

**COMPLIANCE ET CORPORATE GOVERNANCE EN
DROIT DES SOCIÉTÉS ET DANS LE DOMAINE
BANCAIRE**

Travail écrit
dans le cadre du MBL / DESS en droit des affaires
Universités de Genève et Lausanne

Monsieur le Professeur Luc Thévenoz

présenté par

Manjolia Manoku

Années académiques 2002-2004

TABLE DES MATIÈRES

I. L'origine de la notion de compliance et son développement

II. Compliance, gouvernement d'entreprise et contrôle des risques

1. Introduction à la notion de gouvernement d'entreprise
2. Gouvernement d'entreprise en droit suisse des sociétés
3. Compliance et gouvernement d'entreprise en droit suisse des sociétés
4. Les « codifications » privées et les autres textes (*ex cursus*)
5. Compliance et gouvernement d'entreprise dans les autres textes
6. Compliance, gestion des risques et contrôle
7. La fonction de compliance

III. Compliance, contrôle des risques et gouvernement d'entreprise dans le domaine bancaire

1. La Loi sur les banques et son but
2. Surveillance bancaire et gouvernement d'entreprise
3. Le contrôle des risques comme partie du gouvernement d'entreprise dans l'activité bancaire
4. Définition de quelques risques et le rôle de la fonction de compliance dans leur gestion
5. Compliance et fonds propres
6. Compliance et garantie d'une activité irréprochable

BIBLIOGRAPHIE

BIZZOZZERO Alessandro, *Le contrat de gérance de fortune*, Thèse Fribourg 1992 (cité: BIZZOZZERO, Le contrat de gérance de fortune)

BÖCKLI Peter, *Corporate governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten "Hampel", "Viénot" und "OECD" sowie dem deutschen "KonTraG"*, SZW/RSDA 1/99, pp. 1 ss. (cité: BÖCKLI, Corporate governance: der Stand der Dinge)

BÖCKLI Peter, *Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen*, L'expert comptable Suisse 3/00, pp. 133 ss. (cité: BÖCKLI, Corporate Governance auf Schnellstrassen)

BOURQUI Claude, «Corporate governance: est-ce important?», in *Corporate Governance*, Journée d'études CEDIDAC, Lausanne 28 novembre 2002 (cité: BOURQUI, Corporate governance)

BUFF Herbert G., *Compliance – Führungskontrolle durch den Verwaltungsrat*, in FORSTMOSER Peter (édit.), *Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht* No 199, Schulthess, Zurich 2000 (cité: BUFF, Compliance)

CHENAUX Jean-Luc, «Corporate governance: le droit positif», in *Corporate Governance*, Journée d'études CEDIDAC, Lausanne 28 novembre 2002 (cité: CHENAUX, Corporate governance)

COMITÉ DE BÂLE SUR LE CONTRÔLE BANCAIRE, *Core principles for effective banking supervision (Basel core principles)*, Banque des règlements internationaux (BRI), Bâle 1997, www.bis.org (cité: COMITÉ DE BÂLE, Basel core principles)

COMITÉ DE BÂLE SUR LE CONTRÔLE BANCAIRE, *Framework for internal control systems in banking organisations*, Banque des règlements internationaux (BRI), Bâle 1998, www.bis.org (cité: COMITÉ DE BÂLE, Internal control systems)

COMITÉ DE BÂLE SUR LE CONTRÔLE BANCAIRE, *Vue d'ensemble du nouvel Accord de Bâle sur les fonds propres*, Document soumis à consultation, Banque des règlements internationaux (BRI), Bâle 2003, www.bis.org (cité: COMITÉ DE BÂLE, Vue d'ensemble)

COMITÉ DE BÂLE SUR LE CONTRÔLE BANCAIRE, *Sound practices for the management and supervision of operational risk*, Banque des règlements internationaux (BRI), Bâle 2003, www.bis.org (cité: COMITÉ DE BÂLE, Operational risk)

COMITÉ DE BÂLE SUR LE CONTRÔLE BANCAIRE, *The compliance function in banks*, Consultative document, Banque des règlements internationaux (BRI), Bâle 2003, www.bis.org (cité: COMITÉ DE BÂLE, The compliance function)

COMITÉ DE BÂLE SUR LE CONTRÔLE BANCAIRE, *Dovere di diligenza delle banche nell'identificazione della clientela*, Banque des règlements internationaux (BRI), Bâle 2001, www.bis.org (cité: COMITÉ DE BÂLE, Dovere di diligenza)

DE PURY David, *Corporate governance – Herausforderung fër die Unternehmensführung*, *L'expert comptable suisse* 12/95, pp. 1029. (cité: DE PURY, Corporate governance)

FÉDÉRATION DES ENTREPRISES SUISSES, *Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise*, 2002, www.economiesuisse.ch (cité: Code suisse de bonne pratique)

FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli, Berne 1996 (cité: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht)

HERTIG Gérard, *Administrative supervision of asset managers in Switzerland: outlook*, *Wirtschaft und Recht*, Jg. 42, Heft 4 1990, pp. 171 ss. (cité: HERTIG, Administrative supervision)

HOFSTETTER Karl, *Le gouvernement d'entreprise en Suisse*, Rapport final du groupe d'experts sur le gouvernement d'entreprise, Zurich 2002, www.economiesuisse.ch (cité: HOFSTETTER, Le gouvernement d'entreprise)

INTERNATIONAL FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *Forty recommendations on money laundering* (cité: FATF, Forty recommendations).

JEANNEAU Serge, *Nouvel accord de Bâle sur les fonds propres*, Rapport trimestriel Banque des Règlements Internationaux (BRI), Bâle 2001 (cité: JEANNEAU, Nouvel accord de Bâle)

KLEINER Beat, Art. 1 et 3 LB, in BODMER Daniel/KLEINER Beat/LUTZ Benno, *Kommentar zum schweizerischen Bankgesetz*, 12ème éd., Schulthess, Zürich 2001 (cité: KLEINER, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3)

KÜNG Daniel, *Das Management der operationellen Risiken der Banken im Umfeld des Aufsichtrechts – Eine Übersicht über aktuelle Ansätze*, Publikation der Swiss Banking School No 268, Haupt, Zurich 2003 (cité: KÜNG, Operationellen Risiken)

MEIER-SCHATZ Christian J., “Spezielle aufsichtrechtliche Probleme, insbesondere Risikokontrolle und Grossbankenaufsicht”, pp. 61 ss, in NOBEL Peter (édit.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Weiterbildungsstufe HSG

Universität St. Gallen, Stämpfli, Berne 1999 (cité: MEIER-SCHATZ, Spezielle aufsichtrechtliche Probleme)

MUSTAKI Guy, *Corporate governance et responsabilité du conseil d'administration*, SZW/RSDA 1/2004, pp. 64 ss. (cité: MUSTAKI, Corporate governance)

MUSTAKI Guy, « Obligations et responsabilités des organes en matière de corporate governance », in *Corporate Governance*, Journée d'études CEDIDAC, Lausanne 28 novembre 2002 (cité: MUSTAKI, Obligations et responsabilités des organes)

NOBEL Peter, *Corporate Governance – Möglichkeiten und Schranken gesellschaftsrechtlicher Gestaltung*, L'expert comptable suisse 12/95, pp. 1057 ss. (cité: NOBEL, Corporate governance)

NOBEL Peter, Grundsätze der OCDE zu corporate governance, SZW/RSDA 5/99, pp. 244 ss. (cité: NOBEL, Grundsätze der OECD)

NOBEL Peter, « Überblick über Gesetzgebung und Gesetzgebungprojekte », in NOBEL Peter (édit.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 2001*, Weiterbildungsstufe HSG Universität St. Gallen, Stämpfli, Berne 2002 (cité: NOBEL, Überblick über Gesetzgebung)

NOBEL Peter, *Swiss Finance Law and International Standards*, Berne/La Haye-Londres-Boston, 2002 (cité: NOBEL, Swiss Finance Law)

NOBEL Peter, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, Stämpfli, 2ème éd., Berne 2004 (cité: NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht)

ORGANISATION POUR LA COOPÉRATION ET LE DÉVELOPPEMENT EN EUROPE, *The OECD principles of corporate governance*, 2004, www.oecd.org (cité: OCDE, Principes)

PRICEWATERHOUSE COOPERS, *Regulatory compliance: adding value - a review of future trends*, 2004 (cité: PRICE WATERHOUSE COOPERS, Regulatory compliance)

RHINOW René / BAYERDÖRFER Manfred, *Surveillance des banques en Suisse: questions juridiques*, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1990 (cité: RHINOW / BAYERDÖRFER, Surveillance des banques en Suisse)

ROTH Monika, *Compliance – Begriff, Bedeutung, Beispiele*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2000 (cité: ROTH, Compliance)

THE INSTITUTE OF CHARTERED ACCOUNTANTS IN ENGLAND AND WALES, *Guidance for directors on the combined code*, 2003, www.ecgi.org, (cité: The institute of chartered accountants guidance)

THE LONDON STOCK EXCHANGE COMBINED CODE ON CORPORATE GOVERNANCE, 2003, www.ecgi.org, (cité: Combined code)

THE TURNBULL GUIDANCE TO THE COMBINED CODE, *Guidance on internal control*, 2003, www.ecgi.org, (cité: The Turnbull guidance)

WATTER Rolf, Kommentar zu OR 716, 716a, 716b, 717, in HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf, *Obligationenrecht II, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bâle-Francfort-sur-le-Main 2003 (cité: WATTER, Kommentar)

ZÜBERBÜHLER Daniel, “Revision des Capital Accord des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht », pp. 135 ss, in NOBEL Peter (édit.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Weiterbildungsstufe HSG Universität St. Gallen, Stämpfli, Berne 2000 (cite: ZÜBERBÜHLER, Revision des Capital Accord)

ZÜBERBÜHLER Daniel, “Der Wandel des Aufsichtrechts zur Risikoerfassung”, pp. 89 ss, in NOBEL Peter (édit.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Weiterbildungsstufe HSG Universität St. Gallen, Stämpfli, Berne 1998 (cité: ZÜBERBÜHLER, Der Wandel des Aufsichtrechts)

ZULAUF Urs, *Aufsicht und Überwachung der Vermögensverwalter in der Schweiz – Status quo und Ausblick*, *Wirtschaft und Recht*, Jg. 42, Heft 4 1990, pp. 141 ss. (cité: ZULAUF, Aufsicht und Überwachung)

ZULAUF Urs, « Gläubigerschutz und Vertrauensschutz zur Sorgfaltspflicht des Bank im öffentlichen Recht des Schweiz », *Revue de droit Suisse* 1994 II 359 – 535 (cité: ZULAUF, Gläubigerschutz)

AVANT PROPOS

La première partie de ce travail est un essai de définition de la notion et de la fonction de compliance, qui est de plus en plus reconnue comme un « trend » dans le contexte d'un « total quality management ». Dans un contexte plus large de gouvernement d'entreprise, cette fonction fait partie des mesures d'organisation dont le conseil d'administration effectue la haute surveillance; c'est l'une de ses attributions inaliénables et intransmissibles selon le droit suisse.

Comme une fonction clé dans la prévention et la gestion des risques opérationnel, légal et de réputation, le compliance est d'une importance particulière dans le domaine de l'activité bancaire, où le besoin de protection non seulement des investisseurs, mais aussi de la stabilité et de la réputation des marchés financiers, a établi de longue date une culture d'identification et de gestion des risques sophistiquée. C'est le sujet de la deuxième partie de ce travail.

En effet, les risques liés à l'exercice de l'activité bancaire ne concernent pas uniquement l'institution financière elle-même, mais aussi toutes les personnes et les entreprises qui font appel aux différents services que le système bancaire peut offrir et qui en dépendent. Ceci fait naître un besoin de protection du public, lequel justifie la soumission de l'activité bancaire à une surveillance étatique. Par conséquent, les institutions bancaires sont obligées de pourvoir à une organisation adéquate dans l'exercice de toutes leurs activités, de manière à prévenir et faire face aux risques liés à ces dernières.

I. L'origine de la notion de compliance et son développement

L'expression anglaise « to comply with » peut-être traduite comme « être conforme à un certain nombre de données déterminées »¹. De façon générale, la notion de « compliance » comprend les stratégies propres à assurer un comportement conforme aux « règles du jeu »².

Quelles sont les « règles du jeu » et par qui doivent-elles être respectées ? De provenance des États-Unis d'Amérique, la notion de compliance était à l'origine surtout liée à l'activité bancaire et au respect des règles concernant le délit d'initié. Pour éviter une éventuelle responsabilité à cause des actes de leurs employés, ces dernières commencèrent à se doter de « Compliance Codes », ce qui étaient des recueils de règles de comportement internes visant à prévenir une situation pareille³. Ainsi, les premières références à ce concept se trouvent dans les « guidelines » des grandes banques d'investissement aux États-Unis, au début des années quatre-vingt⁴.

Aujourd'hui, le compliance est un concept qui ne se limite pas seulement au respect par les banques de la législation pénale qui concerne les délits d'initiés. En effet, le concept de compliance se réfère au respect de toutes les lois et les règles applicables, ainsi que des codes de conduite et standards de « good practice »⁵, qu'ils soient internes ou externes à une institution bancaire ou à une quelconque entreprise active dans un marché. Il y aussi une dimension éthique dans la notion de compliance, composée de valeurs sociales et morales allant au-delà des normes strictement légales et étroitement liée au fait

¹ **BUFF**, *Compliance*, p. 11, qui cite *inter alia* **BÜCHEL Benno**, *Compliance als Instrument der Führungskontrolle*, Publication de la Swiss Banking School, 105, Berne 1995, p. 22 : « « To comply » bedeutet, sich vorschritten gemäss zu verhalten, sich an Vorgaben halten », **JERUSALEM Konrad**, *Die Regelung der Mitarbeitergeschäfte im Bankgewerbe durch Compliance*, Grundlagen und Praxis des Bank- und Börsenwesens, Berlin 1996, p. 127: “Den englischen Begriff Compliance findet man im Fremdsprachenlexikon mit “Übereinstimmung” oder “Einhalten” übersetzt” et **HAUSMANINGER Christian/KRETSCHMER Werner/OPPITZ Martin**, *Insiderrecht und compliance – Ein Leitfaden für die Praxis*, Vienne 1995, p. 94: “Das wort Compliance (=Entsprechung) hat seine Wurzel im englischen “to comply with” (=einer Sache nachkommen)”. Traduction de l’auteur.

² **ROTH**, *Compliance*, p. 1. Ibidem, « Der Begriff « compliance » ist insbesondere in der Medizin schon lange von Bedeutung. Damit wird ... (omissis) Folgendes umschrieben: “Bereitschaft eines Patienten zur Mitarbeit bei diagnostischen oder therapeutischen Massnahmen, z. B. Zuverlässigkeit, mit der therapeutische Anweisungen befolgt werden”. Traduction de l’auteur.

³ **BUFF**, *Compliance*, p. 23, qui cite **HOFSTETTER Brigitte**, *Interessenkonflikte im Universalbankensystem*, thèse Berne 1999, pp. 178 ss..

⁴ **ROTH**, *Compliance*, p. 7. En 1987, la banque d'investissements Kidder, Peaboy & Co. avait été condamnée par le Securities Commission (SEC), l'autorité de surveillance des marchés américains, à payer une amende de 25,3 millions de dollars, à cause de mesures organisationnelles insuffisantes pour empêcher les comportements constitutifs de délits d'initié au sein de son institut. Le SEC avait aussi obligé tout le management de la banque à démissionner.

⁵ **COMITÉ DE BÂLE**, *The compliance function*, p. 1: « ...to comply with all applicable laws, regulations, codes of conduct and standards of good practice”. Dans le même sens, cf. **BUFF**, *Compliance*, p.11, qui cite **ROTH Monika**, *Compliance als Form des Konfliktmanagements – Ein überzeugendes und griffiges Konzept*, in *NZZ*, No 217, 18/19 septembre 1999, p. 27: « ...dabei geht es allerdings nicht nur um die Befolgung von Gesetzen, sondern auch um die Einhaltung von Regeln im weitesten Sinne. Darüber hinaus enthält der Begriff auch eine ethische Dimension, die stark geprägt ist durch gesellschaftliche und politische Wertvorstellungen”.

que dans tous ses actes, une entreprise dispose d'un certain pouvoir de discrétion qui est laissé par la loi⁶. Il s'agit de ce que l'on appelle les « zones grises », à l'intérieur desquelles la dimension éthique acquière toute son importance⁷.

Le respect de ces valeurs morales et éthiques prend d'autant plus d'importance, qu'aujourd'hui, une entreprise fait l'objet d'un vaste réseau d'observation⁸ qui commence avec les « shareholders », qui continue avec les « stakeholders »⁹, qui englobe le marché et la société en général et qui a amené à la notion de « good corporate citizenship », liée à la notion de « good corporate governance », dont il est question ci-dessous.

II. Compliance, gouvernement d'entreprise et contrôle des risques

1. Introduction à la notion de gouvernement d'entreprise

Il y a aujourd'hui un consensus sur le fait que le « corporate governance » ou le gouvernement d'entreprise comprend deux éléments différents, qui sont étroitement liés l'un avec l'autre¹⁰. Premièrement, à l'intérieur de l'entreprise, le corporate governance concerne l'organisation fonctionnelle des rapports entre ses organes (la fonction de haute direction et de surveillance du conseil d'administration, la fonction de gestion de la direction ou management et la fonction de contrôle de l'organe de révision), mais aussi la composition et la structure du conseil d'administration¹¹. Dans ce contexte, le terme de corporate governance désigne le « jeu »¹² entre structure, délimitation de compétences et contrôles¹³.

Deuxièmement, le corporate governance concerne l'équilibre des rapports de l'entreprise avec son extérieur, plus particulièrement entre l'entreprise, le marché des capitaux et d'autres groupes d'ayants droit¹⁴.

A ce propos, dans la discussion concernant le corporate governance, il s'est toujours posé la question de savoir envers qui le conseil d'administration est finalement responsable¹⁵. Deux théories ont été mises en avant à ce propos. La première théorie se rallie au concept

⁶ ROTH, *Compliance*, p. 11.

⁷ ROTH, *Compliance*, p. 44.

⁸ ROTH, *Compliance*, p. 11.

⁹ BUFF, *Compliance*, p. 44: “Der ethisch Aspekt von Compliance hat einen zentralen Stellenwert unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit des Managemetns gegenüber der Öffentlichkeit une dem Investorenpublikum. In diesem Sinne widerspiegelt sich in der Compliance-Funktion die Verantwortung der Unternehmensleitung den verschiedenen beteiligten Gemeinschaften gegenüber – Compliance ist damit (auch) unter dem “Stakeholder”-Aspekt von Bedeutung”.

¹⁰ BÖCKLI, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 133.

¹¹ BÖCKLI, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 133: “die Balance im inneren Dreieck”; “die funktional zweckmässige Strukturierung der Unternehmensspitze”. Traduction de l'auteur.

¹² BÖCKLI, *Corporate governance: der Stand der Dinge*, p. 3: “Zusammenspiel”.

¹³ BÖCKLI, *Corporate governance: der Stand der Dinge*, p. 3: “...die Aspekte eines funktional ausgewogenen Zusammenspiels von Struktur, Kompetenzabgrenzung und Kontrolle”.

¹⁴ BÖCKLI, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 133: “...Kräftegleichgewicht im äusseren Dreieck zwischen dem Unternehmen, dem Kapitalmarkt une den weiteren Anspruchsgruppen”.

¹⁵ DE PURY, *Corporate governance*, p. 1031. Traduction de l'auteur.

de « shareholder value ». Selon la théorie de « shareholder value », une entreprise devrait se concentrer sur un seul et unique but, celui de la création de valeur pour les actionnaires.

Cette conception est proche de l'origine de la notion et du concept de corporate governance. La théorie a fait son apparition aux États-Unis d'Amérique aux années 30, avec les travaux de Berle et Means, qui ont développé la notion de « agency » et ont relevé la problématique de la dissociation entre la propriété d'une entreprise, qui reste aux actionnaires (shareholders) et sa gestion, qui est exercé par les managers (« agents » ou mandataires des shareholders)¹⁶. Importantes dans ce contexte ont été les réflexions sur la faiblesse du contrôle de la direction par les actionnaires¹⁷. Tout ceci allait seulement plus tard s'appeler « corporate governance »¹⁸.

La deuxième théorie, quant à elle, voit le conseil d'administration responsable envers un cercle plus large de personnes « intéressées » à l'entreprise ; c'est la « stakeholder value »¹⁹. La notion de « stakeholder value » prend par contre en compte non seulement les intérêts des actionnaires, mais aussi ceux d'autres groupes d'intérêt ou d'« ayants droit »²⁰, tels que les employés, les créanciers, les clients, ou encore l'État²¹.

Cette dernière est plutôt la conception moderne de corporate governance. Selon le préambule des principes de corporate governance de l'OCDE²², « Corporate governance is one key element in improving efficiency and growth as well as enhancing *investor confidence*. Corporate governance involves a set of relationships between a company's management, its shareholders and *other stakeholders*. Corporate governance also provides the structure through which objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined. (...) the Principles focus on governance problems that result from the separation of ownership and control. However, this is not simply an issue of the relationship between shareholders and management, although that is indeed the central element ». Aussi, dans ce cadre, il est de plus en plus souvent question de « good corporate citizenship »²³, soit de la gestion de l'entreprise de façon responsable vis-à-vis de toute la société.

Dans ce sens aussi, les principes OCDE stipulent que: « Policy makers are now more aware of the contribution good corporate governance makes to financial market stability,

¹⁶ **BÖCKLI**, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 134.

¹⁷ **BÖCKLI**, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 134, qui cite **BERLE/MEANS**, *The modern corporation and private property*, Cambridge (Massachusetts) 1932.

¹⁸ **BÖCKLI**, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 134.

¹⁹ **BÖCKLI**, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 133, **DE PURY**, *Corporate governance*, p. 1031.

²⁰ **BÖCKLI**, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 133: « Anspruchsgruppen ».

²¹ **DE PURY**, *Corporate governance*, p. 1031. Traduction de l'auteur.

²² **OCDE**, *Principes*, préambule.

²³ **BUFF**, *Compliance*, p. 66 et 67, qui cite **ZEHNDER Egon**, *Corporate governance in den USA – Tiefgreifende Reformvorschläge des Blue Ribbon Committee*, in : *NZZ*, Nr. 247, 23/24 octobre 1999, p. 29 : « ... langfristig wirtschaftliche Wertre für seine Anteilseigner schafft und dabei die Interessen aller Beteiligten und der Gesellschaft insgesamt berücksichtigt » et **McINTOSH et al.**, *Corporate citizenship – Successful strategies for responsible companies*, Grande Bretagne 1998, p. 85: « Good corporate governance » geht einer mit « responsible corporate citizenship ».

investment and economic growth. Companies better understand how good corporate governance contributes to their competitiveness. *In today's economies, interest in corporate governance goes beyond that of shareholders in the performance of individual companies.* The presence of an effective corporate governance system, within an individual company and across an economy as a whole, *helps to provide a degree of confidence that is necessary for the proper functioning of a market economy*".

2. Gouvernement d'entreprise en droit suisse des sociétés

Le « corporate governance » est une notion qui englobe une multitude de questions concrètes liées à la gestion d'une entreprise²⁴. Ce serait possible de partager ces questions selon leur appartenance à trois groupes de problématiques: les devoirs et les attributions du conseil d'administration, les droits des actionnaires et les droits des autres parties prenantes (comme par exemple les travailleurs mais aussi le marché et les investisseurs en général).

Pour les besoins de ce travail, nous nous intéressons à la question du corporate governance sous l'angle des devoirs et des attributions du conseil d'administration et de la protection du marché et du public²⁵.

Dans le droit suisse de la société anonyme, les attributions du conseil d'administration sont réglées par les articles 716, 716a et 716b du Code des Obligations (ci-après : CO). L'art. 717 CO vient rappeler que les membres du conseil ainsi que les tiers qui s'occupent de la gestion doivent exercer ces attributions avec toute la diligence nécessaire et veiller fidèlement aux intérêts de la société. La sanction pour le non-respect de ces obligations est prévue à l'art. 754 CO, lequel prévoit que « les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs ».

Regardons plus de près les devoirs du conseil d'administration. Selon l'art. 716 al. 2 CO, le conseil d'administration gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion. En liaison avec l'art. 717 CO, cette compétence attribuée au conseil d'administration par le code est une obligation de gestion²⁶; le conseil a l'obligation légale d'être actif et de gérer la société.

²⁴ **BÖCKLI**, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 134: "Viel besser als eine Begriffbestimmung dient deshalb ein Blick auf die in der Corporate Governance-Debatte immer wieder auftauchenden Kernbegriffe: Accountability, Monitoring, Sound system of internal control, Checks and balances, Best practice, Allocation of risks and returns, legal compliance, risk management". Cette concrétisation de la notion ne comprend ici en effet que les devoirs ou les attributions du conseil d'administration d'une entreprise. Ce qui pourrait s'ajouter à cette liste est en effet la problématique relative aux droits des actionnaires et des autres parties prenantes, comme par exemples de travailleurs. Pour une liste de dispositions légales concernant le corporate governance en droit suisse, voir **CHENAUX**, *Corporate governance*.

²⁵ En ce qui concerne cette dernière question, voir le chapitre III *infra*.

²⁶ **WATTER**, *Kommentar*, art. 716 CO, N. 9: "Geschäftsführungspflicht".

La possibilité donnée au conseil d'administration de déléguer la gestion de la société trouve ses limites matérielles²⁷ à l'art. 716a CO, lequel prévoit un nombre d'attributions inaliénables et intransmissibles. Il règle ceux des devoirs et obligations du conseil qui ne sont pas transmissibles de façon statutaire ni vers le haut, à l'assemblée générale, ni vers le bas, à la direction de la société²⁸. Toujours selon WATTER, cette énumération est exhaustive²⁹. Puisque le conseil d'administration peut déléguer une partie de la gestion, le « poids lourd » de son activité reste la surveillance ; le conseil d'administration suisse ne sera de même jamais un organe simplement de surveillance, à cause de ses attributions inaliénables³⁰ qui lui imposées par la loi.

Si délégation il y a, en premier lieu (et matériellement) elle ne doit pas concerner les attributions inaliénables du conseil d'administration. Deuxièmement (et formellement), elle doit être conforme aux conditions posées par les alinéas 1 et 2 de l'art. 716b CO, lesquelles stipulent que : « Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer toute ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers conformément au règlement d'organisation ». « Ce règlement fixe les modalités de la gestion, détermine les postes nécessaires, en définit les attributions et règle en particulier l'obligation de faire rapport. (...) ».

3. Compliance et gouvernement d'entreprise en droit suisse des sociétés

Selon l'art. 716a al. 5 CO, l'une des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration est d' « exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données ». C'est la définition de « compliance ». Ainsi, même si pas expressément (formellement) mentionnée, la fonction de compliance fait matériellement partie des attributions inaliénables du conseil d'administration³¹.

Ceci a aussi été reconnu par le Tribunal Fédéral dans l'ATF 122 IV 103 (Von Roll), à propos d'une infraction à la Loi fédérale sur le matériel de guerre par l'entreprise Von Roll : « Ein Unternehmen, das in der Stahlproduktion tätig ist und Bestandteile für Kriegsmaterial herstellt, ist verpflichtet, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die nach Möglichkeit von vornherein Widerhandlungen gegen das KMG im Betrieb ausschliessen. (...) Vor allem aber besteht für ein solches Unternehmen die Pflicht, die nötigen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen (...) Die verantwortlichen Organe haben es also unterlassen, die nötigen organisatorischen Massnahmen zu treffen, die eine Richtige

²⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, §29, N. 24-28.

²⁸ WATTER, *Kommentar*, art. 716a CO, N. 1. Si les limites matérielles de la délégation de ses devoirs par le conseil d'administration se trouvent à l'art. 716a CO, la limite formelle de la délégation se trouve à l'art. 716b al. 1 et 2. Selon ce dernier, la délégation des attributions autres que celles prévues par l'art. 716a CO n'est valable que si elle est réalisée conformément au règlement d'organisation.

²⁹ WATTER, *Kommentar*, art. 716a CO, N. 2. Traduction de l'auteur.

³⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, §30, N. 10 et 11. Traduction de l'auteur.

³¹ BUFF, *Compliance*, p. 7: "Damit ist materiell "legal compliance" angesprochen", ROTH, *Compliance*, p. 73: "Compliance als Form des Führung und der Führungskontrolle", BÖCKLI, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 134.

Reaktion an die Anhaltung der Lieferung in Frankfurt sichergestellt hätten. (...) In erster Linie dürfte die entsprechender Pflicht beim gesamten Verwaltungsrat liegen (...)”.

L'al. 5 de l'art. 716a CO implique qu'une délégation à de tierces personnes ait eu lieu et ceci résulte de la lettre de la loi : « (...) exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion (...) ». Là où la gestion de la société a été transférée, le conseil d'administration doit exercer sa *cura in custodiendo*³². Il ne s'agit pas ici que le conseil surveille tous les actes de la direction (pour cette raison on parle de « haute surveillance » et pas de « contrôle »), mais plutôt qu'il reste informé et qu'il connaisse l'activité de cette dernière par la mise en place d'un système de contrôles³³.

4. Les « codifications » privées et les autres textes (*ex cursus*)

Le thème de corporate governance (et celui de compliance qui en est une partie intégrante) ayant pris une importance considérable pendant la dernière décennie, il a fait a plusieurs reprises l'objet de « rapports » ou « principes » ou encore de « codes de conduite », rédigés selon le cas, par des associations représentatives du secteur économique ou par des organisations internationales ayant une vocation économique. Le rôle principal de cette sorte de travaux est celui de concrétiser le contenu des textes légaux. Pour les besoins du présent travail, ces textes nous serviront surtout de cadre de définition des notions dont il est question.

Pour prendre l'exemple suisse, la Fédération des Entreprises Suisses (Economiesuisse) a élaboré un Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise (ci-après : le code suisse de bonne pratique). Le code suisse de bonne pratique s'adresse aux sociétés ouvertes au public, pour qui il tient lieu de recommandations³⁴. Lesdites sociétés fournissent dans leur rapport de gestion des indications concernant le gouvernement d'entreprise³⁵. N'étant que des recommandations produites par une association privée, les principes et les lignes de conduite dont est constitutif le code n'ont pas force de loi. Leur importance est cependant considérable à deux égards. Premièrement, il concrétise les règles légales concernant la question du gouvernement d'entreprise, ce qui pourrait être pris en considération par le juge dans l'appréciation de cas concrets³⁶. Deuxièmement, le respect des règles déontologiques s'inscrit dans le discours plus général de la responsabilité morale/éthique d'une entreprise et de « good corporate

³² **WATTER**, *Kommentar*, art. 716a CO, N. 19. Traduction de l'auteur. D'ailleurs, en cas de délégation, l'art. 754 al. 2 CO stipule que « Celui qui d'une manière licite » - en respectant donc les conditions matérielles de l'art. 716a CO - « délègue à un autre organe l'exercice d'une autre attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances ».

³³ **WATTER**, *Kommentar*, art. 716a CO, N. 19 et 20. C'est l'obligation de faire rapport au conseil d'administration qui est prévue par l'article 716b al. 2 CO, lequel exige la mise en place d'un système de contrôles, afin que le conseil puisse s'acquitter de sa tâche de haute surveillance en cas de délégation de la gestion. Voir aussi *ibidem*, ad art. 716b al. 2, N. 8. Aussi dans ce sens: **MUSTAKI**, *Corporate governance*, p. 67.

³⁴ *Code suisse de bonne pratique*, p. 4.

³⁵ **BOURQUI**, *Corporate governance*, p. 3.

³⁶ Dans ce sens, voir l'article de **MUSTAKI**, *Corporate governance*, p. 70.

citizenship », ce dernier n'étant pas qu'une fin en soi, mais ayant pour but la protection de la réputation de l'entreprise dans une économie toujours plus globale³⁷.

Dans ce contexte s'inscrivent aussi les travaux des différentes organisations internationales spécialisées, lesquelles servent de *fora* de discussion et de concertation pour le domaine les concernant. Les textes y adoptés ont ainsi une valeur politique considérable et sont souvent précurseurs dans l'adoption de politiques, lignes de conduite, voire même de législation nationale³⁸. *In casu*, l'Organisation pour la Coopération et le Développement en Europe (ci-après : OCDE) a été l'auteur des Principes du gouvernement d'entreprise.

En outre, à l'instar du London Stock Exchange, laquelle a introduit le Combined Code on Corporate Governance³⁹ dans ses « listing requirements », assorti du principe « comply or explain », la bourse suisse a introduit des éléments du gouvernement d'entreprise dans une directive émanée en juillet 2002, obligatoire pour toutes les entreprises cotées et qui obéit au même principe⁴⁰.

³⁷ Cf. *supra* chapitre II. 1.

³⁸ En ce qui concerne plus spécifiquement le domaine bancaire, voir chapitre III *infra*: **NOBEL**, *Swiss Finance Law*, p. 282, **NOBEL**, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, p. 83. Cf. aussi l'introduction des principes OCDE sur le gouvernement d'entreprise : « The OECD *Principles of Corporate Governance* were endorsed by OECD Ministers in 1999 and have since become a benchmark for policy makers, investors, corporations and other stakeholders worldwide. They have advanced the corporate governance agenda and provided specific guidance for legislative and regulatory initiatives in both OECD and non OECD countries. The Financial Stability Forum has designated the *Principles* as one of the 12 key standards for sound financial systems. The *Principles* (...) underpin the corporate governance component of World Bank/IMF Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSC).” En outre: “(...) help develop a culture of values for professional and ethical behaviour on which well functioning markets depend. Trust and integrity play an essential role in economic life (...)”.

³⁹ **BÖCKLI**, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 138. Le Combined Code est le résultat de la “fusion” des trois rapports “Cadbury”, “Greenbury” et “Hampel”, nommés selon les présidents des comités respectifs. Ces trois rapports britanniques ont été précurseurs de la vague des travaux sur le *corporate governance* qui ont eu lieu en Europe à partir du début des années 90 ; la France et l'Allemagne ont suivi.

⁴⁰ **BOURQUI**, *Corporate governance*, p. 3. Selon la directive de la bourse suisse en matière d'informations relatives au gouvernement d'entreprise, les informations de caractère essentiel devront être diffusées dans le rapport de gestion. Voir aussi le règlement de cotation de la bourse suisse. L'autorégulation est un élément important dans le droit de la surveillance des marchés financiers en Suisse. Elle est présente aussi bien dans le domaine bancaire que dans le domaine boursier. En ce qui concerne le domaine boursier, l'art. 4 de la LBVM, dont l'intitulé « Autorégulation » est très indicatif en soi, prévoit que « La bourse garantit l'organisation adéquate de son exploitation et de son administration ainsi que la surveillance de son activité. Elle soumet ses règlements et leurs modifications à l'approbation de l'autorité de surveillance ». Plus spécifiquement en ce qui concerne le règlement de cotation, l'art. 8 « Admission de valeurs mobilières » stipule à son alinéa 2 que « Le règlement comprend des prescriptions sur la négociabilité des valeurs mobilières et les informations fournies aux investisseurs pour leur permettre d'apprécier les caractéristiques des valeurs mobilières et la qualité de l'émetteur ». L'alinéa 3 prévoit que « Il prend en compte les standards internationaux reconnus » (discours qui se rallie au rôle des organisations internationales). Selon l'article 13 OBVM, la CFB vérifie les règlements de la bourse à son approbation; c'est un exemple de l'«enge Verbindung von Standesregeln une staatlicher Aufsicht», **ZULAUF**, *Gläubigerschutz*, p. 396. Ainsi, le gouvernement d'entreprise dépasse le domaine du droit privé pour s'introduire dans celui du droit public, ce qui montre encore une fois sa conception moderne qui prend en compte les intérêts de tous les stakeholders. Pour plus de détails sur le sujet, voir **NOBEL**, *Corporate governance*, p. 1060 : « (...) die Schranken des Privatrechts warden überschritten und es wird von

5. Compliance et gouvernement d'entreprise dans les autres textes⁴¹

Le Code suisse de bonne pratique dispose à son principe no. 20 que « Le conseil d'administration institue la fonction de respect des normes applicables («compliance») en fonction des particularités de l'entreprise ; il peut intégrer cette fonction au système de contrôle interne ». En outre, le deuxième paragraphe du principe no. 19 prévoit que « Le conseil d'administration veille à ce que le système de contrôle interne et la gestion des risques soient adaptés à l'entreprise ». « Le système de contrôle recouvre aussi, selon les spécificités de la société, la gestion des risques ; celle-ci se réfère aussi bien aux risques financiers qu'aux risques opérationnels ». On retrouve dans cette définition les éléments déjà contenus dans l'art. 716a al. 5 CO ; on y voit en effet que le conseil d'administration est responsable de la mise en place d'un système de contrôle interne, ce qui lui permettra de s'acquitter de sa « cura in custodiendo » (ou la haute surveillance) à l'égard de la direction (à laquelle il a délégué le « compliance management »).

Selon les Principes de l'OCDE pour le gouvernement d'entreprise, «The corporate governance framework should ensure the strategic guidance of the company, the effective monitoring of management by the board (...) ». Dans ce cadre, c'est la responsabilité du conseil d'administration «Ensuring (...) that appropriate systems of control are in place, in particular, systems for risk management, financial and operational control, and compliance with the law and relevant standards». En outre, companies are well advised to *set up internal programmes and procedures to promote compliance with applicable laws, regulation and standards (...)*. Such compliance programmes will also underpin the company's ethical code".

6. Compliance, gestion des risques et contrôle

Si la compliance est reconnue dans tous les textes concernant le corporate governance comme responsabilité du conseil d'administration dans le cadre de l'exercice de la haute surveillance sur la gestion⁴², il en ressort aussi qu'il joue un rôle important en tant que partie de ce que l'on appelle « risk management » dans une entreprise⁴³.

L'art. 716a al. 5 CO suppose, selon la doctrine⁴⁴, la mise en place d'un système de contrôles internes de manière à pouvoir remplir sa fonction de haute surveillance. Ce système de contrôles internes recouvre aussi la gestion des risques auxquels l'entreprise doit faire face dans ses activités de tous les jours. En effet, la non-conformité aux règles, qu'elles soient des lois, des règlements internes ou des règles déontologiques, expose une entreprise à ce que l'on appelle le « regulatory risk »⁴⁵. Ce risque comprend des

öffentlich-rechtlicher Regulation überlagert ». Toute la réglementation concernant la bourse suisse est disponible sur le site www.swx.ch.

⁴¹ En ce qui concerne la compliance dans le domaine bancaire, voir le chapitre A. III ci-dessous.

⁴² Voir *supra* les chapitres A. II. 2 et A. II. 3.

⁴³ Aussi dans ce sens, **ROTH**, *Compliance*, p. 49 : « Compliance ist eine Form des Risk Management. Im Vordergrund stehen legal risks and reputation risks ». Pour une définition des différents types de risque dans le domaine bancaire, voir le chapitre III. 4 *infra*.

⁴⁴ Voir *supra* les chapitres II. 2 et II. 3.

⁴⁵ **BUFF**, *Compliance*, p. 26.

éventuelles actions légales de la part des « shareholders » ou d'autres « stakeholders » dont les intérêts sont protégés par les lois, des sanctions administratives voir pénales de la part des autorités de surveillance, peut encore impliquer une responsabilité pénale et « last but not least », un risque de réputation⁴⁶.

C'est ainsi que le Code suisse de bonne pratique prend en compte ce fait dans son dix-neuvième principe en prévoyant que « Le conseil d'administration veille à ce que le système de contrôle interne et la gestion des risques soient adaptés à l'entreprise ». En outre, le deuxième paragraphe du même principe prévoit que « Le système de contrôle interne recouvre aussi, selon les spécificités de la société, la gestion des risques (...) ».

Cette reconnaissance de l'importance du contrôle des risques comme responsabilité du conseil d'administration est visible aussi dans d'autres textes concernant le « corporate governance ». Ainsi, les principes OCDE du gouvernement d'entreprise, sous le chapitre consacré aux responsabilités du conseil d'administration⁴⁷ stipulent que : « The board should fulfill certain key functions, including : (...) ensuring the integrity of the corporation's accounting and financial reporting systems, including the independent audit, and that *appropriate systems of control are in place, in particular, systems for risk management, financial and operational control, and compliance with the law and relevant standards* ».

En outre, le Combined Code on corporate governance de la London Stock Exchange⁴⁸, stipule que « The board's role is to provide entrepreneurial leadership of the company within a framework of prudent and effective controls which enables risk to be assessed and managed ». En outre: « The board should maintain a sound system of internal control to safeguard shareholder's investment and the company's assets. The review should cover all material controls, including financial, operational and compliance controls and risk management systems ».

Le « Turnbull guidance » au Combined Code⁴⁹ explicite encore et met l'accent sur cette nécessité d'instituer un système de contrôles qui inclut une évaluation soignée des risques. C'est ainsi que le « guidance » stipule que: « The guidance is based on the adoption by a company's board of a risk-based approach to establishing a sound system of internal control and reviewing its effectiveness. This should be incorporated by the company within its normal management and governance processes ». Ces lignes de conduite dédient même un titre entier à la question de l'importance de la gestion des risques pour une entreprise: « *A company's system of internal control has a key role in the management of risks that are significant to the fulfillment of its business objectives. Internal control facilitates the effectiveness and efficiency of operations, helps ensure the reliability of internal and external reporting and assists compliance with laws and*

⁴⁶ Pour une définition des différents types de risque dans le domaine bancaire, voir le chapitre III. 4 *infra*.

⁴⁷ OCDE, *Principes*, Chapitre VI : les responsabilités du conseil d'administration, point D7.

⁴⁸ Voir le chapitre A.II.4 *supra*.

⁴⁹ C'est un document du « Institute of Chartered Accountants in England and Wales », une institution privée, le but duquel est de donner des lignes de conduite aux entreprises cotées à la Bourse de Londres sur comment implémenter les dispositions du Combined Code. Voir le « Turnbull guidance », Introduction, Internal control requirements of the Combined Code.

regulations”. Et pour finir: “The board must ensure that the system of internal control is effective in managing risks in the manner *which it has approved*”.

La mise en place d’un système de contrôle est ainsi une exigence qui a commencé à prendre de l’importance à partir de la deuxième moitié des années 90. Il s’agit d’un système désigné pour reconnaître, évaluer et gérer les risques auxquels doit faire face une entreprise et la surveillance y relative⁵⁰.

7. La fonction de compliance⁵¹

Le « compliance » se définit comme un concept d’organisation dans une entreprise, par lequel est assuré que soit l’entreprise, soit ses collaborateurs respectent les lois, les règlements, les codes de conduite, ainsi que les standards de bonne pratique⁵².

En tant que fonction d’organisation dans une entreprise, on vient de voir que dans un contexte plus large de corporate governance, le compliance est un instrument dans la surveillance de la gestion de l’entreprise par le conseil d’administration⁵³. Il est aussi de plus en plus reconnu que la fonction de compliance est un moyen de gestion des risques (« risk management ») dans une entreprise⁵⁴, gestion que le conseil d’administration a aussi le devoir de surveiller. Ceci s’intègre dans la notion plus large du gouvernement d’entreprise, dont la surveillance de la gestion des risques est une partie⁵⁵.

Concrètement, on peut donc identifier deux aspects dans la notion de compliance. Le premier aspect concerne la responsabilité du conseil d’administration de mettre en place un système de contrôle interne pour la surveillance des risques; cet aspect s’inscrit dans l’attribution inaliénable du conseil d’exercer la haute surveillance sur la gestion de l’entreprise. En effet, le système de contrôles internes recouvre aussi celui des risques opérationnels⁵⁶ et la fonction de compliance est l’une des manières de contrôler ce dernier. En effet, selon la recommandation 20 al.1 du Code suisse de bonne pratique: « Le conseil d’administration institue la fonction de respect des normes applicables

⁵⁰ **BÖCKLI**, *Corporate Governance auf Schnellstrassen*, p. 142.

⁵¹ Il ne sera pas question ici du rôle de la fonction de compliance dans la résolution des conflits d’intérêts, sujet qui mériterait des développements qui dépasseraient le cadre du présent travail. Sur cette question, voir notamment **BUFF**, *Compliance*, p. 14, **ROTH**, *Compliance*, pp. 55 ss, **HOFSTETTER Brigitte**, *Interessenkonflikte im Universalbankensystem*, Thèse Berne 1999, pp. 176 ss.

⁵² **BUFF**, *Compliance*, p. 10, **COMITÉ DE BÂLE**, *The compliance function*, p. 1.

⁵³ **BUFF**, *Compliance*, p. 11 et p. 19, qui cite **SCHENKER Urs**, « Strategie zur Haftungsvermeidung », in **ROBERTO Vito et al.**, *Verantwortung und Haftungsrisiko von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat*, Publication Baker & McKenzie, Zurich 2000, pp. 100 ss. : « Die Ein- bzw. Durchführung eines gut strukturierten Compliance Programms enthebt Geschäftsleitung und Verwaltungsrat vom Vorwurf der mangelden Aufsicht und Instruktion und schützt sie daher auch vor entsprechender zivil- oder sogar strafrechtlicher Verantwortung », **ROTH**, *Compliance*, p. 73 : « Compliance als Form der Führung und der Führungskontrolle ».

⁵⁴ **BUFF**, *Compliance*, p. 27, qui cite **HOFSTETTER Brigitte**, *Interessenkonflikte im Universalbankensystem*, Thèse Berne 1999 : « Compliance hat (...) als Managementaufgabe (...) die Steuerung des Risikos, dass Regeln (...) verletzt werden, verbunden mit strafrechtlichen und zivilrechtlichen Folgen ; diese Funktion wird in der angelsächsischen Literatur einprägnant mit « Management of regulatory risk » bezeichnet ».

⁵⁵ Voir chapitre II. 6 *supra*.

⁵⁶ Voir les recommandations 19 et 29 du Code suisse de bonne pratique.

« compliance » (...); il peut intégrer cette fonction au système de contrôle interne »⁵⁷. Le deuxième aspect concerne la gestion même des risques dans le « day to day business » de l'entreprise⁵⁸, selon la politique et les limites définis par le conseil d'administration.

Par conséquent, il s'agit dans ce chapitre de voir de plus près quelles sont les « mission and tasks » de la fonction de compliance dans une entreprise et comment elle s'acquitte de ces tâches, compte tenu de son rôle dans la gestion des risques liés à l'activité d'une entreprise.

Selon la doctrine, « (...) there are two principal responsibilities of a compliance function. First, to create and maintain internal rules and procedures to facilitate observance of any relevant regulation. Secondly, to monitor activities within all parts of the organization on a regular basis, and to ensure that business is conducted with those regulations »⁵⁹.

Pour réaliser ceci, « (...) the whole philosophy is geared towards a proper execution of the law by breaking down the legal norms into numerous specific rules of behavior via compliance standards (and their enforcement) which are adjusted to the specific jobs. (...) the goal of these programs (compliance) is to prevent, detect, and punish legal violations. (...) Such programs tend to emphasize the prevention of unlawful conduct, primarily by increasing surveillance and control and by imposing penalties on wrongdoers »⁶⁰.

En vue d'assurer la conformité aux lois et autres normatives, une entreprise doit tout d'abord déterminer quels sont les risques auxquels elle doit faire face et par conséquent identifier le corps de réglementation à laquelle cette dernière est soumise⁶¹. Seulement après avoir effectué cette analyse, il convient de rédiger des normatives internes, qu'elles prennent la forme de politiques, de directives, ou encore de codes de conduite, lesquelles contiennent des règles claires, facilement compréhensibles, avec des « do's » et « dont's » concrets à l'intention des collaborateurs. Pour un souci de simplicité et

⁵⁷ En ce qui concerne le domaine bancaire, voir **COMITÉ DE BÂLE**, *Basel core principles*, p. 30: « Banking supervisors must determine that banks have in place internal controls (...) These should include (...) appropriate independent (...) compliance functions to test adherence to these controls as well as applicable laws and regulations ». Voir aussi le chapitre A.III.3 ci-dessous.

⁵⁸ En ce qui concerne le domaine bancaire, voir **COMITÉ DE BÂLE**, *The Compliance function*, p. 1: « (...) compliance risk management has become more formalised within the past few years and has emerged as a distinct risk management discipline ». Voir aussi le chapitre A.III.4 ci-dessous.

⁵⁹ **BUFF**, *Compliance*, p. 14, qui cite **BLUNDEN Tony/VEASEY Sherard**, « The compliance function in a UK derivatives practitioner », in **TAYLOR Francesca**, *Mastering derivatives markets – a step-by-step guide to the products, applications and risks*, Londres 1996, pp. 296 ss., p. 271.

⁶⁰ **BUFF**, *Compliance*, p. 14, qui cite **STEINMAN Horst/OLBRICH Thomas**, « Business ethics in US corporations, in **ULRICH Peter/WIELAND Josef**, *Unternehmensethik in der Praxis – Impulse aus den USA, Deutschland und der Schweiz*, St. Galler Beiträge zur Wirtschaftsethik, No. 19, Berne/Vienne 1998, pp. 66 ss. .

⁶¹ **BUFF**, *Compliance*, p. 14, qui cite **STEINMAN/OLBRICH**, pp. 70 ss.: « What is needed to prevent individuals from wrongdoing is to enumerate all specific, relevant legal requirements for a company, function or division, and break them down to standards of performance at the job-level ». Traduction de l'auteur. Voir aussi les développements ci-dessus concernant le *nexus* du compliance avec le « risk management ».

d'efficacité, ces réglementations internes ne devraient pas comporter une simple reprise des textes de loi.

Il est important de remarquer que dans ce sens, le compliance joue aussi un rôle de prévention⁶². Prévention veut dire information et formation des collaborateurs concernant les domaines « à risque » et les législations applicables (sensibilisation)⁶³.

Pour en revenir à la dimension éthique du compliance, les normes internes de comportement qu'une entreprise établit à l'intention de ses collaborateurs ne doivent pas contenir des standards au dessous de ce qui est exigé par les normes de loi. Bien au contraire, il est parfaitement concevable et dans certains cas voire souhaitable, que ces normes internes aillent au-delà. Ceci est même un objectif louable dans le cas de « zones grises »⁶⁴, où la loi laisse une marge d'appréciation ou en cas d'absence de réglementation⁶⁵.

En effet, on a eu l'occasion de voir que le respect des normes n'implique pas seulement le respect des lois au sens strict, mais aussi la conformité aux règles dans un sens large⁶⁶. De ce fait le concept de « compliance » contient aussi une dimension éthique, laquelle rejoint la problématique plus large de la responsabilité sociale d'une entreprise, ce qui va de paire avec son image et sa « good corporate citizenship »⁶⁷.

III. Compliance, contrôle des risques et gouvernement d'entreprise dans le domaine bancaire

1. La Loi sur les banques et son but

La notion de banque n'est pas définie dans la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (ci-après: LB)⁶⁸. C'est l'Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (ci-après: OB)⁶⁹ dans son article 2a qui dispose que « Les entreprises actives principalement dans le domaine financier qui ont pour but de financer, pour leur propre compte, de quelque manière que ce soit, un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises avec lesquelles elles ne forment pas une activité économique en acceptant des dépôts du public à titre professionnel ou en faisant appel au public pour les obtenir, ainsi que en se refinancant dans une mesure importante auprès de plusieurs banques qui ne participent pas de manière notable à leur capital ».

⁶² **BUFF**, *Compliance*, p. 14, qui cite **BLUNDEN Tony/VEASEY Sherard**, p. 16: "aside from ensuring compliance with applicable legislation and regulation, the compliance function should take an active role in the prevention...". Cf. aussi **ROTH**, *Compliance*, p. 1: "Somit bedeutet compliance nicht nur eine fallweise Betrachtung und Entscheidung "post festum", sondern ebenso eine proactive, grundsätzliche und ganzheitliche Auseinandersetzung".

⁶³ **BUFF**, *Compliance*, p. 49.

⁶⁴ **ROTH**, *Compliance*, p. 44: « (...) gerade in den so genannten *Grauzonen* die ethische Dimension eine wesentliche Rolle spielt".

⁶⁵ C'est le cas de gérants indépendants de fortune un Suisse; cf. le chapitre B. III ci-dessous.

⁶⁶ **BUFF**, *Compliance*, p. 11, **ROTH**, *Compliance*, p. 1.

⁶⁷ Voir les chapitres A.II.2 et A.II.3 ci-dessus.

⁶⁸ BF 12-1.

⁶⁹ BF 12-2.

Du fait du caractère particulier de l'activité bancaire, laquelle de manière générale implique la prise en dépôt et la gestion de « other people's money », la protection des déposants⁷⁰ prend une place particulière dans son exercice⁷¹. Par conséquent, le législateur suisse a reconnu comme but principal de la loi sur les banques la protection de ces derniers⁷². La protection des déposants étant son but principal, avec la LB a été mis en place un système de surveillance étatique, lequel doit garantir que les banques soient toujours en mesure d'honorer leurs obligations vis-à-vis de leurs clients⁷³.

Ceci est d'autant plus important, que l'activité bancaire aujourd'hui va plus loin qu'un simple « Zinsdifferenzgeschäft ». Il est désormais un fait notoire que le “banking system plays a central role in making payments and mobilising and distributing savings”⁷⁴.

De ce fait, « Weaknesses in the banking system of a country (...) can threaten financial stability both within that country and internationally. The need to improve the strength of financial systems has attracted growing international concern”⁷⁵.

C'est pour ces raisons que “Effective supervision of banking organizations is an essential component of a strong economic environment (...). Strong and effective banking supervision provides a public good that may not be fully provided in the marketplace and, along with macroeconomic policy, is critical to financial stability in any country (...). Banking supervision should foster an efficient and competitive banking system that is responsive to the public's need for good quality financial services at a reasonable cost”⁷⁶.

Le but de protection soit des déposants, soit du système financier en général est réalisé par la soumission de l'activité bancaire à un régime d'autorisation étatique. En effet, l'Etat a le droit d'apporter des restrictions à la liberté économique garantie constitutionnellement en respectant un nombre de principes généraux qui régissent toute activité étatique. Le régime de l'autorisation est une restriction de police qui vise à protéger le public d'effets dommageables que pourrait entraîner une absolue liberté du commerce et de l'industrie⁷⁷.

⁷⁰ “Gläubigerschutz”.

⁷¹ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 94.

⁷² **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 1 N. 12, **ZULAUF**, *Gläubigerschutz*, p. 378.

⁷³ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 1 N. 12.

⁷⁴ **COMITÉ DE BÂLE**, *Basel core principles*, p. 9, **HERTIG**, *Administrative supervision*, p. 171 : « It is generally accepted that Swiss capital market regulations have three objectives: protection of investors, soundness of the financial system, competitiveness of the financial centre (...) The same objectives are also pursued by the Federal Banking Act ... », **ZULAUF**, *Gläubigerschutz*, p. 445: “(...)soll die Bankenaufsicht zum einem die Bankgläubiger schützen (Gläubigerschutz) und dadurch zur Stabilität des Bankensystems beitragen (Funktionsschutz) (...)”.

⁷⁵ **COMITÉ DE BÂLE**, *Basel core principles*, p. 1. Ceci est lié aussi à la réalisation de ce que l'on appelle le « systemic risk », définit comme « l'effet domino que peut avoir sur le marché tout entier la défaillance d'une grande institution (big player) ou encore la mise en danger de la liquidité du système par une crise de panique des investisseurs résultant d'une perte de confiance »; **MEIER-SCHATZ**, *Spezielle aufsichtrechtliche Probleme*, p. 72. Traduction de l'auteure.

⁷⁶ **COMITÉ DE BÂLE**, *Basel core principles*, p. 9.

⁷⁷ **BIZZOZERO**, *Le contrat de gérance de fortune*, p. 73. La liberté du commerce et de l'industrie est appelée liberté économique avec l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution fédérale de 1999.

2. Surveillance bancaire et gouvernement d'entreprise

Les conditions de l'octroi de l'autorisation pour l'exercice de l'activité bancaire sont énumérées à l'art. 3 de la LB. L'al. 2 lettre a dispose que: «Les statuts, les contrats de société et les règlements de la banque en définissent exactement le champ d'activité et prévoient l'organisation correspondante à cette activité; lorsque son but social ou l'importance de ses affaires l'exige, la banque doit instituer d'une part des organes de direction et, de l'autre part, des organes préposés à la haute direction, à la surveillance et au contrôle, en délimitant les attributions de chacun d'entre eux de façon à garantir une *surveillance appropriée de la gestion* ».

Les mots « la surveillance appropriée de la gestion » ne sont rien d'autre que la concrétisation dans le cas d'une entreprise qui exerce l'activité bancaire, de l'art. 716a al. 5 CO⁷⁸. Ce dernier prévoit en effet que le conseil d'administration a l'attribution intransmissible et inaliénable d' « Exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion »⁷⁹. On retrouve ainsi le thème du corporate governance dans le contexte du droit de la surveillance bancaire, ce qui en démontre encore une fois l'importance.

Quand on considère encore une fois que le but de la surveillance bancaire n'est pas seulement celui de protéger les déposants au sens strict, mais aussi la stabilité du système financier tout entier et avec lui de l'économie en général⁸⁰, il devient clair que la législation bancaire s'inscrit elle aussi, à plus forte raison à cause de la spécificité de l'activité bancaire, dans un contexte de « stakeholder value » et de « good corporate citizenship »⁸¹.

Les « Core principles for effective banking supervision » du Comité de Bâle pour la surveillance bancaire le reconnaissent aussi: « Supervisors should encourage and pursue *market discipline* by encouraging good corporate governance (through an appropriate structure and set of responsibilities for bank's board of directors and senior management) and enhancing *market transparency* and surveillance »⁸². La surveillance bancaire serait ainsi au service du marché tout entier: “market discipline” and “market transparency”.

3. Le contrôle des risques comme partie du gouvernement d'entreprise dans l'activité bancaire

L'art. 3 de la LB⁸³ est concrétisé par les articles 4-10 de l'OB. Ce qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de notre travail est l'art. 9 al. 2 OB, lequel stipule que: «La banque fixe, dans un règlement ou dans des directives internes, les principes de la gestion des risques ainsi que les compétences et la procédure en matière d'octroi de l'autorisation

⁷⁸ ROTH, *Compliance*, p. 73, CHENAUX, *Corporate governance*, p. 17.

⁷⁹ En ce qui concerne la responsabilité de haute surveillance du conseil d'administration, voir le chapitre A.II.2 *supra*.

⁸⁰ Cf. le chapitre A.III.1 *supra*, ainsi que ZULAUF, *Gläubigerschutz*, pp. 445 ss.

⁸¹ Voir le chapitre A.II.2 et A.II.3 *supra* pour les développements concernant ces notions.

⁸² COMITÉ DE BÂLE, *Basel core principles*, p. 9.

⁸³ Selon BUFF, *Compliance*, pp. 133 et 134, l'art. 3 al. 2 lettres a et c constituent la base légale pour le *compliance* dans le domaine bancaire.

d'effectuer des opérations à risques. Elle doit notamment déterminer, limiter et contrôler les risques de crédit, les risques de pertes, les risques liés au marché, à l'exécution des transactions et au manque de liquidité, les risques opérationnels et juridiques, ainsi que les risques susceptibles de ternir sa réputation ».

Ainsi, l'art. 9 al. 3 OB demande la mise en place d'un système d'organisation interne, lequel doit comprendre, *inter alia*, des mesures d'organisation dans le domaine juridique et des mesures d'organisation concernant la direction, la surveillance et le contrôle de la gestion des risques d'une banque⁸⁴.

Les mesures d'organisation dans le domaine juridique impliquent que la banque respecte toutes les exigences de l'ordre juridique, notamment celles du droit des sociétés et celles du droit bancaire. « Die Bank hat ihr eigenes Rechtskleid *lege artis* zu gestalten »⁸⁵. En outre, dans le cadre de l'organisation d'une banque sous l'aspect juridique, est aussi comprise une réglementation claire des rapports juridiques avec les clients et les tiers. Ceci implique que les contrats et les formulaires statuent de façon claire les droits et les obligations de chacune des parties⁸⁶.

En ce qui concerne les mesures d'organisation dans la gestion des risques, « Nirgends ist die Entwicklung der Aufsichtsregulierung (...) zur präziseren Erfassung der Risiken und der Wandel der Aufsichtsmethodik derart ausgeprägt erfolgt wie bei den Eigenmittelvorschriften den Banken. Da das Eigenkapital hauptsächlich als Sicherheitspolster zum Schutz der Gläubiger vor Verlusten aus der gesamten Geschäftstätigkeit dient, muss er logischerweise auf die zu erwartenden Verlustrisiken ausgerichtet sein »⁸⁷. Ceci est encore plus renforcé par l'importance de la fonction et des services qu'une banque rend dans l'économie d'aujourd'hui⁸⁸. Qu'est-ce qu'une gestion efficace des risques implique concrètement ?

La base pour la gestion des risques est la définition d'une politique des risques, laquelle est définie dans les statuts de l'entreprise. La politique des risques doit ensuite être concrétisée au niveau de l'organe compétent de la haute direction, la surveillance et le contrôle par des règlements internes⁸⁹, ce qui n'est encore une fois rien d'autre qu'un élément de ce qu'on appelle le gouvernement d'entreprise et plus précisément une fonction inaliénable et intransmissible du conseil d'administration⁹⁰.

Ainsi, la surveillance de la gestion requise par l'art. 3 LB suppose la mise en place d'un système interne de contrôle, qui comprend celui de la gestion des risques⁹¹. Ceci va

⁸⁴ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 25, 45, et 72-78.

⁸⁵ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 45.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ ZUBERBÜHLER, *Der Wandel des Aufsichtsrechts*, p. 116.

⁸⁸ Cf. les chapitres A.III.1 et A.III.2 *supra*.

⁸⁹ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 49.

⁹⁰ Voir le chapitre A.II.6 *supra*.

⁹¹ Pour des définitions plus techniques des concepts, voir ZUBERBÜHLER, *Der Wandel des Aufsichtsrechts*, p. 115: « Le contrôle interne comprend deux volets. D'un côté, il comprend le contrôle de la part d'un cadre comme élément de sa responsabilité de gestion. De l'autre, il s'agit de la mise en place de

encore une fois de pair avec les dispositions du CO concernant le devoir de haute surveillance de la gestion que doit exercer le conseil d'administration⁹².

Dans ce sens, le Comité de Bâle recommande que « (...) supervisors must (...) ensure to the extent possible that the risks incurred by banks are being adequately managed » et que « (...) that banks have resources appropriate to undertake risks, including adequate capital, sound management, and effective control systems and accounting records »⁹³.

En outre, le principe 14 stipule que: « Banking supervisors must determine that banks have in place internal controls that are adequate for the nature and scale of their business. These should include (...) *appropriate independent* internal or external audit and *compliance functions to test adherence to these controls as well as applicable laws and regulations* »⁹⁴.

4. Définition de quelques risques et le rôle de la fonction de compliance dans leur gestion

Les risques dépendent de facteurs exogènes et endogènes. La définition des risques dérivant de facteurs exogènes est identique avec la politique de gestion de l'entreprise⁹⁵. Font *inter alia* partie ici les risques de crédit, de marché, du taux d'intérêt ou encore systémique ; ces risques ne nous intéressent pas dans le cadre du présent travail⁹⁶.

La définition et la prévention des risques dérivant de facteurs endogènes s'identifient avec l'organisation fonctionnelle de l'entreprise. Fait partie de ce genre de risques le risque opérationnel⁹⁷. Le risque opérationnel est défini par l'accord de Bâle sur les fonds propres comme « le risque de pertes résultant de carences ou de défauts attribuables à des procédures, personnels et systèmes internes ou à des événements extérieurs »⁹⁸. Il diffère des autres risques qui affectent l'activité bancaire en ce qu'il n'est pas directement pris « in return for an expected reward », mais existe dans le cours naturel des activités d'un

mesures d'organisation adéquates. *Le contrôle interne est intégré dans toutes les activités de l'entreprise. Le contrôle interne est à différencier de la révision interne, laquelle est un instrument indépendant des activités de l'entreprise et se définit comme un instrument de l'organe responsable de la haute direction, surveillance et contrôle. La révision interne et la surveillance par l'organe qui exerce la haute direction constituent ensemble le système de contrôle interne* ». Aussi : « *La gestion des risques est l'évaluation active des risques prise par la direction dans le cadre de la politique des risques définie par l'organe responsable de la haute direction, surveillance et contrôle. Le contrôle des risques est par contre une fonction indépendante de la gestion courante de l'entreprise, par laquelle est contrôlée la conformité de la gestion des risques de la part du management avec la politique des risques. Cependant, les deux notions ne sont pas clairement distingués l'un de l'autre et avec le risk management est souvent compris aussi le contrôle des risques* ».

⁹² Voir le chapitre A.II.2 *supra*.

⁹³ **COMITÉ DE BÂLE**, *Basel core principles*, p. 10.

⁹⁴ **COMITÉ DE BÂLE**, *Basel core principles*, p. 30.

⁹⁵ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 49.

⁹⁶ Pour des définitions des différents types de risques, voir *inter alia* **MEIER-SCHATZ**, *Spezielle aufsichtrechtliche Probleme*, **ZUBERBÜHLER**, *Der Wandel des Aufsichtsrechts*, **ZUBERBÜHLER**, *Revision des Capital Accord*.

⁹⁷ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 59.

⁹⁸ **COMITÉ DE BÂLE**, *Vue d'ensemble*, p. 7.

entreprise, ce qui influence le processus de la gestion des risques⁹⁹. En outre: « The most important types of operational risks involve breakdowns in internal controls and corporate governance »¹⁰⁰.

Fait partie du risque opérationnel le risque légal¹⁰¹. Ce dernier est défini comme « le risque que des actions en justice, des sentences condamnatoires ou des contrats par la suite révélés juridiquement inefficaces puissent porter préjudice ou perturber l'opérativité ou les conditions d'une banque »¹⁰².

Est de nature légale le « compliance risk »¹⁰³, que le Comité de Bâle définit comme suit: « (...) the risk of legal or regulatory sanctions, financial loss, or loss to reputation a bank may suffer as a result of its failure to comply with all applicable laws, regulations, codes of conduct and standards of good practice. (...) Compliance risk is sometimes defined as integrity risk, because a bank's reputation is closely connected with its adherence to principles of integrity and fair dealing »¹⁰⁴.

Il résulte de cette définition que le risque de compliance est étroitement lié à ce que l'on appelle le risque de réputation¹⁰⁵. Ce dernier est défini comme le risque que la confiance du public dans un institut bancaire, ce qui est le bien le plus précieux qu'une banque puisse avoir, soit endommagée ou dans le cas plus extrême, perdue¹⁰⁶. « Le risque de réputation constitue une menace grave pour les banques, puisque la nature même de leur activité présuppose le maintien de la confiance des déposants, des créanciers et du marché en général »¹⁰⁷.

⁹⁹ **COMITÉ DE BÂLE**, *Operational risk*, p. 3. Dit d'une façon plus simple, « Operational risk concerns the possible negative influence that a firm's manner of operation can have on its performance », **NOBEL**, *Swiss Finance Law*, p. 523 N. 96, qui cite **KING Jack L.**, *Operational Risk*, Chichester et al., Wiley 2001, p. 7.

¹⁰⁰ **MEIER-SCHATZ**, *Spezielle aufsichtrechtliche Probleme*, p. 71, qui se réfère à la définition donnée dans le premier accord de Bâle sur les fonds propres.

¹⁰¹ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 60.

¹⁰² **COMITÉ DE BÂLE**, *Dovere di diligenza*, p. 3.

¹⁰³ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 60, définit le risqué compliance comme le risque « la réalisation duquel pourrait avoir comme conséquence des mesures de la part des autorités de surveillance ».

¹⁰⁴ **COMITÉ DE BÂLE**, *The compliance function*, p. 1.

¹⁰⁵ **ROTH**, *Compliance*, p. 50. L'auteure se réfère au rapport entre le risque légal et de réputation en citant un arrêt du Tribunal fédéral concernant le Crédit Suisse Group, publié au Bulletin CFB 40/2000, pp. 37 ss. : « Ein Verhalten kann auch treuwidrig und aufsichtrechtlich unzulässig sein, wenn noch keine strafbare Handlung vorliegt. (...) kann eine Bank unter Umständen auch unabhängig davon, ob sie rechtswidrig gehandelt hat, in der Öffentlichkeit als nicht vertrauenswürdig beurteilt werden ». L'auteure arrive à la conclusion que une intervention de la CFB peut avoir comme conséquence un risque de réputation, sans pour autant constituer un risque légal pour la banque. Il s'agit de la notion de « name and shame ». On voit que le Tribunal Fédéral se rallie au but de « Vertrauensschutz » de la législation bancaire.

¹⁰⁶ **ZUBERBÜHLER**, *Der Wandel des Aufsichtsrechts*, p. 97, **BUFF**, *Compliance*, p.38, qui cite **DAVIES David**, « Reputation – the Cinderella asset », in *Lloyd's List Insurance Day*, September 29, 1999, 8. Voir aussi **ZULAUF**, *Gläubigerschutz*, p. 445 : « (...) soll die Bankenaufsicht (...) andererseits das Vertrauen des Publikums in ein korrektes Bankensystem bewahren (Vertrauensschutz oder Rufschutz) ».

¹⁰⁷ **COMITÉ DE BÂLE**, *Dovere di diligenza*, p. 3.

De façon à ce que la banque puisse respecter les conditions de l'autorisation accordée par les autorités sous l'aspect des obligations qui lui incombent en matière d'organisation interne et éviter ainsi *inter alia* un compliance risk, elle doit édicter des prescriptions internes sur le respect de toutes les règles auxquelles un institut bancaire est soumis. Ces instructions doivent par la suite être assorties des contrôles nécessaires qui en assurent l'exécution¹⁰⁸. C'est la définition de la fonction de compliance : l'émanation de directives de comportement à l'intention des collaborateurs d'une entreprise et la mise en place des contrôles nécessaires au respect de ces directives¹⁰⁹. D'ailleurs, KLEINER précise que la fonction de compliance n'est pas à comprendre comme la soumission aux règles, mais comme la mise en place des contrôles nécessaires de la part de l'organe chargé d'exercer la haute surveillance, pour s'assurer que les collaborateurs de l'institut bancaire respectent ces règles¹¹⁰.

Le compliance fait partie du système de contrôle interne en tant que le contrôle interne « can also help to ensure that the bank will comply with laws and regulations as well as policies, plans, internal rules and procedures, and decrease the risk of unexpected losses or damage to the bank's reputation »¹¹¹. Les risques liés à la non-conformité aux règles sont de cette façon minimisés. En effet, « (...) *one of the main objectives of the internal control process is compliance with applicable laws and regulation* »¹¹².

Comme le Comité de Bâle recommande: « Banks are subject to a wide array of banking and non-banking laws and regulations and must have in place adequate policies and procedures to ensure compliance. Otherwise, violations of established requirements can damage the reputation of the bank and expose it to penalties. In extreme cases, this damage could threaten the bank's solvency. (...) Larger banks in particular should have independent compliance functions and banking supervisors should determine that such functions are operating effectively »¹¹³.

Le rôle du compliance dans la gestion et le contrôle des risques a pris une telle importance que le Comité de Bâle lui a dédié une recommandation spéciale¹¹⁴. Il est reconnu dans cette recommandation que : « *Although compliance with laws, rules and standards has always been important, compliance risk management has become more formalised within the past few years and has emerged as a distinct risk management discipline* »¹¹⁵. C'est ainsi que la fonction de compliance au sein d'une banque est définie comme "An independent function that identifies, assesses, advises on, monitors and reports on the bank's compliance risk, that is, the risk of legal and regulatory sanctions, financial loss, or loss to reputation a bank may suffer as a result of its failure to comply

¹⁰⁸ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 74 ss.

¹⁰⁹ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 74.

¹¹⁰ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 75. C'est l'un des aspects du compliance; c'est ce que nous avons vu au chapitre A.II.6 *supra*.

¹¹¹ COMITÉ DE BÂLE, *Internal control systems*, p. 8.

¹¹² COMITÉ DE BÂLE, *Internal control systems*, p. 8.

¹¹³ COMITÉ DE BÂLE, *Basel core principles*, p. 31.

¹¹⁴ COMITÉ DE BÂLE, *The compliance function*.

¹¹⁵ COMITÉ DE BÂLE, *The compliance function*, p. 1.

with all applicable laws, regulations, codes of conduct and standards of good practice »¹¹⁶.

C'est ainsi que le compliance s'inscrit encore une fois dans le concept plus large de corporate governance: « The board of directors and senior management should promote an organisational culture which establishes through both actions and words the expectation of compliance by all employees. (...) building a robust compliance culture based on ethical standards of behaviour, and thus *contributes to effective corporate governance* »¹¹⁷. De cette façon, les recommandations mettent encore une fois l'accent sur le fait que le compliance est de la responsabilité du conseil d'administration¹¹⁸.

5. Compliance et fonds propres

D'un point de vue économique, la raison d'être du contrôle et de la gestion des risques est celle d'éviter les pertes qui pourraient nuire à la garantie de couverture de tous les avoirs des clients¹¹⁹ et disposer ainsi de suffisamment de fonds propres¹²⁰. Comme remarqué par le Comité de Bâle, « Minimum capital adequacy ratios are necessary to reduce the risk of loss to depositors, creditors and other stakeholders of the bank and to help supervisors pursue the overall stability of the banking industry »¹²¹.

Il est ainsi que l'art. 4 al. 1 LB dispose que « Les banques sont tenues de maintenir une proportion appropriée entre le montant de leurs fonds propres et celui de l'ensemble de leurs engagements et entre les disponibilités et leurs actifs facilement mobilisables d'une part et leurs engagements à court terme d'autre part ». A cause des conséquences que la défaillance d'une institution bancaire pourrait avoir sur le marché¹²², nulle part, les règles de la surveillance étatique ne sont aussi développées en termes de précision que dans le domaine des dispositions concernant les fonds propres des banques¹²³.

C'est au sein du Comité de Bâle que l'accord sur les fonds propres des banques a vu le jour. En guise d'introduction, ceci nous amène à dire deux mots sur le Comité de Bâle. Comme résultat de quelques crises bancaires qui affectèrent le système financier

¹¹⁶ **COMITÉ DE BÂLE**, *The compliance function*, p. 3. Le compliance management est en outre défini comme suit sur le site internet de la formation continue en compliance management de l'Université de Genève, www.unige.ch: « Le compliance management minimise les risques réglementaires et de réputation par la mise en place de principes, de règles et de procédures conformes aux exigences légales, réglementaires et déontologiques, par une surveillance continue de la conformité des pratiques ainsi que par des conseils et des formations ».

¹¹⁷ **COMITÉ DE BÂLE**, *The compliance function*, p. 2.

¹¹⁸ **COMITÉ DE BÂLE**, *The compliance function*, p. 3 et 4: « The bank's board of directors has the responsibility for overseeing the management of the bank's compliance risk. The board should approve the bank's compliance policy, including a charter or other formal document establishing a permanent compliance function. There should be a written compliance policy that identifies the main compliance risk issues facing the bank and explains how the bank intends to manage them ».

¹¹⁹ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 95.

¹²⁰ Cf. ci-dessous.

¹²¹ **COMITÉ DE BÂLE**, *Basel core principles*, p. 24.

¹²² Voir supra le chapitre A.III.1 sur le but de la surveillance bancaire.

¹²³ **ZUBERBÜHLER**, *Der Wandel des Aufsichtrechts*, p. 99. Traduction de l'auteur.

international tout entier, les banques centrales des 10 pays les plus développés se réunirent sous les auspices de la Banque pour les Règlements Internationaux (BRI)¹²⁴ et commencèrent à faire attention à la solvabilité des institutions bancaires (c'est ce que l'on appelle la surveillance prudentielle), aujourd'hui connu sous le nom de Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire (ci-après: Comité de Bâle)¹²⁵.

Le Comité de Bâle émane des « principes directeurs » sous la forme de « best practices » dans le domaine de la réglementation bancaire. Le Comité n'a pas le pouvoir d'émaner des documents juridiquement contraignants. Malgré ceci, le Comité est pratiquement l'institution centrale à l'origine de l'harmonisation globale des règles essentielles concernant la surveillance bancaire. C'est un exemple du développement du « soft law », lequel, à cause de son pouvoir de persuasion matériel, est de plus en plus incorporé dans les législations nationales¹²⁶.

L'accord de Bâle sur les fonds propres fait partie des recommandations du Comité de Bâle et concerne la quantité minimale des fonds propres dont une banque doit disposer pour faire face à ses obligations à l'égard des déposants et des créanciers, en ayant ainsi une « risk based approach » qui prend en compte le risque de crédit et plus tard, celui de marché. C'est cette vision limitée à ces risques seulement qui était considéré comme le défaut principal des recommandations du Comité de Bâle en matière de fonds propres¹²⁷.

En effet, il n'existait pas dans ces recommandations des exigences de fonds propres pour notamment les risques opérationnel, légal et réputationnel¹²⁸. Dans ce cadre, il y a eu un processus de prise de conscience en ce qui concerne le fait que ces autres genres de risques, notamment le risque opérationnel, sont une partie non négligeable et voir importante des risques auxquels une banque doit faire face¹²⁹. Cette prise de conscience s'est matérialisée avec un nouvel accord sur les fonds propres, lequel prend en compte le risque opérationnel pour le calcul de la quantité de fonds propres.

En outre, le Comité de Bâle a édicté une recommandation spécifique concernant la gestion et le contrôle du risque opérationnel de la part d'une institution bancaire¹³⁰. La fonction de compliance étant d'une importance particulière dans la gestion et le contrôle du risque opérationnel¹³¹, il en résulte aussi un renforcement et une reconnaissance du rôle de cette dernière.

¹²⁴ La BRI est un forum pour la coopération entre les banques centrales. Dans le cadre du Comité de Bâle, son rôle se limite à être son hôte est lui prêter sa structure administrative. Cf. **NOBEL**, *Swiss Finance Law*, pp. 287 et 288, **NOBEL**, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, pp. 86ss.

¹²⁵ **NOBEL**, *Swiss Finance Law*, p. 282, **NOBEL**, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, p. 83.

¹²⁶ **NOBEL**, *Swiss Finance Law*, p. 282, **NOBEL**, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, p. 83.

¹²⁷ **ZUBERBÜHLER**, *Revision des Capital Accord*, p. 137.

¹²⁸ **ZUBERBÜHLER**, *Revision des Capital Accord*, p. 137.

¹²⁹ **ZUBERBÜHLER**, *Revision des Capital Accord*, p. 137 et 153, **COMITÉ DE BÂLE**, *Operational risk*, p. 1: « Developing banking practices suggest that risks other than credit, interest rate and market risk can be substantial ».

¹³⁰ **COMITÉ DE BÂLE**, *Operational risk*. Voir aussi le chapitre A.III.4 *supra*.

¹³¹ Voir le chapitre A.III.4 *supra*.

6. Compliance et garantie d'une activité irréprochable

Comme nous avons vu¹³², le conseil d'administration est responsable pour l'exercice de la haute surveillance de la gestion d'un institut bancaire, ce qui implique la mise en place d'un système de contrôle interne, intégré dans les activités de tous les jours de l'entreprise et « embedded » dans sa culture.

Ce contrôle implique aussi le contrôle sur l'activité de la gestion des risques, partie de laquelle fait aussi le compliance management. Ce dernier est à son tour lui aussi une façon de contrôler les risques¹³³. Preuve en est sa reconnaissance comme une fonction indépendante au sein d'un institut bancaire et d'une entreprise plus généralement¹³⁴.

Nous venons de voir que dans un but de protection des déposants et du système financier, selon l'art. 3 al. 2 lit. a LB, pour qu'une banque puisse exercer son activité, elle doit satisfaire aux conditions susmentionnées¹³⁵. En plus de ceci, l'art. 3 al. 2 lit. c LB exige que « Les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable »¹³⁶.

C'est une concrétisation du principe de corporate governance, spécifique à l'activité bancaire, justifié par le but de la législation de surveillance. Pour cette raison, les conditions d'exercice pour les personnes actives dans l'activité bancaire sont plus restrictives que pour des personnes occupant des positions comparables dans d'autres genres d'activités¹³⁷.

Que suppose cette condition, devenue cardinale dans le droit de la surveillance bancaire suisse ? La notion juridique indéterminée qu'est « la garantie d'une activité irréprochable » veut dire que la CFB doit surveiller que les banques s'en tiennent aux règles déterminées par l'ordre juridique¹³⁸.

Plus concrètement, pendant l'exercice de son activité, la banque doit tout d'abord respecter toutes les lois (y compris la LB) et les réglementations internes¹³⁹.

En ce qui concerne le respect des dispositions contractuelles entre la banque et ses clients, la CFB peut intervenir seulement en cas de violations graves, répétées et choquantes de la part de la banque, comme par exemple c'est le cas pour des conflits

¹³² Voir le chapitre A.II.6 *supra*.

¹³³ Voir les chapitres A.II.6 et A.III.4 *supra*.

¹³⁴ Sur l'organisation de la fonction de compliance au sein des banques, voir l'étude détaillée de **PRICE WATERHOUSE COOPERS**, *Regulatory compliance*.

¹³⁵ Voir les chapitres A.III.1-5 *supra*. Aussi dans ce sens, **ZULAUF**, *Gläubigerschutz*, p. 445 : « Gläubigerschutz » et « Funktionschutz » de la législation bancaire.

¹³⁶ Selon **BUFF**, *Compliance*, pp. 133 et 134, l'art. 3 al. 2 lettres a et c constituent la base légale pour le compliance dans le domaine bancaire.

¹³⁷ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 94.

¹³⁸ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 96.

¹³⁹ **KLEINER**, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 111 et 112.

d'intérêts évidents¹⁴⁰. Il ne peut être question que la CFB puisse exercer sa surveillance sur un devoir général de fidélité ou de diligence de la banque à l'égard de son client ; la violation de dispositions contractuelles relevant du CO est compétence du juge civil et pas de la surveillance administrative¹⁴¹.

Avec le temps, la Commission Fédérale des Banques (ci-après: CFB) est allée plus loin dans l'interprétation du but de la loi, en élargissant le concept de ce dernier d'une simple protection des seuls déposants et de la stabilité du système (« Gläubigerschutz » et « Funktionsschutz » à une protection qui englobe aussi la réputation de la place financière suisse et de la confiance du public (« Vertrauensschutz »)¹⁴². Ceci a été fait en s'appuyant sur la notion de « garantie de l'activité irréprochable »¹⁴³.

En effet, il a souvent été reproché à la CFB d'agir aux limites de la légalité au nom de la garantie d'une activité irréprochable¹⁴⁴. Ceci a été le cas notamment concernant les règles de comportement de l'Association Suisse des Banquiers (ci-après: ASB) dont la CFB contrôle le respect, ainsi que les circulaires en concrétisation de l'art. 305 ter CP en matière de identification du cocontractant et de l'ayant droit économique¹⁴⁵.

Le « trend » est de considérer de plus en plus, ce qui va dans le sens du « good corporate governance » comme un signe de « good corporate citizenship », que « The applicable laws, rules and standards are likely to have various sources, including primary legislation, rules and standards issued by supervisors, market conventions, codes of practice promoted by industry associations, and internal codes of conduct applicable to the staff

¹⁴⁰ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 111 ss.

¹⁴¹ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 97 ss.

¹⁴² KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 94 et art. 1 N. 12, ZULAUF, *Gläubigerschutz*, p. 445, HERTIG, *Administrative supervision*, p. 144: "It is generally accepted that Swiss capital market regulations have three objectives: protection of investors, soundness of the financial system, competitiveness of the financial centre; more recently a fourth objective has been emerging, that of guaranteeing the predominance of a financial ethic or deontology. (...) The same objectives are also pursued by the Federal Banking Act: although it was originally designed to protect creditors, systemic protection is increasingly taken into account, and notions such as competitiveness or ethics are instrumental to this application".

¹⁴³ RHINOW René/BAYERDÖRFER Manfred, *Surveillance des banques en Suisse : questions juridiques*, p. 45.

¹⁴⁴ RHINOW René/BAYERDÖRFER Manfred, *Surveillance des banques en Suisse : questions juridiques*, pp. 91 ss, se sont exprimés aussi dans ce sens. En effet, ils estiment que la CFB n'a pas respecté le principe de la légalité dans le développement de règles de conduite allant au-delà du but de protection des créanciers poursuivi par la LB et dans l'extension du but de la loi en se basant sur la notions de la garantie d'une activité irréprochable ».

¹⁴⁵ KLEINER, *Kommentar zum Bankengesetz*, art. 3 N. 114. Il n'est peut être pas inutile ici de préciser que la nature des circulaires de la CFB n'est pas contraignante juridiquement; en effet, elles ne constituent pas des décisions au sens du droit administratif du terme. Si une institution bancaire manifeste son intention de ne pas se conformer à une circulaire de la CFB, elle peut requérir une décision au sens de la Loi fédérale sur l'organisation judiciaire (OJF), susceptible de recours devant le Tribunal Fédéral. Sur ces questions, voir ZULAUF, *Gläubigerschutz*, pp. 404 et 405 et NOBEL, *Swiss Finance Law*, p. 430. La question de la concrétisation de l'article 305 ter CP est désormais dépassée, du fait de l'adoption de la LBA (Article 16 LBA en liaison avec l'article 14 Ord-CFB). Sur cette dernière question, voir la note *infra*.

members of the bank. They are likely to go beyond what is legally binding and embrace broader norms of integrity and fair dealing”¹⁴⁶.

Les mots clé dans cette définition du Comité de Bâle sont « integrity and fair dealing ». Le compliance sort du domaine strictement légal pour s’introduire dans celui de l’éthique et de la morale, ce qui sert surtout le but de protection de l’image et de la réputation d’une institution bancaire ou de quelque entreprise. La bonne réputation et l’image sont reconnues aujourd’hui comme des valeurs qui peuvent constituer des avantages concurrentiels dans le marché¹⁴⁷. La protection de la réputation appartient à la gestion des risques d’une entreprise, car elle est « importante, vulnérable et devrait être gérée de façon appropriée »¹⁴⁸.

Ainsi, si les instruments du droit de la surveillance tels que les mesures d’organisation que nous venons de voir¹⁴⁹ servent d’abord à assurer la protection des déposants et de la stabilité du système en veillant à la solidité financière d’une institution bancaire¹⁵⁰, la notion de « garantie d’une activité irréprochable » se prête de façon particulière à être utilisée en matière de protection de la réputation de la place financière, même si l’on ne peut pas faire de distinctions absolues. En effet, « Alle Aufsichtsziele sind eng miteinander verknüpft »¹⁵¹.

D’ailleurs, comme le Tribunal Fédéral l’a reconnu : « Ein Verhalten kann auch treuwidrig und aufsichtrechtlich unzulässig sein, wenn noch keine strafbare Handlung vorliegt. (...) kann eine Bank unter Umständen auch unabhängig davon, ob sie rechtswidrig gehandelt hat, in der Öffentlichkeit als nicht vertrauenswürdig beurteilt werden »¹⁵².

¹⁴⁶ **COMITÉ DE BÂLE**, *The compliance function*, p. 3. Voir aussi dans ce sens **ROTH**, *Compliance*, p. 44: « (...) gerade in den so genannten Grauzonen die ethische Dimension eine wesentliche Rolle spielt ».

¹⁴⁷ **BUFF**, *Compliance*, p. 38, qui cite **LEISINGER Klaus M.**, *Unternehmensethik – Globale Verantwortung und modernes Management*, Munich 1997, pp. 182 ss. et p. 43: « Recht ist lediglich das ethische Minimum, und wie minimal dies ist, zeigt sich an der Mangelhaftigkeit des Gesetzesrahmens ».

¹⁴⁸ **BUFF**, *Compliance*, p. 39, qui cite **DAVIES David**, « Reputation – the Cinderella asset », in : *Lloyd’s List Insurance Day*, September 29, 1999, 8.

¹⁴⁹ Voir les chapitres A. III. 2 et 3 *supra*.

¹⁵⁰ **ZULAUF**, *Gläubigerschutz*, p. 445.

¹⁵¹ **ZULAUF**, *Gläubigerschutz*, p. 445.

¹⁵² Arrêt du Tribunal fédéral concernant le Crédit Suisse Group, publié au Bulletin CFB 40/2000, pp. 37 ss.