



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Retour vers le futur

Colloque en l'honneur du Professeur Luc Thévenoz

3 septembre 2026

Programme

Colloque

- 14:00 *Ouverture du colloque*
- 14:05 **Katia VILLARD et Fabien LIÉGEOIS**, prof. à l'Université de Genève
Propriétaire, créancier et ayant droit économique
- 14:40 **Carlo LOMBARDINI**, avocat au barreau de Genève,
prof. associé à l'Université de Lausanne
*Identification et surveillance des risques par le conseil d'administration
d'une banque*
- 15:10 *Rafraîchissements*
- 15:30 **Franz WERRO**, prof. aux Universités de Fribourg
et Georgetown (Washington, DC)
La responsabilité du mandataire
- 16:05 **Susan EMMENEGGER**, prof. à l'Université de Berne
Chronique d'une chronique : le droit bancaire privé de A à Z
- 16:40 **Adrien ALBERINI et Rashid BAHAR**, prof. à l'Université de Genève
Des principes et des règles : le droit bancaire et financier à l'ère numérique
- 17:10 *Rafraîchissements et changement de salle*

Leçon de clôture

- 17:40 **Équipe CDBF**
Mot de bienvenue
- 17:45 **Alexandre FLÜCKIGER**, doyen de la Faculté de droit
Laudatio
- 18:00 **Luc THÉVENOZ**, prof. à l'Université de Genève
Leçon de clôture : L'argent, cet obscur objet du droit
- 18:45 *Apéritif*





CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.unige.ch/cdbf

Colloque en l'honneur du Professeur Luc Thévenoz

Propriétaire, créancier et ayant droit économique

Prof. Katia Villard & Fabien Liégeois

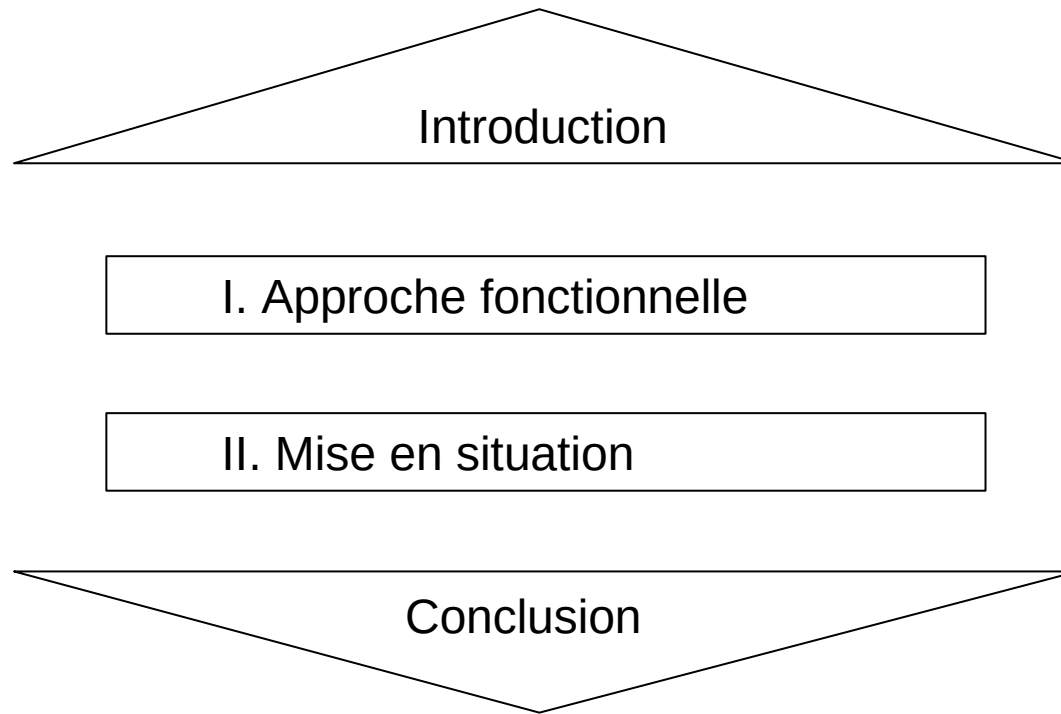
3 septembre 2026



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

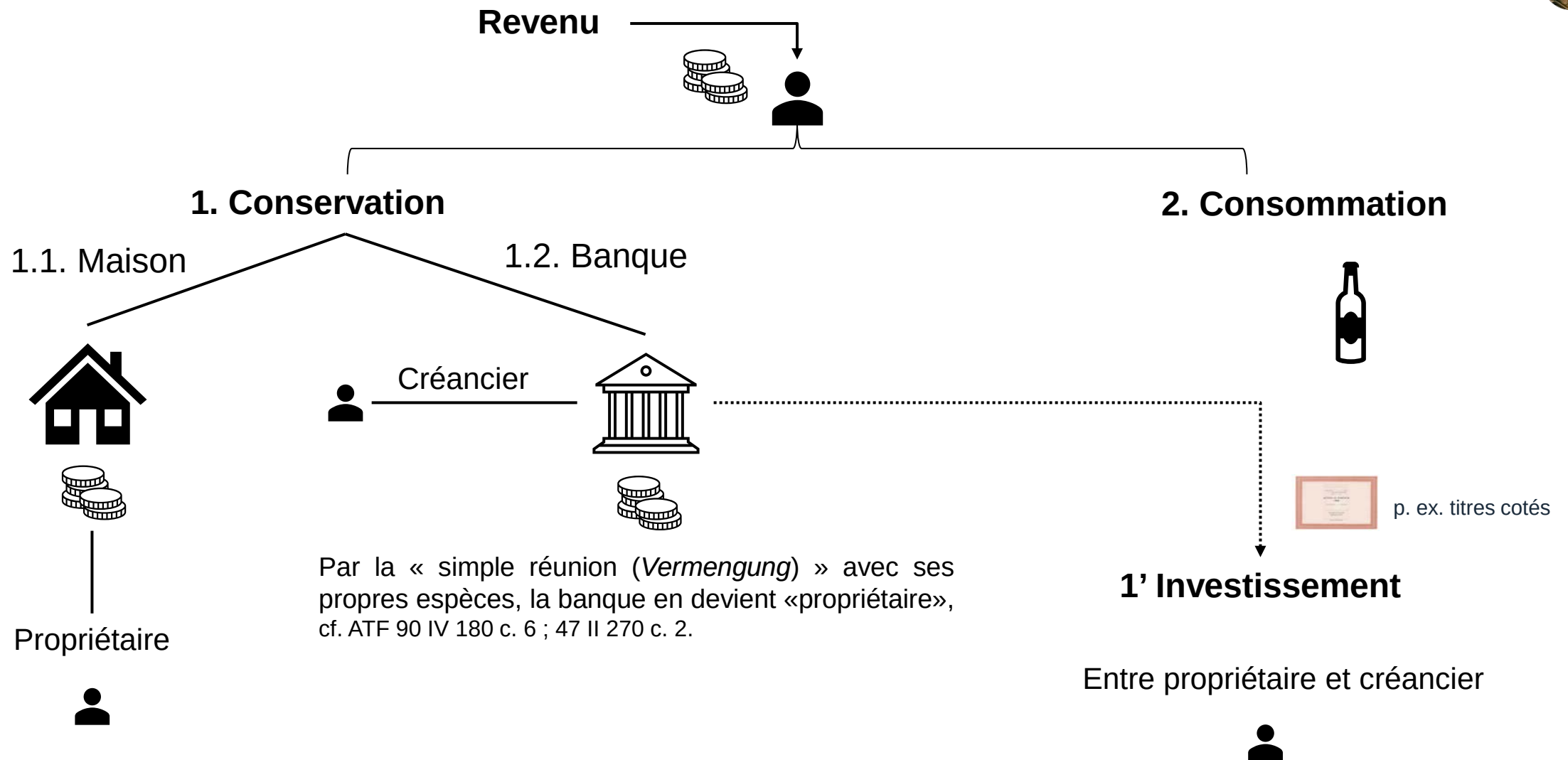
Plan





I. Approche fonctionnelle

I. Que faire de mon argent ? « L'usage seulement fait la possession »¹.



¹ J. de La Fontaine, L'avare qui a perdu son trésor, Livre 4, fable 20.



I. Propriétaire ou créancier (1/2)

1.1 Je suis propriétaire des espèces	1.2 Je suis créancier de la banque
Droit réel : opposable <i>erga omnes</i> (absolu/exclusif)	Créance : droit personnel contre la banque (not. CO 481 I)
Maîtrise « totale, exclusive et imprescriptible » CR CC II-Foëx, Art. 641 n. 5	Prescription 10 ans (CO 127), mais délai ne court pas avant la fin de relation compte courant (TF 4A_85/2025 du 9.2.2026, c. 4.3.1)
Risques - Contrepartie : NON - Perte/vol : OUI	Risques - Contrepartie : OUI¹ - Perte/vol : NON, supportés par la banque (CO 481 I), sauf clause transfert de risques valable (virement mal exécuté, <i>hacker</i>)

 Le dépôt bancaire « démultiplie » l'usage de l'argent	
Absence d'intermédiation : argent dort - Ne sert pas l'économie réelle - Ne procure pas de rendement et subit l'inflation	Intermédiation : argent ² circule + La banque use librement des fonds (en dispose), transforme liquidité et échéances et finance l'économie + Le client continue à disposer de sa créance (sauf crise de confiance)

¹ Mais jusqu'à CHF 100k : garantie [esisuisse](#) (cf. not. [LB 37h](#)) et privilège dans la faillite ([LB 37a I](#)).

² Si *stablecoins* sécurités par réserve → moindre intermédiation (pas le même effet démultiplicateur).





I. Entre propriétaire et créancier (2/2) : titres intermédiés¹

Investissement par l'intermédiaire de la banque

- Biens *sui generis* (ATF 138 III 137, c. 5.2.1)
 - Prétentions de nature personnelle, mais protection fonctionnellement équivalente à un droit réel
 - Titres intermédiés soustraits à la mainmise des autres créanciers du dépositaire ([LTI 3 II](#))
 - Droit de distraction en cas de faillite du dépositaire ([LTI 17](#))
- Nb. Extourne possible en cas de débit sans instruction, dans un délai de 3 ans ([LTI 27 I et IV](#))
- Risque émetteur pour l'investisseur peu importe l'enveloppe juridique (papier-valeur, droit-valeur simple/inscrit)



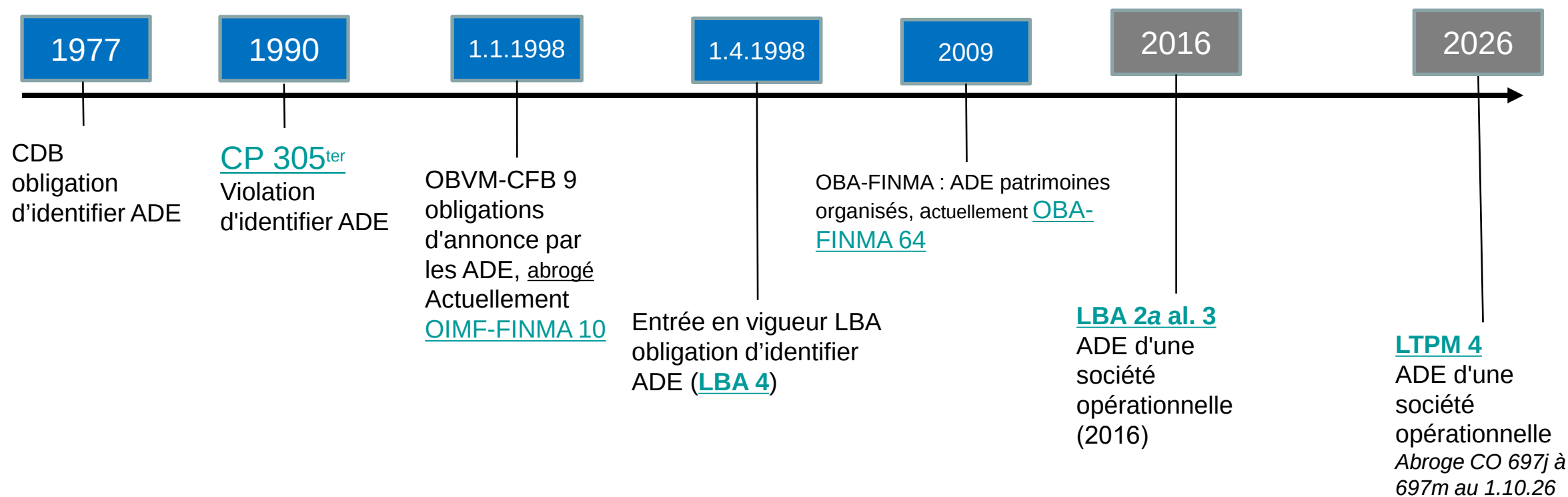
une créance dans sa forme, une protection réelle dans ses effets

¹ Créances et droits sociaux fongibles à l'encontre d'un émetteur, inscrits au crédit d'un compte de titres et dont le titulaire du compte peut disposer (LTI 3).



I. Ayant droit économique (1/3)¹

Repères chronologiques





I. ADE (2/3)

Identification large à des fins de transparence : approche fonctionnelle

❑ Absence de définition légale → renvoi à la réalité économique

En général

- Personne physique ([LBA 4 II](#))
- « Véritable client », mais pas nécessairement le cocontractant¹
- Jurisprudence : celui qui « a la possibilité de fait de disposer des valeurs patrimoniales et donc celui à qui ces valeurs appartiennent sous l'angle économique »²

❑ Fictions

- Personne physique qui détient, directement ou indirectement, 25% d'une société opérationnelle ou la contrôle d'une autre manière ; à défaut le membre le plus haut placé de l'organe de direction ([LBA 2a III](#) ; [LTPM 4](#)) (détenteur du contrôle)
- Trusts et fondations ([OBA-FINMA 64](#) ; [LTPM 15](#) [pas les fondations!])

¹ CF, Message concernant la modification du [CPS, Législation sur le blanchissage d'argent] du 12 juin 1989, FF 1989 II 961, p. 962.

² TF 136 IV 127, c. 3.1.1 ; TF, 6B_942/2024 etc. du 13 avril 2026 (destiné à publication), c. 4.4 ; cf. aussi ATF 142 III 116, c. 3.1.3.

I. ADE (3/3)

Buts distincts entre la LBA et droit privé



L'identification de l'ADE a pour but de lutter contre le blanchiment d'argent ; elle ne devrait pas déployer d'effets de droit privé*. L'ADE n'est pas partie à la relation contractuelle, de sorte que, pour la banque, les rapports entre le titulaire du compte et l'ADE sont des *res inter alios acta*. La banque n'est pas là pour sauvegarder l'ADE contre les agissements du titulaire du compte.

TF 4C.108/2002 du 23.07.2002, c. 3.c)aa).

Le formulaire A peut constituer un indice de l'existence d'une valeur imputable à l'ADE. Mais il n'est pas une preuve de la titularité juridique des biens.

TF 5A_208/2023 du 10.07.2024, c. 6 avec réf. à ATF 132 III 609, c. 5.3.1 ; TF 5A_32/2010 du 13.04.2010, c. 3.1.





II. MISE EN SITUATION



II. Cas 1 : compte personnel

BEN ouvre un compte auprès de la banque GIRO SA. Il y dépose son argent.

Un *hacker* parvient à s'introduire dans l'espace *e-banking* ouvert avec la relation d'affaires et fait exécuter un virement au débit du compte vers une banque située en Asie.

- i. Qui peut agir civilement contre la banque ?
- ii. Qui doit déclarer le compte et les revenus qu'il génère au fisc ?
- iii. Qui est l'ADE au sens de la LBA ?
- iv. Qui est le lésé sur le plan pénal ?





II. Résolution cas 1

1. BEN = **Client** et **ADE**



Banque



Questions	Réponses
Qui peut agir au civil contre la banque ?	BEN*
Qui doit déclarer le compte au fisc ?	BEN
Qui est l'ADE (LBA) ?	BEN
Qui est le lésé sur le plan pénal ?	Selon le système légal : la banque Si clause valable de transfert des risques : BEN



*En cas de fraude externe : action en exécution ; mais si fraude interne : action en dommages-intérêts, cf. ATF 149 III 105, c. 4.3.



II. Cas 2 : fiducie

En vertu d'une convention de fiducie en la forme écrite, BEN confie une somme à DIANE, laquelle ouvre un compte auprès de la banque.

Un *hacker* parvient à s'introduire dans l'espace *e-banking* ouvert avec la relation d'affaires et fait exécuter un virement au débit du compte vers une banque située en Asie.

- i. Qui peut agir civilement contre la banque ?
- ii. Qui doit déclarer le compte et les revenus qu'il génère au fisc ?
- iii. Qui est l'ADE au sens de la LBA ?
- iv. Qui est le lésé sur le plan pénal ?



II. Résolution cas 2

2. BEN = Fiduciant = **ADE**

DIANE = Fiduciaire = **Cliente**



Questions	Réponses
Qui peut agir au civil contre la banque ?	DIANE
Qui doit déclarer le compte au fisc ?	DIANE Si fiducie reconnue fiscalement : Ben*
Qui est l'ADE (LBA) ?	BEN
Qui est le lésé sur le plan pénal ?	Selon le système légal : la banque Si clause valable de transfert des risques : DIANE**



Dissociation de la titularité juridique et de la « propriété économique ».

*Notice AFC de 1967 (accord écrit datant de la conclusion du contrat de fiducie, désignation des biens, risques, rémunération).

**Si la "fraude" émane non pas d'un tiers mais de Diane elle-même, le droit pénal protège le propriétaire économique contre les agissements déloyaux du titulaire juridique de valeurs (p. ex. Art.138 ch. 1 al. 2 CP).



II. Cas 3 : trust et «*Underlying Company*»

Avant de venir vivre en Suisse, BEN constitue un trust discrétionnaire et irrévocable et désigne Dan comme *protector*. Ses héritiers en sont les bénéficiaires. DIANE SA* administre le trust. DIANE SA constitue une société au Panama, PAN INC., dont elle est l'unique actionnaire pour détenir les actifs du trust. PAN INC. ouvre un compte auprès de la banque.

Un *hacker* parvient à s'introduire dans l'espace *e-banking* ouvert avec la relation d'affaires et fait exécuter un virement au débit du compte vers une banque située en Asie.

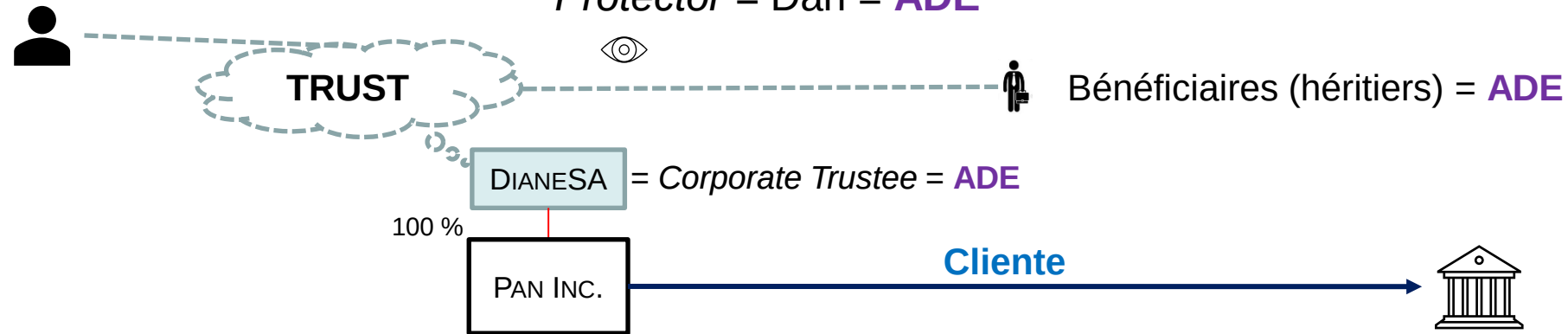
- i. Qui peut agir civilement contre la banque ?
- ii. Qui doit déclarer le compte et les revenus qu'il génère au fisc ?
- iii. Qui est l'ADE au sens de la LBA ?
- iv. Qui est le lésé sur le plan pénal ?



II. Résolution cas 3

4. Ben = Constituant = **ADE**

Protector = Dan = **ADE**



Questions	Réponses
Qui peut agir contre la banque ?	PAN INC.
Qui doit déclarer le compte au fisc ?	Si trust discrétionnaire et irrévocable reconnu fiscalement (<i>pre-immigration trust</i>), alors BEN n'est plus imposable sur les actifs du trust. Les bénéficiaires en CH ne le sont qu'après qu'une distribution a été décidée.
Qui est l'ADE ?	Constituant, <i>trustee</i> , <i>protector</i> et bénéficiaires (OBA-FINMA 64 ; ég. LTPM 15)
Qui est le lésé sur le plan pénal ?	Selon le système légal : la banque Si clause valable de transfert des risques : PAN INC.



La finalité de la norme détermine la qualification.



Remarques conclusives

Remarques conclusives (1/2)

Analyse fonctionnelle

- Critères de l'usage ou du dessein

De propriétaire à créancier : intermédiation démultiplie l'usage de l'argent (stablecoins $\neq$ dépôt bancaire)

De déposant à investisseur : LTI = quasi-propriétaire

De client à ADE = appréciation des faits selon la réalité économique + recours à des fictions

- Rapports de droit – contrats ou structures – font partie d'un tout

- Relégués au rang de simples indices

- Pouvoir de fait (ou contrôle) prime attribution formelle

- Plus de transparence, mais aussi de complexité



Remarques conclusives (2/2)

Solutions courtes des cas

Cas	Civil (client)	Fiscal (revenu/fortune)	LBA (ADE)	Pénal (lésé)
1. Compte personnel	Ben	Ben	Ben	Banque/Ben
2. Fiducie	Diane	Diane Si fiducie reconnue fiscalement: Ben	Ben	Banque/Diane
3. Trust et <i>Underlying Company</i>	PAN INC.	Si trust discrétionnaire et irrévocable reconnu (<i>pre-immigration</i> trust) <i>Settlor</i> pas imposable Bénéficiaires pas imposables avant distribution (et imposables dès la décision du <i>trustee</i>)	Constituant, <i>trustee</i> , <i>protector</i> et bénéficiaires	Banque/PAN INC.





CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Retour vers le futur

Colloque en l'honneur du Professeur Luc Thévenoz

3 septembre 2026

Identification et surveillance des risques par le conseil d'administration d'une banque

Colloque en l'honneur du Professeur Luc Thévenoz

CENTRE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

Carlo Lombardini

Avocat au barreau de Genève

Professeur Associé à l'Université de Lausanne

3 septembre 2026

Circulaire 2017/1 Gouvernance d'entreprise – banques :

- il détermine la **stratégie commerciale** et adopte **la politique de risque** ainsi que les **principes de gestion des risques** ;
- il est responsable d'une **organisation appropriée** ;
- il a la responsabilité suprême pour **la situation financière et le développement de la banque** ;
- il doit garantir que l'établissement dispose de **ressources appropriées**, tant humaines qu'autres ;
- il exerce la **haute surveillance sur la direction** ;
- il est responsable du caractère approprié de **l'environnement de contrôle et de risque** au sein de l'établissement et veille à un **système de contrôle interne** efficace ;
- il doit statuer sur les **changements importants apportés à la structure de l'entreprise** et du groupe, sur les changements essentiels touchant des filiales significatives et ainsi que sur les autres projets d'importance stratégique.

- Rôle difficile
- « The risk control system implemented internally by banks is impressive in its scope and tiered structure. Of the 22,000 employees at UBS Investment Bank, 11,000 work on the front line (trading) and back office, and 3,400 in risk control (including the group headquarters), and the latter are far from being underqualified or underpaid. Their mission is fundamentally the same as that of supervision, namely to protect the bank from risks that are too great for it to bear. Why has such a sophisticated system failed? What changes need to be made?»

Daniel ZUBERBÜHLER, *Crise mondiale du crédit – Conséquences pour la surveillance des banques*, avril 2008, https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/medien/medien_konferenz/referat-mk08-zuberbuehler-f.pdf.

- « Q2038 Mr McFadden : So all of you were in senior positions - CEOs of the investment bank or higher - and you are all telling us that you knew nothing about widespread, sustained manipulation of LIBOR by a group of traders in your bank connected with traders at other banks until you read about it in the press. What does it say about the worth of the management at UBS, when you have to find out what is going on in your own bank, among your own traders, by reading about it in the newspapers? Would anybody like to comment on that? »

House of Lords, House of Commons, Parliamentary Commission for Banking Standards, *Changing banking for good*, 10 janvier 2013, Huw JENKINS, Jerker JOHANSSON, Dr Marcel ROHNER and Alex WILMOT-SITWELL, <https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtpCBS/27/130110a.htm>.

- Le surveillant et le surveillé
- « Similarly, **Archegos appeared only once in Board materials**, specifically on page 47 of the Group Risk Report Appendices, which were included as an item in the December 10, 2020 Board of Director materials and the December 7, 2020 Board of Director Risk Committee materials. Here, too, Archegos was mentioned only in passing on crowded slides alongside numerous other counterparties and without any particular attention drawn to it. The relevant minutes reflect no discussion of Archegos. » (Credit Suisse, Archegos report, p. 124).
- « The ability of the Board or its committees to perform their oversight responsibilities depends to a substantial extent on the relevant information being provided to them on a timely basis. In this case, **the information communicated to the Risk Policy Committee**, at least until late April or early May 2012, **did not suggest any significant problems in the CIO** which required close attention from the Committee » (JPMorgan Chase & Co., Report of the Review Committee, p. 1)
- Le rôle du CdA en théorie simple mais indispensable

- **L'actionnaire ?**

- Documentation volumineuse mais difficile à comprendre et les points clefs ne sont pas soulignés

- Credit Suisse et les allègements FINMA

- <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7499894774678642688/>

- Julius Baer et Benko/Sigma

- <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7498689634743365632/>

- *Autonomous Research*, (13 juillet 2021) “*Credit Suisse Group: Less than meets the eye*” :

- « *The report described a range of special factors at Credit Suisse AG and pointed to substantial double leverage which, it claimed, meant that the four largest Credit Suisse AG subsidiaries held more CET1 capital between them than their parent. The report also posed fundamental questions about Credit Suisse AG's ability to pay dividends. The potentially poor capital quality led to reticence on the part of investors and did not instil confidence.* » (The need for reform after the demise of Credit Suisse, Report of the Expert Group on Banking Stability, 1 septembre 2023 2023p. 66).

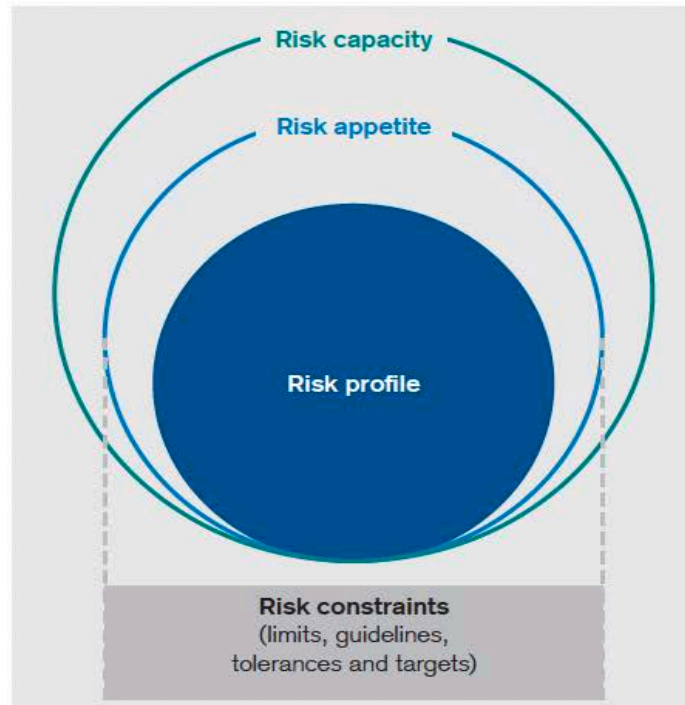
- **Stratégie commerciale**

- marchés prospectés, activités déployées, services fournis, types de clients recherchés.
- risques : nature, probabilité de réalisation, conséquences réalisation, mesures pour mitiger

- **Gestion des risques**

- Risque de crédit, de marché et opérationnel
- Les différences
- Le prix du risque et son adéquation (expertise difficile à trouver):
 - « *Credit Suisse made just \$17.5m in Archegos fees in year before \$5.4bn losses* » (www.ft.com 3 mai 2021)
- Cartographie précise et granulaire

Risk appetite framework – key definitions



Risk capacity Maximum level of risk that we can assume given our current level of resources before breaching any constraints determined by capital and liquidity needs, the operational environment and our responsibilities to depositors, shareholders, investors and other stakeholders.

Risk appetite Aggregate level and types of risk we are willing to assume within our risk capacity to achieve our strategic objectives and business plan.

Risk profile Point-in-time assessment of our net risk exposures aggregated within and across each relevant risk category and expressed in a variety of different quantitative risk metrics and qualitative risk observations.

Risk constraints Quantitative and qualitative measures based on forward-looking assumptions that allocate our aggregate risk appetite to businesses, legal entities, risk categories, concentrations and, as appropriate, other levels.

- **Gestion des risques**

- Des limites par risque: niveau d'exposition souhaité et niveau maximum acceptable.
- Scénarios évolutifs et très défavorables (*stress testing*)..
- Seuils d'intervention
- Impact : marche de affaires, fonds propres et liquidités.

- **Système de contrôle interne** (ch. 6 Circulaire 2017/1)

- Concept très (trop) général
- Risque approche bureaucratique
- Rôle lignes 1 et 2
- Escalader les incidents, violation de limites
- *One to one* avec responsables certaines fonction risques et compliance

- Compétences théoriques et pratiques
 - Daniel Zuberbühler, Corporate Governance Susan Emmenegger (Hrsg.) SBT 2011 – Schweizerische Bankrechtstagung 2011, p. 87 et 88
- Esprit critique
- La première question
- Indépendance et courage

« Wie die Credit Suisse interne Warnungen in den Wind schlug Mutige Rede: So deutlich kritisierte ein Verwaltungsrat der CS intern das Geschäftsgebaren der Bank und die Boni-Kultur des Managements. Er wurde deswegen von Präsident Urs Rohner gerüffelt ». NZZ am Sonntag 6 avril 2023



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Retour vers le futur

Colloque en l'honneur du Professeur Luc Thévenoz

3 septembre 2026

Colloque en l'honneur du Prof. Luc Thévenoz

Prof. Dr. Dr. h.c. Susan Emmenegger, LL.M. · Universität Bern

Genève, 3 septembre 2026



BACK TO THE FUTURE

LE DROIT BANCAIRE PRIVÉ



1984

**REAGAN
BUSH '84**

1984



**REAGAN
BUSH '84**

1984



Zusammenfassung der Rechtsprechung
Résumé de Jurisprudence

Das Bankenrecht 1984/85 / Le droit bancaire 1984/85

Prof. Dr. Peter Nobel, Rechtsanwalt, Zürich





1997



1997





1997

Das schweizerische Bankprivatrecht 1994 – 1996 (*mit Nachträgen 1993*)
Le droit bancaire privé suisse 1994 – 1996 (*avec addenda 1993*)

von Dieter Zobl, Professor an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
und Luc Thévenoz, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève*





2008

10 septembre 2008

Le droit bancaire privé suisse 2007–2008

Das schweizerische Bankprivatrecht 2007–2008

Par Luc Thévenoz et Susan Emmenegger, avec Lucia Gomez Richa et Andrea Zbinden*

2008

10 septembre 2008

Le droit bancaire privé suisse 2007–2008

Das schweizerische Bankprivatrecht 2007–2008

Par Luc Thévenoz et Susan Emmenegger, avec Lucia Gomez Richa et Andrea Zbinden*

2008

cinq jours plus tard...



77,7%

des éditions portent la signature
de Luc Thévenoz

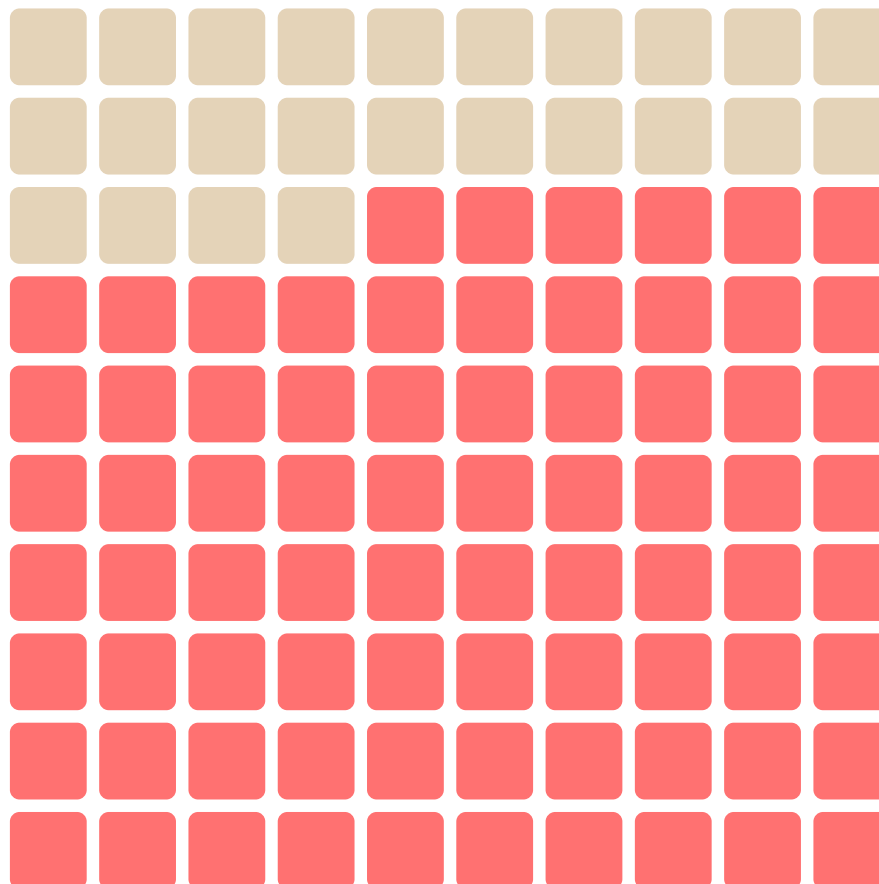


u^b

1'641

Arrêts résumés

en 40 ans du droit bancaire



402 sans Luc Thévenoz

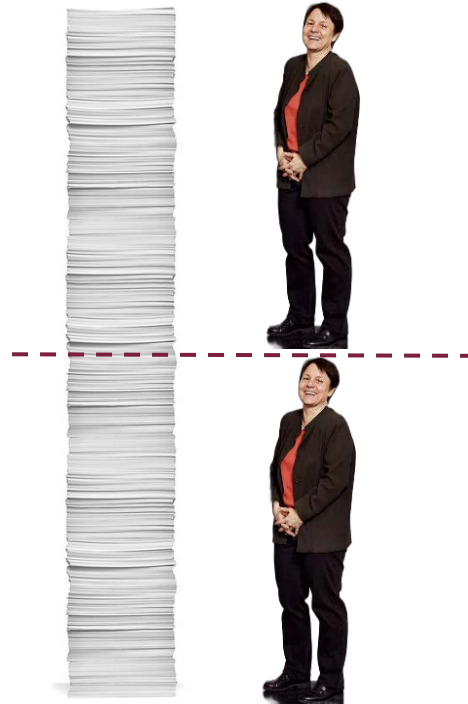


1'239 avec Luc Thévenoz

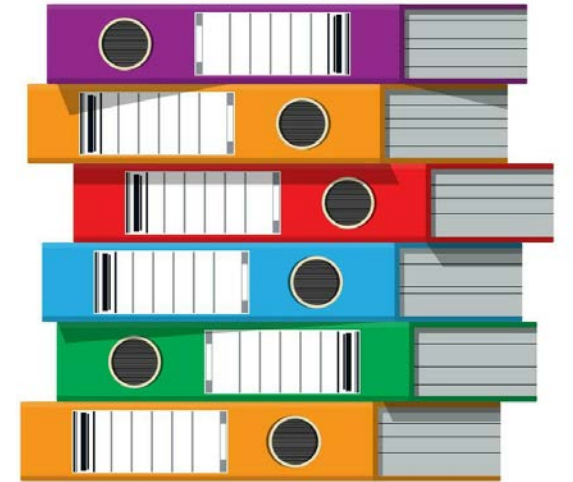
u^b

$\approx 30'000$

pages d'arrêts résumés
avec Luc Thévenoz



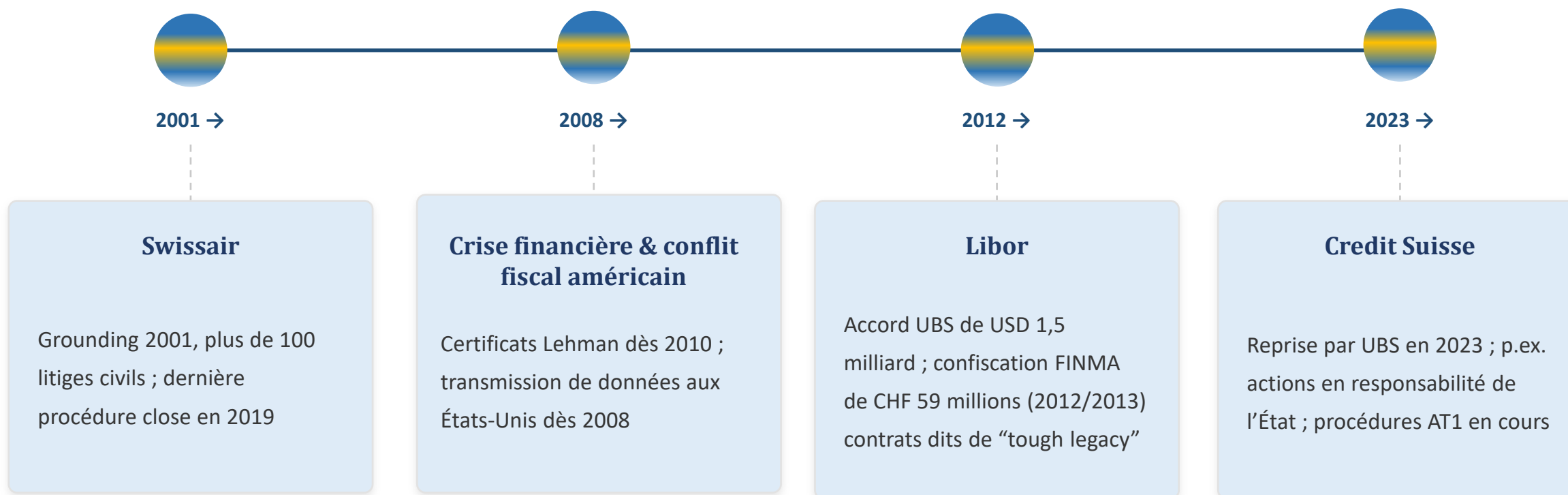
3m



68x

u^b

Crises et scandales



★ ★ ★ WALK OF FAME DU DROIT BANCAIRE ★ ★ ★

Système de Ponzi en 2008.
13 arrêts suisses 2012-2017

**Bernard
Madoff**

**Dieter
Behring**

Système de placement
frauduleux, effondrement en
2004; les 1'300+ lésés attendent
toujours la restitution

Erwin Müller



Opérations « Cum-Ex » : les
tribunaux allemands condamnent
la banque J. Safra Sarasin à verser
environ 45 millions d'euros.

**Viktor
Vekselberg**

Sanctions américaines et blocage de
comptes dans deux banques suisses :
des issues contrastées

★ ★ ★ WALK OF FAME DU DROIT BANCAIRE ★ ★ ★



Apparaît dans la jurisprudence de droit bancaire privé dès les années 2000

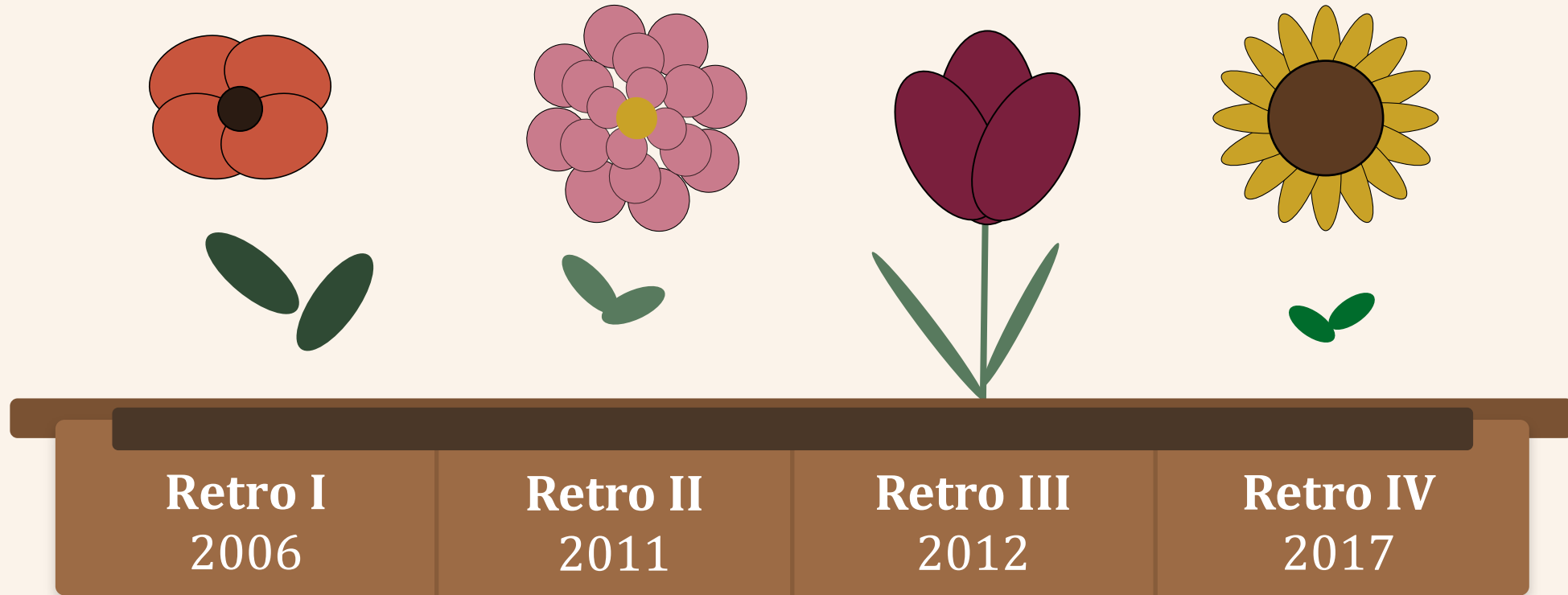
Evergreens

u^b



Evergreens

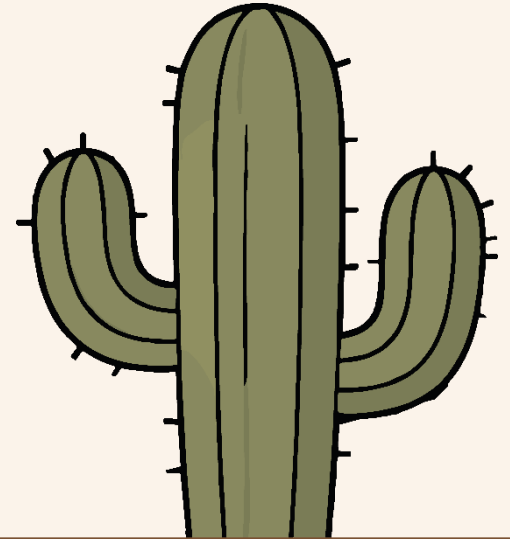
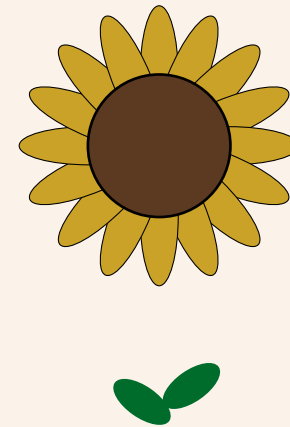
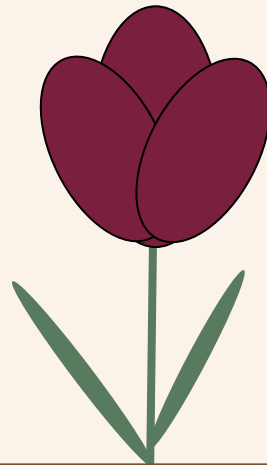
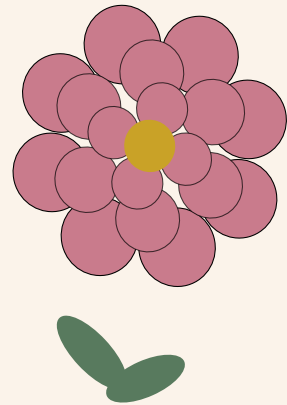
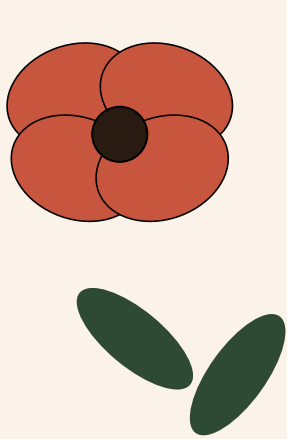
u^b



Rétrocessions
depuis 2006

Evergreens

u^b



Retro I
2006

Retro II
2011

Retro III
2012

Retro IV
2017

Retro V
2026

Rétrocessions
depuis 2006

Défauts de légitimation depuis 2007



1

La preuve du dommage

Complexité croissante de la jurisprudence relative à l'allégation, à la motivation et à la preuve du dommage.

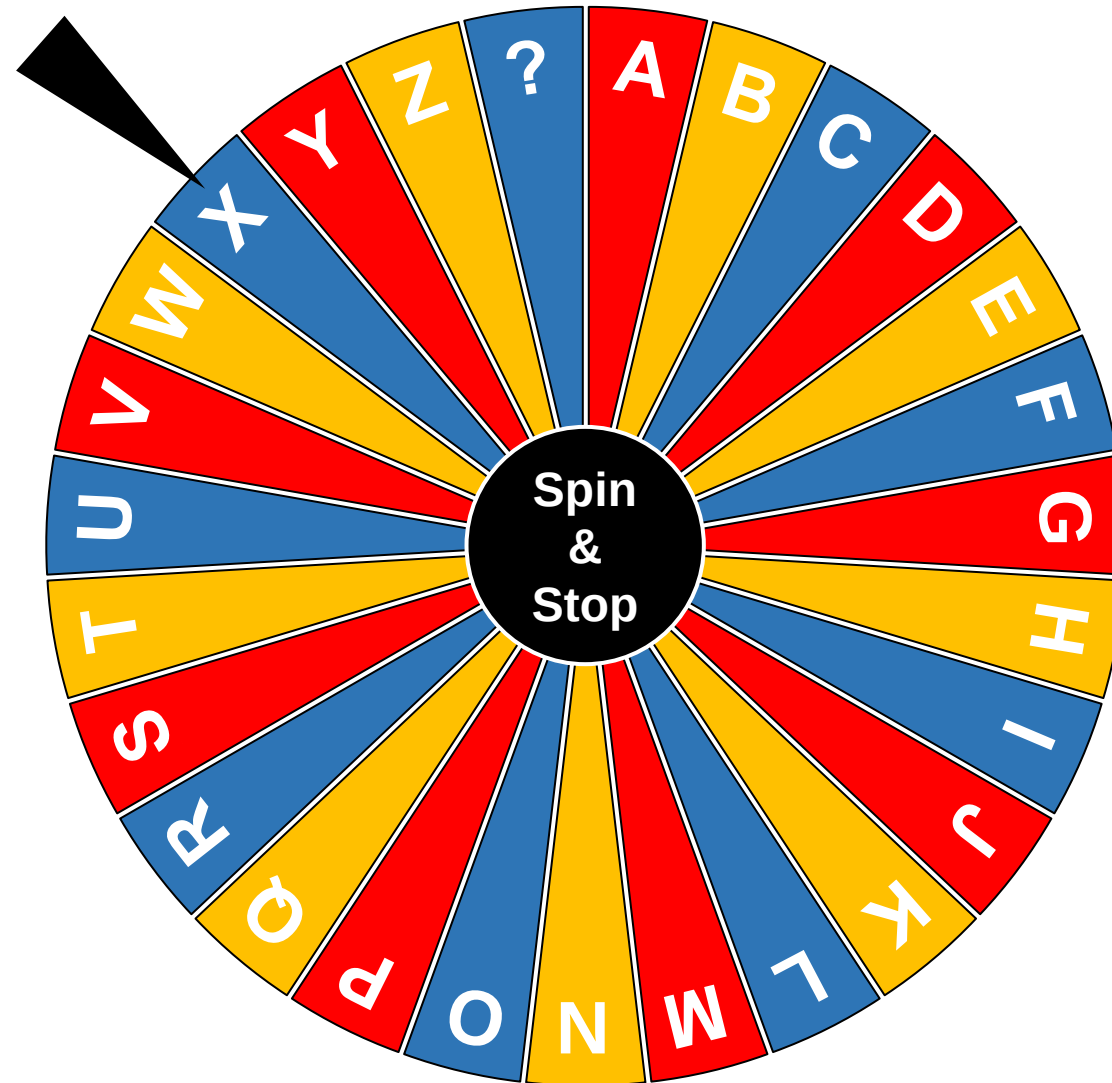
2

Le banquier n'est pas le tuteur de son client

Exigences strictes quant à la responsabilité propre des clients.

La roue de la fortune du droit bancaire

u^b



u^b

MERCI LUC!

A comme Appel de Marge



Retour

B comme Banque restante



Retour



D comme Dommage



Retour

E comme Execution Only



Retour

F comme FINMA



Retour

G comme Garantie



[Retour](#)

H comme Héritiers



[Retour](#)

I comme Intérêts



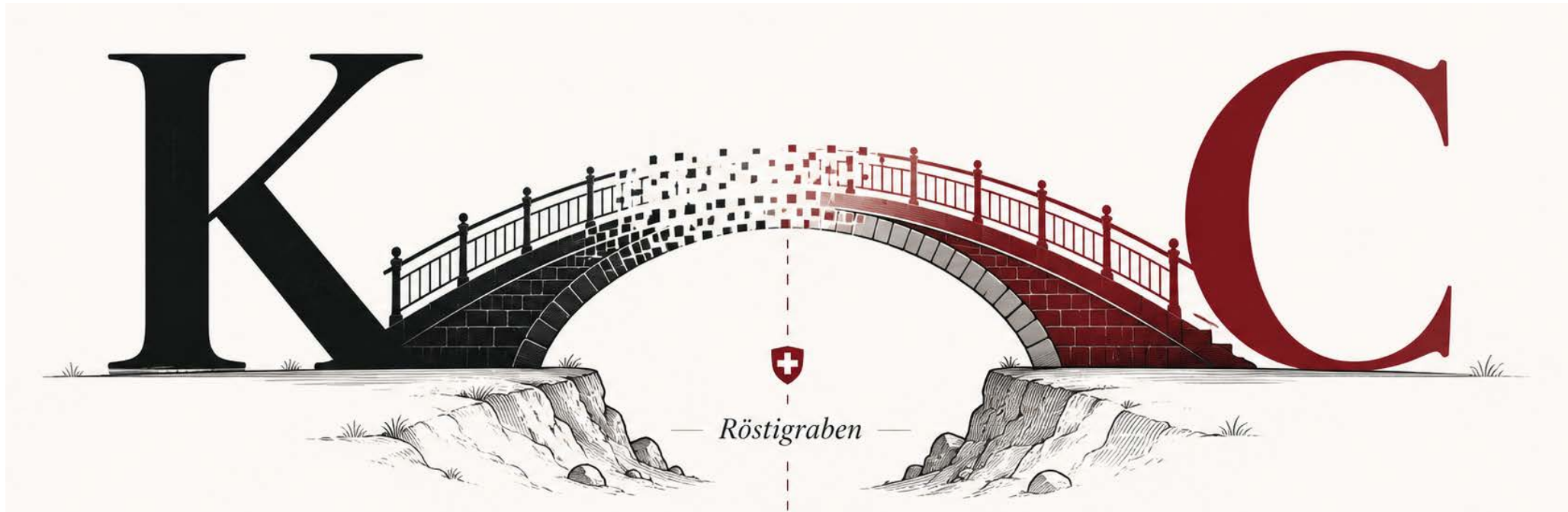
[Retour](#)

J comme Julius Bär



[Retour](#)

K comme C ?



Retour

L comme Lutte contre le blanchiment



[Retour](#)

M comme Millard



Retour

N comme Nantissement



[Retour](#)

0 comme OFAC



Retour

P comme **PostFinance**



Retour

Q comme Qualité pour agir

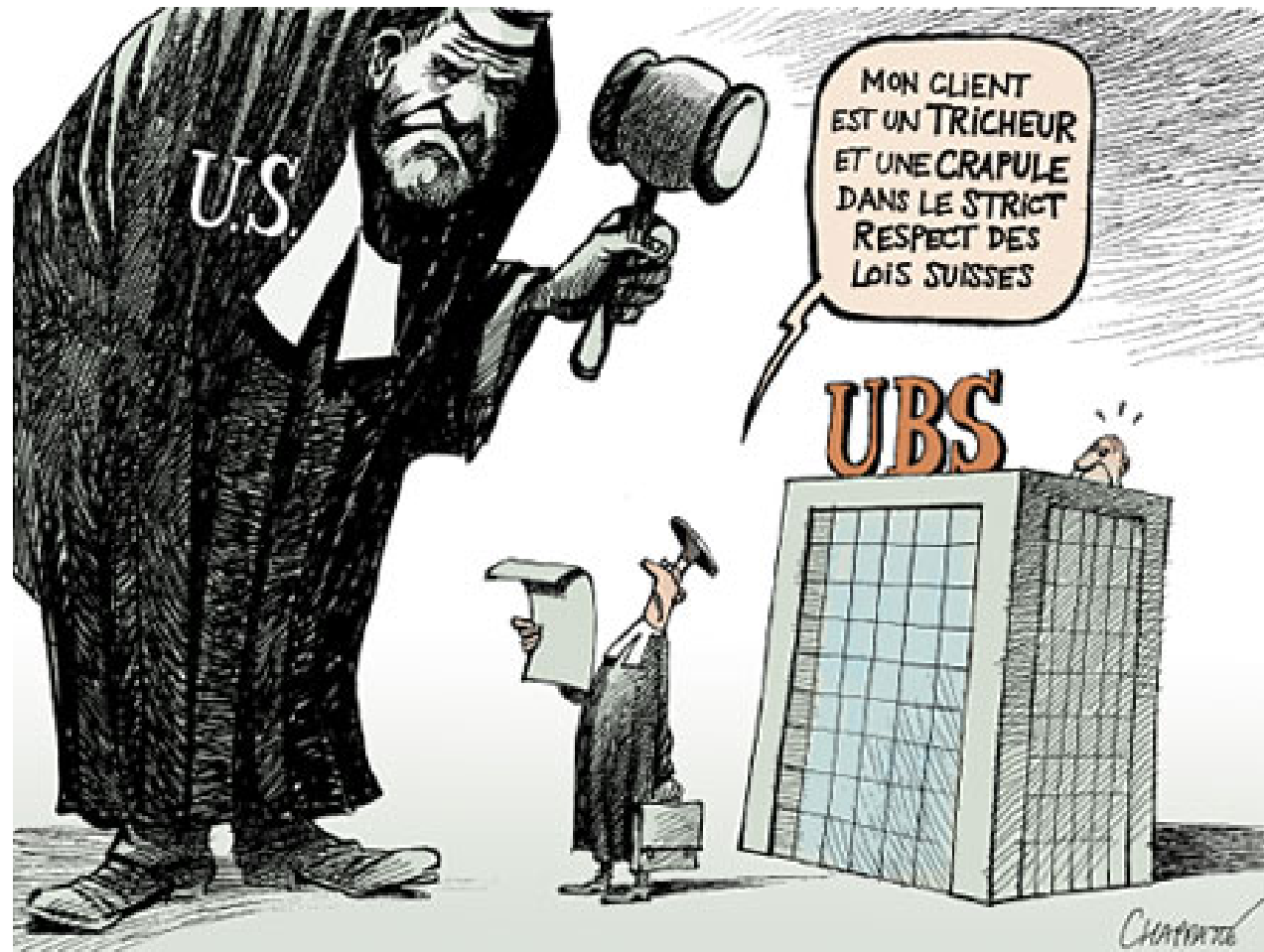


[Retour](#)

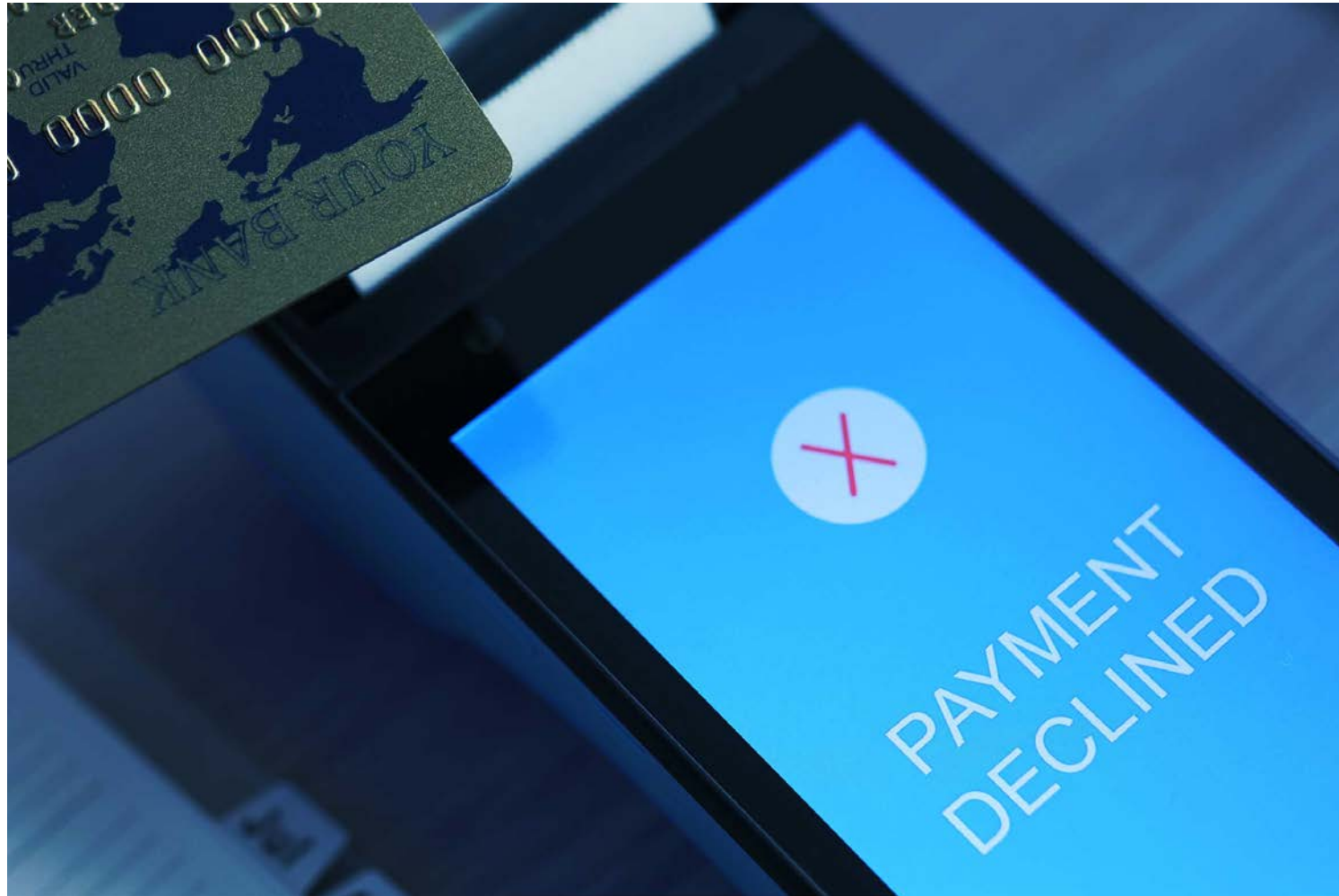
R comme Reddition de compte



S comme Secret bancaire



T comme Transactions non autorisées



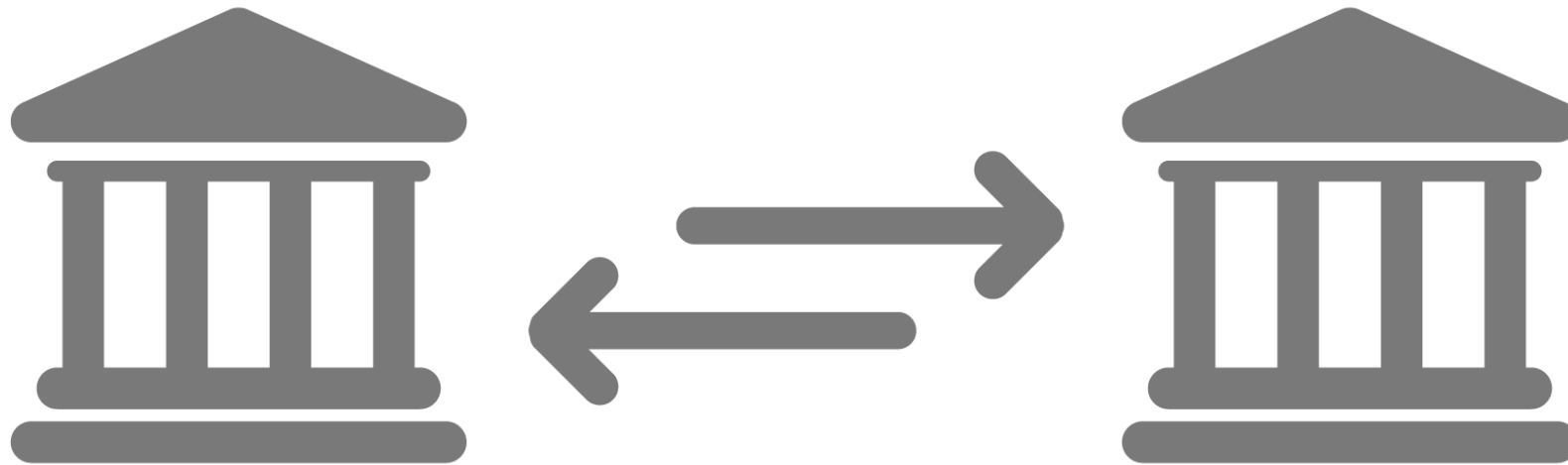
Retour

U comme Usage



[Retour](#)

V comme Virement



[Retour](#)

W comme Whistleblowing



Retour

X comme ...

Urteilskopf

132 III 122

16. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile dans la cause Syndicat X., A., B., C. et D. contre Y. SA
(recours en réforme)
4C.422/2004 du 13 septembre 2005

[Retour](#)

Y comme ...

Urteilskopf

132 III 122

16. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile dans la cause Syndicat X., A., B., C. et D. contre Y. SA
(recours en réforme)
4C.422/2004 du 13 septembre 2005

Retour

Z comme **Zurich**

u^b



[Retour](#)

JOKER

u^b

Retour



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Retour vers le futur

Colloque en l'honneur du Professeur Luc Thévenoz

3 septembre 2026

Retour vers le futur

Colloque en l'honneur du Prof. Luc Thévenoz

3 septembre 2026

Des principes et des règles: le droit bancaire et financier à l'ère numérique
Principe de neutralité technologique: une illusion?

Prof. Adrien Alberini
LL.M. in Law, Science & Technology

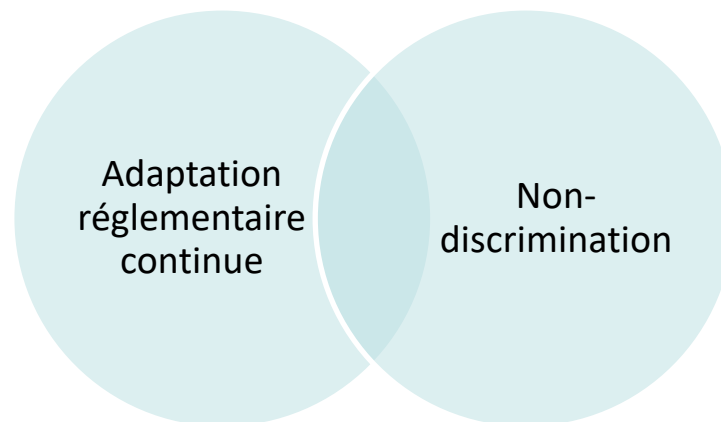
1. Neutralité technologique: tentative de définition

Méthode de réglementation

Recommandation légistique liée
au principe de la légalité

701

On ne peut nier un conflit d'objectifs entre d'une part l'exigence constitutionnelle selon laquelle la loi doit rendre prévisible le comportement des autorités (y compris des tribunaux) au moyen de réglementations suffisamment précises, et d'autre part le souci de concevoir les actes législatifs de manière à ce qu'ils restent efficaces et atteignent leurs objectifs pendant toute leur durée d'application, même dans un contexte qui évolue. Il n'existe pas de règles simples et claires pour gérer ce conflit d'objectifs. On peut au moins dire que les actes législatifs doivent être aussi précis que nécessaire pour la prévisibilité et aussi ouverts à l'avenir que possible. L'appel à des **réglementations technologiquement neutres** se fait particulièrement entendre lorsqu'il s'agit d'actes législatifs dans le domaine du numérique. Toutes les questions de détail – y compris les questions techniques – qui ne nécessitent pas de réponse dans une loi ou une ordonnance afin de parvenir à une réglementation juridiquement correcte et efficace doivent rester ouvertes. En outre, à des niveaux de normes plus élevés, un plus grand degré d'indétermination est tolérable (c'est-à-dire qu'une plus grande ouverture est possible). Au niveau de normes inférieures, une moindre ouverture vers l'avenir est plus acceptable étant donné qu'une révision de ces actes est plus facile (c'est-à-dire qu'une plus grande pré-



Objectif:
favoriser
l'innovation

Effet de la réglementation

- Entre analogique et numérique
- Au sein du numérique

(= Neutralité concurrentielle?)

M. MONTAVON, *Cyberadministration et protection des données*, thèse, Genève, Zurich, Bâle, 2021, p. 98 ss

OFJ, *Guide de législation 2025*, p. 184 s.



2. Neutralité technologique: un bon exemple

Communication 05/2026 - Informatique quantique:

- Recommandation de migration vers des algorithmes résistant aux attaques quantiques (principe de cryptoagilité).
 - Pas d'exigence d'utilisation de distribution quantique de clés (*quantum key distribution, QKD*).
- Objectif de sécurité post-quantique; exigence fonctionnelle (pas technologique).
- Adaptation réglementaire continue + non-discrimination entre technologies.



3. Neutralité technologique: un cas qui interroge

Communication 06/2024 – Risques et exigences en matière de stablecoins:

- Emission de stablecoins: dépôt mais exception applicable en cas de garantie du risque de défaillance par une banque (OB 5(3)(f); détermination de conditions minimales).
 - Pas de protection des déposants (LB 37a).
- Transposition du cadre prudentiel mais asymétrie fondée sur la technologie: biais négatif vis-à-vis de la technologie?
- Fonction économique de la protection des déposants: stabiliser le système bancaire et garantir ainsi le financement de l'économie réelle.
 - Fonction économique des stablecoins: moyen de paiement numérique = soutien à des modèles d'affaires numériques (basés sur la blockchain) nécessitant le paiement de biens par des moyens sûrs, directement transférables et stables (Swiss Banking, *Stablecoins in Switzerland*, April 2025, p. 13). Donc:
 - Pas de lien avec le financement de l'économie réelle.
 - Nouvel établissement de moyen de paiement (DFF, *Modification LEFin - Rapport du 22 octobre 2025*, p. 39 ss).



4. Neutralité technologique: un cas à éviter

Communication 08/2024 – Gouvernance et gestion des risques IA:

- Principe d'explicabilité: comprendre les vecteurs des applications ou le comportement dans différentes conditions afin de pouvoir évaluer la plausibilité et la robustesse des résultats.
 - Exigence fonctionnelle (pas technologique) MAIS:
 - Impact différencié sur les technologies (modèles simples vs complexes).
 - Acceptabilité, respectivement non-acceptabilité, de certains systèmes IA.
- ≈ Discrimination technologique / FINMA comme régulateur technologique?



5. Conclusion

La neutralité technologique n'est pas un mirage.

Principe nécessaire face au risque de geste trop appuyé ou imprécis et de mise en œuvre d'une politique technologique.





CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Retour vers le futur

Colloque en l'honneur du Professeur Luc Thévenoz

3 septembre 2026

Retour vers le futur

Colloque en l'honneur du Prof. Luc Thévenoz

3 septembre 2026

Des principes et des règles: le droit bancaire et financier à l'ère numérique

Prof. Rashid Bahar, LL.M.

Un droit fondé sur des principes

- Le droit suisse – et, en particulier, le droit des marchés financiers – se veut fondé sur des principes et non sur des règles:

La FINMA n'adopte des ordonnances et des circulaires que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent en **se limitant autant que possible à définir des principes**. (Art. 7 al. 2 LFINMA)

« Après avoir évalué les contributions des membres du groupe de travail, le DFF a décidé d'élaborer par voie d'ordonnance un projet de **réglementation étatique fondée sur des principes** dans le but de mettre en œuvre la position du Conseil fédéral »

(Autres travaux en vue de la prévention de l'écoblanchiment (greenwashing), 25 octobre 2023,

<https://www.admin.ch/fr/nsb?id=98351>)

« La FINMA s'engage **en faveur d'une réglementation fondée sur des principes** et compatible à l'échelle internationale »

(<https://www.finma.ch/fr/finma/activites/reglementation/>)

= en allemand,

« Die FINMA setzt sich für eine **prinzipienbasierte, differenzierte, technologie neutrale** und international kompatible Regulierung ein »

(<https://www.finma.ch/de/finma/taetigkeiten/regulierung/>; mises en évidence par l'auteur)



Des principes et des règles: comparaison

Principe	Règles
Densité normative faible (définition des objectifs et des critères à prendre en compte)	Forte densité normative (requiert une réglementation détaillée et prescriptive)
Souplesse et résilience • Permet de tenir compte des circonstances du cas d'espèce • Peut être fondé sur les risques • Permet de respecter la neutralité technologique • Forte adaptabilité (peut évoluer d'un cas à l'autre) • Caractère indéterminé permet de répondre à l'évasion/la fraude à la loi	Rigidité • Risque de <i>one-size-fits-all</i>, • mais prise en compte de circonstances particulières et des risques par des normes plus granulaires • Risque de biais technologiques • Faible adaptabilité (requiert une modification) • Peut aisément faire l'objet d'une fraude à la loi
Peu de prévisibilité – norme par définition indéterminée	Forte prévisibilité – sécurité du droit
Pouvoir d'appréciation: • de l'autorité (pouvoir d'appréciation de l'autorité spécialisée, «ohne Not» <i>Praxis</i>, limité par les principes) • de l'administré (<i>p.ex. business judgment rule</i>; en matière de lutte c. le blanchiment, art. 6 LBA)	Simplicité d'application Vérifiabilité (compliance et audit) Justiciabilité



Des principes et des règles: quelques exemples en droit privé

Principe	Règles
• La bonne foi objective et interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC) • La bonne foi subjective (art. 3 CC) • Usage des droits avec ménagement (cf. art. 706a al. 2 ch. 3 i.f. CO) • Devoir de diligence et fidélité (art. 398 CO et art. 717 al. 1 CO)	• La majorité civile (art. 14 CC) • Le taux d'intérêt moratoire (art. 104 al. 1 CO) • Exigences de majorité en assemblée générale (art. 703 et 704 CO) • Devoir d'aviser le tribunal d'un surendettement (art. 725b al. 3 CO (mais...))



Des principes et des règles: quelques exemples en droit de la surveillance

Principe	Règles
• garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB) • disposer d'une organisation appropriée • déterminer, limiter et contrôler les risques juridiques et de réputation (art. 12 al. 2 OB) • mettre en place un système de contrôle interne efficace (art. 12 al. 4 OB)	• exigences de fonds propres réglementaires de prime abord (mais le diable se cache dans les détails, voir p.ex. l'art. 45 OFR) • identification de la contrepartie au sens de la LBA (art. 3 LBA, OBA-FINMA et CDB 20) • classification des clients et des investisseurs (art. 4 et 5 LSFin, art. 10 LPCC)



Une distinction fluide: des règles aux principes

- Des normes peuvent être hybrides et mélanger des éléments de principes et des éléments de règles:
 - Ex.: les notions de participation qualifiée (art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB) ou de contrôle (art. 963 al. 2 CO) qui sont fondées sur une règle, mais expriment aussi un principe comme soupape de sécurité
- Par le jeu de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), de l'interdiction de la fraude à la loi (art. 18 CO) et de l'interprétation selon la réalité économique, il est possible de remonter aux principes qui sous-tendent les règles:
 - En droit des sociétés, le principe de transparence comme correctif de l'indépendance de la personne morale
 - La surveillance consolidée afin de tenir compte des risques posés par les groupes financiers
 - Interprétation selon la réalité économique des obligations de publicité des participations dans les affaires *Laxey* et *Sulzer*



La tendance inverse: des principes aux règles

■ Des principes évoluent vers des règles

- Avec suffisamment de pratique, dans un environnement stable, la casuistique fait évoluer un principe vers une règle
 - Ex.: «une vitesse adaptée aux circonstances» (art. 32 al. 1 LCR)
 - Exigences jurisprudentielles pour une renonciation du devoir de remettre les rétrocessions
- Fruit de l'évolution législative
 - Exigences en matière de surveillance consolidée
 - La notion d'«ayant droit économique» fondée sur un principe, évolue vers un ensemble de règles (comp. la densité normative des différentes versions de la CDB, applicable aux banques, aux maisons de titres, aux placements collectifs et directions de fonds et aux gestionnaires de fortune collectives en vertu de l'OBA-FINMA)
 - Du devoir de diligence et fidélité du CO vers les règles de conduite prudentielles de la LSFin



Une tendance: des principes aux règles

■ Des principes évoluent vers des règles

■ Principes légaux concrétisés dans une ordonnance ou une circulaire:

- Publicité des participations de l'art. 120 LIMF, mise en œuvre par les art. 10 à 19 OIMF-FINMA (comp. le principe ancré à l'art. 120 al. 1 LIMF avec la technicité des art. 14 et 15 OIMF-FINMA sur le calcul des positions fondés sur des dérivés de participation)
- Art. 11 al. 2 et 12 OB → Circ. 2017/1 Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et contrôles internes des banques (14 pages, 105 Cm, 4791 mots)
- Art. 12 al. 2 OB: «elle doit notamment déterminer, limiter et contrôler (...) les risques opérationnels» → Circ. 2023/1 Gestion des risques opérationnels et garantie de la résilience opérationnelle (16 pages, 114 Cm, 6409 mots)



La menace des règles

- **Le besoin de règles:** les règles répondent à une demande de sécurité du droit
- **La menace des règles:** les règles viennent retirer un pouvoir d'appréciation
 - P.ex.: les *exception to policies* dans le domaine du crédit hypothécaire

«(...) La FINMA continuera à surveiller l'application de la réglementation fondée sur des principes dans ce domaine et envisagera, selon l'évolution des risques, une réglementation fondée sur des règles.»

(<https://www.finma.ch/fr/documentation/dossier/dossier-hypothekarmarkt/risiken-im-zusammenhang-mit-immobilien-und-hypothecken-2024/>)



Des principes pour répondre aux défis technologiques

- Une réglementation fondée sur les principes permet de répondre aux défis technologiques
- La norme se concentre sur les objectifs et laisse la technologie à la mise en œuvre (neutralité technologique)
- Une réglementation fondée sur les principes permet d'intégrer des modèles d'affaires innovant dans le domaine de la surveillance
 - Cycle:
 - Principes: expérimentation et apprentissage par des normes ouvertes →
 - évaluation *ex post* et ajustements/calibrages →
 - normes plus précises et prévisibles → Règles (ou maintien des principes)



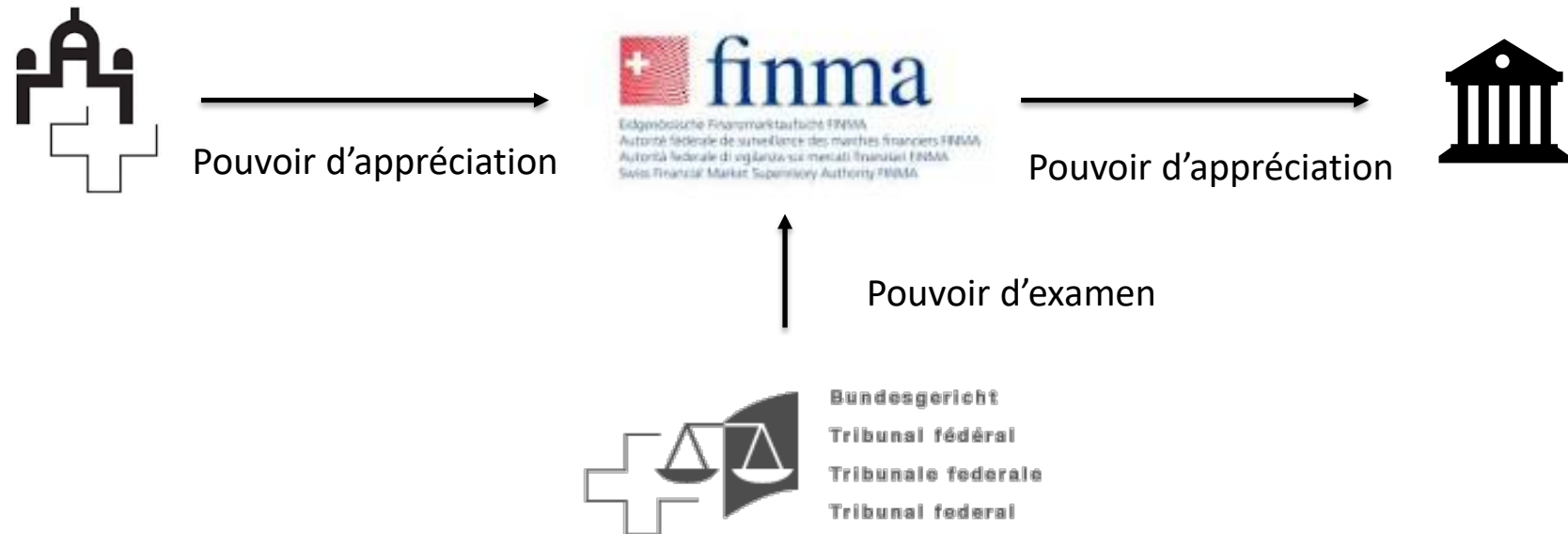
Pour conclure

- Une réglementation fondée sur les principes reste désirable
 - La norme doit exprimer clairement des attentes en termes d'objectifs – accepter le caractère indéterminé de la norme, plutôt que prescrire le moyen de les atteindre
 - La mise en œuvre et la surveillance doivent s'orienter principalement sur les moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif (en tenant compte des particularités du cas d'espèce et du principe de proportionnalité)



Pour conclure

- Une réglementation fondée sur les principes reste désirable
 - Pour fonctionner un rapport de confiance entre le pouvoir législatif, l'autorité de surveillance et les assujettis est indispensable - «*reasonable people may disagree*»
 - La norme doit laisser à l'autorité un pouvoir d'appréciation (et laisser la place à l'erreur)
 - L'autorité doit laisser une marge de manœuvre aux assujettis et laisser la place à l'erreur
 - Les assujettis doivent assumer leur responsabilité et s'efforcer d'atteindre l'objectif



If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.

(James Madison/Alexander Hamilton, Federalist Paper N° 51)





CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Retour vers le futur

Colloque en l'honneur du Professeur Luc Thévenoz

3 septembre 2026