

L'évolution de la surveillance du banquier : vers un régime d'autorisation *ad personam* ?

Guillaume Braidid (Dr. iur., LL. M. (Stanford), avocat associé chez Poncet Turrettini Avocats, chargé d'enseignement à l'Université de Genève)

Der Autor analysiert die Entwicklung des Rechts der Finanzaufsicht vor, wobei der Schwerpunkt auf der individuellen Verantwortung der Bankleiter liegt. Er empfiehlt eine Änderung hin zu einem spezifischen Genehmigungssystem für Führungskräfte, inspiriert vom "Senior Manager Regime", um die Verantwortlichkeiten zu klären und die individuelle Aufsicht zu verbessern. Dieses Regime würde eine formelle Genehmigung und spezifische Verpflichtungen für die Führungskräfte beinhalten, wodurch sie für ihre Entscheidungen verantwortlich gemacht werden.

Introduction

Cette édition spéciale de *Quid? Fribourg Law Review* reprend un thème abordé dans de nombreuses contributions, à savoir l'impact du passage du temps sur le droit. Il ne fait aucun doute que la quasi-totalité des domaines juridiques est modifiée au gré des années qui passent et celui du droit de la surveillance financière ne fait pas exception, bien au contraire.

En 2013, je débutais ma thèse de doctorat sous la direction du Prof. J.-B. ZUFFEREY avec pour thème « *L'individu en droit de la surveillance financière* »¹. L'objectif de mes recherches consistait notamment à analyser dans chacune des lois sur les marchés financiers (art. 1 LFINMA)², quel était le cadre juridique applicable aux membres du conseil d'administration et de la direction d'une banque³.

Je conclusais mes recherches en proposant dans ma thèse un système complet d'autorisation adressé aux cadres supérieurs. Cette idée, à l'époque, ne faisait

pas l'unanimité. Le jury final m'avait d'ailleurs posé la question suivante : « *pourquoi proposez-vous un système d'autorisation des individus, alors que les établissements (bancaires) font déjà l'objet d'une autorisation de police ? Cela ne fait-il pas double emploi ?* ».

Le passage du temps semble avoir répondu à cette question...

À travers mes recherches, j'ai pu constater que, durant des décennies, la perspective d'une réglementation basée sur l'individu en qualité d'employé respectivement d'organe d'une banque était exclue de la vision du législateur. Cela étant, les crises économiques et les scandales successifs ont toutefois modifié la donne⁴. Récemment encore, la chute du Credit Suisse et son absorption par son rival historique UBS ont mis en exergue de nombreuses faiblesses au niveau de la surveillance des individus qui dirigent ces mastodontes financiers.

La présente contribution revient donc sur l'évolution historique du cadre de surveillance et sur la densification des obligations incombant aux dirigeants de banques. Nous reviendrons sur les outils à disposition du législateur (cf. *infra* I et II) et évoquerons la nouvelle institution juridique appelée *Senior Managers Regime* (cf. *infra* III). Nous terminerons par quelques remarques conclusives (cf. *infra* IV).

I. La garantie d'une activité irréprochable – les balbutiements d'une surveillance individuelle

A. La genèse

Le secteur bancaire suisse a connu un essor fulgurant entre 1923 et 1930 avec une progression annuelle de 9%. Le krach boursier du 24 octobre 1929 a mis un terme à ce développement et a brusquement rappelé la nécessité d'un contrôle étatique sur les banques :

¹ G. BRAIDID, *L'individu en droit de la surveillance financière – Autorisation, obligations et interdiction d'exercer*, Thèse Fribourg, Zurich 2016.

² Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RS 956.1.

³ À des fins de simplification du texte, je me référerai aux banques, mais les réflexions qui suivent s'appliquent *mutatis mutandis* à tous les établissements financiers qui sont autorisés et surveillés par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA).

⁴ Exemples: Lehmann Brothers (2008), Maddoff (2008), Libor (2011), Adaboli (2011), MF Global (2011), 1MDB (2015), Petrobras (2015), Panama Papers (2016), Wirecard (2020), Commerzialbank Mattersburg (2020), Greensill Capital (2021), Archegos (2021), DWS/Deutsche Bank (2022).

entre 1930 et 1934, vingt-quatre banques helvétiques ont successivement mis la clef sous la porte⁵.

Dans le même laps de temps, la Loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB)⁶ a passé toutes les étapes législatives pour entrer finalement en vigueur le 1^{er} mars 1935. À cette époque, il n'existait aucune condition relative aux individus.

Dans les années soixante, les politiques et les acteurs du secteur bancaire se sont interrogés sur les raisons qui ont mené de nombreux établissements bancaires à la faillite au cours des années précédentes⁷. Ils en ont conclu que la débâcle de certaines banques aurait pu être maîtrisée si les membres du conseil d'administration et de la direction n'avaient pas souffert d'insuffisances professionnelles et éthiques⁸.

Face à ce constat, le 1^{er} juillet 1960, le Département fédéral des finances (DFF) a confié un premier mandat à la Commission fédérale des Banques (CFB)⁹ pour déterminer l'ampleur des modifications qu'il fallait apporter à la LB. La CFB a conclu dans un rapport daté du 20 octobre 1960 que les dispositions légales en matière bancaire étaient suffisantes et qu'une révision ne semblait pas opportune en l'état actuel¹⁰. Dans son rapport du 19 décembre 1960, la Banque nationale suisse (BNS) s'est écartée de conclusions précédentes et a prôné l'élargissement des pouvoirs de la CFB. De son point de vue, l'autorité de surveillance financière ne devrait octroyer une autorisation qu'aux banques dirigées par des personnes dont le caractère inspire confiance et qui disposent des aptitudes professionnelles requises par leurs tâches¹¹.

Malgré cette prise de position ferme de la BNS, il faudra attendre 1971 pour que le législateur introduise pour la première fois la notion de garantie d'une

activité irréprochable dans la LB¹². Aujourd'hui, cette notion est omniprésente dans l'ensemble des lois sur les marchés financiers¹³.

B. Le contenu

La garantie d'une activité irréprochable est une notion juridique indéterminée¹⁴. Elle laisse une grande marge d'appréciation à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et aux tribunaux qui renvoient ses décisions¹⁵. Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs que s'agissant du contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation de la FINMA, l'autorité de recours doit faire preuve de retenue et s'en remettre à son appréciation technique¹⁶.

La garantie d'une activité irréprochable des individus qui siègent au sein du conseil d'administration ou qui exercent leur activité au sein de la direction d'une banque s'articule autour de deux éléments qui constituent les deux faces d'une même pièce : les compétences professionnelles et la bonne réputation. La première exigence se rattache à des considérations objectives en lien avec les connaissances, l'expérience et la formation de l'individu¹⁷ ; la seconde, plus subjective, fait état du caractère et du comportement de l'individu, et inclut une composante morale¹⁸. Pour bénéficier d'une bonne réputation, les personnes soumises à la garantie d'une activité irréprochable doivent non seulement respecter le droit de la surveillance, mais également l'ordre juridique dans son ensemble¹⁹.

Lorsque la FINMA examine cette condition, son

⁵ BRAIDI (n. 1), para. 48 ss ; A. MARCEL, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, gemäss Art. 3 Abs. 2 let. c des Bankengesetzes, in: KILGUS/SCHUSTER (édit.), Bankwirtschaftliche Forschungen, thèse Berne, Berne/Stuttgart 1990, p. 15.

⁶ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0.

⁷ On pense notamment à la débâcle de la Banque suisse d'épargne et de crédit et celle de la Banque genevoise de commerce et de crédit; Message du 13 mai 1970 concernant la révision de la loi sur les banques, FF 1970 I, p. 1157 ss, p. 1159.

⁸ AELLEN (n. 5), p. 52.

⁹ La CFB est l'autorité qui a précédé la FINMA.

¹⁰ AELLEN (n. 5), p. 56 ; Message LB (1970) (n. 7), p. 1159.

¹¹ La BNS s'est basé principalement sur un mécanisme d'autorisation déjà en vigueur dans le canton de Zurich entre 1912 et 1922 pour le commerce des papiers-valeurs.

¹² A. HIRSCH, La garantie d'une activité irréprochable : l'évolution de la pratique, Bull. CFB n° 50 (2007) p. 29. Il convient notamment de rappeler que l'exigence d'une activité irréprochable a d'abord été introduite pour les banques en mains étrangères, par l'Arrêté fédéral du 21 mars 1969.

¹³ Cf. p. ex. art. 1b al. 3 lit. d LB, art. 3 al. 2 lit. c LB, art. 3f al. 1 LB, art. 14 LSA, art. 31 al. 4 LFin, art. 9 LIMF, art. 11 LFin, art. 14 al. 1 lit. a LPCC, art. 24 al. 1 lit. c LBA.

¹⁴ ATAF 2008/23, c. 3.3 ; TAF, arrêt du 6.5.2010, B-5535/2009, c. 4.1.

¹⁵ ATF 108 Ib 196, c. 1b.

¹⁶ Précisément en lien avec l'interdiction d'exercer, ATAF 2018 IV/4, c. 3.2.1, JdT 2019 I 32 ; cf. ég. ATF 133 II 232, c. 4.1, RDAF 2008 I 609; ATF 133 II 232, c. 4.1, RDAF 2008 I 609; ATF 130 II 351, c. 2.2 ; ATF 126 II 111, c. 3b, JdT 2000 I 633.

¹⁷ H. APPENZELLER, art. 14, in : P. Hsu/E. Stupp (édit.), Basler Kommentar – Versicherungsaufsichtsgesetz, Bâle 2013 (ci-après : BSK VAG-APPENZELLER, art. »).

¹⁸ D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zurich 2014, art. 3 N 180.

¹⁹ TF, du 11.3.2011, 2C_834/2010, c. 3.2 ; TAF, arrêt du 25.07.2013, B-5373/2012, c. 3.3.3.

approche consiste à apprécier le comportement passé de la personne en vue d'une activité future ; autrement dit, l'examen de l'autorité est prospectif, la FINMA doit s'assurer que la personne concernée remplit les conditions d'une garantie irréprochable eu égard à ses engagements futurs²⁰.

C. L'application par l'Autorité de surveillance

Le respect de la garantie d'une activité irréprochable n'a pas été pensé comme une condition d'autorisation individuelle. Ce critère doit être rempli par le conseil d'administration et la direction des banques pour que la FINMA puisse délivrer une autorisation bancaire à l'établissement qui en fait la demande. L'autorisation est d'ailleurs octroyée à condition que d'autres exigences indépendantes des individus soient remplies (cf. art. 3 al. 2 LB). Par la suite, la Banque doit satisfaire à ces conditions aussi longtemps qu'elle demeure autorisée et surveillée par la FINMA. En cas de violation, la FINMA signale à l'établissement assujetti, au moyen d'une décision, qu'il doit se séparer de son dirigeant²¹. Dès ce moment-là, le refus de l'établissement d'obtempérer à l'injonction donnée par la FINMA peut conduire (dans les cas les plus extrêmes) au retrait de l'autorisation dudit établissement²².

Cela étant, le temps où la surveillance financière se concentrait uniquement sur les établissements est révolu. La CFB à l'époque, puis la FINMA n'ont en effet cessé de rendre des décisions qui précisent les obligations des organes suprêmes.

À l'époque, les décisions prononcées contre les individus étaient résumées dans le bulletin de la CFB, puis de la FINMA. Dès 2014 et jusqu'en 2018, la FINMA a voulu renforcer la visibilité et la transparence de son action auprès du public et renforcer l'effet préventif de ses décisions en publiant un rapport sur l'enforcement²³.

Par la suite, la FINMA a encore accentué la

transparence sur son activité d'enforcement en publiant des résumés de ses décisions, les jugements des tribunaux et les statistiques relatives à l'enforcement²⁴.

II. L'interdiction d'exercer – le renforcement attendu de l'appareil répressif contre les individus

A. Le contenu

Le législateur a introduit sous la section «autres moyens de surveillance» (art. 29 ss LFINMA) un panel de mesures parmi lesquelles se trouve l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA).

Son contenu est le suivant:

«¹ Si la FINMA constate une violation grave du droit de la surveillance, elle peut interdire à l'auteur d'exercer une fonction dirigeante dans l'établissement d'un assujetti.

²L'interdiction peut être prononcée pour une durée de cinq ans au plus.»

L'interdiction d'exercer fait partie de l'arsenal qui renforce la surveillance transsectorielle de la FINMA sur les individus²⁵.

B. La genèse

Le premier groupe d'experts en matière de surveillance des marchés financiers a publié en novembre 2000 son rapport final (Rapport Zufferey) relatif à « La réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse »²⁶. Parmi les 42 recommandations, la recommandation n° 35 prévoit expressément que « [l]e législateur devra renforcer les moyens d'intervention dont dispose l'autorité de surveillance »²⁷.

Comme un clin d'œil de l'histoire, dans son rapport de 2023 relatif à la débâcle du Credit Suisse, la FINMA arrive exactement à la même conclusion – 23 ans plus tard (cf. *infra* III).

²⁰ BRAIDI (n.1), para. 294.

²¹ U. ZULAUF/D. WYSS, Finanzmarktenforcement, Bern 2022, p. 226; NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 4^{ème} éd., Berne 2019, p. 474.

²² G. CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, PJA 2011, p. 1203 ; TAF, arrêt du 11.5.2010, B-1360/2009, c. 3.2.2: « l'autorité peut ordonner, si nécessaire, la mise à l'écart de cette personne au poste concerné et, si l'établissement refuse de s'y conformer, prononcer le retrait de l'autorisation dudit établissement ».

²³ Rapport enforcement 2014, p. 2 ; cf. « <https://www.finma.ch/fr/documentation/archiv/enforcementbericht/> ».

²⁴ Disponibles sur le site de la FINMA « <https://www.finma.ch/fr/documentation/reporting-sur-l%E2%80%99enforcement/> ».

²⁵ Message du 1^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAU-FIN), FF 2006, p. 2741 ss, p. 2760 ss.

²⁶ Rapport sur la réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse (Banques, assurances, allfinance et conglomerats financiers, autres services financiers) (commission d'experts Zufferey), novembre 2000 (ci-après : « Rapport sur la réglementation »).

²⁷ Rapport sur la réglementation (n. 23), p. 20.

Le 30 novembre 2001, le Conseil fédéral mit sur pied une commission d'experts pour entreprendre les travaux législatifs consécutifs au rapport Zufferey (commission d'experts Zimmerli)²⁸.

En 2003, les débats sur les pouvoirs de sanctions de la CFB ont donné lieu à un rapport sur les sanctions par la CFB. Elle proposait notamment une série de nouvelles sanctions, par exemple des amendes élevées ou la confiscation des bénéfices obtenus consécutivement à une violation des règles prudentielles.

Considérant que le rapport sur les sanctions de la CFB allait trop loin, la Commission Zimmerli a émis un second rapport en 2004 dans lequel est apparue l'idée d'une interdiction d'exercer. Lors des débats parlementaires qui ont suivi, la disposition relative à l'interdiction d'exercer ne subit que de légères modifications²⁹.

Il est intéressant de relever pour la présente contribution qu'à l'époque ni la conformité de l'interdiction d'exercer avec la CEDH, ni sa nature juridique n'ont réellement été évoquées. Par ailleurs, les nombreux rapports qui ont précédé l'entrée en vigueur de l'interdiction n'évoquent à aucun moment l'influence d'une telle mesure sur le statut juridique de l'individu. À l'époque des discussions, il ne semblait donc pas y avoir de volonté réelle allant dans le sens d'une surveillance accrue des individus, ou du moins celle-ci ne ressortait pas clairement des rapports émis par les divers acteurs.

C. La nécessité de combler des lacunes

Entre 1971 et le 1^{er} janvier 2009, date de l'entrée en vigueur de la LFINMA et de la création de la FINMA, l'intervention de la CFB se limitait à l'examen de la garantie d'une activité irréprochable (cf. *supra* II).

Cet outil posait principalement deux problèmes. D'une part, son champ d'application personnel était trop limité. En effet, seuls les membres du conseil d'administration et de la direction étaient visés. Or, avec le développement du secteur bancaire, la taille et leur structure organisationnelle n'ont cessé de s'accroître. Si cette disposition s'avère utile pour les intermédiaires financiers de petite taille, elle n'est plus adaptée aux grandes banques. D'autre part, la garantie

d'une activité irréprochable est exclusivement orientée vers un examen prospectif, à savoir si l'individu concerné dispose, pour le futur, de toutes les qualités requises pour sa fonction. La garantie d'une activité irréprochable ne poursuit pas d'objectif répressif de telle sorte qu'un dirigeant pouvait simplement décider de quitter sa position pour éviter toute poursuite de la part de la CFB et ainsi, éviter de faire l'objet d'un prononcé fondé sur la garantie d'une activité irréprochable³⁰.

En se fondant sur l'art. 33 LFINMA, la FINMA peut donc non seulement prononcer des mesures contre les membres du conseil d'administration ou de la direction, actuels ou passés, mais également contre toutes les fonctions qu'elle considère comme dirigeante, ce qui lui permet d'étendre le champ d'application personnelle des mesures de surveillance à sa disposition et d'atteindre ainsi des strates hiérarchiques en deçà du conseil d'administration et de la direction d'une banque.

Les mesures étatiques visant à interdire une personne d'exercer son activité professionnelle sont pléthore en droit positif suisse. En principe, la loi prévoit de telle interdiction lorsque l'état se porte garant des compétences et de l'intégrité en octroyant une autorisation personnelle d'exercer une profession. À titre d'exemple, on retrouve ainsi des mesures d'éloignement pour les avocats, la LLCA³¹ prévoyant une interdiction temporaire d'exercer pour une durée maximum de deux ans (art. 17 al. 1 let. d LLCA) ou encore à l'égard des médecins qui peuvent se voir interdire d'exercer leur activité professionnelle pour une durée de 6 ans au plus (art. 43 al. 1 let. d LPMéd³²).

Nous relevons qu'avec l'entrée en vigueur de l'art. 33 LFINMA, la FINMA dispose d'une nouvelle mesure d'éloignement des individus, sans pour autant que ceux-ci ne fassent l'objet d'une quelconque autorisation ou surveillance individuelle. Ce régime crée une forme d'asymétrie entre d'une part l'établissement qui est le titulaire de l'autorisation de police lui permettant d'exercer une activité bancaire et, d'autre part, les individus qui peuvent faire l'objet d'interdiction d'exercer en cas de violation grave du droit de la

²⁸ Surveillance intégrée des marchés financiers, 1^{er} rapport partiel de la commission d'experts mise sur pied par le Conseil fédéral (commission d'experts Zimmerli), juillet 2003, p. 9 (ci-après : « Surveillance intégrée »).

²⁹ U. FELIX, *Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG*, RSDA 2011, p. 440.

³⁰ Si le dirigeant en question a déjà quitté sa fonction, mais que subsistent des soupçons et indices associant ce dernier à un dysfonctionnement au sein de l'entreprise, la FINMA notifie une « *Gewährsbrief* » exprimant ses réserves quant à l'irréprochabilité du dirigeant.

³¹ Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, RS 935.61.

³² Loi fédérale sur les professions médicales universitaires, RS 811.11.

surveillance.

D. La casuistique

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 33 LFINMA, la FINMA et les tribunaux ont eu l'occasion de développer une casuistique relative à l'interdiction d'exercer. Voici ci-dessous quelques exemples jurisprudentiels :

- une violation répétée des obligations de diligence et de loyauté inscrites à l'art. 717 al. 1 CO³³ par le président et le vice-président de conseil d'administration d'une entreprise d'assurance. Le TAF confirme les mesures d'interdiction d'exercer de 48 mois³⁴;
- un membre de la direction a mis en œuvre une politique d'expansion basée sur l'acceptation massive de clientèles américaines non déclarées. Partant, il s'est rendu coupable d'une mauvaise gestion des risques et est tenu responsable de la violation des règles prudentielles durant des années par la banque (art. 3 al. 2 let. a et c OB en lien avec l'art. 9 al. 2 OB³⁵)³⁶;
- une violation par un cadre supérieur de l'interdiction de manipulation de cours. De manière générale, les violations portant sur des manipulations de cours sont des violations graves³⁷.
- le CEO d'une banque a autorisé l'ouverture de comptes ainsi que diverses transactions dans le cadre de relations d'affaires comportant un risque accru de blanchiment d'argent, compte tenu notamment des sommes considérables en jeu et de l'implication de personnes politiquement exposées. Il n'a pas été procédé aux clarifications requises, alors que l'origine et l'affectation des fonds indiquées n'étaient manifestement pas plausibles. La FINMA a prononcé une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA pour une durée de quatre ans, ce qui a été confirmé par le TAF³⁸.
- le responsable du département *Legal & Compliance* d'une banque a approuvé l'ouverture

d'un grand nombre de comptes dans le cadre de relations bancaires présentant des risques accrus de blanchiment d'argent. Les clarifications nécessaires n'avaient pas été effectuées, et un soupçon de blanchiment n'a pas été communiqué, malgré la présence d'indices clairs. S'agissant des exigences d'organisation, les risques juridiques et réputationnels n'ont pas été suffisamment identifiés, limités et surveillés, alors que cette tâche incombait audit *Head of Legal & Compliance*. La FINMA a prononcé une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA pour une durée de trois ans, ce que le Tribunal fédéral a confirmé³⁹.

Comme on peut le constater, cette casuistique est variée et sanctionne des personnes à divers échelons hiérarchiques et pour de diverses violations du droit de la surveillance.

III. Le *Senior Manager Regime* : la dernière pièce du puzzle ?

A. Origine et portée

L'idée d'instaurer en droit suisse un *Senior Manager Regime* (ci-après : « *SMR* ») a ressurgi après la chute de Credit Suisse et sa reprise dans l'urgence par UBS.

Un tel régime existe déjà en Grande-Bretagne sous le nom de *UK Senior Managers and Certification Regime*. Cette institution traduit la tendance qui consiste à ce que la surveillance des marchés financiers ne se concentre plus uniquement sur les établissements financiers, mais de plus en plus sur ses cadres.

Dans son rapport sur la chute du Credit Suisse⁴⁰, la FINMA décrit le *SMR* comme les « approches de différentes autorités de surveillance pour garantir que les compétences et les responsabilités des cadres supérieurs des établissements financiers soient clairement définies afin de pouvoir tenir les cadres supérieurs en question responsables de leur comportement »⁴¹.

En d'autres termes, la FINMA propose la mise en place d'un système permettant d'imputer les infractions directement aux personnes physiques responsables⁴².

³³ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, RS 220.

³⁴ TAF, arrêt du 27.11.2013, B-798/2012, c. 9.4.2 (pour le président); TAF, arrêt du 27.11.2013, B-19/2012, c. 9.4.4 (pour le vice-président).

³⁵ Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.02.

³⁶ TAF, arrêt du 29.05.2015, B-5041/2014.

³⁷ FINMA, Rapport sur l'enforcement 2018, p. 5, p. 15, p. 21.

³⁸ TAF, arrêt du 16.5.2023, B-4750/2019, c. 7.6.

³⁹ TF, arrêt du 30.3.2023, 2C_747/2021, c. 12 ss.

⁴⁰ Rapport de la FINMA, Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS), Bern, le 19 décembre 2023.

⁴¹ FINMA (n. 40), Rapport CS, p. 86.

⁴² FINMA (n. 40), Rapport CS, p. 50.

B. Le SMR ou l'autorisation individuelle pour les cadres

Contrairement à la garantie d'une activité irréprochable qui est une condition d'autorisation de l'établissement ou à l'interdiction d'exercer dont l'objectif est de sanctionner des comportements fautifs, le SMR implique une autorisation individuelle de la FINMA et l'attribution de domaines spécifiques de responsabilité aux individus (le *Senior Manager*).

Ce processus implique que les individus visés soient directement soumis à une procédure d'autorisation officielle. Les cadres concernées doivent notamment accepter un cahier des charges formel et des obligations de comportement supplémentaires.

À l'instar d'autorisations accordées à des avocats ou à des médecins, la procédure d'admission vise à garantir que seules des personnes compétentes sur le plan professionnel et personnel occupent une fonction de *senior management*.

En substance, il s'agit pour l'établissement financier d'attribuer les domaines de responsabilité importants de la banque à une personne concrète, c'est-à-dire un *senior manager*. Dès que les responsabilités lui sont attribuées, il doit satisfaire à des obligations de comportement particulières. Ces cadres supérieurs doivent se conformer à des règles de conduite spécifiques. Ils doivent prendre des mesures appropriées afin d'éviter que ne surviennent des actes répréhensibles dans leur domaine de responsabilité.

En cas de violation, les cadres s'exposeraient à des sanctions prudentielles telles que notamment des amendes, l'interdiction d'exercer et des mesures peuvent être prises en lien avec la rémunération variable qu'ils perçoivent au sein de leur entreprise.

C. Situation actuelle

La FINMA a en particulier annoncé être favorable à l'introduction d'un SMR, qui permettrait de garantir une répartition claire des responsabilités à la suite de la crise de Credit Suisse⁴³. Elle a toutefois indiqué dans un rapport que les bases légales actuelles limitaient fortement son influence en matière de gouvernance des banques.

En page 8 du rapport de la FINMA, elle écrit en effet que :

« Gouvernance d'entreprise : les bases légales actuelles limitent fortement l'influence de la FINMA en matière de gouvernance. Un élargissement des compétences de la FINMA pourrait sensiblement renforcer sa marge de manœuvre. Aujourd'hui, il manque à la FINMA en particulier un senior managers regime, la compétence de prononcer des amendes ou la possibilité de communiquer ouvertement et de manière régulière sur des procédures d'enforcement »

En d'autres termes, la FINMA reconnaît qu'elle ne dispose pas des pouvoirs nécessaires pour imposer aujourd'hui un tel régime aux établissements bancaires qu'elle surveille.

Seuls l'écoulement du temps et les modifications législatives en ce sens permettront de savoir si les cadres supérieurs des banques seront un jour autorisés par la FINMA. Ce régime d'autorisation, s'il rentre en vigueur, permettra au moins d'évacuer le débat doctrinal relatif à la qualification pénale des mesures d'interdiction d'exercer. En effet, si les individus visés font l'objet d'une autorisation, la jurisprudence de la CEDH considère que les mesures d'éloignement ne revêtent pas un caractère pénal⁴⁴.

Conclusion

En droit de la surveillance financière, le passage du temps (et les scandales) ont fait leur œuvre. Selon nous, aucun autre secteur industriel ne fait aussi souvent parler de lui dans les journaux. Afin de renforcer la place financière suisse, il nous semble donc nécessaire d'entamer une réflexion de fond sur la meilleure manière de réduire la fréquence et l'ampleur des dysfonctionnements.

Une part importante de cette réflexion doit porter sur la question de la responsabilité individuelle des cadres. Il y a quelques années de cela, la plupart des banques privées étaient encore organisées en société de personnes : les propriétaires, qui étaient souvent les dirigeants, supportaient donc une responsabilité personnelle et illimitée en cas d'erreur. Si ce système connaît des limites, il est essentiel de remettre la responsabilité individuelle au cœur des débats en recentrant la surveillance non pas sur les entreprises, mais de plus en plus sur ses décideurs.

⁴³ FINMA (n. 40), Rapport CS, p. 8, 46 et 50 ; R. BÖSCH/T. WERLEN, *The Regulatory Agenda for 2024 in Switzerland*, CapLaw 1/2024, p. 11 s.

⁴⁴ Par référence à l'arrêt CourEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72 du 23 novembre 1976. Cf. ég. ATF 139 I 72, c. 2.2.2 ; ATAF 2013/59, c. 9.3.1.

Dans les prochaines années, le défi du législateur et de la place financière dans son ensemble sera de proposer un régime efficace qui ne soit pas trop lourd d'un point de vue administratif et réglementaire. À l'instar de ce qui a déjà été fait pour plusieurs autres lois sur les marchés financiers, il conviendrait d'examiner plus étroitement le système du *Senior Manager Regime* britannique et de reprendre tout ou partie des mécanismes qui ont déjà fait leurs preuves avec un « *Swiss Finish* », ce afin de laisser aux acteurs du marché et à la FINMA une marge de manœuvre suffisante pour sa mise en place concrète. Affaire à suivre...