

# **BVGer B-645/2016 vom 17. September 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-09-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-645\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-645_2016)

FR: TAF B-645/2016 du 17 septembre 2018

IT: TAF B-645/2016 del 17 settembre 2018

## **Regeste**

Surveillance des marchés financiers (divers)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

#### **E. 1.1**

À teneur des art. 31 et 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 al. 1 LFINMA (RS 956.1), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. L'acte attaqué constitue une décision au sens de l'art. 5 PA. Le Tribunal de céans peut donc connaître de la présente affaire.

#### **E. 1.2**

A qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Il convient d'examiner si la recourante dispose de la qualité pour recourir contre les différents chiffres du dispositif.

##### **E. 1.2.1**

À titre de conclusion principale, la recourante requiert l'annulation de la décision attaquée ; dans le ch. 1 du dispositif de celle-ci, la FINMA a constaté que la recourante avait gravement enfreint le droit de la surveillance. Il convient d'admettre que celle-ci dispose d'un intérêt digne de protection à recourir contre cette constatation (cf. ATF 136 II 304 consid. 2.3.1 ; arrêt du TF 2C\_894/2014 du 18 février 2016 consid. 3 ; arrêts du TAF B-1568/2017 du 23 juillet 2018 consid. 1.2.1, B-4763/2017 du 29 juin 2018 consid. 1.2 ainsi que B-5657/2016 du 5 juin 2018 consid. 1.2 et les réf. cit. ; avis différent exprimé dans les arrêts du TF 2C\_303/2016 et 2C\_305/2016 du 24 novembre 2016 consid. respectivement 2.5 et 2.1 ainsi que 2C\_352/2016 du 9 décembre 2016 consid. 1.2.3 ; arrêt du TAF B-4354/2016 du 30 novembre 2017 consid. 1.2.1.2), pour les raisons exposées ci-après.

##### **E. 1.2.2**

Si la FINMA apprend que les prescriptions légales sur les marchés financiers ont été enfreintes ou si elle constate d'autres irrégularités, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA). Lorsque la procédure révèle que l'assujetti a gravement enfreint le droit de la surveillance et qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne doit être prise, la FINMA peut rendre une décision en constatation (art. 32

LFINMA). Attendu que la FINMA ne s'est pas référée à cet article dans ses considérants et qu'elle a prononcé des mesures visant le rétablissement de l'ordre légal, il convient de conclure qu'elle n'a pas constaté une violation grave au sens de l'art. 32 LFINMA mais des violations au sens de l'art. 31 LFINMA. Bien que la constatation par la FINMA dans le dispositif d'une décision que le droit de la surveillance a été enfreint ou que des irrégularités ont été découvertes au sens de l'art. 31 LFINMA revête essentiellement un caractère de motivation et ne constitue pas une fin en soi, contrairement au constat d'une violation grave ancré à l'art. 32 LFINMA qui présente également un aspect de sanction, son intégration explicite dans le dispositif n'en est pas pour autant inutile. Ce procédé a l'avantage de permettre au destinataire de remettre en cause cette conclusion de la FINMA tout en renonçant à contester les mesures ordonnées, les assujettis étant souvent disposés à suivre les recommandations de la FINMA dans le cadre de la surveillance prudentielle sans pour autant admettre avoir commis des irrégularités. Une situation similaire se présente lorsque la procédure devient sans objet, par exemple parce que les mesures en question ont déjà été mises en oeuvre ; dans un tel cas, la présence de cette constatation dans le dispositif permet de maintenir la procédure de recours sans que le recourant n'ait à alléguer un intérêt toujours actuel à obtenir une décision constatant l'absence d'un manquement de sa part, comme il en irait en l'espèce tout au moins pour une partie des mesures. Enfin, l'instance de recours estimant les mesures inutiles ou disproportionnées mais confirmant pour le reste l'existence d'une irrégularité ou d'une violation peut se contenter d'annuler les chiffres du dispositif concernés ; faute de constatation dans le dispositif de la décision attaquée, elle ne pourrait qu'admettre entièrement le recours alors même qu'elle confirme l'existence d'une violation dans les considérants, ce qui non seulement affaiblirait l'aspect préventif poursuivi par la surveillance des marchés financiers mais priverait le recourant de la possibilité de contester auprès du Tribunal fédéral l'existence d'une violation puisqu'elle ne figurerait pas dans le dispositif et que celui-ci ne s'y référerait pas. De la sorte, cette constatation permet plus de clarté et sert la sécurité du droit ; contrairement à celle prévue à l'art. 32 LFINMA, elle ne pourra en principe être prononcée par la FINMA qu'en combinaison avec des mesures.

### **E. 1.2.3**

La recourante dispose dès lors d'un intérêt digne de protection à recourir contre le ch. 1 du dispositif. Il en va manifestement de même du ch. 3 puisqu'il met les frais de la procédure à sa charge. S'agissant du ch. 2, on peut se demander si certaines mesures ordonnées par la FINMA portent atteinte aux intérêts dignes de protection de la recourante - voire revêtent réellement un caractère contraignant - puisqu'elles ne font qu'annoncer des démarches que l'autorité entend - et peut de toute manière - entreprendre dans le cadre de la surveillance courante, faute de quoi elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Cette question peut néanmoins rester ouverte compte tenu du résultat. En outre, l'interdiction enjoignant à la recourante de publier ses comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2015 sans l'approbation préalable de la FINMA n'est plus d'actualité puisque le rapport annuel de l'exercice 2015 a été publié peu de temps après le dépôt du recours ; ce dernier s'avère dès lors devenu sans objet sur ce point (cf. ATF 139 I 206 consid. 1.1). Il en va de même pour ce qui est de l'obligation de communiquer dorénavant dans ses comptes annuels la méthode comptable choisie puisque l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB, RS 952.02), entrée en vigueur le 1er janvier 2015, prévoit que l'annexe des comptes annuels doit comprendre un commentaire des méthodes appliquées pour l'identification des risques de défaillance et pour la détermination du besoin de corrections de valeur (cf. Annexe 1 de l'OB concernant la structure minimale des comptes annuels, partie E let. d).

### **E. 1.3**

Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable dans les limites exposées ci-dessus.

### **E. 2**

La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers, dont la loi fédérale sur les banques (LB, RS 952.0 ; art. 6 al. 1 en relation avec art. 1 al. 1 let. d LFINMA). Elle a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs ainsi que les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers ; elle contribue ce faisant à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA ; cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, en particulier 2771 s.). Elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal lorsqu'elle constate une infraction aux prescriptions légales sur les marchés financiers ou d'autres irrégularités (art. 31 LFINMA ; cf. ATF 136 II 43 consid. 3.1). La gravité d'une violation des normes applicables constitue une notion juridique indéterminée dont l'interprétation par la FINMA sera examinée avec réserve par le Tribunal de céans qui doit respecter la marge d'appréciation de l'autorité (cf. arrêt du TAF B-6815/2013 du 10 juin 2014 consid. 6.1 et les réf. cit.). Dans le choix de la mesure à adopter dans une situation concrète, la FINMA dispose d'une importante marge de manoeuvre (cf. ATF 135 II 356 consid. 3.1 ; arrêt du TF 2C\_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). Elle se conformera cependant aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que les principes de la proportionnalité et de la bonne foi.

### **E. 3**

La FINMA reproche à la recourante plusieurs manquements dans le cadre de sa relation d'affaires avec le Fonds B.\_\_\_\_\_ mettant en cause sa capacité d'identifier, limiter et surveiller les risques de crédit. La recourante pour sa part déclare ne pas remettre en question l'appréciation de la FINMA au sujet de cette affaire mais conteste les conclusions d'ordre général concernant sa gestion des risques. D'une part, elle estime que l'autorité, en omettant de prendre en compte les conclusions positives de sa société d'audit et du chargé d'enquête quant à son organisation en la matière, a constaté les faits de manière inexacte voire arbitraire (cf. infra. consid. 3.1). D'autre part, elle invoque une violation du droit fédéral par la FINMA lorsque celle-ci conclut que le système de contrôle des risques était déficient, expliquant que, dans le cas de la Fondation, un risque inhérent à l'activité bancaire s'était matérialisé dont l'impact était marginal sur les résultats de la banque (cf. infra. consid. 3.2).

#### **E. 3.1**

Dans un premier grief, la recourante reproche à la FINMA d'avoir constaté les faits de manière incomplète voire arbitraire en ne prenant pas en considération les conclusions - d'après elle positives - des rapports établis par G.\_\_\_\_\_ SA et F.\_\_\_\_\_ SA. Elle déclare ne pas remettre en cause les manquements constatés relatifs à l'identification des risques de crédit et la limitation de ces risques en lien avec le Fonds B.\_\_\_\_\_, mais estime que ces manquements ne sont pas susceptibles d'altérer les appréciations positives de G.\_\_\_\_\_ SA et F.\_\_\_\_\_ SA. Dans sa réponse, la FINMA explique avoir retenu les éléments les plus pertinents - à savoir ceux relatifs à l'affaire du Fonds B.\_\_\_\_\_ - en ajoutant que les

rapports de G. \_\_\_\_\_ SA, ceux de F. \_\_\_\_\_ SA ainsi que ses propres Supervisory Reviews font ressortir des faiblesses dans l'organisation de la recourante ainsi qu'au niveau de la documentation des décisions de crédit. Dans ses observations du 14 avril 2016, la recourante indique que les conclusions tirées des rapports alléguées par la FINMA dans sa réponse n'étaient pas recevables à ce stade de la procédure. Elle rappelle que son recours ne porte aucunement sur les constatations de la FINMA au sujet de la relation d'affaires avec la Fondation. D'après elle, les dysfonctionnements retenus dans ce cadre ne permettent cependant pas de conclure à une violation grave des prescriptions en matière de contrôle des risques.

### **E. 3.1.1**

À l'appui de son recours, le recourant peut invoquer: la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA). La constatation des faits est incomplète au sens de cette disposition lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure ; elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve, ou a fondé sa décision sur des faits erronés ; sont déterminants au sens de la disposition précitée les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. arrêt du TAF B-921/2015 du 1er juin 2015 consid. 3.1 et les réf. cit.). En vertu du principe de l'unité de la procédure, l'autorité de recours ne peut statuer que sur les rapports juridiques que l'autorité inférieure a examinés. Ainsi, l'objet du litige ne saurait s'étendre à des éléments qui ne sont pas compris dans l'objet du recours. Il s'ensuit que l'autorité de recours n'examine et ne juge, en principe, que les questions sur lesquelles l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dès lors, l'autorité de recours n'examine pas les prétentions et les griefs qui n'ont pas fait l'objet du prononcé de l'autorité inférieure sous peine de détourner sa mission de contrôle, de violer la compétence fonctionnelle de dite autorité, d'enfreindre le principe de l'épuisement des voies préables et, en définitive, de priver les parties d'un degré de juridiction (cf. ATAF 2013/56 consid. 1.5).

### **E. 3.1.2**

Dans la décision entreprise, la FINMA a centré ses arguments concernant la gestion insuffisante des risques par A. \_\_\_\_\_ sur le cas de la Fondation sans exposer de manière générale les constats établis par les sociétés précitées ou par elle-même. Dans l'état des faits de la décision, elle se réfère aux rapports d'audit de G. \_\_\_\_\_ SA et de F. \_\_\_\_\_ SA ainsi qu'aux Supervisory Reviews sans toutefois en exposer les constats en détail ; elle n'y revient plus dans la partie en droit. La recourante n'a pas été appelée à se prononcer sur ces aspects dans le cadre de la procédure d'enforcement qui a abouti à la décision entreprise. Il appert ainsi que la conclusion de la FINMA concernant la violation du droit de la surveillance en lien avec le contrôle des risques se fonde uniquement sur l'affaire entourant la Fondation et non pas sur les constats plus globaux des audits susmentionnés. Ce sont par conséquent les circonstances de ce cas particulier qui constituent les faits pertinents pour juger de la présente cause, ceux-là même que la recourante a expressément renoncé à remettre en question. Par ailleurs, les informations présentées dans les rapports - qui relèvent certes des aspects positifs pour la banque mais font également état de diverses lacunes - ne contiennent rien qui contredise les constatations de faits de la FINMA concernant le cas du Fonds B. \_\_\_\_\_ spécifiquement. Pour cette raison, les aspects tant positifs que négatifs exposés dans les rapports ne seront pas pris en considération dans

l'examen du respect par la recourante des exigences en matière de contrôle des risques dans le cas d'espèce, faute de quoi le Tribunal de céans se prononcerait sur des questions sortant de l'objet du litige.

### **E. 3.1.3**

Il découle de ce qui précède que la FINMA a constaté les faits pertinents à suffisance de droit. Le grief de la recourante doit être rejeté. Savoir si les manquements constatés dans le cas de la Fondation suffisent à retenir que la recourante ait gravement enfreint le droit de la surveillance constitue en revanche une question de droit qui sera traitée ci-dessous.

### **E. 3.2**

En second lieu, la recourante fait valoir une violation de l'art. 31 LFINMA en expliquant qu'elle n'avait commis aucune violation du droit de la surveillance en matière de contrôle des risques de crédit. Mis à part les constats selon elle positifs des divers rapports d'audit - qui sortent du cadre du litige et ne sont dès lors pas pertinents - dont elle se prévaut, elle déclare que la perte subie dans la relation avec la Fondation découle d'une fraude dont celle-ci a vraisemblablement été victime, correspondant à un risque difficilement maîtrisable qui peut se réaliser indépendamment de la mise en place d'un système de contrôle interne efficace. Cette perte de 15.3 millions de francs doit en outre être mise en perspective avec le total des crédits octroyés par la recourante - soit environ 15.306 milliards de francs au 31 décembre 2013 - ainsi qu'avec le bénéfice réalisé en 2014 à hauteur de 120 millions de francs. Pour ces motifs, la recourante indique que le Fonds B. \_\_\_\_\_ ne faisait pas partie de ses "gros risques".

#### **E. 3.2.1**

En vertu de l'art. 3 al. 2 let. a LB, les statuts, les contrats de société et les règlements de la banque en définissent exactement le champ d'activité et prévoient l'organisation correspondant 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, d'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. Ces exigences sont précisées aux art. 9 ss de l'OB, qui a abrogé (art. 67 OB) et remplacé l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques (aOB, RO 1972 832). Ces dispositions correspondent en substance à celles des art. 7 ss aOB. La FINMA a pour sa part précisé ces règles dans la Circulaire 2008/24 "Surveillance et contrôle interne - banques", entrée en vigueur le 1er janvier 2009, qui a succédé à la Circulaire de la Commission fédérale des banques 06/6 "Surveillance et contrôle interne" et a été remplacée à son tour par la Circulaire 2017/1 "Gouvernance d'entreprise - banques" entrée en vigueur le 1er juillet 2017. D'après les règles générales régissant la détermination du droit applicable, on applique, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (cf. ATF 137 V 105 consid. 5.3.1). Attendu que les événements en lien avec le Fonds B. \_\_\_\_\_ se sont déroulés avant le 1er janvier 2015, l'affaire devra être jugée à la lumière des dispositions pertinentes de l'aOB. Au résultat, cette distinction ne porte pas à conséquence compte tenu de la forte similarité voire l'identité entre les articles des deux ordonnances applicables au cas d'espèce. En vertu de l'art. 9 al. 2 aOB, la banque fixe, dans un règlement ou dans des directives internes, les principes de gestion des risques ainsi que les compétences et la procédure en matière d'octroi de l'autorisation 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. La documentation interne de la banque concernant les décisions et la surveillance relatives aux affaires comportant des risques doit être conçue de façon à permettre à la société d'audit d'apprécier correctement les activités (art. 9 al. 3 aOB). La banque veille à ce qu'il y ait un système de contrôle interne efficace. Elle institue notamment un organe interne de révision indépendant de la direction (art. 9 al. 4 aOB). Dans sa Circulaire 2008/24, la FINMA a précisé qu'il incombait au conseil d'administration de la banque de réglementer, d'instaurer, de maintenir, de surveiller et de valider régulièrement un contrôle interne approprié adapté à la taille, à la complexité, à la structure et au profil de risque de l'établissement. En instaurant un contrôle interne basé sur une analyse systématique des risques et en le surveillant, le conseil d'administration s'assure que tous les risques significatifs auxquels s'expose l'établissement sont identifiés, limités et surveillés. L'analyse systématique des risques doit être documentée par écrit (cm. 9 s.). Pour sa part, la direction opérationnelle était tenue d'élaborer des procédures appropriées pour identifier, mesurer, évaluer, analyser et contrôler les risques pris par l'établissement ; la fonction de compliance et le contrôle des risques font en particulier partie des procédures à mettre en place (cm. 81). La compliance signifie la conformité aux prescriptions légales, réglementaires et internes notamment (cm. 97). Les passages correspondants de la Circulaire 06/6 de la CFB entrée en vigueur le 1er janvier 2007 présentent une teneur identique.

### **E. 3.2.2**

La recourante exerçait d'une part la fonction de banque dépositaire pour les parts des fonds mis sur pied par E. \_\_\_\_\_ Ltd détenues par la Fondation. D'autre part, elle a octroyé à celle-ci des crédits dont la somme s'élevait à 15.3 millions de francs au 31 décembre 2013. C'est sur ce dernier aspect de la relation bancaire que portent les violations reprochées à la recourante.

#### **E. 3.2.2.1**

Comme le relève la FINMA, il ne semble pas que la recourante ait procédé à un examen approprié des risques tant au moment de l'octroi du premier crédit que des augmentations subséquentes. Plusieurs aspects de la gestion du dossier et la documentation présentent en effet des lacunes. L'avance à terme fixe a manifestement été octroyée, renouvelée pendant des années et même augmentée sans réel effort d'analyse de la situation. Rien dans la documentation n'indique un examen sérieux du risque lié au crédit. Ainsi, la rubrique "Faiblesses et risques" n'a généralement pas été complétée dans les protocoles de crédit successifs, fût-ce au moment de l'octroi initial, à l'occasion de la demande de nantissement - lorsque l'erreur de classement a été constatée et une garantie exigée - ou encore lors des renouvellements. S'il est compréhensible que le renouvellement d'un crédit octroyé pour une durée allant de trois à six mois ne donne pas lieu à chaque reprise à un examen détaillé, il ne doit pas être réduit à une simple formalité, comme en l'espèce, alors même que le montant du crédit a augmenté de 5 millions de francs en 2009 à 15.3 millions en 2011. A. \_\_\_\_\_ aurait dû également se pencher sur le risque de perte - qui s'est réalisé en fin de compte - auquel l'exposait la concentration des investissements de la Fondation dans quatre fonds de placement créés par la même société. Il ressort en effet des rapports de révision de la Fondation que les parts détenues dans les fonds de E. \_\_\_\_\_ Ltd constituaient une part

très importante de ses actifs, atteignant même plus de 62% au 31 décembre 2010, et plus de respectivement 52% et 48% à la fin des deux exercices suivants. Le crédit obtenu de A.\_\_\_\_\_ correspondait pour sa part à un cinquième de la somme du bilan de la Fondation à la fin de l'exercice 2011. Rien dans le dossier n'indique que cette concentration et le risque en découlant aient été découverts et examinés par la banque. Or, le crédit que A.\_\_\_\_\_ a accordé à la Fondation visait à augmenter encore l'engagement de cette dernière dans les fonds en question renforçant de la sorte cette concentration. Les protocoles de crédit contenaient pendant plusieurs années l'indication selon laquelle la Fondation était "Client exclusivement A.\_\_\_\_\_". Ce n'est que dans le dernier protocole de crédit du 12 septembre 2013 que la présence d'avoirs dans une autre banque a été mentionnée alors que les rapports de révision de la Fondation mentionnaient - tout au moins depuis 2009 - tant A.\_\_\_\_\_ que cet autre établissement en tant que banques dépositaires et qu'il ressortait des bilans qu'une partie des avoirs n'était pas déposée chez A.\_\_\_\_\_. Même lorsque les comptes de E.\_\_\_\_\_ Ltd auprès de A.\_\_\_\_\_ ont fait l'objet de deux séquestres, en mai et octobre 2013, sur requête de clients n'ayant pas obtenu le remboursement de leurs placements, la recourante n'a pas réagi promptement. Ayant découvert qu'il existait un problème éventuel dans la gestion ou la qualité des fonds pouvant péjorer leur valeur, A.\_\_\_\_\_ aurait dû immédiatement s'interroger sur la qualité de ceux-ci étant donné que des parts constituaient le nantissement du crédit de 15.3 millions de francs octroyé à la Fondation. Or, il ne ressort pas du dossier que A.\_\_\_\_\_ ait entrepris des démarches dans ce sens : le protocole de crédit du 31 mai 2013 ne contenait aucune indication à ce sujet alors que le premier séquestre avait déjà été prononcé, celui du 12 septembre 2013 relève certes que très peu d'informations étaient disponibles sur ces fonds mais indique qu'il n'y avait aucune augmentation du risque. Dans ce dernier protocole, la rubrique "Faiblesses et risques" était remplie pour la première fois. Ce n'est qu'ultérieurement, dans le processus d'audit interne entrepris après que E.\_\_\_\_\_ Ltd se soit montrée incapable de rembourser les placements de la Fondation, que ces fonds ont été examinés et jugés d'une grande opacité. À cet égard, il a été conclu qu'en vue d'en déterminer la valeur réelle, il aurait été nécessaire d'obtenir un inventaire complet et détaillé de leurs actifs ainsi que les rapports de leur organe de révision attestant de l'exactitude des valeurs nettes d'inventaire communiquées par la direction des fonds. Ces lacunes n'ont pas été corrigées par le service de surveillance compétent. Les protocoles de crédit ont ainsi toujours obtenu son visa sans le moindre commentaire. Ce même service n'a initialement pas réalisé que la Fondation avait été classée par erreur en tant que CDP ce qui a eu pour conséquence de lui octroyer dans une première phase un crédit entièrement en blanc alors qu'elle aurait dû fournir des garanties ; cette erreur a également faussé l'attribution de la compétence d'octroyer le crédit de sorte qu'une instance de la banque a accordé des montants supérieurs à ce que la réglementation interne prévoyait. Lorsque la faute a ultérieurement été constatée, une garantie - sous la forme du nantissement des titres - a été exigée. Malgré cela, la Fondation était désignée dans de nombreux protocoles par la suite comme CDP sans que cela ne soit corrigé. Déjà pour ces motifs, il appert que la recourante a omis d'identifier, de limiter et de surveiller les risques présentés par cette relation d'affaires et, de la sorte, a manqué à son devoir de contrôle.

### **E. 3.2.2.2**

Certains autres aspects de la gestion des risques découlant de cette relation d'affaires s'avéraient aussi contestables. Il ressort ainsi du dossier que la recourante n'a pas reçu de procuration en bonne et due forme autorisant C.\_\_\_\_\_ SA à agir au nom de la Fondation

et fixant l'étendue de ses pouvoirs. Dans ses courriers du 19 septembre et du 28 novembre 2014, la recourante a expliqué à la FINMA qu'elle n'avait pas jugé nécessaire de requérir une procuration car la Fondation était la seule cliente dont les avoirs étaient gérés par C. \_\_\_\_\_ SA. À des fins de transparence et de contrôle, cette justification aurait dû être notée expressément dans le dossier du Fonds B. \_\_\_\_\_. Elle a d'ailleurs adopté au plus tard en juillet 2013 un règlement concernant la manière de procéder avec les gestionnaires indépendants exigeant la remise d'une telle procuration. La recourante relève que la Fondation lui avait communiqué en août 2003 qu'elle avait confié un mandat de gestion à D. \_\_\_\_\_ et, dans un courrier du 22 mai 2008, lui avait donné l'instruction d'acheminer toute la correspondance relative à ses placements à l'attention de C. \_\_\_\_\_ SA. En réalité, le courrier du 28 août 2003 informait la banque que D. \_\_\_\_\_ avait été nommé expert financier avec droit de regard sur les placements et non pas gestionnaire. Un mandat de gestion discrétionnaire aurait été octroyé par la Fondation à C. \_\_\_\_\_ SA en 2008 (selon le rapport d'audit interne de A. \_\_\_\_\_ du 1er mai 2014) ou en 2009 (selon le rapport de G. \_\_\_\_\_ du 18 juillet 2014) sans toutefois qu'une pièce ne soit produite à l'appui de cette affirmation. Il semblerait dès lors que la recourante se soit contentée dès le départ de l'accord tacite de la direction du Fonds B. \_\_\_\_\_ - qui a signé les contrats de crédits successifs demandés par C. \_\_\_\_\_ SA - pour avaliser les opérations ordonnées par les représentants de C. \_\_\_\_\_ SA, comme elle l'admet dans son courrier du 28 novembre 2014. Ce procédé n'est certes pas illicite mais imprudent compte tenu du risque de voir la cliente contester la décision du mandataire ou que ce dernier procède à des opérations dépassant le cadre des pouvoirs qui lui ont été octroyés sans que la première ne s'en rende compte à temps ; il était susceptible d'exposer la recourante - du moins au début de la relation d'affaires, lorsque la liberté de manoeuvre de C. \_\_\_\_\_ SA en matière de placements n'était encore pas connue - à une demande de compensation de la Fondation en cas de pertes.

### **E. 3.2.2.3**

D'autres agissements ou omissions critiqués par la FINMA semblent en revanche moins problématiques du point de vue du contrôle des risques. Le fait que la recourante n'ait pas remarqué - ou tenu compte du fait - que la Fondation était, en tant qu'institution de prévoyance, soumise à des prescriptions particulières en matière de placements ne crée en soi pas un risque tangible pour la banque. Il ne peut en effet être fait grief à la recourante de ne pas avoir surveillé le respect des normes de placement ancrées dans la législation sur la prévoyance professionnelle ; en tant que banque de dépôt intervenant dans le cadre d'un mandat execution only, elle n'avait pas le devoir de contrôler si les décisions d'investissement de la Fondation étaient conformes aux obligations auxquelles celle-ci était soumise, ni celui de la conseiller dans ses décisions d'allocation d'actifs et lui indiquer si elles étaient judicieuses. De la sorte, la recourante ne courait pas le risque de voir la Fondation exiger d'elle un dédommagement pour violation de son devoir de diligence qui au résultat aurait fait supporter à la banque la perte subie. Dans ce contexte, il convient également de relever que les rapports de révision de la Fondation avaient constaté des dépassements de limites en lien avec les dispositions en matière de placements mais pas relevé de manquements graves ou un risque d'insolvabilité. Il ne peut dès lors être conclu à une violation par A. \_\_\_\_\_ des normes de contrôle des risques. Il en va de même du conflit d'intérêts dans lequel se trouvait le gestionnaire externe. La banque en était certes consciente et aurait dû le relever dans la documentation, ce d'autant plus qu'elle ne disposait pas d'une procuration. Ce comportement, dans le cadre d'une relation execution only, ne

contrevient cependant pas au devoir d'identification des risques dans la mesure où la Fondation ne pouvait ignorer le conflit d'intérêts et qu'elle a néanmoins confié les décisions de placement à C.\_\_\_\_\_ SA.

### **E. 3.2.3**

Il reste à examiner si les manquements constatés ci-dessus constituent une violation du droit de la surveillance et, le cas échéant, si cette violation doit être qualifiée de grave.

#### **E. 3.2.3.1**

Comme il a déjà été exposé plus haut (cf. consid. 3.1), les arguments fondés sur les divers rapports d'audit n'ont pas à être pris en considération. Cependant, contrairement à l'avis de la recourante, le constat d'une violation du droit de la surveillance, en l'espèce des normes relatives au contrôle des risques, peut selon les circonstances se fonder sur un seul cas connu sans qu'il ne soit nécessaire d'établir l'existence de lacunes systématiques ou substantielles du système mis en place par la banque. Il est vrai, comme l'indique la recourante, que la matérialisation d'un risque de perte est inhérente à l'activité bancaire. Ce n'est pas sur la survenance de ce risque en soi que le contrôle des risques par la recourante doit être jugé mais sur les précautions qu'elle a prises afin de l'éviter ou de le minimiser. Or, en l'espèce, elle n'a pas pris toutes les précautions nécessaires. Comme il a été exposé ci-dessus (cf. supra consid. 3.2.2.1), l'analyse et la documentation de la situation de la Fondation en vue de l'octroi et du renouvellement du crédit se sont avérées insuffisantes. La recourante ne peut ensuite être suivie lorsqu'elle relativise la perte en la comparant au total des crédits octroyés ou à son bénéfice annuel : d'une part, si l'intensité de l'examen dépend entre autres de l'ampleur du crédit, les procédures mises en place afin de contrôler les risques doivent néanmoins être respectées indépendamment de cet aspect, ce que la recourante a omis de faire en l'espèce ; d'autre part, la perte de 15.3 millions de francs a péjoré le bénéfice net de l'exercice 2014 de manière notable, soit de plus de 11% à 120 millions de francs, et se montait à 19% de la provision forfaitaire de 80 millions de francs constituée pour cet exercice. Un impact de cette importance aurait pu, si non être évité, du moins limité si la recourante avait fait le nécessaire pour évaluer le risque posé par cette relation d'affaires et renoncé à financer l'acquisition de parts supplémentaires des fonds créés par E.\_\_\_\_\_ Ltd contre nantissement des parts déjà en possession de la Fondation, ce qui a eu pour conséquence d'augmenter l'exposition de celle-ci - et par répercussion celle de A.\_\_\_\_\_ - à un risque de défaillance de ces fonds.

#### **E. 3.2.3.2**

Il appert dès lors que ce dossier n'a pas fait l'objet d'un suivi suffisamment sérieux. Les lacunes dans sa gestion se révèlent systématiques, récurrentes et manifestes. Elles constituent dès lors plus qu'un manquement simple ou isolé aux normes de contrôle des risques mais bien une violation de celles-ci.

#### **E. 3.2.3.3**

Se pose ensuite la question de savoir si cette infraction peut être qualifiée de grave comme l'estime la FINMA. Cette question doit être examinée à la lumière de la finalité des exigences en matière de contrôle des risques soit - au-delà de la sauvegarde des intérêts de la banque concernée elle-même - la protection des créanciers, investisseurs et déposants ainsi que la stabilité des marchés financiers, ainsi qu'en fonction de la disparité entre le comportement attendu de la banque et ses agissements réels, tout en respectant la latitude de jugement de la FINMA (cf. supra consid. 2). Si, comme il a été relevé plus haut, la gestion

du dossier était lacunaire, rien n'indique toutefois que le crédit ait été octroyé de manière gravement négligente. Il ne ressortait pas des rapports annuels de la Fondation - dont la recourante disposait - que celle-ci souffrait de problèmes financiers. Dès que la recourante a constaté l'erreur de classification, elle a exigé un nantissement et n'a octroyé qu'une avance partielle en conformité avec ses directives. Le fait qu'elle n'ait pas remis en question la valeur nette d'inventaire communiquée par la direction des fonds ne permet pas non plus de conclure à une grave négligence en l'espèce. Comme il a été exposé ci-dessus (cf. supra consid. 3.2.2.3), la situation de conflits d'intérêts et le respect des normes en matière de placement des fonds de prévoyance ne peuvent être retenus à la charge de la recourante. Bien qu'il faille respecter la marge d'appréciation de la FINMA, on ne peut en l'espèce retenir l'existence d'une déviation suffisante par rapport aux normes ou à la pratique en matière de gestion des risques justifiant de conclure à une violation grave de celles-ci.

### **E. 3.3**

Il découle de ce qui précède que la recourante a enfreint le droit de surveillance en matière de gestion des risques. Cette violation ne pouvant cependant être qualifiée de grave, le recours doit être partiellement admis.

### **E. 4**

La FINMA reproche à la recourante une violation des prescriptions comptables applicables aux banques en lien avec la fixation des correctifs de valeurs pour les risques latents de crédit ainsi qu'avec la manière dont les pertes découlant de la relation d'affaires avec la Fondation ont été comptabilisées. Pour sa part, la recourante estime que la méthode de calcul desdits correctifs - pratiquée jusqu'en 2014 - était conforme aux règles applicables et était connue de la FINMA ; de même, la comptabilisation des pertes respectait les principes en matière de comptabilité.

#### **E. 4.1**

Les exigences en matière de comptabilité des banques étaient fixées aux art. 23 ss aOB en vigueur au moment des faits. La FINMA les a concrétisées dans la Circulaire 2008/2 Comptabilité - banques (ci-après : Circ. 2008/2) remplacée depuis lors par la Circulaire 2015/1 Comptabilité banques (ci-après : Circ. 2015/1) entrée en vigueur le 1er janvier 2015. Attendu que les reproches de la FINMA portent sur les comptes semestriels et annuels jusqu'à l'exercice 2014, ces normes sont applicables au cas d'espèce (cf. supra consid. 3.2.1). Selon l'art. 23 al. 1 aOB, les comptes annuels se composent du bilan, du compte de résultat et de l'annexe. Ils sont complétés par le rapport annuel ; ce dernier contient également des informations sur les événements essentiels intervenus après la date du bilan. En vertu de l'art. 24 al. 1 aOB, le bouclage individuel d'une banque est dressé conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes, de manière à donner un aperçu aussi sûr que possible du patrimoine, de la situation financière et des résultats de la banque. Figurent parmi ces principes notamment la clarté, la continuité dans la présentation et l'évaluation, la prudence et le caractère essentiel des informations (art. 24 al. 2 let. c, d, e et g ; cf. infra consid. 4.3.2). L'art. 25 al. 1 aOB dresse une liste des rubriques devant impérativement apparaître au bilan du bouclage individuel dont les "correctifs de valeurs et provisions" qui figurent au passif (ch. 2.9). Les risques de pertes tangibles et latents doivent en effet être couverts par des correctifs de valeurs appropriés, tant dans les bouclages intermédiaires que dans le bouclage annuel. La détermination de l'ampleur des correctifs de valeurs doit être faite selon une approche systématique

prenant en compte les risques - tangibles - du portefeuille ; des correctifs de valeurs forfaitaires supplémentaires peuvent être constitués afin de couvrir les risques latents présents lors de la date-critère d'évaluation (Circ. 2008/2 cm. 18 ss). Les risques latents de défaillance sont ceux qui existent dans un portefeuille de crédit lors de la date-critère d'évaluation, compte tenu des expériences, mais qui ne peuvent pas être attribués à un preneur de crédit ou à une créance particuliers. L'estimation des risques latents de défaillance peut, à titre d'exemple, être effectuée au moyen des chiffres relevés par le passé (Circ. 2008/2 cm. 249b). Les principes d'évaluation doivent garantir une attribution et une utilisation des correctifs de valeurs et des provisions, tant individuels que forfaitaires, conformes à leur but et à leur désignation (Circ. 2008/2 cm. 29c). Leur affectation doit être fixée avec précision, de sorte que la conformité du but et de la désignation ainsi que la périodicité de leur utilisation soient contrôlables et vérifiables ultérieurement (Circ. 2008/2 cm. 42). Le compte de résultat du bouclage individuel doit contenir entre autres la rubrique "correctifs de valeurs, provisions et pertes" (art. 25a al. 1 ch. 2.3 aOB). La répartition des correctifs de valeurs et provisions ainsi que des réserves pour risques bancaires généraux et l'aperçu de leurs variations en cours d'exercice doivent figurer dans l'annexe (art. 25c al. 1 ch. 3.9 aOB), selon la structure de présentation minimale du tableau synoptique E « Correctifs de valeurs et provisions / Réserves pour risques bancaires généraux ». Celui-ci doit notamment afficher, outre l'état à la fin de l'exercice précédent ainsi qu'à la fin de l'exercice de référence, les utilisations conformes à leur but des correctifs de valeurs et provisions, les nouvelles constitutions à charge du compte de résultat ainsi que les dissolutions au profit du compte de résultat (Circ. 2008/2 cm. 169 et p. 90).

#### **E. 4.2**

À titre préalable, il convient de relever que la FINMA et surtout la recourante se servent alternativement des termes "correctifs de valeurs" et "provision" pour désigner le même objet, soit le compte destiné à couvrir les risques latents de défaillance. Attendu que la Circ. 2008/2 utilisait uniquement la désignation "correctifs de valeurs" dans ce contexte, on retiendra cette dénomination par souci d'uniformité en désignant cependant le pourcentage de la somme des crédits arrêté pour couvrir les risques latents comme "taux de provisionnement". La Circ. 2015/1 indique à présent que les correctifs (ou corrections) de valeurs, dont ceux pour risques latents de défaillance (Circ. 2015/1, cm. 411), doivent dorénavant être portés en déduction de l'actif concerné (Circ. 2015/1, cm. 60 et p. 185), tandis que selon la Circ. 2008/2, ils figuraient tout comme les provisions au passif. En outre, la FINMA et la recourante s'opposent sur la question de savoir si cette dernière a utilisé des "fourchettes d'évaluation" pour fixer le montant des correctifs de valeurs, ce dont la recourante se défend. Il appert cependant que A.\_\_\_\_\_ a bel et bien déterminé des taux cibles afin de déterminer les montants minimaux et maximaux entre lesquels la provision retenue en fin de compte devra se situer et qui, partant, s'avèrent assimilables au résultat à des fourchettes d'évaluation. Le fait que ces valeurs servent à rendre plausibles ses propres calculs, comme elle l'explique, n'y change rien. Elle relève d'ailleurs elle-même qu'il s'agit d'un vocable indéfini. On peut dès lors dans la suite de cet arrêt utiliser le terme de fourchettes d'évaluation sans pour autant en préjuger de la licéité.

#### **E. 4.3**

S'agissant de la méthode de calcul, le grief principal de la FINMA porte sur la variation, d'une année à l'autre, du taux de provisionnement qui, selon elle, permettait à la recourante d'absorber des pertes et de présenter un bénéfice plus élevé que si elle avait fait usage d'un

taux fixe ; par ailleurs, ces variations ainsi que le manque de transparence à leur sujet compliquaient la comparaison entre les exercices successifs. En outre, si la FINMA ne semble pas critiquer le montant des correctifs en soi, elle reproche à la recourante de ne pas avoir retenu le taux cible maximum utilisé dans le cadre de la méthode de calcul - soit le haut de la fourchette d'évaluation - en violation du principe de la prudence. La recourante conteste avoir utilisé la méthode de calcul afin de dissimuler des pertes. Elle affirme qu'elle a communiqué cette méthode dans les rapports de gestion de manière suffisante et estime avoir respecté les prescriptions comptables. Comme il a été exposé ci-dessus (cf. supra consid. 4.1), les correctifs de valeurs doivent être fixés selon une approche systématique prenant en compte les risques du portefeuille - en l'occurrence les risques latents - et en fonction, par exemple, de chiffres constatés par le passé. Cependant, comme le relève la recourante, la circulaire ne fournit pas plus d'informations sur la méthode à utiliser. Outre garantir une estimation fiable et sérieuse du besoin en correctifs, celle-ci doit bien entendu se conformer aux principes généraux régissant la comptabilité dont ceux de la prudence, de la continuité, de la clarté ainsi que du caractère essentiel de l'information (principe de la matérialité).

#### **E. 4.3.1**

Selon les explications de A. \_\_\_\_\_, le montant total des correctifs de valeurs forfaitaires évoluait en fonction du volume des crédits, de leur répartition dans les diverses classes de rating, de la migration des ratings - amélioration ou détérioration du portefeuille - ainsi que du taux de provisionnement. La recourante calculait ce dernier en se fondant sur la migration des ratings des classes R1 à R7 en classe R8, mais aussi sur la base de ses pertes propres ainsi que selon son appréciation du risque. Les taux de provisionnement étaient adaptés à l'évolution du risque. L'ampleur de cette correction d'une année à l'autre se basait sur l'expérience, l'appréciation de la situation économique et l'évolution du volume en général. Interrogée sur le rôle attribué à la fourchette de 0.5 à 0.6 %, la recourante a expliqué que ces valeurs servaient de cadre de référence lui permettant de s'assurer de l'adéquation économique de ses correctifs dans le sens d'un contrôle de plausibilité. Il appert dès lors que la banque a eu recours à un type de méthode correspondant à celui décrit brièvement dans la Circ. 2008/2.

#### **E. 4.3.2**

Se pose ensuite la question de savoir si la manière de procéder de A. \_\_\_\_\_ garantissait une transparence suffisante et respectait les principes comptables ou si, comme le lui reproche la FINMA, elle lui permettait de dissimuler des pertes.

##### **E. 4.3.2.1**

La présentation claire et fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats (principe de la clarté des informations) doit être assurée par une structure précise et des désignations claires ; la structure minimale du bilan, du compte de résultat, de l'annexe et du tableau de financement des banques et groupes bancaires est régie en l'espèce par les articles topiques de l'aOB (Circ. 2008/2 cm. 3). Il ressort des rapports annuels que A. \_\_\_\_\_ a mentionné le total des correctifs de valeurs et des provisions dans les rubriques prévues par l'aOB et la Circ. 2008/2 - y compris dans le Tableau E faisant état de l'évolution de ce poste - et, partant, a respecté les exigences en ce qui concerne la structure des comptes. Elle n'a pas indiqué spécifiquement le montant des correctifs de valeurs pour risques latents - contrairement aux banques cantonales (...) et (...) par exemple. Néanmoins,

leur montant approximatif peut être déduit des indications contenues dans les rapports ; ainsi, dans celui de 2014, il est indiqué en page 55 que les correctifs de valeurs et provisions comprennent entre autres les "provisions pour risques de défaillance des débiteurs" à hauteur de 148.1 millions de francs représentant 1 % du total des crédits (sans les crédits aux collectivités de droit public) ; en page 58, que l'ensemble des correctifs de valeurs, provisions et pertes à charge de l'exercice 2014 totalise 21.1 millions de francs, chiffre qui figure également en page 65 dans le compte de résultat ; en page 79, que les correctifs de valeurs individuels se montent à 67.6 millions de francs environ. Le résultat de la soustraction de ce dernier montant de la somme totale de 148.1 millions - soit 80.5 - correspond à peu de chose près au montant des correctifs de valeurs pour risques latents fixés pour cette année à hauteur de 80 millions de francs. Le même calcul s'avère possible pour les exercices des années précédentes. À cela vient s'ajouter le fait que les normes applicables - aOB et Circ. 2008/2 - n'exigeaient pas une présentation distincte des différents types de correctifs et provisions et qu'aucun motif ne justifiait un traitement différent dans le cas d'espèce. Il en va de même de la méthode de calcul : aucune norme ou instruction n'exigeait de la banque qu'elle communique sa méthode de calcul dans ses rapports annuels.

#### **E. 4.3.2.2**

Selon le principe de la continuité, une banque est tenue, tant en ce qui concerne la présentation que l'évaluation, de dresser chaque bouclément selon les mêmes principes, de manière à garantir la comparaison dans le temps (Circ. 2008/2 cm. 10). D'après les indications de la recourante, les taux de provisionnement jusqu'en 2002 étaient de 0.75 % et 1 % selon les crédits. Après l'adoption de la méthode litigieuse en 2003, ce taux se montait à environ 0.75 % du total des crédits ne faisant pas l'objet de correctifs individuels. Le taux a baissé par la suite pour atteindre 0.52 % pour l'exercice 2009, 0.59 % pour 2010, 0.56 % pour 2011, 0.50 % pour 2012, 0.57 % pour 2013, 0.50 % au 30 juin 2014 et 0.53 % au 31 décembre 2014. Dans un système à taux fixe comme l'exige la FINMA, le montant des correctifs évolue en parallèle au développement des créances à couvrir. Dans le système retenu par A. \_\_\_\_\_ entre 2003 et 2014, cette relation était moins immédiate ; il se pouvait en effet que ce montant augmente ou baisse tandis que le total des créances évoluait en sens inverse. La recourante explique cette diminution globale par l'amélioration de la qualité du portefeuille tout en expliquant qu'elle adaptait le taux applicable aux différentes classes de risque notamment en fonction de l'évolution du portefeuille d'une année à l'autre, ce qui a d'ailleurs entraîné une augmentation du taux dans certaines années. Cela ne contrevient cependant pas au principe de la continuité puisque, d'une part, le montant approximatif des correctifs pour risques forfaitaires ressortait des rapports annuels (cf. supra consid. 4.3.2.1) et que, d'autre part, la méthode appliquée par A. \_\_\_\_\_ n'a en elle-même pas été changée ; dès lors, les boucléments successifs étaient établis de manière permettant la comparaison dans le temps.

#### **E. 4.3.2.3**

Il est vrai que cette manière de calculer les correctifs de valeurs menait à une double fluctuation des montants des correctifs d'une année à l'autre, soit en fonction du volume des crédits auxquels les correctifs étaient destinés ainsi qu'en fonction du taux retenu. La marge de manoeuvre qui en découle permet une plus grande manipulation volontaire que dans un système à taux fixe. À l'inverse, elle peut conduire à une estimation plus nuancée et éventuellement plus précise du niveau de correctifs nécessaire. Quoi qu'il en soit, on ne peut suivre la FINMA lorsqu'elle déclare que ce procédé permettait d'absorber des pertes à la

convenance de la banque voire de les dissimuler tout en présentant un résultat annuel meilleur. D'une part, compte tenu du fait que l'utilisation des correctifs ressort du Tableau E tout comme la constitution de nouveaux correctifs et la dissolution de correctifs existants, tandis que le montant total à charge de l'exercice en cours apparaît au compte de résultat, la marge de manoeuvre que la méthode procure à la recourante ne permet pas de manipulation significative. D'autre part, dans son rapport détaillé au conseil d'administration sur les comptes annuels 2013, G.\_\_\_\_\_ SA a recommandé de formaliser la méthode utilisée dans la réglementation interne tout en indiquant que, sur la base de son audit, les variations des taux d'une année à l'autre n'avaient pas d'impact significatif sur les comptes financiers (p. 10 du rapport). Ces mêmes arguments s'opposent au reproche concernant la comptabilisation de la perte engendrée par l'affaire du Fonds B.\_\_\_\_\_ ; même à admettre que, comme le déclare la FINMA, les correctifs de valeurs et provisions non liés à un risque individuel devraient, conformément à une règle acquise en comptabilité, être maintenus en permanence dans le bilan et les éventuelles pertes comptabilisées directement dans le compte de résultat, il ne peut être conclu à une volonté de dissimulation ou à une violation des principes comptables : en effet, si les pertes en lien avec des crédits ne faisant l'objet que d'un correctif pour risques latents sont compensées dans une première étape avec ces correctifs, elles se répercutent en fin de compte sur le compte de résultat au moment du bouclage suivant puisque le compte des correctifs est réapprovisionné. Le lecteur des états financiers sera informé par le Tableau E de l'annexe sur l'évolution de l'ensemble des correctifs et provisions de sorte que la conformité du but et de la désignation ainsi que la périodicité de leur utilisation sont contrôlables et vérifiables ultérieurement (Circ. 2008/2 cm. 42). Le fait que ni l'aOB ni la Circ. 2008/2 n'exigeaient une mention distincte des correctifs individuels et des correctifs pour risques latents ne peut pas être retenu à la charge de la recourante. En outre, la différence entre le montant de la remise à niveau des correctifs en fin d'exercice et celui de la perte n'atteint pas une ampleur suffisamment importante pour justifier les conclusions de la FINMA.

#### **E. 4.3.2.4**

Dans tous les cas où il existe une incertitude quant à l'évaluation et à l'appréciation des risques, le principe de prudence exige que la plus prudente de deux valeurs disponibles soit prise en considération (Circ. 2008/2 cm. 7). En l'espèce, faute de données utiles de banques tierces, il ne peut être procédé à la comparaison des correctifs de A.\_\_\_\_\_ à ceux d'autres banques semblables afin de juger s'ils étaient adaptés aux risques latents ; cependant, il ressort des rapports annuels 2007 à 2014 de la recourante que l'utilisation conforme à leur but des correctifs de valeurs et provisions pour risques de défaillance - déclaré dans le Tableau E - se situait largement en-deçà du total des correctifs. S'il ne peut être exclu que des pertes plus importantes soient réalisées dans un exercice futur, ces chiffres ne permettent pas de conclure que le niveau des correctifs s'avérait insuffisant. La recourante a expliqué que la fourchette cible de 0.5 à 0.6 % des créances devait permettre un examen de la plausibilité des valeurs issues de ses propres calculs. Il semble dès lors qu'elle ne devait pas être considérée comme le résultat d'une analyse concrète mais comme cadre dans lequel le montant retenu devait se situer. Il n'en demeure pas moins qu'en procédant de la manière, la recourante a effectivement défini les montants minimaux et maximaux des correctifs. Le fait qu'elle n'ait pas opté pour le taux de 0.6 % - soit 90'300'000 de francs pour 2014 au lieu des 80 millions de francs retenus - ne signifie pas pour autant que le principe de prudence ait été enfreint : dans la mesure où le calcul définitif a permis de retenir un montant correspondant au besoin économique, ce qui n'est pas contesté par la FINMA et n'est pas

contredit par les faits, il ne peut être exigé de la banque qu'elle opte systématiquement pour le montant maximal de cette fourchette. Si un contrôle de la plausibilité au travers d'une comparaison avec d'autres banques fait sens, on peut s'interroger sur l'adéquation de la fixation à l'avance d'un cadre de référence très précis issu d'autres banques puisque la recourante appliquait une méthode axée sur ses propres chiffres. Néanmoins, dans la mesure où rien ne permet de conclure que le besoin en correctifs a été sous-évalué par le passé et que, le cas échéant, la recourante s'en serait écarté si nécessaire, l'utilisation de cette fourchette d'évaluation ne viole pas le principe de la prudence.

#### **E. 4.3.2.5**

L'établissement des comptes est en outre régi par le principe du caractère essentiel des informations (art. 24 al. 2 let. d aOB). Sont considérés comme essentiels les éléments et montants dont l'incidence sur les comptes annuels est telle qu'elle pourrait influencer les destinataires des comptes annuels dans leur appréciation et leurs décisions à l'égard de la banque (art. 24 al. 3 aOB). Doivent notamment figurer dans l'annexe des comptes annuels le commentaire des pertes essentielles, des produits et charges extraordinaires ainsi que des dissolutions essentielles de réserves latentes, de réserves pour risques bancaires généraux et de correctifs de valeurs et provisions devenus libres (art. 25c al. 1 ch. 5.5 aOB). Afin de juger si la perte en lien avec le Fonds B. \_\_\_\_\_ aurait dû être mentionnée de manière explicite dans l'annexe, on peut se référer par analogie aux règles applicables en cas de dissolution ou de nouvelle affectation de correctifs de valeurs et de provisions devenus libres même si celles-ci influent évidemment positivement sur le compte de résultat. L'appréciation de la matérialité peut intervenir en proportion des capitaux propres publiés et du bénéfice annuel publié ainsi qu'en fonction des influences sur ces valeurs. Une dissolution est en règle générale considérée comme essentielle lorsqu'elle représente au moins 2% des capitaux propres publiés ou 20% du bénéfice publié de l'exercice (Circ. 2008/2 cm. 35 et 41). Si ces ordres de grandeur sont appliqués à la perte de 15.3 millions de francs subie, il peut être constaté que celle-ci demeure en-deçà de ces seuils.

#### **E. 4.3.3**

Il découle de ce qui précède que la méthode de calcul des correctifs de valeurs pour risques latents utilisée par la recourante jusqu'en 2014 ainsi que la comptabilisation de la perte subie en lien avec le prêt octroyé à la Fondation sont conformes aux principes comptables et ne permettent pas de dissimuler des pertes essentielles. Les problèmes relevés par la FINMA ne constituent dès lors pas une infraction au droit de la surveillance. Le recours doit dès lors être admis sur ce point. Compte tenu du résultat, la question de la bonne foi soulevée par la recourante n'a pas à être traitée.

### **E. 5**

En raison des violations constatées, la FINMA a ordonné à la recourante dans le ch. 2 du dispositif de rétablir l'ordre légal en renvoyant aux considérants de sa décision décrivant un certain nombre de mesures. Bien qu'ayant conclu à l'annulation de la décision attaquée, la recourante ne s'est pas prononcée à leur sujet.

#### **E. 5.1**

S'agissant des mesures en lien avec la gestion des risques, il convient de relever qu'elles sont peu contraignantes et annoncent des démarches que la FINMA entend entreprendre dans le cadre de la surveillance courante. Attendu que la recourante a enfreint le droit de la surveillance dans ce domaine, ces mesures apparaissent adéquates et conformes au principe

de la proportionnalité.

### **E. 5.2**

Les mesures prononcées concernant la méthode de calcul des correctifs de valeurs pour risques forfaitaires - pour autant qu'elles soient encore d'actualité (cf. supra consid. 1.2.3) - sont elles aussi peu incisives voire pas contraignantes. En l'espèce, la communication de la méthode choisie dans le rapport annuel - prévue à présent expressément dans l'OB - permet d'assurer plus de clarté et de transparence dans le sens des principes comptables exposés ci-dessus tandis que la surveillance de l'application de la nouvelle méthode intervient dans le cadre de la surveillance ordinaire. Ces mesures ne s'avèrent donc pas critiquables. Au demeurant, même en l'absence d'une infraction, la FINMA peut donner des indications aux assujettis sur la manière d'appliquer les normes notamment afin de mettre un terme à une irrégularité (art. 31 LFINMA).

### **E. 5.3**

Il découle de ce qui précède que le recours doit être rejeté en ce qui concerne les mesures ordonnées (ch. 2 du dispositif de la décision attaquée).

### **E. 6**

La recourante ne se prononce pas non plus sur les frais de la procédure devant la FINMA (ch. 3 du dispositif). Il convient de relever brièvement qu'en raison des circonstances qui ont provoqué l'ouverture de la procédure, soit l'affaire liée au Fonds B. \_\_\_\_\_ ainsi que le manque de clarté concernant la méthode de calcul des correctifs de valeurs pour risques latents, ils se justifie de les mettre à la charge de la recourante (cf. arrêt du TAF B-7409/2016 du 3 avril 2018 consid. 2.3) ; quant à leur montant, il paraît adéquat compte tenu de l'ampleur des clarifications nécessaires.

### **E. 7**

Au final, il peut être fait partiellement droit à la conclusion subsidiaire de la recourante en tant qu'elle requière la modification du ch. 1 du dispositif de manière à constater qu'une infraction au droit de la surveillance a été commise, sans que celle-ci ne puisse cependant être qualifiée de grave. L'infraction concerne en outre uniquement la gestion des risques et non les prescriptions comptables. Pour le reste, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et qu'il n'est pas devenu sans objet.

### **E. 8**

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA). En l'espèce, la recourante obtenant partiellement gain de cause, les frais de procédure doivent être réduits (art. 63 al. 1 PA). Dès lors, lesdits frais, lesquels s'élèvent à 10'000 francs, sont mis à la charge de la recourante à raison de 5'000 francs. Ils seront compensés avec l'avance de frais de 5'000 francs déjà versée.

### **E. 9**

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF). Lorsqu'elle n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé, un décompte détaillé de leurs prestations, à défaut duquel le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF). En l'espèce, la défense de la recourante a nécessité les services d'un avocat et a impliqué plusieurs échanges d'écritures. Aucun décompte n'a été transmis au Tribunal de céans. En tenant compte du barème précité et de l'admission partielle du recours, une indemnité réduite fixée à 10'000 francs est équitablement allouée à la recourante à titre de dépens pour la procédure de recours. Ces dépens sont mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 64 al. 2 PA).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.