



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2017

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Gestion des risques : de lege lata et ferenda

Racine, Jason

How to cite

RACINE, Jason. Gestion des risques : de lege lata et ferenda. Master, 2017.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:109378>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

**UNIVERSITE DE GENEVE
FACULTE DE DROIT**

Mémoire de Maîtrise universitaire en droit

**Gestion des risques : *de lege lata et
ferenda***

Dans le cadre du séminaire « Les nouvelles lois sur les services
(LSFin) et les établissements financiers (LEFin) »

Jason Racine

Sous la direction du Professeur Christian BOVET

Semestre d'automne 2017

Table des matières

Liste des abréviations	4
I. Introduction.....	6
II. Typologie des risques	7
A) Risques de crédit	8
B) Risque de marché.....	8
C) Risque de taux d'intérêt.....	8
D) Risque de liquidités	9
E) Risque de solvabilité.....	10
F) Risques opérationnels	10
G) Risques juridiques.....	11
H) Risques de réputation.....	11
I) Risques politiques	12
J) Risque systémique	12
K) Autres risques.....	12
III. Gestion des risques.....	13
A) Gestion à proprement parler	13
1) Analyse quantitative	14
a) Gestionnaires de fortune et trustees	14
b) Gestionnaires de fortune collective et directions de fonds.....	15
c) Banques et négociants en valeurs mobilières	16
2) Analyse qualitative	17
a) Fonds propres.....	17
b) Liquidités	18
B) Répartition des risques.....	19
IV. Exigences prudentielles en matière de gouvernance d'entreprise ____	20

A)	Concept-cadre pour la gestion des risques	21
B)	Tâches de l'organe responsable de la haute direction.....	22
C)	Mesures organisationnelles	23
1)	Système de contrôle interne (SCI)	23
a)	Condition d'autorisation	24
b)	Organisation et composition	26
c)	Fonctions générales	26
d)	Contrôle des risques	27
2)	Comité des risques	27
3)	Systèmes de rémunération.....	28
4)	Indépendance de l'organe responsable de la haute direction	29
D)	Règles de conduites	30
E)	Obligation d'information.....	31
V.	Conclusion.....	32
VI.	Bibliographie.....	35
VII.	Sources officielles	37
	Déclaration anti-plagiat	39

Liste des abréviations

al.	alinéa
art.	article
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CC	Code civil suisse (RS 210)
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
Cm	chiffre marginal
FAQ	Foire aux questions (<i>frequently asked questions</i>)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LB/CF	Modification proposée par le Conseil fédéral de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (BO 15.073)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)
let.	lettre
LFINMA	Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1)
LIMF	Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (RS 958.1)
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.11)

OFR	Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (RS 952.03)
OLiq	Ordonnance sur les liquidités des banques (RS 952.06)
OPCC	Ordonnance sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.311)
p.	page
PIB	produit intérieur brut
P-LEFin/CE	Décision du Conseil des Etats du 14 décembre 2016 à propos du projet du Conseil fédéral de loi sur les établissements financiers (BO 15.073)
P-LEFin/CF	Projet du Conseil fédéral de loi sur les établissements financiers (BO 15.073)
P-LSFin/CF	Projet du Conseil fédéral de loi sur les services financiers (BO 15.073)
pp.	pages
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SFAMA	<i>Swiss Funds & Asset Management Association</i>
ss	suivantes

I. Introduction

A l'heure actuelle, l'identification et la maîtrise des risques sur les marchés financiers sont un enjeu primordial¹. Cela est particulièrement vrai pour la Suisse qui est un petit pays et dont la place financière contribue pour plus de 9% au PIB². Les conséquences de la crise financière ont conduit les Etats à réglementer de façon plus stricte les risques que peuvent prendre les établissements financiers et la manière dont ils doivent les gérer³. Bien que la Suisse ne fût pas la plus durement touchée, le législateur suisse entreprit en réponse à cette crise une révision de l'architecture des lois sur les marchés financiers⁴.

Le 1^{er} janvier 2016 s'est achevée la première phase de cette réforme avec l'entrée en vigueur de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers⁵ (ci-après « LIMF »)⁶. Le second volet de cette révision est composé du projet de loi sur les services financiers⁷ (ci-après « P-LSFin/CF ») et du projet de loi sur les établissements financiers⁸ (ci-après « P-LEFin/CF »)⁹. A noter que les banques au sens de la loi sur les banques¹⁰ (ci-après « LB ») n'entrent pas dans le champ d'application du P-LEFin/CF¹¹. En revanche, elles sont assujetties au P-LSFin/CF¹². Ils entreront en vigueur au plus tôt en 2019 et formeront la nouvelle architecture des marchés financiers avec la loi sur la surveillance des marchés financiers¹³ et la LIMF¹⁴.

¹ Voir le rapport du Conseil fédéral à propos de la politique en matière de marchés financiers et pour une place financière suisse compétitive, pp. 4 et 5.

² Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales, chiffres-clés, p. 2.

³ NOBEL P., (2010) p. 31.

⁴ BAHAR R., p. 9.

⁵ Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, du 19 juin 2015 (LIMF ; RS 958.1).

⁶ SETHE R./FAVRE O./HESS M./KRAMER S./SCHOTT A., p. 3.

⁷ Projet du Conseil fédéral de loi sur les services financiers (LSFin), du 4 novembre 2015 (BO 15.073).

⁸ Projet du Conseil fédéral de loi sur les établissements financiers (LEFin), du 4 novembre 2015 (BO 15.073).

⁹ BRAIDI G., pp. 35 à 38.

¹⁰ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (LB ; RS 952.0).

¹¹ DOBRAUZ-SALDAPENNA G., p. 214. Voir également l'art. 2 al. 2 let. i P-LEFin/CF.

¹² Art. 2 al. 1 P-LSFin/CF.

¹³ Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, du 22 juin 2007 (LFINMA ; RS 956.1).

¹⁴ <https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/themen/wirtschaft--waehrung--finanzplatz/finanzmarktpolitik/fidleg-finig/fb-fidleg-finig.html>.

La gestion des risques est une activité qui requiert des établissements financiers qu'ils identifient, mesurent et surveillent les risques auxquels ils sont exposés. Ils doivent donc nécessairement être organisés et capitalisés de façon adéquate afin de pouvoir constamment respecter les exigences auxquelles ils sont soumis. Je m'attarderai donc à présenter, toujours dans une perspective future et d'un œil critique, les principales nouveautés apportées par les P-LSFin/CF et P-LEFin/CF dans ce domaine. En outre, comme il est impossible de faire abstraction des différents organismes internationaux et de leurs réglementations, je démontrerai succinctement l'impact de celles-ci sur le droit suisse.

Le but de la gestion des risques est de créer des conditions cadres qui permettent aux établissements financiers de faire face à l'imprévisible et aux risques inhérents à leurs activités¹⁵. Elle assure donc la sécurité et la stabilité des établissements financiers et revêt à ce titre une importance capitale¹⁶. Comme en témoigne le fait qu'en matière de risques bancaires, la Suisse est membre du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire depuis sa création en 1974. En transposant dans sa législation interne les normes prescrites par ce Comité, la Suisse s'inscrit dans un mouvement international prônant une amélioration de la stabilité financière¹⁷.

II. Typologie des risques

À titre liminaire, il convient de rappeler que la notion de risque présente une nature ambivalente. En effet, la réalisation d'un risque produira soit une conséquence positive, soit une conséquence négative¹⁸. C'est cette tension, créée par un risque, entre gain ou perte potentiels qui rend l'activité de gestion des risques si délicate¹⁹. Par définition, ce ne sont que les conséquences négatives de la réalisation d'un risque qui produisent un effet non souhaité sur la société. C'est pourquoi les différentes règles de droit qui régissent cette problématique n'appréhendent que celles-ci²⁰. Afin de comprendre en quoi consiste la gestion des risques et quels sont les enjeux sous-tendant cette activité, il est nécessaire de présenter dans un premier temps les principaux risques encourus par les établissements financiers.

¹⁵ DIONNE G., p. 8.

¹⁶ KEIZER B., p. 345.

¹⁷ HARI O., pp. 184 à 186.

¹⁸ SETHE R./FAVRE O./HESS M./KRAMER S./SCHOTT A., p. 262.

¹⁹ VARNAY M., p. 51.

²⁰ Idem, pp. 53 et 54.

A) *Risques de crédit*

Selon l'art. 48 de l'ordonnance sur les fonds propres²¹ (ci-après « OFR »), le risque de crédit peut être défini comme étant la « perte qui survient lorsqu'une contrepartie n'est pas en mesure d'honorer ses engagements contractuels ou lorsque des instruments financiers émis par des tiers subissent une dépréciation de valeur, notamment des titres de participation, des instruments de taux d'intérêt ou des parts à des placements collectifs de capitaux ». A l'heure actuelle, il représente le principal risque qui pèse sur le secteur bancaire²². En pratique, le cas le plus fréquent est celui d'un débiteur qui ne respecte pas son obligation de rembourser un crédit. Ce risque-là est parfois appelé risque de contrepartie²³. Les risques de crédit font l'objet de la circulaire de la FINMA 2017/7 « Risques de crédit – banques » qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 et qui concrétise les art. 18 à 77 de l'OFR concernant les risques de crédit des banques et des négociants en valeurs mobilières²⁴.

B) *Risque de marché*

A la teneur de l'art. 81 de l'OFR, il s'agit du « risque de perte lié aux fluctuations de valeur d'une position, suite à une modification des facteurs déterminant son prix comme le cours des actions ou des matières premières, les cours de change et les taux d'intérêt ainsi que leurs volatilités respectives ». Parfois également appelés risques liés aux positions, ils couvrent principalement toutes les fluctuations négatives des cours liées à l'irrationalité régnant sur les marchés financiers²⁵. Avec le risque de crédit, ils font partie des principaux risques qu'encourent les établissements bancaires²⁶.

C) *Risque de taux d'intérêt*

Ce type de risque fait partie des risques de marché et requiert, singulièrement de la part des banques, une attention toute particulière car il peut faire varier la valeur de leurs actifs ou passifs²⁷. La circulaire FINMA 2008/6 « Risques de

²¹ Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières, du 1^{er} juin 2012 (OFR ; RS 952.03).

²² NOBEL P., (2002) p. 522.

²³ GILLARD Y., p. 181.

²⁴ Circulaire FINMA 2017/7 « Risques de crédit – banques », Cm 1.

²⁵ EMCH U./MONTAVON P., p. 340.

²⁶ NOBEL P., (2010) p. 32.

²⁷ BAUEN M./ROUILLER N., (2013) p. 55 et circulaire FINMA 2008/6 « Risques de taux – banques », Cm 1.

taux – banques » qui concrétise l’art. 12 de l’ordonnance sur les banques²⁸ (ci-après « OB ») ainsi que les art. 19 et 26 de l’ordonnance sur les bourses²⁹ (ci-après « OBVM ») et 96 de l’OFR définit le risque de taux d’intérêt à son Cm 5³⁰. Il s’agit de la « vulnérabilité de la situation financière d’une banque à une évolution défavorable des taux d’intérêt du marché ». De plus, « les banques sont toujours susceptibles d’être affectées par les risques de taux lorsque les revenus et les valeurs économiques de leurs actifs, passifs et positions hors bilan présentent des sensibilités divergentes face aux taux d’intérêt ».

Ce risque provient principalement de la différence, notamment dans les échéances, entre les taux d’intérêt qu’une banque doit verser et ceux qu’elle perçoit³¹. Typiquement, si une banque finance des prêts à long terme avec des passifs à court terme et qu’il se produit parallèlement une hausse des taux d’intérêt, celle-ci risque d’encaisser moins d’intérêts qu’elle ne devrait en payer si elle doit se refinancer à des taux plus élevés. Ce risque-là fait partie des risques de taux d’intérêt et se nomme risque de refinancement³².

D) *Risque de liquidités*

L’argent et les actifs facilement réalisables à court terme représentent les liquidités d’un établissement. De ce fait, la notion de liquidité peut se définir « comme étant la capacité [d’un établissement] à rembourser ses dettes exigibles à court terme »³³. En conséquence, un risque de liquidité se présente lorsqu’un établissement ne dispose plus de suffisamment d’actifs liquides pour honorer ses engagements à court terme³⁴. Bien que ce risque soit conceptuellement proche du risque de solvabilité, il s’en distingue par le fait qu’il ne concerne que les engagements arrivant à échéance³⁵. En revanche, à l’instar du risque de solvabilité, il est réglementé par la FINMA au travers de sa circulaire 2015/2 « Risque de liquidités – banques ». Cette circulaire concrétise l’art. 4 al. 2 de la LB et les prescriptions de l’ordonnance sur les liquidités³⁶ (ci-après « OLiq ») en fixant des exigences qualitatives et quantitatives en matière de gestion du risque de liquidités³⁷.

²⁸ Ordonnance sur les banques et les caisses d’épargne, du 30 avril 2014 (OB ; RS 952.02).

²⁹ Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, du 2 décembre 1996 (OBVM ; RS 954.11).

³⁰ Circulaire FINMA 2008/6 « Risques de taux – banques », Cm 1.

³¹ LOMBARDINI C., (2008) pp. 66, 67 et 218.

³² Ibidem.

³³ VARNAV M., p. 103.

³⁴ NICOLET M.-A., p. 76.

³⁵ GILLARD Y., p. 184.

³⁶ Ordonnance sur les liquidités des banques, du 30 novembre 2012 (OLiq ; RS 952.06).

³⁷ Circulaire FINMA 2015/2 « Risque de liquidités – banques », Cm 1, 2 et 104.

E) *Risque de solvabilité*

Par opposition à la liquidité, la solvabilité d'un établissement représente sa capacité à honorer ses engagements à long terme³⁸. A l'heure actuelle, la solvabilité des établissements bancaires se mesure à l'aune de différents ratios développés par la FINMA au travers de sa circulaire 2015/2 « Risque de liquidités – banques » et par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire³⁹. En substance, il s'agit pour eux de respecter certaines proportions entre leurs fonds propres et les risques pesant sur leurs actifs afin d'éviter toute prise excessive de risque. De plus, cela permet d'assurer leur solidité face aux éventuels chocs qu'ils peuvent subir⁴⁰.

F) *Risques opérationnels*

Selon l'art. 89 de l'OFR, les risques opérationnels comprennent les risques « de perte liés à l'inadéquation ou à la défaillance de procédures internes, aux personnes ou aux systèmes ou encore à des facteurs externes ». Sont également couverts par cette définition, les risques juridiques et de *compliance* s'ils représentent une perte financière directe. Par exemple, cela sera le cas des amendes reçues d'autorités de surveillance ou d'autres autorités⁴¹. A noter qu'une banque est toujours responsable des fautes commises par ses organes ou par ses collaborateurs même s'ils n'ont pas la qualité d'organe. Cette responsabilité découle de l'art. 55 du Code civil⁴² (ci-après « CC ») s'il s'agit d'un organe ou de l'art. 101 CC pour les autres⁴³.

En matière de risques opérationnels, la FINMA concrétise les art. 12 OB et 19 à 20 OBVM ainsi que les art. 89 à 94 de l'OFR dans sa circulaire 2008/21 « Risques opérationnels – banques »⁴⁴. De plus, en ce moment, elle entend renforcer la coordination entre l'audit et la révision interne en matière d'analyse des risques⁴⁵. Cela permettra de réduire les risques opérationnels d'un établissement. En effet, le but est de permettre aux sociétés d'audit de se baser sur les travaux de la révision interne afin de mieux connaître les risques

³⁸ GILLARD Y., p. 184.

³⁹ ABEGG A./BÄRTSCHI H./DIETRICH A., pp. 68 et 69.

⁴⁰ HARI O., pp. 185 et 186.

⁴¹ Circulaire FINMA 2008/21 « Risques opérationnels – banques », Cm 2.

⁴² Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁴³ HEIM K., p. 17.

⁴⁴ Circulaire FINMA 2008/21 « Risques opérationnels – banques », Cm 1.

⁴⁵ Voir le communiqué de presse de la FINMA du 30 novembre 2017 où elle déclare ouvrir une procédure d'audition jusqu'au 31 janvier 2018 concernant la révision partielle de sa circulaire 2013/3 « Activités d'audit ». Voir également le rapport explicatif de la FINMA du 30 novembre 2017 sur la modification des dispositions de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », pp. 8 et 9.

d'un établissement. Partant, les activités d'audit seront beaucoup plus basées sur les risques de l'établissement et donc plus efficaces⁴⁶.

G) *Risques juridiques*

Il s'agit du risque qu'un litige survienne avec une autorité, une contrepartie ou une association professionnelle. Cette notion englobe également le risque qu'une relation ne soit pas juridiquement valable⁴⁷. A noter que la cause du litige ou du vice dans la relation est sans importance pour la qualification comme risque juridique⁴⁸. Il peut aussi découler d'un changement de réglementation ou de cadre légal⁴⁹. Ce risque concrétise souvent l'existence de risques opérationnels sous-jacents. C'est pourquoi certains l'incluent directement dans cette dernière catégorie⁵⁰. D'ailleurs, l'art. 89 de l'OFR précise bien que les risques juridiques sont compris dans les risques opérationnels. De ce fait, ils sont également appréhendés par la circulaire 2008/21 « Risques opérationnels – banques » de la FINMA.

H) *Risques de réputation*

Ces risques sont souvent liés à des problématiques de blanchiment d'argent ou de violations d'obligations fiscales. S'ils se réalisent, ils attentent fortement à la réputation d'un établissement et cela en sus des éventuelles mesures prises par les autorités de surveillance⁵¹. La réalisation d'un risque de réputation porte donc directement atteinte à l'attractivité ou à l'image d'un établissement mais n'impactera en principe qu'indirectement son bilan⁵². Néanmoins, ces conséquences ne doivent pas être sous-estimées. Si bien que l'art 8 al. 2 P-LEFin/CF mentionne expressément que les établissements doivent identifier, mesurer et surveiller leurs risques, y compris les risques de réputation. Parallèlement, le futur art. 3 al. 2 let. a^{bis} LB/CF⁵³ prévoit lui aussi explicitement qu'une banque doit disposer d'un système de contrôle interne efficace qui lui permette d'identifier, de mesurer et de surveiller ses risques, y compris les risques de réputation.

⁴⁶ Voir le rapport explicatif de la FINMA du 30 novembre 2017 sur la modification des dispositions de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », pp. 8, 11, 14, 21.

⁴⁷ NICOLET M.-A., p. 77.

⁴⁸ LOMBARDINI C., (2008) p. 67.

⁴⁹ GILLARD Y., p. 186.

⁵⁰ SETHE R./FAVRE O./HESS M./KRAMER S./SCHOTT A., p. 263.

⁵¹ LOMBARDINI C., (2008) p. 68.

⁵² BAUEN M./ROUILLER N., (2013) p. 56.

⁵³ Modification proposée par le Conseil fédéral de la LB (BO 15.073).

I) *Risques politiques*

Lorsqu'un établissement financier déploie son activité dans plusieurs pays, il s'expose à des risques politiques. Ils sont parfois également appelés risques-pays⁵⁴. Il s'agit des risques liés à l'environnement politique, économique et juridique d'un Etat et de ses éventuels changements⁵⁵. Par exemple, des risques politiques surviennent en cas d'intervention étatique, de réglementation ou de déréglementation d'une activité ou d'une profession. Mais aussi en cas de guerre ou de trouble dans la stabilité politique d'un Etat⁵⁶. Afin de minimiser ces risques, la FINMA exige des établissements financiers qu'ils respectent au moins le droit de la surveillance des Etats dans lesquels ils sont actifs dans le cadre de leurs activités transfrontières⁵⁷.

J) *Risque systémique*

Il peut être défini comme étant le risque que la faillite d'un établissement ou d'un groupe financier qui exerce des fonctions indispensables pour une économie, provoque, par un mécanisme de réaction en chaîne, la déficience de tout le système⁵⁸. Comme ces établissements sont considérés d'importance systémique, il est nécessaire de prévoir des règles particulières afin d'assurer l'intégrité et la stabilité du système dans sa globalité et de limiter les risques qu'ils peuvent prendre. En effet, en cas d'échec et comme l'histoire récente nous le démontre, les autorités n'ont pas d'autre choix que de sauver ces établissements au moyen d'argent public⁵⁹. De par leurs importances, ces établissements font l'objet d'une abondante réglementation⁶⁰.

K) *Autres risques*

Afin de présenter une typologie des risques la plus exhaustive possible et sans dépasser le cadre de cette contribution, il convient de préciser ici certains points. Tout d'abord, les risques évoqués ci-dessus concernent principalement les établissements bancaires et financiers. Néanmoins, sous l'angle de la gestion des risques sur les marchés financiers, d'autres approches sont tout à

⁵⁴ BAUEN M./ROUILLER N., (2011) p. 454.

⁵⁵ EMCH U./MONTAVON P., p. 338.

⁵⁶ Idem, p. 340.

⁵⁷ Voir le communiqué de presse de la FINMA du 22 octobre 2010 à propos des risques dans le cadre des activités financières transfrontières. Ainsi que le document de la FINMA du 22 octobre 2010 « Position de la FINMA Risques juridiques » à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières.

⁵⁸ HARI O., pp. 201 et 202.

⁵⁹ VARNAV M., p. 139.

⁶⁰ Voir notamment les art. 7 à 10a LB, 60 à 66 OB, 124 à 136 OFR, 19 à 29 OLiq.

fait possible. Par exemple, l'analyse du spectre des risques encourus par les investisseurs ou des risques d'atteinte à la réputation de la place financière suisse⁶¹.

En outre, bien que les principaux risques entrant dans le champ de cette étude aient été présentés ci-dessus, il faut admettre que cette liste n'est pas complète. En effet, il existe pléthore d'autres risques ou de sous-catégories dont il ne sera pas traité ici. En particulier, les risques liés au blanchiment d'argent, les risques physiques, stratégiques, sans contrepartie, de concentration ou encore transactionnels.

III. Gestion des risques

Fondamentalement, toute activité financière présente des risques. Comme ils sont inévitables, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes qui permettent de les maîtriser⁶². Les établissements financiers doivent donc disposer d'une organisation appropriée ainsi que de systèmes de contrôles efficaces. Ces aspects organisationnels sont actuellement en plein développement et seront présentés ultérieurement.

Conformément à la lettre de l'art. 8 al. 2 P-LEFin/CF, l'activité de gestion des risques poursuit trois principaux objectifs. Les établissements financiers doivent dans un premier temps identifier et mesurer leurs risques⁶³. Il s'agit pour eux de déterminer l'ensemble des risques qu'ils encourent pour ensuite évaluer et quantifier l'impact financier que la réalisation de ceux-ci pourraient avoir⁶⁴. Une fois cela fait, il leur est non seulement possible mais surtout nécessaire de les gérer quotidiennement par l'intermédiaire de systèmes internes⁶⁵. L'ultime but de la gestion des risques est de limiter autant que faire se peut la réalisation de ceux-ci car ils se matérialisent au sein d'un établissement par des pertes financières⁶⁶.

A) *Gestion à proprement parler*

Stricto sensu, la gestion des risques se traduit par la mise en place d'une politique des risques permettant de les maîtriser. La finalité de celle-ci est d'assurer le constant respect de toutes les prescriptions légales en matière de

⁶¹ LOMBARDINI C., (2012) pp. 247ss.

⁶² NOBEL P., (2010) p.31.

⁶³ BOUGHENANE W., p. 483.

⁶⁴ VARNAV M., p. 214.

⁶⁵ KURER P., p. 57.

⁶⁶ RINI R., p. 23.

risques⁶⁷. Ces prescriptions requièrent des banques et des établissements financiers qu'ils respectent des exigences particulières en matière de fonds propres et de liquidités. Derrière ces exigences, se cache l'idée qu'un volume quantitativement et qualitativement suffisant de fonds propres et de liquidités permette de couvrir les risques encourus par ceux-ci⁶⁸. C'est pourquoi le P-LEFin/CF soumettra systématiquement les établissements financiers assujettis à des exigences de fonds propres voire de liquidités afin de renforcer leur solidité⁶⁹.

En matière bancaire, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire édicte des prescriptions minimales et des directives en matière de fonds propres et de gestion des risques applicables aux banques⁷⁰. Celles-ci sont transposées en droit suisse au sein de l'OFR⁷¹. Avec l'OLiQ, ces deux textes forment le cadre fixé par le Conseil fédéral en matière de fonds propres et de liquidités des banques⁷². L'objectif est d'assurer la protection des créanciers et la stabilité du système financier en exigeant des banques et des négociants en valeurs mobilières qu'ils disposent de fonds propres adaptés à leurs activités et aux risques inhérents à celles-ci⁷³.

1) *Analyse quantitative*

a) Gestionnaires de fortune et trustees

Tout d'abord, il convient de relever l'une des nouveautés majeures apportées par le P-LEFin/CF. Il s'agit de l'assujettissement des gestionnaires de fortune et des trustees à une surveillance prudentielle⁷⁴. Dorénavant, ils feront partie des établissements financiers réglementés. A ce titre, l'art. 19a P-LEFin/CE⁷⁵ exigera d'eux qu'ils disposent de fonds propres appropriés. C'est-à-dire qu'ils devront s'élever à 10 millions de francs au maximum mais couvrir constamment au moins un quart de leurs frais fixes provenant de leurs derniers comptes annuels.

⁶⁷ EMCH U./MONTAVON P., p. 339.

⁶⁸ GILLARD Y., p. 180.

⁶⁹ Voir l'art. 19a P-LEFin/CE ainsi que les art. 25, 33 et 42 du P-LEFin/CF.

⁷⁰ ABEGG A./BÄRTSCHI H./DIETRICH A., pp. 68 et 69.

⁷¹ LOMBARDINI C., (2008) p. 147.

⁷² HARI O., p. 189. Voir également l'art. 4 al. 2 LB.

⁷³ Art. 1 al. 1 OFR.

⁷⁴ Art. 16ss P-LEFin/CF. Voir également le Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), du 4 novembre 2015, FF 2015 pp. 8101 ss, p. 8127.

⁷⁵ Décision du Conseil des Etats du 14 décembre 2016 à propos du projet du Conseil fédéral de loi sur les établissements financiers (BO 15.073).

Cette limite de 10 millions de francs me semble injustifiée. D'une part, étant donné que les fonds propres servent à couvrir les risques des établissements financiers, je ne vois pas l'utilité de ce plafond. D'autre part, elle me semble insuffisante au regard des montants des actifs pouvant être gérés par ces établissements. Il me semble donc qu'il serait plus opportun de leur fixer des ratios de fonds propres qu'ils doivent détenir en fonction de leurs activités, de leurs tailles et des risques qu'ils encourent. De plus, cette approche serait conforme à la systématique du P-LEFin/CF qui exige des autres établissements financiers des fonds propres proportionnés à leurs activités et aux risques inhérents à celles-ci.

Actuellement, ces établissements ne sont pas soumis à des exigences réglementaires ou légales, hormis les éventuelles prescriptions liées à leurs formes sociales. Leurs assujettissements au P-LEFin/CF et notamment à un organisme de surveillance représenteront donc un coût conséquent⁷⁶. De plus, ils devront obtenir une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités⁷⁷. Si l'on additionne les différents coûts liés à leurs assujettissements au P-LEFin/CF, ils seront fortement impactés⁷⁸. Néanmoins, cela permettra d'une part, d'assurer des conditions de concurrence identiques pour tous les établissements financiers et, d'autre part, d'harmoniser la mise en œuvre des règles de conduite du P-LSFin/CF pour les prestataires de services financiers⁷⁹.

b) Gestionnaires de fortune collective et directions de fonds

Pour ce qui concerne les gestionnaires de fortune collective, à savoir principalement les personnes qui gèrent des placements collectifs de capitaux et les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance, l'art 25 du P-LEFin/CF exigera également d'eux qu'ils disposent de fonds propres appropriés à leurs activités commerciales et aux risques y afférents. Bien que l'actuelle loi sur les placements collectifs de capitaux⁸⁰ (ci-après « LPCC ») contienne déjà quelques dispositions en matière de fonds propres⁸¹, le P-LEFin/CF et ses futures ordonnances en préciseront le contenu⁸². Ce faisant, le

⁷⁶ Voir l'analyse d'impact du Département fédéral des finances de la loi sur les services financiers et de la loi sur les établissements financiers (ci-après : « Département fédéral des finances, analyse d'impact »), pp. 34 à 37.

⁷⁷ Art. 4 P-LEFin/CF *cum* art. 2 al 1 let. a et b P-LEFin/CF.

⁷⁸ Département fédéral des finances, analyse d'impact, pp. 35 et 36.

⁷⁹ Idem, p. 35.

⁸⁰ Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, du 23 juin 2006 (LPCC ; RS 951.31).

⁸¹ Notamment les art. 32 et 39 LPCC.

⁸² Art. 25 al. 2 P-LEFin/CF.

Conseil fédéral devra tenir compte du volume et du domaine d'activité des gestionnaires de fortune collective ainsi que des risques y relatifs⁸³.

En outre, l'art. 33 al. 1 P-LEFin/CF exigera des directions de fonds qu'elles respectent un rapport approprié entre le montant de leurs fonds propres et celui de la fortune totale des placements collectifs qu'elles administrent. Le Conseil fédéral fixera ce rapport et l'autorité de surveillance pourra, dans des cas particuliers, décider d'assouplir ou de renforcer ces exigences. Cette future disposition n'apporte aucun changement matériel car elle ne fait que reprendre le contenu de l'art. 32 LPCC.

c) Banques et négociants en valeurs mobilières

Les banques et les négociants en valeurs mobilières doivent disposer de fonds propres nécessaires⁸⁴. C'est-à-dire qu'ils doivent en tout temps respecter les critères quantitatifs posés par les art. 41 à 47 de l'OFR⁸⁵. Cela est confirmé par l'art. 42 al. 1 P-LEFin/CF qui réglera les exigences en matière de fonds propres des futures maisons de titres. Etant précisé que le terme de maisons de titres désignera les actuels négociants en valeurs mobilières. En prévoyant qu'elles devront disposer à titre individuel et sur une base consolidée d'un volume adéquat de fonds propres, cet article ne fait que reprendre l'art. 12 de la loi sur les bourses⁸⁶ (ci-après « LBVM »)⁸⁷. Par conséquent, cet article renverra à l'OFR pour ce qui concerne les exigences en matière de fonds propres des futures maisons de titres.

Les banques et les futures maisons de titres doivent respecter un niveau minimum de fonds propres exprimé en pourcent de diverses positions pondérées, notamment en fonction des risques qu'encourt l'établissement. A titre d'exemple, ils doivent détenir un « ratio de fonds propres globaux » de 8%⁸⁸. Il s'agit d'un niveau minimum de fonds propres équivalant à 8% des positions pondérées (énumérées à l'art. 42 al. 2 let. a - f OFR) après les déductions effectuées selon les art. 31 à 40 de l'OFR⁸⁹.

En plus des fonds propres nécessaires, les banques doivent respecter des exigences quantitatives en matière de liquidités⁹⁰. Par exemple, elles doivent disposer d'un ratio de liquidités à court terme permettant d'assurer en tout

⁸³ FF 2015 p. 8227.

⁸⁴ Art. 41 OFR.

⁸⁵ HARI O., p. 195.

⁸⁶ Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, du 24 mars 1995 (LBVM ; RS 954.1)

⁸⁷ FF 2015 p. 8231.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem. Voir également l'art. 42 OFR.

⁹⁰ Art. 12 à 17f OLiq.

temps un niveau d'actifs liquides de haute qualité suffisant pour faire face à une situation de crise⁹¹. L'objectif de cette réglementation est d'assurer la constante solvabilité des banques car elles doivent disposer en tout temps de liquidités suffisantes pour être en mesure de remplir leurs obligations de paiement, y compris en situation de crise⁹². Cet objectif diverge de celui poursuivi par l'OFR. En effet, exiger des banques et des négociants en valeurs mobilières des fonds propres adaptés à leurs activités et aux risques inhérents à celles-ci permet d'assurer la protection des créanciers et la stabilité du système financier⁹³. Ces prescriptions concernant les fonds propres et les liquidités des banques et des négociants en valeurs mobilières sont complétées par plusieurs règles techniques élaborées par la FINMA au travers de diverses circulaires⁹⁴.

L'art 42 al. 1 P-LEFin/CF apportera une importante nouveauté pour les futures maisons de titres. Il s'agit de l'obligation qui leur sera imposée de « disposer à titre individuel et sur une base consolidée d'un volume adéquat de liquidités »⁹⁵. Il est vrai qu'actuellement plusieurs négociants respectent déjà sur une base volontaire certaines exigences contenues dans l'OLiQ applicable aux banques⁹⁶. Néanmoins, de véritables obligations légales en la matière leur seront prochainement imposées. Celles-ci seront définies par une ordonnance qui devra notamment s'inspirer de l'OLiQ et qui tiendra compte du genre d'activité de la maison de titres et de ses risques⁹⁷. Je considère qu'il est judicieux de leur imposer des exigences quantitatives en matière de liquidités eu égard au fait que cela renforce leur solvabilité. Néanmoins, celles-ci devront dûment tenir compte du type d'activité des maisons de titres et être proportionnées à leurs risques.

2) *Analyse qualitative*

a) *Fonds propres*

En plus des exigences quantitatives, l'OFR fixe des règles sur la qualité des fonds propres devant être prise en compte. Elles font l'objet des art. 18 à 40 de l'OFR. Il existe trois qualités de fonds propres. A savoir, les fonds propres de base durs et les fonds propres de base supplémentaires qui forment ensemble

⁹¹ HARI O., p. 199. Voir également l'art. 12 OLiQ.

⁹² Ibidem. Voir également l'art. 2 al. 1 OLiQ.

⁹³ Art. 1 al. 1 OFR.

⁹⁴ Voir notamment les circulaires FINMA 2013/1 « Fonds propres pris en compte – banques » et 2015/3 « Ratio de levier » ainsi que pour les liquidités la circulaire FINMA 2015/2 « Risque de liquidités – banques ».

⁹⁵ Art. 42 al. 1 P-LEFin/CF.

⁹⁶ FF 2015 p. 8231.

⁹⁷ Ibidem.

les fonds propres de base et enfin les fonds propres complémentaires⁹⁸. La qualité d'un fond propre se définit par sa faculté à absorber les pertes résultantes de la réalisation de risques⁹⁹. Afin de couvrir au mieux les risques que les banques et les futures maisons de titres encourrent, ils doivent donc disposer d'une certaine quantité de fonds propres de chaque qualité¹⁰⁰.

En l'état actuel du P-LEFin/CF, il n'est pas prévu d'exigences qualitatives sur les fonds propres devant être pris en compte par les gestionnaires de fortune, les trustees, les gestionnaires de fortune collective et par les directions de fonds. En revanche, comme les prescriptions quantitatives concernant les fonds propres de ces derniers seront précisées par voie d'ordonnance, il serait souhaitable que le Conseil fédéral leur fixe, de manière tout à fait proportionnée à leurs activités et aux risques inhérents à celles-ci, certaines exigences qualitatives. Cela se justifierait car des fonds propres de bonne qualité permettent de renforcer leur solidité financière et donc de mieux couvrir les risques encourus par ces établissements financiers.

c) Liquidités

Les banques doivent respecter des exigences qualitatives en matière de liquidités. Celles-ci sont réglées aux art. 5 à 11 de l'OLi¹⁰¹. Elles doivent dans un premier temps déterminer leurs tolérances au risque de liquidité. C'est-à-dire dans quelle mesure elles sont « disposées à prendre des risques de liquidité »¹⁰². Ensuite, elles doivent mettre en place des « processus appropriés d'identification, d'évaluation, de pilotage et de surveillance des risques de liquidité »¹⁰³. Enfin, elles réduisent leurs risques de liquidité en instaurant un « système de limites et [en disposant] d'une structure de financement adéquatement diversifiée en fonction des sources de financement et des échéances »¹⁰⁴.

Actuellement, ces exigences ne s'appliquent pas aux négociants en valeurs mobilières. En revanche, l'art. 42 al. 1 P-LEFin/CF exigera de ceux-ci le respect de certaines prescriptions en la matière. De plus celles-ci s'inspireront de l'OLi. Il apparaît donc tout à fait possible que dans un avenir proche les négociants en valeurs mobilières devront eux aussi déterminer leurs tolérances au risque de liquidité puis mettre en place des mécanismes d'identification et

⁹⁸ Art. 18 OFR.

⁹⁹ Circulaire FINMA 2013/1 « Fonds propres pris en compte – banques », Cm 12.

¹⁰⁰ Voir les circulaires FINMA 2008/19 « Risques de crédit – banques », 2008/20 « Risques de marché – banques », 2008/21 « Risques opérationnels – banques », 2013/1 « Fonds propres pris en compte – banques » et 2015/2 « Risque de liquidités – banques ».

¹⁰¹ HARI O., p. 197.

¹⁰² Art. 6 al. 1 OLi.

¹⁰³ Art. 7 OLi.

¹⁰⁴ Art. 8 OLi.

de gestion de ce risque. Il convient de relever que le respect de ces nouvelles exigences s'accompagnera nécessairement d'une hausse des coûts pour eux. Partant, il me semble qu'il serait injuste d'imposer exactement les mêmes exigences aux futures maisons de titres qu'aux banques. En effet, les risques inhérents à leurs deux activités ne sont pas de même intensité pour justifier une égalité de traitement.

B) Répartition des risques

Le concept clé de la répartition des risques assure une saine gestion de ceux-ci. Il a pour objectif d'éviter qu'un établissement se retrouve en difficulté financière voire en faillite en raison d'un trop grand engagement pris envers une contrepartie ou un groupe de contreparties liées¹⁰⁵. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a récemment développé des mesures en la matière¹⁰⁶. Au 1^{er} janvier 2019, entreront en vigueur l'adaptation de l'OFR et la révision totale de la circulaire de la FINMA 2008/23 « Répartition des risques – banques » afin de transposer dans l'ordre juridique suisse les mesures préconisées par Bâle III¹⁰⁷. Fondamentalement, les normes de Bâle III fixent le pourcentage maximum de risque de crédit qu'une banque peut prendre envers une contrepartie¹⁰⁸.

Parallèlement à ces développements, l'art. 42 al. 2 P-LEFin/CF exige des futures maisons de titres qu'elles répartissent leurs risques de façon appropriée. De plus, dans des cas justifiés, la FINMA pourra « assouplir certaines exigences si cela ne compromet pas le but de protection de la loi, ou, au contraire, en [ordonnera] le durcissement »¹⁰⁹. Cet article ne fait que reprendre les art. 13 LBVM et 29 al. 2 OBVM¹¹⁰. De ce fait, il renverra à l'OFR pour ce qui concerne la répartition des risques par les futures maisons de titres. Il convient donc de présenter les futurs grands axes de l'OFR en matière de répartition des risques car ils fixeront le régime à suivre pour les banques et les futures maisons de titres.

Actuellement, un gros risque apparaît lorsque la « position globale envers une contrepartie ou un groupe de contreparties liées atteint ou excède 10 %

¹⁰⁵ Voir le communiqué de presse de la FINMA du 7 avril 2017 où elle y déclare remanier les prescriptions en matière de répartition des risques pour les banques. Voir également l'art. 95 OFR.

¹⁰⁶ Voir Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*.

¹⁰⁷ Voir le rapport explicatif de la FINMA sur la modification de l'OFR et sur la révision totale de la circulaire FINMA 2008/23 « Répartition des risques – banques » en matière de répartition des risques, p. 4.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Art. 42 al. 4 P-LEFin.

¹¹⁰ FF 2015 p. 8231.

des fonds propres »¹¹¹. De plus, « un gros risque ne peut excéder 25 % des fonds propres »¹¹². La nouvelle réglementation exigera de déterminer les gros risques non plus selon les fonds propres totaux devant être pris en compte selon l'OFR, mais, en fonction des fonds propres de base uniquement¹¹³. En effet, seul les fonds propres de base permettent toujours et intégralement d'absorber les pertes. Par conséquent, le fait de les utiliser comme base de calcul permet de mieux limiter le risque d'insolvabilité¹¹⁴. A côté de cette mesure phare, il est prévu toute une série de nouvelles obligations dont la présentation dépasse le cadre de cette contribution. En résumé, le but général de ces nouvelles normes est de mieux gérer et limiter le risque de crédit en assurant une meilleure répartition de celui-ci¹¹⁵.

A mon avis, cette nouvelle exigence poursuit un but légitime. Néanmoins, pour les petits et moyens établissements financiers, il me semble que la limite de 25% des fonds propres de base peut se révéler très voire trop élevée. Il serait donc souhaitable de prévoir des allègements pour ces établissements. De même, cette inquiétude transparaît du rapport sur les résultats de la consultation relative à la révision de l'ordonnance sur les fonds propres parût le 22 novembre 2017¹¹⁶.

IV. Exigences prudentielles en matière de gouvernance d'entreprise

La gouvernance d'entreprise est un concept à géométrie variable. Dans le cadre de la gestion des risques, il désigne l'organisation fondamentale et les règles principales qui régissent la manière dont une entreprise est dirigée par ses organes¹¹⁷. Le 1^{er} juillet 2017 est entrée en vigueur une importante circulaire de la FINMA concernant la gouvernance d'entreprise des banques et des négociants en valeurs mobilières. Il s'agit de la circulaire 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » (ci-après « circulaire 2017/1 ») qui fixe des nouvelles exigences en matière de gestion des risques. Cette circulaire clarifie et harmonise la pratique de la FINMA en la matière car elle réunit

¹¹¹ Art. 95 OFR.

¹¹² Art. 97 OFR.

¹¹³ Voir le rapport explicatif de la FINMA sur la modification de l'OFR et sur la révision totale de la circulaire FINMA 2008/23 « Répartition des risques – banques » en matière de répartition des risques, p. 12.

¹¹⁴ Idem, p. 12.

¹¹⁵ Idem, p. 13.

¹¹⁶ Voir le rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la consultation relative à la révision de l'ordonnance sur les fonds propres, p. 3 et 4.

¹¹⁷ EMMENEGGER S., pp. 10 à 11 et 33.

diverses règles contenues dans d'anciennes circulaires. De plus, elle permet d'adapter la réglementation suisse aux standards internationaux¹¹⁸.

Comme dans d'autres domaines¹¹⁹, le but de la FINMA est d'assurer une gouvernance d'entreprise et une gestion des risques moderne, efficace et adéquate¹²⁰. C'est-à-dire fondamentalement axée sur les risques. Cet objectif s'inscrit dans un mouvement plus large. En effet, les P-LSFin/CF et P-LEFin/CF visent eux-aussi à moderniser les règles en matière de comportement et d'organisation des prestataires de services financiers selon une approche fondée sur les risques¹²¹. De plus, ces projets feront partie d'un cadre réglementaire plus vaste. Celui-ci traduit la volonté du législateur de limiter les risques sur les marchés financiers afin d'avoir un secteur financier compétitif, performant et sûr car il constitue l'un des piliers de l'économie suisse¹²². Maintenant que la mise en perspective de ces différents textes est faite, il est possible d'aborder différents aspects de la gestion des risques selon une approche thématique et transversale.

A) *Concept-cadre pour la gestion des risques*

L'élaboration d'un concept-cadre pour la gestion des risques à l'échelle de l'établissement est une nouvelle obligation imposée par la circulaire 2017/1 aux établissements financiers. Il a pour objectif de permettre au conseil d'administration d'approuver et de mieux connaître l'orientation stratégique générale de la gestion des risques¹²³. Etant donné que son élaboration est complexe, les établissements concernés ont jusqu'au 1^{er} juillet 2018 au plus tard pour l'instaurer¹²⁴.

Le concept-cadre doit être élaboré par la direction et adopté par le conseil d'administration. Il définit les grands axes de la politique de risque de l'établissement ainsi que sa tolérance au risque et toutes les mesures qu'il

¹¹⁸ Voir le communiqué de presse de la FINMA du 1^{er} novembre 2016 où elle déclare fixer des limites à la gouvernance d'entreprise des banques (ci-après : « FINMA, communiqué de presse, gouvernance d'entreprise »).

¹¹⁹ Voir notamment le communiqué de presse de la FINMA sur l'ouverture d'une audition sur la révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent. Ainsi que le rapport explicatif de la FINMA sur la révision partielle de l'OBA-FINMA. Dans ce domaine aussi elle préconise une approche fondée sur les risques.

¹²⁰ FINMA, communiqué de presse, gouvernance d'entreprise.

¹²¹ FF 2015 pp. 8118, 8119 et 8126.

¹²² Voir le rapport 2017 du Département fédéral des finances sur les questions financières et fiscales internationales, pp. 11 et 16.

¹²³ Voir le rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative aux projets de circulaires FINMA 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques », 2008/21 « Risques opérationnels – banques » et 2010/1 « Systèmes de rémunération » (ci-après : « FINMA, rapport sur les résultats de l'audition »), p. 18.

¹²⁴ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 103.

prend pour les limiter¹²⁵. La détermination de sa tolérance au risque par un établissement est aspect fondamental de la gestion des risques. Cette notion clé est définie au Cm 4 de la circulaire 2017/1¹²⁶.

Le contenu précis du concept-cadre est listé au cm 54 à 59 de la circulaire 2017/1. En substance, les principaux risques qu'encourt l'établissement doivent y être catégorisés selon leurs natures, types et niveaux et cela conformément aux définitions de l'OFR. De plus, ils doivent également être indiqués de façon agrégée. L'éventuelle perte pouvant résulter de la réalisation de ces risques doit aussi y être précisée. En outre, les limites fixées par l'établissement en matière de risques doivent y figurer et être conformes à sa tolérance au risque. Finalement, il faut encore y définir les instruments et les structures organisationnelles d'identification, d'évaluation, de gestion et de surveillance des catégories de risques importants.

Le concept-cadre revêt un caractère stratégique important car il définit la politique en matière de gestion des risques d'un établissement financier¹²⁷. Sous cet angle et notamment par le fait qu'il doit être approuvé par le conseil d'administration, cette nouvelle obligation me paraît bienvenue. En effet, elle permettra aux établissements financiers d'avoir une meilleure vision globale et agrégée des risques qu'ils encourent.

B) Tâches de l'organe responsable de la haute direction

Pour la FINMA, l'organe responsable de la haute direction représente la « principale barrière [d'un] établissement contre les risques »¹²⁸. C'est la raison pour laquelle la circulaire 2017/1 tend à renforcer le rôle qu'il doit jouer, notamment en matière de risques, sur les questions stratégiques¹²⁹. A mon avis, il s'agit d'un objectif important et tout à fait justifié. En revanche, il ne faudrait pas que cela lui permette à terme de s'immiscer dans les tâches de la direction. En effet, conformément au principe de dualité, les décisions opérationnelles doivent rester l'apanage de la direction¹³⁰.

¹²⁵ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 52 et 53.

¹²⁶ Il s'agit des « considérations tant quantitatives que qualitatives concernant les principaux risques que l'établissement est prêt à assumer pour atteindre ses objectifs commerciaux stratégiques, compte tenu de sa planification des fonds propres et des liquidités. La tolérance au risque est fixée pour chaque catégorie de risques, mais aussi au niveau de l'établissement, pour autant que cela soit pertinent ».

¹²⁷ Voir le rapport explicatif de la FINMA concernant la circulaire 2016/x « Gouvernance d'entreprise – banques », pp. 13 et 14.

¹²⁸ Idem, p. 10.

¹²⁹ FINMA, rapport sur les résultats de l'audition, p. 11.

¹³⁰ NOBEL P., (2017) pp. 331 et 332. Voir également l'art. 3 al 2 lit a LB.

Les tâches de l'organe responsable de la haute direction font l'objet des Cm 9 à 15 de la circulaire 2017/1. Sous l'angle exclusif de la gestion des risques, il apparaît qu'il doit assumer les fonctions suivantes. Tout d'abord, c'est lui qui adopte la politique de risque de l'établissement en approuvant le concept-cadre et la manière dont sont planifiés les fonds propres et les liquidités. De plus, il est également responsable du pilotage des risques globaux et de la bonne mise en œuvre de la gestion des risques. Désormais, il est spécifiquement prévu que le *Chief Risk Officer* sera nommé et révoqué par l'organe responsable de la haute direction. A noter que cette répartition des tâches avec la direction a précisément pour but d'accentuer encore l'importance de son rôle sur les décisions stratégiques¹³¹. Enfin, c'est aussi lui qui est chargé d'instituer un comité des risques.

L'intégration des tâches confiées à l'organe responsable de la haute direction dans cette circulaire poursuit deux objectifs. Le premier est de répartir plus clairement les tâches entre la direction et cet organe¹³². Le second vise à améliorer la sécurité du droit en insérant les prescriptions de la FAQ concernant l'organe responsable de la haute direction dans une circulaire¹³³. Sous la réserve émise plus haut, je considère qu'il est judicieux de préciser le rôle de l'organe responsable de la haute direction tout en le délimitant mieux par rapport à celui de la direction.

C) Mesures organisationnelles

1) Système de contrôle interne (SCI)

L'art. 8 al. 1 du P-LEFin/CF exige des établissements financiers qu'ils fixent « des règles de gestion d'entreprise et qu'[ils soient organisés] de manière à pouvoir assumer [leurs] obligations légales ». Ils doivent en particulier « identifier, mesurer, gérer et surveiller [leurs] risques, y compris [leurs] risques juridiques et de réputation »¹³⁴. Pour ce faire, ils doivent se doter d'un « système de contrôle interne (ci-après « SCI ») efficace »¹³⁵. Le Conseil des Etats propose même qu'ils instaurent des « contrôles internes efficaces »¹³⁶. Cette disposition dont la formulation est inspirée de l'art. 8 LIMF concrétise l'obligation pour tous les établissements financiers assujettis de gérer leurs

¹³¹ FINMA, rapport sur les résultats de l'audition, p. 12.

¹³² FINMA, communiqué de presse, gouvernance d'entreprise.

¹³³ Voir le rapport explicatif de la FINMA concernant la circulaire 2016/x « Gouvernance d'entreprise – banques », p. 8.

¹³⁴ Art. 8 al. 2 P-LEFin.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Art. 8 al. 2 *in fine* P-LEFin/CE.

risques de façon efficace, c'est-à-dire en adéquation avec les risques liés à la complexité de leurs activités, afin d'assurer la stabilité du système financier et la protection des clients¹³⁷.

L'alinéa 3 de l'art. 8 du P-LEFin/CF délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer les exigences minimales applicables à l'organisation des établissements financiers. Ce faisant, il devra tenir compte des différentes activités et des différents risques de ces derniers. Le Conseil des Etats propose en outre de prendre en considération la taille de l'établissement¹³⁸. A mon avis cette précision est inutile. En effet, comme l'explique le Conseil fédéral dans son Message, cette délégation permettra d'assurer, notamment pour les petits établissements, qu'une analyse coût-bénéfice soit effectuée en fonction du domaine d'activité et des risques qu'ils encourent¹³⁹.

A l'instar de la circulaire 2017/1, l'art. 8 P-LEFin/CF consacre donc le principe de proportionnalité en matière d'organisation des établissements financiers¹⁴⁰. Il permet que les exigences organisationnelles soient « concrétisées au cas par cas en tenant compte de la taille, de la complexité, de la structure et du profil de risques de l'établissement dont il est question »¹⁴¹. Cette flexibilité est bienvenue pour les établissements de moyennes à petites tailles. En effet, elle leur permettra de limiter leurs coûts en lien avec les mesures organisationnelles auxquelles ils sont soumis. Par exemple, au lieu de posséder un comité d'audit et un comité des risques, ils pourront disposer d'un seul comité mixte¹⁴².

a) Condition d'autorisation

Selon l'art. 4 al. 1 P-LEFin/CF, tous les « établissements financiers énumérés à l'art. 2 al. 1 du P-LEFin/CF doivent obtenir une autorisation de l'autorité de surveillance compétente ». Afin d'obtenir cette autorisation, ils doivent remplir les conditions prévues dans la deuxième section du premier chapitre du P-LEFin ainsi que toutes les conditions spéciales qui leur sont applicables¹⁴³. De ce fait, tous les établissements financiers assujettis au P-LEFin/CF doivent disposer d'un SCI efficace afin d'obtenir cette autorisation¹⁴⁴.

¹³⁷ Voir le Message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, du 3 septembre 2014, FF 2014 pp. 7235ss, p. 7251. Ainsi que FF 2015 p. 8219.

¹³⁸ Art. 8 al. 3 P-LEFin/CE.

¹³⁹ FF 2015 p. 8219.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 8.

¹⁴² Idem, Cm 31.

¹⁴³ Art. 6 al. 1 P-LEFin/CF.

¹⁴⁴ Art. 6 al. 1 P-LEFin/CF *cum* 8 al. 2 P-LEFin/CF.

Pour ce qui concerne les gestionnaires de fortune et les trustees, il s'agit d'une nouvelle exigence qui leur est imposée. De plus, l'art. 18b P-LEFin/CE précise encore qu'ils devront disposer d'un « contrôle interne efficace qui garantira notamment le respect des prescriptions légales et internes à l'entreprise ». Ces tâches pourront être « confiées à un dirigeant qualifié ou déléguées à un ou plusieurs collaborateurs disposant des qualifications requises ou à un organe externe qualifié ». En revanche, les « personnes qui assumeront les tâches relevant de la gestion des risques ou du contrôle interne ne pourront pas être impliquées dans les activités qu'elles surveillent ».

Ces deux catégories d'établissements financiers seront probablement les plus touchées par cette exigence. En effet, le seul respect des exigences organisationnelles préalables à l'autorisation coûte entre 20'000 et 30'000 francs¹⁴⁵. A cela s'ajoute bien évidemment tous les autres frais en lien avec leurs assujettissements au P-LEFin/CF. Il sera donc intéressant d'analyser les prescriptions minimales que leur fixera le Conseil fédéral par voie d'ordonnance en vertu de la délégation qui lui est faite à l'art 8 al. 3 P-LEFin/CF.

Concernant les gestionnaires de fortune collective et les directions de fonds, cette condition ne fait que reprendre les dispositions de la LPCC et leurs concrétisations au travers de l'autorégulation¹⁴⁶. En effet, la SFAMA exige des établissements LPCC qu'ils gèrent leurs risques en instaurant un SCI¹⁴⁷.

Le SCI des banques et des futures maisons de titres est réglé par la circulaire 2017/1¹⁴⁸. Néanmoins, afin d'uniformiser les prescriptions légales en la matière, la LB sera modifiée. Le futur art. 3 al. 2 let. a^{bis} LB/CF requerra également des banques qu'elles disposent d'un système de contrôle interne efficace permettant d'assurer la gestion de leurs risques. Il s'agira d'une nouvelle condition permettant d'obtenir l'autorisation de la FINMA d'exercer une activité bancaire¹⁴⁹. Bien qu'il a été renoncé au transfert de la LB dans le P-LEFin/CF, il y aura, *in fine*, une parfaite concordance entre ces deux textes¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Département fédéral des finances, analyse d'impact, p. 36.

¹⁴⁶ FF 2015 p. 8219. Voir également les art. 20 al. 1 let. b LPCC et l'art. 33 OPCC qui consacrent le devoir de diligence que les établissements LPCC doivent respecter.

¹⁴⁷ SFAMA, Règles de conduite, Cm 60. Il s'agit de l'un des aspects organisationnels du devoir de diligence.

¹⁴⁸ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 3.

¹⁴⁹ Art. 3 al. 2 let. a^{bis} LB/CF.

¹⁵⁰ Voir la documentation de base du Conseil fédéral à propos du Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), p. 7.

b) Organisation et composition

Actuellement, le SCI est défini au Cm 6 de la circulaire 2017/1. Il s'agit de « l'ensemble des structures et processus de contrôle qui, à tous les échelons de l'établissement, constituent la base de son bon fonctionnement et de la réalisation des objectifs de la politique commerciale. Le SCI ne comprend pas uniquement les activités de contrôle *a posteriori*, mais également celles en rapport avec la gestion et la planification. Un SCI efficace englobe notamment des activités de contrôle intégrées dans les processus de travail, des processus de gestion des risques et de *compliance* appropriés, ainsi que des instances de contrôle adaptées à la taille, à la complexité et au profil de risque de l'établissement, notamment un contrôle des risques et une fonction de *compliance* indépendants ». C'est donc bien le SCI qui s'assure concrètement de la surveillance et de la gestion des risques au sein des établissements financiers. Il est également en charge des fonctions de *compliance* mais elles ne seront pas traitées ici.

Le SCI est mis en place par l'organe responsable de la haute direction, à savoir le conseil d'administration, qui en est également responsable¹⁵¹. Il doit désormais être composé d'au moins deux instances de contrôle. La première, les unités d'affaires génératrices de revenus assurent la gestion des risques, la surveillance directe, le pilotage et le *reporting* au sein des affaires courantes de l'établissement¹⁵². La deuxième, les instances de contrôle indépendantes sont en charge de la surveillance des risques, du contrôle des risques, du respect des prescriptions légales, réglementaires et internes ainsi que de la *compliance*¹⁵³. Elles peuvent être plusieurs.

Cette structure du SCI fondée sur un double degré est tout à fait nouvelle. En effet, il s'agit d'une des innovations majeures apportées par la circulaire 2017/1¹⁵⁴. De plus, ces deux instances doivent être indépendantes l'une de l'autre et disposer de suffisamment de ressources et de compétences pour mener à bien leurs fonctions¹⁵⁵.

c) Fonctions générales

Les tâches essentielles de ces deux instances sont la surveillance et la gestion des risques. Au sens de la circulaire 2017/1, elles sont accomplies au travers des « structures organisationnelles ainsi que des méthodes et des processus qui servent à la définition des stratégies de risque et des mesures de pilotage en

¹⁵¹ GERHARD F., p. 121. Voir également la circulaire FINMA 2017/1, Cm 10 et 14.

¹⁵² Circulaire FINMA 2017/1, Cm 60 et 61.

¹⁵³ Idem, Cm 62.

¹⁵⁴ FINMA, communiqué de presse, gouvernance d'entreprise.

¹⁵⁵ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 64.

matière de risques, mais aussi à l'identification, l'analyse, l'évaluation, la gestion, la surveillance des risques et à l'établissement de rapports sur les risques »¹⁵⁶. Ces activités tendent à réaliser trois importants objectifs. Il s'agit principalement de préserver le patrimoine de l'établissement et des clients, d'assurer la légalité et la fiabilité des opérations effectuées et, finalement, de réaliser la politique commerciale et des risques prônée par l'établissement¹⁵⁷.

d) Contrôle des risques

Les instances de contrôles indépendantes ont comme tâche principale d'assurer le contrôle des risques¹⁵⁸. Il s'agit d'une fonction importante qui est décrite aux Cm 69 à 76 de la circulaire 2017/1. Le contrôle des risques comprend quatre activités principales.

Tout d'abord, elles doivent effectuer des tests de résistance afin de vérifier si le niveau des fonds propres et des liquidités est suffisant d'un point de vue quantitatif et qualitatif. Ensuite, elles s'assurent que le profil de risque de l'établissement reste dans les limites définies par le concept-cadre et par la tolérance au risque de l'établissement. C'est également elles qui sont chargées de la mise en place et de l'application des systèmes de surveillance des risques. Ces systèmes doivent être en mesure d'analyser, d'évaluer et de surveiller les risques. Ce sont ces systèmes qui permettent d'assurer concrètement le constant respect des prescriptions en matière de fonds propres, de liquidité et de répartition des risques. De plus, les instances de contrôles indépendantes doivent encore participer activement au développement de la politique des risques de l'établissement. Il convient encore de relever qu'elles doivent rendre un rapport sur l'évolution du profil de risque de l'établissement tous les six mois à la direction et une fois par année au conseil d'administration.

2) Comité des risques

L'obligation faite aux établissements des catégories de surveillance 1 à 3 d'instaurer un comité des risques est nouvelle. En effet, l'ancienne circulaire 2008/24 « Surveillance et contrôle interne – banques » n'imposait qu'un comité d'audit lorsque certaines conditions étaient réunies¹⁵⁹. Désormais, ces établissements doivent disposer d'un comité des risques séparé du comité d'audit. Pour les établissements de la catégorie 3, il leur est possible de les réunir dans un comité mixte¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 3.

¹⁵⁷ EMCH U./MONTAVON P., p 353.

¹⁵⁸ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 62.

¹⁵⁹ Circulaire FINMA 2008/24 « Surveillance et contrôle interne – banques », Cm 32 à 37.

¹⁶⁰ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 31.

Comme cette obligation peut-être coûteuse et compliquée à mettre en œuvre, les établissements concernés ont jusqu'au 1^{er} juillet 2018 pour s'y conformer¹⁶¹. Le comité des risques est nommé par le conseil d'administration de l'établissement¹⁶². Ses fonctions au sein de l'établissement sont énumérées aux Cm 40 à 46 de la circulaire 2017/1. Il en ressort trois tâches principales. Premièrement, il est chargé de surveiller la conformité des stratégies de risques avec la tolérance au risque fixée dans le concept-cadre. En second lieu, il doit examiner la manière dont les fonds propres et les liquidités sont planifiés. Enfin, c'est lui qui évalue le concept-cadre et sa mise en œuvre et qui soumet les éventuelles recommandations nécessaires au conseil d'administration.

3) *Systèmes de rémunération*

En raison de leurs caractères incitatifs, les systèmes de rémunération peuvent exercer une forte influence sur les risques pris par les collaborateurs au sein des établissements financiers¹⁶³. De plus, ils peuvent les pousser à faire passer leurs propres intérêts avant ceux de leurs clients. Il s'agit donc d'un aspect important de la gestion des risques, notamment au regard des risques juridiques et opérationnels¹⁶⁴.

L'art. 27 P-LSFin/CF requerra des prestataires de services financiers qu'ils prennent des « mesures organisationnelles adéquates pour éviter les conflits d'intérêts ou les désavantages qui pourraient résulter de ces conflits pour les clients lors de la fourniture de services financiers ». En outre, « si un désavantage pour les clients ne peut être exclu, il doit leur être communiqué ». Il s'agira donc pour eux d'adopter des mesures organisationnelles permettant de limiter les conflits d'intérêt et, par extension, les risques en découlant. Ces mesures seront définies par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance¹⁶⁵.

Il me semble juste de vouloir limiter les conflits d'intérêts dans le domaine des rémunérations des prestataires de services financiers. En effet, comme le relève la FINMA, les rémunérations doivent inciter les prestataires à assurer la stabilité et le succès de l'établissement pour lequel ils travaillent et non pas à transgresser le droit¹⁶⁶.

Par ailleurs, le 1^{er} juillet 2017 est entrée en vigueur la circulaire révisée 2010/1 « Système de rémunération » de la FINMA. Elle traduit elle aussi la volonté de la FINMA de poser des exigences modernes en matière de

¹⁶¹ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 102.

¹⁶² Idem, Cm 31.

¹⁶³ Circulaire FINMA 2010/1 « Systèmes de rémunération », Cm 1.

¹⁶⁴ URBEN L., p. 490 à 492.

¹⁶⁵ FF 2015 p. 8164. Voir également l'art. 27 al. 3 P-LSFin/CF.

¹⁶⁶ Circulaire FINMA 2010/1 « Systèmes de rémunération », Cm 1.

gouvernance d'entreprise et de gestion des risques¹⁶⁷. Son objectif est d'éviter que la manière dont sont rémunérés les prestataires de services financiers les incite à prendre des risques excessifs ou à violer la loi¹⁶⁸. De plus, cette circulaire fixe les prescriptions minimales concernant les systèmes de rémunération au sein des établissements financiers¹⁶⁹. Dans ce domaine, les prestataires de services financiers seront donc soumis d'une part aux exigences minimales de la circulaire 2010/1 « Système de rémunération » et, d'autre part, à la future ordonnance du Conseil fédéral.

4) *Indépendance de l'organe responsable de la haute direction*

Si l'organe responsable de la haute direction ne remplit pas toutes les exigences d'indépendance, il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts avec l'établissement qu'il gère¹⁷⁰. En effet, il a pour tâche fondamentale de servir les intérêts de l'établissement qu'il administre. S'il est également lié par d'autres engagements ou intérêts contraires, il risque de violer son obligation de base¹⁷¹. C'est pourquoi la circulaire 2017/1 renforce l'exigence d'indépendance de l'organe responsable de la haute direction par rapport à l'établissement.

Elle exige qu'au plus tard le 1^{er} juillet 2018, un tiers au moins des membres de cet organe soit indépendant¹⁷². Les critères de l'indépendance sont énumérés aux Cm 18 à 22 et 24 à 25 de la circulaire 2017/1. Ils n'ont fait l'objet d'aucune modification eu égard à l'ancienne circulaire 2008/24 « Surveillance et contrôle interne – banques »¹⁷³. En revanche, en exigeant qu'un tiers au moins de l'organe responsable de la haute direction soit indépendant, cette circulaire fait preuve de plus de rigueur que l'ancienne¹⁷⁴. En effet, la circulaire 2017/1 requiert désormais de justes motifs pour permettre une exception à cette règle¹⁷⁵. Alors que la circulaire de 2008 la permettait si une justification était fournie dans le rapport annuel¹⁷⁶.

Il faut relever que cette règle a fait l'objet de critiques durant la procédure d'audition. Sa rigidité a en effet été jugée trop sévère pour les petits et moyens

¹⁶⁷ FINMA, communiqué de presse, gouvernance d'entreprise.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Circulaire FINMA 2010/1 « Systèmes de rémunération », Cm 10.

¹⁷⁰ Voir le rapport explicatif de la FINMA concernant la circulaire 2016/x « Gouvernance d'entreprise – banques », p. 11.

¹⁷¹ FINMA, rapport sur les résultats de l'audition, p. 13.

¹⁷² Circulaire FINMA 2017/1, Cm 17 et 101.

¹⁷³ Voir les Cm 20 à 24 de la circulaire FINMA 2008/24 « Surveillance et contrôle interne – banques ».

¹⁷⁴ FINMA, rapport sur les résultats de l'audition, p. 13.

¹⁷⁵ Circulaire FINMA 2017/1, Cm 17.

¹⁷⁶ Circulaire FINMA 2008/24 « Surveillance et contrôle interne – banques », Cm 19.

établissements. Néanmoins, la FINMA justifie cette restriction car à l'heure actuelle la majorité des intermédiaires financiers la respectent déjà. De plus, elle peut, s'il existe de justes motifs, permettre des exceptions¹⁷⁷. A titre personnel, je considère que cette règle est proportionnée au but qu'elle poursuit en raison du fait que la FINMA peut y déroger en présence de justes motifs.

D) Règles de conduites

Afin de maîtriser au mieux les risques qu'un prestataire de services financiers prend, il doit se renseigner sur les personnes avec lesquelles il traite¹⁷⁸. En effet, il s'expose notamment à un risque de contrepartie si l'autre partie ne peut assumer ses engagements voire à un risque juridique si la relation ne s'avère pas valable. A l'inverse, en raison du déséquilibre informationnel et parfois du manque de connaissances des clients, il est nécessaire de s'assurer du caractère adéquat du service d'un prestataire de services financiers¹⁷⁹. C'est pourquoi l'art. 13 du P-LSFin/CF exige des prestataires de services financiers qui fournissent des services de conseil en placement en tenant compte de l'ensemble du portefeuille du client ou de gestion de fortune qu'ils vérifient l'adéquation de leurs services.

Pour ce faire, ils doivent établir pour chacun de leurs clients un profil de risque¹⁸⁰. Ce profil se base sur les connaissances et l'expérience du client, ses objectifs de placement, à savoir, sa conscience du risque, sa capacité et sa propension au risque, sa situation financière et sa situation personnelle¹⁸¹. Bien qu'actuellement la majorité des prestataires de services financiers s'assurent déjà de l'adéquation de leurs services en raison de directives d'autorégulation, il s'agira dorénavant d'une obligation légale¹⁸². De ce fait, tous les prestataires de services financiers assujettis au P-LSFin/CF devront la respecter et donc la qualité globale des prestations devrait elle aussi se bonifier¹⁸³.

Cette future obligation légale aura pour effet de limiter les risques de défaillance d'une contrepartie ainsi que les risques juridiques en imposant l'établissement d'un profil de risque détaillé pour chaque client. De façon plus générale, elle permet de réduire les risques opérationnels en évitant des procédures internes inadéquates.

¹⁷⁷ FINMA, rapport sur les résultats de l'audition, p. 13. Voir également la circulaire FINMA 2017/1, Cm 17.

¹⁷⁸ FF 2015 p. 8102.

¹⁷⁹ Département fédéral des finances, analyse d'impact, pp. 20 et 21.

¹⁸⁰ FF 2015 p. 8157.

¹⁸¹ Idem, pp. 8156 et 8157.

¹⁸² Département fédéral des finances, analyse d'impact, p. 21.

¹⁸³ Idem, pp. 21 et 22.

Par ailleurs, l'art. 17 al. 1 du P-LSFin/CF exige des prestataires de services financiers qu'ils établissent des documents sur toutes les prestations convenues avec les clients et sur toutes les « informations collectées sur ceux-ci ». De plus, l'art. 18 du P-LSFin/CF prévoit qu'une copie de cette documentation doit être transmise au client.

Sous l'angle de la gestion des risques, ces obligations sont intéressantes car elles imposent aux prestataires de services financiers d'être en mesure de pouvoir prouver l'adéquation des services rendus avec le profil de risque d'un client¹⁸⁴. Comme cette information doit en plus être transmise au client, cela permet de limiter les risques juridiques pour les prestataires de services financiers. En effet, ils pourront prouver la conformité des conseils qu'ils auront fournis car ils seront en mesure de démontrer l'adéquation des services rendus¹⁸⁵. En outre, il a été considéré que ces obligations n'engendreront pour les prestataires de services financiers que des coûts supplémentaires négligeables¹⁸⁶. J'estime donc qu'elles sont aptes et proportionnées à limiter les risques dans la fourniture de services financiers.

E) Obligation d'information

Les deux principaux objectifs des P-LSFin/CF et P-LEFin/CF sont l'amélioration de la protection des clients sur le marché financier suisse tout en promouvant la compétitivité de la place financière suisse¹⁸⁷. Afin de réaliser le premier, le P-LSFin/CF s'attaque à la problématique de l'asymétrie de l'information entre le client et le prestataire de services financiers. Comme le révèle le document de position de la FINMA « Règles applicables à la distribution » de février 2012, « les règles de conduite [] ne déterminent pas de manière exhaustive la manière dont les prestataires de services financiers doivent informer leurs clients sur les produits financiers concernés avant d'exécuter une transaction »¹⁸⁸. Les art. 9 et 10 du P-LSFin/CF combleront cette lacune.

En substance, ils prévoient que les prestataires de services financiers informeront leurs clients sur les services financiers et sur les instruments financiers proposés et les risques y afférents avant la conclusion d'un contrat ou la fourniture d'un service. Tous les risques potentiels devront être exposés

¹⁸⁴ FF 2015 p. 8159.

¹⁸⁵ Département fédéral des finances, analyse d'impact, p. 22.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Voir le rapport 2017 du Département fédéral des finances sur les questions financières et fiscales internationales, p. 16.

¹⁸⁸ Voir la réglementation de la FINMA sur la production et la distribution de produits financiers, p. 14.

aux clients¹⁸⁹. En matière de gestion des risques, cette obligation permettra de limiter notamment les risques juridiques et les risques de contrepartie. En effet, les prestataires de services financiers risqueront moins d'entrer en litige avec une contrepartie vu que tous les risques potentiels lui auront été expliqués. Paradoxalement, comme ils devront respecter des obligations d'informations plus étendues, ils seront également plus exposés aux risques opérationnels si leurs procédures internes en matière d'information sont défaillantes.

Par ailleurs, cette obligation d'information met en exergue un aspect particulier des risques de contrepartie. Il s'agit du risque qu'une banque, en tant que contrepartie, devienne insolvable¹⁹⁰. En effet, avant la crise financière, il était pratiquement inconcevable qu'une grande banque puisse tomber en faillite et par la même menace les actifs de ses clients¹⁹¹. Désormais, grâce au P-LSFin/CF, ce risque-là devra lui aussi être dûment communiqué aux clients. C'est pourquoi l'art 1 du P-LSFin/CF fixe comme objectif la préservation du capital des clients à la suite de l'insolvabilité des prestataires de services financiers¹⁹².

V. Conclusion

Les risques sont omniprésents sur les marchés financiers. Certains peuvent être identifiés, quantifiés et surveillés alors que d'autres sont totalement imprévisibles. A cela s'ajoute le manque de renseignements des prestataires de services financiers concernant leurs clients. De plus, l'asymétrie d'information empêche les investisseurs de prendre leurs décisions en toute connaissance de cause¹⁹³. Dans ce contexte, la nécessité d'imposer et de réglementer des mécanismes permettant de gérer les risques ne fait plus aucun doute. D'ailleurs, de par son importance pratique considérable, l'activité de gestion des risques fait l'objet de prescriptions internationales. Comme dans d'autres domaines, il semblerait que cette tendance soit vouée à se renforcer, ne serait-ce même que pour maintenir la possibilité de la Suisse d'accéder aux marchés étrangers¹⁹⁴.

Du fait que les fonds propres servent fondamentalement à couvrir les risques que prend un établissement financier, les exigences quantitatives et qualitatives en la matière s'affinent constamment. A cet égard, les normes de

¹⁸⁹ FF 2015 p. 8153.

¹⁹⁰ Département fédéral des finances, analyse d'impact, p. 20.

¹⁹¹ Idem, pp. 20 et 21.

¹⁹² FF 2015 p. 8140. Voir également Département fédéral des finances, analyse d'impact, p. 21.

¹⁹³ VANAV M., pp. 95 à 96 et 555 à 556.

¹⁹⁴ BAHAR R., p. 12.

Bâle III devraient être pour la plupart appliquées en Suisse au plus tard à la fin 2018¹⁹⁵.

Toutefois, des fonds propres solides ne permettent pas encore d'anticiper et de prévenir des risques potentiels. Ils ne permettent pas non plus de rétablir la symétrie de l'information voire de combler le déficit informationnel des prestataires de services financiers. En conséquence, il est nécessaire que les établissements financiers soient gouvernés et organisés de manière adéquate. En outre, il est essentiel que leurs organes à leurs plus hauts niveaux soient directement impliqués dans la prise des décisions stratégiques.

Les P-LSFin/CF et P-LEFin/CF traduisent bien la volonté du législateur de vouloir améliorer la protection des clients et la stabilité du marché tout en renforçant la solidité des établissements financiers¹⁹⁶. Ses objectifs sont louables et justifiés. Néanmoins, il ne faut pas sous-estimer l'impact de cette réglementation.

Tout d'abord, l'assujettissement des gestionnaires de fortune au contrôle d'un organisme de surveillance par le P-LEFin représentera pour eux des coûts importants. En contrepartie, la protection des clients dans ce domaine s'en trouvera augmentée¹⁹⁷. D'autre part, il y a lieu de supposer que les mesures organisationnelles prévues représenteront surtout pour les petites entreprises un coût non négligeable. Du moins, suffisamment important pour que le législateur fixe comme ligne directrice pour leurs mise en œuvre le principe de proportionnalité. A l'inverse, pour les entreprises de plus grande taille, leurs impacts resteront marginaux¹⁹⁸. En ce qui concerne les différentes obligations de comportement et d'information, elles représenteront elles aussi un certain coût administratif pour les prestataires de services financiers¹⁹⁹. On le constate donc, la mise en œuvre de ces projets s'accompagnera d'une inévitable hausse des coûts pour les établissements financiers.

A l'heure actuelle, l'activité de gestion des risques au sein des établissements financiers subit une importante transformation. En effet, de par la multiplicité et la complexité croissante des normes ainsi que sous la pression des réglementations internationales, elle doit constamment faire face à des exigences nouvelles. Au nombre desquelles figurent les P-LSFin/CF et P-LEFin/CF. Néanmoins, cette abrupte évolution me paraît justifiable compte tenu de l'importance de la crise financière qui en est à l'origine. D'autre part, les objectifs poursuivis me semblent tout aussi légitimes. Cependant, il est également nécessaire de laisser un temps d'adaptation suffisant aux

¹⁹⁵ <https://www.finma.ch/fr/finma/cooperation-internationale/policies-et-reglementation/cbcb/>.

¹⁹⁶ FF 2015 pp. 8112 et 8113.

¹⁹⁷ Département fédéral des finances, analyse d'impact, pp. 34 et 35.

¹⁹⁸ Idem, p. 23.

¹⁹⁹ Idem, p. 20.

établissements financiers afin qu'ils se conforment à cette nouvelle architecture législative. En effet, pour bâtir un édifice solide, il faut non seulement de bons architectes mais aussi de solides fondations.

VI. Bibliographie

ABEGG A./BÄRTSCHI H./DIETRICH A., *Prinzipien des Finanzmarktrechts, Ein Lehrbuch zur Einführung in das Finanzmarktrecht, mit Repetitionsfragen, Fällen und Literaturübersicht*, Zürich (Schulthess) 2017.

BAHAR R., *The federal act on financial infrastructures – Impact on market participants*, in: REUTTER T. U./WERLEN T., *Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XI*, Zürich (Schulthess) 2017.

BAUEN M./ROUILLER N., *Relations bancaires en Suisse / Opérations bancaires et contrats - Financements - Gestion de patrimoine et conseil - Secret bancaire - Responsabilités*, Genève (Schulthess éd. Romandes) 2011.

BAUEN M./ROUILLER N., *Swiss banking : an introduction for bank customers and their advisors : bank accounts, banking contracts, banking secrecy, private banking, e-banking*, Zürich (Schulthess) 2013.

BOUGHENANE W., *Le risk management comme outil de la CSR*, in : Expert Focus, EF 6-7/16 p. 483-488.

BRAIDI G., *L'individu en droit de la surveillance financière : autorisation, obligations et interdiction d'exercer*, Genève (Schulthess) 2016.

DIONNE G., *Gestion des risques : histoire, définition et critique*, Montréal (Cirrelet) 2013.

DOBRAUZ-SALDAPENNA G., *Projets de réglementation LSFin et LEFin – état des lieux et perspectives*, in : Expert Focus, EF 4/16, p. 214.

EMCH U./MONTAVON P., *Le monde et la pratique bancaires suisses T. 2 : Les opérations*, Lausanne (Ed. juridiques AMC ALPHA) 1995.

EMMENEGGER S., *Corporate governance*, Bâle (Helbing Lichtenhan) 2011.

GERHARD F., *Fonctions de contrôle dans les sociétés - Définitions, distinctions et cadre juridique*, CEDIDAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne Band/Nr. 90, 2013, pp. 109-148.

GILLARD Y., *Banque, consolidation et fonds propres en droit suisse et européen et selon les principes du comité de Bâle*, thèse, Lausanne (IRL) 1993.

HARI O. in : BOVET C., *Finanzmarktaufsicht / Surveillance des marchés financiers*, Bâle (Helbing Lichtenhan) 2016.

HEIM K., *VSB 2016 : Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, Zürich (Schulthess) 2016.

KEIZER B., *La gestion des risques dans les banques*, in : *Revue d'économie financière*, n°27, 1993. L'industrie bancaire. pp. 345-364.

KURER P., *Legal and compliance risk : a strategic response to a rising threat for global business*, Oxford (university press) 2015.

LOMBARDINI C., *Droit bancaire suisse*, 2^{ème} éd. entièrement remaniée, Genève (Schulthess éd. Romandes) 2008.

LOMBARDINI C., *La protection de l'investisseur sur le marché financier*, Genève (Schulthess éd. Romandes) 2012.

NICOLET M.-A., *Optimisation des fonctions de contrôle*, Paris (RB) 2012.

NOBEL P., *Das Aktienrecht - Systematische Darstellung*, BK - Berner Kommentar, Berne (Stämpfli) 2017.

NOBEL P., *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards*, Berne (Stämpfli) 2010.

NOBEL P., *Swiss finance law and international standards*, The Hague (Kluwer Law International), Berne (Stämpfli) 2002.

RINI R., *La responsabilité des autorités de surveillance bancaire en Europe / Etude comparée du droit suisse et des droits allemand, anglais et français dans le contexte de l'Union européenne*, in : SSFM - Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 88, 2008, pp. 11-36.

SETHE R./FAVRE O./HESS M./KRAMER S./SCHOTT A., *Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz FinfraG*, Zürich (Schulthess) 2017.

URBEN L., *La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme*, CEDIDAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne Band/Nr. 97, 2015, pp. 475-504.

VARNAV M., *Gestion des risques juridiques bancaires, Les obligations d'information, de mise en garde et de conseil du banquier*, Bruxelles (Larcier) 2015.

VII. Sources officielles

Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, december 2010.

Conseil fédéral, Documentation de base à propos du Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), du 4 novembre 2015.

Conseil fédéral, Message concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, du 3 septembre 2014, FF 2014 pp. 7235ss.

Conseil fédéral, Message concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), du 4 novembre 2015, FF 2015 pp. 8101 ss.

Conseil fédéral, Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive, octobre 2016.

Département fédéral des finances, Analyse d'impact de la loi sur les services financiers (LSFin) et de la loi sur les établissements financiers (LEFin), du 4 novembre 2015.

Département fédéral des finances, Rapport sur les questions financières et fiscales internationales, février 2017.

Département fédéral des finances, Rapport sur les résultats de la consultation relative à la révision de l'ordonnance sur les fonds propres, du 22 novembre 2017.

FINMA, Communiqué de presse du 1^{er} novembre 2016, La FINMA fixe des limites à la gouvernance d'entreprise des banques.

FINMA, Communiqué de presse du 4 septembre 2017, La FINMA ouvre une audition sur la révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent.

FINMA, Communiqué de presse du 7 avril 2017, La FINMA remanie les prescriptions en matière de répartition des risques pour les banques.

FINMA, Communiqué de presse du 22 octobre 2010, Position de la FINMA à propos des risques dans le cadre des activités financières transfrontières.

FINMA, Communiqué de presse du 30 novembre 2017, La FINMA révisé la circulaire « Activités d'audit ».

FINMA, Rapport explicatif concernant la circulaire 2016/x « Gouvernance d'entreprise – banques », du 1er mars 2016.

FINMA, Rapport explicatif sur la modification de l'OFR et sur la révision totale de la circulaire FINMA 2008/23 « Répartition des risques – banques » en matière de répartition des risques, du 7 avril 2017.

FINMA, Rapport explicatif sur la modification des dispositions de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », du 30 novembre 2017.

FINMA, Rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, du 4 septembre 2017.

FINMA, Rapport sur les résultats de l'audition relative aux projets de circulaires FINMA 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques », 2008/21 « Risques opérationnels – banques » et 2010/1 « Systèmes de rémunération », qui a eu lieu du 1er mars au 13 avril 2016.

FINMA, Réglementation sur la production et la distribution de produits financiers, du 24 février 2012.

Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales, Place financière suisse, Chiffres-clés, octobre 2017.

SFAMA, Règles de conduite, du 7 octobre 2014.

Déclaration anti-plagiat

Je déclare que je suis bien l'auteur de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

Jason Racine