

Le but du présent mémorandum est de résumer l'évolution de la pratique bancaire et plus particulièrement de faire le point sur la législation fédérale, la réglementation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, les règles promulguées par l'Association Suisse des Banquiers et la Swiss Funds & Asset Managers Association, ainsi que de fournir un résumé des dernières jurisprudences dans le domaine du droit bancaire au sens large.

## 01/ Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ("FINMA")

### a) La FINMA fixe ses objectifs stratégiques pour la période 2017-2020

La FINMA a publié le 16 novembre 2016 ses objectifs stratégiques pour les quatre prochaines années. Sept objectifs stratégiques ont été annoncés:

1. Veiller à une bonne capitalisation des banques et des assurances;
2. Influencer positivement et durablement le comportement commercial des établissements financiers, notamment en matière de lutte contre les pratiques de blanchiment d'argent;
3. Permettre de désamorcer le problème du too-big-to-fail par des plans d'urgence fonctionnels et des stratégies d'assainissement ou de liquidation crédibles;
4. Face au changement structurel, contribuer positivement à la stabilité du système et à la protection des créanciers et des assurés;
5. S'engager pour que les obstacles réglementaires à la concurrence qui sont inutiles soient éliminés pour les modèles d'affaires innovants et pour que des conditions-cadres appropriées soient créées;
6. S'engager pour une réglementation des marchés financiers fondée sur des principes et encourager une équivalence intelligente vis-à-vis des prescriptions internationales concernées;
7. Rendre possible de nouveaux gains d'efficacité grâce à une orientation résolument axée sur les risques et une définition claire des priorités, aussi bien dans l'activité de surveillance effectuée directement par la FINMA que dans l'audit prudentiel.

S'agissant plus particulièrement des questions liées à la compétitivité de la place financière suisse, la FINMA précise que, même si elle cherche à l'améliorer en orientant son activité de surveillance sur les risques et en appliquant rigoureusement le principe de proportionnalité, il s'agit d'un objectif secondaire, le principal étant la protection des différents acteurs des marchés financiers et la garantie du bon fonctionnement des marchés financiers.

Les documents concernant les objectifs stratégiques 2017-2020 peuvent être consultés via [ce lien](#)

### b) La FINMA propose une nouvelle circulaire outsourcing

Du fait de l'importance croissante de l'externalisation dans le domaine bancaire et des assurances, la FINMA a mis en consultation une nouvelle version de sa circulaire 2008/7 «Outsourcing - banques».

Les principales modifications proposées sont les suivantes:

- Champ d'application: d'un côté, la circulaire s'appliquera aussi, en plus des banques et négociants en valeurs mobilières, aux assurances (ce qui devrait impliquer pour elles des allègements dans certains domaines) et, de l'autre, l'application partielle de la circulaire pour les externalisations internes à un groupe devrait être supprimée (en conséquence, les externalisations internes feront l'objet de la même surveillance que les externalisations externes);
- Banques d'importance systémique : des exigences supplémentaires concerneront spécifiquement les externalisations de prestations critiques des banques d'importance systémique afin d'empêcher des effets négatifs sur d'éventuelles restructurations ou liquidations. De plus, les prestations de services critiques ne pourront plus être déléguées à des banques du même groupe financier;
- Inventaire des prestations de services externalisées: Il sera désormais obligatoire de préparer et tenir à jour un inventaire

des prestations externalisées. Ceci permettra de savoir clairement quelles prestations l'entreprise a externalisées, notamment en cas d'assainissement. De plus, en cas d'externalisations à l'étranger, l'accès à toutes les informations nécessaires pour un assainissement ou une liquidation devra être rendu possible en tout temps en Suisse;

- Choix, instruction et contrôle des prestataires: ce principe a été revu afin de garantir la prise en compte des éventuels liens de dépendance et des risques de concentration dans le choix des prestataires externes;
- Suppression des références au secret des affaires, au secret professionnel et à la loi sur la protection des données: cette suppression se justifie du fait que des dispositions et lois ad hoc règlent déjà le sujet de manière exhaustive.

Le délai de consultation a pris fin le 31 janvier 2017.

Les documents concernant la nouvelle circulaire outsourcing peuvent être consultés via [ce lien](#)

### c) **La FINMA publie la circulaire «Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA»**

Dans la foulée de l'abrogation au 1<sup>er</sup> janvier 2016 de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel, remplacée par la nouvelle ordonnance sur le blanchiment d'argent, la FINMA a apporté quelques adaptations rédactionnelles à sa circulaire 2011/1.

La FINMA a, avant tout, apporté une description plus détaillée de l'instant à partir duquel existe une obligation d'assujettissement en Suisse en l'absence d'inscription au registre du commerce. La nouvelle circulaire intègre la pratique actuelle de la FINMA; ainsi, «un intermédiaire financier est actif en Suisse ou depuis la Suisse dès lors qu'il a son domicile en Suisse ou y est inscrit au registre du commerce ou qu'il dispose en Suisse d'une succursale de fait. Sont également considérées comme succursales de fait les personnes qui aident durablement l'intermédiaire financier étranger, en Suisse ou depuis la Suisse, à exécuter une part importante de l'activité d'intermédiaire financier, par exemple en recevant ou en remettant des valeurs patrimoniales ou en fournissant la prestation d'intermédiaire financier».

Les documents concernant la circulaire «Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA» peuvent être consultés via [ce lien](#)

### d) **Gouvernance d'entreprise des banques**

Nouvelle Circulaire 2017/1 «Gouvernance d'entreprises - banques»

---

Le 1<sup>er</sup> novembre 2016, la FINMA a publié sa nouvelle circulaire 2017/1 intitulée «Gouvernance d'entreprises - banques» relative aux exigences prudentielles en matière de gouvernance d'entreprise, de système de contrôle interne et de gestion des risques pour les banques, les négociants en valeurs mobilières, les groupes financiers et les conglomérats financiers. Pour rappel, cette circulaire a vocation, d'une part, à rassembler dans un seul document les dispositions de la circulaire 2008/24 «Surveillance et contrôle interne - banques» et les FAQ qui s'y rattachent, ainsi que diverses exigences réparties dans d'autres circulaires. D'autre part, la nouvelle circulaire tend à adapter les règles existantes aux derniers enseignements de la crise financière et aux standards internationaux remaniés.

Cette version définitive de la nouvelle circulaire, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2017, a été remaniée par rapport au projet initial de la FINMA suite à la procédure d'audition arrivée à son terme le 13 avril 2016. On notera en particulier que la FINMA a supprimé de la circulaire certaines prescriptions détaillées afin de permettre une plus grande flexibilité d'application selon la taille et le modèle d'affaires des établissements assujettis («réglementation fondée sur des principes»).

Un délai transitoire, dont la durée varie de un à trois ans, est accordé aux établissements assujettis pour concrétiser certaines exigences de la nouvelle circulaire.

Modification circulaires 2008/21 «Risques opérationnels - banques» et 2010/1 «Systèmes de rémunération»

---

Dans le cadre de sa réforme de la gouvernance d'entreprise, la FINMA a également apporté certaines modifications à deux circulaires, soit la circulaire 2008/21 «Risques opérationnels - banques» et la circulaire 2010/1 «Systèmes de rémunération».

La première circulaire introduit en particulier de nouveaux principes sur la gestion des risques informatiques et des cyber-risques et intègre les principes décrits dans la prise de position de la FINMA «Risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières».

<sup>1</sup> Communiqué de presse: *La FINMA publie la circulaire «Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA».*

Le principal changement introduit dans la seconde circulaire a trait à son champ d'application. Dorénavant, la circulaire ne doit plus être appliquée totalement que par les grandes banques et les grandes entreprises d'assurance. Elle continue toutefois de servir des lignes directrices pour toutes les banques et assurances. Par ailleurs, la FINMA avait initialement prévu, dans son projet de révision de la circulaire, la possibilité pour l'établissement financier de demander sous certaines conditions la restitution de rémunérations déjà versées («clawback»). Cette initiative a toutefois été abandonnée dans la version finale de la circulaire suite à de nombreuses critiques lors de la procédure d'audition.

Les versions finales de ces deux circulaires ont également été publiées le 1<sup>er</sup> novembre 2016 et entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2017.

Les documents concernant la gouvernance d'entreprise des banques sont disponibles via [ce lien](#)

#### **e) Circulaires de la FINMA dédiées au négoce de valeurs mobilières**

Le 1<sup>er</sup> janvier 2016, la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) et ses ordonnances d'application (OIMF et OIMF-FINMA) sont entrées en vigueur. Ces textes règlent entre autres les obligations de déclarer auxquelles sont soumis les participants admis sur une plate-forme de négociation et les obligations incombant aux exploitants de systèmes organisés de négociation.

Pour fixer sa pratique en lien avec ces nouvelles normes (lesquelles se distinguent à certains égards du régime jusqu'alors applicable), la FINMA a, d'une part révisé ses circulaires «Obligation de déclarer les opérations sur valeurs mobilières» et «Journal des valeurs mobilières» et d'autre part adopté une nouvelle circulaire intitulée «Systèmes organisés de négociation». Ces circulaires ont été publiées le 9 février 2017 et entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Nous relevons ici les principales nouveautés apportées par la FINMA.

##### *Circulaire «Systèmes organisés de négociation»*

Les activités et les obligations des exploitants de systèmes organisés de négociation ont été pour la première fois fixées légalement dans la LIMF et ses ordonnances d'application.

Cette nouvelle circulaire de la FINMA a ainsi pour vocation principale de définir la notion de «système organisé de négociation» et de concrétiser les obligations organisationnelles imposées aux exploitants de ces systèmes.

##### *Circulaires 2008/11 «Obligation de déclarer les opérations sur valeurs mobilières» et 2008/4 «Journal des valeurs mobilières»*

La LIMF et ses ordonnances d'application fixent les obligations de déclarer pour les opérations sur valeurs mobilières exécutées par les participants admis sur une plate-forme de négociation. Ces mêmes obligations continuent en revanche à être régies par la loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM) pour les négociants en valeurs mobilières qui ne sont pas des participants admis à une plate-forme de négociation.

Avec l'entrée en vigueur de la LIMF, l'obligation de déclarer a été étendue pour inclure les ayants droit économiques d'une opération sur valeurs mobilières. L'obligation de déclarer a par ailleurs été élargie, du côté du produit, aux dérivés non standardisés ayant pour sous-jacents des valeurs mobilières autorisées sur une plateforme de négociation en Suisse. Ces nouvelles exigences ont été introduites aussi bien dans la LIMF que la LBVM pour couvrir tous les négociants en valeurs mobilières.

A la lumière de ces nouvelles dispositions, la FINMA a révisé totalement la circulaire 2008/11 «Obligation de déclarer les opérations sur valeurs mobilières» afin d'y intégrer notamment des précisions sur la qualification de dérivés sujets à déclaration et sur la notion d'ayant droit économique.

La FINMA a également révisé partiellement sa circulaire 2008/4 «Journal des valeurs mobilières» pour étendre l'obligation de tenir un journal aux ordres et opérations portant sur des dérivés qui n'ont pas déjà la qualité de valeur mobilière.

Les trois circulaires qui précèdent peuvent être consultés via [ce lien](#)

## 02/ Autres normes de droit fédéral

---

### a) Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive

Le rapport du Conseil fédéral d'octobre 2016 intitulé «Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive» indique les cinq axes stratégiques de la politique en matière de marchés financiers suivants:

1. **la conclusion d'accords bilatéraux avec les États partenaires:** le but étant de toujours améliorer l'accès des prestataires suisses de services financiers aux marchés étrangers (par exemple avec l'Union européenne pour l'obtention de l'équivalence AIFM);
2. **la favorisation des FinTech:** les nouveaux modèles d'affaires dans le secteur financier doivent être soutenus en modifiant le cadre légal qui pourrait constituer un obstacle;
3. **l'optimisation du processus réglementaire par le biais d'une étroite collaboration avec la branche** (avec des études d'impact à posteriori);
4. **la garantie de la stabilité et du bon fonctionnement du système financier** (examen périodique du régime *too big to fail*, de l'efficacité de la protection des déposants, de la réduction des risques systémiques sur le marché de l'immobilier et dans le domaine de la prévoyance professionnelle);
5. **la conformité internationale en matière de fiscalité et de lutte contre le blanchiment d'argent.**

Les documents concernant la politique en matière de marchés financiers sont disponibles via [ce lien](#)

### b) Message sur l'échange des déclarations pays par pays

Le Conseil fédéral a publié le 23 novembre 2016 son message concernant l'approbation et la mise en œuvre de l'accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange des déclarations pays par pays. Il demande aux chambres d'approuver le projet d'arrêté fédéral portant approbation de l'accord précité ainsi que le projet de loi fédérale sur l'échange international automatique des déclarations pays par pays des groupes d'entreprises multinationales.

En substance, dans le cadre du projet BEPS lancé par l'OCDE et le G20 (lutte contre l'érosion de la base imposable), une des mesures (action 13) vise à rendre transparente la politique des prix de transfert entre les différentes filiales des entreprises multinationale, par le biais d'un examen de la documentation des prix de transfert. La déclaration pays par pays fournira des informations par Etats et territoires sur la répartition mondiale des chiffres d'affaires, des impôts acquittés et d'autres données importantes pour les groupes d'entreprises multinationales. Élaborée par la société-mère du groupe et transmise sur une base automatique aux autorités fiscales des États et territoires où le groupe dispose d'une entité lui appartenant, elle permettra une évaluation générale des principaux risques liés aux prix de transfert et d'autres risques liés à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices. Les données transmises sont destinées à l'usage exclusif des autorités fiscales et ne doivent pas être publiées.

Les pays avec lesquels la Suisse échangera les déclarations n'est pas établi. Le projet de loi prévoit que le Conseil fédéral pourra opérer un choix ultérieurement. Le standard prévoit que seuls les groupes d'entreprises multinationales réalisant un chiffre d'affaires annuel consolidé supérieur à EUR 750 millions (ou l'équivalent en monnaie nationale au 1<sup>er</sup> janvier 2015) sont visés par l'obligation de déposer une déclaration pays par pays. On estime qu'environ 200 groupes sont concernés en Suisse.

Les documents concernant l'échange des déclarations pays par pays sont disponibles via [ce lien](#)

### c) Ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale

Le 23 novembre 2016, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (OEAR). L'ordonnance, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, contient les dispositions d'exécution du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR). Elle définit en particulier d'autres institutions financières non déclarantes et comptes exclus, et règle les détails concernant les obligations de déclaration et de diligence qui incombent aux institutions financières suisses déclarantes. En dehors des dispositions d'exécution relatives à la LEAR, l'ordonnance contient d'autres dispositions nécessaires à la mise en œuvre de l'échange automatique de renseignements (EAR).

Les documents concernant l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale sont disponibles via [ce lien](#)

Le Secrétariat d'état aux questions internationales Financières SFI tient à jour une liste des Etats avec lesquels la Suisse va échanger automatiquement des données disponible via [ce lien](#)

**d) Ordonnance sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale**

L'ordonnance sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale («OAAF») du 23 novembre 2016 (révisée par rapport à celle du 20 août 2014 abrogée) régit l'exécution de l'assistance administrative internationale en matière fiscale dans le cadre de l'échange de renseignements sur demande et de l'échange spontané de renseignements. Pour ce qui est de l'échange spontané de renseignements en général, l'ordonnance révisée prévoit des mesures organisationnelles, qui permettront une collaboration étroite entre la Confédération et les cantons ainsi qu'une application uniforme en Suisse.

En ce qui concerne le cas spécifique de l'échange spontané de renseignements sur les décisions anticipées (rulings), l'ordonnance définit les catégories de décisions anticipées qui sont concernées.

L'échange spontané sera limité aux Etats ayant adhéré à la Convention du Conseil de l'Europe et de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale. L'ordonnance révisée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 et les premiers échanges spontanés par la Suisse auront, en vertu de la base légale existante, lieu à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018, pour les périodes fiscales à partir de cette date. Les décisions anticipées qui ont été rendues avant le 1<sup>er</sup> janvier 2010 ne sont pas concernées.

L'ordonnance concernant l'assistance administrative internationale en matière fiscale sont disponibles via [ce lien](#)

**e) LSFIn et LEFin: adoption par le Conseil des Etats**

En octobre 2016, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats a achevé sa revue des projets de lois sur les services financiers (LSFin) et sur les établissements financiers (LEFin).

Des débats ont ensuite eu lieu au Conseil des Etats le 14 décembre 2016.

Les modifications saillantes de la LEFin pour les gestionnaires de fortune sont les suivantes:

- L'autorisation devrait être obtenue auprès de la FINMA. Par contre, il n'y aurait pas de surveillance des gestionnaires directement par la FINMA, mais par un (ou plusieurs) organisme(s) indépendant(s), surveillé(s) par la FINMA.
- La direction des sociétés de gestion de fortune devra en principe être assumée par deux personnes ayant les qualifications nécessaires (formation et expérience).
- A l'instar des gestionnaires LPCC, les sociétés de gestion de fortune devront avoir une fonction de contrôle des risques indépendante de la gestion des avoirs et disposant des qualifications requises ou un organe externe.
- Obligation d'annonce dans les six mois des gestionnaires de fortune et obligation de demander une autorisation **dans les trois ans** (et non plus deux ans) après l'entrée en vigueur de la LEFin (prévue pour le 1er janvier 2018 ou 2019).

La LSFIn et la LEFin devraient vraisemblablement être débattues lors de la session de printemps ou d'été au Conseil National.

Les débats auprès du Conseil des Etats sont disponibles via [ce lien](#)

**f) Rapport 2017 du SFI**

Publication du rapport 2017 du SFI sur les questions financières et fiscales internationales, lequel présente les activités de l'année 2016 dans les domaines de la réglementation des marchés financiers, de l'engagement au sein d'organismes financiers internationaux et de la politique fiscale internationale.

Le rapport est disponible via [ce lien](#)

### 03/ Association Suisse des Banquiers («ASB»)

---

#### a) Révision du Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16) en français, en italien et en anglais

L'association suisse des banquiers («ASB») a partiellement révisé le commentaire de la convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16). La version allemande de ce commentaire a été publiée en novembre 2016; les versions française, italienne et anglaise ont été publiées le 22 décembre 2016.

Cette révision fait suite à la publication le 17 mars 2016 par la FINMA de la circulaire 2016/7 relative à l'identification par vidéo et en ligne, autorisant désormais les banques à établir des relations d'affaires par vidéo-téléphonie. Cette circulaire prévoit également diverses alternatives à la copie certifiée conforme d'un document d'identification.

La révision partielle du commentaire de la CDB vise à intégrer les développements de cette circulaire. Au demeurant, certaines clarifications et compléments à caractère général ou spécifique ont été réalisés. Les principales modifications sont les suivantes:

- confirmation que l'établissement d'une relation d'affaires sur la base d'une identification par vidéo et en ligne effectuée conformément à la circulaire susmentionnée de la FINMA répond aux exigences de la CDB 16;
- apport de compléments et de clarifications qui, au vu des expériences faites par les établissements bancaires depuis l'entrée en vigueur de la CDB 16, apparaissaient nécessaires;
- intégration d'un certain nombre de décisions de la Commission de surveillance CDB;
- réintégration de quelques passages du commentaire concernant la CDB 08;
- mention que les règles spéciales régissant la vérification de l'identité des clients dans le cadre d'opérations de carte de crédit sont définies dans l'OBA-FINMA;
- précisions concernant les crédits syndiqués;
- simplification des développements concernant l'identification du détenteur du contrôle;
- développements complémentaires concernant la révocabilité d'une fondation ou d'un trust, les bénéficiaires discrétionnaires d'une fondation ou d'un trust, ainsi que la marche à suivre lorsqu'une fondation ou un trust a un grand nombre de bénéficiaires.

Le commentaire révisé de la CDB 2016 est disponible via [ce lien](#)

#### b) Recommandation de l'ASB concernant la certification des conseillers à la clientèle dans le domaine de la gestion de fortune

Le 6 décembre 2016, l'ASB a recommandé à ses membres de certifier leurs conseillers à la clientèle dans le domaine de la gestion de fortune selon la norme «Certified Wealth Management Advisor CWMA» de la Swiss Association for Quality (SAQ), conformément à la norme internationale ISO 17024.

L'ASB motive cette recommandation par le fait qu'il serait souhaitable que les conseillers à la clientèle de ses membres soient réunis sous une norme commune afin de promouvoir de manière efficace et durable la qualité, le professionnalisme et l'excellence.

La recommandation de l'ASB est disponible via [ce lien](#)

### 05/ Jurisprudence

---

#### a) Tribunal fédéral, 4A\_81/2016 : Madoff. Droit de gage. Créance future.

L'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_81/2016 du 3 octobre 2016 est diamétralement opposé à l'arrêt 4A\_540/2015 rendu le 1<sup>er</sup> avril 2016.



Le Tribunal fédéral semble revenir complètement et sans le mentionner sur sa jurisprudence en admettant, cette fois-ci, qu'une banque n'est pas titulaire d'un droit de gage sur les avoirs de son client si elle invoque d'éventuelles créances futures en relation avec la menace d'une action révocatoire brandie par le liquidateur de Bernard L. Madoff Investment Securities LLC.

En l'espèce et de par la relation bancaire qu'elle entretenait avec la Banque B, la Société A a concédé un droit de gage et de nantissement en garantie de toutes les dettes présentes ou futures découlant de leurs relations d'affaires. Entre 2004 et 2006, la Banque B a investi en son nom mais pour le compte de la Société A, dans plusieurs fonds Madoff. En 2008, la Banque B est informée par le liquidateur de la masse en faillite que si celui-ci n'obtient pas le remboursement de l'un des fonds, il se retournerait contre elle. En 2010, la Société A a sollicité la restitution de ses avoirs, mais la banque B les retient afin de se prémunir contre un risque de *claw-back*; forçant ainsi la Société A à saisir la justice.

Les deux premières instances du canton de Vaud ont considéré que le droit de gage de la Banque B était valable au motif qu'il porte sur une créance future suffisamment déterminée ou déterminable; la Société A ne pouvant ignorer que les investissements étaient faits dans des fonds à risque.

Le TF se contente d'indiquer que les créances en libération dont se prévaut la Banque B sont certes connexes à la relation d'affaires entre la Société A et la Banque B, mais, qu'elles n'étaient pas prévisibles au moment de la conclusion du contrat.

De fait, les parties ne pouvaient pas prévoir que de telles créances futures éventuelles étaient garanties par le droit de gage.

Selon le Tribunal fédéral, la Banque B méconnaît que la créance future éventuelle à garantir doit être prévisible au moment de la conclusion du contrat. Aussi, l'action révocatoire d'un tiers ou autre action à la suite d'une fraude n'entre pas dans cette catégorie.

La Banque B n'est donc pas titulaire d'un droit de gage sur les avoirs de la Société A pour les créances éventuelles qu'elle invoque en relation avec les fonds Madoff.

Vu ce qui précède, le Tribunal fédéral effectue une surprenante volte-face en rendant une décision contraire à son arrêt [4A\\_540/2015 du 1<sup>er</sup> avril 2016](#) sans même citer ce dernier ou se donner la peine d'en expliquer la raison.

Les deux arrêts ont certes été rédigés par deux greffiers différents, il n'en demeure pas moins que les trois juges qui ont rendu la décision d'avril ont participé à la rédaction du jugement d'octobre, rendu, cette fois-ci à cinq juges. Il est d'autant plus surprenant de constater que les deux recours sont vraisemblablement parvenus en même temps au Tribunal fédéral.

L'arrêt 4A\_81/2016 fait en effet suite à un recours déposé contre un arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, du 3 septembre 2015 et l'arrêt 4A\_540 a été rendu suite à un arrêt du 28 août 2015 de la Cour de justice du canton de Genève.

Seule réelle différence à relever à notre sens: l'arrêt 4A\_540/2015 traite du fait que le client a investi lui-même dans des fonds Madoff alors que l'arrêt, ici résumé, présente le cas d'une banque qui a utilisé le pouvoir discrétionnaire conféré par son mandat dans le cadre d'un mandat de gestion pour investir elle-même dans les fonds au nom de son client.

Nous ne manquerons pas de suivre attentivement l'évolution de cette insécurité juridique créée sans explication par notre Haute cour et nous vous en ferons part à l'occasion d'une prochaine newsletter.

L'arrêt 4A\_81/2016 est disponible via [ce lien](#)

**b) Tribunal fédéral, 2C\_29/2016: Droit administratif. Retrait des agréments en tant que société d'audit selon l'OA-FINMA et la LBA.**

Le 1<sup>er</sup> janvier 2015, les compétences de la FINMA en matière de surveillance des sociétés d'audit ont été transférées à l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision. Toutefois, le Tribunal administratif fédéral a examiné la décision litigieuse à l'aune de la LFINMA et la LBA, dans leurs teneurs respectives en vigueur jusqu'au 31 décembre 2014 (droit en vigueur au moment où celle-ci a été rendue).

L'ancien art. 24 al. 1 LFINMA prévoyait que l'audit, au sens des lois sur les marchés financiers, est effectué par la FINMA elle-même, par les tiers qu'elle a mandatés ou par la société d'audit désignée par l'assujetti. A teneur de l'ancien art. 26 al. 3 LFINMA, les audits doivent être effectués avec la diligence requise d'un auditeur sérieux et qualifié.

Le bon fonctionnement de ce système présuppose que la FINMA puisse se fier aux sociétés d'audit, dont le travail doit répondre à des exigences très élevées. Par ailleurs, la notion de «diligence requise» au sens de l'ancien art. 26 al. 3 LFINMA est une notion juridique indéterminée qui doit être interprétée compte tenu, notamment, de l'objectif poursuivi par la loi. C'est à bon droit que l'autorité précédente a rapproché la notion de diligence de celle de réputation irréprochable et notamment, de garantie d'une activité de révision irréprochable, étant rappelé qu'il s'agit là d'exigences fondamentales dans le domaine de la révision.

L'art. 4 al. 1 de l'ordonnance du 22 août 2007 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs précise, quant à lui, que, pour être agréé, le requérant doit jouir d'une réputation irréprochable et aucune autre circonstance personnelle ne doit indiquer le contraire. L'autorité de surveillance jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour juger si les manquements d'un auditeur ou d'une société d'audit portent atteinte à la réputation ou à la garantie d'une activité irréprochable.

Les erreurs et omissions reprochées à la recourante semblent concerner principalement les audits qu'elle a effectués en sa qualité de réviseur LPCC. Néanmoins, et contrairement à ce qu'elle soutient, son activité dans le domaine de la LBA ne saurait être qualifiée d'irréprochable. En effet, il ressort de l'arrêt attaqué et du dossier, que la FINMA a notamment reproché à la recourante le peu de temps qu'elle avait consacré aux audits et à la rédaction des rapports LBA, le manque de précision dans la description de l'activité exercée par les intermédiaires financiers et l'omission de se référer aux formulaires prescrits.

Le fait, pour une société, de ne pas avoir accompli ses tâches d'audit avec la diligence requise dans un domaine de surveillance particulier est de nature à mettre en doute sa capacité à effectuer ses tâches dans un domaine similaire et peut donc entraîner une rupture du lien de confiance entre l'autorité de surveillance et la société concernée.

La FINMA était dès lors légitimée à considérer que l'intéressée avait gravement violé son obligation de diligence au sens de l'ancien art. 26 al. 3 LFINMA et qu'elle n'offrait plus les garanties d'une collaboration fiable. Le retrait de l'agrément LBA s'avère dès lors conforme tant à l'ancien art. 26 al. 3 LFINMA qu'à l'art. 37 al. 1 LFINMA.

L'arrêt 2C\_29/2016 est disponible via [ce lien](#)

**c) Tribunal fédéral, 4A\_280/2016: Gestion de fortune. Calcul du dommage. Comparaison avec portefeuille hypothétique vs. liste des opérations incriminées.**

Dans un arrêt 4A\_280/2016 du 10 octobre 2016, le Tribunal fédéral a confirmé un arrêt zurichois dans lequel le tribunal a exclu de calculer un dommage par comparaison avec un portefeuille hypothétique, dans un litige portant sur un mandat de gestion. Dans les faits, l'affaire portait sur un compte en banque ouvert par la mère d'un enfant, B. Ce compte avait été ouvert en 1995 et un mandat de gestion avait été confié à A.AG.

En 2010, B. ouvrit action à l'encontre de A.AG réclamant le paiement de CHF 378'173.11. Il reprochait à A.AG des opérations non-autorisées sur des options négociables.

Pour calculer le dommage, B. a utilisé deux méthodes: (i) le calcul du dommage en listant chaque opération sur option et la perte correspondante; (ii) le calcul du dommage en confrontant le résultat du portefeuille administré en violation du mandat avec celui d'un portefeuille hypothétique.

Le Tribunal a condamné A.AG au paiement et a chiffré la perte au moyen de la liste (i), estimant qu'il était inutile de calculer le dommage par référence à un portefeuille hypothétique. Le TF a précisé qu'une comparaison de portefeuille n'avait pas lieu d'être quand un calcul concret du dommage est possible et réellement démontrable.

Il ne s'agit malgré tout pas d'un revirement drastique de jurisprudence du TF selon laquelle le dommage ne pourrait plus être calculé en comparant le résultat du portefeuille administré en violation du mandat, avec celui d'un portefeuille hypothétique. En réalité, il s'agit là d'une exception et le TF a distingué deux types de violations:

- (a) les violations relatives à la stratégie d'investissement (mauvaise gestion du portefeuille dans son ensemble). Dommage portant sur l'ensemble du portefeuille: dans ces cas, la méthode de la comparaison avec un portefeuille hypothétique est toujours admise.
- (b) les violations portant sur des investissements individuels (mauvaise gestion confinée à des postes particuliers du portefeuille). Dommage limité aux investissements litigieux (comme c'est le cas dans le présent arrêt).

L'arrêt 4A\_280/2016 est disponible via [ce lien](#)



Ces memoranda relatifs à l'évolution de la pratique et de la jurisprudence bancaires en Suisse vous sont communiqués à titre d'information. Ils n'ont pas vocation à être exhaustifs ou à constituer un avis juridique.

Si vous avez des questions particulières sur ce mémorandum ou si vous désirez obtenir copie des documents cités dans ce mémorandum, vous pouvez appeler les avocats de notre département bancaire ou judiciaire, soit:

Me Michèle Wassmer, Me Patrick Blaser, Me Nicolas Killen, Me Michel Barbey, Me Alexandre de Weck,  
Dr. Samantha Meregalli au +41 (0)22 707 18 00 ou les contacter par e-mail aux adresses suivantes:

[michele.wassmer@borel-barbey.ch](mailto:michele.wassmer@borel-barbey.ch)  
[patrick.blaser@borel-barbey.ch](mailto:patrick.blaser@borel-barbey.ch)  
[nicolas.killen@borel-barbey.ch](mailto:nicolas.killen@borel-barbey.ch)  
[michel.barbey@borel-barbey.ch](mailto:michel.barbey@borel-barbey.ch)  
[alexandre.deweck@borel-barbey.ch](mailto:alexandre.deweck@borel-barbey.ch)  
[samantha.meregalli@borel-barbey.ch](mailto:samantha.meregalli@borel-barbey.ch)

02562289.DOC