responsable des différentes compétences énumérées à l'article 716a CO ; toutefois, il ne dispose, pour chacune d'elles, plus que des attributions résiduelles qui subsistent après le retrait de la haute direction (« *Oberleitungsfunktion* ») – attrait par la direction du groupe –, en raison de son affiliation au groupe. Ces tâches résiduelles imposent de véritables obligations au conseil d'administration de la filiale⁵⁰. En ce sens, même si cette théorie diffère de l'approche que nous soutenons d'un point de vue dogmatique (*cf. infra* 3), il nous paraît qu'elle s'en rapproche sensiblement dans son résultat pour les filiales détenues à 100%.

Urs BERTSCHINGER exprime quant à lui une opinion encore plus tranchée. Selon lui, aucune des règles de répartition de compétences (art. 698 ss et 716 ss CO) ne s'applique à un groupe, dans la mesure où une application de ces règles au groupe, dans quelque mesure que ce soit, empêcherait toute conciliation des visions économique et juridique du groupe⁵¹.

2. *Théorie de la pleine application de l'article 716a CO dans les groupes (force normative des faits)*

Selon un autre courant de doctrine, principalement représenté par Peter FORSTMOSER, l'article 716a CO est applicable directement et sans restriction dans un groupe de sociétés. Aucune des compétences intransmissibles de l'article 716a CO ne peut dès lors être déléguée par le conseil d'administration d'une filiale à la société de contrôle, qui n'est qu'un simple actionnaire de la filiale, sous peine de violer le droit de la société anonyme⁵².

L'application de l'article 716a CO conduit cependant à un « *unlösbares Paradox* » dès lors que cette norme contredit la réalité du groupe, dans sa dimension économique. Pour répondre à cette contradiction, FORSTMOSER propose de reconnaître une certaine **force normative à la pratique**, du fait de l'existence même du groupe – en tant que mode d'exploitation d'entreprise qui

⁵⁰ Pour la liste des tâches résiduelles du conseil d'administration de la société affiliée selon cet auteur, voir BÖCKLI, *Konzern und Konzerninteresse*, p. 218 ss ; Dans le même sens, MARXER, p. 120 ss.

⁵¹ BERTSCHINGER, N 303 ss.

⁵² FORSTMOSER, *Haftung*, p. 95 ss.

est apparu et s'est imposé en marge du *numerus clausus* du droit des sociétés – qui contraint de fait un **certain assouplissement** des exigences de l'article 716a CO⁵³.

3. *Notre opinion*

Avec Peter FORSTMOSER, nous sommes d'avis que l'article 716a CO demeure applicable dans les groupes. Dans le même sens, nous considérons que cette disposition doit être appliquée de **manière réduite, dans le sens des intérêts du groupe**⁵⁴.

Les groupes de sociétés ne peuvent coexister avec l'article 716a CO qu'à la condition que cette norme soit comprise comme posant notamment des exigences formelles sur le processus de décision, dès lors que le concept de direction unique intrinsèque au groupe ne peut se concevoir sans une certaine forme d'attraction *matérielle* des compétences stratégiques et financières par la société de contrôle.

À notre sens, une application réduite de l'article 716a CO dans l'intérêt du groupe ne signifie pas que le conseil d'administration de la filiale se limite à « *jouer le jeu de la société anonyme* »⁵⁵, en se contentant d'avaliser formellement les décisions préparées par la société de contrôle. Au contraire, cette approche suppose une action matérielle des administrateurs des filiales, notamment par le contrôle du contenu des instructions reçues de la direction du groupe avant l'adoption de décisions⁵⁶ (*cf. infra* IV.A.5).

Dans ce cadre, les compétences intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration d'une filiale consistent essentiellement à vérifier le caractère légal de l'instruction, son éventuel impact sur la solvabilité de la société, à négocier la compensation dans certaines situations et, en présence d'actionnaires minoritaires, à veiller au respect du principe de l'égalité de traitement.

IV. **Compétences du conseil d'administration d'une filiale**

Dans cette section, nous devons distinguer deux cas de figure, à savoir celui de filiales contrôlées à 100% et celui de filiales comprenant des actionnaires

⁵³ BÖCKLI, *Konzern und Konzerninteresse*, p. 217 ss et les références citées ; CHENAUX/BEROUD, p. 348 et les références citées.

⁵⁴ Comp. MARXER, p. 120 ss.

⁵⁵ Selon l'expression de DRUEY (p. 5) : « *das Spiel der AG spielen* ».

⁵⁶ Voir également BLANC, *Corporate Governance*, p. 357 ss.

minoritaires. Dans cette dernière hypothèse, certaines tâches supplémentaires incombent au conseil d'administration de la filiale.

A. Compétences des organes de filiales détenues à 100%

Dans le cas d'une filiale détenue à 100%, le conflit d'intérêts potentiel entre l'unique actionnaire et les dirigeants de la filiale est par définition **limité**⁵⁷, mais non inexistant dès lors que le conseil d'administration a pour mission de veiller aux intérêts de la société et non de ses seuls actionnaires.

Dans ce contexte, les administrateurs de telles filiales :

1. exercent d'abord les compétences propres qui découlent de l'article 716a CO et gèrent l'ensemble des domaines ne faisant pas l'objet d'instructions de la direction du groupe ;
2. mettent en œuvre les décisions de l'assemblée générale et assurent le respect des procédures décisionnelles pour chaque organe de la société anonyme ;
3. vérifient que l'activité de la filiale ne viole pas l'ordre juridique (« *compliance* ») ;
4. assurent la présence de liquidités suffisantes pour faire face aux obligations de la filiale ; et
5. analysent et vérifient les instructions de la direction du groupe, respectivement de la société de contrôle, sur la base d'une information complète⁵⁸.

1. Exercice des compétences propres découlant de l'article 716a CO et des tâches ne faisant pas l'objet d'instructions de la direction du groupe

Comme pour toute société indépendante, il incombe d'abord aux organes des filiales d'exercer toutes les fonctions que la société de contrôle ne souhaite ou ne peut matériellement pas exercer.

En premier lieu, le conseil d'administration d'une filiale exerce toutes les compétences propres qui découlent de l'article 716a CO. En particulier, le conseil d'administration doit adopter toutes les décisions relevant de sa seule

⁵⁷ Sur le fait que l'intérêt de la société correspond en principe à celui de l'actionnaire en cas d'actionnaire unique et les conséquences de cette prémisse en matière de représentation, voir les ATF 144 III 388, c. 5.1., et ATF 126 III 361, c. 5/a).

⁵⁸ Comp. BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 219, et MARXER, p. 120 s. et 123 ss.

compétence au sens de cette disposition (*cf. infra* 2). Il est également tenu d'exercer toutes les tâches qui lui reviennent par nature, dans la mesure où elles ne peuvent pas être assumées par la société de contrôle en raison de leur objet, soit en particulier l'avis au juge en cas de surendettement (art. 716a al. 1 ch. 7 CO et 725 al. 2 CO) ainsi que la préparation et la gestion de l'assemblée générale (art. 716a al. 1 ch. 6 CO).

En outre, il incombe au conseil d'administration de la filiale d'exercer **toutes les tâches qui ne font pas l'objet de directives de la direction du groupe**. En effet, en l'absence d'instructions de la direction du groupe ou de délégation de compétences par le biais d'un règlement d'organisation, le conseil d'administration de la filiale reste pleinement responsable d'exercer ces compétences.

L'importance et l'étendue de ces compétences résiduelles dépendent du degré de centralisation du groupe, respectivement d'autonomie de la filiale. Ainsi, en fonction notamment des domaines d'activités de la filiale, de sa ligne commerciale ou encore de la zone géographique dans laquelle l'activité de la filiale est déployée, la société de contrôle sera nécessairement amenée à laisser les organes de la filiale exercer des tâches de gestion et direction plus ou moins importantes.

Dans certains grands groupes, la pratique démontre que les organes dirigeants de la société de contrôle jouent uniquement un rôle de coordinateur et de surveillant. Ils attendent des organes des filiales qu'ils donnent les impulsions en matière commerciale, car ces derniers sont en contact direct avec le marché et donc mieux à même d'apprécier les risques relatifs à tel ou tel marché. Ainsi, dans ces groupes, une part importante de la stratégie commerciale du groupe dépend des propositions formulées et des initiatives prises par les organes des filiales.

À l'autre extrême, les organes de sociétés de services et autres entités créées uniquement pour remplir certaines fonctions déterminées pour le groupe ne bénéficient souvent que d'une autonomie très restreinte et n'exercent pour ainsi dire que les compétences minimales.

Enfin, il faut souligner que, même dans l'hypothèse où une autonomie importante est laissée, le conseil d'administration de la filiale doit exercer ces compétences *dans le respect de la politique globale du groupe*. À cet égard, il revient à la **direction du groupe de fixer des lignes directrices, principes et valeurs qui guident la gestion et la politique du groupe**.

2. *Mise en œuvre des décisions et respect des procédures décisionnelles*

Le conseil d'administration de la filiale est responsable d'adopter formellement la stratégie décidée par la société de contrôle et l'organisation de la société, nommer les personnes désignées aux postes de direction et adopter les règlements y relatifs.

Nous considérons que cette compétence comporte également une portée matérielle, en ce sens qu'elle impose au conseil d'administration de procéder à la vérification de l'instruction sous l'angle de plusieurs critères (*cf. infra* 5). Celui-ci n'a toutefois aucune obligation, sous réserve de ces critères, d'analyser l'instruction *sous un angle économique ou stratégique*. Corollairement, la société de contrôle n'est en règle générale pas tenue d'informer la filiale des autres options qu'elle a examinées avant de transmettre sa directive, sauf si le conseil d'administration de la filiale le demande, par exemple parce que l'instruction est désavantageuse pour cette dernière ou ne paraît pas s'inscrire dans l'intérêt du groupe.

Dans le cadre de l'exercice de cette compétence, le conseil d'administration de la filiale s'assure notamment de sa correcte information, de la documentation de chaque décision et de la tenue d'un procès-verbal suffisant.

Le conseil d'administration de la filiale veille également au respect des formalités requises par le droit de la société anonyme, en vérifiant que l'exercice de la direction unique est conforme avec la loi et les statuts et que toute décision a été ou sera formellement adoptée par l'organe compétent pour ce faire. Il lui appartient notamment de préparer, convoquer et gérer l'assemblée générale lorsqu'une décision de cette dernière est nécessaire (art. 716a al. 1 ch. 6 CO), notamment pour faire élire les administrateurs et approuver les comptes. Il lui appartient également d'adopter un règlement d'organisation réglant la répartition des compétences⁵⁹.

Même si le conseil d'administration ne doit à notre sens pas nécessairement exercer des compétences d'exécution pour chacune des tâches de l'article 716a CO⁶⁰, la mise en œuvre de la stratégie est généralement le fait du conseil d'administration et/ou de la direction de la filiale. La société de contrôle a en effet tout intérêt à ce que le détail de sa stratégie soit réglé et mis en œuvre directement par les filiales, notamment pour des motifs d'efficacité, dès lors que celles-ci disposent de leurs propres organes. Suivant la nature de la filiale, il n'est toutefois pas exclu que la société de contrôle exerce une direction unique absolue et donne des instructions sur des points de détail.

⁵⁹ BLANC, *Corporate Governance*, p. 363 et les références citées.

⁶⁰ *Contra* : VON BÜREN, p. 62 ss.

À titre d'exemple, s'agissant de la mise en place d'un système de contrôle interne dans le groupe, le conseil d'administration de la filiale adopte fréquemment le cadre initialement fixé par la société de contrôle. Ensuite, la direction financière de la société de contrôle communique les principes de sa mise en œuvre et gère la mise en œuvre du processus dans les filiales avec la direction financière de la filiale.

3. *Respect de l'ordre juridique*

Il incombe au conseil d'administration de la filiale de s'assurer qu'elle respecte l'ordre juridique et qu'elle n'accepte ni n'entreprenne rien qui lui soit contraire.

Hormis les devoirs de vérification que cette attribution lui impose dans le cadre de la vérification des instructions du groupe que nous examinerons (*cf. infra* 5.a)), le conseil d'administration de la filiale est tenu de prendre certaines mesures afin de s'assurer du respect de l'ordre juridique, par exemple en lien avec le versement des cotisations sociales ou le paiement des impôts et taxes.

Lorsque la filiale est active sur un marché à risques (p.ex. en matière de protection de l'environnement) ou fait l'objet d'une réglementation ou d'une surveillance particulière (p.ex. activité dans le secteur financier), le conseil d'administration de la filiale est en outre tenu de mettre en place les comités nécessaires pour mesurer le risque, prévoir des mécanismes pour éviter sa réalisation et vérifier le respect des règles auxquelles la filiale est soumise⁶¹. Le comité en charge de cette vérification rendra compte au conseil d'administration ainsi qu'au comité de *compliance* mis en place par la direction générale de la société de contrôle.

4. *Solvabilité et rentabilité de la filiale*

Le conseil d'administration de la filiale doit s'assurer que les intérêts des créanciers, respectivement de *ses* créanciers, sont suffisamment protégés. En effet, il faut rappeler que les créanciers n'ont *a priori* accès qu'aux actifs de la société individuelle avec laquelle ils ont contracté.

La portée de cette attribution fait l'objet de controverses. Un premier courant doctrinal considère que le conseil d'administration doit s'assurer de l'existence de revenus couvrant les dépenses des activités de la filiale et d'un

⁶¹ Sur ces questions, voir BLANC, Mise en place du système de contrôle interne.

rendement du capital propre⁶², respectivement que la société soit capable de produire des revenus à long terme. Pour Karl HOFSTETTER, cette attribution implique cinq devoirs pour le conseil d'administration : (i) disposer d'un capital propre adapté à l'activité de la filiale ; (ii) détenir des liquidités suffisantes ou y avoir accès rapidement ; (iii) éviter des transferts intragroupe au détriment de la filiale ; (iv) éviter de prendre des risques trop importants pour la survie de la filiale ; et (v) assurer la solvabilité de la société par des revenus adéquats⁶³. Pour Peter FORSTMOSER, seules les deux premières exigences mentionnées par Karl HOFSTETTER doivent être remplies, pour autant que la société de contrôle soit prête à aider la filiale à remplir ses obligations si nécessaire⁶⁴.

Nous considérons également que le conseil d'administration doit en tous les cas s'assurer que la filiale dispose d'un capital propre adapté à ses activités et garantir la présence de liquidités suffisantes pour faire face à ses obligations, quitte à disposer de garanties pour pouvoir avoir accès à de telles liquidités en cas de besoin urgent. Dans une perspective plus pratique et notamment pour des considérations fiscales, il nous paraît cependant qu'en sus de ces attributions, le conseil d'administration doit également s'assurer de l'existence d'une rentabilité minimale de la filiale, afin de garantir l'existence du but lucratif de la filiale⁶⁵.

Le conseil d'administration doit vérifier la validité des instructions de la direction du groupe à la lumière de ces attributions (*cf. infra* 5.e)), en particulier s'agissant de la décision de la société de contrôle d'introduire un système de *cash pooling* dans le groupe.

5. *Analyse et vérification des instructions de la direction du groupe (test de validité des instructions)*

Avant d'adopter formellement une décision afin de se conformer à une instruction de la direction du groupe, le conseil d'administration de la filiale est tenu d'analyser et de vérifier ladite instruction, afin de s'assurer d'agir dans l'intérêt de la société (art. 717 CO), mais aussi du groupe. Il doit ainsi procéder à un **test de validité des instructions**, notamment afin de protéger les intérêts des *stakeholders* de la filiale, en particulier de ses créanciers.

⁶² Cf. notamment BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 214 ss et 224, qui se réfère au concept de rentabilité économique résiduelle (« *residuelle Eigenwirtschaftlichkeit* »).

⁶³ HOFSTETTER, p. 317.

⁶⁴ FORSTMOSER, Corporate Governance, p. 165 n. 55.

⁶⁵ Dans le même sens, BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse, p. 215 et n. 38.

Ce test de validité se divise en plusieurs étapes ou critères que le conseil d'administration de la filiale est appelé à examiner pour se conformer à ses obligations (*cf. infra* 5 et Annexe A). Dans ce cadre, le conseil d'administration de la filiale doit disposer d'une information complète, de manière à pouvoir vérifier les instructions données par la société de contrôle (*cf. infra* b)).

a) *L'instruction respecte-t-elle le droit impératif ?*

Le conseil d'administration de la filiale doit vérifier que les instructions communiquées par la société de contrôle à la filiale ne sont pas en contradiction avec le droit impératif, auquel cas il doit les refuser⁶⁶.

À cette fin, le conseil d'administration veille au respect des formalités requises par le droit de la société anonyme et s'attache à ce que l'exercice de la direction unique se fasse en conformité avec la loi et les statuts (*cf. supra* 2).

Le conseil d'administration doit par exemple contrôler le respect des règles de protection du capital-actions (notamment s'agissant de l'interdiction de remboursement du capital, *cf.* art. 680 al. 2 CO) et du droit fiscal (notamment en matière d'imposition des distributions dissimulées de bénéfice et des prestations appréciables en argent).

Si le conseil d'administration de la filiale arrive à la conclusion que l'instruction viole le droit impératif, celle-ci doit être rejetée. Si, au contraire, l'instruction respecte le droit impératif, **l'examen continue**.

b) *L'instruction est-elle correctement documentée ?*

Le conseil d'administration de la filiale doit s'assurer qu'au moment de la décision, les objectifs, les conséquences et la portée de l'instruction ont été correctement exposés et documentés.

L'accès à une information précise et fiable est une donnée essentielle pour les organes dirigeants des filiales. Ceux-ci ne sauraient en effet accomplir les missions et obligations qui relèvent de leur compétence, notamment dans le cadre de la vérification des instructions de la direction du groupe, sans disposer d'une information complète en temps utile.

Même s'il existe selon nous une *obligation d'informer la filiale* à charge de la société de contrôle de manière à ce qu'elle puisse exercer ses obligations, le conseil d'administration de la filiale est pour sa part responsable de s'assurer du processus de *transmission de l'information*.

⁶⁶ BLANC, Corporate Governance, p. 363 et les références citées.

Pour respecter ses obligations en termes d'accès à l'information, le conseil d'administration de la filiale doit donc :

- adopter un cadre réglementaire, en coordination avec la société de contrôle, permettant la collecte et la circulation de l'information au sein du groupe ;
- définir avec la société de contrôle un système informatique facilitant la transmission de l'information.

À notre sens, selon les circonstances et dans une mesure raisonnable, chaque membre du conseil d'administration de chaque société membre du groupe est légitimé à bénéficier de l'information concernant les autres membres du groupe. Le droit individuel à l'information prévu à l'article 715a CO s'étend en effet aux activités des autres sociétés du groupe dans la mesure où la marche des affaires de celles-ci peut avoir une influence sur la société (filiale ou mère) concernée⁶⁷. La jurisprudence reconnaît à cet égard que le droit à l'information des administrateurs peut être exercé en justice⁶⁸.

Il incombe ainsi au conseil d'administration de la filiale de collecter tous les éléments propres à lui permettre de procéder à la vérification de l'instruction et d'exiger des clarifications, voire d'effectuer des recherches ou de mandater des tiers ou des experts pour obtenir l'information si cela s'avère nécessaire, en particulier en raison de la complexité ou du caractère technique de la transaction. La nature, la quantité et la qualité des informations nécessaires pour prendre une décision dépendent toujours du cas d'espèce⁶⁹. Il appartient ainsi aux administrateurs de demander les informations pertinentes à la société de contrôle.

À défaut, les administrateurs ne pourront pas bénéficier de l'application de la *Business Judgment Rule* dans le cadre d'une éventuelle action en responsabilité ultérieure à leur encontre, de sorte que l'examen rétrospectif de la décision litigieuse ne sera pas limité à la question de savoir si cette dernière est défendable ou non⁷⁰. Au contraire, si des informations supplémentaires avaient pu, respectivement auraient dû être demandées, une violation du devoir de diligence pourra être reprochée aux administrateurs⁷¹. Il faut d'ailleurs noter que le conseil d'administration d'une filiale doit disposer d'un *niveau de*

⁶⁷ Cf. également BLANC, *Business Judgment Rule*, p. 69. Dans le même sens, BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 182 ; BaK-WERNLI/RIZZI, N 4 *ad art. 715a CO* ; PETER/JACQUEMET, p. 12 ; Plus tempérés : CR CO-PETER/CAVADINI, N 9 *ad art. 715a CO*.

⁶⁸ ATF 144 III 100, c. 5.

⁶⁹ TF, 4A_626/2013 du 8 avril 2014, c. 6.3.2 ; BLANC, *Business Judgment Rule*, p. 65 ss.

⁷⁰ TF, 4A_259/2016 du 13 décembre 2016 ; TF, 4A_97/2013 du 28 août 2013, c. 5.3.

⁷¹ *Ibidem* ; TF, 4A_626/2013 du 8 avril 2014, c. 6.3 ; TF, 8C_838/2008 du 3 février 2009, c. 6 ; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 168 ; BaK-WERNLI/RIZZI, N 3 *ad art. 715a CO* ; CR CO-PETER/CAVADINI, N 3 *ad art. 715a CO*.

connaissance particulier sur les facteurs permettant d'évaluer les risques d'une transaction intragroupe⁷².

Si, lors de la vérification de l'instruction, celle-ci est suffisamment documentée, l'examen continue. Au contraire, si tel n'est pas le cas, le conseil d'administration doit **demande des compléments d'information à la société de contrôle** ; cas échéant, si les informations collectées ne sont toujours pas suffisantes après les demandes d'informations complémentaires, l'instruction doit en principe être rejetée.

c) L'instruction a-t-elle des effets positifs ou neutres pour la filiale ?

Le conseil d'administration doit ensuite examiner les effets qu'entraîne l'instruction pour la filiale. À cet égard, il faut prendre en considération notamment les effets commerciaux, financiers et fiscaux que l'instruction est susceptible d'impliquer pour la filiale.

Si l'instruction a des effets positifs ou neutres pour la filiale, **elle peut être mise en œuvre**.

Si l'instruction est désavantageuse pour la filiale, l'examen continue et la mise en œuvre est soumise à des conditions supplémentaires. On peut considérer que l'instruction est désavantageuse lorsqu'elle implique une diminution ou un danger imminent de diminution du patrimoine de la filiale, sans égard à l'importance de cette diminution⁷³.

d) L'instruction est-elle cohérente avec la stratégie globale du groupe et l'inconvénient induit par l'instruction est-il dans l'intérêt à long terme du groupe ?

Lorsque l'instruction est désavantageuse pour la filiale, son conseil d'administration doit examiner si l'instruction est cohérente avec la stratégie globale du groupe et si l'inconvénient qu'elle induit est dans l'intérêt à long terme du groupe.

Cette étape de la vérification matérialise en quelque sorte la prise en considération de l'intérêt du groupe.

L'intérêt du groupe « à long terme » nécessite une appréciation subjective, qui présuppose l'établissement d'une politique et d'une stratégie comprises et appliquées au sein du groupe. On rappellera que la société de contrôle doit donner les impulsions et un certain nombre de directives au niveau de

⁷² TF, 4A_74/2012 du 18 juin 2012, c. 5.1.

⁷³ Cette conception est celle retenue par la jurisprudence allemande, cf. BLANC, Corporate Governance, p. 255 et la référence citée.

l'organisation pour une mise en œuvre efficace du concept de direction unique et de la réalité économique du groupe (« *tone at the top* »).

Afin de permettre une telle appréciation et lever autant que faire se peut l'incertitude liée à une telle interprétation, nous recommandons d'établir au moins une fois par an, au sein du groupe, les principes et lignes stratégiques pouvant guider la prise de décisions. Un tel document sera à tout le moins accessible aux dirigeants des différentes sociétés composant le groupe, voire au public.

Si, au terme de cet examen, le conseil d'administration parvient à la conclusion que l'instruction est cohérente avec la stratégie globale du groupe et que l'inconvénient qu'elle induit est dans l'intérêt à long terme du groupe, **l'examen continue**.

Si tel n'est pas le cas, le conseil d'administration doit faire part de ses remarques et conclusions à la société de contrôle et obtenir des informations complémentaires de cette dernière : il demandera en particulier à la société de contrôle si elle décide de maintenir ou non son instruction et de motiver son choix, notamment en indiquant les autres options qu'elle avait examinées avant de les écarter.

Si les informations complémentaires ainsi obtenues permettent de retenir que l'instruction est cohérente avec la stratégie globale du groupe et de justifier l'inconvénient qu'elle induit par l'intérêt à long terme du groupe, **l'examen continue**. Dans le cas contraire, l'instruction doit être refusée.

e) *L'instruction met-elle en péril la santé financière de la société ?*

Le conseil d'administration de la filiale doit s'assurer que les intérêts des créanciers sont suffisamment protégés (*cf. supra* 4). Dans le cadre de la vérification des instructions, cette compétence lui impose en principe de refuser une instruction lorsque sa mise en œuvre met en danger sa viabilité. Sont visés les cas dans lesquels la mise en œuvre de l'instruction placerait la société dans une situation de perte de capital ou de surendettement au sens de l'article 725 CO, respectivement dans une situation proche de ceux-ci (*vicinity to insolvency*).

Si l'instruction ne met pas en péril la santé financière de la société, **l'instruction peut être mise en œuvre**.

Si, au contraire, l'instruction met en péril la santé financière de la société, elle doit en principe être refusée, à moins qu'un mécanisme de compensation ait été prévu. En effet, dans certains cas, on peut réserver l'existence d'un mécanisme de compensation ferme et directe qui permet à la filiale de sortir de

la situation de difficultés financières⁷⁴. Cas échéant, le conseil d'administration de la filiale doit mener les négociations sur la forme de la compensation et ses modalités, puis conclure avec la direction générale de la société de contrôle un contrat prévoyant les termes de l'opération. Il peut en particulier être opportun de compléter le contrat d'une clause pénale en cas de défaut d'exécution de la compensation dans le délai prévu.

Ce mécanisme de compensation peut idéalement être soumis à la vérification d'un tiers neutre et indépendant, par exemple une société d'audit. Celui-ci devra confirmer la validité et le caractère équitable de la transaction (*fairness opinion*). La mise en œuvre d'un tel mécanisme de compensation ferme et directe soulève toutefois divers problèmes de droit fiscal⁷⁵.

En pratique, l'administrateur confronté à une instruction qui met directement en péril la situation financière de la société sans réelle compensation immédiate devrait la rejeter, faute de quoi il risque d'engager sa responsabilité.

B. Compétences des organes d'une filiale en présence d'actionnaires minoritaires

1. Nécessité d'une autonomie et de compétences accrues en présence de minoritaires

En présence d'actionnaires minoritaires dans le capital-actions de la filiale, le souci de protection des actionnaires minoritaires oblige les organes de la filiale à conserver des compétences et une autonomie plus substantielles. Dans cette configuration, certains auteurs, dont Peter BÖCKLI, considèrent que le conseil d'administration de la filiale revêt une *position de garant*⁷⁶ vis-à-vis des actionnaires minoritaires qui lui impose un devoir accru de surveillance quant au respect de leur protection. Contrairement à la situation d'une filiale contrôlée à 100% dans laquelle la préservation de la solvabilité et le respect de l'ordre juridique suffisent en substance pour éviter aux organes de la filiale de faire l'objet d'une action en responsabilité, les actionnaires minoritaires sont des plaignants potentiels dont les intérêts doivent être pris en considération par les administrateurs.

⁷⁴ Sur la nature que doit revêtir cette compensation, voir BLANC, *Corporate Governance*, p. 255 ss.

⁷⁵ À ce sujet, voir BLANC, *Corporate Governance*, p. 256 ss.

⁷⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 11 N 352.

2. *Compétences minimales incombant au conseil d'administration de toute filiale*

Le conseil d'administration de la filiale doit tout d'abord – et logiquement – exercer l'ensemble des compétences (résiduelles) énumérées précédemment pour une filiale contrôlée à 100% (*cf. supra* A).

Afin que le conseil d'administration puisse jouir d'une certaine autonomie pour analyser les instructions de la société de contrôle, il doit, lors de décisions délicates, en particulier de transactions intragroupe, créer en son sein un **comité spécial chargé d'examiner les termes de l'opération et de la compensation proposées par la société de contrôle**. Ce comité doit être composé des administrateurs indépendants de la filiale. En l'absence d'administrateurs indépendants, les termes de l'opération et de la compensation doivent être examinés par un tiers neutre et indépendant, par exemple une société d'audit, qui peut confirmer le caractère équitable de la transaction (*fairness opinion*).

3. *Compétences spécifiques*

En sus des compétences minimales incombant au conseil d'administration de toute filiale, le conseil d'administration d'une filiale comprenant des actionnaires minoritaires doit veiller au respect du principe de l'égalité de traitement des actionnaires, conformément à l'article 717 alinéa 2 CO.

Cette obligation légale ne réduit pas la liberté dont dispose le conseil d'administration dans sa gestion et la décision ou le contrat qui entraîne une inégalité de traitement ne sera ni nul ni annulable (sous réserve de rares cas d'illicéité)⁷⁷. En revanche, la violation de cette norme protectrice peut entraîner l'obligation de réparer le dommage en vertu de l'article 754 alinéa 1 CO⁷⁸.

À notre sens et même en l'absence de sanction directe, le conseil d'administration doit examiner ce critère dans la vérification des instructions et, cas échéant, attirer l'attention de la société de contrôle sur la manière de réduire, voire supprimer, le dommage que pourraient subir les actionnaires minoritaires (*cf. Annexe B*).

En outre, si, lors de la vérification de l'instruction, celle-ci s'avère désavantageuse pour la filiale – sans pour autant mettre cette dernière en situation de perte de capital ou de surendettement –, le conseil d'administration de la filiale doit s'assurer soit de l'existence d'un mécanisme de compensation

⁷⁷ VIONNET, p. 133 ss et 146.

⁷⁸ Il s'agira souvent d'un *dommage direct*. Voir CR CO-PETER/CAVADINI, N 22 *ad* art. 717 CO ; VIONNET, p. 139 ss.

avec un droit ferme de la filiale (dont le caractère compensatoire, respectivement équitable, devrait idéalement être confirmé dans une *fairness opinion*), soit de l'accord des actionnaires minoritaires avant la mise en œuvre de l'instruction, par exemple par le biais de leur(s) représentant(s) au conseil d'administration.

En effet, si la solvabilité de la société est préservée par un mécanisme de compensation, le risque d'une action en responsabilité des minoritaires est limité. De plus, eu égard aux avantages directs et indirects qui découlent de l'intégration à un groupe et dont bénéficient également les actionnaires minoritaires, il nous semble justifié que les organes de la filiale respectent l'instruction qui remplit les conditions minimales que nous avons exposées.

C. Exemple d'application du test de validité des instructions proposé

Reprenons l'exemple évoqué *supra* (II.B) concernant l'affectation d'occasions d'affaires (*business opportunities*) à une autre société du groupe : la société de contrôle peut décider de saisir une occasion d'affaires qui s'offre à l'une de ses filiales pour l'attribuer à une autre de ses filiales. Ce faisant, elle dépossède la filiale d'une affaire qui aurait pu lui octroyer un bénéfice. Si la société de contrôle demande à la filiale de transférer l'affaire à une autre société du groupe, l'instruction la prive manifestement du chiffre d'affaires (et du bénéfice) qu'elle aurait pu en tirer ainsi que du développement de sa clientèle.

Si la filiale est dominée à 100% par la société de contrôle, on peut considérer que la direction du groupe est la mieux à même de déterminer à quelle société du groupe l'affaire doit être attribuée, pour autant qu'une telle mesure ne s'écarte pas de la stratégie globale du groupe. Dans cette situation et à cette condition, il n'y a pas de raison de limiter le pouvoir de la société de contrôle de répartir les affaires de la manière qui lui semble la plus appropriée, respectivement fructueuse pour le groupe, que ce soit notamment pour des motifs fiscaux, techniques ou géographiques, pour autant que l'affectation de l'affaire à une autre société du groupe ne mette pas en péril la solvabilité de la filiale.

En présence de minoritaires en revanche, la situation est plus problématique dès lors que la société de contrôle peut considérer plus rentable de confier l'affaire à une filiale entièrement dominée – uniquement pour ce motif.

Dans ce cadre, nous estimons que le conseil d'administration de la filiale doit vérifier que l'allocation de l'affaire à une autre filiale est effectuée dans l'intérêt à long terme de tous les actionnaires (et du groupe), par exemple en

demandant à la société de contrôle d'expliquer les motifs économiques d'une telle décision.

Dans l'hypothèse où il n'existe pas de justification économique pour le groupe ou ses différents *stakeholders*, mais essentiellement ou uniquement la volonté d'avantager une filiale entièrement intégrée, le conseil d'administration de la filiale doit refuser l'instruction.

Dans l'hypothèse où l'allocation à une autre filiale est justifiée par l'intérêt à long terme du groupe, en ce sens qu'elle ne vise pas à désavantager les minoritaires, le conseil d'administration de la filiale doit négocier un mécanisme de compensation ferme et direct ou obtenir l'accord des actionnaires minoritaires, cas échéant par l'administrateur qui les représente⁷⁹. Faute d'une telle compensation ou d'un tel accord, le conseil d'administration devrait refuser l'instruction.

D. Remarques sur le test de validité des instructions proposé

La méthode de vérification des instructions proposée ci-dessus ne permet pas d'éviter le conflit d'intérêts inhérent au groupe. Il nous paraît cependant que son application protège le conseil d'administration de la filiale et lui garantit de demeurer dans le cadre de ses attributions résiduelles vis-à-vis de la société de contrôle tout en s'acquittant de ses tâches, notamment vis-à-vis des *stakeholders* et des actionnaires minoritaires, dans le respect de l'article 716a CO.

En outre, en appliquant la méthode proposée, le conseil d'administration agit à la fois dans l'intérêt de la société et du groupe et respecte en ce sens son devoir de diligence et de fidélité (art. 717 CO).

Enfin, le conseil d'administration démontre également avoir pris en considération l'intérêt de groupe comme critère d'appréciation dans sa décision au travers d'un processus décisionnel formalisé et consacrant le bien-fondé de la transaction sur un plan global. Le conseil d'administration qui respecte le cadre ainsi posé bénéficie de la *Business Judgment Rule* en exposant qu'il a pris une décision commerciale défendable au terme d'un processus décisionnel clair. Le tribunal amené à apprécier cette décision dans le cadre d'une éventuelle action en responsabilité ultérieure dirigée à l'encontre d'un administrateur devra faire preuve de retenue et pourra uniquement examiner si le contenu de la décision commerciale apparaît défendable. Ainsi, quelle que soit la décision prise au final (mise en œuvre ou refus de l'instruction) et même

⁷⁹ Cf. KUNZ, N 307 ss.

si ce choix revêt un caractère prévisible en raison de la participation majoritaire – voire unique – de la société de contrôle, il appartient au conseil d'administration de la filiale de prendre une décision documentée, formelle et collégiale lors d'une véritable séance du conseil d'administration.

En revanche, la méthode proposée ne saurait être appréhendée comme un simple exercice de « *box-ticking* » qui dispense les administrateurs d'étudier concrètement les risques et la pertinence de la décision entreprise.

En tous les cas, l'administrateur qui s'oppose à une décision prise dans l'intérêt du groupe serait bien inspiré de demander que son opposition soit consignée au procès-verbal.

Conclusion

Malgré la direction unique exercée par la société de contrôle et les instructions qu'elle communique à ses filiales, le conseil d'administration des filiales conserve des compétences formelles et matérielles découlant de l'article 716a CO. Ces tâches comprennent en particulier la *vérification des instructions communiquées* dans le cadre d'un processus clair.

À notre sens, l'opportunité et la légalité des décisions des organes d'une filiale ne doivent pas être remises en cause si le conseil d'administration démontre qu'il a vérifié, sur la base d'une information complète, que l'instruction respecte le droit impératif, que celle-ci ne met pas en péril la société, qu'il a négocié une compensation en cas d'instruction désavantageuse mettant en péril la société et, en présence d'actionnaires minoritaires, qu'il a veillé au respect du principe de l'égalité de traitement et négocié la compensation ou obtenu l'accord des actionnaires minoritaires en cas d'instruction désavantageuse.

Le test de validité des instructions proposé dans le cadre de la présente contribution ne constitue pas une présomption en faveur des dirigeants de la filiale pour échapper à une éventuelle action en responsabilité mais uniquement un standard de contrôle des décisions du conseil d'administration par lesquelles ce dernier décide de mettre en œuvre ou non une instruction de la société de contrôle.

Cette analyse s'inscrit dans le cadre de la **reconnaissance de l'intérêt de groupe** qui dépasse l'intérêt propre de chacune de ses entités, et ce pour assurer la prospérité à long terme du groupe.

Une confirmation de la récente jurisprudence consacrant l'intérêt de groupe est souhaitable pour valider le système de la compensation au sein du groupe.

En effet, cette décision majeure⁸⁰ n'est apparemment pas destinée à publication, bien que rendue à cinq juges. Une évolution des principes fiscaux en lien avec cette problématique est également souhaitable. En effet, à l'heure actuelle, les mécanismes de compensation directe et indirecte s'adaptent mal aux règles fiscales qui ne reconnaissent pas l'intérêt de groupe des sociétés⁸¹.

La reconnaissance de l'intérêt de groupe comme critère d'appréciation dans le processus décisionnel des dirigeants des filiales facilite la prise de décisions dans l'intérêt du groupe à long terme, même si elles peuvent paraître désavantageuses pour la filiale de prime abord lorsqu'elles sont considérées isolément.

Ainsi, ce n'est en substance que lorsque l'instruction apparaît illicite, dangereuse pour l'existence même de la société ou manifestement déséquilibrée que les organes dirigeants des filiales devront refuser de la mettre en œuvre. En effet, comme le notait malicieusement un auteur américain, « *Unlike real children, corporate subsidiaries usually do what the parent requests* »⁸².

Bibliographie

Doctrine

Urs **BERTSCHINGER**, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zurich 1999 ; **Mathieu BLANC**, Corporate Governance dans les groupes de sociétés : de l'organisation équilibrée des organes dirigeants dans les groupes de sociétés, thèse Lausanne, Zurich/St-Gall 2010 (cité : BLANC, Corporate Governance) ; **Mathieu BLANC**, Corporate Purpose and Board of Directors : Means and Ends of Corporate Governance, RSDA 2020, p. 227 à 239 (cité : BLANC, Purpose) ; **Mathieu BLANC**, La Business Judgment Rule dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in David-André KNÜSEL (éd.), Développements récents en droit commercial VI, CEDIDAC n° 102, Lausanne 2018, p. 49 à 72 (cité : BLANC, Business Judgment Rule) ; **Mathieu BLANC**, Mise en place du système de contrôle interne : une nouvelle tâche du conseil d'administration ?, in Lauren OJHA (éd.), Aspects pratiques du droit de l'entreprise, CEDIDAC n° 86, Lausanne 2010, p. 63 à 80 (cité : BLANC, Mise en place du système de contrôle interne) ; **Peter BÖCKLI**, Schweizerisches Aktienrecht, 4^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : BÖCKLI, Aktienrecht) ; **Peter BÖCKLI**, « Anerkennung des Gruppeninteresse » : Initiativen der EU aus Schweizer Sicht, in Rolf H. WEBER/Walter A. STOFFEL/Jean-Luc CHENAUX/Rolf SETHE (éds), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Prof. von der Crone zum 60. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 177 à 196 (cité : BÖCKLI, Anerkennung) ; **Peter BÖCKLI**, Konzernrecht : Die Stellung des Verwaltungsrates einer in dem Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in Charlotte M. BAER (éd.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht,

⁸⁰ TF, 4A_268/2018 du 18 novembre 2019.

⁸¹ CHENAUX/BEROUD, p. 350 et la référence citée à la n. 120. En particulier, les exigences fiscales d'un rapport de connexité entre prestation et contreprestation et du caractère chiffrable de cette dernière excluent indirectement la prise en compte de compensations indirectes.

⁸² GOUVIN, p. 338.

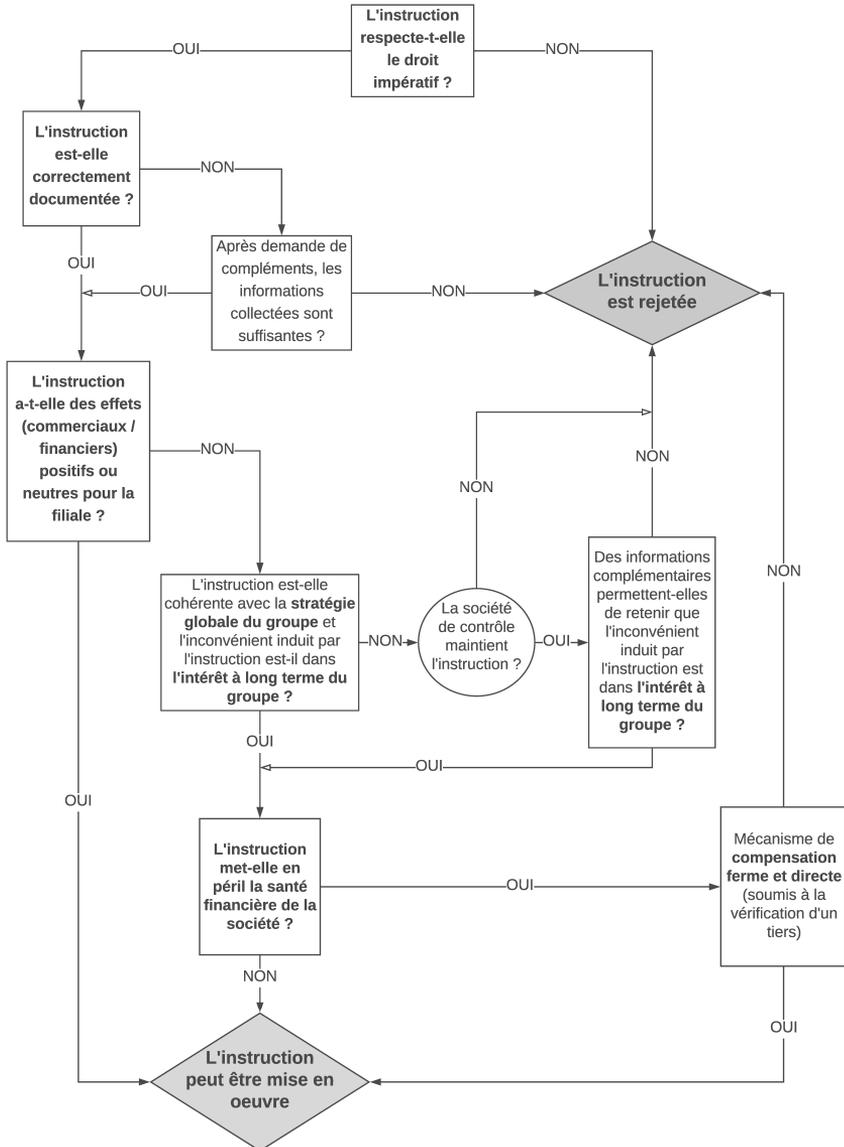
Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 35 à 87 (cité : BÖCKLI, Konzernrecht) ; **Peter BÖCKLI**, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in Rolf SETHE/Peter R. ISLER (éds), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 203 à 245 (cité : BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse) ; **Peter BÖCKLI**, Schweizerisches Aktienrecht, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : BÖCKLI, Aktienrecht) ; **Roland VON BÜREN**, Der Konzern, in Roland VON BÜREN *et al.* (éds), Schweizerisches Privatrecht, Vol. 8, 2^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 2005 ; **Jean-Luc CHENAUX/Guy BEROD**, Gouvernance des groupes : « *E Pluribus Unum* » ?, RSDA 2018, p. 342 à 352 ; **Louis DALLÈVES**, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, RDS 1973, Vol. II, p. 559 à 685 ; **Jean Nicolas DRUEY**, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in Charlotte M. BAER (éd.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 1 à 33 ; **Peter FORSTMOSER**, Corporate Governance in verbundenen Unternehmen, in Marc AMSTUTZ (éd.), Die vernetzte Wirtschaft – Netzwerke als Rechtsproblem, Zurich 2004, p. 151 à 174 (cité : FORSTMOSER, Corporate Governance) ; **Peter FORSTMOSER**, Haftung im Konzern, in Charlotte M. BAER (éd.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 80 à 144 (cité : FORSTMOSER, Haftung) ; **Eric J. GOUVIN**, Resolving the Subsidiary Director's Dilemma, Hastings Law Journal, Vol. 47 (1996), p. 287 à 338 ; **Marc HANSLIN/Patric BRAND**, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrat für Konzerndarlehen : Besprechung des Urteils 4A_268/2018 des schweizerischen Bundesgerichts von 18. November 2019, GesKR 2020, p. 146 à 154 ; **Karl HOFSTETTER**, Corporate Governance im Konzern, in Hans C. VON DER CRONE/Rudolf H. WEBER/Roger ZÄCH/Dieter ZOBL (éds), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 301 à 324 ; **Luca JAGMETTI**, Cash Pooling im Konzern, thèse Zurich/St-Gall 2007 ; **Peter V. KUNZ**, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Berne 2016 ; **Matthias R. J. MARXER**, Die rechtliche Stellung von Verwaltungsräten in Konzernuntergesellschaften, thèse Berne 2017 ; **Henry PETER**, Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation : When and How ?, in Henry PETER/Nicolas JEANDIN/Jason KILBORN (éds), The Challenges of insolvency law reform in the 21st century – Facilitating investment and recovery to enhance economic growth, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 199 à 212 (cité : PETER, Insolvency) ; **Henry PETER**, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, thèse Genève 1990 (cité : PETER, Action révocatoire) ; **Henry PETER/Francesca BIRCHLER**, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, RSDA 1998, p. 113 à 124 ; **Henry PETER/Francesca CAVADINI**, in Commentaire romand, Code des obligations II, Pierre TERCIER/Marc AMSTUTZ/Rita TRIGO TRINDADE (éds), 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CR COPETER/CAVADINI) ; **Henry PETER/Guillaume JACQUEMET**, Groupes, sociétés de famille et entreprises 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 à 37 ; **Rolf SETHE/Daniel LÜTOLF**, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, in RSJ 116/2020, p. 709 à 715 ; **Guillaume VIONNET**, Sanctions à l'inégalité de traitement des actionnaires, in François DESSEMONTET/Pierre-André OBERSON/Alain THEVENAZ/Mathieu BLANC (éds), Aspects actuels du droit de la société anonyme, CEDIDAC n° 64, Lausanne 2005, p. 127 à 147 ; **Alexander VOGEL**, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundengegebenes Organ der Tochtergesellschaft, thèse St-Gall, Berne/Stuttgart/Vienne 1997 ; **Martin WERNLI/Marco A. RIZZI**, in Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Rolf WATTER (éds), 5^e éd., 2016 (cité : BaK-WERNLI/RIZZI).

Etudes

Commission Europe du club des juristes, Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne ?, juin 2015 (disponible sur le site internet <www.leclubdesjuristes.com>, consulté le 11 mai 2020) ; **Forum Europaeum on Company Groups (FECG)**, Eckpunkte für einen Rechtsrahmen zur erleichterten Führung von grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen in Europa, ZGR 4/2015, p. 507 à 515.

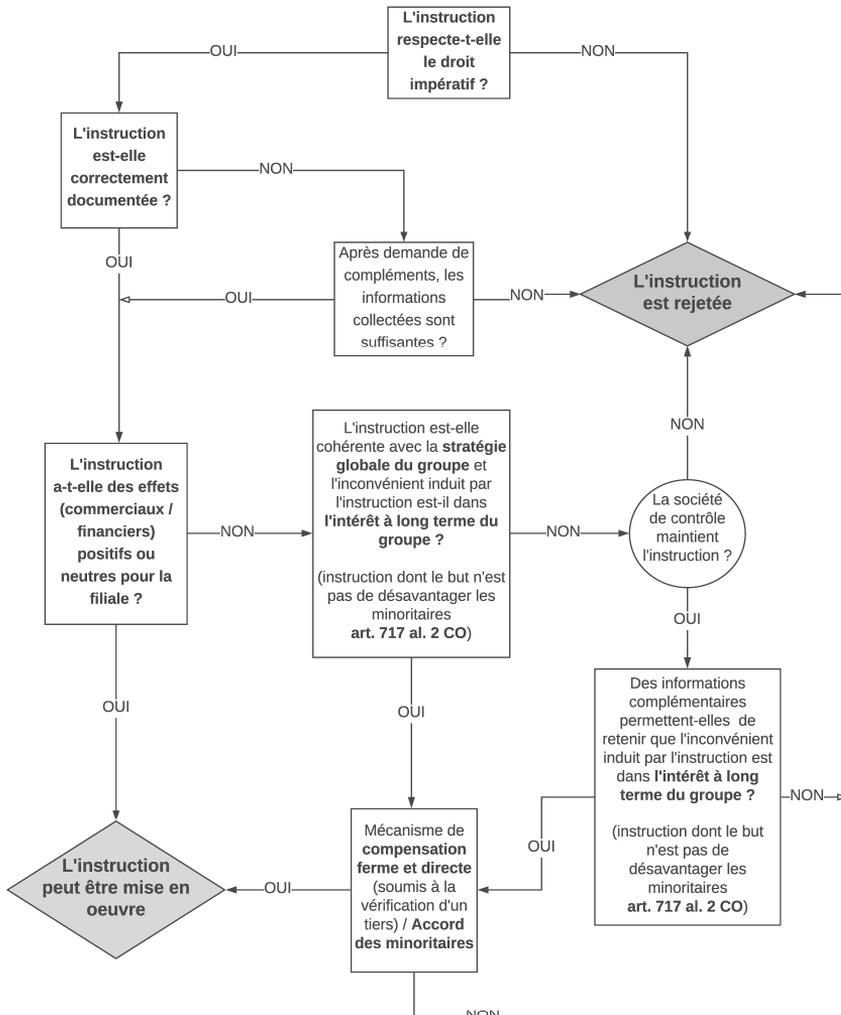
V. Annexe A - Test de validité des instructions aux filiales détenues à 100%

Annexe A - Test de validité des instructions données à une filiale détenue à 100%



VI. Annexe B - Test de validité des instructions des filiales comprenant des actionnaires minoritaires_Version 2021

Annexe B - Test de validité des instructions données à une filiale avec des actionnaires minoritaires



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.	L'évolution du cadre réglementaire et du cercle des acteurs de la gouvernance d'entreprise bancaire.....	62
	A. Droit de la société anonyme.....	62
	B. Le droit des marchés boursiers.....	63
	C. Le droit bancaire.....	64
	D. Observations intermédiaires.....	67
III.	Les 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. Le régime TBTF et son impact sur la structure du groupe <i>UBS</i>	76
IV.	Le 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 accrues 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 surveillances 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 financière². 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 (CSF),

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.

qu'elle a 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 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 réunion, 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).

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 de risque 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'OFB 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'OFB 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 OFB ; 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'OFB 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 (CSF) a édicté en novembre 2015 la norme en matière de TLAC pour les banques d'importance systémique mondiale³⁴. À 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. À 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 décrirons 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 de risque, 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 de risque 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 faitière 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'OFR 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 inmanquablement 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'OFB du 5 avril 2019 (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/56413.pdf>, consulté le 11 août 2020) (cité : Rapport Modification OFB) ; **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).

Surveillance consolidée des groupes bancaires

Carlo LOMBARDINI

Professeur à l'Université de Lausanne, avocat

Table des matières

I.	Introduction	89
II.	La surveillance	90
	A. La définition	90
	B. L'exercice de la surveillance	90
	C. La résolution.....	91
III.	Le groupe bancaire.....	93
IV.	La consolidation.....	95
	A. Comptablement	95
	B. Les fonds propres	96
	C. L'extension de la notion	97
	D. Les autorités de surveillance.....	99
V.	Conclusion	102

I. Introduction

La surveillance consolidée des groupes bancaires est un sujet de grande actualité. L'expression « surveillance consolidée » est souvent utilisée. La cerner est pourtant difficile. À cet effet, nous essaierons de définir plus précisément les trois termes contenus dans le titre de cet exposé : surveillance (*infra* II), groupe bancaire (*infra* III) et, finalement, surveillance consolidée (*infra* IV).

La thématique ne sera pas abordée dans une perspective purement juridique, mais en essayant de la rattacher concrètement à l'activité bancaire et aux risques qui en découlent, d'une part, et à l'activité des autorités de surveillance, d'autre part. Ce en tenant compte notamment des nombreuses réflexions et initiatives post crise-financière¹.

¹ Pour un exposé très détaillé : SÈVE.

II. La surveillance

A. La définition

L'activité bancaire est surveillée et la surveillance s'est accrue depuis la crise. Mais que veut-dire surveiller ? Il s'agit d'un terme utilisé habituellement sans forcément réfléchir sur sa portée. Une bonne définition de la surveillance se trouve à l'article 43 alinéa 3 LFINMA ; la surveillance consiste à savoir si une banque :

- est organisée de manière appropriée ;
- recense, limite et surveille de manière appropriée les risques encourus dans le cadre de ses activités ;
- est dirigée par des personnes qui présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable ;
- satisfait aux dispositions relatives aux fonds propres et à la répartition des risques sur une base consolidée ;
- remplit correctement son obligation de rendre compte aux autorités de surveillance.

Depuis la crise, l'exercice de la surveillance s'est modifié.

B. L'exercice de la surveillance

La surveillance est le fait d'une ou plusieurs autorités. Les autorités de surveillance constituent un paysage assez divers. Dans certains cas, la surveillance est exercée par la banque centrale (BCE), dans d'autres par des autorités administratives indépendantes (la FINMA ou la BaFin). Certaines autorités exercent une surveillance sur l'intégralité du secteur financier (la FINMA ou la BaFin à nouveau), d'autres une surveillance sectorielle (en Italie, la banque centrale surveillait les banques² et une autorité spécialisée³ les marchés organisés et celui des capitaux). Certaines s'occupent des rapports avec les clients (le FCA au Royaume-Uni), d'autres des exigences prudentielles (la PRA au Royaume-Uni qui dépend de la *Bank of England*).

Les autorités de surveillance ne se contentent plus d'examiner la situation d'une banque ou d'un groupe bancaire à un moment donné dans le temps. Pour les groupes bancaires les plus importants, la surveillance est un exercice

² Et exerce toujours la surveillance immédiate sur les établissements moins importants qui ne sont pas surveillés directement par la BCE.

³ CONSOB (*Commissione nazionale per le società e la Borsa*).

régulier, qui peut être quotidien en présence d'une situation de crise. Par ailleurs, la surveillance a lieu également dans une vision prospective : comment la situation d'un groupe va évoluer dans un avenir plus ou moins proche, notamment en cas de modification de certains paramètres macro ou micro-économiques⁴ ? Comment est-ce que le groupe va résister à des situations extrêmes ? Des scénarios sont fournis aux banques par les autorités ; les établissements doivent apprécier l'impact de ces scénarios sur leurs bilans et leurs comptes de pertes et profits, presque ligne par ligne. Inutile de relever le coût très important de l'exercice (*stress testing*). Le *stress testing* s'est développé après la crise de 2007 pour rassurer le public. En Suisse, les résultats ne sont pas publics⁵.

Les autorités ont par ailleurs développé un concept nouveau : l'intervention précoce. Ce pour ne pas être contraintes d'agir dans l'urgence, quand les difficultés d'une banque sont devenues trop importantes pour être maîtrisées par la banque seule. La banque doit être en mesure, en totale transparence avec l'autorité de surveillance, d'identifier des indicateurs qui signalent une détérioration de sa situation financière et économique et qui l'obligent à prendre des mesures pour rétablir la situation sans recourir à l'aide de la collectivité. La banque doit également réfléchir à un possible échec des mesures qu'elle envisage de prendre et à ce qui va se passer dans ce cas de figure. C'est ce que l'on appelle les *living wills*⁶. La banque comme entreprise est obligée de réfléchir à la possibilité de sa propre déconfiture.

C. La résolution

La notion de surveillance est complétée par la notion de résolution⁷, soit la possibilité de soumettre un groupe bancaire à des mesures d'assainissement ou de liquidation forcée particulières compte tenu de sa taille et des fonctions qu'il exerce dans l'économie.

Fondamentalement, le droit de l'exécution forcée n'est pas fait pour les banques. Les procédures sont longues ; les banques n'ont pas beaucoup d'actifs à leurs bilans qui puissent être réalisés. Au passif, figurent des fonds de tiers

⁴ FINMA, Circulaire 2011/2 Volant de fonds propres et planification des fonds propres – banques du 30 mars 2011.

⁵ <https://www.finma.ch/fr/surveillance/banques-et-maisons-de-titres/instruments-de-surveillance/test-de-resistance/> (consulté le 13 juillet 2020) ; Art. 100 Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

⁶ Art. 64 al. 1 OB. Uniquement en ce qui concerne les banques systémiques.

⁷ <https://www.finma.ch/fr/mise-en-oeuvre/resolution/> (consulté le 13 juillet 2020).

(déposants ou contreparties) très importants parce qu'ils représentent le carburant dont les banques ont besoin pour développer leur activité. Si l'on compare le bilan d'une banque (*UBS*) et d'une société ordinaire (*Roche*) les constatations sont flagrantes :

- *Roche* (31.12.16 CHF) :
 - actifs 76.8 Mias ;
 - *property plant equipment* 20 Mias ;
 - passifs 76.8 Mias ;
 - fonds propres 26.4 Mias.
- *UBS* (31.12.16 CHF) :
 - actifs 935 Mias ;
 - biens meubles, immeubles et software 8.3 Mias ;
 - *goodwill* 6.5 Mias ;
 - passifs 935 Mias ;
 - fonds propres 54 Mias.

La banque est en état chronique et régulier de surendettement à l'aune des critères de l'article 725 CO. L'argent que la banque reçoit, son endettement au passif, n'est pas une source de financement pour des projets industriels ou des actifs qui ont une valeur de réalisation. Il s'agit de la matière première même que la banque utilise et transforme dans son activité ordinaire en la prêtant ou en l'utilisant pour conclure des transactions sur instruments financiers.

En réalité, les banques travaillent fondamentalement avec la confiance qu'elles inspirent dans le public et auprès de leurs contreparties. En cas de difficultés, la confiance disparaît rapidement et il ne reste plus grand chose à réaliser.

Retirer son autorisation d'exercer à une banque signifie non seulement causer la mort de l'établissement, mais également des dégâts collatéraux importants à tous ceux qui travaillent avec l'établissement et qui ont besoin de ses services. Les mesures de résolution doivent permettre de démanteler une banque pour assurer le maintien de services bancaires essentiels qu'elle fournit tant que faire se peut et éviter que la collectivité n'ait à pâtir de la défaillance d'un établissement majeur.

En général, l'autorité de surveillance ordinaire n'intervient pas pour la résolution. L'intervention d'autorités différentes s'explique, car l'autorité de

surveillance pourrait être critiquée si une résolution était nécessaire. En Suisse, tel n'est pas le cas et la FINMA joue un rôle dans les deux processus⁸.

III. Le groupe bancaire

En droit suisse, les dispositions pertinentes sont celles des articles 3b et suivants LB⁹. La notion de domaine financier est définie à l'article 4 alinéa 1

⁸ En droit suisse, la résolution est l'assainissement d'une banque qui permet le maintien des services bancaires (art. 30 LB). En droit de l'UE on distingue :

- le Règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniforme pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique et
- la Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

Le Règlement s'applique aux banques surveillées directement par la BCE et aux groupes bancaires transnationaux. La Directive, qui n'est pas d'application immédiate, aux établissements indirectement surveillés par la BCE.

⁹ Sur l'origine de ces dispositions, on peut utilement se référer au Message du Conseil fédéral : FF 2003 3353, 3407 ss.

« Art. 3c LB al. 1. Deux ou plusieurs entreprises constituent un groupe financier si les conditions suivantes sont remplies :

- 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.

Art. 3c LB, al. 2. *Lorsqu'un groupe financier, au sens de l'al. 1, est principalement actif dans le secteur bancaire ou celui des valeurs mobilières et comprend au moins une société d'assurance d'une importance économique considérable, il forme un conglomerat financier dominé par le secteur bancaire ou celui du négoce en valeurs mobilières.* »

OB¹⁰. Quant à l'alinéa 1 de l'article 21 OB, il définit la notion d'unité économique et l'alinéa 2 de la disposition le devoir de prêter assistance¹¹.

Cette dernière disposition est très importante parce qu'elle reflète la particularité du groupe financier, surtout bancaire. Certes, une banque peut « laisser tomber » une société dans laquelle elle n'est qu'actionnaire, mais l'effet que cette décision pourrait avoir sur l'ensemble du groupe serait dévastateur. Compte tenu de l'activité d'une banque (travailler avec l'argent d'autrui), des risques encourus de ce fait et de la surveillance à laquelle la banque est soumise, la notion de groupe dans le domaine bancaire correspond à une réalité économique et juridique, autonome et indépendante par rapport aux sociétés qui le composent. Le groupe est par ailleurs l'objet (*infra* IV), en plus de la surveillance individuelle des divers établissements en son sein, d'une surveillance propre, dite surveillance consolidée.

La notion de groupe évoque les diverses sociétés qui le composent et leurs activités. Un des enseignements de la dernière crise est que les banques sont non seulement trop grandes, mais également trop compliquées. Certes, en théorie, les groupes devraient bénéficier d'effets de diversification géographique ou sectorielle, diversification qui devrait leur permettre d'avoir un profil moins risqué que leurs composantes individuelles. Mais, la réalité exige que l'on porte une appréciation nuancée sur cette belle affirmation.

Les banques font trop d'affaires différentes dans trop de pays, en général dans des marchés qu'elles ne connaissent pas et, pire encore, qu'elles croient connaître. Elles grandissent en faisant l'acquisition d'autres établissements, sans avoir une idée précise des fonds de commerce qui deviennent les leurs et des risques qu'ils contiennent. Elles sous-estiment les difficultés qu'il y a à intégrer des entreprises différentes, difficultés qui se retrouvent dans tous les domaines : du système informatique, en passant par les politiques de rémunération et la

¹⁰ « Art. 4 OB al. 1. *Est actif dans le domaine financier, quiconque :*

a. *fournit pour compte propre ou à titre d'intermédiaire des services financiers, en particulier pratique pour lui-même ou pour des tiers les opérations de crédit ou de dépôt, le négoce des valeurs mobilières, les opérations de placement de capitaux ou la gestion de fortune ;*

b. *détient des participations qualifiées concernant principalement des sociétés actives dans le domaine financier (société holding) ; ou*

c. *est une société du groupe significative au sens de l'art. 3a. »*

¹¹ « Art. 21 OB al. 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.*

Art. 21 OB al. 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. »*

culture d'entreprise. Pour ceux qui veulent avoir une vision concrète de l'expansion délirante d'un groupe bancaire, la lecture du rapport de la FSA, *The failure of the Royal Bank of Scotland*, de décembre 2011 est conseillée¹². La *Royal Bank of Scotland* et son PDG suscitaient l'admiration unanime avant 2008. Depuis sa nationalisation en 2008, le groupe a coûté 58 milliards de Livres au contribuable britannique sur des affaires diverses antérieures à la nationalisation¹³.

IV. La consolidation

A. Comptablement

La consolidation est d'abord une thématique comptable. Les règles en matière de consolidation comptable ont d'ailleurs aussi évolué à cause de la crise bancaire. Certaines banques ont rencontré des difficultés puisque ces règles n'appréhendaient pas correctement l'ensemble des sociétés sur lesquelles la banque exerçait une influence ou dont le sort affectait les actifs et passifs de l'établissement :

*« Les comptes consolidés comportent les mêmes composantes que le bouclage individuel. Le cercle de consolidation, à savoir la totalité des entités soumises à la consolidation intégrale, comprend désormais toutes les sociétés placées sous un contrôle unique (contrôle par la majorité des voix ou d'une autre manière). Il en résulte un élargissement car, auparavant, la consolidation intégrale ne portait que sur les secteurs suivants : banques, sociétés financières, sociétés immobilières (art. 25^e al. 1 OB). Élément totalement nouveau, le cercle de consolidation englobe les entreprises dont les activités peuvent être influencées d'une manière telle que leurs avantages économiques affluent vers la banque ou lorsque cette dernière supporte principalement les risques. Cet accroissement du cercle de consolidation est prévu afin de garantir la prise en compte des « véhicules à but spécial » ("special purpose vehicles/entities", SPV/SPE). Une exception au devoir de consolidation a été introduite principalement à l'usage des placements collectifs de capitaux. Ainsi les banques ne sont pas tenues de consolider de telles entités dès lors que certaines conditions sont remplies ».*¹⁴

¹² <https://www.fca.org.uk/publication/corporate/fsa-rbs.pdf> (consulté le 13 juillet 2020).

¹³ TREANER Jill, *Losses of £58bn since the 2008 bailout – how did RBS get here ?*, The Guardian, 14 février 2017, disponible sous : <https://www.theguardian.com/business/2017/feb/24/90bn-in-bills-since-2008-how-did-rbs-get-here-financial-crisis-> (consulté le 13 juillet 2020).

¹⁴ FINMA, Révision des prescriptions comptables des banques, Rapport explicatif, p. 10 et 11, 29 octobre 2013. À relever désormais une Ordonnance de l'Autorité fédérale de

B. Les fonds propres

La vision consolidée du groupe doit permettre de s’assurer que la multiplication des sociétés intervenantes n’entraîne pas une utilisation multiple des mêmes fonds propres (*double gearing*) ce que l’exemple ci-dessous illustre parfaitement.¹⁵

Figure 1: Consolidation shows ‘external’ equity in the group.

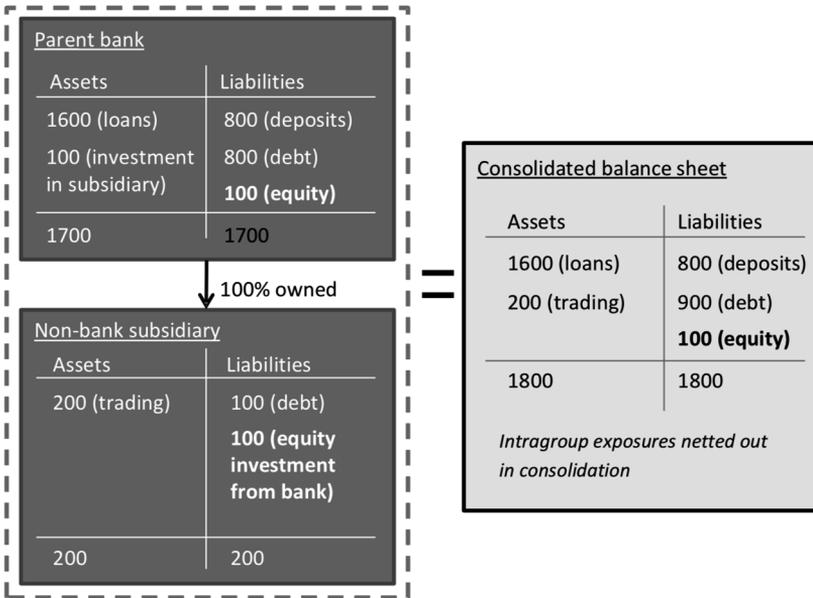


Figure 1 : Consolidation shows ‘external’ equity in the group.

La présence de fonds propres consolidés suffisants signifie implicitement que les ressources financières au sein du groupe peuvent librement circuler pour couvrir des pertes quelle que soit la localisation juridique ou géographique des fonds propres et des pertes. Tel n’est pas forcément le cas et les autorités de surveillance en période de tension sur les marchés peuvent prendre des mesures pour restreindre la libre circulation des liquidités ou le paiement de dividendes¹⁶.

surveillance des marchés financiers sur l’établissement et la présentation des comptes du 31 octobre 2019, RS 952.024.1.

¹⁵ MCPHILEMY/VAUGHAN.

¹⁶ DALTON Matthew, *EU Aims to Free Flow of Funds Across Borders*, The Wall Street Journal, 3 février 2013, disponible sous : <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324761004578281563568661062> (consulté le 3 juillet 2020).

C. L'extension de la notion

En Suisse, le contenu et la portée de la surveillance des groupes sont déterminés par la FINMA au cas par cas. La FINMA vérifie notamment si le groupe bancaire ou le groupe de négoce en valeurs mobilières :

- dispose d'une organisation adéquate ;
- dispose d'un système de contrôle interne permettant de déterminer, de limiter et de contrôler les risques d'entreprise ;
- est dirigé par des personnes qui offrent la garantie d'une activité irréprochable ;
- respecte la séparation du personnel entre la direction opérationnelle, la direction supérieure, la surveillance et le contrôle ;
- respecte les prescriptions en matière de fonds propres et de répartition des risques ;
- dispose de liquidités suffisantes ;
- applique correctement les prescriptions relatives à la présentation des comptes ;
- dispose d'une société d'audit reconnue, indépendante et professionnelle¹⁷.

La Circulaire FINMA 2017/1 Gouvernance d'entreprise – banques du 1^{er} juillet 2017 ne contient que peu de dispositions en matière de groupes. La dernière révision de l'OBA-FINMA (art. 6) renforce le rôle de la maison mère dans la gestion consolidée du risque blanchiment.

La maison mère d'un groupe doit le gérer de façon consolidée. Elle ne peut être simplement un investisseur passif dans diverses sociétés actives dans le domaine financier, qui se limite à exercer ses droits d'actionnaire. La maison mère est responsable de la mise en œuvre du cadre réglementaire, organisationnel et personnel du groupe. L'article 10 OB mentionne pudiquement les directives générales et des décisions relatives à la surveillance. En réalité, la situation est plus complexe.

En pratique, la notion de surveillance consolidée s'est étendue par-delà les exigences comptables ou en matière de fonds propres. Une surveillance consolidée adéquate exige que le groupe et les diverses entités qui le composent, quelle que soit leur implantation géographique, (1) respectent les mêmes principes dans la gestion des risques pour empêcher des arbitrages réglementaires, (2) soient surveillés de la même façon et (3) avec des

¹⁷ <https://www.finma.ch/fr/autorisation/banques-et-negociants-en-valeurs-mobilières/nouvelle-autorisation/groupes-et-conglomérats-financiers/> (consulté le 3 juillet 2020).

informations adéquates qui remontent à l'autorité de surveillance de la maison mère sans s'arrêter à l'autorité de surveillance locale.

La surveillance consolidée doit d'abord permettre de s'assurer que les risques encourus par le groupe soient correctement appréhendés. Il s'agit de comprendre les risques propres au groupe et non simplement de se livrer à l'agrégation mathématique des risques des diverses entités. La surveillance consolidée exige ensuite que les activités des filiales du groupe, voire même des succursales établies en dehors de l'État du siège, ne mettent pas en danger la maison mère et le reste du groupe, compte tenu justement de l'unité qu'il représente et de l'obligation de prêter assistance qui en découle. Il s'agit d'éviter que l'on découvre trop tard des affaires causant des pertes importantes conclues dans d'obscures filiales auxquelles personne ne s'intéressait. Par le passé, on mentionnait à titre d'exemples la *BCCI*¹⁸, *Barings*¹⁹ ou le *Banco Ambrosiano*. Plus récemment, on peut citer *Lehman Brothers* et *AIG*²⁰.

Ainsi, le siège doit donc avoir une idée claire du type d'affaires conduites dans le groupe et des règles relatives à la conduite de ces affaires, ainsi que de la gestion des risques en découlant ; il doit également surveiller comment ces règles sont appliquées. Cela ne veut pas dire forcément que les règles doivent être les mêmes partout dans le groupe. Mais des différences doivent être identifiées et leur existence doit pouvoir être justifiée objectivement, tout comme les conséquences en matière de gestion de risques qui peuvent résulter de ces différences. Ce qui présuppose bien évidemment une connaissance approfondie par le siège de ce qui se passe au sein du groupe. Ce qui signifie également que le droit du pays où les filiales sont établies doit permettre une libre circulation des informations à destination du siège. Des îlots de confidentialité ne sont plus acceptés dans le monde actuel de la surveillance bancaire²¹.

On notera une décision très intéressante de l'ACPR²² sur le thème de la gestion consolidée du risque anti-blanchiment au sein d'un groupe bancaire, décision dont les principes nous semblent avoir une portée assez générale et peuvent être résumés comme suit :

- une cartographie précise des risques concrètement encourus dans les diverses implantations géographiques et juridiques du groupe doit être établie ;

¹⁸ *House of Commons, BCCI.*

¹⁹ *House of Commons, Barings.*

²⁰ *Financial Services Authority*, p. 59 ss.

²¹ Ce qui pose des difficultés en droit suisse compte tenu de la confidentialité des données relatives à la clientèle (art. 47 LB) même si des aménagements sont possibles (art. 4^{quinquies} LB et 42c et 43 LFINMA).

²² Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

- une procédure d’information du siège et d’escalade de certaines situations jugées plus risquées doit être mise en place ;
- le siège doit également s’assurer que les risques soient mesurés et surveillés au sein du groupe avec les mêmes instruments, notamment informatiques²³.

Pour jouer son rôle, la maison mère doit non seulement recevoir de nombreuses informations, mais également peut être appelée à intervenir dans les conduites des affaires d’une filiale ou dans la surveillance de son activité. Cela s’accompagne de tous les risques qui peuvent résulter pour la maison mère au titre de la responsabilité pénale et civile découlant d’une obligation d’agir que l’on construirait de la sorte. Ainsi, des mesures prises pour rassurer les autorités de surveillance peuvent indirectement contribuer à augmenter les risques mêmes que celles-ci voulaient maîtriser en encourageant l’intervention de tiers : créanciers ou autorités. Mais ces paradoxes, résultant du développement sans coordination de règles dans des domaines de droit divers, sont fréquents dans notre société.

Compte tenu de ces divers éléments, la décision s’agissant de la localisation, économique et juridique, des activités au sein d’un groupe, doit être le fait de la maison mère et doit être intégré dans sa réflexion. Ce également dans la perspective des mesures qui peuvent devoir être prises d’abord pour gérer des situations critiques sans intervention des deniers publics, ensuite pour la résolution du groupe.

D. Les autorités de surveillance

La surveillance des groupes bancaires pose des défis aux autorités de surveillance.

Il s’agit de savoir si les autorités de surveillance sont effectivement à même d’exercer ces fonctions. Les autorités de surveillance qui peuvent intervenir sont différentes ; elles n’ont pas forcément les mêmes mandats, les mêmes moyens ou la même indépendance à l’égard du pouvoir politique. On lira avec intérêt la documentation du Comité de Bâle à ce propos²⁴.

La surveillance consolidée exige une coopération étendue entre autorités de surveillance ainsi qu’entre les auditeurs de diverses entités. Les non-dits sont néfastes en matière de surveillance consolidée. Si l’autorité du siège doit savoir ce qu’il se passe dans les filiales, l’inverse est également vrai, comme les

²³ Autorité de contrôle prudentiel, Commission des sanctions (France), décision d’établissement de crédit A, Procédure n° 2011-02, 24 octobre 2012, disponible sous : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20121107-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf> (consulté le 3 juillet 2020).

²⁴ *Basel Committee on Banking Supervision, Core Principles*. Sur le comité : GOODHART.

créanciers malheureux de *Banco Espírito Santo (Suisse) SA* l'ont appris à leur détriment.

C'est pour ceci que la surveillance de groupes bancaires s'institutionnalise sous la forme de collèges d'autorités de surveillance. Les collèges facilitent la coopération internationale, permettent que des négociations dans des domaines sensibles se déroulent exclusivement en tenant compte de facteurs techniques et assurent une convergence des normes et des pratiques. En revanche, la prise de décisions peut être complexe. Certaines autorités jugeront que de toute façon leurs préoccupations doivent être prioritaires. Par ailleurs, seules les autorités de surveillance jugées les plus importantes pour un groupe seront membres du collège et non forcément toutes les autorités concernées, alors même que le groupe en question dispose de filiales qu'elles jugent significatives dans leur propre juridiction.

Pour éviter la création de groupes trop complexes et/ou difficiles à surveiller, les autorités de surveillance ont le pouvoir d'intervenir pour influencer l'organisation d'un groupe :

- d'abord, en s'assurant qu'à sa tête figure un établissement surveillé ;
- ensuite, en limitant les affaires que les diverses entités d'un groupe peuvent faire entre elles (*ring fencing*) ou en s'opposant à des acquisitions ;
- enfin, en exigeant que l'activité sur leur territoire soit exercée par le biais de filiales et non de succursales ; les filiales sont surveillées directement en effet par l'autorité de leur siège et non par l'autorité du siège du groupe. Compte tenu de leur personnalité juridique distincte, la surveillance d'une filiale est plus facile que celle d'une succursale. Les organes d'une filiale doivent leur fidélité d'abord à la filiale et ensuite au groupe. Au sein de l'UE, la possibilité donnée à toute banque d'un État membre de déployer ses activités au sein des autres États a causé des difficultés, compte tenu de la différence entre la qualité de la surveillance des divers États²⁵. D'où la nécessité d'attribuer la surveillance à la BCE, directement pour les établissements les plus importants, avec l'intervention des autorités nationales pour les autres²⁶.

Depuis la crise financière, les autorités sont moins timides à utiliser leurs pouvoirs et la crise a suscité certaines réflexions et initiatives sur la question de l'organisation des groupes :

²⁵ Art. 33 ss Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

²⁶ Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

- aux États-Unis les groupes bancaires d'une certaine taille doivent regrouper leurs activités dans des *holdings* intermédiaires, qui peuvent ainsi être surveillées directement par les autorités américaines²⁷ ;
- une réflexion approfondie a eu lieu sur la séparation d'activités au sein d'un groupe bancaire. On s'est même demandé s'il fallait maintenir le modèle de la banque universelle²⁸. La solution choisie a été d'identifier les activités les plus risquées, qui n'étaient pas jugées indispensables à l'économie, et les localiser dans des établissements *ad-hoc* pour éviter que des difficultés dans la banque d'investissement affectent par exemple la banque de détail. De même, les services indispensables pour le fonctionnement correct des sociétés du groupe doivent désormais être localisés dans des sociétés *ad-hoc*. Toutes ces mesures permettent de faciliter la résolution en cas de difficultés. La question très concrète qui se pose est celle de savoir quelle est l'autonomie et l'indépendance dont peuvent et doivent disposer les structures ainsi créées²⁹.

C'est la déconfiture d'un groupe bancaire, surtout s'il est systémique, qui représente le test ultime pour les autorités. D'abord, on y verra inéluctablement une faillite de la surveillance. Ensuite, les banques sont actives internationalement et les conséquences de leur défaillance sont rarement limitées à un seul État. En cas de difficultés et sous la pression des diverses autorités de surveillance, les banques deviennent des créatures éminemment nationales³⁰. Les autorités ont tendance à se soucier principalement de ce qui se passe dans leur juridiction, sans forcément se préoccuper des conséquences de leurs démarches sur les implantations à l'étranger et de la perte de valeur que leurs démarches peuvent

²⁷ KREICHER/MCCAULEY.

²⁸ Ainsi : Commission européenne, *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector*, Communiqué de presse, 2 octobre 2012, disponible sous : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_12_1048 (consulté le 3 juillet 2020).

On citera :

- en France : Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013, de séparation et de régulation des activités bancaires ;
- en Belgique : Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse ;
- en Allemagne : *Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen* du 7 août 2013 ;
- au Royaume-Uni : *Financial Services (Banking) Reform Act 2013*.

²⁹ Art. 60 al. 1 OB.

³⁰ Le Gouverneur de la *Bank of England* Mervin KING a déclaré qu'une banque est « *global in life, but national in death* » : MOORE Charles, *Mervyn King is right. If the banks face no risk we shall all go down*, The Telegraph, 4 mars 2011, disponible sous : <https://www.telegraph.co.uk/comment/columnists/charlesmoore/8362464/Mervyn-King-is-right-If-the-banks-face-no-risk-we-shall-all-go-down.html> (consulté le 3 juillet 2020).

causer au niveau du groupe. Toute une série de réflexions se dégagent sur ce thème pour déterminer si des mesures d'assainissement d'un groupe doivent être prises au niveau du siège et répercutées sur les filiales (*Single Point of Entry*) ou au niveau de chaque filiale (*Multiple Points of Entry*³¹). La discussion est délicate parce que dans le nouveau monde de l'assainissement certains créanciers doivent aussi financer les mesures d'assainissement et subir des pertes ou accepter la possibilité de voir leurs créances converties en fonds propres³².

V. Conclusion

Trois remarques pour conclure.

Pour les juristes la réglementation est une créature intellectuellement fascinante analysée au gré des critères qu'ils emploient : compatibilité avec la Constitution, interprétation des termes, proportionnalité, etc. Pour les banquiers, la réglementation n'est qu'une source de coûts supplémentaires. Plus elle est précise d'ailleurs, plus ils l'examineront pour se demander comment la contourner.

Les banques sont des créatures qui acceptent d'encourir des risques et sont rémunérées pour ce faire ; elles sont autorisées à encourir ces risques dans le cadre de leur activité ordinaire parce qu'elles sont théoriquement mieux à même de les gérer que le commun des mortels. Les banques permettent par ailleurs de donner un prix aux risques de crédit et de marché et génèrent ainsi des informations dont la collectivité a besoin pour le développement de l'économie. Si les banques se trompent dans le prix qu'elles donnent aux risques, la collectivité peut en souffrir. La société tolère en son sein ces créatures, intrinsèquement dangereuses, compte tenu des avantages que les secteurs privé et public peuvent tirer de l'activité bancaire.

La surveillance est un art difficile et ingrat ; les succès des autorités sont passés sous silence ; leurs échecs sont étalés sur la place publique. Les politiciens et leurs électeurs estiment qu'il y a une obligation de résultat à charge des autorités de surveillance : éviter les scandales au sein des banques

³¹ FINMA, Document de position de la FINMA sur l'assainissement et la liquidation des banques d'importance systémique, Communiqué de presse, 7 août 2013, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/news/2013/08/mm-pos-sanierung-abwicklung-20130807/> (consulté le 3 juillet 2020) :

« La FINMA préconise, au travers de son document de position sur l'assainissement et la liquidation des banques d'importance systémique (disponible en langue anglaise), une approche où l'autorité de surveillance nationale coordonne un assainissement et une liquidation à l'échelle du groupe entier. »

³² Art. 31 al. 3 LB.

ou les faillites d'établissements. Une telle obligation est impossible à atteindre ; la multiplication de règles peut certes bercer l'électeur dans l'illusion que le système est plus sûr. En réalité, la présence de règles de plus en plus précises encourage les réflexes bureaucratiques et annihile l'esprit critique et l'intelligence, seuls bastions efficaces contre l'exaltation au mieux, la malhonnêteté au pire de certains banquiers. Sans oublier le fait que les règles sont toujours adoptées en tenant compte des crises passées ; dans le domaine de la réglementation bancaire, on combat habituellement la guerre qui vient de s'achever.

Bibliographie

Franklin ALLEN/Xian GU/Oskar KOWALEWSKI, Corporate governance and intra-group transactions in European bank holding companies during the crisis, Wharton Financial Institutions Center Working Paper No. 11-35, 2011 ; **Association of Supervisors of Banks of the Americas**, Consolidated Supervision, 2007 ; **Bank of England**, Prudential Regulation Authority, The Prudential Regulation Authority's approach to banking supervision octobre 2018 ; **Basel Committee on Banking Supervision**, Core Principles for Effective Banking Supervision, septembre 2012 (cité : Basel Committee on Banking Supervision, Core Principles) ; **Basel Committee on Banking Supervision**, Frameworks for early supervisory intervention, mars 2018 ; **Basel Committee on Banking Supervision**, Guidelines Corporate governance principles for banks, juillet 2015 ; **Ashok Vir BHATIA**, Consolidated Regulation and Supervision in the United States, IMF Working Paper 11/23, 2011 ; **DELOITTE**, Core Principles for Effective Banking Supervision, Centre for regulatory strategy, 2016 ; **Thomas EISENBACH/Andrew HAUGHWOUT/Beverly HIRTLE/Anna KOVNER/David LUCCA/Matthew PLOSSER**, Supervising Large, Complex Financial Institutions : What Do Supervisors Do ?, Federal Reserve Bank of New York, Economic Policy Review, février 2017, p. 57 ss ; **Financial Services Authority**, A regulatory response to the global banking crisis, mars 2009 ; **Gary GEGENHEIMER**, Consolidated Supervision and Anti-Money Laundering Compliance: The Crossroads of Effective Banking Supervision, SEACEN Financial Stability Journal janvier 2019, p. 41 ss ; **Charles GOODHART**, The Basel Committee on Banking Supervision. A History of the Early Years 1974-1997, Cambridge University Press, Charles Goodhart 2011 ; **Michael GRUSON**, Consolidated and supplementary supervision of financial groups in the european union, Institute for Law and Finance, Working Paper Series 19 ; **HOUSE OF COMMONS**, Board of Banking Supervision Report of the Board of Banking Supervision inquiry into the circumstances of the collapse of Barings, 18 juillet 1995 ; **HOUSE OF COMMONS**, Inquiry into the supervision of the Bank of Credit and Commerce International, Return to an Address of the Honourable the House of Commons, dated 22 october 1992, Chairman : the Right Honourable Lord Justice Bingham ; **Lawrence L. KREICHER/Robert N. MCCAULEY**, The new US intermediate holding companies : reducing or shifting assets ? BIS Quarterly Review, mars 2018, p. 10 ss ; **Samuel MCPHILEMY/Rory VAUGHAN**, The levels of application of prudential requirements : a comparative perspective, Staff Working Paper No. 625, octobre 2016 ; **Frederick W. RICHARD**, Challenges in Group Governance : the Governance of Cross-Border Bank Subsidiaries, International Finance Corporation, 2014 ; **Margot SÈVE**, La régulation financière face à la crise, Bruylant (éd.), Groupe Larcier s.a., 2013 ; **Rochael M. SOPER**, Promoting Confidence and Stability in Financial Markets : Capitalizing on the

Downfall of Barings, *Duke Journal of Comparative & International Law* 1997, p. 651 ;
Toronto Centre, Group-Wide Consolidated Supervision in Bank and Financial Groups,
février 2016.