

Guide pratique FINMA

Les changements au sein d'organes bancaires

Par Vaïk Müller le 27 septembre 2021

Le 22 septembre 2021, la FINMA a publié un [Guide pratique](#) visant à exposer sa pratique concernant les changements au sein d'organes bancaires et plus spécifiquement à fournir une vue d'ensemble des critères d'évaluation qu'elle applique généralement dans le cadre de l'examen de la garantie d'une activité irréprochable.

Notion d'organe

La notion d'organe s'étend aux personnes chargées d'administrer et de gérer la banque. Les détenteurs de participations qualifiées, bien qu'également soumis à un examen sous l'angle de la garantie de l'activité irréprochable (examen par définition plus limité), ne sont pas des organes. Les personnes visées par ce Guide sont donc principalement les membres de l'organe responsable de la haute direction (conseil d'administration dans une SA) et les membres de la direction (comité exécutif).

Rappel des principes généraux

La FINMA commence par rappeler les principes généraux applicables en la matière. A ce titre, l'Autorité met en avant que l'examen de la garantie d'une activité irréprochable d'un membre d'un organe comporte deux volets bien connus des praticiens : (1) l'adéquation des aptitudes de la personne à remplir la fonction concernée (*fitness*) et (2) son intégrité (*properness*). En pratique, ce double examen est désigné par l'appellation anglophone générique de « *fit and proper test* ». Cet examen est toujours effectué avant la prise de fonction de la personne concernée.

Le Guide expose également la différence entre ces deux volets et souligne que l'évaluation de l'intégrité (*properness*) est effectuée de manière autonome par la FINMA, alors que celle des compétences (*fitness*) prend en compte les explications données par l'assujetti sur les compétences de la personne, ainsi que sur le processus de sélection interne mis en place par l'assujetti.

L'évaluation de la FINMA se fonde sur les principes généraux du droit administratif, notamment celui de la proportionnalité, la FINMA tenant compte dans son évaluation des différences de taille, de complexité, de structure, d'activité et de risque des assujettis. La FINMA possède cependant un large pouvoir d'appréciation reconnu par le Tribunal fédéral, la garantie de l'activité irréprochable étant une notion juridique indéterminée (voir [ATF 129 II 438](#), consid. 3).

Dans ce cadre, une décision de rejet du nouveau membre de l'organe donne lieu à une décision sujette à recours. En règle générale, si l'examen du dossier soumis s'avère négatif ou si des conditions sont formulées, la FINMA contacte l'établissement au préalable.

La FINMA souligne enfin que lorsqu'un membre quitte un organe, l'établissement peut simplement en informer la FINMA, mais qu'en toute hypothèse, tout départ ou changement de fonction requiert que l'organe en question puisse continuer *in corpore* (i.e. dans son ensemble) à assumer son rôle au sein de l'établissement.

Examen préliminaire de la garantie d'une activité irréprochable

En présence de circonstances particulières, sur demande de l'établissement et à titre exceptionnel, la FINMA peut également conduire un examen préliminaire informel pour autant que la documentation complète du candidat soit déjà fournie. A cet égard, la FINMA donne des exemples de circonstances justifiant un examen préliminaire : la publicité événementielle en lien avec une cotation en bourse, un processus de sélection complexe comportant différentes parties prenantes (e.g. cas des banques cantonales) ou encore le besoin d'examiner à titre préliminaire plusieurs candidats possibles. L'examen préliminaire et l'avis exprimé par la FINMA à ce titre ne préjugent pas de sa décision finale.

Autres informations utiles

Le Guide donne également un aperçu utile des critères que la FINMA prend en compte dans son analyse de l'intégrité et des compétences du candidat (voir pt. II.1 et II.2 du Guide pratique). Ces critères sont cependant relativement classiques au regard du droit de la surveillance et des critères généralement utilisés par les autorités de surveillance étrangère. Le Guide contient également des précisions concrètes sur le déroulement de la procédure (via la plateforme électronique EHP), tel qu'un délai indicatif de traitement de la requête de 10 jours ouvrés (voir pt. III du Guide pratique). A noter que ce délai d'ordre présuppose en principe la remise d'un dossier complet par l'assujetti. Le Guide contient également pour mémoire la liste des informations et des documents attendus à l'appui de la requête par la FINMA tant concernant le candidat que l'établissement assujetti (voir pt. IV du Guide pratique).

Conclusion

La publication de ce Guide reflète bien la pratique de la FINMA et constitue un rappel bienvenu pour les assujettis et les candidats. Si ce Guide concerne avant tout les organes d'établissements bancaires, les principes qu'il contient ne sont pas sans pertinence pour les autres établissements assujettis à la surveillance de la FINMA. Pour les praticiens, ce Guide n'est pas une révolution, mais il contient des confirmations et des clarifications utiles, notamment en ce qui a trait à la procédure d'examen préliminaire.