

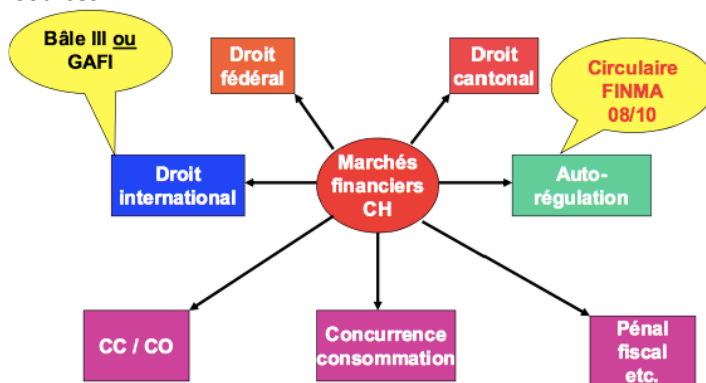
# I. Notion de banque ; Régime d'autorisation bancaire

## A. Introduction générale

### i. Objet du cours

- Intermédiaires financiers
  - Banques (LB ; OB)
  - Négociants en valeurs mobilières (LBVM ; OBVM)
  - Placements collectifs (LPCC ; OPCC)
  - Lutte contre le blanchiment (LBA ; OBA)
- Entraide administrative internationale (LFINMA 42ss)
- Secret bancaire (LB 47) traité dans le cadre du cours de droit bancaire et financier

### ii. Sources



Très peu de droit cantonal (le Tessin est un des seuls cantons qui en a encore). Autorégulation : lorsqu'on parle d'autorégulation, il faut avoir un réflexe, c'est penser à la circulaire FINMA 08/10 est fondamentale.

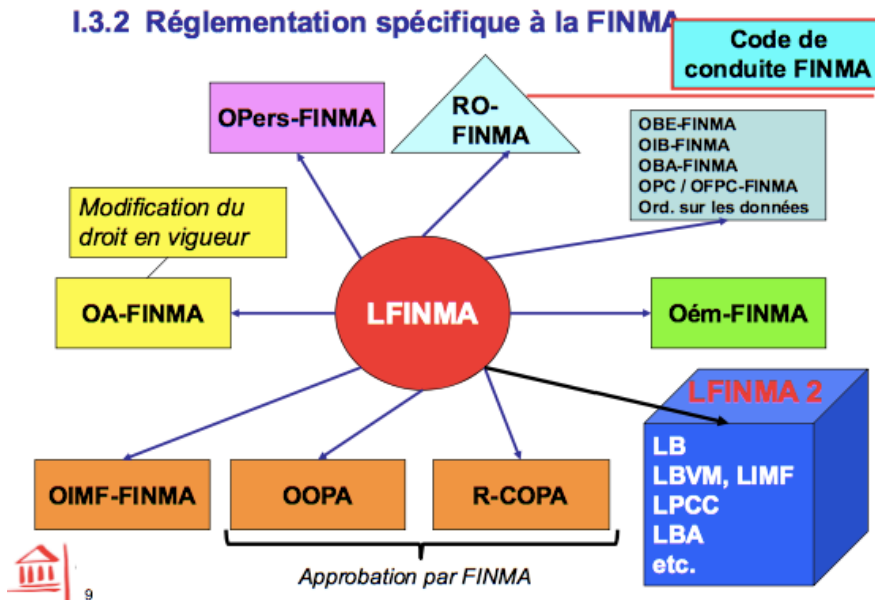
La page de la circulaire FINMA 08/10 est présentée. Le titre principal est 'AUTOREGULATION'. Le contenu principal est : 'Circulaire 2008/10 Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux'. Le logo de FINMA est visible en haut à droite. En bas, un encadré rouge contient les informations de référence : 'Référence : Circ.-FINMA 08/10 « Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux »', 'Date : 20 novembre 2008', 'Entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 2009', et 'Dernière modification : 1<sup>er</sup> janvier 2016 [les modifications sont signalées par \* et figurent à la fin du document]'. Une icône de banque est visible en bas à gauche.

Dernière modif : 1<sup>er</sup> janvier 2016. L'autorégulation c'est comme l'autoréglementation, pas de distinction à faire, mais on va au delà des textes émis par les organismes de droit privé, car on a souvent une fonction de surveillance (exemple de ce type d'organisme de droit privé : association suisse des banquiers (ASP), constituée en réalité de banques, qui a rédigé la Convention de Diligence des Banques, cf. BF 2015). Normes techniques : e-banking, etc.

Quid si quelqu'un n'a pas respecté la Convention de Diligence des Banques ? On peut ouvrir une enquête et condamner la banque ayant eu un comportement fautif à payer typiquement une peine conventionnelle (versée au CICR ou autre).

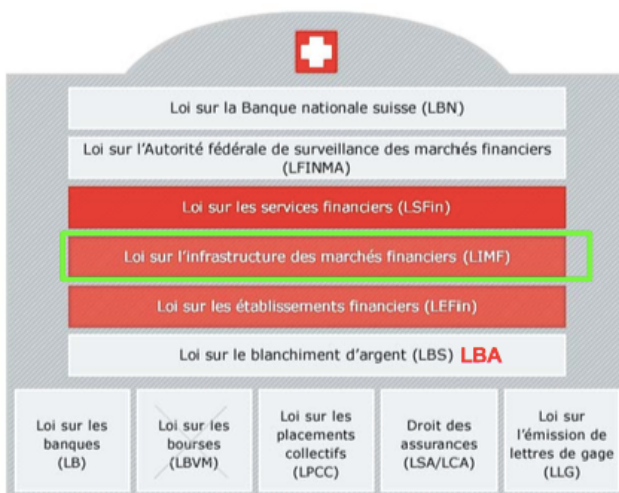
Cf. B 08 10 dans le BF 2015. Si on est un intermédiaire financier et qu'on viole une norme émise par un organisme de droit privé, on viole aussi notre garantie d'une activité irréprochable, ce qui peut entraîner un certain nombre de conséquences. C'est la raison pour laquelle cette circulaire 2008/10 est très importante.

- Réglementation spécifique à la FINMA :



On a une série de normes émises par la FINMA elle-même sur la base de la LFINMA (Loi sur la surveillance des marchés financiers). Oém-FINMA, ordonnance fondamentale, est l'ordonnance sur les émoluments facturées par la FINMA ce qui provoque des sueurs froides chez les assujettis (banques etc) avec un tarif horaire. Cela fait partie de son mode de financement, en plus des émoluments prélevés chaque année.

Article très important : art. 2 LFINMA. Il pose un principe véritablement fondamental : la LFINMA est une loi générale et lorsque des règles différentes sont prévues dans des lois spéciales, toutes mentionnées à l'art. 2 LFINMA, alors les lois spéciales priment la loi générale. Autre lois : ordonnance sur le personnel de la FINMA (OPers-FINMA), ordonnance sur l'audit (OA-FINMA), une nouvelle ordonnance concernant l'infrastructure du marché financier (OIMF-FINMA), offres publiques d'acquisition (OOPA et R-COPA approuvés par la FINMA mais émis par un autre organisme, qui est l'organisme des EPA).

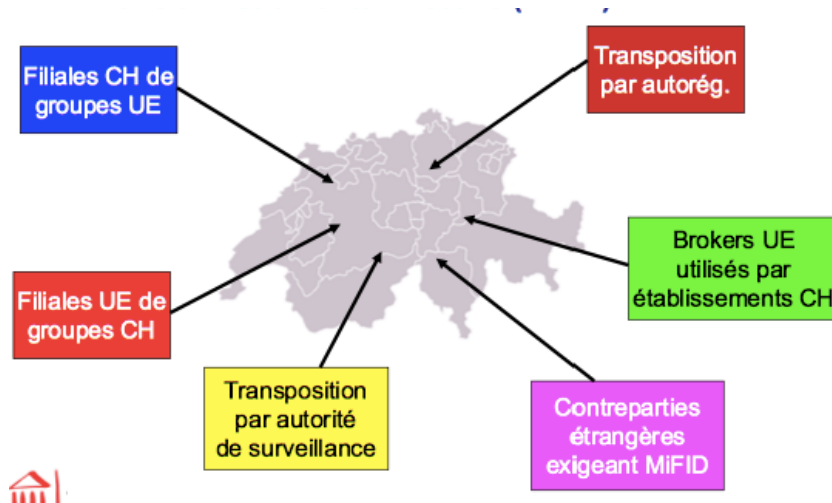


Finanzmarktarchitektur: Es wird munter gebaut – insight 2014/2

La LIMF vient d'entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, modifiant la loi sur les banques, la loi sur les bourses, etc. La LSFin et la LEFin sont en cours de discussion actuellement. Pour l'instant on ne va s'intéresser qu'à la LIMF.

Elle va à terme remplacer la Loi sur les bourses (LBVM) qui va disparaître du système législatif suisse. Une loi qui va continuer d'exister c'est, sans compter la LBN, la loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

- Influence du droit UE : en particulier *Markets in Financial Instruments Directive (MiFID)*



La Suisse n'est pas membre de l'UE mais on a un certain nombre de principes dont celui de l'euro-compatibilité. C'est le fait que la législation suisse est similaire au droit européen. Dans le domaine bancaire et financier on a une compatibilité très marquée, on ne reprend pas le droit européen mais on l'adapte (raison pour laquelle on parle de compatibilité plutôt que de conformité). Deux objectifs : a) préparer la Suisse pour éventuellement devenir un jour membre de l'UE ; b) compétitivité de la Suisse, pour que nos banques, nos négociants, nos distributeurs, etc puissent intervenir au niveau européen, on a un intérêt à avoir un droit qui est eurocompatible. Le droit européen intervient aussi au niveau suisse par une série d'autres phénomènes :

- Transposition par l'autorégulation : ces organismes de droit privé mentionnés ci-dessus vont reprendre dans leur texte des normes de droit européen et donc les intégrer par ce biais-là dans le droit suisse.
- Brokers UE (= courtiers en valeurs mobilières) utilisés par des établissements basés en Suisse mais qui exigent de leurs clients suisses d'être conformes au droit européen.
- Contreparties étrangères exigeant MiFID. Lorsqu'une société suisse est partie à un contrat avec une société européenne en matière de placements collectifs de capitaux, la société EU va exiger de la société CH d'être conforme au droit européen.
- Transposition par l'autorité de surveillance : la FINMA elle-même s'inspire assez souvent de ce qui se fait au niveau européen.
- Filiales européennes de groupes suisses, on importe des règles qui viennent de l'étranger et la même chose dans le sens inverse. Les banques étrangères en Suisse vont avoir une réglementation aussi analogue que possible ne serait-ce que pour des questions d'organisation et de contrôle. Influence très forte du droit européen.

Directive 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers : refonte.

Statistiques vs Droit : snb.ch (site de la banque nationale suisse). Ce sont des notions uniquement statistiques et qui n'ont pas nécessairement une portée juridique. Par exemple sous le chiffre 2 on a les « grandes banques », qui ne font pas l'objet d'une définition particulière du droit, elles existent en tant que tel et sont soumises à un même régime que les autres. Il n'y en a que 2 en Suisse : l'UBS et le Crédit Suisse.

Quel est l'aspect de régulation qui a été appliqué suite à l'affaire UBS (2008-2009) ? Le *Too Big Too Fail* avec un régime juridique particulier. Par ce biais-là, les statistiques rejoignent le droit.

Sous le chiffre 4 on a la banque Raiffeisen, qui fait partie des ces banques à caractère systémique : si elles venaient à faire faillite, on aurait un impact important sur l'économie. Dans le monde entier, on aurait une

centaine de telles banques. Il s'agit de statistiques fédérales faites par des statisticiens qui ne sont pas de langue française : on voit que les banques Raiffeisen sont au pluriel mais il n'y en a qu'une dans la ligne. Erreur ? Non, réalité économique, il y en a 800 environ qui sont indépendantes entre elles, mais rassemblées dans une grande coopérative qui leur permet de gérer un certain nombre de prestations communes et de répartir les risques de ce point de vue là.

## B. Notion de banque

### i. Définition

Définition positive		Définition négative (LB 1 III et V)
<b>Cas ordinaire</b> (OB 2 lit. a) •solicitation ou acceptation de dépôts (OB 5) •appel au public •à titre prof. (OB 6) •financement d'un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises (OB 4)	<b>Cas spécial</b> (OB 2 lit. b) •Refinancement auprès de plusieurs banques (« sans lien ») •en vue du financement <u>pour leur propre compte</u> •d'un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises	•agents de change •maisons de bourse •gérants de fortune •notaires •« autres agents d'affaires » •BNS, centrales d'émission de lettres de gage

Positivement, on définit clairement ce qu'est une banque en termes d'activité. Négativement, on exclut du champ d'application ceux qui possèdent les qualités susmentionnées. On ne trouvera aucune définition positive de la banque dans la loi sur les banques. Pour cela il faut aller dans l'OB (Ordonnance sur les banques) qui à son art. 2 contient la définition ci-dessus, nous donnant véritablement le sens du mot banque. Attention : l'OB a été modifiée avec une entrée en vigueur en 2015 et on a l'ancienne circulaire datant de 2008, lorsqu'elle fait référence à des banques, elle renvoie au fait aux textes anciens. C'est valable pour toutes les circulaires/textes antérieurs à 2015. On a typiquement l'art. 2a qui est cité mais il n'existe plus, c'est l'art. 2 OB. L'ordonnance propose à la fois le cas habituel de ce qu'on entend par banque (art. 2 let. a) et un cas spécial (art. 2 let. b).

Pour les cas ordinaires, 95% des cas tombent sous le coup de la let. a, cas qu'on peut décomposer en 4 éléments. L'activité d'une banque c'est de solliciter ou d'accepter des dépôts, en faisant un appel au public (public définit de manière relativement large), à titre professionnel (art. 6 OB) en vue de financer un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises. Au niveau d'un bilan, le dépôt pour nous c'est un actif, pour la banque c'est un passif (nous sommes les créanciers de la banque). Le financement d'un nombre indéterminé de personnes et d'entreprises, ce serait un actif pour la banque (ses débiteurs à elle). A titre professionnel ? Minimum 20 personnes. Appel au public ? Premièrement, fait par la publicité. Pas nécessairement des flyers ou des journaux mais simplement fait sur Internet, etc. Deuxièmement, on a l'art. 5 al.2 OB (?) qui dit que toute une série de personnes ou d'entreprises ne font pas partie du public ! Si on s'adresse qu'à ce « public » là, on échappe à la définition (ex de ceux qui ne font pas partie du public: banques suisses ou étrangères faisant l'objet d'une surveillance de l'Etat, idem pour les entreprises qui font l'objet d'une surveillance, comme les négociants, institutions de prévoyance, etc). Les quatre conditions précitées sont cumulatives pour tomber sous le concept de banque.

Pour les cas spéciaux, les personnes qui vont faire des dépôts, qui vont leur prêter de l'argent, qu'on va retrouver au passif de la banque en question, ce sont d'autres banques. Pour qu'on tombe sous cette notion, il faut au moins 5 banques et au moins 500 millions. Il n'y a aucune base légale, cela ressort de la pratique. Cela représente essentiellement des entreprises qui s'intéressent au crédit à la consommation ou au domaine du

leasing. Question : est-ce que Maserati Finance SA serait une banque au sens de l'art. 2 let. b OB ? Non, même si elle a 600 millions, il n'y a pas les 5 banques requises par la pratique.

La loi offre, en plus de tout cela, une *définition négative* qui permet d'exclure un certain nombre de personnes avec des activités bancaires : agents de change, maisons de bourse (= négociants en valeur mobilière), gérants de fortune, notaires, « autres agents d'affaires » (question d'interprétation, p.ex des personnes qui s'appellent agents d'affaires pour faire du recouvrement de créances pour un client), BNS (banque nationale suisse), centrales d'émission de lettres de gage (font l'objet d'une réglementation spéciale). Attention : ce n'est pas parce que ce ne sont pas des banques que ces intermédiaires financiers ne sont soumis à aucune réglementation. Typiquement les agents de change sont soumis à la loi sur la lutte contre le blanchiment d'argent.

## ii. Banquiers privés

- Notion :
  - Forme juridique (LB 1 I), à distinguer de « banque privée » ou « *private banking* ». On trouve la définition avec une référence à la forme (raison individuelle ou société de personnes). La notion de banquier privée est donnée dans la loi sur les banques (contrairement à une pure définition de banque). Dans l'art. 1 al.1 LB, on définit la notion de banquier privée d'une part par le fait qu'ils ont une activité liée à la gestion de fortune et d'autre part à la forme juridique (soit ce sont des raisons individuelles, ce qui est très rare, ou alors des sociétés de personnes comme des SNC (en nom collectif) ou des SC (en commandite). Exemple : Picet et Lombard Odier étaient des banques privées mais ne le sont plus aujourd'hui. En outre, le fait d'être une banque privée n'est pas la même chose que d'être un banquier privé ! Ce qui est important ici c'est de se rappeler les éléments en termes de statut réglementaire (cf. ci-dessous).
  - Activités : gérants de fortune et négociants en valeurs mobilières ne faisant pas appel au public (OB 32 IV)
- Statut réglementaire particulier :
  - Importance du contrat de société ou du règlement interne (OB 14 ; ég. Organisation particulière reconnue selon Circulaire FINAM 08/24, Cm 5). C'est vraiment significatif et va être approuvé par la FINMA au moment de l'autorisation. Élément important. Les banquiers privés peuvent se retrouver (contrairement à ce qui se passe dans une banque ordinaire) à la fois à la direction opérationnelle (typiquement en tant qu'associé, étant responsable du quotidien) et également avoir un rôle dans l'équivalent du Conseil d'administration d'une banque traditionnelle (donc avoir un impact sur la surveillance, de la stratégie etc de la banque) : ceci est impossible dans une banque ordinaire. Pourquoi permet-on cette organisation particulière ? Parce qu'ils ont une responsabilité illimitée et répondent entièrement sur leurs propres biens des activités de la banque et des erreurs causées (1<sup>ère</sup> raison). C'est donc normal qu'ils aient tous les leviers de commande de la banque en question. L'activité des banquiers privés est véritablement centrée sur la gestion de fortune, elle est circonscrite et on s'intéresse donc à quelque chose de particulier. Aucun banquier privé n'a une activité comparable à celle d'une banque universelle, c'est vraiment centré sur un type d'activité particulier (2<sup>ème</sup> raison).
  - Comptes annuels et bilan (LB 6 III, OB 32 IV) : normalement toutes les banques doivent publier les états financiers (c.à.d. leur bilan + le compte de résultats) dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce. Par contre les banquiers privés n'ont pas à publier leurs comptes, uniquement et toujours parce qu'ils sont responsables de manière illimitée.
  - Responsabilité civile selon CO (LB 38 I) : réglée par les dispositions du CO puisqu'on a une société de personnes et donc on va appliquer les règles générales sur les SNC/SC.

**Arrêt Self Finance :** Self Finance comme son nom l'indique voulait financer des tiers. En conséquence cette société là a décidé de lancer l'équivalent d'un emprunt par obligations. Si on regarde le mécanisme, dans le domaine des emprunts par obligations, comment est-ce que cela fonctionne économiquement ? C'est un

emprunt envers le public standardisé (parce qu'on va émettre des papiers valeurs, en masse et incorporant une dette). Pourquoi la CFB s'est posée la question à l'époque de se savoir si c'est une banque ou pas ? Pourquoi économiquement un emprunt par obligations peut être considéré comme une activité bancaire ? On a le financement d'un nombre indéterminé de personnes (OB 4), avec appel au public, à titre professionnel (OB 6) et avec sollicitation ou acceptation de dépôts (OB 5) (cas ordinaire de l'art. 2 let. a OB). En effet, si l'emprunt par obligations correspond en termes de prospectus, d'information, de publicité donné au public aux exigences données par la loi, alors ce n'est pas une activité bancaire et on pourrait tomber sous le coup de la LBVM ; mais pour cela l'OB exige qu'on respecte pleinement toutes les dispositions en matière d'émission de papiers-valeurs. Or, en l'espèce, Self Finance n'a pas respecté ces exigences là et en conséquence à l'époque la CFB les a considérées comme une banque et a dit qu'elle tombait sous la définition d'une banque, car aucun des aspects de la définition négative (LB 1 III et V) n'a été rempli.

**III.1 Autorisation**

- **Autorisation nécessaire et continue (LFINMA 44)**
- **Protection du terme « banque » et « banquier » (LB 1 IV)**

**« Gros risques » :**  
10% FP disponibles (OFR 95 I) / FP pris en compte (OFR 83)

<p><b>Conditions structurelles:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•LB 3 II,a</li> <li>•OB 9 ss</li> <li>•Circulaires FINMA (e.g. 08/24)</li> <li>•Guides pratiques</li> <li>•FAQs</li> </ul>	<p><b>Conditions personnelles:</b> <i>Garantie d'une activité irréprochable</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•LB 3 II,c</li> <li>•LB 3 II, c<sup>bis</sup></li> <li>•LB 3fI</li> </ul> <p>=&gt; Diapo. III.2</p>	<p><b>Exigences comptables et prudentielles:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•LB 3 II,b =&gt; OB 15 ss</li> <li>•LB 4 I =&gt; OFR + OLiQ</li> <li>•LB 7-10a =&gt; OB 60 ss</li> <li>•<b>Circulaires FINMA</b> 08/19-21, 08/23-24, 12/1, 13/1, 15/1-3,16/1</li> </ul>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

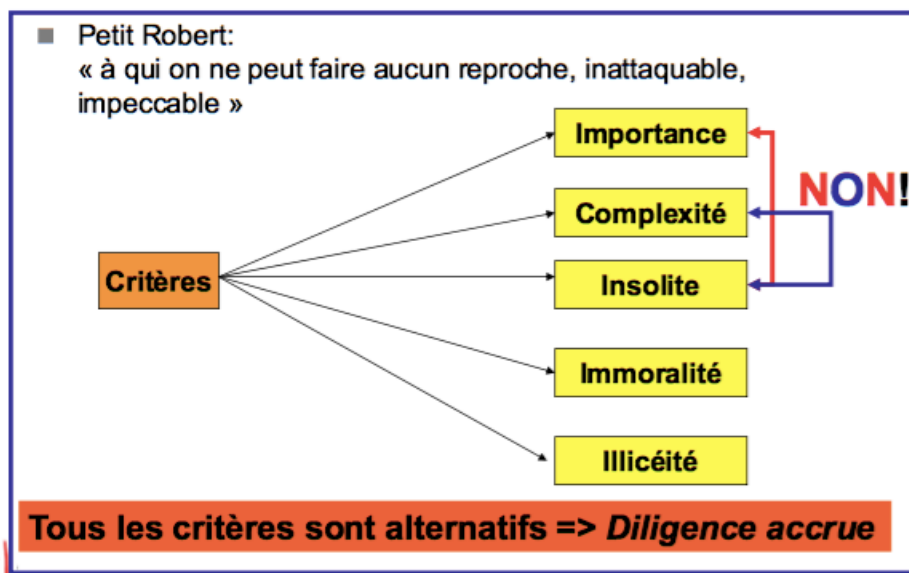
Les conditions de cette autorisation sont nécessaires et continues : elles doivent être remplies en tout temps par la banque en question pour que l'autorisation reste valable. En contrepartie, le terme de « banque » ou de « banquier » est protégé, c.à.d. seules des entreprises ayant reçu cette autorisation peuvent exercer une telle activité et utiliser le nom de « banque » ou de « banquier ». Quid en pratique ? Exemple : pub de Swisscom, le téléphone est une banque car il sert à payer. Autre exemple : banque du sang ou banque de données. Tout ceci est acceptable car il n'y a pas de messages trompeurs. Autre exemple, toléré en pratique mais intolérable selon le Prof. : association suisse des gérants de fortune avaient une publicité il y a quelques années, « services avec la sécurité d'une banque ». Le client dépose son patrimoine auprès d'une banque et donne une procuration au gérant de fortune. Donc c'était correct en termes de publicité mais ils utilisaient quand même cette notion de banque d'une manière en partie trompeuse. Mais en raison de divers accords personne n'a protesté.

Exceptions avec certaines activités qui existent : l'investment banking n'intervient pas nécessairement à travers une banque. La FINMA a une tolérance pour ce type de société mais celle-ci doit indiquer dans expressément dans sa présentation qu'elle n'est pas une banque autorisée conformément à la LB, et que le terme « investment banking » n'est là que pour désigner leur activité.

Pour recevoir cette autorisation, il faut remplir trois groupes de conditions :

- Conditions structurelles : dans l'organisation de la banque, il doit y avoir une séparation des fonctions (les activités liées à la gestion quotidienne et celles liées à la surveillance de la banque doivent être séparées). On doit aussi avoir un certain nombre de documents, en particulier des statuts/règlements internes, etc. Lire circulaire 08/24 FINMA et qui explique comment une banque doit être structurée. La structure doit être adaptée à l'activité de la banque en question. On ne va pas organiser une banque comme UBS ou Crédit Suisse de la même façon que la Caisse d'épargne de Veyrier. En conséquence il y a des besoins qui sont différents.

- Conditions personnelles : not. garantie d'une activité irréprochable. Ces conditions doivent être remplies à la fois par les membres de la direction (gestion opérationnelle) et les membres du conseil d'administration (surveillance), art. 3 II let. C LB. Mais il y a en plus l'art. 3 II let. c bis LB qui impose aux actionnaires ayant une position (relative mais importante de contrôle, c.à.d. une participation qualifiée) de remplir aussi cette garantie d'activité irréprochable : soit 10% du capital ou des droits de vote ou qui peuvent de toute autre manière exercer une influence notable sur la gestion de la banque. Comment ce contrôle pourrait s'exercer en l'espèce d'une « autre manière » ? Si par exemple il a un droit de veto sur un certain nombre de décisions même en n'ayant que 1% du capital, ou si c'est une entité ayant accordé un prêt particulièrement important et que si ce prêt était retiré la banque devrait fermer à cause d'un défaut de fonds. Enfin, art. 3f I LB exige aussi que les personnes qui sont en charges de la Holding remplissent elles aussi cette obligation d'une activité irréprochable (p.ex le cas de Zurich Financial Services qui a cette double activité en Suisse et dans le monde).
- Exigences comptables et prudentielles : Élément important qui est celui des « gros risques ». C'est une notion importante : lorsqu'on a un débiteur qui mobilise 10% des fonds propres disponibles de la banque. C'est possible mais il y a des limites qui interviennent et qu'on ne peut pas dépasser sur le cumul des gros risques. Les gros risques doivent être approuvés par le Conseil d'administration avec la situation dans laquelle on se trouve, les risques que cela présente en termes de liquidité, etc. Cf. documentation de une page qui présente les différents types de fonds propres.
- Activité irréprochable en général :



Le Petit Robert donne une définition relativement large. En anglais : « fit and proper ». Cette définition là on va la voir sous l'angle de la pratique de la FINMA et de la jurisprudence du TF : comment a-t-on appliqué cela ? Dans le cadre de la pratique, on a défini 5 critères qui devraient amener la banque et ses organes dirigeants (c.à.d. aussi bien la direction que le CA) à faire preuve d'une diligence accrue lorsqu'ils se trouvent confrontés à ce type de situation. Si ils ne font pas preuve de cette diligence accrue, on va considérer qu'ils n'ont pas rempli la garantie d'une activité irréprochable et l'autorisation va leur être retirée, même si c'est uniquement pour une des personnes en question. Ces critères sont alternatifs :

- L'importance : elle se mesure par rapport aux activités de la banque. Pour une petite caisse d'épargne, une opération sera importante si elle porte sur plusieurs dizaines de millions, mais pas pour une grande banque telle qu'UBS.
- La complexité : une opération peut être complexe parce que le montage financier est complexe. On va devoir regarder cette opération de manière plus attentive. Exemple : si on a des opérations sur des dérivées ou on nous donne des titres et des nombres impressionnants et lorsqu'on essaie de décomposer l'opération, il y a relativement peu de personnes capables de l'expliquer.

- Le critère d'insolite : une opération insolite nous amène à nous poser un certain nombre de questions, à nouveau sur le montage ou sur le recours à un différent nombre de structures. Un client vient nous voir en disant que le prêt sera conclu au nom des Iles Vierges Britanniques, la garantie sera offerte par une société Zurichoise et qu'elle sera transférée à une société à Hong Kong, qui elle va transférer à New Jersey et qui elle va ensuite le transiter sur le compte du client. Cela peut avoir un sens mais il faut tout de même se poser la question sur l'arrière-plan économique qui a amené à avoir recours à une telle structure en espèce.
- L'immoralité : on parle d'immoralité au sens classique qu'on trouve en droit comme p.ex aux art. 19 et 20 CO, à savoir un comportement contraire aux bonnes mœurs dans les affaires et à la bonne foi en affaires. C'est par le biais en partie de cette idée d'immoralité que l'on a fait entrer dans le cadre de cette réflexion les aspects liés à la violation du droit étranger, qui peut parfois être considérée comme non seulement illicite en droit concerné, mais également contraire aux bonnes mœurs en droit suisse.
- L'illicéité : illicite, donc contraire au droit (contraire à la LB, OB, etc). Mais voir également la Circulaire 2008/10 : lorsqu'on viole la convention de diligence / les règles de conduite qui y figurent, on a un comportement qui sera également considéré comme illicite.

Attention : La banque en tant qu'entreprise / en tant qu'entité doit aussi présenter la garantie d'une activité irréprochable, à chaque moment et de manière continue. Test : violation continue des règles de la LCR par un banquier, cela révèle un trait de caractère qui dit qu'il est aussi prêt à prendre des risques réguliers et fréquents dans la vie quotidienne et aussi dans la vie professionnelle. Cas jamais décidé en pratique mais bon exemple théorique.

- Surveillance : réviseurs (auditeurs) bancaires nommés par le CA. Principe : surveillance indirecte (i.e. réviseurs bancaires ≠ réviseurs SA qui eux vont rendre un rapport de conformité par rapport aux comptes de la SA). Le réviseur est la personne (société) externe qui est en charge véritablement de la surveillance de la banque. On examinera l'angle bancaire et l'angle de la société. Il s'agit d'une surveillance régulière.
  - Rares contrôles directs (i.e. par FINMA → LFINMA 24 *in initio*, surtout LB 23). Ici on parle de surveillance directe par la FINMA : elle accomplit un certain nombre de missions spécifiques (« *supervisory review* ») mais de manière sporadiques. La FINMA va effectuer parfois des contrôles en venant sur une thématique particulière ou lorsqu'on a un problème spécifique au sein d'une banque, mais c'est assez rare.
  - Réviseurs bancaires (LFINMA 24-28 et OA-FINMA) :
    - Procédure d'agrément (LFINMA 26) : eux mêmes doivent recevoir une autorisation en tant que réviseurs bancaires. On a la liste des réviseurs agréés sur le site de la FINMA.
    - Désignés par le conseil d'administration avec approbation de la FINMA (LFINMA 24 et 25 II) : on s'assure qu'il y a un certain tournus pour éviter toute connivence entre les réviseurs et la banque elle-même.
    - Révisent les comptes et la conformité de l'activité avec la législation (« révision prudentielle ») : législation au sens large, donc y.c de remplir les conditions d'autorisation. C'est pour ça qu'on parle de révision prudentielle.
    - Les réviseurs apportent au conseil administration et à la FINMA (LFINMA 27) : en donnant tous les trimestres un rapport sur la situation dans laquelle la banque se trouve.
- Surveillance (intégrée) : FINMA.
  - Autorité :
    - Intègre ex-CFB, ex-OFAP et AdC LBA. Pourquoi intégrée ? C'est une expression à caractère historique : auparavant la surveillance des marchés financiers était dispersés entre une série d'autorités (CFB, Office fédéral des assurances, etc).



- Forme juridique particulière : établissement de droit public (LFINMA 4) autonome. L'objectif ici en l'instituant comme autorité et comme établissement autonome, c'est véritablement de lui donner toute l'indépendance possible en termes de surveillance et d'organisation. Elle ne reçoit pas d'instruction du CF, de la BNS ou d'un autre organisme. Elle va bien sûr déposer des rapports de gestion pour indiquer ses activités avec un rapport une fois par année, histoire de faire le point. Indépendance relativement forte. Pourquoi « relativement » ? Au moment où il y a eu l'affaire UBS (qui avait subi quelques revers sur le marché des *subprimes* sur le marché américain avec des pressions de la part des USA), on s'est retrouvé dans une situation compliquée et la FINMA a autorisé l'UBS par le biais de mesures provisionnelles (art. 25 ss LFINMA, mesures liées à l'insolvabilité ou d'autres situations d'urgences selon l'interprétation de la FINMA) à transférer environ 500 noms de clients aux autorités américaines, sans aucune possibilité de recours. Il y a eu un recours au TAF qui a considéré que les articles 25 ss LFINMA ne permettaient pas de procéder de cette manière en ré instituant l'effet suspensif. Puis recours au TF : le CF bénéficie d'une clause de nécessité lorsqu'il y a des situations de danger pour le pays. En se basant sur cette clause de police, le CF était l'autorité compétente pour autoriser ce transfert. Il ne peut pas donner d'instructions à la FINMA mais ce qui ressort de l'arrêt du TF c'est que le CF avait discuté avec la FINMA au sujet de ce transfert d'identités et avait ainsi délégué ces compétences de manière positive à la FINMA.
- Statut du CA et du personnel (OPers-FINMA et Code de conduite) : ils fixent les devoirs et aussi les droits des membres de la FINMA, de la direction et des collaborateurs (l'OPers-FINMA est pour l'essentiel du droit du travail transposé au niveau du droit public). Il y a une certaine souplesse de la part de la FINMA pour fixer la rémunération des collaborateurs (ils ont un statut là dessus mais comme on va attirer des personnes très compétentes, alors certaine souplesse, étant entendu que la rémunération dans la FINMA sera toujours inférieur au domaine privé). Ensuite on veut éviter tout conflit d'intérêt au sein de la FINMA ou entre les collaborateurs. Si on veut des gens compétents, ces derniers viennent en général du secteur privé (banques, assurances, anciens réviseurs) et passent de leurs anciens employeurs à la FINMA. Affaire : UBS. Un des reproches faits à l'ancien Président de la FINMA (=/= ancienne Présidente, pas les mêmes personnes attention, donc avant Mme Anne Héritier Lachat), il était un ancien d'UBS et s'était retrouvé au commandes de la Présidence du CA de la FINMA, donc il y avait un conflit d'intérêts selon certaines personnes.

Remarque : voir vidéo Youtube sur Bernard L. Madoff (« I'm very close with the regulators »).

## Circulaire 2013/3 Activités d'audit

<https://www.finma.ch/fr/surveillance/themes-intersectoriels/activites-d-audit/activites-d-audit-aupres-des-banques/>

Tout sur la surveillance

Thèmes intersectoriels

Activités d'audit

- > Activités d'audit auprès des banques
- > Activités d'audit auprès des assurances
- > Activités d'audit auprès des FDS
- > Activités d'audit auprès des établissements assujettis selon la LFC

Activités d'audit auprès des banques et des négociants en valeurs mobilières

Les sociétés d'audit contribuent de manière très importante à la surveillance prudentielle courante des banques et des négociants en valeurs mobilières. Elles contrôlent le respect intégral, tant au niveau quantitatif que qualitatif, des exigences réglementaires fondamentales. Elles doivent en outre prendre en compte tous les risques significatifs auxquels les assujettis sont exposés individuellement.

Circulaire sur les activités d'audit, qui a été remise à jour récemment, décrit les différentes activités de manière significative. Il y a aussi énormément d'annexes et guides pratiques.

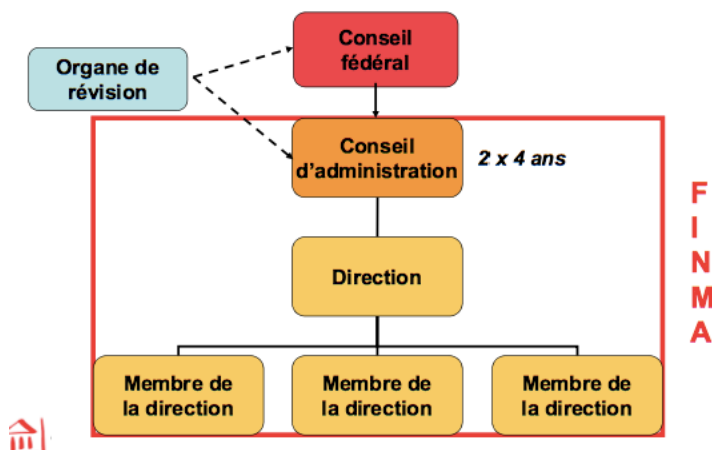
### Art. 11 Récusation

<sup>1</sup> Les personnes travaillant pour la FINMA doivent se récuser notamment pour les affaires dans lesquelles

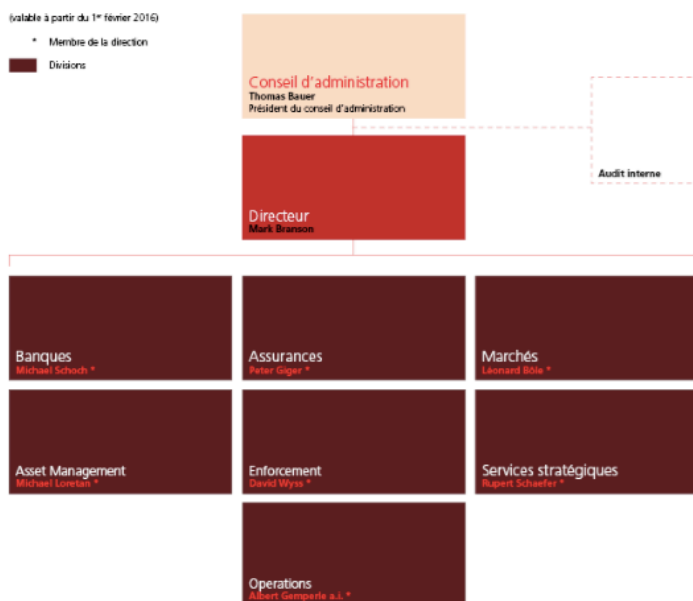
- a. elles ont un intérêt personnel;
- b. d'autres personnes avec lesquelles elles sont en lien étroit sont impliquées ou y ont un intérêt personnel;
- c. elles ont été elles mêmes impliqués activement avant d'entrer au service de la FINMA;
- d. elles pourraient avoir une opinion préconçue pour d'autres motifs ou donner une impression de partialité.

<sup>2</sup> Les personnes tenues de se récuser ne doivent pas être informées de l'affaire en question et ne doivent participer ni à la discussion ni à la prise de décision. Elles seront informées a posteriori de l'issue de l'affaire.

#### IV.3 FINMA: établissement de droit public autonome



Structure de la FINMA : le CF désigne les membres du CA, qui peuvent avoir 2 mandats de 4 ans. Ensuite en dessous du CA ceux qui s'occupent de l'opérationnel en rendant la plupart des décisions : la Direction. Exemple :



- Surveillance : mesures administratives
  - Mesures administratives : LFINMA 29-37, dispositions centrales visant à ce que la FINMA peut faire, quelles sont ses activités et quelles sont les mesures qu'elle peut prendre.
    - Règle ultra-centrale : LFINMA 31 : « Lorsqu'un assujetti enfreint la présente loi ou une des lois sur les marchés financiers, ou si d'autres irrégularités sont constatées, la FINMA veille au rétablissement de l'ordre légal ». Quand elle dit qu'elle peut prendre des mesures, c'est un pouvoir discrétionnaire, on va faire vraiment confiance à l'autorité. On fait confiance à la FINMA de prendre une mesure en application du principe de proportionnalité par rapport à la gravité de la violation. Lorsque l'autorité bénéficie d'une liberté d'appréciation et de ce pouvoir discrétionnaire, le TAF va lui de son côté faire preuve de retenue (même si il regarde les faits, le droit et l'opportunité) parce que l'autorité bénéficie de ce pouvoir discrétionnaire avec un côté technique (elle est spécialisée là-dedans). Et le TF regarde que le droit.
  - Exemples de mesures :
    - Reconstitution de fonds propres suffisants : l'autorisation d'un assujetti est une autorisation nécessaire et continue, il faut remplir à tout moment les conditions en questions, et si on les remplit plus en matière de fonds propres, la FINMA peut exiger qu'on les reconstitue sinon l'autorisation sera révoquée.
    - Mesures organisationnelles, procédures internes : contrôle qui sera fait ensuite par les réviseurs bancaires pour s'assurer typiquement de la mise en place de ces mesures, voire avec un audit supplémentaire pour s'en assurer.
    - Ecartement d'une personne qui ne présente pas la garantie d'une activité irréprochable (*Gewährsträger*) : il y a une disposition tout à fait particulière dans ce cadre là (art. 32 LFINMA) : « Si la procédure révèle que l'assujetti a gravement enfreint le droit de la surveillance et qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne doit être prise, la FINMA peut rendre une décision en constatation ». Cette disposition, avant l'adoption de la FINMA, la personne ne remplissant plus cette garantie se dépêchait de démissionner et ce n'était plus possible de rendre une décision pour constater la violation des devoirs de cette personne en termes de garantie d'une activité irréprochable. La CFB avait quand même trouvé deux bonnes solutions : d'une part, lorsque ladite personne décidait de démissionner de la banque A et revenir dans la banque B et que cette dernière l'engage, la CFB pouvait « sanctionner » la banque B (puisque la banque doit aussi elle même remplir la garantie d'une activité irréprochable). D'autre part, la CFB : émettre la *Gewährsbrief* : elle envoyait une lettre (sans que cela soit une décision) en disant que si la personne décidait de reprendre une activité bancaire, il faudrait l'avertir et la CFB déciderait si elle est « *fit and proper* ». La FINMA a gardé cette pratique, même si selon le Prof cela va à l'encontre de l'art. 32 LFINMA.
    - Retrait partiel ou complet de l'autorisation : mesure ultime. Art. 37 LFINMA. Le retrait partiel : on peut continuer de mener un certain nombre d'activités mais plus d'autres (on limite l'autorisation et ainsi le champ des activités). Si insolvabilité, alors retrait complet. Assez souvent on a un rachat de la banque par un autre établissement.
- Surveillance : mesures administratives *en pratique*
  - Mesures administratives souvent informellement négociées : peut aller jusqu'à l'absence de décision, mais aussi décision constatatoire (LFINMA 32). Cela peut aller jusqu'au fait qu'on ait pas de décision du tout, notamment si on voit que des mesures ont déjà été prises par la banque. On peut simplement trouver le constat dans le rapport de révision (« la banque a pris des mesures considérées comme satisfaisantes et la FINMA les accepte » sans qu'il y ait de décision formelle rendue au sens de l'art. 5 de la Procédure administrative fédérale (PA). En outre, il y a un certain temps jusqu'à ce qu'on ait une séance devant la FINMA, cela nous laisse le temps de préparer les choses et arriver avec des mesures à lui proposer. S'agissant de la décision constatatoire, c'est quand même pour avoir une décision formelle de ce point de vue là.
  - Décision administrative sujette à recours : TAF → TF, cependant exception pour assistance administrative (LTF 83, h). Le délai de recours est en principe de 30 jours mais l'exception

notoire en matière d'assistance administrative internationale (informations échangées entre FINMA et autorités internationales), le délai impératif est de 10 jours (à noter que c'est l'un des rares délais en procédure administrative réduit à 10 jours).

- L'autorité de surveillance ne punit pas, elle rétablit l'ordre légal... puis, cas échéant, dénonce l'autorité pénale (LFINMA 38 III). On verrait assez souvent dans des discussions qu'on parle de *sanctions*. En réalité la FINMA n'a aucun pouvoir de prononcer des sanctions au sens littéral du terme. Les mesures qu'elle prend sont toutes des mesures administratives en vue de rétablir l'ordre public ! Exemple : directeur général d'une banque qui a fait l'objet d'une décision et n'est plus employé par la banque. Il a fait l'objet d'une mesure administrative mais pas d'une sanction. Néanmoins, sous l'angle de la CEDH, cela a un caractère de sanction, elle affecte la personne dans son intégrité économique, voir au delà (réputation, etc) puisque la FINMA peut même publier la décision. Dans tous les cas, cette personne ne retrouvera plus jamais un tel poste dans une autre banque, ni en Suisse, ni à l'étranger. Donc même si d'un point de vue formel (et matériel pour certaines personnes) ce n'est pas une sanction, du point de vue de la personne en question cela pourrait être ressenti comme une sanction. On n'a jamais eu d'arrêts rendus (ni par la Cour, ni par le TF) sur ce type de situation particulière mais cela pourrait venir.
- Mesures particulières :
  - Interdiction d'exercer (LFINMA 33 *cum* CP 67-67a) : on peut interdire à une personne qui aurait violé ses devoirs d'exercer ses activités. C'est le juge pénal qui va le faire. Cas classique : médecin avec un comportement inapproprié avec ses patients, un notaire qui avait tendance à confondre sa poche avec celle de ses clients, etc. Cela vaut aussi pour le domaine bancaire. La LFINMA à l'art. 33 permet également à la FINMA de prononcer une telle mesure administrative. Cette disposition prévoit qu'on peut avoir un cumul de ces groupes de dispositions : on peut avoir une interdiction d'exercer prononcée par la FINMA et une interdiction d'exercer prononcée par le juge. En effet, la FINMA prend une mesure administrative pour rétablir l'ordre public et préserver les marchés, tandis que le juge prend une décision pour protéger l'ordre public de manière encore plus large.
  - Confiscation (LFINMA 35 *cum* CP 70-72) : la mesure de droit pénal qui consiste à confisquer le produit d'un gain prime sur celle de droit administratif. C.à.d. si le juge pénal a prononcé la confiscation, la FINMA ne peut pas à son tour prononcer la confiscation, car c'est déjà confisqué et on ne peut pas confisquer deux fois les mêmes choses.
  - Publication (distinguer LFINMA 30 et LFINMA 34 !) : L'art. 30 est la simple publication qu'on a ouvert une enquête, art. 34 c'est quand la procédure est terminée.

## II. Banques : cas pratiques

---

### Cas 1

*GestPlus International Ltd est une société de gestion de fortune inscrite comme telle au Registre du commerce de Nassau (Bahamas). Elle compte aujourd'hui quelque 150 clients, pour la plupart domiciliés en Suisse. Les fonds qui sont confiés à GestPlus par ses clients sont immédiatement déposés sur un compte collectif ouvert au seul nom de la société auprès de la Banque Maximus SA, à Genève. Selon le contrat de gestion de fortune passé entre GestPlus et ses clients, ceux-ci se voient garantir par GestPlus une rémunération minimale de 4½ % des avoirs confiés ; dans le même sens, GestPlus prend l'engagement que le capital initial remis en gestion ne sera d'aucune manière réduit, quel que soit le résultat des investissements effectués. S'agissant de ces opérations, il convient de relever que les décomptes trimestriels adressés aux clients ne donnent aucun détail sur les opérations exécutées au moyen des fonds des clients (p.ex. nature des titres achetés ou vendus).*

- a) *En vous basant sur les notions de droit bancaire dont vous avez connaissance à ce jour, pensez-vous que les activités de GestPlus sont licites ?*

Est-ce que GestPlus est vraiment un gérant de fortune ? Ou est-ce que c'est une banque ? Définition de l'art. 2 let. a OB : est-on dans ce cas particulier ?

- Sollicitation ou acceptation de dépôts (OB 5) ? Oui, ce sont des engagements vis-à-vis des clients, puisque il y a deux engagements prévus : la rémunération minimale à 4½% des avoirs confiés et le fait que le capital initial remis en gestion ne sera d'aucune manière réduit, quel que soit le résultat des investissements effectués. C'est des engagements typiques de l'activité bancaire lorsqu'on prend des dépôts et qu'on s'engage à rendre le même montant à terme en cas de demande ; c'est aussi le cas des rémunérations fixes garanties (même si 4 ½% est énorme et très suspect, cela fait plutôt penser à des opérations spéculatives).
- Appel au public ? Il faut vérifier qu'on n'est pas dans un cas d'exclusion de l'art. 5 OB. Ici on n'a aucune indication sur les 150 clients.
- A titre professionnel (OB 6) ? Oui, on dépasse les 20 clients en l'espèce.
- Financement d'un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises (OB 4) ? Oui.

Quid des mesures ?

- Objection 1 : compétence *ratione loci* : GestPlus est une société des Bahamas, en conséquence la FINMA ne serait pas compétente pour intervenir dans ce type de situation. Mais objection rejetée car la réalité économique est tout autre : la gestion effective et l'ensemble des clients sont suisses. L'ensemble des fonds est également déposé auprès d'une banque suisse. En conséquence, sous l'angle juridique, on va au delà de l'apparence formelle qui est celle de dire qu'on a un siège à l'étranger de la Suisse, mais c'est une banque suisse, nonobstant le fait qu'elle ait une constitution formelle à l'étranger. Il aurait fallu s'enregistrer comme société suisse. On peut aussi considérer que c'est une succursale d'une banque suisse à l'étranger (Bahamas).
- Objection 2 : on peut dire que la LFINMA ne s'applique qu'aux assujettis et GestPlus n'est pas assujettie à la FINMA, puisqu'elle n'a pas reçu d'autorisation. Mais : art. 31 LFINMA, elle peut prendre des mesures pour rétablir l'ordre légal. Même si (et surtout si) la personne qui exerce cette activité n'a pas obtenu d'autorisation (alors qu'elle aurait dû la demander), la FINMA peut prendre des mesures à l'encontre de telles entités. Sur le site de la FINMA on a une rubrique qui s'appelle « Faillites », c'est essentiellement des sociétés qui n'avaient pas d'autorisation et exerçaient une activité illicite sans autorisation en Suisse. La FINMA peut prendre des mesures conservatoires des art. 25 ss LB pour la protection des créanciers, et nommer un chargé d'enquête selon l'art. 36 LFINMA, mesures ensuite liées à la mise en faillite et en fin de compte on va également avoir le prononcé d'une interdiction d'exercer une activité dans le domaine bancaire et financier, puisqu'on ne remplira plus la garantie d'une activité irréprochable. Si profits : confiscation. Et enquête pénale avec condamnation qui peut intervenir pour violation de dispositions bancaires.

Par conséquent, les activités de GestPlus ne peuvent pas être considérées comme licites.

- b) *Si vous concluez par la négative à la première question, indiquez dans quelles circonstances on serait en présence d'une activité licite.*

Il y a deux façons principales de s'en sortir pour GestPlus :

Première possibilité ? Il faudrait obtenir une autorisation en tant que banques et remplir les conditions de cette autorisation. Quelles sont les chances d'obtenir une telle autorisation pour GestPlus ? Non, les personnes en charge ne remplissent pas la garantie d'une activité irréprochable puisqu'ils n'ont pas demandé l'autorisation et ont violé par conséquent les dispositions du droit bancaire et financier. Remarque : Le fait d'être une banque implique beaucoup d'argent (avoir des réviseurs, etc) en terme de structure.

Deuxième possibilité ? Interrompre son activité illicite et changer l'état de fait pour que celui-ci devienne licite. En effet, les gérants de fortune sont exclus par l'art. 1 LB. Il faudrait donc restructurer l'activité de GestPlus pour devenir un gérant de fortune classique, c.à.d. qu'il faudrait que les clients déposent leur argent sur un compte à leurs noms et ne fournissent qu'une procuration à GestPlus. Cela donnerait une activité classique de gestion de fortune. Dans ce cas, ce sera le client qui subira le risque économique et non pas GestPlus comme dans la situation de base.

- c) *Quelles mesures la FINMA peut-elle prendre à l'encontre de GestPlus ?*

Disposition centrale : art. 31 LFINMA : la FINMA prend des mesures pour rétablir l'ordre légal. Dans un cas comme ça la FINMA va vraisemblablement commencer par nommer un chargé d'enquête qui va d'abord établir les faits. La FINMA peut ensuite prendre des mesures provisionnelles (geler les comptes de GestPlus auprès de la banque Maximus, prononcer le séquestre et interdire tout mouvement) et elle va généralement charger le chargé d'enquête de donner son autorisation à certains paiements qui seraient des paiements courants (électricité, salaire des employés, etc) afin qu'on puisse prononcer la liquidation de cette société sans avoir de problèmes et pouvoir rembourser au moins partiellement les créanciers, avec les art. 25 ss LB qui s'appliqueraient ici. C'est la FINMA qui va être l'autorité de décision et qui va prendre toutes les mesures, et donc pas l'Office des Faillites.

Il y a encore toute une série d'autres aspects, notamment liés à la LBVM (négociants pour comptes de tiers), mais ils seront traités plus loin dans le cours, ainsi que des aspects liés à la LPCC (placements collectifs de capitaux).

### Cas 2

*Charles Hecter est directeur général et actionnaire majoritaire d'une banque de gestion de fortune. Il a acquis l'an passé, contre la volonté des autres membres de la direction et à l'insu des membres du conseil d'administration, des titres d'une société canadienne exploitant des mines d'or. L'acquisition pour le compte de la clientèle de titres non cotés ne faisant de surcroît pas l'objet d'un marché représentatif contrevient de manière flagrante aux termes du contrat de gestion signé par les clients ainsi qu'aux directives concernant le mandat de gestion de fortune émises par l'Association suisse des banquiers. En outre, les personnes qui ont proposé cet investissement à M. Hecter étaient connues de celui-ci puisqu'elles venaient de négocier avec lui une convention portant sur la vente d'une part importante des actions de la banque. Un an après l'acquisition des titres et malgré les promesses faites par les administrateurs de cette société minière, aucun indice sérieux ne permettait de conclure à une prochaine cotation de ces titres en bourse.*

*Quelles seront vraisemblablement les conséquences du comportement de M. Hecter sur ses différentes fonctions dans la banque ? Quelles mesures pourrait prendre la FINMA à l'encontre de M. Hecter ?*

Si on achète des titres non cotés, il est difficile de les évaluer puisqu'il n'y a pas un marché suffisamment ouvert pour cela, comme celui d'une bourse pour les titres cotés. Si c'est difficile de mettre une valeur, cela a aussi comme impact pour les clients qu'il est difficile de les vendre.

S'agissant des normes de l'Association suisse des banquiers (ASB), il s'agit de règles d'autorégulation et donc des standards minimaux (circulaire 2008/10 FINMA, en particulier l'annexe ch. 12). On a toutes ces directives. Et si M. Hecter a violé ces normes d'autorégulation (en plus du contrat passé avec les clients), ce qui signifie qu'il ne remplit plus la condition de garantie d'une activité irréprochable.

Quel autre problème voit-on dans cette situation ? Le fait d'acheter des titres qui ne sont pas cotés à quelqu'un qui a des liens forts avec la banque, on viole le règlement interne (standards minimaux, règlement de la banque, contrat de gestion) mais en plus pour rendre services à des actionnaires connus, c'est un conflit d'intérêt, qui est aussi contraire aux règles du mandat ! Violation du devoir de fidélité et de loyauté que doit avoir un gestionnaire à l'égard de ces clients, ce qui est aussi contraire à la garantie d'une activité irréprochable.

Ce directeur risque de rapidement perdre son travail (c'est typiquement un cas de juste motif de licenciement). Est-ce que la FINMA va le savoir tout ce qui s'est passé ? Il faut qu'elle sache (art. 29 al. 2 LFINMA, les sociétés doivent renseigner la FINMA sur des faits importants), parce qu'elle va certainement prononcer une interdiction d'exercer. On peut aussi ajouter l'art. 27 LFINMA parce que les réviseurs seront aussi informés et feront apparaître cela dans leur rapport de révision. Dans la pratique on peut être sur que dans ce type de décision qu'il y ait une clause de confidentialité et qu'on va régler à l'amiable, mais ça il ne faut surtout pas le faire. En effet, si la banque tente de cacher toute cela à la FINMA, elle risque de se faire retirer l'autorisation car elle doit remplir elle-même la garantie d'une activité irréprochable.

### Cas 3

*La Banque Realimo SA a accepté de financer l'achat d'un terrain très bien situé, au centre de Genève. Après la destruction d'un bâtiment construit dans les années 60 sur ce terrain, il est prévu d'édifier un nouvel immeuble*

commercial d'une dizaine d'étages, sans compter les aménagements souterrains. La banque a accepté de financer cette opération en principe à concurrence de CHF 30 millions ; ce qui représente, d'après les promoteurs, 3/4 du prix d'achat du terrain. Avant de confirmer son engagement, la banque a toutefois mandaté l'architecte William Sad. Il ressort du rapport d'expertise que la valeur vénale du terrain est probablement de 25-30 % supérieure à celle figurant dans le projet d'acte authentique. Sur la recommandation du réviseur interne de la banque, le directeur en charge des crédits, nouvellement nommé, vient vous consulter et vous demande s'il doit prendre des précautions particulières sur le plan de la surveillance bancaire.

Qu'est-ce que la situation peut cacher derrière cette « bonne nouvelle » ? Le risque qu'on a en tant que banque, c'est que le notaire, juste avant la signature de l'acte, a « oublié » de faire quelque chose, en sortant de la salle de conférence et laissant l'acheteur et le vendeur seul, mais on a eu un dessous de table, on a payé les 10 millions de plus qui ne figurent pas dans l'acte notarié authentique. Quelle est la valeur de cet acte en droit des obligations / droits réels ? L'acte est nul, puisque c'est un acte authentique et il doit contenir tous les éléments de la transaction, et le prix véritablement payé doit figurer dans l'acte en question !

Du côté de la banque, elle doit vérifier le caractère insolite de l'opération. Ce caractère suffit à lui même et que lorsque cette opération revêt un tel caractère, il faut faire preuve d'une diligence accrue (art. 3 al.2 let. c LB). Si les explications sont crédibles, on fait une note dans le dossier et on accepte le financement. Quid si les explications ne sont pas crédibles ? La banque doit refuser le financement.

Quelles sont, en outre, les conséquences de l'acte authentique frappé de nullité pour la banque du point de vue du droit privé ? Le vendeur redevient propriétaire et la banque n'a plus sa garantie sous forme d'hypothèque.

## IV. Négociants LBVM : notions et régime d'autorisation

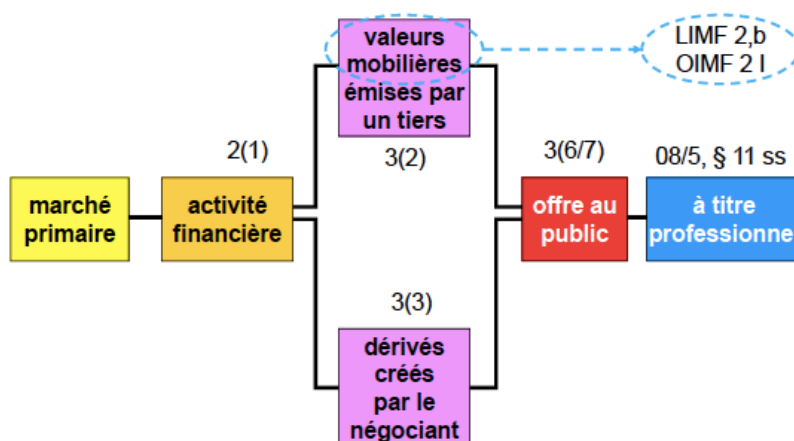
---

### A. Notion de négociant

- LBVM art. 2, d : une disposition confuse, au passé chargé
  - Délimitation par rapport au droit fiscal (LT 13(3) « **commerçants de titres** » en relation avec le droit de timbre de négociation), mais les objectifs sont différents. L'art. 2, d vise la surveillance alors que du point de vue fiscal, on a une définition plus précise avec un but de taxation. Donc ce n'est pas parce qu'on est commerçant en titre qu'on est nécessairement un négociant en valeur mobilier, et vice versa (même si c'est assez souvent le cas).
- OBVM art. 3 : une présentation systématique des différents types de négociants. Du point de vue de la sécurité juridique on n'aura pas d'autres types que ceux qu'on trouve à l'art. 3 OBVM. Ce ne sont que ces 5 catégories là, c'est une liste exhaustive.
  - Implications réglementaires (FINMA)
  - Circulaire FINMA 08/5, on les retrouve là dedans, en cas de doute.
  - Schémas (marché primaire et marché secondaire). Le marché primaire c'est la première émission (donc premiers acquéreurs des titres/les premiers actionnaires) tandis que le marché secondaire c'est déjà les négociations, quand on revend les titres, c'est toutes les transactions qui suivent. Typiquement toutes les actions faites à la bourse sont de marché secondaire.
- Impact de la LIMF (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers) et de l'OIMF :
  - Abrogation de nombreuses dispositions
  - Nouvelles définitions : on a souvent repris les définitions déjà connues dans l'OBVM ou la LBVM et de les transposer.
  - Rapports avec « ancien droit »

### B. Types de négociants

1.1 Maison d'émission (OBVM 3[2]) / fournisseur de dérivés (OBVM 3[3])



Ces deux types de négociants interviennent à la fois sur le marché primaire (émettent des titres), ils ont tous deux une activité financière qu'ils exercent à titre principal, font une offre au public, à titre professionnel. Mais les **maisons d'émissions** vont émettre des valeurs mobilières émises par un tiers, en grand nombre et standardisés (p.ex Nestlé émet des obligations ou des actions et UBS essaie de trouver des investisseurs ou des acheteurs pour ces nouvelles actions émises).

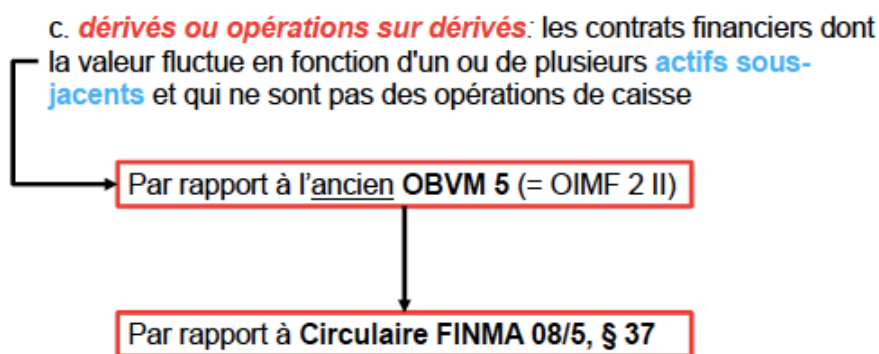
Si on regarde la définition de l'art. 3 OBVM et de la Circulaire 08/5, on voit que ces maisons d'émissions placent les titres en questions moyennant une commission. Elles peuvent prendre différents engagements, p.ex prendre ferme des actions ou des obligations (c.à.d. si elles ne trouvent personnes, elles achètent ces titres pour elles-mêmes), donc l'émetteur a la garantie que ces titres seront placés en fin de compte. On peut aussi avoir les Best Efforts, donc fournir tous les efforts nécessaires pour trouver des investisseurs, mais si on y arrive pas, on aura quand même le droit à sa commission. Etc.

La définition de valeur mobilière a été transférée depuis la LBVM vers la LIMF (art. 2, b), encore précisé à l'art. 2 al.1 OIMF.

Art. 3 al.6 et 3 al.7 OBVM sont des dispositions très importantes car elles définissent ce qu'on entend par « public », donc on va exclure de la notion de public une série d'investisseurs qui sont typiquement des banques, des négociants en valeur mobilières, des assurances, etc.

Ensuite, ces maisons d'émissions placent leur valeur a titre professionnel, c.à.d. qu'ils exercent cette activité de manière régulière en vue d'obtenir un profit / une rémunération (par. 11 ss de la Circulaire 08/5 précise la notion de professionnel).

S'agissant des **fournisseurs dérivés** : LIMF art. 2 : définitions



On a repris ici en partie la définition qu'on avait dans la LBVM. L'art. 2 al.2 OIMF a repris pour sa part l'essentiel de la définition de l'art. 5 OBVM (ayant été abrogée désormais). Et la notion est toujours précisée (même si ça date un peu) dans la Circulaire FINMA 08/5 au par. 37. Pour l'essentiel, il faut se rappeler qu'on dérive ici la



valeur d'un autre actif. En d'autres termes, la valeur du titre acheté va être fixée en fonction de la valeur d'un autre titre ou d'un autre type d'indice de référence. Exemple : on a acheté comme dérivé une option qui permet d'acheter une action Nestlé dans 3 mois. On a parié que cette action allait augmenter de valeur dans 3 mois, on a acheté donc ce droit d'achat / d'option, mais la valeur de ce droit va varier en fonction des attentes qu'on peut avoir. Si le titre Nestlé perd de la valeur, notre dérivé va également baisser. La dérivée suit la valeur du titre sous-jacent. La notion de dérivé et de valeur sous-jacente est précisée ici :

## OIMF 2 II-IV


**+**


<sup>2</sup> Les dérivés sont des contrats financiers dont le prix découle notamment:

- a. d'actifs comme les actions, les obligations, les matières premières et les métaux précieux;
- b. de valeurs de référence comme les cours des monnaies, les taux d'intérêt ou les indices.

**-**

<sup>3</sup> Ne sont pas considérées comme des dérivés:

- a. les opérations de caisse; 
- b. les opérations sur dérivés portant sur l'électricité et le gaz qui:
  1. sont réalisées dans un système organisé de négociation,
  2. doivent être livrées physiquement, et
  3. ne peuvent pas être compensées en espèces à la demande d'une des parties;
- c. les opérations sur dérivés portant sur des variables climatiques, des tarifs de fret, des taux d'inflation ou d'autres statistiques économiques officielles qui ne peuvent être réglées en espèces qu'en cas de défaillance ou d'autre incident provoquant la résiliation.



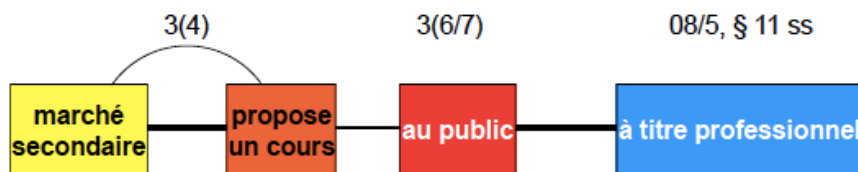
Typiquement les cours des monnaies sont considérés comme des valeurs de référence. Le risque qu'on a ici c'est qu'on dépend d'un certain nombre d'éléments et cela dépend aussi de la complexité (Nestlé étant un dérivé hyper simple à comprendre). Mais le nombre de personnes comprenant exactement les dérivés avec tous leurs risques sont très limités. L'al. 3 exclut également certaines choses des dérivés (pas dans le champ d'application donc), typiquement les opérations de caisses.

- OIMF 2 IV : définition des opérations de caisses, qui sont aussi exclues à l'al. 3 :

<sup>4</sup> Sont considérées comme des opérations de caisse les opérations qui sont réglées immédiatement ou dans les deux jours ouvrés à compter de l'échéance du délai de règlement suspendu. Sont également considérées comme opérations de caisse:

- a. les opérations qui sont réglées dans un délai de règlement plus long, mais usuel sur le marché pour la paire de devises;
- b. les achats ou les ventes de valeurs mobilières qui sont payés conformément au délai de règlement usuel sur le marché ou prescrit par la loi, quelle que soit leur monnaie;
- c. les opérations sur dérivés qui sont régulièrement prolongées sans qu'une obligation légale existe ou qu'une prolongation entre les parties soit usuelle à cet égard.

### 1.2 Teneur de marché (OBVM 3[4])

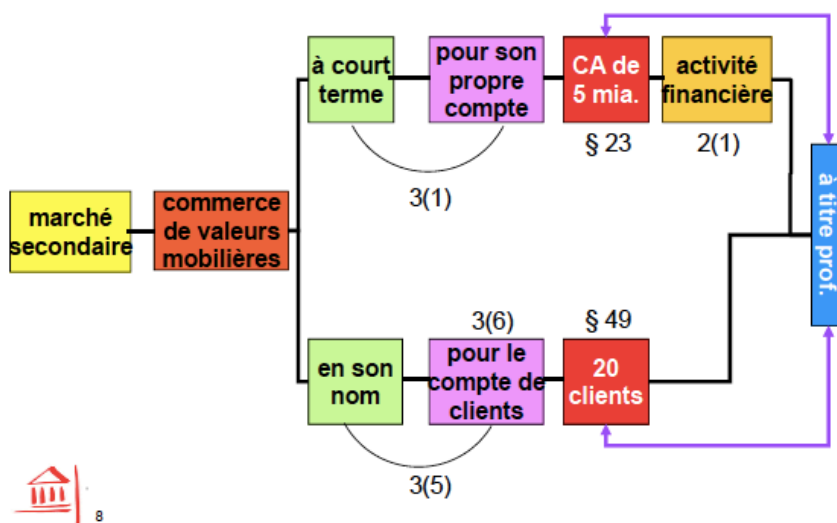


**NB: OBVM 2(2): même si pas d'activité financière à titre principal**

Le **teneur de marché** est la troisième catégorie (en plus des maisons d'émissions et des fournisseurs de dérivés) intervenant sur le marché secondaire. Sa caractéristique principale est qu'il propose un cours, c.à.d. il a une liste de valeurs mobilières qu'il communique au public en disant qu'il est prêt à acheter tel titre pour tel montant et à vendre ce titre pour tel autre montant. Le teneur de marché le fait à titre professionnel et de manière régulière en vue d'obtenir un bénéfice. Ce sont en quelque sorte des mini-bourses mais la différence c'est que c'est pour leur compte à eux, c'est eux qui acquiert/revend/gardent les titres.

Ce qui est important c'est qu'il n'y a pas de conditions, contrairement aux deux autres catégories, pour qu'ils exercent ce type d'activité. Cela peut même être une activité accessoire.

### 1.3 Négociants pour propre compte (3[1]) et pour compte de clients (3[5])



Enfin, on a deux autres catégories de négociants :

- **Négociants pour leur propre compte** : ils font le commerce de valeurs mobilières (les achètent et les vendent), les valeurs mobilières étant réglées dans la LIMF et également en partie dans l'OIMF. La notion a été transférée depuis la LBVM. Pour ceux qui agissent pour leur propre compte, la négociation intervient à court terme. Définition de court terme ? Pas de texte mais on peut partir de l'idée qu'on est dans une période qui varie entre 1 seconde jusqu'à un maximum d'une année, en moyenne 2-3 mois. Pour son propre compte = il prend véritablement les risques des opérations qu'il accomplit, c.à.d. qu'il est prêt à assumer aussi bien les pertes que les profits résultant de ces opérations. La Circulaire 2008/5 a ajouté une précision qui vise à définir ce que l'on entend par « à titre professionnel » car on voulait éviter de mettre dans cette catégorie tout une autre série d'investisseurs. On a donc fixé le chiffre d'affaires du négociant à 5 milliards au minimum (en dessous,

il ne sera pas considéré comme négociant pour propre compte et n'aura donc pas besoin de requérir une autorisation). Deux remarques : tout d'abord pourquoi 5 milliards ? Au moment où la CFB a dû fixer ce moment, il y avait une discussion au sein de la CFB elle-même, la proposition minimale étant de 1 milliard et la maximale étant de 10 milliards, et donc en bon compromis suisse on a fait la moyenne entre les deux (aucune étude n'avait été faite là-dessus). Deuxièmement, si on regarde dans la Circulaire 2008/05 au par. 23, on parle certes de chiffre d'affaires, mais il faut s'en méfier car ce terme en réalité se définit comme le résultat de toutes les ventes. En réalité, cela comprend aussi bien les mouvements de valeurs mobilières, de même que les achats de valeurs mobilières. Lorsqu'on achète une valeur mobilière à un prix X, ce prix va entrer dans le calcul du chiffre d'affaires, bien qu'il s'agisse d'un achat. Dernière condition : il faut que le négociant pour son propre compte soit principalement actif dans le domaine financier.

- **Négociants pour le compte des clients** : situation un peu particulière. Ils font le commerce de valeurs mobilières certes, mais on a une double condition : ils interviennent en leur nom mais pour le compte de leurs clients. Du point de vue juridique, celui qui fait cela s'appelle une représentation indirecte. On peut avoir deux types de compte : a) un compte global : le négociant ouvre un compte en son nom propre et il met toutes les valeurs mobilières qu'il gère pour ses clients sur ce compte-là. Il mélange ces valeurs mobilières et maintient sa propre comptabilité en décidant des quotes-parts qu'il accordera à ses clients sur ce compte global. Quel est le danger pour les clients ? On ne peut pas exercer d'actions en revendication car il y a une confusion entre les valeurs et donc on va se retrouver comme un créancier chirographaire avec un simple pourcentage. Donc très dangereux !!! Ne jamais accepter ce type de construction. ; b) un compte miroir : pour chaque client on va individualiser dans le compte en question une série de rubriques et assigner un numéro. Là on saura à qui appartient quoi. Dans ces cas là on va pouvoir véritablement revendiquer les titres en question de manière individuelle (= faire valoir des titres de propriété sur la rubrique qui nous correspond, donc avoir un droit réel, donc on est plus un simple créancier). La Circulaire 2008/5 fixe le minimum de clients à 20.

## 2. Double autorisation (LB + LBVM)

	<b>Banques</b>	<b>Négociants</b>
<b>Autorisation</b>	<b>FINMA</b> ■ requête ■ autorisation continue	<b>FINMA</b> ■ requête ■ autorisation continue
<b>Règles prudentielles</b>	<b>OB 4: 10 mio.</b> <b>LB 4 =&gt; OFR</b> <b>exc. LB 4(3)</b>	<b>OBVM 22: 1.5 mio.</b> <b>OBVM 29(1) =&gt; OFR,</b> <b>cep. 29(3/4)</b> <b>exc. OBVM 29(2)</b>
<b>Organisation interne</b>	■ LB 3(2)(c), 3(2)(c <sup>bis</sup> ) & 3f(1) ■ adm. ≠ dir., cep. ■ statuts, etc.	■ LBVM 10(2)(d) ■ adm. = dir., cep. ■ statuts, etc.
<b>Secret professionnel</b>	<b>LB 47, etc.</b>	<b>LBVM 43</b>

Quand on va demander l'autorisation à la FINMA, celle-ci va nous donner une autorisation pour seulement une de ces catégories. Elle va indiquer expressément à quelle catégorie de négociants on appartenant. Raison pour

cela ? On peut être un peu plus souple selon les catégories en terme de conditions. Qui sont les négociants les « plus dangereux » et les « moins dangereux » vis-à-vis des investisseurs et du marché ? Pour rappel, on en a 5 (maison d'émission, fournisseurs dérivés, teneur de marché, négociant pour son propre compte, négociant pour les tiers). Les moins dangereux, qui prennent surtout des risques pour eux mêmes donc, sont les négociants pour leur propre compte, ainsi que les teneurs de marché. Les maisons d'émission, si elles placent des titres, le risque qu'elle fait prendre aux investisseurs est relativement faible (à moins qu'elle fasse un placement « ferme »). Les plus dangereux ici sont les négociants pour le compte de tiers.

Lorsqu'on est une banque et qu'on demande en plus une autorisation de négociant, la procédure est très simplifiée car les conditions sont relativement proches : on va nous demander de mettre en place un certain nombre d'éléments structurels pour éviter le mélange de types d'activités. Cf. article « Palautter » du Prof. Jean-Baptiste DUFRET. Evidemment on doit remplir toutes les conditions de l'autorisation en tout temps.

S'agissant des règles prudentielles, on a une exigence dans le domaine bancaire qui est d'un montant de 10 millions à titre de capital ; pour les négociants c'est un montant de 1,5 millions qui est requis. Attention, selon le type d'activité, la FINMA peut soit diminuer, soit augmenter ses exigences en matière de fonds propres (art. 4 al.3 LB ou 29 al.2 OBVM). Pour le reste, voir le tableau ci-dessus.

### C. Règles de conduite

- Bases légales :
  - LBVM 11 : base légale formelle de ce groupe de dispositions sur les règles de conduite.
  - ASB : Règles de conduite et *Risques particuliers dans la négoce de titres (Révision 2008)*
- Rapports entre :
  - LBVM 11 et réglementation ASB
  - Réglementation ASB (autorégulation) et Circulaire FINMA 08/10 (Annexe, ch.10). On va retrouver dans l'annexe ces fameuses règles de conduite (standards minimaux et imposent aussi une activité irréprochable aux négociants en valeurs mobilières). Renvoi à l'art. 10 al.2 d LBVM.
  - LBVM 11, Règles de conduite ASB et droit privé :
    - Règles de conduite ASB 1997 : préambule par. 4 → Supprimé dans la version de 2008
  - Jurisprudence (*Actualités CDBF*) : Le TF a considéré que ces règles de l'ASB étaient véritablement l'expression d'un usage professionnel et que c'étaient les standards auxquels on pouvait s'attendre pour les négociants en valeurs mobilières.
  - Attention ! Ne pas confondre : LBVM 11 / Réglementation ASB et Circulaire FINMA 13/8 (« Règles de conduite sur le marché... »). Ces règles de conduite sur le marché sont plutôt liés au cours ou aux opérations d'initiés, donc portent plutôt sur des aspects d'abus de marché. Cela n'a rien à avoir avec les règles de conduite des négociants au sens de l'art. 11 LBVM !
- Contenu et éléments de pondération : premièrement, un devoir d'information, celui d'informer les investisseurs sur les risques particuliers des transactions et opérations qu'ils effectuent. Cela va être grâce à l'annexe sur risques particuliers (document qu'on accepte et qu'on signe typiquement en ouvrant un compte dans une banque etc). Deuxième devoir ici : celui qui porte sur la diligence, en d'autres termes d'effectuer correctement et rapidement les instructions qui ont été données par le client au négociant en valeurs mobilières. Troisième devoir : celui de loyauté et donc en particulier d'éviter des situations de conflit d'intérêt. Les deux derniers devoirs (diligence et loyauté) peuvent assez souvent se combiner. On va typiquement interdire le « *Churning* » (« barratage », c.à.d. fait de faire tourner le compte du client de manière inutile) : chaque fois qu'on fait une opération avec le compte du client, on reçoit une commission. Pour générer une commission on peut acheter des UBS, les revendre, etc et à chaque fois on passe des commissions. On fait tourner le compte de manière injustifiée et ça c'est interdit. Autre risque : de différer ou d'attribuer de manière non chronologique mes opérations (p.ex pour une cliente choisir le cours le moins favorable à la fin de la journée alors qu'elle aurait du chronologiquement bénéficier du cours le plus favorable). Autre opérations ou on peut utiliser les infos qu'on peut recevoir d'un client (p.ex X achète 10'000 actions de qqch, on fait la même chose pck « si ça se trouve... ») : ça s'appelle du « *Front running* » (je vais utiliser l'info obtenue

d'un client directement ou indirectement pour m'en faire profiter moi et mes clients éventuellement). Ce type de comportement est à la fois déloyal mais nous met aussi dans une situation de conflit d'intérêt. Quid de l'art. 11 al.2 LBVM ? Cela signifie que selon la personne que le négociant aura en face comme client, les devoirs (en particulier d'information) vont être plus forts ou au contraire plus faibles.

- Sanctions : violation de l'art. 11 LBVM / de l'art. 10 al.2 let. d LBVM / sanctions pénales pour abus de confiance, gestion déloyale etc. Si on viole les règles de l'ASB, on a aussi des risques d'être exclus de l'ASB, voire une clause pénale. Dernier risque : interdiction d'exercer. Les sanctions sont cumulables. On peut avoir cela à la fois comme une mesure administrative, et puis en plus une sanction pénale.




---

## Circulaire 2013/8

### Règles de conduite sur le marché

### Règles de conduite sur le marché concernant le négoce de valeurs mobilières

---

Référence :	Circ.-FINMA 13/8 « Règles de conduite sur le marché »
Date :	29 août 2013
Entrée en vigueur :	1 <sup>er</sup> octobre 2013
Dernière modification :	29 août 2013
Concordance :	remplace la Circ.-FINMA 06/08 « Règles de conduite sur le marché » du 20 novembre 2008
Bases légales :	LFINMA art. 7 al. 1 let. b, 27, 29 LB art. 3, 3f OB art. 9 LBVM art. 1, 2, 3, 4, 10, 33e, 33f, 34 OBVM art. 19, 20, 55e à 55f LPCC art. 13, 14, 20, 26, 72 OPCC art. 10, 12, 33 LSA art. 14, 22, 30, 67, 75 OS art. 78, 96, 97, 105, 106 LBA art. 14 al. 2 let. c

			LIMF 2,j
III.	Information d'initié (art. 2 let. f LBVM)	Cm	8-11
IV.	<b>Exploitation d'informations d'initié (art. 33e LBVM)</b>	Cm	12-15
V.	<b>Manipulation du marché (art. 33f LBVM)</b>	Cm	16-40
VI.	Abus de marché sur le marché primaire, avec des valeurs mobilières étrangères ainsi que sur d'autres marchés	Cm	41-44
VII.	Devoirs d'organisation	Cm	45-64
A.	Etendue	Cm	45-46
B.	Traitement des opérations abusives sur le marché	Cm	47-48
C.	Barrières à l'information / périmètres de confidentialité	Cm	49-52
D.	Surveillance des transactions pour compte propre des collaborateurs	Cm	53-55
E.	Watch list et restricted list	Cm	56-58
F.	Devoirs d'enregistrement	Cm	59-61
G.	Négoce à haute fréquence / Négoce algorithmique	Cm	62-63
H.	Audit	Cm	64



Est-ce que la banque remplit véritablement son devoir d'information (en vertu de l'art. 11 al.2) en disant qu'elle peut nous envoyer cette brochure si on lui demande ? Version originale en langue allemande, dans les autres langues : traduction non contraignante !!!! Alors que l'art. 11 al.2 ne dit pas ça, au contraire, il faut bien qu'ils soient bien informés...

## Ancien § 4 du préambule aux Règles de conduite ASB

~~‘Pour le surplus, les présentes règles de conduite n’affectent pas les relations de droit privé entre les négociants en valeurs mobilières et leurs clients. Ces relations se fondent sur les dispositions légales (en particulier celles du Code des obligations relatives aux contrats de vente, de mandat et de commission), ainsi que sur les accords contractuels particuliers conclus entre le négociant et le client.’~~

## V. Négociants : cas pratiques

---

### Cas 4

*TradOblig SA est une société anonyme de droit suisse, ayant son siège à Zurich. Elle a actuellement un capital social de CHF 100'000 entièrement libéré ; ses réserves s'élèvent à CHF 260'000. L'activité principale de TradOblig, à raison de 80 %, est d'acheter de banques membres d'un syndicat d'émission et de revendre à d'autres banques ou à des investisseurs institutionnels, dans un délai allant de une minute à une semaine au maximum, des obligations en francs suisses souscrites en Suisse par les premières banques. Le volume des transactions portant sur un groupe de titres – c'est-à-dire les obligations émises par un emprunteur en Suisse à un moment bien déterminé et acquises subséquemment par TradOblig – varie entre CHF 100 et 400 millions ; il faut par ailleurs compter entre 30 et 40 opérations de ce type par année. TradOblig a organisé au mieux ses activités pour éviter des coûts inutiles. Ainsi, elle travaille en collaboration avec une banque zurichoise, de taille moyenne, qui a accepté de prendre en charge, contre rémunération, toutes les opérations de « back-office » (enregistrement des transactions, livraison des titres au travers d'instituts de clearing, etc.). TradOblig emploie aujourd'hui quatre salariés, qui sont aussi les seuls actionnaires de la société. Une petite fiduciaire extérieure à la société s'occupe de sa comptabilité ; son organe de révision est une autre société spécialisée dans les petites et moyennes entreprises. TradOblig vient de recevoir une lettre recommandée du Secrétariat de la FINMA l'invitant à donner dans un délai de trois semaines toutes explications sur ses activités actuelles et ses perspectives. L'actionnaire majoritaire de la société, également administrateur délégué et directeur général, vient vous consulter pour préparer une réponse. Il insiste sur le fait qu'il n'a jamais d'aucune manière prétendu que sa société était une banque.*

On a au centre cette société TradOblig (TO) : quelle est sa fonction ? Elle achète et elle vend des obligations. Ces obligations viennent de différentes banques / négociants en valeurs mobilières (groupe 1), qui font partie d'un syndicat d'émission : elles se mettent ensemble par le biais d'une société simple / un consortium ou elles vont accepter les avis d'un emprunteur, de prendre ferme ou sur une base « best efforts » des obligations. Elles ont un rôle de maison d'émission. C'est au niveau du marché primaire ici.

Ces banques par hypothèse ont pris ferme des obligations en question et pour ainsi dire immédiatement après elles veulent revendre une partie de ces valeurs mobilières. Pourquoi ? L'intérêt pour elles d'avoir pris ferme puis revendre juste après est une raison commerciale. Pour ces ventes là, elles vont toucher une commission et ça leur permet de rester en contact avec le syndicat d'émission (?). Et on a besoin de revendre ces titres car on a peut être pas envie de mobiliser tous nos FP et on veut diversifier notre portefeuille. On augmente notre position. Quid des gros risques ? On doit diminuer notre pourcentage de participations dans les dettes de la société en question.

Ici TradOblig va acheter des titres et ensuite les revendre à d'autres banques / négociants en valeurs mobilières qui n'ont pas pu participer à ces syndicats d'émissions et qui vont à leur tour les revendre à leurs clients. Pourquoi avoir recours à TradOblig et pas directement à une banque comme UBS ou CréditSuisse ? Quel est le rôle de TradOblig là dedans ? Pourquoi a-t-on, en d'autres termes, besoin d'un intermédiaire ? Car le marché risque de s'emballer et avoir peur : on a besoin d'une société qui joue le rôle d'intermédiaire pour assurer une

confidentialité à l'égard du marché. Sur quel marché est-on à ce niveau là ? Marché secondaire, même si les obligations partent un millième de seconde chez TradOblig après et même si économiquement les obligations ont encore la même valeur que sur le marché primaire, tellement la transaction était rapide, ceci parce qu'on est déjà sur la deuxième opération, même si elle était rapide.

On a encore une autre banque ici qui intervient dans notre cas : pour réduire ses coûts, TradOblig a recours à une banque basée à Zurich et qui se charge de la tenue des comptes et les titres sont déposés/transférés au travers de cette banque là. La question qui se pose ici est quelle est la qualification qu'on peut donner à TradOblig ? Elle n'est en tout cas pas une maison d'émission, ni un fournisseur dérivé, qui eux interviennent sur le marché primaire. Il nous reste sur le marché secondaire le teneur de marché, le négociant pour propre compte et le négociant pour le compte de tiers :

Quid du teneur de marché ? Un teneur de marché achète, propose un cours puis revend des titres. Il le fait à titre professionnel (activité régulière en vue d'obtenir un profit). Il propose le cours au public. Définition du public : tout ceux à qui on s'adresse par voie de circulaire ou sur Internet. Par contre les banques, autres négociants, institutions de prévoyance etc ne font pas partie du public (art. 3 al.6 OBVM, liste négative). En l'espèce, il n'y a pas de public, donc TradOblig n'est pas un teneur de marché.

Quid du négociant pour le compte de tiers ? Non, TradOblig n'intervient pas pour le compte de tiers en l'espèce, c'est évident.

Quid du négociant pour son propre compte ? Conditions : TradOblig est bien sur le marché secondaire ; son activité caractéristique est bien celle du commerce de valeurs mobilières (les obligations font partie des valeurs mobilières) ; il le fait bien à court terme (il n'y a pas de définition de ce qu'est le « court terme » mais on pense à un temps allant d'une seconde à un maximum d'une année, avec en moyenne un période de 3 mois). Mais quid du chiffre d'affaires minimum de 5 milliards ? TradOblig fait des opérations de 100 à 400 millions, et on compte 30 à 40 opérations de ce type par année. On fait donc le calcul suivant : 100 millions x 30 = 3 milliards ; puis 400 x 40 = 16 milliards. Attention ! Il faut prendre en compte les achats et les ventes : en l'occurrence, dans les 30 opérations, il y a 15 achats et 15 ventes ; de même, dans les 40 opérations, il y a 20 achats et 20 ventes.

Remarque : quid si notre client ne veut justement pas être considéré comme négociant en valeurs mobilières ? On peut instaurer un logiciel de calcul afin de se rapprocher des 5 milliards sans le dépasser, logiciel qui bloquerait toutes les opérations pour éviter d'atteindre ce montant avant. Viable comme situation ? Non, on va se retrouver avec un stock de valeurs mobilières au lieu des liquidités et on risque d'avoir du mal à les vendre plus tard. En outre, les banques et les négociants ne vont pas nous attendre, quelqu'un d'autre va prendre notre place et on va disparaître du marché. En effet, on doit toujours être présent sur le marché et on ne peut pas disparaître pendant quelques mois pour revendre nos obligations et éviter de dépasser les 5 milliards. Cela n'a aucun sens. Il faut donc passer à la caisse et payer au minimum 300 – 400 mille francs par année à titre de frais.

Que peut faire TradOblig ? Elle doit arrêter d'agir pour son propre compte. Comment ? TradOblig a probablement plusieurs comptes auprès de la banque zurichoise, qui jusqu'à maintenant avait pour fonction de faire du back office. C'est une banque mais c'est très probablement aussi un négociant en valeurs mobilières (double autorisation ! le fait d'être banque n'implique pas le fait d'être aussi un négociant). La banque prend cette fois pour son propre compte les transactions et TradOblig continue d'intervenir sur le marché : elle va recevoir un mandat (394 ss CO) de la part de la banque zurichoise et va donc intervenir désormais au nom et pour le compte de la banque zurichoise. Ainsi TradOblig ne tombera dans aucune autre catégorie de négociant au regard de ses activités.

Partage des profits et des pertes du côté de la banque zurichoise donc. A quoi la banque zurichoise devrait-elle néanmoins faire attention ? Il faut bien définir qui sont des clients : ils ne faut pas qu'ils soient des intervenants au sens de l'art. 3 al.6 OBVM. Ce serait bien surtout de limiter le type des obligations qui vont être acquises en son nom et pour son compte pour TradOblig car si l'émetteur venait à tomber en faillite, le risque serait pour la banque en fin de compte.

### **Cas 5**



*AssetMan SA est un négociant suisse dûment autorisé par la FINMA. Cette société exerce notamment des activités de gérance de fortune. Dans ce cadre, elle transmet ses ordres d'achat et de vente de titres à la Trust Bank SA, à Genève, titulaire d'autorisations bancaire et de négociant LBVM. Conformément à l'accord passé entre AssetMan et Trust Bank, la première société touche 50 % des commissions de transfert de titres perçus par la banque (rétrocessions) ; c'est le lieu de souligner que ces rétrocessions n'entraînent aucun frais supplémentaire pour les clients, qui paient des commissions identiques à celles des clients de la banque.*

*a. Vous venez de reprendre le service juridique de la Trust Bank et le directeur de la banque vous interroge sur la manière de traiter ces rétrocessions.*

*b. La situation serait-elle différente si AssetMan n'était pas un négociant en VM ?*

Le travail d'AssetMan (A) est de transmettre des ordres à la Trust Bank (T). On nous dit qu'AM est un négociant en valeurs mobilières et qu'il est gérant de fortune. Quand est-ce qu'un gérant de fortune indépendant (« GFI ») est un négociant en valeurs mobilières ? Quand il achète et vend des valeurs mobilières pour le compte de tiers/clients puisqu'il intervient sur le marché pour le compte de ses clients, mais il agit en son nom sur le marché. Donc il a une activité de représentation indirecte. Pour rappel : dans le compte miroir, les avoirs se reflètent exactement auprès de la banque et on a un avantage ici en cas de faillite de la banque en question ou du gérant de fortune indépendant (comme ça on peut récupérer nos biens), ce qui n'est pas le cas dans le compte global.

Selon la donnée du cas d'espèce, il y a des rétrocessions, c.à.d. un partage des commissions (le gérant de fortune indépendant, c.à.d. A, touche 50 % des commissions de transfert de titres perçus par la banque). Quel est le risque évident en matière de rétrocessions pour le client ? L'augmentation des intérêts, car le portefeuille tourne (à chaque fois qu'il y a une transaction, on reçoit 50%). En outre, le second risque c'est que l'accord intervient entre le GFI et la banque, et le client ne sait pas du tout que les commissions ont été partagées : il ne voit que la transaction. Ainsi, on a ici deux problèmes : le conflit d'intérêts et la transparence pour le client.

Laissant de côté toute jurisprudence dans le domaine du mandat/en droit civil, est-ce qu'il y a des obligations du point de vue du négociant en valeurs mobilières ? Si on a un compte global dans le compte miroir, on a le GFI mais aussi la banque qui interviennent comme négociants en valeurs mobilières. En effet, si on a un gérant classique avec des clients qui ont des comptes ouverts en leur propre nom, ce n'est plus un négociant en valeurs mobilières, car il doit le faire au nom du client, puisque les opérations sont au nom du client et donc il sort totalement du cadre réglementaire.

Que fait-on des deux problèmes pour le client (le conflit d'intérêts et manque d'informations/transparence pour le client) ? **L'art. 11 LBVM** prévoit que le négociant a une obligation d'information à l'égard de ses clients s'agissant des risques et doit veiller en particulier à ce qu'il ne soit pas lésé en raison d'un conflit d'intérêts. Si on prend cette disposition dans son sens littéral uniquement, pas besoin de donner des informations sur le fait qu'un accord sur les rétrocessions a été passé. Par contre pour les conflits d'intérêts, la chose importante c'est qu'on doit informer le client du conflit d'intérêts. Ainsi, ne serait-ce que pour cela on a déjà l'obligation d'informer l'autre partie qu'on reçoit des rétrocessions ! Par ailleurs, **les règles de conduite de l'ASB** précisent l'art. 11 LBVM, mais elles ne sont pas aussi fortes que la loi. Néanmoins elles peuvent servir comme base additionnelle pour la dénonciation à la FINMA. Mais plus particulièrement, c'est la **directive sur la transparence de la FINMA 2008/10** qui est importante, notamment son annexe où on va trouver les règles de conduite au chiffre 10. Ce sont des règles de conduite qui font partie des standards minimaux en matière d'autorégulation en vertu de cette circulaire et leur impact c'est que d'une part les réviseurs doivent vérifier leur application, et d'autre part si on les viole, on va se retrouver dans une violation de la garantie d'une activité irréprochable, en l'espèce l'art. **10 al.2 let. d LBVM** en tant que négociant en valeur mobilières ou l'art. **3 al.2 let. c LB** en tant que banque.

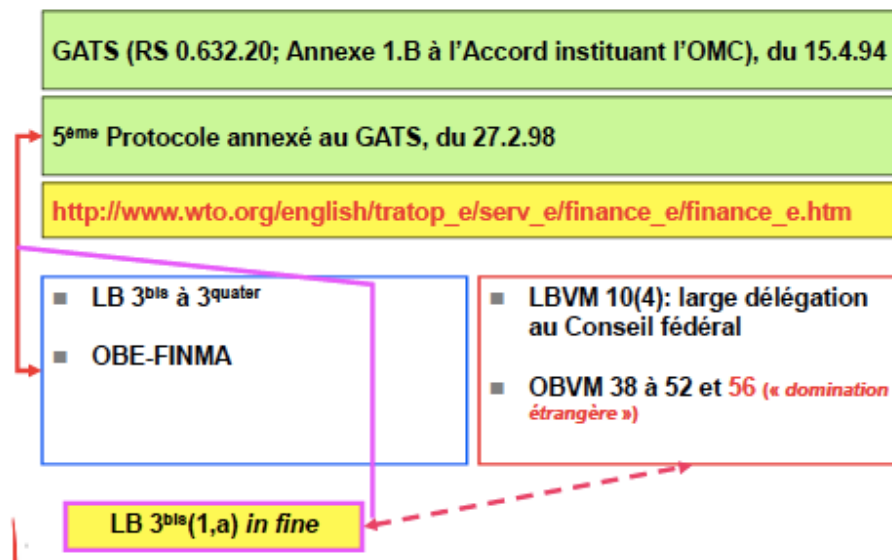
S'agissant des rétrocessions, on ne trouve rien dans les règles de conduite de l'ASB, y compris dans la version révisée de 2003. Que faire ? Peut-on quand même construire quelque chose sur ces règles de conduite ? **Art. 8 sur le conflit d'intérêts** : le négociant doit adopter des mesures d'organisation appropriées pour éviter le conflit d'intérêts (...). L'intérêt des clients ne doit pas être lésé par un tel conflit. Quelle serait la défense de la banque si on invoque ce point ? La banque n'est pas la tutrice de son client et en conséquence dans sa mesure ou on a fait le choix de confier à un GFI la gestion de notre portefeuille, on doit en principe en assumer les risques et la banque n'a pas les instruments du contrôle en principe pour aller vérifier qu'un portefeuille d'un

client tourne extrêmement vite pour générer des commissions. Mais ça reste le principe. En effet, la banque doit quand même faire attention si elle identifie qu'il y a de grosses commissions et que c'est très déraisonnable qu'un portefeuille tourne beaucoup. Il n'empêche que ce sera difficile de reprocher ce point-ci à la banque.

Sur le devoir d'information : dans la LBVM il porte sur les risques et pas sur d'autres informations, et quand l'ASB a rédigé cet article elle a pris comme base l'art. 11 LBVM. Quel est le devoir d'information d'une banque ou d'un négociant à l'égard de son client ? Le relevé. Y a-t-il des indications sur ce qu'on doit mettre ? Le décompte des transactions : **art. 7 par. 1**, qui se situe sous le devoir de diligence, et on doit y faire apparaître des rétrocessions ! Aujourd'hui suite à la JP du TF (cf. communication de la FINMA), les banques ont du rembourser à une partie de leurs clients les montants des rétrocessions qui avaient été payés.

## VI. Banques et négociants étrangers

### A. Sources



Pour comprendre ici le mécanisme mis en place dans la loi et les ordonnances, il faut se reporter à ce schéma. On commence par le droit international, à savoir le GATS (Accord général passé dans le cadre de l'OMC sur le commerce des services – *General Agreement for Trade and Services*) et qui fait partie du droit suisse. Les parties n'avaient pas réussi à s'entendre sur un véritable accord portant sur les marchés financiers – par contre elles ont réussi à se mettre d'accord sur un certain nombre de principes qui devaient gouverner la négociation, ce qui a donné lieu à une annexe, qui a ensuite servi de base pour élaborer un Protocole. Le GATS a été accepté par les Etats membres en 1994, et le Protocole en 1998.

Il faut savoir, s'agissant du droit de l'OMC, que dans un Protocole, chaque Etat membre prend des engagements « spécifiques » : il accepte d'ouvrir son marché (en l'espèce financier) d'une certaine façon, et certains Etats ont une vision qui peut être relativement ouverte (typiquement le cas de la Suisse et de l'UE) et d'autres Etats peuvent avoir une vision plus restrictive (comme l'Inde). Comme le droit de l'OMC n'est pas fondé sur le principe de réciprocité, le fait que la Suisse ait ouvert largement son marché, les banques indiennes pourront venir s'y installer librement, mais pas l'inverse (ou en tout cas à des conditions très restrictives). Cela est important parce que dans le cadre de la loi on a repris ces principes et donc on les a intégrés dans la législation interne (on le voit en particulier aux art. 3bis à 3quater de la LB). Cf. notamment art. 3bis al.1 let. a sur la réciprocité : le principe c'est la réciprocité, mais l'exception ce sont les engagements internationaux (2<sup>ème</sup> phrase), typiquement ceux pris dans le cadre du GATS et du 5<sup>ème</sup> Protocole.

La façon dont la réglementation a été faite : on a ces articles 3bis à 3quater ainsi que l'OBE-FINMA. Cette ordonnance sur les banques étrangères émise par la FINMA s'applique aux banques étrangères au sens strict (succursales et bureaux de représentation), et les articles 3bis à 3quater s'applique aux banques étrangères au sens large. En parallèle, dans le cadre des négociants en valeurs mobilières, on a l'art. 10 al.4 LBVM, qui prévoit que le Conseil fédéral fixe les conditions d'octroi d'exercer en Suisse pour l'activité de négociant sans siège ni succursale en Suisse. C'est une délégation législative très large qui a été donnée au CF. pour définir le statut des ces négociants étrangers. Ensuite on a les articles 38 à 52, ainsi que l'art. 56 OBVM.

## B. Notions

<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Banques en mains étrangères:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ LB 3<sup>bis</sup>(3): « ...banque <u>organisée selon le droit suisse</u> et dans laquelle les participations qualifiées étrangères directes ou indirectes s'élèvent à plus de la moitié des voix ou qui est dominée d'autre manière par des étrangers. » =&gt; <b>Notion d'étrangers (lit. a et b)</b></li> </ul> </li> <li>■ <b>Banques étrangères (OBE-FINMA):</b> « ...organisée selon le <u>droit étranger</u> » (OBE-FINMA 1)           <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Succursale</li> <li>▪ Représentation</li> </ul>           } OBE-FINMA 2         </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Négociants « suisses »:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Pas de « négociant en mains étrangères »</li> <li>▪ Règle de OBVM 38(2) sur la <b>direction effective</b></li> </ul> </li> <li>■ <b>Négociants étrangers (OBVM):</b> <b>notion large</b> qui va au-delà de celle de négociant =&gt; OBVM 38(1):           <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Succursale (OBVM 39[1,a,1])</li> <li>▪ Représentation (OBVM 39[1,a,2])</li> </ul> </li> </ul> <div style="background-color: #e0e0e0; padding: 5px; margin-top: 5px;"> <b>Introducing broker</b>            =&gt; Circ. FINMA 08/5, § 54 ss         </div>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

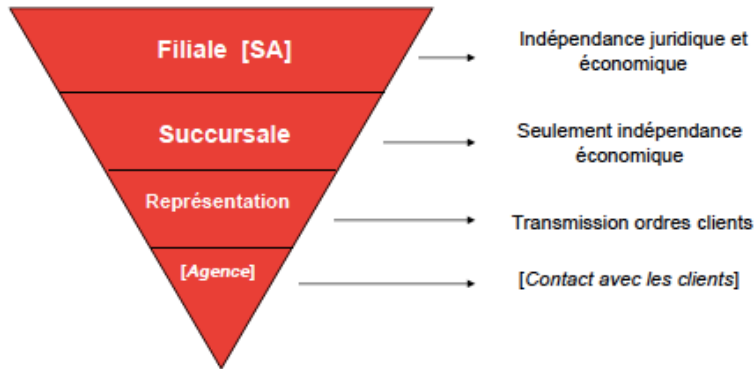
On a deux types de **banques étrangères** :

- **Banques en mains étrangères** : on est en présence de banques organisées sous la forme de droit suisse (donc SA), elles ont donc leur siège social en Suisse mais on a un contrôle exercé dessus par des personnes considérées comme des étrangers (la définition d'étranger dans ce cadre là apparaît à l'art. 3bis al.3 LB).
- **Banques étrangères** : elles sont organisées selon le droit étranger (art. 1 OBE-FINMA). Il s'agit du sens étroit du terme. Ce sont celles, et uniquement celles régies par l'OBE-FINMA. Ces banques ont, en Suisse, ou bien une succursale, ou bien une représentation.

On a deux types de **négociants** :

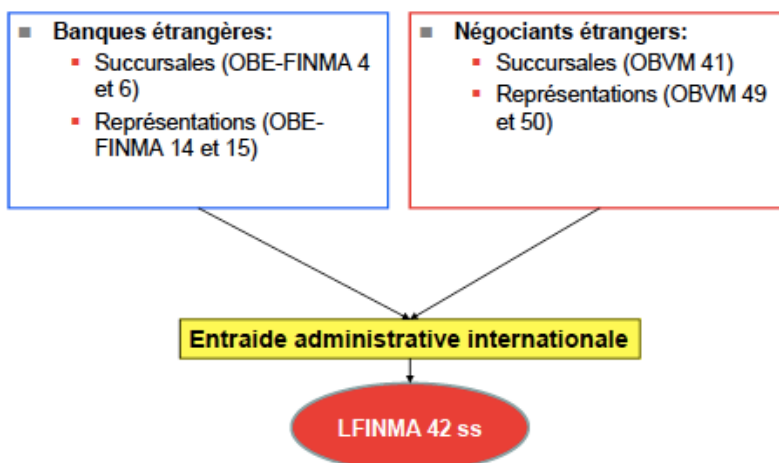
- **Négociants « suisses »** : contrairement à ce qu'on avait vu lorsqu'on avait abordé le régime d'autorisation, on a pas retransposé dans le cas des négociants le régime que l'on avait pour les banques étrangères : donc on a uniquement des négociants suisses, il n'y a pas de « négociant en mains étrangères ». Si un négociant était constituée en SA de droit suisse, détenue à 100% uniquement par des étrangers, ce serait quand même un négociant suisse, contrairement au statut des banques en mains étrangères ! Règle importante de l'art. 38 al.2 OBVM sur la direction effective, qui prévoit que ce qui compte c'est véritablement de vérifier où se situe cette direction effective du négociant. Exemple fictif : société du Panama qui aurait une activité de négociant (p.ex teneur de marché) qu'elle exercerait essentiellement depuis la Suisse, avec un bureau à Genève et un site Internet administré depuis la Suisse, avec un compte en Suisse, etc. Le fait qu'elle soit constituée sous la forme d'une société panaméenne ne changera rien, puisque la direction effective est en Suisse : elle sera donc inscrite au Registre du Commerce et elle devra remplir toutes les conditions d'autorisation requises pour ce type d'activité.
- **Négociants étrangers (OBVM)** : la notion de négociant étranger va en fait au delà des catégories que l'on a habituellement dans la LBVM et dans l'OBVM. L'art. 38 OBVM contient une définition très large.

## C. Structures « étrangères »



Sur le schéma, plus on descend, moins on a de présence en Suisse. La **filiale** est une SA créée selon le droit suisse et typiquement la filiale va être une banque en mains étrangères ou un négociant « suisse ». Elle a une indépendance à la fois juridique et économique. Dans la **succursale** on n'a pas d'autonomie juridique, il s'agit d'un établissement accessoire installé en Suisse et qui dépend d'un établissement principal qui lui est situé à l'étranger, elle n'est pas constituée sous forme de SA. Quelle est la différence entre les deux premières ? Il n'y a pas de Conseil d'administration, d'Assemblée générale etc dans la succursale, contrairement à la filiale. Le **bureau de représentation** sert essentiellement à transmettre des ordres ou recevoir des clients et de maintenir le contact avec le client, ou bien de transmettre des ordres de personnes résidentes dans le pays. C'est aussi un établissement dépendant d'un établissement principal, mais en termes de présence et d'autonomie on est à un niveau inférieur à la succursale. Jusqu'à la fin des années 2010, on avait l'institution de **l'agence** qui était vraiment une « planque », qui était là uniquement pour maintenir le contact avec les clients, il n'y avait même pas de transmission d'ordres. Mais elle a été supprimée de la réglementation depuis.

**D. Conditions d'autorisation**



Les conditions d'autorisations se trouvent dans les articles listés ci-dessus. Le principe est simple : pour avoir une succursale ou un bureau de représentation en Suisse, il y a deux conditions principales (en plus de quelques autres) : d'une part d'avoir une autorisation soit en tant que banque, soit en tant que négociant à l'étranger (donc que l'établissement principal soit au bénéfice de l'autorisation), d'autre part l'autorité étrangère qui a donné l'autorisation coopère et soit à même d'échanger des informations avec la Suisse, et exerce une surveillance consolidée sur l'établissement (l'autorité qui surveille l'établissement principal doit aussi surveiller l'établissement accessoire).

**E. Régime applicable**

- Dispense sur le plan des fonds propres et de la répartition des risques (OBE-FINMA 3 ; OBVM 41(4) et 49(3)), parce que celles-ci sont faites au niveau de l'établissement principal et c'est l'autorité étrangère qui va vérifier cela.
- Pour les succursales cependant, fourniture de sûretés lorsque la protection des créanciers l'exige (OBE-FINMA 7 ; OBVM 44) : cela signifie typiquement une garantie donnée par une banque suisse pour des créances de la succursale, cela arrive de temps en temps mais pas aussi fréquent que cela.
- Souplesse dans l'établissement des comptes de la succursale (OBE-FINMA 8 ; OBVM 45).
- Autrement mêmes règles (OBE-FINMA 3 ; OBVM 40(1)), p.ex en matière de tenue du journal et du *reporting* pour les négociants (= LBVM 15 ; OBVM 41(4) et 49(3) *a contrario*) :

## VII. Banques et négociants étrangers : cas pratique

---

### Cas 6

*La société SwissInvest SA se présente au public comme un « introducing broker ». En particulier, elle met en contact des investisseurs privés qu'elle démarché en Suisse ou à l'étranger avec un nombre limité d'agents de change et d'autres courtiers en titres étrangers (« brokers »), essentiellement à New York. Son rôle principal est de recueillir les ordres de transactions de ces investisseurs privés et de les transmettre aux brokers étrangers, avec lesquels elle a passé un contrat lui donnant droit à une part de 50 % des commissions encaissées. Veuillez apprécier juridiquement les quelques situations suivantes :*

- a) *SwissInvest est une filiale à 100 % de la Heyman Sisters, Inc., un broker américain d'envergure et de réputation mondiales. L'ensemble des transactions des investisseurs privés évoqués ci-dessus est adressé exclusivement à Heyman Sisters, à New York.*

Si c'est une filiale, cela signifie qu'elle a une indépendance à la fois juridique et économique. Elle va transmettre des ordres. Circulaire FINMA 2008/05 par. 54ss :

*« L'activité du « introducing broker » comprend en résumé l'intermédiation en Suisse d'opérations de négoce pour le compte de négociants étrangers. Ainsi les conditions stipulées à l'art. 39 al.1 let. a ch. 2 OBVM pour exercer l'activité de représentation en Suisse d'un négociant étranger, qui est soumise à autorisation, sont en principe remplies. Les activités des « introducing brokers » en Suisse sont toutefois plus ou moins marquées en fonction des liens que ces derniers entretiennent avec le négociant étranger qu'ils représentent; un traitement différencié est donc indiqué en ce qui concerne leur assujettissement à la loi sur les bourses. Les activités suivantes sont ainsi soumises, au sens de l'art. 39 al. 1 let. a ch. 2 OBVM, à la loi sur les bourses en tant que représentation d'un négociant étranger. Dans ces cas l'autorisation est accordée non pas à la représentation suisse, mais au négociant étranger.*

- a. *Le négociant étranger occupe en Suisse des personnes qui font partie intégrante de son organisation et qui agissent pour lui en qualité d'intermédiaires et transmettent des ordres.*
- b. *Le négociant étranger dispose d'une filiale en Suisse (qui n'est pas un négociant de droit suisse) portant sa raison sociale ou une raison sociale similaire qui agit en qualité d'intermédiaire et transmet des ordres pour le premier.*
- c. *Le négociant étranger conclut avec des personnes physiques ou morales en Suisse des contrats de représentation exclusive pour agir en qualité d'intermédiaire. La représentation en Suisse agit comme seule représentante du négociant étranger. Elle perçoit des honoraires sur mandat (le plus souvent des rétrocessions).*
- d. *Le négociant étranger conclut avec des personnes physiques ou morales en Suisse des contrats sans clause d'exclusivité pour agir en qualité d'intermédiaire, mais il autorise la représentation à utiliser sa raison sociale. La représentation perçoit aussi dans ce cas des honoraires sur mandat.*

*Contrairement à ce qui précède en ce qui concerne les rapports entre le négociant étranger et la représentation en Suisse, les hypothèses suivantes ne tombent pas sous le coup de l'art. 39 al. 1 let. a ch. 2 OBVM :*

- e. *Le négociant étranger conclut avec des personnes physiques ou morales en Suisse des contrats sans clause d'exclusivité pour agir en qualité d'intermédiaire et n'autorise pas l'intermédiaire à utiliser sa raison sociale.*
- f. *Il n'existe pas d'accords contractuels particuliers au sens des let. a– e entre l'intermédiaire en Suisse et le négociant étranger pour lequel il agit en qualité d'intermédiaire et auquel il transmet des ordres.»*

Le négociant suisse a une activité selon l'art. 3 OBVM. Est-ce que celui qui se situe à l'étranger a le même type d'activité (teneur de marché, maison d'émission, négociant en valeurs mobilières, etc) ? Non, car la direction effective n'est pas en Suisse et surtout c'est pas lui qui va intervenir pour le compte de clients, mais l'entreprise qui se trouve à l'étranger. Il ne fait que transmettre des ordres à cette entreprise.

Est-ce que cette activité là fait des Heyman Sisters un négociant étranger qui aurait une succursale ou un bureau de représentation en vertu des articles 38 ss OBVM ? Elle est détenue à 100% et fait partie intégrante de son organisation. Si les activités accomplies sont de manière exclusive pour la société américaine et qu'elle fait partie intégrante de l'organisation, c'est Heyman Sisters qui va devoir demander l'autorisation, même si elle a une filiale. Donc let. a Circ. 2008/05.

Il y a une clause d'exclusivité aussi (« sont adressées exclusivement à Heyman Sisters »), donc cela tombe sous la let. c Circ. 2008/05. Cette hypothèse tombe donc à la fois sous ces 2 lettres (a et c).

- b) *SwissInvest n'a aucun lien structurel avec un broker étranger quelconque et adresse les ordres au mieux des intérêts des investisseurs qui la contacte, selon des critères objectifs comme le type de titre visé ou les coûts entraînés par la transaction.*

Aucune exclusivité, aucun lien structurel, pas d'utilisation de la raison sociale. Pas d'accord contractuel. Donc ici cette hypothèse tombe sous la let. f Circ. 2008/05 et il n'y a pas besoin d'autorisation pour exercer les activités en question. Il n'y a pas de négociant étranger. Pourquoi pas let. e malgré le contrat de 50% sur les commissions ? On passe de toute façon un contrat, ce n'est pas un accord contractuel particulier (d'exclusivité).

- c) *SwissInvest n'a aucun lien structurel avec un broker étranger quelconque, mais est au bénéfice d'un contrat d'exclusivité réciproque avec Heyman Sisters, Inc. L'ensemble des transactions des investisseurs privés évoqués ci-dessus est adressé exclusivement à Heyman Sisters, à New York. En outre, elle fait apparaître sur son papier à en-tête et dans sa publicité la mention « a Heyman Sisters introducing broker ».*

Il y a un contrat d'exclusivité et SwissInvest utilise la raison sociale d'Heyman Sisters. Donc ici cette hypothèse tombe sous la let. c Circ. 2008/05. On soumet ce cas là a une autorisation parce que la FINMA considère qu'il y a un vrai bureau de représentation, on emploie des personnes (certes qui dépendent d'autres sociétés), mais elles utilisent leur raison sociale et en plus il y a une clause d'exclusivité ce qui crée une représentation au sens de l'art. 39 OBVM.

## VIII. Placements collectifs de capitaux

---

### i. GENERALITES

## A. Définition et sources

### ■ Constitution

- Art. 95
  - Art. 97
  - Art. 98 I et II
  - Art. 122
- } **Bases indirectes**
- } **Bases directes**

### ■ Loi et ordonnances

- aLFP (1966 et 1994)
- LPCC 2006, révisée dès les 1.3.2013, 1.6.2013 et 1.1.2014
- OPCC 2006, révisée dès les 1.3.2013 et 1.1.2014
- OPC- FINMA 2014, dès 1.1.2015
- OFPC-FINMA 2012, dès le 1.3.2013

S'agissant des placements collectifs de capitaux (ci-après : PCC), on a une densité réglementaire et législative tout de même relativement importante : en résumé, les bases constitutionnelles insistent sur la protection des investisseurs. L'aLFP est l'ancienne loi sur les fonds de placement qui a ensuite été révisée. Aujourd'hui la loi qui s'applique est la LPCC (Loi sur les placements collectifs de capitaux). Deux ordonnances d'application principales : OPCC (ordonnance du Conseil fédéral) et l'OPC-FINMA (ordonnance de la FINMA). Enfin s'agissant de l'OFPC-FINMA concerne la mise en faillite d'un véhicule de placements collectifs (on a des règles spéciales pour ce cas là).

### ■ Circulaires FINMA:

- Circ. FINMA 13/9: **Distribution** au sens de la législation sur les placements collectifs de capitaux
- Circ. FINMA 09/1 (révisée): Règles-cadres pour la gestion de fortune

### ■ Autorégulation (Swiss Funds Association – SFA):

- LPCC 3 II,c,3; 14 II; 20 II
- OPCC 27
- Circulaire FINMA 08/10 (annexe mise à jour)

### ■ Droit européen:

- Directives 2001/34 et 2003/71 (prospectus)
  - Directives 2004/39 (MiFID) et 2014/65 (MiFID2) + [7.4.16](#)
  - Directive 2009/65 (OPCVM)
  - Directive 2011/61 (AIFM)
  - Droits nationaux des Etats membres de l'UE (ex. Luxembourg)
- } LPCC 53 + 152 II

Concernant la circulaire 2013/9, on a centré véritablement les aspects liés au placement collectif sur cette notion de « distribution ». Cette circulaire est très importante mais aussi utile parfois pour comprendre la notion d'offre au public quand on parle de banque ou de négociant, tout simplement parce qu'elle est récente, bien détaillée et bien rédigée. La circulaire 2009/1 vise à permettre d'accepter ces règles-cadres pour la gestion de fortune, de fixer véritablement les standards que l'on attend dans ce cadre-là.

En matière d'autorégulation, plusieurs normes de la LPCC ou de l'OPCC et bien sûr la fameuse Circulaire 08/10. Ces différents textes intègrent l'autorégulation dans le domaine des PCC.

S'agissant du droit européen, on a différentes directives. Le droit EU influence le droit suisse, et dans le domaine de PCC, par le biais des art. 53 et 152 al.2 LPCC intègre véritablement toute une partie de la réglementation européenne en matière de PCC dans la réglementation suisse. Dans quel but ? Il y a beaucoup de banques suisses qui ont des filiales à l'étranger, en particulier au Luxembourg, et il y a une véritable industrie des PCC au Luxembourg. Ainsi une grande partie des PCC en Suisse viennent de l'EU et en particulier de Luxembourg. Il y avait donc un intérêt de protection et de réglementation vis à vis des investisseurs. Objectifs de compétitivité et d'eurocompatibilité.



COMMISSION  
EUROPÉENNE

Bruxelles, le 7.4.2016  
C(2016) 2031 final

**DIRECTIVE DÉLÉGUÉE (UE) .../... DE LA COMMISSION**

du 7.4.2016

complétant la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la sauvegarde des instruments financiers et des fonds des clients, les obligations applicables en matière de gouvernance des produits et les règles régissant l'octroi ou la perception de droits, de commissions ou de tout autre avantage pécuniaire ou non pécuniaire

**2. Résumé et méthode**



S'agissant du but de la loi, on vise avant tout les investisseurs à l'égard de toute une série de personnes qui ont besoin d'une autorisation pour pouvoir pratiquer/exercer leur activité sur les marchés de placement de capitaux. La notion de placement collectif se trouve à l'art. 7 LPCC qui pose en fait deux principes : a) lorsque on se trouve en présence d'un PCC il faut qu'il y ait des apports de différents investisseurs, mais ces apports doivent être fait avec comme objectif b) la gestion en commun pour le compte de ces investisseurs. S'agissant du régime d'autorisation, lorsqu'on parle d'autorisation le reflexe est d'aller regarder l'art. 13 LPCC. Cette disposition nous donne la liste de toutes les personnes physiques ou morales qui ont besoin d'obtenir une autorisation (8 personnes).

**B. Régime d'autorisation (LPCC 13)**



**Art. 13** Obligation d'obtenir une autorisation

<sup>1</sup> Quiconque administre des placements collectifs, les garde ou les distribue à des investisseurs non qualifiés doit obtenir une autorisation de la FINMA.<sup>34</sup>

- <sup>2</sup> Doivent demander une autorisation:
- a. la direction;
  - b. la SICAV;
  - c. la société en commandite de placements collectifs;
  - d. la SICAF;
  - e.<sup>35</sup> la banque dépositaire de placements collectifs suisses;
  - f.<sup>36</sup> le gestionnaire de placements collectifs;
  - g. le distributeur;
  - h. le représentant de placements collectifs étrangers.

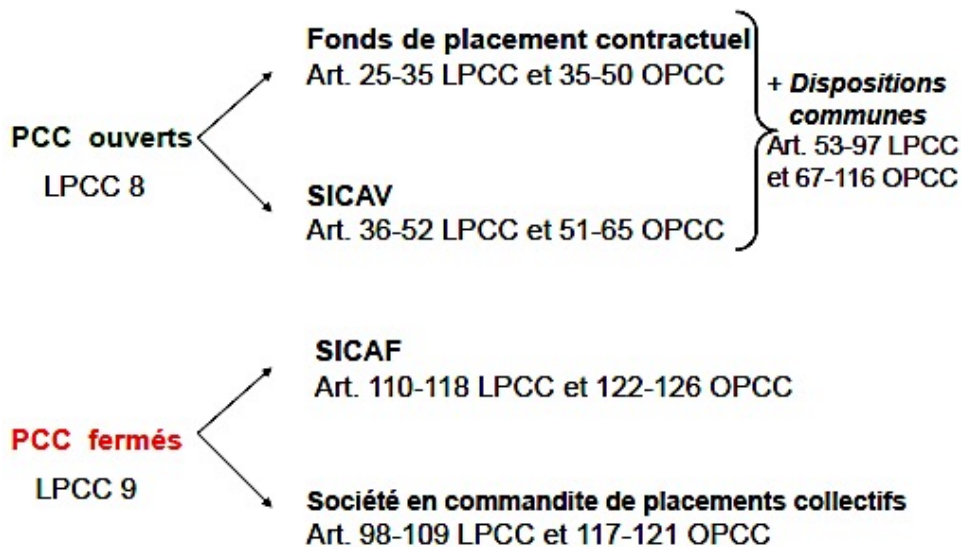
<sup>3</sup> Le Conseil fédéral peut libérer de l'obligation d'obtenir une autorisation les gestionnaires de placements collectifs, les distributeurs et les représentants soumis à une autorité de surveillance étatique équivalente à la FINMA.<sup>37</sup>

<sup>4</sup> ...<sup>38</sup>

<sup>5</sup> Les personnes mentionnées à l'al. 2, let. a à d, ne peuvent s'inscrire au registre du commerce qu'une fois en possession de l'autorisation de la FINMA.

**C. Formes de placements collectifs**

**i. PCC ouverts et fermés**



La loi décline la notion de placements collectifs en quatre variantes groupées en deux catégories :

- PCC ouverts, définis à l'art. 8 LPCC : Le placement collectif ouvert donne à l'investisseur le droit d'exercer un droit de rachat pour la part de l'investisseur. Après on ne peut pas forcément prétendre au même prix, la valeur peut être moindre ou augmentée, c'est le simple fait de racheter qui est autorisé.
  - o Fonds de placement contractuel.
  - o SICAV : à caractère variable.
- PCC fermés, définis à l'art. 9 LPCC : pas un droit de rachat en tout temps, seulement à certaines conditions ou un certain délai.
  - o SICAF : à caractère fixe.
  - o Société en commandite de placements collectifs.

## ii. PCC étrangers (LPCC 119-125 et OPCC 127-133)

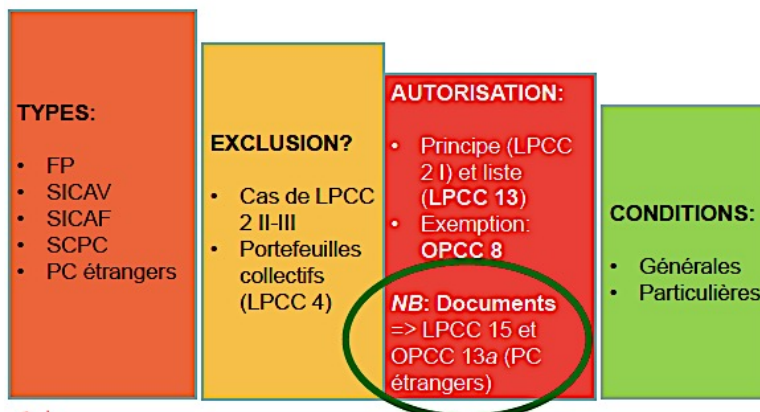
- Ouverts ou fermés (LPCC 119) : ça peut être soit un contrat conforme au droit suisse, soit un contrat différent mais avec les mêmes effets.
- Notion large, p.ex :
  - o « Fortunes » (al.1, lit. a) et « fortunes analogues » (al.1, lit. b).
  - o « Ayant les mêmes effets » (al.1 lit. a)

Ainsi, peu importe la forme, on n'a pas limité cela à une SICAV étrangère : n'importe quelle société peut entrer dans le cas de l'art. 119 al.1 let. b LPCC. Même chose pour l'al.2 s'agissant des placements collectifs étrangers fermés.

## ii. AUTORISATIONS ET CONDITIONS

### A. Récapitulation

Art. 2 al.2 et art. 2 al.3 LPCC : il y a une liste de personnes/d'intermédiaires financiers qui de part leur statut même n'ont pas besoin d'obtenir leur autorisation.



Le mécanisme de 13 LPCC concerne toute une série d'acteurs (8). On a un mécanisme centré sur le produit financier visé par le biais des autorisations.

### B. Fonds de placement contractuels

- Caractéristiques du contrat :
  - o Contrat tripartite (LPCC 25) : la direction, le gestionnaire du fonds et la banque dépositaire mais aussi le client (donc 4 parties en réalité)
  - o Contenu minimal (LPCC 26 et OPCC 35a)
  - o Nature juridique : contrat *sui generis* qui s'apparente au mandat.
- Pas de personnalité juridique du fonds : lorsqu'on veut faire valoir nos droits, on va le faire à l'encontre de la direction, de la banque dépositaire, du gestionnaire, voire des trois.
- Investisseur :
  - o Créance envers la direction
  - o Droit de rachat
- En cas de faillite de la direction → distraction de la fortune collective (LPCC 35)

### C. SICAV – Société d'investissement à capital variable

- Définition (LPCC 36), variable parce qu'on peut entrer et sortir, c'est un PCC ouvert, donc avec les mécanismes du droit de rachat et ce capital va véritablement varier.
- SA → application supplétive règles CO (LPCC 37), même si on applique le droit de la SA à titre supplétif, ce caractère variable est justement différent de celui de la SA !
- Actionnaires
  - o Entrepreneur

- Investisseurs
- Actions
  - Sans valeur nominale (LPCC 40 II)
  - Intégralement libérées (LPCC 40 II)
  - Actions entrepreneur sont nominatives (LPCC 40 I)
  - Possibilité de prévoir plusieurs catégories (LPCC 40 IV, 92 et 94)

#### D. Conditions générales d'autorisation

- Conditions (notamment) (LPCC 14) :
  - GAI, bonne réputation et qualifications professionnelles appropriées (OPCC 10), nous donne l'équivalent de la garantie d'une activité irréprochable.
  - Organisation appropriée (OPCC 12 et 12a (*compliance*)).
  - Garanties financières suffisantes (OPCC 13)
  - Documents à présenter (OPCC 7)
- Modification des conditions → autorisation ou approbation préalable (LPCC 16 ; OPCC 14 et 15)
- Procédure simplifiée (LPCC 17 et OPCC 16-18)

#### E. Dispositions communes aux fonds de placement et SICAV

- Choix de la banque dépositaire qui (LPCC 73) :
  - Garde la fortune collective
  - Emet et rachète les parts
  - Gère le trafic des paiements
  - Pourquoi a-t-on besoin d'une banque *dépositaire* ? Pour éviter les conflits d'intérêts et pour la protection des investisseurs et de leurs créances En effet, en cas de problème, la volonté du législateur était de permettre la distraction du patrimoine, et donc la meilleure façon de l'isoler était de le sortir du contrôle de la direction.
- Publication du prospectus (LPCC 75 et OPCC 106 → Annexe 1), vise à donner des éléments d'information.
- Publication du prospectus simplifié (LPCC 76 et OPCC 107 (fonds immobiliers) → Annexe 2)
- Informations clés (LPCC 76 ; OPCC 107a ss → Annexe 3) : on doit les trouver et ils doivent être mis à disposition des investisseurs.
- Droit de rachat (LPCC 78 ss et OPCC 109 ss), élément essentiel.
  - Restrictions (LPCC 79)
  - Suspension (LPCC 81), il peut arriver que le fonds ou la SICAV se trouve dans une situation avec certaines difficultés de liquidités et dans ce cas là le droit de rachat peut être suspendu : mais c'est une décision prise par le juge.
- Dissolution (LPCC 96-97)

#### F. FP contractuels

- Tous les contrats concernant le même fonds, segment ou compartiment sont égaux. Comme on peut avoir des fonds de placement qui sont constitués de plusieurs segments et qu'on peut investir dans ces segments (on parle parfois de *Umbrella fonds*), dans chacun d'eux le principe doit toujours être celui de l'égalité (chaque investisseur doit être traité de manière égale sans égard à combien ils ont investi dans le fonds en question et peu importe leur quote-part).
- Direction du fonds :
  - Doit toujours être toujours constituée sous la forme d'une SA (LPCC 28)
  - Avec un siège en Suisse (LPCC 28)
  - Avec un capital minimum : CHF 1 million (OPCC 43)
  - Avec des fonds propres calculés selon la fortune totale, max. 20 millions (OPCC 48)
  - Cette SA peut avoir plusieurs buts possibles (LPCC 29), typiquement à la fois une fonction de direction de placements collectif, un rôle de banque et un rôle de négociant en valeurs mobilières (déconseillé selon le Prof, vaut mieux segmenter ces activités là, mais en soit c'est possible néanmoins).

- Fortune minimale du fonds lui-même après 1 an : CHF 5 millions (OPCC 35 II), c.à.d. que les investisseurs aient apporté 5 millions au moins.

#### G. SICAV

- Actionnaire entrepreneur :
  - o Constitue la SICAV
  - o Fait un apport minimal
    - CHF 500'000.- (OPCC 54 I) : SICAV autogérée (OPCC 51 I) ou SICAV à gestion externe (OPCC 51 II) dans hypothèse de OPCC 54 I
    - CHF 250'000 (OPCC 54 II) : SICAV à gestion externe dans hypothèse de OPCC 54 II
  - o Peut décider de sa dissolution (si conditions de l'art. 96 II let. a LPCC sont remplies), puisqu'il a fait cet apport le plus important et a pris ce risque d'entrepreneur, on lui donne également cette possibilité.
- But : gestion PCC uniquement (LPCC 36 I let. d et OPCC 52)
- Statuts (LPCC 43) et règlement (LPCC 44)

#### H. SICAF – Société d'investissement à capital fixe

- SA : application supplétive des règles du CO (LPCC 112)
- Caractéristiques :
  - o Non cotée à la bourse suisse (LPCC 110 I let. c), ne peut jamais l'être.
  - o Ouverte à tous les investisseurs (LPCC 110 I let. b)
  - o But unique : placement collectif (LPCC 110 I let. a)
- Utilisée pour les investissements *private equity* (investissements privés fait dans une société, typiquement des start-up, donc risqués) et placements immobiliers
- Statuts et règlement eux aussi doivent être approuvés par la FINMA
- Publication du prospectus (LPCC 116)

#### I. Société en commandite de placements

- Société en commandite : application supplétive des règles du CO (LPCC 99)
- Utilisée pour les investissements en capital risque (LPCC 103 I et OPCC 120) ou autres placements (LPCC 103 II et OPCC 121), comme la SICAF d'ailleurs, mais moins populaire.
- But uniquement : placement collectif (LPCC 98 I)
- Associés :
  - o Indéfiniment responsables (LPCC 98 I et II)
    - Minimum 1
    - SA de droit suisse
    - Seule responsable de la gestion mais qu'elle peut déléguer
  - o Commanditaires (LPCC 98 III) : investisseurs qualifiés
- Contrat de société (LPCC 102 et OPCC 119) entre les associés et les commanditaires
- Publication du prospectus (LPCC 102)

#### J. PCC étrangers (LPCC 119-125 et OPCC 127-133)

- Caractéristiques (rappel) : ouverts ou fermés (LPCC 119). Lorsqu'on a qualifié l'état de fait et de considérer qu'on est par hypothèse en présence d'un placement collectif étranger, on peut alors passer à l'étape de 120 al.1 et 120 al.2 LPCC.
- Obligation d'obtenir approbation pour leur distribution en ou à partir de la Suisse (LPCC 120 I). L'art. 120 al.1 LPC demande ou exige plus exactement des distributeurs (ceux qui distribuent ces parts de placements collectifs) d'avoir une autorisation pour la distribution des ces parts. On pense alors à l'art. 13 LPCC ou on a la liste des personnes physiques ou morales des personnes qui ont besoin d'une autorisation. Ensuite il y a une série de conditions à l'art. 120 al.2 LPCC.
- Conditions pour l'approbation (LPCC 120 II) :
  - o **Surveillance dans l'état d'origine** (siège de la direction ou de la société), qui doit être équivalente à celle qu'on aurait en Suisse.

- **Conformité à la LPCC** en ce qui concerne les droits des investisseurs et la politique de placement, c.à.d. que les investisseurs doivent avoir des droits équivalents à ceux qu'ils auraient en vertu du droit Suisse et une protection équivalente à celle de la FINMA, mais donnés à l'étranger.
- Dénomination non trompeuse (OPCC 127).
- Représentant et service de paiement en Suisse : contrat écrit (OPCC 128).
- Convention de coopération et d'échange de renseignements entre la FINMA et les autorités de surveillance étrangères
- Autorisation pour le représentant (LPCC 123-125)
  - Capital minimal : CHF 100'000 (OPCC 131)
  - Autres, comme RC (OPCC 131a ss)
- Trois niveaux de surveillance
  - Surveillance par l'Etat d'origine
  - Approbation du fonds en Suisse
  - Autorisation du représentant

#### K. Les intervenants : les investisseurs

- Protection au sens large (LPCC 1)
- Investisseurs qualifiés :
  - Liste exhaustive (LPCC 10 III-IV et OPCC 6)
  - Régime de OPCC 6 et 6a applicable aux « particuliers fortunés » (HNWI)
- Cas des clients de GFI (LPCC 3 II, let. c)

#### L. Les intervenants : directions, SICAV, SICAF, Société en commandite de placements et représentant PCC étrangers

- Conditions d'autorisation en général
- Règles de conduite (LPCC 20 et OPCC 31-34)
  - Devoir de fidélité
  - Devoir de diligence
  - Devoir d'information

#### M. Les intervenants : distributeurs

- Autorisation (OPCC 30 et 30a)
- Notions de proposition et de publicité (LPCC 3 et 10 ; OPCC 3 ; Circ.-FINMA 13(9), Cm 4 ss)
- Règles de conduite (LPCC 20 et OPCC 31-34)
  - Devoir de diligence
  - Devoir de fidélité
  - Devoir d'information

#### N. Cas particulier : produits structurés (LPCC 5)

Ils n'entrent (en principe) pas dans le champ d'application de la LPCC, mais ils peuvent être offerts en Suisse si :

- Ils sont émis garantis ou distribués par une banque, un négociant, une assurance (aussi étrangers si soumis à surveillance)
- Ils publient un prospectus simplifié

## IX. Placement collectifs : cas pratiques

---

### Cas 7

*Trust Investment Fund Ltd (« Trust ») est une société ayant son siège aux Bermudes qui investit dans diverses sociétés cotées, actives dans les domaines de la recherche médicale et pharmaceutique. Les statuts de Trust prévoient notamment que ses « actionnaires » peuvent en tout temps, moyennant un préavis d'un mois pour la*

*fin d'un mois, obtenir le rachat de leurs titres à une valeur calculée par l'organe de révision de la société. Trust voudrait vendre ses actions en Suisse et, pour ce faire, elle va envoyer sa brochure, dans un premier temps, à quelque 1'500 personnes exerçant une profession libérale dans le canton de Genève. Pour souscrire, elles n'auront qu'à contacter la société, dont les coordonnées sont sur ladite brochure. Comment analysez-vous cette situation du point de vue de la surveillance des marchés financiers ?*

Note : Lorsqu'on a « Trust Investment » c'est typiquement pour des placements collectifs, contrairement à la simple dénomination de « Trust ».

La première question que l'on se pose, c'est si c'est un placement collectif étranger. On en trouve la définition à l'art. 119 let. b LPCC, puisqu'il s'agit d'une société. Quid du rachat en « tout temps » ? En l'espèce il y a un préavis mais on peut être plutôt souple et considérer ici que c'est un placement ouvert. On est bel et bien en présence d'un véhicule de placement collectif étranger ici.

La seconde question est quelles sont les conséquences de cette situation ? Premièrement, le distributeur doit obtenir une autorisation pour distribuer ses parts de placements (**distribution autorisée, 1<sup>ère</sup> condition**). On retrouve la définition de distribution à l'art. 3 LPCC et on voit que ça correspond en partie à ce qu'on appelait auparavant d'appel au public. La on considère que tout acte de distribution (donc le fait d'essayer de placer ses parts) sont compris dans cette définition. En l'espèce, pas de doute puisqu'on envoie des brochures à environ 1'500 personnes. Quid du **représentant (2<sup>ème</sup> condition)** ? C'est qqn à qui on peut s'adresser en Suisse et qui va être en charge des différents paiements ou à qui on s'adresse pour les rachats de nos parts. Quid de la **surveillance équivalente dans l'état d'origine (3<sup>ème</sup> condition)** ? Ici on est en dehors de l'UE. Donc on ne va pas considérer qu'on a une surveillance équivalente en l'espèce, en particulier parce qu'il s'agit des Bermudes. Le fait de pas avoir une surveillance équivalente ferait qu'on s'arrête là mais on continue tout de même l'exercice. Quid de la **protection en terme de conformité des droits des investisseurs (4<sup>ème</sup> condition)** ? Art. 53 LPCC renvoie au droit de l'UE. On doit s'assurer que le fonds est géré de manière correcte, éviter les conflits d'intérêts, la possibilité de faire valoir ses droits de manière correcte devant une instance, etc. En gros on reprend les droits qu'on aurait pour un placement collectif suisse et on vérifie qu'on retrouve ses mêmes droits dans la réglementation étrangère.

Ce n'est donc pas un fonds de placement. A-t-elle une dénomination trompeuse au sens de l'art. 127 OPCC ? Le terme « suisse » est un terme qu'on veut protéger par exemple. Quid si on a un fonds de placement étranger qui n'est pas autorisé, donc qui ne remplit pas les conditions comme dans le cas d'espèce, on doit plutôt regarder l'art. 148 LPCC : celui qui a constitué ou distribué en Suisse, y compris au niveau étranger est passible d'une sanction pénale (let. d). Pour tomber sous la disposition de l'art. 148 LPCC, il faut faire de la distribution. Est-ce que la société fait une distribution au sens de l'art. 3 LPCC ? Cette disposition explique aussi les situations qui ne sont pas considérées comme distributions. En l'espèce, pour souscrire, les clients n'auront qu'à contacter la société, dont les coordonnées sont sur la brochure. Si on ne met pas les coordonnées de la société en précisant qu'elle est aux Bermudes, il y a un problème au niveau de la protection des investisseurs qui pourraient penser qu'elle est suisse. En plus la FINMA dira que ce n'est pas conforme si on lui demande l'autorisation.

### **Cas 8**

*Jean, Fabrice et André viennent de terminer brillamment leurs études en économie et décident de créer ainsi leur propre société de gestion de fortune, Invest SA, dont le siège est à Genève.*

- a) *Ils viennent vous voir car ils achètent systématiquement des parts de placements collectifs pour leurs clients et ils voudraient savoir si cette façon de faire va à l'encontre de la loi.*

En d'autres termes est-ce qu'un gérant de fortune indépendant, au bénéfice d'un contrat écrit et (évidemment) d'une procuration peut acheter des parts de placements collectifs pour le compte des clients qu'il gère ? Est-ce que ces personnes ont besoin d'une autorisation pour procéder de la sorte ? Il faut regarder d'abord l'art. 3 al.1 LPCC : est-ce que le fait d'acheter au nom et pour le compte des clients est considéré comme de la distribution ? En principe non : si on regarde les conditions, le gérant de fortune indépendant avec une procuration ne fait pas de proposition à un investisseur, il achète simplement au nom et pour le compte de ses clients. Il ne s'adresse pas directement au client, vu que le client n'est intéressé que par la gestion de son portefeuille. Néanmoins, dans une vision large, lorsqu'on a une procuration et on place sur le

compte de notre client des parts de placement collectifs, en réalité c'est comme si on faisait notre proposition, car on l'a fait dès le début lorsqu'on a obtenu notre procuration ! Le client nous accepte comme gérant de fortune, la procuration est le fruit d'une proposition. Dans une vision large donc cela pourrait être assimilé à une proposition et donc à une activité de distribution !

Pour résoudre ce dilemme-là, le législateur a adopté une règle spéciale qui s'applique dans ce cadre là et c'est l'art. 3 al.2 let. c LPCC qui prévoit qu'en principe ce n'est pas une situation de distribution si les trois conditions prévues à cette lettre sont remplies. A contrario, si l'une de ces conditions (non cumulatives) n'est pas remplie, alors c'est un cas de distribution. Cette disposition prévoit donc que : « La mise à disposition d'informations et l'acquisition de placements collectifs lorsqu'elles se font dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune passé en la forme écrite avec un gestionnaire de fortune indépendant, et que:

1. le gestionnaire de fortune est soumis en tant qu'intermédiaire financier à l'art. 2, al. 3, let. e, de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent,
2. le gestionnaire de fortune est soumis aux règles de conduite adoptées par une organisation professionnelle et dont l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) reconnaît qu'elles ont valeur d'exigences minimales pour la branche,
3. le contrat de gestion de fortune respecte les directives adoptées par une organisation professionnelle et dont la FINMA reconnaît qu'elles ont valeur d'exigences minimales pour la branche ».

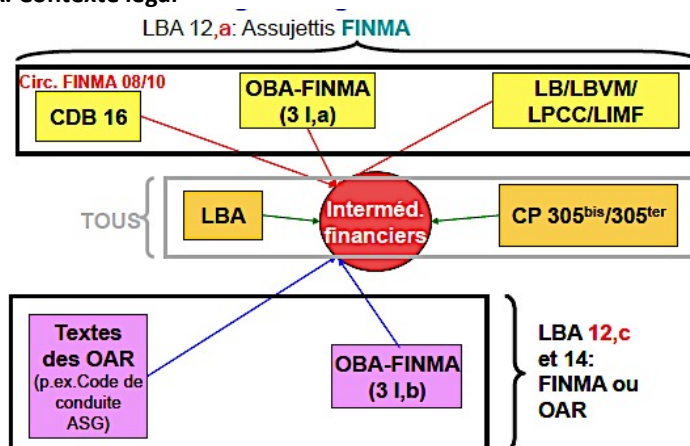
Ainsi Invest SA n'aura pas besoin d'autorisation en tant que distributeur.

- b) Vu son succès, Invest SA décide de créer son propre fonds de placement qui investit dans l'immobilier. Jean, Fabrice et André viennent vous voir et vous demandent de faire le nécessaire.

On regarde l'art. 14 LPCC qui prévoit que certaines conditions soient remplies, conditions générales et communes. Cf. aussi art. 10 à 13 OPCC et 15 LPCC.

## X. Surveillance et lutte contre le blanchiment d'argent

### A. Contexte légal



Modifications importantes à partir du premier 1<sup>er</sup> janvier 2016 qui se retrouvent en particulier dans l'OBA (Ordonnance sur le Blanchiment d'Argent), la LBA (Loi sur le Blanchiment d'Argent) ainsi qu'une nouvelle OBA-FINMA.

**Première catégorie :** Il y a des règles qui s'appliquent à tous les intermédiaires financiers, au sens large donc, quels qu'ils soient : ils sont soumis aux art. 305bis et 305ter CP et en quelque sorte on a repris et essayé d'explicitier en partie cela par le biais d'une surveillance sous l'angle de la LBA. Cette LBA ici est vraiment la loi à laquelle on va s'intéresser et on laisse de côté le CP pour le cours.

**Deuxième catégorie** : il y a des assujettis qui sont déjà soumis à la surveillance de la FINMA, à savoir ceux qui sont soumis à la LB (Loi sur les banques), la LBVM (négociants), la LPCC (ceux qui sont dans la liste de 13 LPCC) et puis ces nouvelles règles de la LIMF (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers).

**Troisième catégorie** : art. 3 al.2 let. c LPCC, organes tels que l'OAR et eux sont des organismes d'association professionnelle qui ont leur propre organisme de régulation, et ces organismes font eux même l'objet d'une autorisation. Ces OAR ont toute une série de textes qui vont s'appliquer et typiquement un code de conduite à la fois professionnel ainsi qu'en matière de blanchiment.

**Quatrième catégorie** : organismes autres qui ont décidé de soumettre à la surveillance directe de la FINMA en matière de la LBA (+200 intermédiaires financiers qui l'ont demandé aujourd'hui).

Rappel : pour être soumis à la LBA, il faut être un intermédiaire financier. AU sens strict on a deux groupes d'intermédiaires : ceux qui sont déjà soumis (liste de LBA 2 II) et les autres intermédiaires (LBA 2 III).

#### B. Intermédiaires déjà soumis à la surveillance (LBA 2 II)

- Banques (a)
- Négociants (d)
- Directions de FP, gestionnaires et sociétés visés par LPCC (b/b<sup>bis</sup>)
- Assurances (c)
- Contreparties centrales (d<sup>bis</sup> (LIMF))
- Dépositaires centraux (d<sup>bis</sup> (LIMF))
- Systèmes de paiement autorisés par FINMA (d<sup>ter</sup> (LIMF))
- Maisons de jeu (e)

#### C. Autres intermédiaires financiers (LBA 2 III)

- Clause générale : « ...personnes qui, à titre professionnel acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers... » :
  - o Intermédiation financière (précisée dans les art. 3 ss OBA), c'est la première fonction d'un intermédiaire financier parce qu'ils vont recevoir des fonds et intervenir entre deux personnes qui sont actifs dans le domaine financier.
  - o A titre professionnel (condition cumulative) : le législateur a fait le choix de se baser sur des critères quantitatifs de OBA 7-10 (montants qui doivent être atteints pour ces intermédiaires-là pour être considérés comme tels). Donc peu importe si ils exercent une activité durable en vue d'obtenir quelque chose, on ne se pose pas la question.
- Liste exemplative légale : gestion de fortune, opérations de crédit, trafic des paiements, etc :
  - o Explicitée dans l'OBA
  - o Aussi dans la Circulaire FINMA 11/1, mais **attention** ! Elle est toujours en vigueur, la FINMA continue à s'y référer donc en principe elle donne des définitions correctes pour savoir si un intermédiaire financier est soumis à la LBA, mais il y a eu un changement à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016 et en conséquence la Circulaire de 2011 ne pouvait pas prendre en compte ce changement. Il faut vérifier à chaque fois que véritablement on n'est pas dans une situation qui a changé depuis.

#### D. Quelques petits cas pratiques : est-ce de l'intermédiation financière ?

- Cautionnements, garanties et autres engagements conditionnels en faveur de tiers (OBA 3 let. h ; Circulaire FINMA 11/1 Cm 54), ce n'est pas une intermédiation financière car c'est dans la liste « ne sont pas considérés comme tels (...) ».
- Conseil en placement (OBA 6 I let. b ; Circulaire FINMA 11/1 Cm 96)
  - o Simple conseil
  - o Conseil avec opérations de placement
  - o Conseil avec procuration spécifique pour des opérations déterminées



- Négoce de matières premières pour propre compte (OBA 5 I let. c / d ; Circulaire FINMA 11/1 Cm 72)
- Gestion immobilière (Circulaire FINMA 11/1 Cm 124-127)
  - o Activité de recouvrement de créances pour le compte du propriétaire
  - o Paiements en faveur de tiers dans le cadre de l'administration courante
  - o Gestion et placement des fonds du propriétaire

### E. Encore un cas pratique...

Gempatrojéré SA est une petite société genevoise de gestion fortune mono-personnelle. Son directeur général et principal actionnaire a suivi avec succès le cours de surveillance des marchés et intermédiaires financiers en 2014. Il vous appelle et est très content de pouvoir « arrêter d'être soumis à toutes ces contraintes de la LBA » puisque le produit brut annuel de sa société est de 42'000 francs. A quelles dispositions fait-il allusion ? A-t-il raison de se réjouir ainsi ?

### F. Négociants au sens de la LBA (LBA 2 I let. b)

- Négoce (ni LBA 2 II let. d, ni OBA 5) :
  - o Pour leur propre compte (Rapport explicatif OBA 11.2015, p. 7 : « La notion de négociant englobe en particulier les négociants pour compte propre, qui effectuent des opérations de négoce en leur nom et pour leur propre compte et ne sont donc normalement pas considérés comme intermédiaires financiers »).
  - o Au nom et pour le compte de tiers (OBA 13)
- Biens (OBA 15)
- A titre professionnel (OBA 14)
- Espèces en paiements : portée de LBA 8a

### G. Système

- Champ d'application de l'**OBA** (OBA 2 I) :
  - o Intermédiaires financiers au sens de LBA 2 III → Définition
  - o **Négociants** au sens de LBA 2 I let. b → Définition + *Devoirs (toutes les bases légales qui suivent en rouge et en italique concernent les devoirs)*
- Champ d'application de l'**OBA-FINMA** (OBA-FINMA 3) :
  - o Intermédiaires financiers au sens de LBA 2 II, let. a – d
  - o IFDS

Les intermédiaires financiers (au sens large) visés par ces deux ordonnances ne sont pas les mêmes. L'**OBA** va s'appliquer aux intermédiaires financiers au sens strict de LBA 2 III et pour ceux-là, l'OBA se borne à donner uniquement la définition, en donnant des éléments quantitatifs qui permettront aux assujettis de déterminer si oui ou non ils sont soumis à la LBA. Ensuite le Conseil Fédéral a ajouté un autre chapitre à ce texte qui lui vise à régir les devoirs des négociants au sens de l'art. 2 al.1 let. b LBA. S'agissant de l'**OBA-FINMA**, elle s'adresse aux intermédiaires financiers qui sont déjà soumis à sa surveillance en vertu de la LFINMA ainsi que les IFDS (Intermédiaires Financiers Directement Soumis), autrement dit ceux qui ont fait la demande à la FINMA d'être soumis directement à sa surveillance (en effet au début on a le choix d'être surveillé par un OAR / Organisme d'Auto-Regulation ou alors par la FINMA). Pour ces deux groupes-là donc c'est l'OBA-FINMA qui va s'appliquer.

### H. Devoirs généraux de l'intermédiaire financier

- Vérification de l'identité du cocontractant (LBA 3, **OBA 17 I**, OBA-FINMA 35 et 44-55, CDB 16 art. 4), autrement dit la vérification du titulaire formel du compte.

- Documents (passeport, RC, etc). Si c'est une société, on va devoir donner un extrait du RC, les statuts de cette société (suisse ou étrangère) et puis également une résolution du Conseil d'administration de la société qui permet d'ouvrir le compte.
  - Au moment de l'ouverture du compte. A chaque fois qu'il y a une modification (par exemple les membres du CA de la société changent), elle doit être communiquée aussi à la banque. Celle-ci doit demander d'elle-même régulièrement si il y a eu ce type de changement.
- Identification de l'ayant droit économique (LBA 4, **OBA 18 I**, OBA-FINMA 35 et 56-68, CDB 16 art. 27). On voit souvent le terme de bénéficiaire chez les banques. Le terme « bénéficiaire » vient de *Ultimate Beneficial Owner* (UBO), mais en réalité ce qui nous intéresse c'est qui est le véritable ayant droit économique.
  - Clarification de l'arrière-plan économique et du but d'une transaction (LBA 6, **OBA 19 I**, OBA-FINMA 13-21, 38). Si X avec des revenus modestes vient nous voir en voulant créer une société panaméenne et verse un montant de 20 millions, il faut clarifier cette situation. C'est possible, il aurait pu hériter p.ex, mais il faut le vérifier.
    - **Annexe OBA-FINMA** avec une portée qui va au delà des assujettis. Elle donne toute une série d'indices en matière de blanchiment. Lorsque ce type de situation se présente dans une banque, chez un gérant de fortune ou un négociant en valeurs mobilières, il faut procéder à cette clarification de l'arrière-plan économique. On a p.ex le fait que des montants importants rentrent dans le compte et ressortent très rapidement. Cela peut être expliqué p.ex par le fait qu'une personne vend et rachète, mais il faut le clarifier. Autre cas : le fait de déposer très souvent des gros montants en cash.
  - Obligation d'établir et de conserver les documents (LBA 7, **OBA 21 I**, OBA-FINMA 22, 39 et 74), en d'autres termes les documents qui viennent du RC, le passeport etc doivent figurer dans nos dossiers, doivent être conservés et les transactions elles-mêmes doivent faire l'objet d'un *paper trail*.
    - *Paper trail* (notes d'entretiens, de vérification, contrats, actes liés à la création de trusts, coupures de journaux, etc), c.à.d. pouvoir suivre et reconstituer facilement les transactions qui ont eu lieu. Cela peut souvent arriver p.ex qu'une banque doive fournir ces documents dans le cadre d'une enquête pénale, etc.
  - Mesures organisationnelles (LBA 8, OBA-FINMA 23-27 et 75-76), en particulier la nécessité de procéder à un certain nombre de :
    - Contrôles (**OBA 22**). Il y a un service de conformité (*compliance*) qui va se charger des vérifications au début et typiquement de vérifier que le gestionnaire a rempli correctement les documents, et le cas échéant soulever un certain nombre de questions. Le second service en charge du contrôle est celui de l'audit interne, en le faisant par pointage.
    - Formations, c.à.d. de procéder régulièrement à des séances de formation et d'information avec des personnes qui sont actives dans le secteur, avec à la fin une espèce de certification qui intervient.

Tout cela vise véritablement à assurer ces mesures en matière de lutte contre le blanchiment. Ces devoirs ici sont généraux et s'appliquent à toutes les catégories d'intermédiaires financiers. Pour ceux qui sont soumis à un OAR ; c'est leurs statuts, réglementations, etc qui vont s'appliquer et vont définir des devoirs tout à fait similaires à ceux-ci. Il est même tout à fait possible pour un OAR de simplement renvoyer aux règles de l'OBA-FINMA.

### I. Quelques petits cas pratiques...

- *Bellacompania SA* est une société ayant son siège dans son pays où aucun registre du commerce n'existe et qui ne dispose pas de ses propres locaux ; en fait son adresse est auprès d'un avocat genevois (**CDB 16, art. 13 & 39**), c'est la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16, Circulaire 08/10) qui va s'appliquer et nous dire quels sont les documents qui doivent être fournis, en tant que document d'autorégulation qui fait partie des standards minimaux et qui est donc incorporé déjà du point de vue de la Circulaire pour ce qui doit être vérifié par les réviseurs. Il est

acceptable au sens de l'art. 13 de ne pas avoir un extrait du RC, mais on peut p.ex avoir un certificat qui montre que la société a bien été créée devant un notaire, etc.

- La Banque de commerce bancaire et de gestion (BCBG), à Genève, entre en relations avec Nestlé SA. Doit-elle demander des documents particuliers au regard de la LBA et de la CDB ? (CDB 16, art. 17, 1). L'identité en tant que tel du cocontractant est quelque chose pour lequel on n'a pas nécessairement besoin d'avoir un extrait du RC. Pourquoi l'aura-t-on quand même ? Pour savoir qui sont les fondés de procuration, les mandataires commerciaux, etc et régulièrement Nestlé nous enverra spontanément un extrait de RC à jour.
- La BCBG peut-elle déléguer les vérifications relatives à ses clients colombiens à un tiers sur place ? (CDB 16, art. 43 ; OBA-FINMA 28 & 29). La délégation est possible à certaines conditions.

#### J. Devoirs en cas de soupçon de blanchiment

- Obligation d'annoncer au Bureau de communication :
  - o En cas de soupçons **fondés** (LBA 9). Qu'est-ce qu'un soupçon « fondé » ? Il y a un certain nombre de contrôles qui a été fait p.ex. On a différentes pratiques au niveau des banques.
  - o Possibilité pour le Bureau de communication de demander des renseignements complémentaires à l'étranger (LBA 32).
    - **Il n'y a pas de décision** au sens de PA 5 et la plupart du temps la personne visée ne sera même pas informée qu'on a fait ce genre de vérification à son propos.
- Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 on a à l'art. 305bis CP une nouvelle disposition qui vise les délits fiscaux qualifiés. Délit fiscal qualifié : « Sont considérées comme un délit fiscal qualifié, les infractions mentionnées à l'art. 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct et à l'art. 59 al.1 par. 1, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, **lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de 300'000 francs** ». Le montant des impôts (et non pas des montants déposés uniquement) soustraits doit se monter à plus de 300'000 francs. La réalité aujourd'hui c'est que les banques ont décidé d'avoir une tolérance zéro au niveau suisse en matière d'évasion fiscale et donc cette disposition donne lieu pour l'instant à très peu de communications au Bureau parce qu'on incite les clients à se mettre en conformité du point de vue fiscal.
- Blocage des avoirs :
  - o Pendant 5 jours ouvrables au maximum (LBA 10 II). C'est un délai impératif pour le Bureau de communication pour clarifier la situation et le cas échéant si ces renseignements à l'étranger sont positifs et qu'il y a de vrais soupçons fondés pour le blanchiment, de transmettre cela aux forces de police.
  - o Interdiction d'informer (LBA 10a), ce que va dire généralement la banque c'est « il faudrait parler à un avocat » etc, il ne faut jamais dit qu'il y a un contrôle et que pendant 5 jours les fonds sont bloqués parce que la personne est soupçonnée de blanchiment d'argent. En pratique, après un blocage de 5 jours et un transfert à l'autorité pénale qui prononce un séquestre des fonds sur la base du CPP, généralement on va avoir dans l'ordonnance l'interdiction d'informer le client en question ! Cela peut même aller jusqu'à des mois et la seule chose à dire reste toujours de conseiller au client de parler à un avocat.
- Exclusion de responsabilité civile et pénale de la banque (LBA 11), pour autant que le soupçon soit fondé et que la banque ait agi en bonne foi. Si évidemment c'était pour lui nuire sans qu'il y ait un moindre soupçon de blanchiment, c'est contraire aux règles de la bonne foi.
- Corollaires :
  - o Valeurs patrimoniales interdites (OBA-FINMA 7)
  - o Relations d'affaires interdites (OBA-FINMA 8)
  - o Conséquences (OBA-FINMA 9)

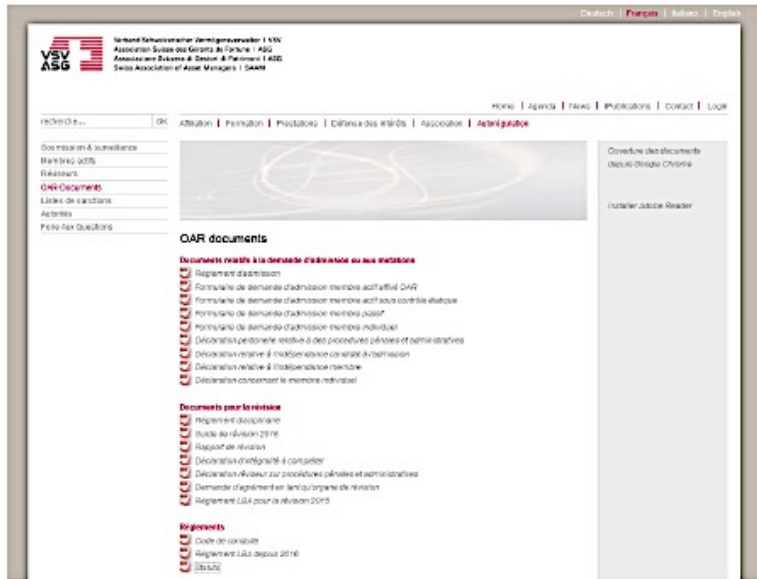
Lorsqu'on a des valeurs patrimoniales sur lesquels on a des soupçons sur leurs qualités, on a une interdiction de les accepter, même si on a déjà une relation avec le client, ceci simplement parce qu'elles ne sont pas conformes. Interdiction également d'entrer en relations d'affaires lorsqu'on voit avant déjà que cette personne a p.ex été jugée pour blanchiment d'argent, etc. Conséquences si on ne respecte pas ces obligations (OBA-FINMA 9) : violation de la garantie d'une activité irréprochable.

#### K. Quelques spécificités de l'OBA-FINMA

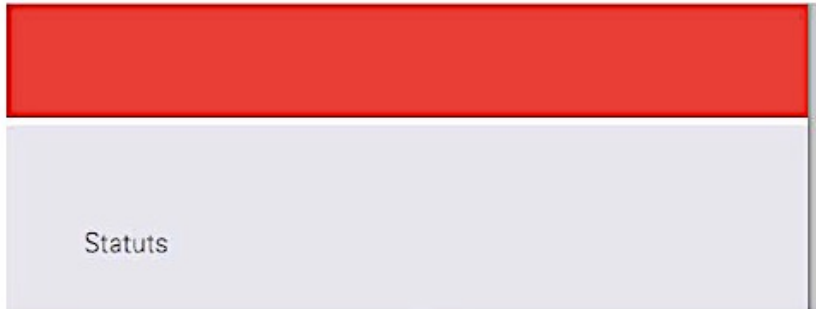
- Relations d'affaires (OBA-FINMA 13) et transactions (OBA-FINMA 14, 36 et 38, *Annexe*) présentant des **risques accrus**. (*en bleu, important, à lire !*).
  - o Obligation de diligence accrue (OBA-FINMA 15-21)
  - o Toujours pour les personnes politiquement exposées (définition large de LBA 2a / devoir à LBA 6 IV). On va trouver deux catégories nouvelles depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 : celles qui font partie d'organisations sportives au niveau international (p.ex si on est membre de la direction à l'UEFA) ; celles qui sont dans des organisations internationales, inter-gouvernementales, voire des ONG.
- **Rupture ou poursuite** de relations d'affaires douteuses (OBA-FINMA 30-34) : si on a des risques accrus, et que l'on se rend compte qu'il y a bel et bien des soupçons fondés mais on est toujours dans le doute, la possibilité est offerte à la banque de rompre ou de poursuivre les relations d'affaires, simplement en y portant tout de même une attention particulière.
- Application aux **établissements** de banques suisses situés à **l'étranger**. Les banques suisses ne peuvent pas contourner la réglementation suisse en utilisant leurs filiales à l'étranger.
  - o Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss
  - o OBA-FINMA 5-6

#### L. Fonctionnement d'un OAR : l'exemple de l'ASG

- Autorisation par la FINMA (LBA 24 ss)
  - o Réglementation type de la FINMA pour tous les OAR. L'OAR lui même doit être au bénéfice d'une autorisation par la FINMA et donc on trouve sur le site internet de la FINMA une douzaine d'OAR qui ont été acceptées par la FINMA.
- Organisation privée généralement sous la forme d'une association, sous réserve des CFF, etc.
- Rôle central de la direction, qui prend les décisions ici.
- Procédure de sanction et d'exclusion
  - o Devant un Tribunal d'honneur
  - o Mais à l'initiative de la direction et sous contrôle de celle-ci (art. 24 et 25 des Statuts)
- Problème des règles applicables
  - o Délégation de tâches de droit public (LBA 12, c, 1) → Application de la PA ? Voies de recours ?



[http://www.vsv-asg.ch/fr/oar\\_documents](http://www.vsv-asg.ch/fr/oar_documents)



**Art. 24  
Tâches**

- à la demande de la Direction de l'Organisme d'autorégulation (OAR), et indépendamment d'éventuelles procédures statiques, des infractions des membres au Code de conduite et aux règlements d'exécution correspondants.

**Art. 25  
Procédure devant le Tribunal d'honneur**

*a) Introduction*  
La procédure devant le Tribunal d'honneur est entamée par lettre recommandée adressée au président. Le document introduisant la procédure doit contenir une proposition, l'exposé des motifs ainsi que l'indication des dispositions légales, statutaires ou réglementaires sur lesquelles la proposition est fondée.

Art. 24 et 25 des Statuts de l'association suisse des gérants de fortune. La direction a pour fonction de saisir le Tribunal d'honneur, un peu comme si on était devant un Tribunal civil ou pénal : il faut qu'un demandeur ou un procureur saisisse le Tribunal. Autrement dit, le Tribunal d'honneur ne peut pas prononcer d'exclusions ou autres si il n'a pas été saisi de cette manière. Seulement après avoir été saisi, il va procéder à sa propre instruction. Ce qui est arrivé parfois, c'est que vu que la direction garde le contrôle sur la procédure, elle peut aussi décider de retirer la requête (p.ex en trouvant un arrangement avec le membre qui a eu un mauvais comportement) et interrompre la procédure.

**XI. Entraide administrative : notion, conditions et procédure**

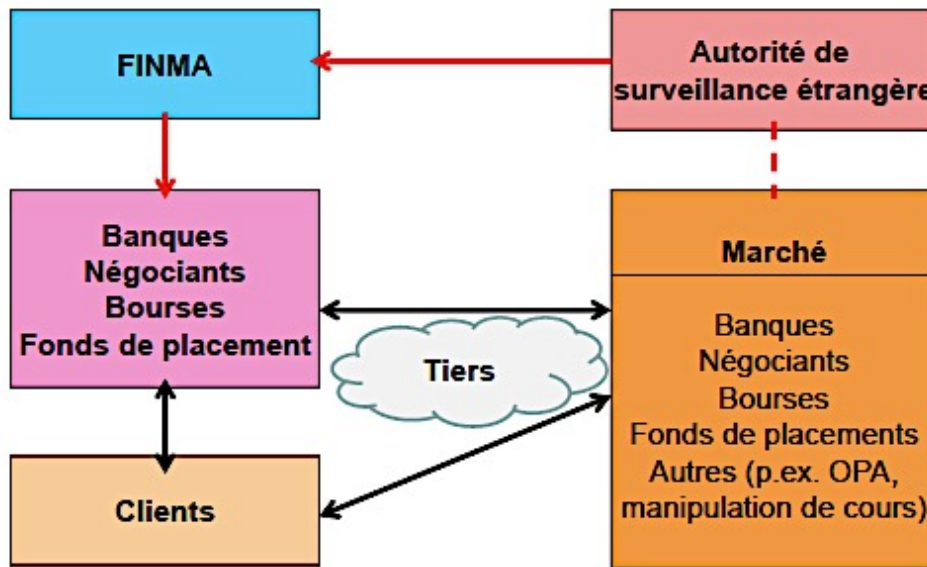
**A. Notion d'assistance administrative boursière**

- Procédure administrative tendant, en principe sur une base réciproque (« assistance » / « entraide »), à la récolte et à la transmission d'informations voire de documents par une autorité de surveillance des marchés financiers nationale à une autorité étrangère de même type.

- Premiers éléments :
  - o Procédure administrative
  - o En relation avec la surveillance des marchés
  - o Récolte et transmission d'informations plutôt que de documents
  - o En principe réciproque

Procédure administrative, donc les règles de la PA s'appliquent dans ce cas là avec toutes les garanties de procédure qui interviennent, de même que tous les principes de droit administratif et tous les cas où on arrive véritablement à contester des décisions de la FINMA, c'est en général sur des aspects administratifs.

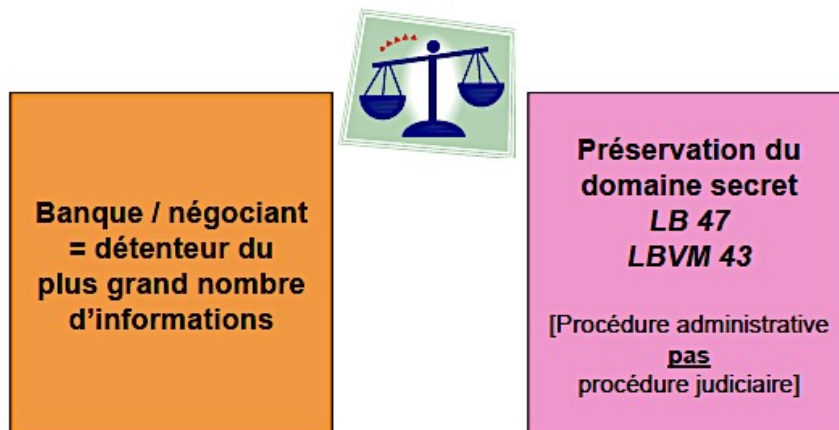
**B. Acteurs de l'entraide**



**C. Etat de fait typique**

- Acquisition de valeurs mobilières
- Plate-forme de négociation (bourse (LIMF 26 let.b)) signale les opérations suspectes à l'autorité de surveillance (journal et *reporting* : LIMF 36ss).
- Intérêt de l'autorité de surveillance du lieu de l'opération
- Enquête locale (i.e nationale)
- Développement international

**D. Collision d'intérêts : recherche d'un équilibre**



Tout l'équilibre ici qu'il faut trouver avec ce type de procédure, c'est comment protège-t-on le secret/la sphère privée et puis comment garantit-on aussi une certaine intégrité des marchés en permettant la transmission de différentes informations, afin de mettre en place un véritable processus de coopération internationale.

#### E. Régime unique pour l'assistance administrative

- Une seule section pour la coopération en matière financière : **art. 42ss LFINMA** uniquement depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016 (pour la **LIMF**).
- **Abrogation** des règles spéciales de la LB, LBVM et LPCC.
- Maintien de **LBA 30-32** (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2013), parce que ces dispositions étaient déjà entrées en vigueur à cette date et sont des règles spéciales en matière de lutte contre le blanchiment, mais qui reprennent néanmoins en grande partie les principes des art. 42ss LFINMA.

#### F. Conditions et modalités d'application générales

- Véritable **décision** de la FINMA, au sens de l'art. 5 PA, qui, puisque c'est une décision au sens du droit administratif, signifie aussi qu'elle est sujette à recours.
- **Autorité de surveillance étrangère**, cependant retransmission sans nouvelle décision à d'autres autorités, tribunaux ou organes pour autant que mêmes objectifs de mise en œuvre de réglementation sur les bourses, etc. (« spécialité atténuée ») (LFINMA 42 II let. a). Il s'agit d'une autorité de surveillance au sens large (!) : elle exerce des fonctions similaires à celle de la FINMA mais contrairement à ce que font valoir régulièrement les avocats, ce ne sont pas des activités identiques à celles de la FINMA. Le principe de la spécialité s'applique ici, selon lequel on transmet des informations qu'à cette autorité là, que pour des objectifs de surveillance, ceci afin d'éviter que problèmes fiscaux. Il est toutefois possible pour l'autorité de surveillance de les transmettre à une autre autorité (pénale ou judiciaire) pour autant qu'elle ait elle aussi une fonction en matière de mise en œuvre dans le domaine des marchés financiers.
- **Secret professionnel ou de fonction**, cependant réserve d'information du public (*litigation releases*) et de publicité des audiences (LFINMA 42 II let. b). Lié au principe de spécialité, fait que l'autorité est soumise au secret professionnel ou de fonction.
- **Proportionnalité** (interdiction des *fishing expeditions*, mais application du principe de **l'utilité potentielle** : ce principe vient de l'entraide pénale et a été repris en matière d'entraide administrative. La FINMA va se placer dans la peau de l'autorité étrangère et va se dire « Certes elle m'a posé des questions mais lorsque j'ai récolté les informations, je vois que si j'aurais été l'autorité étrangère, j'aurais demandé si ces informations existent car elles m'auraient été utiles dans mon enquête », autrement dit la FINMA a la possibilité d'étendre le champ de la requête pour inclure ses informations si elle estime que c'est utile pour l'autorité étrangère, sans que celle-ci en fasse une nouvelle demande. C'est dans un but d'efficacité de l'entraide.)

#### G. Modalités particulières

- Possibilité de refuser **l'accès** à la correspondance (requête) de l'autorité étrangère (LFINMA 42a III ; PA 28)
- Information **a posteriori** (LFINMA 42a IV et VI *in fine*) : possibilité d'informer la personne après avoir transmis les informations à l'autorité étrangère.
  - o « A titre exceptionnel », seulement si les conditions sont remplies.
  - o Information « compromet » but de l'assistance et accomplissement efficace des tâches de l'autorité requérante
  - o Principe de proportionnalité est important, car si on a le choix entre le refus d'accès à la requête et l'information a posteriori, on va bien sûr choisir la mesure qui porte le moins atteinte aux droits du client en question.

- Transmission par **assujetti** (LFINMA 42c) : c.à.d. par la banque ou le négociant (ou la direction d'un fonds de placement, d'une SICAV, etc). L'assujetti lui même, sans passer par la FINMA, va transmettre des informations à l'autorité étrangère, à la requête de celle-ci. L'assujetti « se transforme lui même en autorité » car il va devoir :
  - o Vérifier que les conditions de LFINMA 42 sont remplies (principe de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité)
  - o Vérifier que les droits des clients et des tiers sont garantis (*waiver...* MCF\_ **D pas F**). Première hypothèse de l'art. 42c : si on transmet des informations qui portent sur des faits « importants » au sens de l'art. 29 LFINMA (p.ex qui touchent à la solvabilité, à la réputation, des opérations de millions etc de la banque), on doit en informer la FINMA qui peut à ce moment là s'opposer à cette transmission par l'assujetti (mettre son veto en disant que l'autorité étrangère passe par la voie normale et fasse directement la demande à la FINMA).
  - o Cependant possible intervention de la FINMA (LFINMA 42c III et IV (faits importants) et LFINMA 42c V (*supervisory privilege*), c'est la seconde hypothèse où la FINMA peut s'opposer à la publication, soit carrément à la transmission des informations parce qu'elle concerne sa relation avec l'assujetti (p.ex les collaborateurs de la FINMA viennent faire des vérifications à la banque pendant 3-4 jours, ce qu'on appelle un *supervisory review* ou encore les *high level meetings*, etc )

#### H. Procédure : bases

- Transmission de relevés de comptes et autres **documents bancaires** (tri des pièces)
- **Délais** devant la FINMA
  - o Procédure « menée avec diligence » (LFINMA 42 IV)
  - o Recours dans les 10 jours (LFINMA 42a VI), délai impératif, après c'est trop tard. La loi va même au delà : il y a les dispositions sur les fêtes où les délais sont suspendus en principe, mais dans ce domaine là le délai n'est pas suspendu en vertu des fêtes !
- **Qualité pour recourir :**
  - o Du titulaire du compte ? Oui, a la qualité pour recourir! Mais attention : p.ex si on a une société panaméenne et qu'on fait un recours, on doit le faire en son nom, c'est elle qui a la qualité pour recourir et donc la procuration doit être signée par des personnes capables d'engager cette société offshore. Il peut arriver où on a l'administrateur de la société panaméenne en question qui découvre que ses clients sont en fait des escroc et refuse de signer la procuration, en ne donnant pas la possibilité de faire recours contre la décision.
  - o De l'ayant-droit économique ? L'escroc en question dans le cas ci-dessous et dont on risque de transmettre le nom aux autorités étrangères. Selon le TF (JP reprise par le TAF) a dit que non, l'ayant droit économique n'a pas qualité pour recourir, il s'est caché derrière la société panaméenne. Uniquement 2 cas qui ont été admis par la JP : premièrement lorsque la société a été liquidée (apparaît toujours comme titulaire du compte), là il faut bien que quelqu'un puisse exercer le droit de recours à sa place ; deuxièmement que les organes du titulaire/de la société offshore soient totalement dans l'incapacité de donner mandat pour faire le recours en question. Ces deux cas sont très rares évidemment (toujours des remplaçants, autres admins, etc).
  - o Du gérant de fortune indépendant ? A une procuration sur le compte en question et qui gère les fonds de client. La JP a admis que oui, il a la qualité pour recourir, parce qu'il le fait à titre professionnel et le fait que son nom soit transmis aux autorités étrangères aura un impact sur ses activités professionnelles. En revanche, la JP ne la reconnaît pas à un autre fondé de procuration (p.ex petit-fils ou frère du titulaire du compte), parce que lui ne le fait pas à titre professionnel. Les collaborateurs du GFI (ex : secrétaire, assistant, etc ) sont également exclus.
- **Recours :**



- Recours au Tribunal administratif fédéral possible (LTAF 31 et 33 let. h) contre la décision de la FINMA, celle-ci étant une autorité décentralisée au sens de la let. h (auparavant let. f puisque c'était une commission, la CFB).
- Mais recours au Tribunal fédéral exclu (LTF 83 let. h), autrement dit, plus de recours en matière de droit public.

### I. Procédure : illustrations et jurisprudence récente

#### - Tiers non impliqué :

*Manifestement* non impliqués (art. 38 al.4 LBVM et 42 al.4 nLFINMA) : lien avec les transactions faisant l'objet de la requête, non pas avec la commission avérée en l'espèce d'une manipulation de cours (arrêt TAF B-6868/2013 du 3.3.2014). La loi insiste sur le fait qu'on doit être en présence de non implication manifeste, donc vraiment sauter aux yeux. On admet typiquement pour le cas d'un portefeuille géré par un GFI de manière discrétionnaire sans la moindre instruction du client. A ce moment là, le client est un tiers non impliqué car n'a donné aucune instruction, mais il faut pouvoir l'établir, notamment sur la base du mandat discrétionnaire qu'on a donné au client. Donc ce qui compte n'est pas la commission établie au moment de la manipulation du cours mais les indices communiqués aux autorités suisses.

- Fardeau de la preuve (arrêt TAF B-4929/2014 du 19.11.2014) appartient à celui qui invoque être un tiers non impliqué, et non pas à l'autorité de l'établir.
- Simple procuration pas suffisante : mandat de gestion discrétionnaire requis (arrêt TAF B-307/2014 du 5.3.2014)

- **Jonctions de causes** (fait d'avoir plusieurs procédures parallèles): « [...] même enquête dirigée par la SEC au sujet du même titre, en raison du même soupçon et pendant la même période. De plus, [...] sept des sociétés ont vendu leurs actions aux mêmes dates pour le même prix et le plus souvent par paquets de 5'000 actions ; [...] les huit sociétés sont administrées par P. Inc. ; [...] la décision d'ouvrir les comptes bancaires concernés a été prise par cette dernière pour les huit sociétés et [...] le donneur d'ordre de toutes les transactions sur le titre est M.; [...] les ayants droit économiques des comptes des sociétés sont systématiquement des trusts dont l'adresse se situe auprès de Q.; [...] les extraits de comptes démontrent des transferts de titres I. et d'argent entre ces sociétés. Elle a déduit de ce contexte factuel l'existence, entre les personnes morales détentrices des comptes sous enquête, d'une interdépendance organisationnelle et personnelle ainsi que des relations économiques telles qu'il ne se justifiait pas, à ses yeux, de procéder à huit décisions individuelles. En outre, elle a souligné que les huit procédures posent les mêmes questions de droit ; que Me C. s'est constitué, avec élection de domicile, à la défense des intérêts des huit sociétés selon des procurations du 17 décembre 2012 toutes signées par M. et P.» (arrêt TAF B-6872/2013 du 3.3.2014)

## XII. Entraide administrative : cas pratique

### Cas 9

1. Dans les 10 jours précédant l'annonce de l'offre publique d'échange (OPE) des titres du groupe français AMICA, actif dans le domaine de l'assurance, contre des actions du groupe américain BUONO, qui déploie également ses activités dans ce domaine, Euronext Paris (anciennement la Bourse de Paris) a constaté des mouvements inhabituels et importants sur les premiers titres – jusqu'à dix fois le volume moyen journalier (i.e. jusqu'à 5'025 transactions cinq jours avant l'annonce d'OPE au lieu d'env. 500). Aucune autre nouvelle, notamment quant à des résultats trimestriels, n'a été rendue publique durant cette période. Suite à la communication d'Euronext Paris, l'Autorité française des marchés financiers (AMF) a ouvert une enquête. Ses investigations l'ont amenée à constater que la Swiss Bank for Asset Management SA (SBAM), une banque suisse avec statut de négociant en valeurs mobilières et ayant son siège à Genève, avait acquis plus de 1'700 titres de AMICA trois jours ouvrables avant l'annonce d'OPE.

2. L'AMF a dès lors adressé une requête d'assistance administrative à la FINMA la priant de lui communiquer l'identité des personnes pour le compte desquelles les titres en question ont été acquis ainsi que, le cas échéant,

*le nom des ayants droit économiques. En l'espèce, il s'agit de la société des Îles Vierges Britanniques (BVI) Goodbuy Ltd., dont l'ayant droit économique est M. Jean-François Derich, un citoyen français. Après une première analyse générale, veuillez analyser les variantes et éléments suivants :*

La société Amica (France) fait l'objet d'une OPE (offre publique d'échange) de la part de Buono (US), ce qui signifie que les actionnaires d'AMICA recevront des actions Buono au lieu d'actions Amica. La société Amica est cotée à Euronext Paris. Toutes les transactions effectuées par un négociant en valeurs mobilières sur des titres cotés à Euronext font l'objet d'un *reporting* (déclarations) à Euronext qui est chargé de collecter l'ensemble des données, et voit donc qu'avant on avait 500 transactions sur les titres Amica par jour, et que là il y a eu plus de 5'000 par jour, donc volume inhabituel. L'AMF (autorité sur les marchés financiers) est informée de cela et en conséquence décide d'ouvrir une enquête. Elle voit que l'ordre a été passé par une banque suisse (Swiss Bank for Asset Management / SBAM), et ses informations s'arrêtent là. Ainsi elle s'adresse à la FINMA pour la suite de l'enquête. Elle apprend alors que le titulaire est la société des Îles Vierges Britanniques (BVI) Goodbuy Ltd et que l'ayant droit économique M. Derich.

Que fait la banque ? Est-ce qu'elle envoie immédiatement des informations ? Elle va informer le client, à moins qu'elle ait instruction de ne pas le faire (art. 42a). Une des difficultés pratiques qu'on a, quand on doit informer le client, c'est quand on a signé une convention de « banque restante », donc toute la correspondance doit rester dans son dossier et le client interdit formellement de le contacter. Que faire dans ce cas là ? On essaie de trouver au moins un contact, p.ex un avocat qui était à l'origine de la société offshore. On part de l'idée qu'il n'y a pas de convention ici et que le client est informé. Différentes hypothèses à analyser :

- a) *M. Derich, qui affirme n'entretenir aucun lien avec les sociétés intervenant dans l'OPE, soutient que l'acquisition des titres a été faite exclusivement sur la base de rumeurs boursières dont les journaux s'étaient fait l'écho. Il produit d'ailleurs plusieurs coupures de presse spécialisée à l'appui de son argumentation. Outre les éventuelles conséquences de cet état de fait sur le principe et les modalités de la transmission des informations à l'AMF, M. Derich a-t-il qualité pour recourir contre la décision de la FINMA ? Quelles sont en outre les chances de cette argumentation dans une éventuelle procédure d'entraide judiciaire pénale ?*

L'ayant droit économique n'a pas la qualité pour recourir, c'est le titulaire du compte / les personnes capables d'engager la société (avec une procuration) qui peuvent le faire, ceci dans un délai de 10 jours (LFINMA 42a VI).

La société va se défendre et fait valoir les arguments sur le fait qu'il y avait des rumeurs boursières, produit une série de coupures de presse, etc. Art. 42 al.4 phr. 2 LFINMA : « La transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est exclue ». Il doit s'agir d'un tiers manifestement non impliqué dans l'opération d'initié pour laquelle on a des indices. Ici ce n'est pas suffisant pour que l'on soit en présence d'un tiers manifestement non impliqué. Ce sont les mêmes principes qui vont s'appliquer dans l'entraide judiciaire en matière pénale.

- b) *M. Derich a confié la gestion de son compte auprès de la SBAM à M. Paul Mac Seck, un gérant de fortune indépendant établi à Lausanne. M. Mac Seck est au bénéfice d'un mandat de gestion discrétionnaire. Il a été entendu longuement par le Secrétariat de la FINMA et a adressé à ce dernier de nombreux documents tendant à démontrer que l'acquisition des titres a été faite exclusivement sur la base d'informations publiques du type de celles mentionnées sous « a » ci-dessus. Quelles informations devrait en principe transmettre la FINMA à l'AMF ?*

Il s'agit d'un mandat de gestion discrétionnaire. Concernant M. Derich dans ce cas là, on va admettre qu'il s'agit bel et bien d'un tiers manifestement non impliqué (condition de l'art. 38 al.4 LBVM et 42 al.4 nFINMA). Le GFI devra produire le mandat de gestion et M. Derich aura le fardeau de la preuve d'être un tiers non impliqué. Donc la FINMA ne devrait en principe pas transmettre des informations concernant M. Derich à l'AMF. Quelles informations va-t-on transmettre à l'AMF ? Des informations sur le gérant de fortune ? Oui. L'identité du GFI et le cas échéant de sa société va être transmise à l'AMF. Il y a une jurisprudence là dessus : la qualité pour agir sera reconnue au GFI contre la décision de la FINMA au Tribunal administratif fédéral (LTAF 31 et 33 let. h), tant en tant que société qu'à titre personnel. En effet, un gérant de fortune indépendant a une procuration sur le compte en question et qui gère les fonds de client. La JP a admis que oui, il a la qualité pour recourir, parce qu'il le fait à titre professionnel et le fait que son nom soit transmis aux autorités étrangères aura un impact sur

ses activités professionnelles. En revanche, la JP ne la reconnaît pas à un autre fondé de procuration (p.ex petit-fils ou frère du titulaire du compte), parce que lui ne le fait pas à titre professionnel. Les collaborateurs du GFI (ex : secrétaire, assistant, etc) sont également exclus.

- c) *Alternativement, M. Mac Seck a acquis les titres pour plusieurs de ses clients suite à des ordres passés par M. Jack Goodboy, chief financial officer du groupe BUONO et également client de M. Mac Seck. Il a ainsi voulu faire profiter tous ses meilleurs clients des indications qu'il avait reçues. Outre les éventuelles conséquences de cet état de fait sur le principe de la transmission des informations, peut-il faire recours contre la décision de la FINMA ?*

Cas classique : *Flammarion* avec tous les clients qui se sont retrouvés dans la procédure. Ici le GFI peut toujours faire recours ici, mais il y a typiquement violé des règles de conduite de négociants (même si cela ne s'applique pas à lui car il n'est pas négociant et n'est soumis que à la LBA), il a fait du *parallel running* (utiliser des informations d'une autre transaction et en faire profiter ses clients). En France il tomberait sous cette réglementation mais en Suisse ce n'est pas encore le cas. Donc on va transmettre les informations sur le GFI mais également sur Jack Goodboy qui est client. Si Goodboy l'a fait en son nom propre (titulaire du compte), il pourra faire recours, mais si il s'est caché derrière une société offshore et n'est que simple ayant droit économique, il n'aura pas la qualité pour recourir. Par contre les clients en question, si ils étaient au bénéfice d'un mandat discrétionnaire et ne sont pas intervenus, leurs informations ne doivent pas être transmises.

- d) *L'AMF demande non seulement l'identité des acquéreurs des titres mais aussi tous les relevés bancaires des titulaires des comptes en question pour les deux dernières années.*

L'art. 42 al.2 LFINMA prévoit que : « (La FINMA) ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations non accessibles au public que si: a. ces informations sont utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes; b. les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou par le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées ». L'art. 42 al.4 LFINMA prévoit que : « L'assistance administrative est octroyée avec diligence. La FINMA respecte le principe de la proportionnalité. La transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est exclue ».

On va effectivement transmettre toute la documentation bancaire. Néanmoins s'agissant des deux ans, on admet qu'on puisse demander sur la période de quelques semaines, mais deux ans c'est beaucoup trop long (admis dans le cas d'un client australien, 6 mois avant et 6 mois après), donc art. 42 al.4 LFINMA, violation du principe de proportionnalité, deux ans c'est excessif, en tout cas dans cette affaire.

- e) *Bien qu'ayant pris l'engagement formel dans une lettre signée par le président de l'AMF de ne pas transmettre les informations à d'autres autorités, en particulier pénales, sans l'autorisation de la FINMA, et de résister par toutes voies de droit (best efforts) à des demandes de tiers, l'AMF a indiqué dans sa déclaration qu'elle pourrait devoir faire face, en vertu de son droit national, à de telles demandes et qu'elle pourrait notamment être amenée à dénoncer le cas au Procureur de la République.*

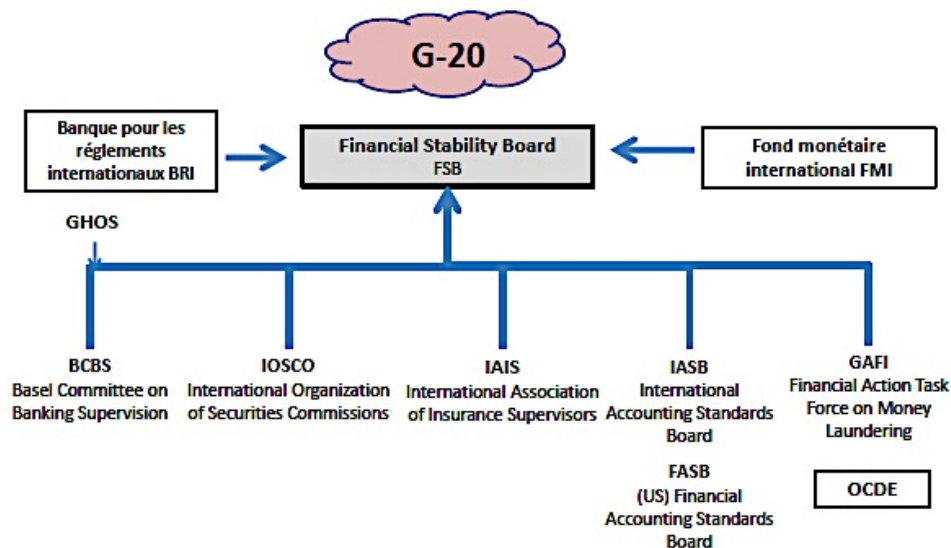
Principe de spécialité (art. 42 al.2 LFINMA): on ne peut pas retransmettre à une autre autorité non impliquée dans les marchés financiers, des informations transmises à l'AMF. L'art. 42 al.2 let. a LFINMA prévoit que : « (La FINMA) ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations non accessibles au public que si: a. ces informations sont utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (...) ». Le principe de la spécialité s'applique ici, selon lequel on transmet des informations qu'à cette autorité là, que pour des objectifs de surveillance, ceci afin d'éviter que problèmes fiscaux. Il est toutefois possible pour l'autorité de surveillance de les transmettre à une autre autorité (pénale ou judiciaire) pour autant qu'elle ait elle aussi une fonction en matière de mise en oeuvre dans le domaine des marchés financiers. En outre, si l'AMF doit transmettre ces informations au procureur en vertu d'une loi, c'est acceptable et ne viole pas le principe de la spécialité. C'est de la spécialité atténuée par ce type de règles.

- f) Au terme de la procédure administrative, l'AMF a condamné les personnes impliquées dans ces transactions, illicites au regard du droit de la surveillance français, à de fortes amendes et a décidé de publier ses décisions, avec les noms des auteurs, sur son site Internet. Ceux-ci peuvent-ils s'y opposer en se fondant notamment sur les règles de droit suisse applicables dans le domaine de l'assistance administrative internationale ?

Art. 42 al.2 let. b LFINMA réserve les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées. Ce qui est acceptable au début de la procédure l'est aussi à la fin *a fortiori*. Dans la mesure où la décision était définitive et plus sujette à recours, qu'elle constatait des infractions, cette publication est tout à fait acceptable. Est-ce que cela peut aussi arriver en droit suisse ? Oui, art. 34 LFINMA : « En cas de violation grave du droit de la surveillance, la FINMA peut publier sa décision finale, y compris les données personnelles des assujettis concernés, sous forme électronique ou écrite, à compter de son entrée en force ».

### XIII. Conférence de la Professeure Anne HERITIER LCHAT, ancienne présidente de la FINMA

#### A. Le contexte international



Ce schéma démontre le caractère à la fois nébuleux du G20 et le caractère structuré et stable dans lequel évolue la finance. Depuis la crise de 2007-2008, le G20 s'est trouvé une mission importante en matière de finances et de réglementation. Il édicte régulièrement ses attentes quant aux marchés, à la conduite des marchés financiers, etc et on assiste à une augmentation et à un suivi du G20. Le domaine des contreparties centrales et des infrastructures en matière de marchés est particulièrement discuté. C'est du soft law uniquement, ces institutions n'édicte pas de règles d'application directe.

#### i. **Réglementation des marchés financiers : tendances internationales**

- Révision quasi complète du cadre réglementaire
- Inclusion de secteurs jusqu'à présent non réglementés (p.ex *shadow banking, crowdfunding, ...*)
- Portée extraterritoriale des lois, soit parce que les Etats décident qu'il faut répondre à un certain nombre de conditions pour entrer en contact avec leurs institutions, soit parce qu'il y a des règles particulières applicables aux Etats tiers qui ne font pas partie de l'UE.
- Fragmentation de la réglementation des marchés financiers, il reste toute une série de difficultés en matière de :
  - Coopération (à la fois sur la réglementation et la surveillance) internationale parfois défailante
  - Tendances protectionnistes qui contribuent à fragmenter la réglementation

- Ouverture des marchés de plus en plus menacée

➤ Influence grandissante des acteurs internationaux → importance des standards internationaux

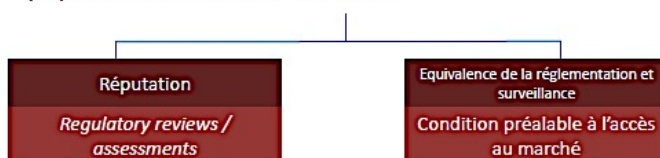
**ii. Surveillance des marchés financiers : tendances globales**



Surveillance beaucoup plus intrusive. Coopération internationale p.ex en fixant des *benchmarks*, les autorités de surveillance fonctionnent aussi par *colleges*, qui s'occupent de plusieurs établissements. C'est utile pour les assujettis car si on est un institut basé dans un pays, c'est utile de savoir que notre surveillant a contact avec les autres autorités étrangères. Accent sur la stabilité financière avec une augmentation du rôle des banques centrales, la plupart des pays ont changé leur réglementation et font intervenir la banque centrale (Suisse : exception, c'est resté à la FINMA). Analyse non plus d'un seul établissement ou secteurs, mais plusieurs : p.ex en Suisse, une enquête interne a été faite sur la manière dont les banques et assurances agissent en matière hypothécaire et comment le risque lié au prêt hypothécaire est géré. Enfin, on a réalisé qu'au delà de toutes les règles importantes de la culture d'entreprise, c'est ce qui est le plus difficile à changer et percevoir.

**iii. Tendances internationales : influence sur la Suisse**

- Standards internationaux pas juridiquement contraignants dans la plupart des cas mais deux vecteurs



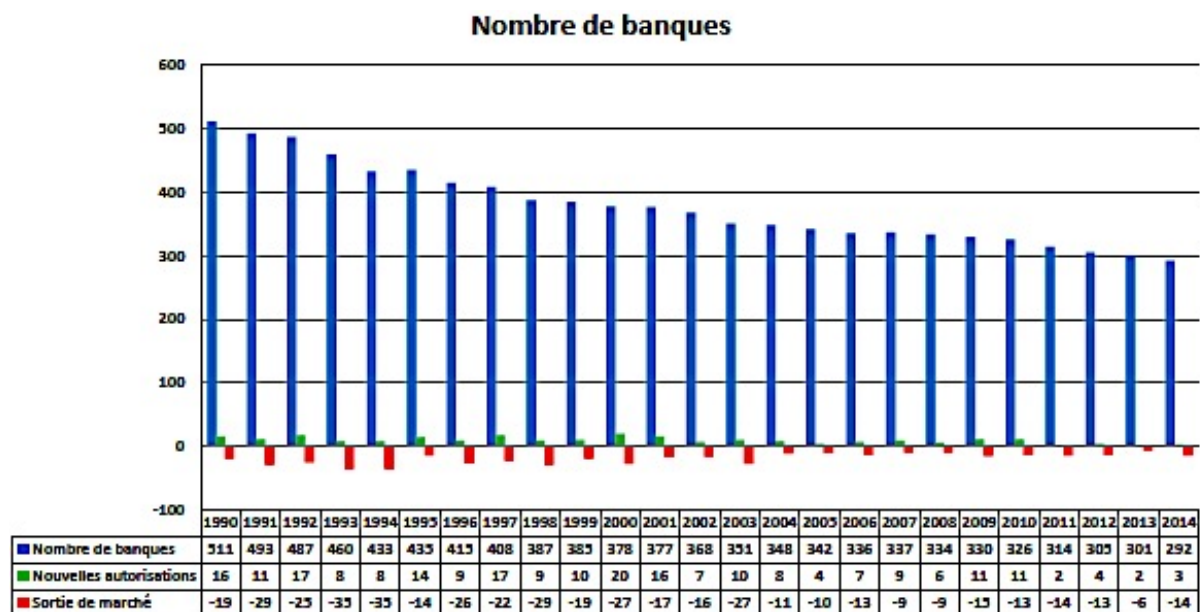
- Collaboration active de la FINMA dans les diverses institutions internationales
- Indépendance et crédibilité de l'autorité pour faire entendre sa voix
- Contribution importante à la compétitivité du secteur financier suisse

Les tendances arrivent en Suisse de deux manières : premièrement par la réputation, par le biais des examens des pays par le FMI ou par d'autres entités comme le GAFI (en Suisse sur le blanchiment d'argent, les résultats vont être publiés). Deuxièmement par l'équivalence de la réglementation et de la surveillance (nécessité d'accéder aux marchés étrangers).

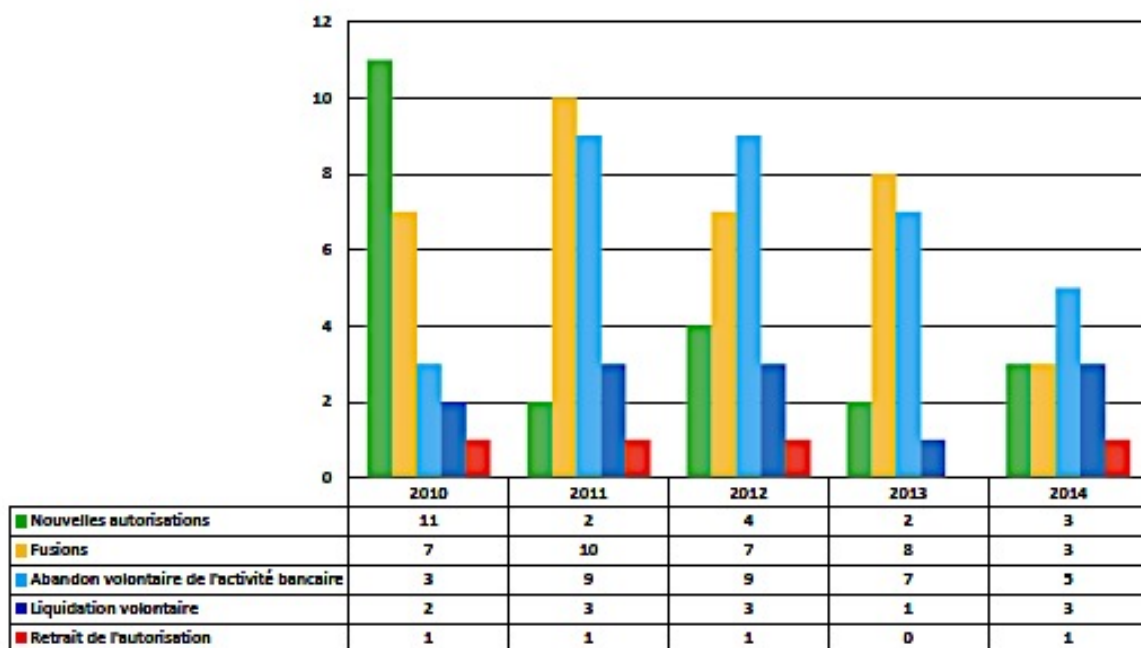
**B. Le contexte suisse**

**i. Consolidation et rôle de la FINMA**

- Consolidation bancaire : en matière de contribution au PIB/ Produit Intérieur Brut de la Suisse, (environ 10-11%), les banques ne représentent plus que la moitié, le reste vient des assurance.



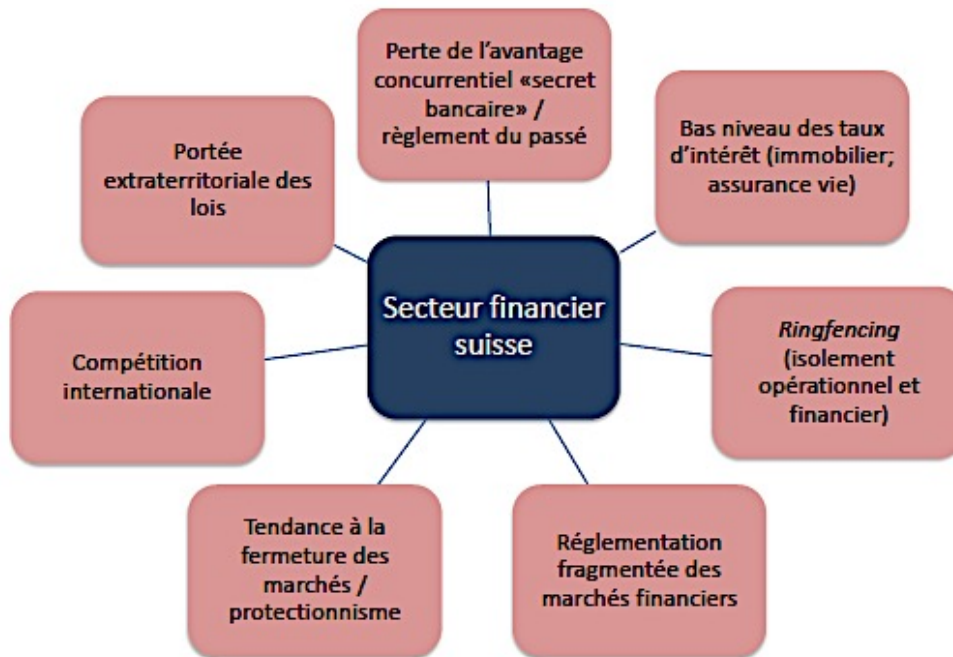
- Données « récentes » : Le nombre des banques a diminué (p.ex 98 du rapport de la FINMA 2016), en 2015 on est à 290 banques (donc -2), donc 98 en mains étrangères.



- Commentaires :
  - Consolidation continue du secteur
  - Pressions sur la profitabilité ; réorientation du « *cross-border wealth management business model* » ; persistance des taux bas
  - Depuis 2005, 150 instituts (banques ET négociants) ont disparu du secteur financier suisse
    - Environ 69 ont été absorbées
    - 45 ont renoncé à leur autorisation
    - 25 ont été liquidées
    - 11 ont quitté le marché suite à une procédure FINMA d' *enforcement*

- Majorité écrasante de petits instituts (catégorie 5)
- Accélération dans le groupe des banques étrangères

ii. **Les risques et défis pour le secteur financier : de nombreux chantiers**



iii. **L'avenir du secteur financier : le nouveau paradigme**

<b>Ingrédients du futur succès</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Offrir des produits et services de qualité</li> <li>Innover pour rester compétitif au niveau international</li> <li>Abandonner les modèles d'affaires dépassés</li> </ul>
<b>Le plus grand obstacle: <i>legacy</i></b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Risques juridiques et de réputation</li> <li>Gaspillage de ressources et de savoir faire</li> <li>Ralentissement dans l'entreprise nécessaire de réorientation</li> </ul>
<b>Le nouveau paradigme</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Adaptation à un monde sans «secret bancaire»</li> <li>Douloureux mais inévitable</li> <li>Pas de succès durable sans changement des mentalités, rôle de l'éthique</li> </ul>

C. **Sujets actuels pour l'autorité de surveillance**

i. **« Fintech » / cyberrisks**

Cyberrisks est un sujet à la mode. **De quoi s'agit-il ?** Il y a eu plusieurs affaires de divulgations d'informations. Un ancien employé de banque a volé un certain nombre de données grâce à une clé USB puis a tenté de les vendre, puis les a données/divulguées. En quoi cela a un lien avec Fintech et Cyberrisks ? Une masse très importante de données bancaires confidentielles peut être contenue dans une base informatique et il est très facile de disséminer ses informations. Autre manière ? On hack. En quoi c'est lié à la technologie et en quoi

c'est nouveau ? Les banques sont de plus en plus connectées et les risques attachés aux technologies et la création des failles augmentent, notamment en raison de la manière dont on exploite et collecte les données. Comment les institutions s'organisent-elles pour parer à cela ? Elles décentralisent leurs systèmes et sous-traitent. On appelle cela du « *outsourcing* », des auditeurs ou des spécialistes s'occupent des données comptables dans d'autres pays. Autrement dit, un certain nombre d'activités est déplacé physiquement ailleurs. Quelles sont les précautions à prendre ? Sécuriser les informations, organiser l'accès du point de vue de qui a accès, quand, comment et de la disponibilité également. **Rôle de l'autorité de surveillance :** Circulaires.

Quid de « Fintech » ? C'est d'une part, une augmentation des volumes (et par conséquent des risques) et d'autre part il y a des nouveaux services qu'on peut imaginer basés sur la technologie. P.ex e-banking, le trading à haute fréquence (programmes à algorithmes sans surveillance). Exemple particulier : une entreprise a mis sur pied un système complètement informatisé de gestion de fortune, il n'y a plus du tout de gérants physiques. Il y a 2 milliards et demi d'actifs. Le *crowdfunding* est aussi un bon exemple : financement en ligne par des particuliers de projets. Problème : cela pourrait être une banque car par cette démarche on accepte des dépôts des particuliers, et le problème réside dans le fait qu'on s'attend forcément à récupérer l'argent que l'on dépose, or ce n'est pas toujours le cas en pratique. Parfois c'est plutôt un investissement / une participation à un certain projet, et on reçoit en retour un bénéfice si le projet fonctionne. Risque ? Détournement de fonds.

## ii. Conduct / enforcement

Conduct : de quoi s'agit-il ? Le système bancaire fonctionne sur la confiance (garantie d'une activité irréprochable, etc). La confiance suppose un comportement correct en affaires, que l'on attend des institutions mais aussi des individus actifs dans l'entité (typiquement culture d'entreprises englobe cela, charte de valeurs, éducation des collaborateurs, etc). La FINMA a décidé de centrer une partie de son activité de surveillance au delà des règles d'organisation et des règles prudentielles sur cette conduite. En 2015 elle s'est concentrée sur 4 domaines : l'adéquation des produits et des services présentés à la clientèle ; activités transfrontières ; intégrité du marché ; (...).

Enforcement : <http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/II-finanzmarktenforcement-20140925-f.pdf>

## iii. Gouvernance / compliance

(...).