

25 mars 2013

Circulaire 2013/xy

Limitation des positions internes du groupe pour les banques

Rapport explicatif

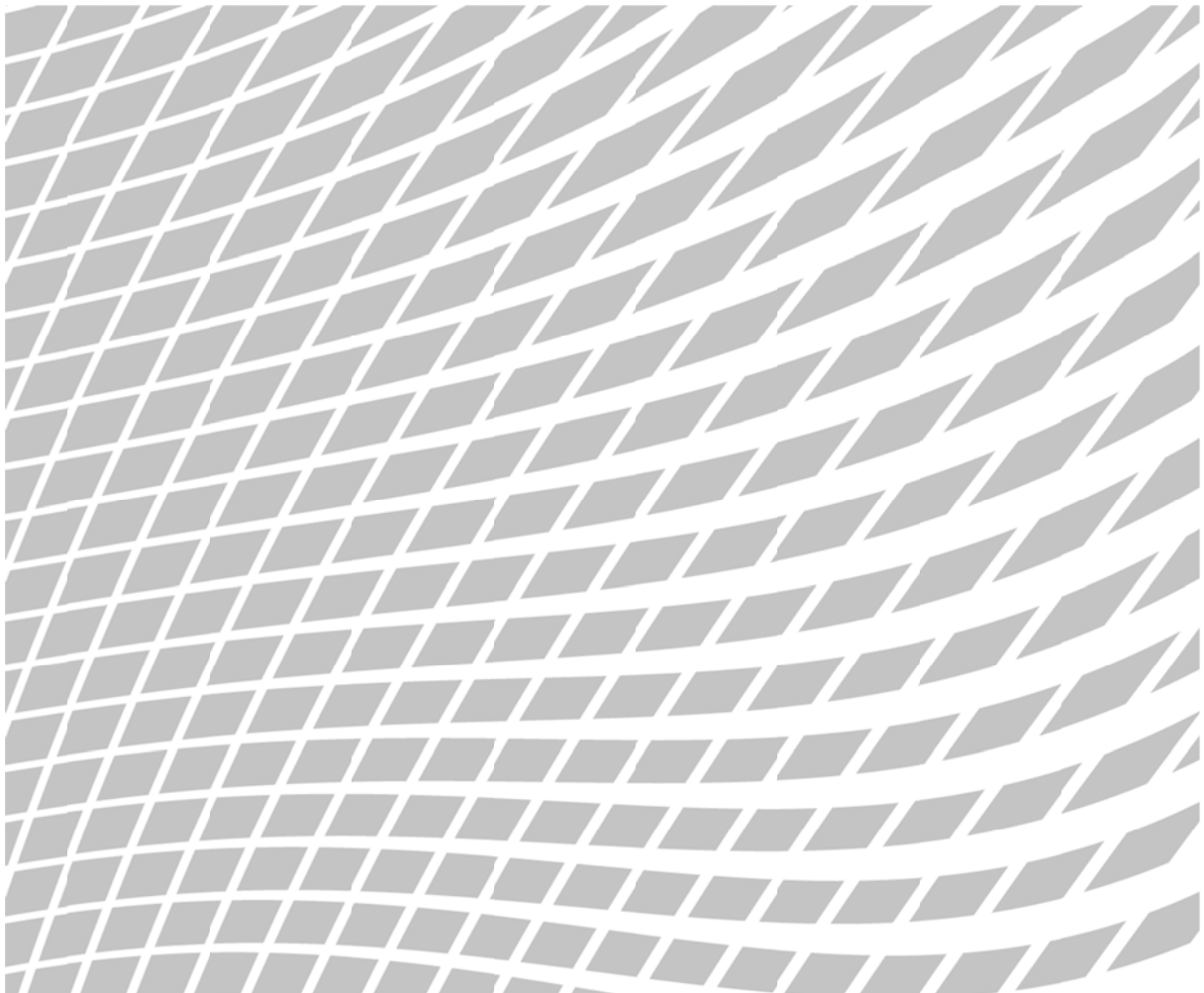


Table des matières

Eléments essentiels	3
1 Contexte.....	3
2 Destinataires et objectifs de la réglementation	5
3 Explications des dispositions	5
3.1 Objet.....	5
3.2 Champ d'application.....	5
3.3 Positions internes du groupe.....	6
3.3.1 Position globale	6
3.3.2 Positions des sociétés du groupe	6
3.3.3 Compensation	6
3.4 Limitation des positions internes du groupe.....	7
3.4.1 Contrepartie cocontractante.....	7
3.4.2 Solvabilité de la contrepartie ou du pays dont provient la contrepartie	8
3.4.3 Qualité de la surveillance consolidée.....	8
3.4.4 Disproportion entre les expositions et les fonds propres	8
3.4.4.1 Report des risques sur une partie liée	8
3.4.4.2 Expositions assimilables à un remboursement de fait des fonds propres	9
3.4.4.3 Crédits accordés à la clientèle et pour lesquels les garanties se trouvent auprès d'une société du groupe	9
4 Procédures et mesures	10
5 Conséquences	10
6 Prochaines étapes	10

Eléments essentiels

1. La circulaire vise à réduire les dépendances financières et opérationnelles au sein d'un groupe. Elle s'adresse aux entités suisses de groupes financiers internationaux sur lesquels la FINMA n'exerce pas la surveillance consolidée.
2. Son contenu porte principalement sur la limitation des créances et engagements conditionnels internes du groupe en fonction de critères qualitatifs et quantitatifs en matière de droit de la surveillance. Par exemple, la complexité de la structure du groupe, la solvabilité des autres sociétés du groupe ou la possibilité de surveiller celui-ci de manière adéquate et transparente jouent un rôle. De plus, il s'agit d'éviter toute surexposition du point de vue financier et opérationnel des entités suisses à l'égard du groupe pouvant les menacer en cas désagrégation de ce dernier.
3. Cette circulaire expose de manière transparente la pratique administrative actuelle de la FINMA et ses intérêts prudeniels en relation avec la surveillance des établissements individuels et sous-groupes suisses. Par ailleurs, un modèle de rapport est mis à disposition afin que la FINMA puisse, dans des cas isolés, obtenir des données plus précises sur les interdépendances internes du groupe.

1 Contexte

Depuis des décennies, les banques et les négociants en valeurs mobilières (ci-après les « établissements ») doivent respecter les dispositions légales sur la répartition des risques, dispositions qui définissent le risque maximal d'un établissement vis-à-vis de ses différentes contreparties. Ces dispositions visent notamment à éviter qu'un établissement ne rencontre des difficultés en cas de défaillance d'un crédit relativement important par rapport à ses fonds propres et, le cas échéant, que n'en résultent d'autres dommages. En juillet 2009, l'Union européenne (UE) a publié des prescriptions révisées concernant les grands risques et la répartition des risques. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a également intégré récemment ce sujet dans son catalogue de tâches de régulation.

En cas de surveillance bancaire appropriée du groupe et de la contrepartie, les positions internes du groupe peuvent, sous certaines conditions, être exclues des dispositions sur la répartition des risques (cf. art. 99 al. 1 de l'ordonnance sur les fonds propres [OFR]). On se limite alors aux seuls gros risques des contreparties qui n'appartiennent pas au groupe financier. Lors de la dernière révision de l'OFR, on a certes renoncé à une limitation générale des gros risques internes du groupe, mais la FINMA demeure, dans le cadre des dispositions d'exécution, habilitée à restreindre de façon appropriée l'exception générale applicable aux positions internes du groupe (cf. art. 99 al. 2 OFR et ch. 6.2 du commentaire du 20 juin 2012 de la révision totale de l'OFR par le Département fédéral des finances [DFF]¹).

¹ Consultable à l'adresse <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02596/index.html?lang=fr>.

Cette décision repose sur les motifs suivants : la crise financière a montré la fragilité du système financier. Dans de nombreux pays, l'Etat a dû intervenir pour éviter que l'effondrement d'un établissement n'en mette d'autres en péril, voire n'engendre leur insolvabilité en raison des relations de crédit entre les établissements (« créances interbancaires »). De plus, les autorités de surveillance nationales ont constaté durant la crise financière que les flux de liquidités et de capitaux internes du groupe (*intra-group exposures* et *funding flows*) ne fonctionnaient plus correctement, ce qui posait la question de la responsabilité et de la compensation transfrontières des pertes occasionnées (partage des charges au niveau international). Durant la crise des finances publiques des Etats européens, cet enseignement a été mis en évidence par les tests de résistance organisés, qui reposaient principalement sur la faiblesse financière des pays PIIGS².

Il faut souligner la situation particulière de la Suisse en tant que place internationale significative pour la gestion de fortune. Les activités bancaires suisses ont tendance à attirer les dépôts, de sorte que le volume des passifs domine dans le pays et se renforce en périodes de crise. Souvent, les valeurs patrimoniales générées peuvent être investies plus rentablement à l'étranger, à savoir en Europe et hors d'Europe, d'où une exposition nette des banques suisses et, en particulier, des filiales suisses de groupes bancaires internationaux vis-à-vis de la maison-mère ou d'autres sociétés du groupe à l'étranger. L'obligation introduite en 2008 de garantir les dépôts privilégiés à hauteur de 125 % avec des créances couvertes en Suisse ou d'autres actifs situés en Suisse tient compte de cette situation (art. 37a al. 6 de la loi sur les banques [LB]).

Dans plusieurs juridictions (*U.S. Dodd Frank Act 2010*, recommandations de la *UK Independent Commission on Banking 2011* et au sein des pratiques de surveillance individuelles des pays précités comme d'autres pays de l'UE principalement), la surveillance prudentielle porte plutôt sur les risques de chaque établissement et des groupes nationaux dans le domaine de compétence local des autorités de surveillance nationales. Par conséquent et en sus du suivi individuel des établissements en matière de fonds propres qui s'applique depuis toujours parallèlement au suivi sur base consolidée (cf. art. 4 al. 1 LB), la limitation des gros risques dans les relations internes du groupe fait nouvellement l'objet d'un suivi plus étroit.

Il faut noter à cet égard que la FINMA fait face à un manque d'informations, de contrôle et d'accès principalement en relation avec les groupes étrangers et les maisons-mères étrangères des entités suisses. L'ampleur des problèmes découlant d'un *upstream funding* et d'un flux de liquidités est certes similaire pour les groupes helvétiques, mais la FINMA exerce une surveillance consolidée sur ceux-ci. En cas de faillite, elle peut prendre la direction des opérations et influencer plus rapidement et plus directement que lorsque la maison-mère a son siège à l'étranger. C'est pourquoi la circulaire s'adresse aux seules filiales de groupes financiers internationaux, tandis que la réglementation des groupes suisses continuera d'être réalisée dans le cadre de leur surveillance locale.

² Portugal, Irlande, Italie, Grèce et Espagne.

2 Destinataires et objectifs de la réglementation

La présente réglementation concerne les banques suisses et les négociants en valeurs mobilières de groupes financiers étrangers ou les conglomérats financiers étrangers à dominance bancaire sur lesquels la FINMA n'exerce pas la surveillance consolidée. Les succursales d'entités étrangères n'y sont pas soumises. L'Association des banques étrangères en Suisse et les banques importantes affectées par la circulaire ont pu au préalable faire part de différentes façons de leur point de vue sur celle-ci dans le cadre d'un groupe de travail national.

La circulaire a pour objectif de réduire les risques découlant des interdépendances internes du groupe pour les entités suisses. Pour ce faire, la FINMA s'appuie sur les pouvoirs que lui confèrent les art. 99 al. 2 et 112 al. 2 OFR.

Enfin, les obligations d'annonce progressives doivent permettre à la surveillance de mieux comprendre la répartition des risques au sein du groupe et, en cas d'assainissement, le besoin de dissociation. La mise en évidence des positions internes du groupe assure une transparence accrue non seulement pour la FINMA, mais également pour la direction de la banque, transparence qui va au-delà des exigences réglementaires existantes jusqu'à ce jour (art. 100 al. 5 et 102 OFR).

3 Explications des dispositions

3.1 Objet

Sur la base de l'art. 99 al. 2 et de l'art. 112 al. 2 let. d ORF, cette circulaire précise la pratique de la FINMA concernant les positions internes du groupe et propose, en guise d'exemples, des mesures visant à limiter de telles positions en recensant les critères qualitatifs et quantitatifs essentiels sur lesquels elle se fonde pour restreindre ce type d'exposition. Elle présente ainsi de manière transparente la pratique administrative existante.

3.2 Champ d'application

La présente réglementation concerne les banques suisses et les négociants en valeurs mobilières faisant partie d'un groupe financier étranger ou d'un conglomérat financiers étranger à dominance bancaire. Comme la FINMA n'exerce pas la surveillance consolidée sur ces derniers, il existe un manque d'informations, de contrôle et d'accès en relation avec les maisons-mères étrangères et les autres sociétés du groupe à l'étranger, contrairement aux groupes financiers suisses. Les succursales et les représentations d'entités étrangères ne sont pas soumises à cette réglementation. Comme il ne s'agit pas d'entités juridiques autonomes, il n'existe aucune position interne du groupe d'un point de vue légal. S'applique en l'espèce l'ordonnance de la FINMA sur les banques étrangères (OBE-FINMA), selon laquelle la constitution de sûretés peut être exigée (cf. art. 7 OBE-FINMA).

Les positions internes du groupe visées par cette circulaire doivent être comprises au sens large selon l'art. 99 al. 1 OFR. Il s'agit des positions se rapportant à des sociétés du groupe domiciliées à l'étranger qui impliquent d'une manière ou d'une autre un risque de crédit pour l'établissement ou pour le sous-groupe suisse. En plus des positions du bilan et hors bilan, la circulaire englobe explicitement les positions d'une importance économique similaire. Elle cite, par exemple, l'obtention de garanties d'entités liées couvrant des positions détenues envers des tiers ou la conservation par des entités liées de gages couvrant des positions de l'établissement.

3.3 Positions internes du groupe

3.3.1 Position globale

La somme des positions internes du groupe est calculée selon les prescriptions de l'art. 113 OFR. Durant la période transitoire définie à l'art. 138 OFR, les calculs peuvent encore être partiellement effectués selon l'ancien droit, c'est-à-dire selon l'approche dite « standard suisse ». En revanche, il est impératif d'utiliser la nouvelle pondération pour les expositions sur les banques découlant de l'art. 138 al. 2 OFR. Les placements exécutés à titre fiduciaire pour le compte de la clientèle sont exclus du calcul de la position globale dans la mesure où il n'y a pas de report de risque sur l'établissement dépositaire. Il convient de noter que les exceptions énoncées à l'art. 114 OFR s'appliquent à condition que les sûretés citées aux let. e et f soient détenues par l'établissement individuel concerné (« la banque ») et non par d'autres sociétés du groupe.

3.3.2 Positions des sociétés du groupe

Les positions internes du groupe détenues par un établissement équivalent toujours à la somme des positions envers toutes les autres sociétés du groupe en tant que groupe de contreparties liées selon l'art. 111 OFR. Les obligations d'annonce correspondantes en vertu de l'art. 102 OFR servent également à évaluer l'adéquation des différentes mesures de limitation.

3.3.3 Compensation

Les explications relatives à la compensation reflètent la pratique administrative concernant l'art. 61 al. 1 let. a OFR en relation avec l'art. 117 OFR. Plusieurs cas ont montré que les législations étrangères n'autoriseraient pas en soi une échéance et une possibilité de compensation en cas d'insolvabilité, de sorte que des accords de compensation explicites sont nécessaires au cas par cas pour pouvoir restreindre le risque économique aux positions nettes. Or même en cas d'accords contractuels correspondants, certaines autorités de surveillance étrangères, lorsqu'elles en ont la compétence, peuvent déclarer une compensation sans effet, en particulier envers la maison-mère. Il est dès lors crucial pour la FINMA que la société d'audit confirme la validité juridique et l'applicabilité des accords de compensation en relation avec les positions internes du groupe (cf. art. 61 al. 2 OFR).

3.4 Limitation des positions internes du groupe

3.4.1 Contrepartie cocontractante

La circulaire met en lumière un problème courant des structures organisationnelles existant au sein des groupes bancaires internationaux : les secteurs d'activité présentent souvent une couverture différente des entités juridiques, tant au niveau local qu'en termes opérationnels. L'organisation reflète plutôt les exigences fiscales et réglementaires. De nombreux placements fiduciaires sont exécutés par d'autres sociétés du groupe ou par leur intermédiaire. En outre, l'impôt anticipé suisse sur les paiements de coupons incite à placer ses excédents de liquidités auprès des sociétés du groupe à l'étranger. Il faut dès lors concilier les intérêts justifiés d'une efficacité accrue pour l'activité bancaire et les intérêts prudentiels concernant la clarté des interdépendances au sein du groupe ainsi que le nombre, le type, le lieu et l'identité des contreparties des positions de risque internes du groupe.

Sur le plan international, le Conseil de stabilité financière recommande que les législateurs nationaux aient la compétence d'exiger des adaptations organisationnelles et structurelles des groupes financiers.³ La FINMA peut d'ores et déjà, dans des cas isolés, émettre des prescriptions quant à des structures de groupe spécifiques pour autant que – sous réserve d'initiatives futures – celles-ci ne soient pas envisagées de manière générale pour, par exemple, limiter les secteurs d'activité des succursales des entités juridiques étrangères dans le pays ou demander le regroupement des entités juridiques existant en Suisse au sein d'un holding intermédiaire, comme le propose notamment le système de la Réserve fédérale américaine dans ce dernier cas.⁴ Reste à savoir si les entités suisses d'une banque étrangère ou le législateur suisse pourront influencer sur l'organisation et sur la structure financière de toute la banque.

Dans tous les cas, il faut s'assurer que la complexité des relations intragroupes reste dans des limites raisonnables et que la FINMA puisse apprécier pleinement les risques découlant de ces relations. De plus, il faut faciliter à celle-ci le remboursement des créances en cas d'une éventuelle défaillance du groupe, lorsque l'établissement ou le sous-groupe suisse font partie du cercle de consolidation. On évitera dès lors un financement interne du groupe qui soit horizontal ou diagonal, ainsi que les financements cumulés d'une pléiade de sociétés du groupe. Il convient à cet égard de prendre en compte la position d'une entité juridique suisse envers la succursale suisse d'une société du groupe à l'étranger. Si cet intérêt réglementaire n'est pas considéré de manière adéquate, la FINMA limitera en conséquence le lieu, le type et le nombre de contreparties ou exigera une sûreté dans le cadre de l'évaluation globale des risques des différentes positions internes du groupe. Cette décision n'est cependant pas liée à une exigence structurelle implicite selon laquelle la limite de 100 % ou de 25 % de l'OFR doit s'appliquer aux positions envers d'autres sociétés du groupe.

³ *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, octobre 2011, Cm 10.5 : « To improve a firm's resolvability, supervisory authorities or resolution authorities should have powers to require, where necessary, the adoption of appropriate measures, such as changes to a firm's business practices, structure or organization, to reduce the complexity and costliness of resolution, duly taking into account the effect on the soundness and stability of ongoing business. »

⁴ U.S. Federal Register, vol. 77, n° 249, 28.12.2012 ; p. 76627 ; 12 CFR Part 252 *Enhanced Prudential Standards and Early Remediation Requirements for Foreign Banking Organizations and Foreign Nonbank Financial Companies, Proposed Rule, Subpart K – Intermediate Holding Company Requirement for Covered Foreign Banking Organizations*, basé sur la section 167 du Dodd-Frank Act (12 U.S.C. 5367).

3.4.2 Solvabilité de la contrepartie ou du pays dont provient la contrepartie

La solvabilité de la contrepartie constitue un critère principal motivant la limitation des positions internes du groupe. Les indicateurs utilisés par la FINMA en la matière revêtent dès lors une grande importance. La FINMA ne s'appuiera pas sur un seul critère, mais sur différentes informations objectives et sur des évaluations externes afin d'obtenir une vue d'ensemble de qualité. Les aspects considérés englobent les données essentielles de la contrepartie, la confiance du marché dans l'entité concernée, la situation financière du pays dont provient la société et le risque des portefeuilles de négoce et d'investissement de la contrepartie. L'appréciation des autorités de surveillance étrangères (par ex. lors de tests de résistance) joue également un rôle important. Les indicateurs mentionnés dans la circulaire constituent dès lors des exemples non exhaustifs. La notation de la contrepartie de l'établissement est déterminée d'après les agences de notation, ce qui ne libère toutefois pas la surveillance d'effectuer ses propres analyses ou enquêtes auprès de l'autorité de surveillance du pays d'origine en cas de doute sur l'exactitude de la notation. La confiance du marché nécessaire à un refinancement ou à une éventuelle recapitalisation est indiquée par les données du marché concernant, par exemple, les emprunts émis, les swaps de défaillance (*credit default swaps*) ou le cours de l'action de la contrepartie, de la maison-mère ou du groupe. De plus, les développements politiques et la notation du pays d'origine du groupe ou des Etats où celui-ci a des engagements importants sont capitaux. En cas de doute sur la solvabilité de la contrepartie, la FINMA doit, en vertu de son mandat légal, limiter ou interdire les relations intragroupes.

3.4.3 Qualité de la surveillance consolidée

Il est souvent difficile d'évaluer la qualité de la surveillance consolidée, qui repose également sur des aspects politiques. Jusqu'à ce jour, cette appréciation se basait principalement sur une auto-évaluation des banques et incombait aux sociétés d'audit. Le présent système est discrétionnaire. A cet égard, il faut non seulement observer la capacité de la surveillance à évaluer, délimiter et maîtriser les risques, mais également dans quelle mesure la surveillance consolidée et détaillée du groupe est suffisante et adéquate en cas de crise pour concilier les intérêts des autorités de surveillance de toutes les juridictions et la conservation de leur mandat légal. Par conséquent, aucune liste de pays présentant une surveillance insuffisante ne sera établie ou publiée. Cet aspect sera plutôt abordé lors des interactions individuelles avec les établissements assujettis.

3.4.4 Disproportion entre les expositions et les fonds propres

3.4.4.1 Report des risques sur une partie liée

Les risques externes sont complétés, mais pas compensés, par les risques envers les autres sociétés du groupe. Si les garanties de ces sociétés et les autres créances conditionnelles envers elles ne protègent pas contre une insolvabilité, on peut s'interroger sur la reconnaissance de ces mesures comme mesures visant à atténuer le risque en vertu des art. 117 et 61 OFR. De plus, il faut se demander dans quelle mesure les établissements individuels suisses peuvent et doivent exécuter des opérations dont le volume dépasse leur propre capacité financière et opérationnelle et leur propre capacité à gérer le risque et qu'ils ne peuvent maîtriser qu'avec l'aide de leur maison-mère étrangère ou d'autres sociétés du groupe à l'étranger. En tout cas, il faut remettre en question l'instrumentalisa-

tion de l'entité suisse pour des opérations attribuées à la maison-mère sur le plan économique et la couverture uniquement apparente des risques connexes par celle-ci. Pour assurer l'adéquation d'une activité commerciale réglementaire, la FINMA peut limiter ou interdire les positions internes du groupe résultant du report des risques si celles-ci sont disproportionnées par rapport aux fonds propres de l'entité du groupe concernée. Il faut supposer un déséquilibre quand l'ensemble des risques devant être reportés sur les sociétés du groupe dépasse les CET1⁵ pouvant être pris en compte pour l'établissement. Bien entendu, des mesures visant à réduire le risque peuvent être retenues s'il n'en résulte aucune position de risque sur d'autres sociétés du groupe.

3.4.4.2 Expositions assimilables à un remboursement de fait des fonds propres

Dans certains cas, l'entité suisse du groupe peut accorder un prêt à la maison-mère, à une société affiliée ou à d'autres sociétés du groupe à l'étranger, qui, en fonction de ses conditions (échéance à long terme, postposition ou non-postposition fictive), se traduit sur le plan économique par un transfert de fonds propres. Pour garantir la constance de la dotation en fonds propres requise au niveau réglementaire et disponible en cas de crise de l'entité suisse, la FINMA peut limiter ou interdire ces positions si elles dépassent les fonds propres librement disponibles⁶. Cette approche se réfère principalement à la capitalisation et non aux liquidités. La détention et la gestion efficaces des liquidités dans le cadre de la trésorerie centrale auprès de la maison-mère ou d'autres sociétés du groupe ne doivent en principe pas être restreintes, à l'exception des échéances excédant une année qui feront l'objet d'une observation toute particulière. Ce faisant, il est évident que la détention centralisée de liquidités peut également comporter des positions internes du groupe de plus d'une année dans certains cas.

3.4.4.3 Crédits accordés à la clientèle et pour lesquels les garanties se trouvent auprès d'une société du groupe

Le problème déjà mentionné de l'interdépendance et de la complexité accrues au sein d'un groupe se reflète également au niveau des garanties. Conformément au principe juridique de l'art. 114 al. 1 let. e et f de la nouvelle OFR (« nantissement, ou une autre forme de sûreté de qualité au moins équivalente, de dépôts de fonds auprès de la banque »), la sûreté doit être remise à la banque qui supporte le risque lié au prêt externe. Toutefois, certains cas ont révélé que les sûretés avaient été confiées à d'autres entités juridiques, par exemple à un négociant en valeurs mobilières étranger non réglementé selon les normes bancaires, qui, de son côté, avait émis une garantie en faveur de l'entité suisse. Or cette relation triangulaire ou impliquant plusieurs personnes ne permettrait guère plus à l'entité suisse d'accéder aux sûretés en cas de crise de la banque. D'après les renseignements fournis par différentes banques, même celles-ci estiment que cela constitue une exception aux directives internes (*exception to policy*). Dès lors, la FINMA se réserve le droit d'exiger le transfert auprès de l'établissement ou du sous-groupe suisse de tout ou partie des valeurs nanties, afin que le prêt puisse être considéré comme garanti au sens de l'art. 61 OFR. En revanche, si les positions ne sont ni nanties auprès de la banque elle-même, ni garanties à un niveau au moins équivalent, ni couvertes par des titres de créance émis par la banque elle-même, voire nantis ou déposés chez elle, la FINMA peut ne recon-

⁵ Cela doit être compris comme le CET1 net après les corrections mentionnées aux art. 31-40 OFR.

⁶ Fonds propres pris en compte ./ fonds propres nécessaires (art. 41 OFR) ./ fonds propres destinés à couvrir les gros risques [montant excédant les 25% (art. 97 OFR) respectivement les 100% des fonds propres pris en compte ou les 250 millions de francs suisses (art. 116 OFR)].

naître que partiellement l'atténuation du risque de crédit par garanties ou autres sûretés, voire ne pas la reconnaître du tout.

4 Procédures et mesures

La circulaire ne porte pas sur les questions de procédure. Il est cependant précisé que la FINMA demande toutes les informations détaillées nécessaires à une évaluation globale des positions internes du groupe (cf. à ce sujet le formulaire destiné aux annonces détaillées) lorsqu'elle débute un examen.

Les mesures éventuelles peuvent aller de l'obligation d'établir un rapport détaillé en relation ou non avec la fixation de limites impératives jusqu'à l'interdiction de certaines relations intragroupes. Si l'établissement ne donne pas suite à un ordre de la FINMA, celle-ci confirme ses attentes dans une décision.

5 Conséquences

La présente circulaire ne devrait pas entraîner de modifications matérielles importantes pour les établissements concernés. Elle vise plutôt à présenter de manière transparente la pratique prudentielle existante, qui reposait jusqu'à présent notamment sur l'art. 103 de l'ancienne OFR dans certains cas.

Enfin, les obligations d'annonce progressives doivent permettre à la surveillance de mieux comprendre la répartition des risques au sein du groupe et, en cas d'assainissement, le besoin de dissociation. Des dispositions similaires existent déjà depuis longtemps pour les transactions internes des entreprises d'assurance, conformément à l'art. 193 s. de l'ordonnance sur la surveillance (OS).

6 Prochaines étapes

L'entrée en vigueur est prévue le 1^{er} juillet 2013, à l'issue de l'audition.