

L'évolution de l'audit prudentiel au fil des changements institutionnels

MEMOIRE

présenté

par

Mouna Morchide Elidrissi

sous la direction du

Prof. Carlo Lombardini

Lausanne, le 25 août 2023

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ABREVIATIONS	X
I. INTRODUCTION.....	1
II. QU'EST-CE QUE L'AUDIT PRUDENTIEL	2
A. APERÇU DE LA SURVEILLANCE DES MARCHES FINANCIERS.....	2
1. <i>Un système de surveillance dualiste.....</i>	2
2. <i>L'objet de l'audit prudentiel.....</i>	3
3. <i>Délimitation avec l'audit comptable.....</i>	4
4. <i>Collaboration avec l'audit interne.....</i>	5
B. L'APPROCHE D'AUDIT PRUDENTIEL AXÉE SUR LES RISQUES	6
1. <i>Généralités</i>	6
2. <i>Planification de l'audit.....</i>	6
a) <i>Analyses des risques</i>	6
b) <i>Stratégie d'audit.....</i>	7
3. <i>Le système d'audit prudentiel modulaire</i>	8
III. HISTORIQUE ET REFORME DE L'AUDIT PRUDENTIEL SOUS LA CFB.....	9
A. HISTORIQUE	9
1. <i>La surveillance bancaire avant 1934.....</i>	9
2. <i>Le message du Conseil fédéral concernant le projet de loi sur les banques.....</i>	9
a) <i>Genèse de la surveillance bancaire</i>	9
b) <i>Quelle place pour l'audit prudentiel ?.....</i>	11
3. <i>Un élan de révision.....</i>	11
B. LA REFORME DE L'AUDIT BANCAIRE	13
1. <i>Contexte.....</i>	13
2. <i>Harmonisation des prescriptions</i>	14
3. <i>Les points essentiels de la réforme.....</i>	15
a) <i>Séparation de l'audit comptable et de l'audit prudentiel</i>	15
b) <i>Approche d'audit orientée sur les risques et nouvelles documentations</i>	16
c) <i>Indépendance des sociétés d'audit.....</i>	17
IV. L'AUDIT PRUDENTIEL SOUS L'EGIDE DE LA FINMA.....	18
A. HARMONISATION DES INSTRUMENTS DE SURVEILLANCE	18
1. <i>La LFINMA</i>	18
2. <i>L'OA-FINMA.....</i>	18
3. <i>Transition de la CFB à la FINMA.....</i>	19
4. <i>Réforme de l'audit prudentiel : la Circulaire 13/3 « Activités d'audit ».....</i>	19
a) <i>Contexte</i>	19
b) <i>Changements essentiels</i>	20
(i) <i>Séparation audit prudentiel et audit comptable</i>	20
(ii) <i>Collaboration entre la société d'audit, la FINMA et la banque.....</i>	20
c) <i>Réception</i>	21
5. <i>La refonte de 2018.....</i>	22
B. LES SOCIÉTÉS D'AUDIT	23
1. <i>Réforme de la surveillance des sociétés d'audit</i>	23
a) <i>Transfert des compétences de surveillance à l'ASR.....</i>	23

b) Impact sur l'audit prudentiel.....	25
2. <i>L'agrément</i>	25
3. <i>L'indépendance</i>	26
V. REFLEXIONS CRITIQUES	27
A. LES COUTS	27
B. LA REGLEMENTATION	28
C. LA CONCURRENCE	30
1. <i>Oligopole</i>	30
2. <i>Les dangers d'un monopole</i>	31
D. QUEL AVENIR POUR LE SYSTEME DE SURVEILLANCE DUALISTE ?	31
VI. CONCLUSION.....	32

Bibliographie

Ouvrages/Articles

ABEGG Philipp/GEISSBÜHLER Alex/HAEFELI Kurt/HUGGENBERGER Eric/LARUMBE Gabriel, *Schweizerische bankenrecht – Handbuch für Finanzfachleute*, 4^{ème} éd., Schulthess, Zurich 2019).

ARPA GAUS Reto/STADLER Ralph/WERLEN Thomas, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 8^{ème} éd., Schulthess, Zurich 2021.

ARTER Oliver, *Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz*, Stämpfli, Berne 2008.

BLUMER Andreas/ZIMMERMANN Philippe, in : SESTER Peter/BRÄNDLI Beat/BARTHOLET Oliver/SCHILTKNECHT Reto (édit.), *St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht – Finanzmarktaufsicht und Finanzmarkinfrastrukturen*, Dike, Zurich/St. Gall 2018.

BOVET Christian, *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht – Finanzmarktaufsicht*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016.

BOVET Christian/RICHA Alexandre, *Règles de conduite, audit, entraide et autres développements de la surveillance bancaire et financière*, in : THÉVENOZ Luc/AESCHLIMANN Lionel, *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess 2006, p. 192 ss.

BRAIDI Guillaume, *L'individu en droit de la surveillance financière*, thèse, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2016.

DANIEL C. PFIFFNER/WATTER Rolf, in : WATTER Rolf/VOGT Nedim Peter/BAUER Thomas/WINZERLER Christoph (édit.), *Basler Kommentar, Bankengesetz*, 2^{ème} éd., Bâle 2013 (cité : BSK BankG-PFIFFNER/WATTER, art. 18)

EIDGENÖSSISCHEN BANKENKOMMISSION (édit.), *50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht*, Schulthess, Zurich 1985.

EREZ Tamary/GIORGETTI NASCIUTI Flavia (édit.), *Compliance Management – Una guida per il settore Finanziario*, Helbing Lichtenhahn, Basilea 2010.

EXPERTSUISSE, *Manuel suisse d'audit, Tome « Services financiers, prévoyance professionnelle et administration publique »*, Chambre fiduciaire, Zurich 2016.

FLÜHMANN Daniel, *Aktuelle aufsichtsrechtliche Fragestellungen des Electronic Banking*, thèse, Dike, Zurich/St-Gall 2008.

FRITSCHÉ Claudia M., *Intern Untersuchungen in der Schweiz – Ein Handbuch für Unternehmen mit besonderem Fokus auf Finanzinstitute*, Dike, Zurich/St. Gallen 2021.

GEIGER Hans, *Doppelt genäht hält besser – Zur dualen Bankenaufsicht in der Schweiz*, in : VON DER CRONE Hans-Caspar/ FORSTMOSER Peter/ WEBER Rolf H./ ZÄCH Roger (édit.),

Aktuelle Fragen des bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 71 ss.

GÖTZE Patrick, *Dualistische Bankenaufsicht : die Prüfgesellschaft im Spannungsfeld zwischen Aufsichtsbehörde und Auftraggeber*, thèse, Berne 2012.

GRISEL André, *La Commission fédérale des banques sous le regard du juriste*, in : EIDGENÖSSISCHEN BANKENKOMMISSION (édit.), *50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht*, Schulthess, Zurich 1985, p. 151 ss.

HARI Oliver, *Audit externe*, in : BOVET Christian, *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht – Finanzmarktaufsicht*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016, p. 249 ss.

HAURI Kurt, *Aktuelle Probleme der Bankenaufsicht in der Schweiz*, in : WIEGAND Wolfgang, *Aktuelle Probleme im Bankrecht: Probleme der Bankenaufsicht, Bedeutung und Zukunft der Kantonalbanken, die Bank/Kunden-Beziehung, insbesondere die AGB der Banken, Banken und Strafrecht*, Stämpfli, Berne 1994, p. 27 ss.

ISELI Thomas, *EBK-Rüdschreiben Überwachung und interne Kontrolle – Umfassende Prüfaufgaben der bankengesetzlichen Prüfgesellschaft*, Chambre fiduciaire 2008, p. 560 ss.

KEANE Allister/SCHATT Alain, *Analyse de la concentration du marché de l'audit bancaire*, EXPERTsuisse 2020, p. 652 ss.

LIECHTI Patrick/MOSCARIELLO Gerardo/WIRTH Thomas, *Neuregelung in der Bankenprüfung – Erste Erfahrungen mit der Reform im Prüfwesen*, Chambre fiduciaire 2005, p. 984 ss.

LOMBARDINI Carlo, *La protection de l'investisseur sur le marché financier : analyse critique du droit suisse dans une perspective de droit européen*, thèse, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2012 (cité : LOMBARDINI, *La protection de l'investisseur*).

LOMBARDINI Carlo, *Comité d'audit et comité des risques dans le domaine bancaire*, in : KNÜSEL David-André (édit.), *Développements récents en droit commercial VI, CEDIDAC – Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne*, Lausanne 2018 (CEDIDAC n°102), p. 99 ss (cité : LOMBARDINI, *Comité d'audit et comité des risques*).

LOMBARDINI Carlo, *Droit bancaire suisse*, 2^{ème} éd., Schulthess Éditions romandes, Zurich/Bâle/Genève 2008 (cité : LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*).

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques, *Constitution fédérale : art. 81 Cst. – disposition finales*, commentaire romand 1^{ère} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2021.

MAZUMDER Sita, *Finanzmarkt im Spannungsfeld von Überregulierung und deregulierung, Balance zwischen Sicherheit und Wagnis finden*, Chambre fiduciaire 2006, p. 519 ss.

MÜLLER Bernhard, *Die Praxis der Eidgenössischen Bankenkommision*, in : EIDGENÖSSISCHEN BANKENKOMMISSION (édit.), *50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht*, Schulthess, Zurich 1985, p. 279 ss.

NOBEL Peter, *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Stämpfli, Berne 2006.

NOBEL Peter, *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, Zurich 2000 (cité : *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*).

NOBEL Peter, *Schweizerische Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick*, 2^{ème} éd., Stämpfli, Berne 2004 (cité : NOBEL, *Schweizerische Finanzmarktrecht* 2^{ème} éd).

NOBEL Peter, *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards*, 3^{ème} éd., Stämpfli, Berne 2010 (cité : NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards* 3^{ème}).

NOBEL Peter, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd., Stämpfli, Berne 2019 (cité : NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd.).

NOBEL Peter, *Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick*, 1^{ère} éd. Stämpfli, Berne 1997 (cité : NOBEL: *Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick* 1^{ère} éd)

NOBEL Peter, *Überblick über Gesetzgebung und Gesetzgebungsprojekte*, in : NOBEL Peter, *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Stämpfli, Berne 2006 (cité : NOBEL, *Überblick über Gesetzgebung und Gesetzgebungsprojekte*).

PAPAUX Benjamin, *L'indépendance de l'organe de révision en droit des sociétés – Etude de droit suisse*, thèse, Schulthess, Genève/Zurich 2022.

PETER Henry/GENEQUAND Emmanuel/CAVADINI Francesca Bernhard, in : TERCIER Peter/AMSTUTZ Marc/ TRIGO TRINDADE Rita (édit.), *Code des obligations II : art. 530-1186 CO, art. 120-141 LIMF, ORAb, avec des introductions à la LFus et la LTI*, commentaire romand, 2^{ème} éd., Bâle 2017 (cité : CR CO II- PETER/GENEQUAND/ CAVADINI art. 728).

PIFFNER Daniel C., in : WATTER Rolf/ BAHAR Rashid (édit.), *Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz*, 3^{ème} éd., Bâle 2019, art. 24 LFINMA (cité : BSK FINAMG-PIFFNER).

PORTMANN Pascal/BOCHUD Philippe, *La FINMA est lancée: le regroupement en une autorité* Chambre fiduciaire 2009, p. 47 ss.

ROMER Thomas/GMÜR Bruno, *Reform des Prüfwesens im Bankenbereich*, Chambre fiduciaire, Zurich 2013, p. 452 ss.

SANWALD Reto, *Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen*, in : MEISTERHANS Clemens/SCHWARZ Jacqueline/TURIN Nicholas, *Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht*, Schultess, Zurich 2014, p. 32 ss (cité : SANWALD, *Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen*).

SANWALD Reto, *Revisionsaufsicht*, in : BOVET Christian, *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht – Finanzmarktaufsicht*, Lichtenhahn, Bâle 2016, p. 786 ss (cité : SANWALD, *Revisionsaufsicht*).

SCHIESSER Werner, *Dix ans d'ASR – le point de vue de l'assujetti*, EXPERTsuisse 2018.

SCHLICHTING Lars, *Vigilanza esterna; Compliance in ambito borsistico*, in : EREZ Tamary / GIORGETTI NASCIUTI Flavia (édit.), *Compliance Management – Una guida per il settore Finanziario*, Helbing Lichtenhahn, Basilea 2010 (cité : SCHLICHTING).

SESTER Peter/BRÄNDLI Beat/ BARTHOLET Oliver /SCHILTKNECHT Reto (édits.), *St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht – Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen*, Dike, Zurich/St. Gall 2018.

SOTTAS Marcel, *Contrôle de qualité de la CFB – Surveillance des sociétés d'audit bancaire, boursier et des fonds de placement*, Chambre fiduciaire 2005, p. 19 ss (cité : SOTTAS).

STÖCKLI Beat, *Die Organisation von Banken – aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive*, thèse, Schulthess, Zurich 2008.

TAISCH Franco, *Finanzmarktrecht*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2006.

TERCIER Peter/AMSTUTZ Marc/ TRIGO TRINDADE Rita (édit.), *Code des obligations II : art. 530-1186 CO, art. 120-141 LIMF, ORAb, avec des introductions à la LFus et la LTI*, commentaire romand, 2^{ème} éd., Bâle 2017.

VOISARD Stéphane, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative – Du droit bancaire et financier au droit administratif générale*, thèse, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2014 (cité : VOISARD).

VON DER KRONE Hans-Caspar/FORSTMOSER Peter/WEBER Rolf H./ZÄCH Roger (édit.), *Aktuelle Fragen des bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2004.

WALDBURGER Robert/BAER M. Charlotte/ NOBEL Ursula / BERNET Benno, *Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag*, Stämpfli Berne 2005.

WATTER Rolf/BAHAR Rashid (édit.), *Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz*, 3^{ème} éd., Bâle 2019.

WATTER Rolf/VOGT Nedim Peter/BAUER Thomas/WINZERLER Christoph (édit.), *Basler Kommentar, Bankengesetz*, 2^{ème} éd., Bâle 2013.

WIEGAND Wolfgang, *Aktuelle Probleme im Bankrecht: Probleme der Bankenaufsicht, Bedeutung und Zukunft der Kantonalbanken, die Bank/Kunden-Beziehung, insbesondere die AGB der Banken, Banken und Strafrecht*, Stämpfli, Berne 1994.

WÜRMLI Marcel, *Die Haftung der Finanzmarktaufsicht*, thèse, Berne 2010.

ZOBL Dieter/ KRAMER Stefan, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2004.

ZUBERBÜHLER Daniel, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, in : WALDBURGER Robert/BAER M. Charlotte/NOBEL Ursula/BERNET Benno, *Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag*, Stämpfli Berne 2005, p. 795-828 (cité : ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*).

ZUBERBÜHLER Daniel, *Spannungsverhältnis zwischen Regulierung und Wettbewerbsfähigkeit*, SZW/RSDA 5/96 (cité : ZUBERBÜHLER, *Spannungsverhältnis zwischen Regulierung und Wettbewerbsfähigkeit*).

ZUFFEREY Jean-Baptiste (*Dé-, re-, sur-, co-, inter-*) *réglementation en matière bancaire et financière*, in : GesrKR 2009, p. 46-52 (cité : ZUFFEREY, (*Dé-, re-, sur-, co-, inter-*) *réglementation en matière bancaire et financière*).

ZUFFEREY Jean-Baptiste, in : MARTENET Vincent/DUBEY Jacques, *Constitution fédérale : art. 81 Cst. – disposition finales*, commentaire romand 1^{ère} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2021, art. 98 Cst. (cité : CR Cst- ZUFFEREY, art. 98).

ZUFFEREY Jean-Baptiste/CONTRATTO Franca, *FINMA The Swiss Financial Market Supervision Authority*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009 (cité : ZUFFEREY/ CONTRATTO).

ZULAUF Urs /EGGEN Mirjam (édit.), *Swiss financial market law*, Dike 2013 Zurich.

Publication des autorités fédérales et des organismes internationaux

CF

Message concernant la modification du code des obligations (obligations de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, Berne 23 juin 2004, FF 2004 3746 (cité : FF 2004 3746 ss)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit, Berne 28 août 2013 (cité : FF 2013 6147 ss)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), Berne 1^{er} février 2006 (cité : FF 2006 2741)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur les banques, Berne 13 mai 1970 (cité : FF 1970 I 1157 ss)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, Berne 2 février 1934, FF 1934 I 172 (cité : FF 1934 I 172 ss)

Rapport du Conseil fédéral en application des recommandations 3 et 6 ainsi que du postulat 1 (10.3389/103628) des commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats, *Développement des instruments de surveillance et de l'organisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA*, Berne 23 mai 2012 (cité : CF 2012 5345 ss)

Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats 12.4095 Graber Konrad, 12.4121 de Courten, 12.4122 Schneeberger et 13.3282 de Bumen, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, Berne le 18 décembre 2014 (cité : CF, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*).

Confédération suisse

Confédération suisse, *Rapport explicatif de l'ordonnance sur les audits des marchés financiers (OA-FINMA)*, 15 octobre 2008, disponible sous : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/13280.pdf> (consulté le 25 août 2023) (cité : Confédération suisse, *Rapport explicatif de l'OA-FINMA* 2008).

CFB

CFB, *Bulletins* 32, 43, disponible sous : <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/publik/bulletin/index.html> (consulté le 25 août 2023) (cité : CFB, *Bulletin*).

CFB, *Medienkonferenz der Eidgenössische Bankenkommision vom April 2004, Prof. Jean-Baptiste Zufferey, « Überregulierung » im Bank- und Finanzsektor*, disponible sous : https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/archiv/2004/20040429/Referat_ZUJ_D.pdf (consulté le 25 août 2023) (cité : ZUFFEREY, « Überregulierung » im Bank- und Finanzsektor).

CFB, *Rapports de gestion 1978, 1985, 2003, 2005, 2006* disponible sous : <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/publik/bericht/index.html> (consulté le 25 août 2023) (cité : CFB, *Rapport de gestion*).

CFB, *Reform im Prüfwesen: Vernehmlassung zu den Entwürfen der EBK-RS Prüfung, Prüfbericht, Prüfgesellschaft, Grossbankenaufsicht und Selbstregulierend als Mindeststandard*, 9 septembre 2003, disponible sous : https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/archiv/2003/20030911/m030911_01d.pdf (consulté le 25 août 2023) (cité : CFB, *Reform im Prüfwesen*).

FINMA

FINMA, *Activités d'audit auprès des banques et des maisons de titres*, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/surveillance/themes-intersectoriels/activites-d-audit/activites-d-audit-aupres-des-banques/> (consulté le 25 août 2023) (cité : FINMA, *Activités d'audit auprès des banques et des maisons de titres*).

FINMA, *Communiqué de presse, la FINMA lance le régime des petites banques et concentre l'activité d'audit*, 13 juillet 2018, disponible sous : https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/8news/medienmitteilungen/2018/07/20180713-mm-kleinbanken-pruefwesen.pdf?sc_lang=fr&hash=14C065E7938009298CD0712CB77D48F5 (consulté le 25 août 2023) (cité : FINMA, *Communiqué de presse* 2018).

FINMA, *Efficacité et efficience en matière de surveillance, instruments de surveillance, processus de travail et organisation au sein de la FINMA*, 21 avril 2011 disponible sous : <https://www.finma.ch/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma->

[publikationen/aufsichtsberichte/br-aufsicht-20110421.pdf?sc_lang=fr](#) (consulté le 25 août 2023) (cité : FINMA, *Efficacité et efficience en matière de surveillance*).

FINMA, *Le « bras armé » de la FINMA*, disponible sous : <https://www.finma.ch/fr/surveillance/themes-intersectoriels/activites-d-audit/> (consulté le 25 août 2023) (cité : FINMA, *Le « bras armé » de la FINMA*).

FINMA, *Rapport d'évaluation ex post, Rapport sur les résultats de l'évaluation ex post concernant la révision partielle de la circulaire 2013/3 « Activités d'audit » de la FINMA*, disponible sous : https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/ex-post-evaluation/20230331-pruefwesen/20230531-evaluationsbericht_pruefwesen.pdf?sc_lang=fr&hash=5391262BF856ED13BD17491FD432983A (consulté le 25 août 2023) (cité : FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*).

FINMA, *Circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », Rapport sur les résultats de l'audition relative à la révision de la Circ.-FINMA 13/3 « Activités d'audit », qui a eu lieu du 30 novembre 2017 au 31 janvier 2018, 20 juin 2018*, disponible sous : https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/rs-pruefwesen/ab_rs13_03_20180620.pdf?sc_lang=fr&hash=E24E274888F1075E15A9CE14B40B1490 (consulté le 25 août 2023) (cité : FINMA, *Circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », Rapport 2018*).

FINMA, *Révision partielle de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », Rapport sur l'audition relative au projet de révision partielle de la circulaire « Activités d'audit », qui a eu lieu du 8 septembre 2014 au 6 octobre 2014, 1^{er} décembre 2014*, disponible sous : https://www.finma.ch/fr/~media/finma/importiertedokumente/regulierung/anhoerungen/01-rundschreiben-pruefwesen/ab-teilrevision-rs-13-3.pdf?sc_lang=fr&hash=8DECE83A9F77ABC7A4085F1DC764B9EF (consulté le 25 août 2023) (cité : FINMA, *Révision partielle de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », Rapport sur l'audition de 2014*).

FMI

FMI, *Switzerland, Financial Sector Stability Assessment*, mai 2014, disponible sous : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14143.pdf> (consulté le 25 août 2023) (cité : FMI).

Table des abréviations

a	ancien
AA	Arthur Andersen
Adc LBA	Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent
al.	alinéa
aOA-FINMA	Ordonnance de l'Autorité de surveillance des marchés financiers sur les audits des marchés financiers du 15 octobre 2008 (ancienne ordonnance de la FINMA sur les audits des marchés financiers).
art.	article
ASB	Association suisse des banquiers
ASR	Autorité fédérale de surveillance en matière de révision
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BankG	<i>Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz)</i> , RS. 952.0 (=LB)
BSK	Basler Kommentar
Bull. CFB	Bulletin de la Commission fédérale des banques, Berne
CEDIDAC	Publications CEDIDAC/Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CF	Conseil fédéral
CFB	Commission fédérale des banques
ch.	chiffre
Circ.-CFB 05/1	Circulaire de la Commission fédérale des banques : Audit des banques et des négociants en valeurs mobilières (Audit) du 29 juin 2005
Circ.-CFB 05/2	Circulaire de la Commission fédérale des banques : Rapport sur l'audit des banques et des négociants en valeurs mobilières (Rapport d'audit) du 29 juin 2005
Circ.-CFB 05/3	Circulaire de la Commission fédérale des banques : Société d'audit du 29 juin 2005
Circ.-FINMA 08/41	Circulaire de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers : Questions en matière d'audit, Repris partielle des circulaires de la Commission fédérale des banques, de l'Office fédéral des assurances privées et de l'Autorité de contrôle LBA en matière d'audit du 20 novembre 2008
Circ.-FINMA 13/3	Circulaire de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers : Activités d'audit du 6 décembre 2012
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
éd.	édition
édit./édits	éditeur/éditeurs

<i>ESG</i>	<i>Environment Social Governance</i>
etc.	<i>et caetera</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FINMAG	<i>Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtgesetz)</i> , RS 956.1 (=LFINMA)
FMI	Fonds monétaire international
<i>in</i>	dans
<i>in fine</i>	à la fin
JdT	Journal des Tribunaux
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques), RS. 952.0
let.	lettre(s)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers), RS 961.1 (=FINMAG)
LSR	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Loi sur la surveillance de la révision), RS 221.302
N	Numéro(s) marginal(aux)
n°	numéro
OA-FINMA	Ordonnance du 5 novembre 2014 sur les audits des marchés financiers (RS 956.161)
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OR	<i>Obligationenrecht</i> (=CO)
OSRev	Ordonnance du 22 août 2007 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Ordonnance sur la surveillance de la révision), RS 221.302.3
p.	page(s)
<i>PCAOB</i>	<i>Public Company Accounting Oversight Board</i>
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (=SZW)
SCI	Système de contrôle interne
<i>SOX</i>	<i>Sarbanes-Oxley Act</i>
RA 70	Recommandation d'audit suisse 70 : Recommandation d'audit relative à l'audit prudentiel du 21 novembre 2017
ss	et suivant(e)s
SZW	<i>Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts und Finanzmarktrecht</i> (=RSDA)
TF	Tribunal fédéral

I. Introduction

La surveillance bancaire est le domaine de surveillance des marchés financiers avec la plus longue tradition. Depuis la promulgation de la Loi sur les banques et les caisses d'épargne en 1934 (LB)¹, les auditeurs bancaires font office de bras droit de l'autorité de surveillance. Le système suisse de surveillance est indirect (également dit dualiste)². Autrefois les sociétés d'audit s'occupaient principalement de l'audit des comptes annuels, au fil des ans et des réformes leurs tâches se sont élargies³. Par leurs activités d'audit prudentiel, les sociétés d'audit accompagnent directement la FINMA dans ses activités de surveillance et travaillent selon ses instructions, leur mission est essentielle⁴. La FINMA n'étant pas elle-même sur place avec les entités surveillées, les rapports des sociétés d'audit constituent un des principaux d'outils de surveillance. Elles contribuent à contrôler le respect intégral, tant au niveau quantitatif que qualitatif des exigences réglementaires fondamentales⁵. Pour ce faire, elles doivent examiner tous les risques significatifs auxquels sont exposés individuellement les assujettis⁶.

Le droit bancaire, plus généralement le droit des marchés financiers, est caractérisé par une évolution constante comme presque aucun autre domaine du droit⁷. La réglementation bancaire suisse a subi des changements fondamentaux aux cours des dernières années. Depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA)⁸, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) est l'autorité compétente en matière de surveillance bancaire succédant à la Commission fédérale des banques (CFB).

Le domaine de l'audit bancaire a connu d'importantes réformes. Celles-ci accompagnent souvent les scandales financiers, le rôle de l'auditeur a souvent été remis en question dans la déconfiture de certains établissements. Plus récemment, concernant la chute de Crédit Suisse, l'auditeur PwC avait délivré sur la base du rapport d'audit le *going concern*, certifiant que la continuité des activités était assurée. Également dans l'affaire 1MDB, le scandale n'a éclaté qu'à la suite de révélation dans la presse. La société d'audit et la FINMA n'avaient rien vu venir, les auditeurs n'ayant constatés aucune violation grave du droit de la surveillance, la FINMA n'est pas intervenue après la conclusion du rapport d'audit. Concernant la responsabilité des auditeurs et de la FINMA, la jurisprudence considère le fait que la société d'audit n'ait pas constaté de violation du droit de la surveillance n'exclut pas une faute de la banque, la non-intervention de la FINMA après l'établissement des rapports ne constitue pas non plus une base de confiance pour la licéité des actes de la banque ou de ses employés⁹.

L'implication de l'autorité de surveillance dans l'audit prudentiel n'a pas toujours été de la même envergure, il y a trente ans, nous ne parlions même pas d'audit prudentiel. L'objectif de ce travail est d'analyser l'évolution de l'audit prudentiel au fil des changements institutionnels concernant le domaine bancaire. Pour cela, nous allons mettre en exergue l'évolution du rôle de l'auditeur au fil des réformes de l'audit. Ces dernières ont impacté les relations entre l'auditeur, l'autorité de surveillance et la banque. Nous analyserons les points essentiels ayant

¹ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques), RS 952.0.

² HARI, N 679 ; LOMBARDINI, p. 265 N 1.

³ ISELI, p. 562.

⁴ FINMA, *Le « bras armé » de la FINMA* ; ABEGG, p. 13.

⁵ FINMA, *Activités d'audit auprès des banques et des maisons de titres*.

⁶ FINMA, *Activités d'audit auprès des banques et des maisons de titres*.

⁷ *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd, p. 792 N 7.

⁸ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers), RS 956.1.

⁹ ATF 143 V 341, consid. 5.2.1 confirmé par TF, Arrêt 2C_747/2021 du 30 mars 2023, consid. 13.5.2.

menés au système d'audit prudentiel actuel. Pour l'essentiel, nous allons nous concentrer sur l'évolution d'un point de vue formel en insistant sur les changements réglementaires accompagnant le passage de la CFB à la FINMA, la pratique de l'audit prudentiel au sens matériel ne sera mentionnée que dans la mesure du nécessaire. Pour ce faire, nous débuterons par une présentation de l'audit prudentiel en droit positif (II.). Ensuite, nous aborderons l'historique et la réforme de l'audit prudentiel sous la CFB (III.). Puis, nous évoquerons les changements et réformes apportés sous l'égide de la FINMA (IV.). Finalement, nous terminerons par quelques réflexions critiques entourant l'audit prudentiel (V.).

II. Qu'est-ce que l'audit prudentiel

A. Aperçu de la surveillance des marchés financiers

1. Un système de surveillance dualiste

L'obligation d'audit prudentiel imposée aux banques figure à l'art. 18 al. 1 LB, l'al. 2 concerne l'audit comptable. L'art. 18 LB est succinct, aussi l'unique article du chapitre neuf de la LB sur le contrôle et l'audit, le législateur nous renvoie à l'art. 24 LFINMA ainsi qu'à la loi sur la surveillance de la révision (LSR)¹⁰. Ainsi, l'audit prudentiel est réglé à l'art. 24 LFINMA et concrétisé par l'ordonnance sur les audits des marchés financiers (OA-FINMA)¹¹, les tâches de l'auditeur externe sont aussi définies dans la Circulaire 2013/3 « Activités d'audit »¹².

Les auditeurs occupent une position particulièrement délicate en raison de leur double mandat, d'une part de la banque qui la rémunère (art. 24 al. 5 LFINMA) et d'autre part de la FINMA qui attend un travail d'une transparence absolue. Cette position peut entraîner des conflits d'intérêts, la FINMA ne peut se fier aux résultats de la société d'audit que si celle-ci s'acquitte de sa tâche à l'abri d'influences extérieures. Les exigences d'indépendance envers les sociétés de révision du CO et de la LSR s'appliquent par analogie pour l'audit prudentiel¹³. Le conseil d'administration se charge d'élire l'auditeur bancaire, le comité d'audit évalue l'indépendance de la société d'audit¹⁴. L'obligation d'audit prudentiel imposée aux banques figure à l'art. 18 al. 1 LB, l'al. 2 concerne l'audit comptable. L'art. 18 LB est succinct, aussi l'unique article du chapitre neuf de la LB sur le contrôle et l'audit, le législateur nous renvoie à l'art. 24 LFINMA et à la loi sur la surveillance de la révision (LSR)¹⁵. Par conséquent, l'audit prudentiel est réglé à l'art. 24 LFINMA et concrétisé par l'ordonnance sur les audits des marchés financiers (OA-FINMA)¹⁶, les tâches de l'auditeur externe sont également définies au niveau de la Circulaire 2013/3 « Activités d'audit »¹⁷.

Les auditeurs occupent une position particulièrement délicate en raison de leur double mandat, d'une part de la banque qui la rémunère (art. 24 al. 5 LFINMA) et d'autre part de la FINMA qui attend un travail d'une transparence absolue. Cette position peut entraîner des conflits d'intérêts, la FINMA ne peut se fier aux résultats de la société d'audit que si celle-ci s'acquitte

¹⁰ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Loi sur la surveillance de la révision), RS 221.302.

¹¹ Ordonnance du 5 novembre 2014 sur les audits des marchés financiers (OA-FINMA), RS 956.161.

¹² ABEGG, p. 13.

¹³ FF 2012 5360.

¹⁴ LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, p. 167 N 7 ; LOMBARDINI, *Comité d'audit et comité des risques* p. 115.

¹⁵ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Loi sur la surveillance de la révision), RS 221.302.

¹⁶ Ordonnance du 5 novembre 2014 sur les audits des marchés financiers (OA-FINMA), RS 956.161.

¹⁷ ABEGG, p. 13.

de sa tâche à l'abri d'influences extérieures. Les exigences d'indépendance envers les sociétés de révision du CO et de la LSR s'appliquent par analogie pour l'audit prudentiel¹⁸.

La LSR ne fait pas partie du jargon des lois sur les marchés financiers au sens de l'art. 1 LFINMA¹⁹. Néanmoins, dans le cadre de la surveillance des établissements la LSR joue un rôle non négligeable en réglementant la surveillance des sociétés d'audit et des auditeurs responsables²⁰. L'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) octroie l'agrément nécessaire aux sociétés d'audit souhaitant auditer les établissements financiers (art. 9a LSR).

L'art. 27 al. 1 LFINMA désigne la FINMA comme seule destinataire du rapport d'audit. Avant la révision du 1^{er} janvier 2015, les rapports des cabinets d'audit devaient également être adressés à l'organe suprême de l'entité auditée. L'organe suprême de l'établissement audité reçoit tout de même une copie du rapport d'audit. Cette modification vient appuyer le changement de perspective de l'audit prudentiel, elle vise à accentuer le fait que la société d'audit effectue principalement l'audit sur mandat de la FINMA²¹. Ce mandat s'inscrivant dans le cadre de la surveillance des marchés financiers, la FINMA est tenue d'assurer son bon fonctionnement par le travail des auditeurs.

La LSR ne fait pas partie du jargon des lois sur les marchés financiers au sens de l'art. 1 LFINMA²². Néanmoins, dans le cadre de la surveillance des établissements la LSR joue un rôle non négligeable en réglementant la surveillance des sociétés d'audit et des auditeurs responsables²³. L'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) octroie l'agrément nécessaire aux sociétés d'audit souhaitant auditer les établissements financiers (art. 9a LSR).

L'art. 27 al. 1 LFINMA désigne la FINMA comme seule destinataire du rapport d'audit. Avant la révision du 1^{er} janvier 2015, les rapports des cabinets d'audit devaient également être adressés à l'organe suprême de l'entité auditée. L'organe suprême de l'établissement audité reçoit tout de même une copie du rapport d'audit. Cette modification vient appuyer le changement de perspective de l'audit prudentiel, elle vise à accentuer le fait que la société d'audit effectue principalement l'audit sur mandat de la FINMA²⁴. Ce mandat s'inscrivant dans le cadre de la surveillance des marchés financiers, la FINMA est tenue d'assurer son bon fonctionnement par le travail des auditeurs.

2. L'objet de l'audit prudentiel

Les règles prudentielles font référence à l'ensemble des normes légales et réglementaires liées à l'obtention et au maintien de l'autorisation d'exercer une activité financière, ces dispositions sont d'une grande densité et font écho au droit de la surveillance²⁵. L'audit prudentiel a pour objet d'examiner si les dispositions du droit de la surveillance sont respectées et si les conditions sont réunies pour que les dispositions puissent encore être respectées à l'avenir (art. 2 al. 1 OA-FINMA)²⁶. Ce contrôle peut être effectué à la fois dans le cadre d'un processus d'approbation

¹⁸ FF 2012 5360.

¹⁹ BRAIDI, N 447.

²⁰ BRAIDI, N 447; PAPAUX, N 789.

²¹ BSK FINMAG-PFIFNER, art. 25 N 8.

²² BRAIDI, N 447.

²³ BRAIDI, N 447 ; PAPAUX, N 789.

²⁴ BSK FINMAG-PFIFNER, art. 25 N 8.

²⁵ BRAIDI, N 607.

²⁶ PAPAUX, N 803.

et dans le cadre d'une surveillance continue²⁷. Fondamentalement, l'audit prudentiel vise à vérifier si l'assujetti respecte ses statuts et règlements de même que la réglementation de surveillance au sens large, particulièrement les conditions de son assujettissement²⁸. Les dispositions réglementaires applicables sont définies dans la LFINMA, les lois et ordonnances sur les marchés financiers, les ordonnances ainsi que les circulaires de la FINMA²⁹. De nombreux principes à respecter ne se limitent pas à la LB ou l'OB, mais sont également contenus dans des circulaires ou décisions de l'autorité de surveillance³⁰. Un audit axé sur les risques est effectué étant donné que le champ d'application des dispositions réglementaires est très étendu et n'a pas la même pertinence pour chaque entité surveillée³¹.

L'audit prudentiel a pour objet notamment les fonds propres et la solvabilité de l'assujetti, les risques d'affaires et la gestion des risques, la *corporate governance*, l'organisation interne et le SCI, l'informatique, la révision interne³². Certains objets peuvent également être pertinents pour l'audit des comptes, leur examen ne doit pas être dupliqué (art. 24 al. 2 *in fine*), les conclusions tirées de l'audit des comptes peuvent être utilisées quand cela est pertinent (art. 5 al. 4 *in fine* OA-FINMA)³³. L'audit comptable et l'audit prudentiel sont étroitement liés, l'utilisation des informations de l'audit comptable pour l'audit prudentiel est permise³⁴.

3. Délimitation avec l'audit comptable

Généralement, la même société d'audit effectue l'audit comptable et l'audit prudentiel d'une banque³⁵. La société assume une fonction qui nécessite des connaissances approfondies du domaine d'activités et de la réglementation³⁶. L'audit prudentiel (aussi dit audit réglementaire) doit être séparé conceptuellement de l'audit comptable (aussi dit audit financier)³⁷. L'audit comptable consiste essentiellement en une analyse détaillée de la période comptable écoulée³⁸. La société d'audit s'assure de la concordance arithmétique du bilan, du compte de pertes et profits, de leurs annexes et des tableaux de flux de trésorerie³⁹. L'audit financier s'effectue selon les normes usuelles applicables dans la branche, le CO⁴⁰ ainsi que les normes comptables reconnues nationalement et internationalement⁴¹. La réglementation en matière d'audit comptable laisse peu de place à l'interprétation contrairement à l'audit réglementaire où la marge d'appréciation est plus grande⁴². Les principes d'audit prudentiel sont édictés par la FINMA (art. 5 OA-FINMA), les normes d'audit nationales et internationales relative à l'audit comptable ne sont pas déterminantes pour l'audit prudentiel (Circ.-FINMA 13/3 ch. 35), les sociétés se fondent uniquement sur les principes de la Circ.-FINMA 13/3.

²⁷ KOLLER, N 3211.

²⁸ VOISARD, N 362.

²⁹ BLUMER/ZIMMERMANN, p. 427 N 116.

³⁰ LOMBARDINI, *La protection de l'investisseur* p. 192 N 27.

³¹ BLUMER/ZIMMERMANN, p. 427 N 116.

³² HARI, N 707.

³³ BSK FINMAG-PFIFNER, art. 24 N 110.

³⁴ BLUMER/ZIMMERMANN, p. 427 N 114.

³⁵ FF 2012 5358.

³⁶ BLUMER/ZIMMERMANN, chap. 11 N 117; FF 2012 5358.

³⁷ Papaux, N 790 ; BLUMER/ ZIMMERMANN, p. 427 N 114.

³⁸ BLUMER/ZIMMERMANN, p. 427 N 114.

³⁹ VOISARD, N 362.

⁴⁰ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, RS 220.

⁴¹ FINMA, *Efficacité et efficience en matière de surveillance*, p. 10 ; FF 2012 5358 ;

⁴² BLUMER/ ZIMMERMANN, p. 427 N 117.

L'audit comptable et l'audit prudentiel ont des perspectives différentes. L'audit financier offre une analyse rétrospective et quantitative de la période comptable écoulée⁴³. En revanche, le mandat d'audit prudentiel consiste à dresser un portrait de l'assujéti qualitatif et orienté vers l'avenir⁴⁴. Une différence essentielle est que la société d'audit est considérée comme le bras armé de la FINMA uniquement dans le cadre de l'audit prudentiel⁴⁵. Le mandat d'audit prudentiel va au-delà de celui de l'audit comptable⁴⁶. L'examen du respect des prescriptions de droit de la surveillance porte sur une série d'éléments, que la société d'audit apprécie individuellement et au regard du modèle d'affaire de la banque⁴⁷. L'audit prudentiel est spécifiquement axé sur les éléments organisationnels et les aspects réglementaires⁴⁸. Les auditeurs examinent notamment l'ensemble de l'organisation, les mécanismes internes de contrôle ; ils doivent s'interroger sur l'applicabilité des stratégies d'entreprise, y compris au regard de l'intégrité de certaines personnes responsables de la conduite de l'entreprise⁴⁹. Ainsi, l'audit comptable et l'audit prudentiel présentent des différences notables de contenus et d'objectifs.

4. Collaboration avec l'audit interne

L'audit interne dépend directement du conseil d'administration, il surveille les contrôles internes, les procédures et les règles de gouvernance dans tous les domaines de l'activité⁵⁰. Dans une perspective d'accroître l'efficacité de l'audit et d'éviter des coûts inutiles, la société d'audit peut s'appuyer sur le travail des auditeurs internes à la banque (art. 24 al. 2 LFINMA, art. 5 al. 3 OA-FINMA)⁵¹. Les contraintes économiques telles que la pression des coûts de l'audit, l'extension des domaines d'activité de la banque et la complexité croissant des tâches d'audit conduisent inévitablement les sociétés d'audit à collaborer avec l'audit interne de la banque⁵². La collaboration avec l'audit interne est nécessaire, les sociétés d'audit se penchent sur les systèmes ainsi que les processus des assujétis, elles pénètrent dans les domaines typiques de la révision interne⁵³. Afin que la société d'audit puisse s'acquitter efficacement de sa tâche, l'audit interne doit remettre à la société d'audit spontanément son rapport sur les activités de la banque. Cette obligation s'inscrit dans le droit à l'information général des cabinets d'audit (art. 25 al. 1 LFINMA), les auditeurs doivent avoir accès sans entrave aux informations faisant directement ou indirectement l'objet de l'audit⁵⁴. L'auditeur interne doit coordonner son activité avec la société d'audit lors de la planification de leurs travaux pour éviter tout contrôle redondant⁵⁵.

Par le passé, la FINMA a été plus méfiante du travail effectué par les auditeurs internes. Lorsque la Circ.-FINMA 13/3 a été édictée, les travaux effectués par la révision interne ne pouvaient être utilisés que dans une mesure limitée pour l'audit prudentiel⁵⁶. Depuis la révision de 2018

⁴³ VOISARD, N 362.

⁴⁴ FINMA, *Efficacité et efficacité en matière de surveillance*, p. 11.

⁴⁵ FINMA, *Efficacité et efficacité en matière de surveillance*, p. 11.

⁴⁶ GÖTZE, p. 15.

⁴⁷ FINMA, *Efficacité et efficacité en matière de surveillance*, p. 11.

⁴⁸ BLUMER/ZIMMERMANN, p. 427 N 114.

⁴⁹ FINMA, *Efficacité et efficacité en matière de surveillance*, p. 11.

⁵⁰ LOMBARDINI, *Comité d'audit et comité des risques*, p. 108.

⁵¹ BSK FINMAG-PFIFNER, art. 24 N 99.

⁵² BSK FINMAG-PFIFNER, art. 24 N 100.

⁵³ BSK FINMAG-PFIFNER, art. 24 N 100.

⁵⁴ BSK FINMAG-PFIFNER, art. 25 N 3.

⁵⁵ PFIFNER, N 1188; LOMBARDINI, *Comité d'audit et comité des risques*, p. 108.

⁵⁶ GMÜR/ROMER, p. 456.

de la Circ.-FINMA 13/3, la FINMA permet aux sociétés d'audit de profiter davantage de leurs travaux, en particulier pour le travail d'élaboration de l'analyse des risques et de la coordination concernant la stratégie d'audit⁵⁷.

B. L'approche d'audit prudentiel axée sur les risques

1. Généralités

La FINMA poursuit une approche de surveillance basée les risques en répartissant les banques dans cinq catégories de surveillance, les banques sont des établissements dont la vocation consiste à encourir des risques⁵⁸. Les critères déterminants pour la classification sont le total du bilan, le montant des actifs sous gestion, des dépôts privilégiés et des fonds propres requis⁵⁹. Puis elle attribue une note spécifique à chaque établissement, la note est réexaminée tous les trimestres et ajustée en cas de modification du projet de risque de la banque en question⁶⁰. Ce réexamen permet à la FINMA de constater les changements de la situation de l'établissement en temps proche du réel et d'y réagir par une adaptation correspondante des instruments de surveillance⁶¹. Ces deux paramètres déterminent les instruments de surveillance auxquels recourt la FINMA et comment agit la combinaison de la surveillance directe exercée par la FINMA et de l'activité de surveillance des sociétés d'audit⁶².

L'approche de surveillance axée sur les risques permet à la FINMA de mobiliser ses ressources humaines limitées en fonction de l'importance d'une banque et des risques qu'elle présente⁶³. Les établissements présentant des risques accrus pour la stabilité du système financier bénéficient d'une surveillance plus étroite que ceux présentant des risques moindres⁶⁴. Une approche axée sur les risques efficace implique que la FINMA doit être capable d'identifier les risques d'un établissement⁶⁵. Elle doit son attention sur la situation propre à chaque assujetti et suppose une bonne compréhension de son modèle d'affaire et des risques qui peuvent en résulter⁶⁶.

L'approche d'audit axé sur les risques, est ancrée à l'art. 24 al. 2 LFINMA. De manière générale, les sociétés d'audit réalisent une analyse annuelle de risque pour chaque assujetti qu'elles transmettent à la FINMA. Pour garantir une analyse de qualité, la FINMA attend une analyse prospective de la part des sociétés d'audit⁶⁷. Dans le secteur bancaire, cela se traduit par un examen qui, en limitant les domaines à auditer obligatoirement chaque année et en les intégrant dans un plan d'audit pluriannuel axé sur les risques, pourrait permettre une affectation plus ciblée des ressources en matière d'audit et une plus grande valeur ajoutée de l'audit⁶⁸.

2. Planification de l'audit

a) Analyses des risques

L'analyse des risques réalisée dans le cadre de l'audit prudentiel comporte un relevé systématique des risques de l'établissement susceptibles d'influencer l'opinion de l'auditeur

⁵⁷ FINMA, *Circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », Rapport 2018*, p. 34.

⁵⁸ KOLLER, N 3256; ZULAUF/EGGEN p. 63; LOMBARDINI, *Comité d'audit et comité des risques*, p. 101.

⁵⁹ FF 2012 5351.

⁶⁰ FF 2012 5352, CF, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 14.

⁶¹ FF 2012 5352.

⁶² FF 2012 5352.

⁶³ FF 2012 5352; KOLLER, N 3261.

⁶⁴ CF, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 17.

⁶⁵ FF 2012 5352.

⁶⁶ FF 2012 5352.

⁶⁷ PAPAUX, N 805.

⁶⁸ FINMA, *Efficacité et efficacité en matière de surveillance*, p. 11.

lors de l'évaluation du respect des conditions d'octroi d'autorisation ainsi que des dispositions légales et réglementaires⁶⁹. La FINMA attend de la société d'audit qu'elle lui fournisse une analyse des risques afin de comparer cette évaluation avec la sienne et déduire une stratégie d'audit⁷⁰. L'analyse des risques est en principe annuelle et remise dans un délai de quatre mois à la fin de la clôture annuelle⁷¹. Elle doit inclure l'entité surveillée dans sa globalité et donne un aperçu des risques découlant des activités commerciales, en particulier les conditions du marché, l'environnement économique et politique doivent être pris en compte⁷². La société d'audit doit adopter une perspective prospective en tenant compte des répercussions possibles des développements actuels sur l'entité surveillée⁷³. Cette évaluation a un impact significatif sur les domaines d'audit, la périodicité de l'audit et l'étendue de l'audit déterminé ensuite par la stratégie d'audit⁷⁴.

Il s'agit d'un examen indépendant de la situation à l'intention de la FINMA, établie sans concertation avec l'établissement, portée *a posteriori* à la connaissance de l'entité surveillée⁷⁵. Dans le cadre de l'élaboration de l'analyse des risques et de la stratégie d'audit, les sociétés tiennent également compte des points clé généralement définis par la FINMA pour tous les établissements, ainsi que d'éventuelles lettres d'évaluation de la FINMA spécifiques à l'établissement⁷⁶.

La société doit communiquer à la FINMA son analyse des risques avec le formulaire « Analyse des risques » annexé à la Circ.-FINMA 13/3 disponible sur le site internet de l'autorité, les auditeurs doivent également documenter les bases ayant servi à déterminer la manière dont les évaluations des risques ont été définies en interne par champ d'audit⁷⁷.

b) Stratégie d'audit

La stratégie d'audit découle des résultats de l'analyse des risques. Tout comme l'analyse des risques, la stratégie d'audit doit être soumise au préalable à la FINMA. La stratégie est évaluée et confirmée par la FINMA. Si la FINMA ne demande aucune modification de la stratégie d'audit dans les deux mois suivant sa soumission, elle est considérée comme approuvée⁷⁸. La stratégie détermine l'étendue et la périodicité de l'audit pour le contrôle des différents domaines et champs d'audit (Circ.-FINMA 13/3 cm 28). La FINMA définit une stratégie d'audit standard minimale pour l'audit de base pour toutes les catégories de surveillance dans chaque domaine de surveillance (domaine bancaire, des assurances, etc.). En termes d'approche d'audit axée sur les risques, tous les domaines d'audit ne doivent pas nécessairement être couverts chaque année. Avec sa circulaire et les annexes et directives correspondantes, la FINMA précise comment l'étendue et la fréquence des audits doivent être appliquées en fonction de l'évaluation des risques (Circ.-FINMA 13/3 ch. 32 ss).

Concernant les banques des catégories de surveillance 1 et 2, l'audit ne repose pas sur une stratégie d'audit standard prédéfinie. La FINMA exerce une influence plus forte sur les champs

⁶⁹ EXPERTSUISSE, p. 72.

⁷⁰ BSK BankG-PFIFNER/WATTER, art. 18 N 32.

⁷¹ FINMA, *Activités d'audit auprès des banques et des maisons de titres*; Circ.-FINMA 13/3 ch. 9.

⁷² KOLLER, N 3218; BSK FINMAG-PFIFNER, art. 24 N 85.

⁷³ KOLLER, N 3218; BLUMER/ ZIMMERMANN, p. 431 N 125; BSK FINMAG-PFIFNER, art. 24 N 85; Circ.-FINMA 13/3 ch. 16.

⁷⁴ BSK FINMAG-PFIFNER, art. 24 N 85; Circ.-FINMA 13/3 ch. 11.

⁷⁵ BLUMER/ ZIMMERMANN, p. 431 N 125; EXPERTSUISSE; Circ.-FINMA 13/3 ch. 10.

⁷⁶ BLUMER/ ZIMMERMANN, p. 431 N 125.

⁷⁷ EXPERTSUISSE, p. 83; FINMA, *Activités d'audit auprès des banques et des maisons de titres*.

⁷⁸ BSK FINMAG-PFIFNER, art. 24 N 139d.

d'audit à couvrir et définit la stratégie d'audit de ces établissements sur une base individuelle en concertation avec leurs cabinets d'audit⁷⁹.

Les sociétés d'audit doivent évaluer et pondérer les risques individuels, à cette fin la FINMA met à disposition en annexe à la Circ.-FINMA 13/3, l'annexe 2 « Stratégie d'audit standard Banques / Maisons de titres » et l'annexe 13 « Analyse des risques banques / maisons de titres ». Sur la base des documents remis et ses propres considérations, la FINMA détermine ensuite sa stratégie d'audit définitive de l'établissement concerné⁸⁰. La FINMA dispose alors de deux mois pour analyser les documents reçus et de demander des ajustements à la stratégie d'audit de leur point de vue. La stratégie d'audit est ensuite approuvée et le cabinet d'audit doit la mettre en œuvre dans les mois restants, en l'absence de commentaire de la FINMA, la stratégie d'audit est réputée acceptée par la FINMA⁸¹. L'autorité de surveillance peut, dans le cadre du processus d'autorisation de la stratégie, signaler à la société d'audit d'autres risques identifiés et donner des instructions pour l'adaptation de la stratégie d'audit et/ou la réalisation de procédures d'audit supplémentaires⁸².

3. Le système d'audit prudentiel modulaire

Une organisation modulaire permet de concevoir plus efficacement l'audit prudentiel et d'utiliser les cabinets d'audit de manière plus ciblée et axée sur les risques, ce système est prévu depuis 2013⁸³. L'audit prudentiel se compose pour l'essentiel de l'audit de base et de l'audit supplémentaire. L'audit de base (art. 3 OA-FINMA), consiste en une vérification annuelle, voire pluriannuelle, du respect des exigences prudentielles fondamentales des domaines définis par la FINMA. Si dans le cadre de l'analyse des risques, la société d'audit identifie des risques dans les domaines d'activité qui ne sont pas couverts par l'audit de base, elle propose à la FINMA de réaliser des audits supplémentaires⁸⁴. Les audits supplémentaires requièrent dans tous les cas l'autorisation de la FINMA (art. 4 OA-FINMA). L'autorité de surveillance peut également fixer des audits supplémentaires pour un superviseur si les risques ou le modèle économique de l'entité surveillée le nécessite. Les audits supplémentaires peuvent être prescrits pour l'ensemble des établissements d'un secteur ou à titre individuel. Les audits ponctuels sont confiés au cas par cas par la FINMA à des chargés d'audit (art. 24a LFINMA) ou des chargés d'enquête (art. 36 LFINMA). Ils interviennent notamment lorsqu'une entité surveillée est affectée par un événement extraordinaire ou lorsque des connaissances particulières sont requises⁸⁵.

De manière générale, nous constatons que la FINMA se montre très intrusive. L'autorité de surveillance est fortement impliquée dans le processus d'audit, elle définit les normes d'audit prudentiel et peut exiger des contrôles supplémentaires. L'audit interne d'une banque est inclus dans le processus d'audit, par l'intermédiaire, de la société d'audit la FINMA est informée des problèmes importants au sein d'une banque⁸⁶.

⁷⁹ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 13.

⁸⁰ BSK BankG-PFIFNER/WATTER, art. 18 N 52.

⁸¹ BLUMER/ ZIMMERMANN, p. 433 N 130; BSK BankG-PFIFNER/WATTER, art. 18 N 52.

⁸² EXPERTSUISSE, p. 73; Circ.-FINMA 13/3 ch. 5.

⁸³ BSK BankG-PFIFNER/WATTER, art. 18 N 52 ; FINMA, *Rapport de gestion 2013*, p. 36.

⁸⁴ EXPERTSUISSE, p. 87.

⁸⁵ FF 2013 6190.

⁸⁶ BSK BankG-PFIFNER/WATTER, art. 18 N 92.

III. Historique et réforme de l'audit prudentiel sous la CFB

A. Historique

1. La surveillance bancaire avant 1934

La réglementation bancaire suisse a connu des changements fondamentaux au cours des cent dernières années⁸⁷. Lorsqu'un grand nombre de banques ont été fondées au 19^{ème} siècle, il n'existait pas encore de réglementation à l'échelle nationale de ces institutions financières⁸⁸. La réglementation était en partie assurée par les cantons, sinon largement laissée au libre marché⁸⁹.

Avant l'adoption de la loi sur les banques, les banques suisses étaient bien administrées. La plupart des banques disposaient déjà de mécanismes similaires à l'audit interne et externe connus aujourd'hui⁹⁰. Elles étaient soumises à un contrôle assuré soit par des auditeurs attachés en permanence à l'établissement soit par un fiduciaire spécialement chargé de procéder à l'audit⁹¹. Également, de nombreuses banques s'étaient regroupées afin de constituer leurs propres organes de contrôle qui les auditaient régulièrement⁹². Ce qui était notamment le cas des banques bernoises qui à la suite de diverses faillites bancaires se sont unies pour créer un organisme de révision⁹³. Par la suite, aucune défaillance n'a été constatée au sein des établissements affiliés⁹⁴.

Dans cet esprit d'autorégulation, les banques ont donné l'impulsion à la mise en place d'un système de surveillance⁹⁵. Elles étaient déjà conscientes de l'effet de renforcement de la confiance auprès du public par les mécanismes de supervision⁹⁶. Le législateur de l'époque avait intérêt à maintenir ce système de contrôle ayant fait ses preuves⁹⁷.

Néanmoins, il manquait à ce système la dimension « autoritaire », c'est-à-dire sous la forme d'une autorité de surveillance et donc aussi l'obligation des sociétés de révision de rendre des comptes à une autorité étatique⁹⁸. La LB a permis de remédier à cette lacune, elle avait notamment pour mission d'étendre à l'ensemble des banques l'obligation et le bénéfice d'un contrôle indépendant auquel se soumettaient déjà la majorité des établissements financiers⁹⁹.

2. Le message du Conseil fédéral concernant le projet de loi sur les banques

a) Genèse de la surveillance bancaire

La conception dualiste du système de surveillance des établissements financiers trouve ses racines dans le secteur bancaire et correspond à la volonté du législateur lors du premier vote de la LB influencé par les initiatives de certaines banques¹⁰⁰. Le contrôle direct de l'État a été délibérément et explicitement évité et le recours aux sociétés d'audit s'est imposé, les avantages

⁸⁷ NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd., p. 807 N 56.

⁸⁸ GEISSBÜHLER p. 347.

⁸⁹ GEISSBÜHLER p. 347.

⁹⁰ GÖTZE, p. 88.

⁹¹ FF 1934 I 173.

⁹² FF 1934 I 173.

⁹³ FF 1934 I 176.

⁹⁴ FF 1934 I 176.

⁹⁵ GEIGER p. 72; FF 1934 I 173.

⁹⁶ GÖTZE p. 88; FF 1934 I 176.

⁹⁷ WÜRMLI, N 65.

⁹⁸ GÖTZE, p. 88.

⁹⁹ GÖTZE, p. 88; FF 1934 I 173.

¹⁰⁰ GEIGER p. 71; BSK FINMAG-PFIFNER art. 24 N 9.

et désavantages d'un tel système ont été dûment mesurés¹⁰¹. En raison de la complexité de l'activité bancaire, les institutions de révision spécialisées dans le domaine sont particulièrement qualifiées pour cette mission¹⁰². Les auditeurs connaissent les banques, leurs forces et leurs faiblesses, ce système permettait à la CFB d'utiliser de manière efficiente leurs compétences à son service. La confiance accordée aux auditeurs se fonde sur l'expérience faite jusqu'ici avec les syndicats de révision et les sociétés fiduciaires. De plus, avec un tel système, l'appareil administratif de l'État reste relativement léger¹⁰³.

La thématique du secret bancaire soulève également des préoccupations au sein du Conseil fédéral¹⁰⁴. Les clients d'une banque y attachent une grande importance, l'intervention de contrôleurs fédéraux pourrait les inquiéter et aurait pour conséquence la fuite des capitaux vers l'étranger¹⁰⁵. Aujourd'hui, le secret bancaire est sous pression d'une tout autre source que celle des autorités fédérales suisses¹⁰⁶. La protection du secret bancaire n'est guère plus susceptible d'exercer une influence dans la légitimité d'un système dualiste, la CFB ne disposait de la même organisation ni des mêmes moyens que la FINMA¹⁰⁷.

La surveillance des banques est la tâche la plus ancienne de la CFB. La LB obligeait les auditeurs à lui communiquer les irrégularités et les situations graves constatées dans la gestion afin qu'elle reste informée¹⁰⁸. Également, le fait que la CFB soit compétente pour reconnaître les associations et sociétés d'audit représente une grande garantie pour le public¹⁰⁹. La CFB a été une innovation institutionnelle importante. Malgré tout, le Conseil fédéral reste pragmatique et conscient que même les contrôles bancaires restent impuissants à prévenir toutes les défaillances¹¹⁰. Le contrôle ne remplace pas la prudence dont une banque doit faire preuve dans ses opérations ou dans son organisation interne. Néanmoins, la surveillance exerce un rôle utile, elle permet de prévenir les irrégularités dans la gestion des banques et de renseigner exactement les déposants et actionnaires sur la situation comptable¹¹¹.

Ainsi, les sociétés d'audit n'agissent pas en complément de la CFB, mais elles sont exclusivement compétentes pour la réalisation de l'audit et des rapports correspondants¹¹². Il semblerait que la CFB n'était pas intrusive dans le travail des auditeurs comme aujourd'hui. A cette époque les détails du rapport étaient listés dans l'ordonnance sur les banques, ils servaient de guide et ne libèrent pas l'auditeur de l'obligation de mettre en lumière d'autres points importants¹¹³. Les auditeurs devaient en particulier relever les défauts constatés dans l'organisation administrative et comptable de la banque¹¹⁴. Le rapport d'audit doit permettre aux organes de la banque d'apprécier la situation véritable de l'établissement, grâce aux anomalies soulevées par les auditeurs¹¹⁵. La CFB n'était pas systématiquement destinataire du

¹⁰¹ ARTER p. 20.

¹⁰² FF 1934 I 181.

¹⁰³ ZOBL/KRAMER N 720 ; FF 1934 I 181.

¹⁰⁴ FF 1934 I 180-181.

¹⁰⁵ FF 1934 I 180-181.

¹⁰⁶ GÖTZE p. 81.

¹⁰⁷ GÖTZE p. 81.

¹⁰⁸ FF 1934 I 181.

¹⁰⁹ FF 1934 I 182,

¹¹⁰ GÖTZE, p. 88-89 ; FF 1934 I 182.

¹¹¹ FF 1934 I 182.

¹¹² GEIGER, p. 74.

¹¹³ FF 1934 I 181.

¹¹⁴ FF 1934 I 181.

¹¹⁵ FF 1934 I 181.

rapport de révision. Elle ne l'exigeait que dans des cas particuliers (art. 21 al. 2 let. g aLB), ce n'est que dans les cas limités de l'art. 20 al. 3 et 4 aLB que la CFB recevait directement de la société d'audit le rapport effectué. La relation entre les entités concernées par la surveillance était différente, la banque était destinataire du rapport d'audit avant la CFB, cela change le rapport de force, la société d'audit effectue son travail d'abord pour la banque. Cependant, la CFB pouvait mandater les sociétés d'audit dans le cadre de révision extraordinaire (art. 23 al. 3 let. i aLB) pour élucider certains cas spéciaux, cela correspond à l'audit supplémentaire ou ponctuel sous la FINMA.

La loi sur les banques est marquée de l'esprit d'autorégulation des établissements bancaires avant son entrée en vigueur, étant destinataire première du rapport d'audit, les banques sont d'autant plus concernées par la gestion correcte de leur activité et responsables du déroulement correct de l'audit.

b) Quelle place pour l'audit prudentiel ?

Le législateur de 1934 avait déjà une idée précise des deux domaines à réviser pour la société d'audit que l'on appelle aujourd'hui audit comptable et audit prudentiel¹¹⁶. Le projet de la LB indiquait à l'art. 18 al. 1 que les réviseurs ont pour mission de s'assurer que les comptes annuels sont établis conformément aux prescriptions légales, aux statuts et aux règlements et que les dispositions de la loi et de l'ordonnance soient observées. En contrôlant le respect des dispositions de la loi et de l'ordonnance, les réviseurs effectuaient ce qui est appelé aujourd'hui l'audit prudentiel. Cependant, la version définitive de la LB n'a pas gardé le projet de l'art. 18 al. 1 LB tel quel. L'article 18 al. 1 aLB évoque uniquement que les banques sont tenues de soumettre chaque année leur compte annuel au contrôle de réviseurs indépendants de l'établissement. La mention au respect de la loi ainsi qu'au règlement d'exécution n'a pas été gardée. Les articles 18 al. 1 aLB et 19 al. 1 aLB ne font que référence à l'audit comptable. Cela dit, l'article 21 al. 3 aLB indiquait que si les réviseurs constatent des infractions aux prescriptions légales au cours de leurs travaux ou qu'ils découvrent des faits compromettant la sécurité des créanciers, ils doivent inviter la banque à régulariser sa situation dans un délai approprié. C'est uniquement si les mesures exigées ne sont pas prises dans le délai fixé, qu'ils en réfèrent à la CFB.

L'audit comptable était la tâche principale des cabinets d'audit au détriment de l'audit prudentiel, une surveillance prudentielle de l'activité bancaire existait, mais de manière moins intensive que ce que nous connaissons aujourd'hui. En conclusion, malgré son ancienneté le message du Conseil fédéral est d'une grande actualité. La loi sur les banques a posé les principes fondamentaux en matière de surveillance des banques.

3. Un élan de révision

Jusqu'en 1970, la surveillance bancaire était pratiquement que du ressort des auditeurs, la CFB était impliquée de manière limitée¹¹⁷. Lors de la première grande révision de la loi sur les banques en 1971, les prescriptions relatives à la transparence de la législation bancaire ont été fondamentalement renforcées, en matière d'audit, cela implique une amélioration de la communication entre la CFB et les sociétés d'audit¹¹⁸. Un des principaux objectifs de la révision était d'améliorer la communication en imposant aux auditeurs l'obligation d'informer mieux et plus rapidement que jusqu'ici la CFB en cas de violation de la loi ou constat d'autres irrégularités¹¹⁹. Les art. 21 al. 2 à 4 aLB ont été reformulées afin d'augmenter l'efficacité du système de surveillance bancaire. Les tâches des auditeurs ont été renforcées dans le sens où

¹¹⁶ GEIGER, p. 72.

¹¹⁷ NOBEL: *Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick 1^{ère} éd.*, p. 173 N 161.

¹¹⁸ GEISSBÜHLER, p. 347.

¹¹⁹ FF 1970 p. 1157

leur travail ne consiste pas seulement à mettre en évidence les erreurs déjà survenues, mais aussi à attirer l'attention sur les sources d'erreurs possibles¹²⁰. La tâche des auditeurs est conséquente, ils sont responsables de l'adaptation d'une tâche d'intérêt public aux exigences de cas individuels¹²¹. L'activité d'audit semble adopter une nouvelle perspective plus orientée vers la prévention d'éventuelles erreurs que leurs constats et ouvre un nouvel horizon à l'activité d'audit.

Avant la révision, la CFB n'était habilitée à exiger le rapport de révision que dans des cas particuliers. La loi sur les banques révisée autorisait expressément l'autorité à l'art. 23bis al. 1 aLB à demander des rapports aux organes de révision, en particulier leur rapport de révision. Ces quelques indices nous amènent à réaliser que l'autorité de surveillance n'a pas été de tout temps destinataire de manière systématique du rapport d'audit. C'est uniquement à partir de l'exercice de 1978, que la CFB exigea la remise des rapports d'audit¹²². Désormais, il incombe à la CFB d'examiner de manière critique les rapports¹²³. Il est intéressant de s'apercevoir que le rapport d'audit ne semble pas avoir de tout temps joué une importance fondamentale pour l'autorité de surveillance.

L'année 1978 fut particulièrement marquante pour le rapport d'audit, étant donné son importance, l'ordonnance sur les banques a été révisée en 1976 et contenait les dispositions pertinentes concernant le rapport de révision. Dans cette lancée, la CFB émit la circulaire « Rapport de révision : forme et contenu »¹²⁴. La circulaire donne les instructions et explications pour la conduite des travaux d'audit, elle complète les art. 43, 44 et 45 aOB. Les dispositions pertinentes de la loi et l'ordonnance sont pratiquement restées inchangées jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFINMA ainsi que de l'OA-FINMA en 2009.

Le Tribunal fédéral (TF) soulignait déjà un ATF 99 Ib 104 l'importance des auditeurs. Le TF rappelle le but premier de la LB, la protection du public et en particulier des créanciers des banques¹²⁵. Pour ce faire, la section neuf relative au contrôle et à la révision est considérée comme le point central de la loi, l'audit est le principal moyen de protection des clients des banques¹²⁶. Les sociétés d'audit jouent un rôle important et accomplissent une tâche d'intérêt public malgré qu'elle soit mandatée et rémunérée par les banques¹²⁷. Pour souligner l'importance des auditeurs, dans un ATF 103 Ib 350, le TF considère même la section neuf de la LB comme « le cœur et le pivot » de la loi¹²⁸. Le TF appuie sa position en évoquant l'augmentation des activités bancaires et l'accroissement de leur importance économique entraînant une surveillance des banques plus accrue¹²⁹. Nous constatons que l'audit est un point particulièrement important pour la surveillance bancaire également reconnu par notre Haute Cours en plus de la CFB qualifiant déjà les auditeurs « d'avant-postes » dans son rapport annuel de 1978¹³⁰. La position de la FINMA n'a pas changé concernant les auditeurs en les qualifiant de « bras armé », la protection des créanciers ainsi que le bon fonctionnement des marchés financiers sont toujours au cœur de l'activité de l'audit.

¹²⁰ MULLER p. 330

¹²¹ MULLER, p. 328

¹²² CFB, *Rapport de gestion 1978*, p. 10.

¹²³ MULLER, p. 328

¹²⁴ CFB, *Rapport de gestion 1978*, p. 8 ; HAURI, *Aktuelle Probleme der Bankenaufsicht in der Schweiz*, p. 35

¹²⁵ ATF 99 Ib 104, consid. 5.

¹²⁶ ATF 99 Ib 104, consid. 5.

¹²⁷ ATF 99 Ib 104, consid. 5.

¹²⁸ ATF 103 Ib 350, consid. 7.a.

¹²⁹ ATF 103 Ib 350, consid. 7.a.

¹³⁰ Rapport de gestion CFB 1978, p. 10.

B. La réforme de l'audit bancaire

1. Contexte

En 1998 le département fédéral des finances a chargé un groupe d'experts, dirigé par le Professeur Jean-Baptiste Zufferey, de procéder à une évaluation approfondie des forces et des faiblesses de la réglementation des marchés financiers, avec une attention particulière de la structure et du fonctionnement de l'autorité de surveillance¹³¹. Au sujet du système de surveillance dualiste, le groupe d'experts soulignait que la surveillance impliquant des auditeurs en tant qu'auxiliaires directs de l'autorité de surveillance a fait ses preuves et doit être maintenue¹³². Le système de surveillance dualiste a également subi quelques changements son fondement, la CFB a effectué dès 1998 des audits directs au sein des grandes banques¹³³. La CFB procédait elle-même aux audits sélectifs sans pour autant dégager les auditeurs externes de leurs responsabilités¹³⁴.

Dans cette foulée, la CFB a lancé en 2000 une vaste réforme du système d'audit¹³⁵. Les règles de surveillance applicables en matière d'audit ne tenaient plus compte de l'évolution des activités et de l'environnement des auditeurs¹³⁶. Le rôle et l'indépendance des auditeurs ont également été remis en cause par les énormes pertes subies par les banques suisses dans les années 1990¹³⁷. La question s'est de savoir pourquoi les auditeurs n'ont pas identifié la nécessité de correction de valeur ou du moins l'ont fait trop tard, surtout que leurs rapports ne signalaient rien sur le sujet¹³⁸. Pour illustrer cela, l'affaire impliquant la Bank Globo et le cabinet d'audit Arthur Andersen (AA)¹³⁹. La société d'audit n'avait découvert aucun problème ou grief jusqu'à peu de temps avant sa faillite, la question s'est posée de savoir si elle avait exercé son mandat avec toutes la diligence requise conformément à l'art. 20 al. 4 aLB. Les rapports d'audit ne contenaient ni objections ni réserves. L'auditeur avait averti la CFB le directeur général de la banque avait démissionné et lui avait fait des commentaires très négatifs sur la solvabilité du portefeuille de prêt de la banque. L'affaire a révélé que AA avait manqué à son devoir de diligence, en faisant une confiance aveugle aux documents frauduleux présentés par les organes. AA avait déterminé que Bank Globo ne disposait pas de documents significatifs permettant une évaluation objective appropriée de la situation personnelle. Sur la base de cette constatation, les auditeurs auraient dû demander à la banque de fournir les documents nécessaires à l'évaluation de la solvabilité du débiteur. Malgré l'absence de documents, le réviseur responsable avait indiqué dans les rapports d'audit qu'il avait reçu de la banque toutes les informations requises en vertu de l'art. 19 al. 2 LB.

Une réforme de l'audit bancaire s'imposait, la CFB a mandaté le 24 février 2000 la Commission d'experts en matière d'audit (ci-après : la Commission) présidée par le Professeur Peter Nobel¹⁴⁰. La Commission avait pour mission d'analyser et d'évaluer le système de surveillance

¹³¹ ZUFFEREY/CONTRATTO p. 2.

¹³² *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards* 3^{ème}, p. 445 N 5.

¹³³ FF 2012 5358.

¹³⁴ ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 797.

¹³⁵ *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards* 3^{ème}, p. 460 N 59.

¹³⁶ *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards* 3^{ème}, p. 460 N 59.

¹³⁷ ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 796; LIECHTI/MOSCARIELLO/WIRTH p. 985.

¹³⁸ ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 796.

¹³⁹ CFB, *Bulletin* 43, p. 31.

¹⁴⁰ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 4.

dualiste existant et de formuler des recommandations concrètes à l'intention de la CFB¹⁴¹. Par la suite, les résultats ont servi de base à un autre groupe de travail plus technique chargé d'élaborer des propositions de révision concrètes¹⁴².

Le mandat comprenait l'analyse des forces et des faiblesses du système de surveillance existant ainsi que des prescriptions (lois, ordonnances, circulaires, directives, règles déontologiques)¹⁴³. Dans ce cadre, il s'agissait d'examiner la position et le mandat des sociétés d'audit ainsi que l'échange d'informations au sein du système de surveillance afin de garantir une surveillance de haute qualité et orientée sur les risques des établissements et des groupes¹⁴⁴. À cet égard, il convenait notamment de tenir compte des évolutions de l'environnement national et international de l'audit bancaire¹⁴⁵. Elle a formulé diverses recommandations, parmi les plus essentielles figurent la séparation de l'audit entre un audit comptable et un audit prudentiel ainsi qu'une meilleure délimitation des tâches et des responsabilités entre les auditeurs et la CFB¹⁴⁶.

2. Harmonisation des prescriptions

La Commission recommandait de remanier entièrement les prescriptions d'audit des lois, des ordonnances et des circulaires¹⁴⁷. Les dispositions au niveau de la loi doivent être conçues comme une loi-cadre afin d'être plus réalistes par rapport aux dispositions légales en vigueur à cette période et les détails en découlant doivent figurer au niveau de l'ordonnance, mais surtout des circulaires¹⁴⁸. Cet échelonnement offre à la CFB une plus grande flexibilité lorsqu'il s'agit de procéder rapidement aux adaptations liées à l'évolution nationale et internationale du secteur bancaire et financier¹⁴⁹. Le système d'audit prudentiel actuel témoigne de l'influence des recommandations de la Commission. La LB ainsi que la LFINMA contiennent l'obligation et respectivement les principes de l'audit prudentiel. Les règles sont éparpillées dans diverses réglementations de rang législatif différentes et parfois émanant d'autres acteurs, par exemple d'EXPERTsuisse.

La mise en œuvre des recommandations d'audit de la Commission a pris un certain temps. La CFB a mis en consultation les ébauches de quatre nouvelles circulaires en septembre 2003 auprès de 22 banques et négociants en valeurs mobilières¹⁵⁰. La Circulaire 04/1 « Surveillance des grandes banques », la Circulaire 05/1 « Audit » précise l'objet et la procédure de l'audit annuel, la Circulaire 05/2 « Rapport d'audit » est destinée à réviser la circulaire 96/3 « Rapport d'audit : forme et contenu », la Circulaire 05/3 « Société d'audit » détermine les modalités de reconnaissance des sociétés d'audit et des réviseurs principaux, l'indépendance, le contrôle, ainsi que la mise en service et le changement de sociétés d'audit. Les circulaires ont notamment été critiquées car perçues comme une contribution supplémentaire au flot de réglementations et engendrant ainsi une hausse des coûts de l'audit. Nous verrons que ces considérations sont encore aujourd'hui pour les milieux professionnels de l'audit bancaire¹⁵¹. Ces quatre nouvelles circulaires ont été une première étape dans

¹⁴¹ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 4; NOBEL, *Schweizerische Finanzmarktrecht 2^{ème} éd*, p. 488 N 114.

¹⁴² *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 4.

¹⁴³ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 4.

¹⁴⁴ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 4.

¹⁴⁵ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 4.

¹⁴⁶ NOBEL, *Schweizerische Finanzmarktrecht 2^{ème} éd*, p. 488 N 114.

¹⁴⁷ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 35.

¹⁴⁸ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 35

¹⁴⁹ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 35.

¹⁵⁰ TAISCH, p. 69 N 22; LIECHTI/MOSCARIELLO/WIRTH p. 988.

¹⁵¹ TAISCH, p. 69 N 22.

l'optimisation du système de surveillance dualiste. Les révisions concernant la loi sur les banques et son ordonnance ont été reportées afin de se coordonner avec l'adoption de la LFINMA¹⁵². Cette dernière harmonise les instruments de surveillance des marchés financiers, notamment l'audit. La circulaire 06/6 « Surveillance et contrôle interne » faisait également partie du projet de grande envergure de révision de la CFB, cette circulaire porte sur l'audit interne, aux missions de mise en œuvre de la direction, notamment en ce qui concerne la mise en place et le fonctionnement de la conformité et du contrôle des risques.

Concernant la terminologie des circulaires, la CFB a souhaité marquer une nouvelle ère dans la surveillance bancaire en changeant les termes. La LB et l'OB faisaient référence aux termes « révision » et « réviseur », depuis la réforme nous retrouvons les termes « audit » et « auditeurs » dans le domaine de la surveillance bancaire et plus généralement financière. Ce changement de termes s'inscrit également dans une tendance internationale, le terme « audit » est davantage d'usage.

3. Les points essentiels de la réforme

a) Séparation de l'audit comptable et de l'audit prudentiel

La CFB a profondément réformé le système de surveillance dualiste par le biais de circulaires. Ces dernières précisent de manière encore plus explicite que précédemment que les sociétés d'audit doivent non seulement procéder à l'audit des comptes annuels mais, également à l'audit prudentiel¹⁵³. Cette recommandation a été suivie, la Circ.-CFB 05/1 divise l'objet de l'audit en un audit comptable et un audit prudentiel. La réforme a institué la séparation des deux objets telle que nous la connaissons aujourd'hui¹⁵⁴. Cette subdivision a pour objectif de mieux structurer et clarifier l'objet et la procédure de l'audit¹⁵⁵. La séparation a été introduite afin d'augmenter la transparence du processus d'audit, désormais le rapport d'audit est composé du rapport d'audit comptable et celui sur l'audit prudentiel, ils peuvent être transmis séparément à leurs destinataires¹⁵⁶. Cette répartition a également pour objectif d'améliorer les relations entre les banques auditées, l'autorité de surveillance et la société d'audit de même qu'elle permet d'avoir une vision plus claire de l'activité d'audit¹⁵⁷.

Jusqu'ici, les résultats d'audit étaient consignés dans un rapport d'audit dont les détails étaient réglés non seulement aux art. 43-49 aOB mais aussi dans la circulaire 96/3 « Rapport de révision : forme et contenu ». Les dispositions relatives aux rapports d'audit étaient certes relativement étendues, mais mal structurées et parfois perçues comme un ensemble de points divers sans priorités apparentes¹⁵⁸. Par ailleurs, le rapport était marqué de l'idée reçue que les sociétés d'audit soumettent chaque année tous les domaines à un contrôle complet¹⁵⁹. Cette division n'est pas parfaite, mais semble être opportune, elle peut entraîner un risque de redondance des rapports, surtout dans les domaines où une séparation stricte n'est pas possible. Le rapport d'audit constitue l'un des éléments centraux d'information de la CFB. Il est indispensable à l'obtention d'informations importantes pour la surveillance et l'identification des établissements à l'égard desquels des mesures prudentielles sont nécessaires en particulier

¹⁵² NOBEL, *Überblick über Gesetzgebung und Gesetzgebungsprojekte*, p. 23; ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 798.

¹⁵³ FF 2006 2789.

¹⁵⁴ STÖCKLI, p. 62.

¹⁵⁵ CFB, *Reform im Prüfwesen*, p. 5.

¹⁵⁶ LOMBARDINI chap. IX N 10; Circ.-CFB 05/2 ch. 10) Circ.-CFB 05/2 ch.10.

¹⁵⁷ Circ.-CFB 05/2 ch.6.

¹⁵⁸ CFB, *Reform im Prüfwesen*, p. 12.

¹⁵⁹ CFB, *Reform im Prüfwesen*, p. 12.

si la CFB exige un audit extraordinaire (art. 23bis al. 2 aLB) ou mandat un chargé d'enquête (art. 23quater al. 1 aLB). Le rapport d'audit constitue également pour les organes de l'établissement audité un instrument important du contrôle du respect de leurs obligations, ce dernier semble être de moins en moins le premier destinataire du rapport d'audit.

En vue de marquer davantage la distinction entre audit prudentiel et audit comptable, les normes applicables diffèrent selon le type d'audit. L'audit prudentiel est régi de manière déterminante par les directives de la CFB et les normes d'audit applicables et généralement reconnu par la profession dans la mesure où elles sont judicieuses pour l'audit prudentiel¹⁶⁰.

b) Approche d'audit orientée sur les risques et nouvelles documentations

La CFB a repris l'approche d'audit orienté sur les risques appliquée jusqu'ici à l'audit comptable¹⁶¹. La CFB a réorganisé l'audit bancaire en posant les bases du système modulaire que nous connaissons, les audits à effectuer dans le cadre de l'audit prudentiel comprenaient les audits obligatoires, les champs d'audit supplémentaires prescrits par la CFB, l'audit approfondi et les audits orientés sur les risques, destinés à couvrir les risques essentiels de l'audit¹⁶². La Commission a soulevé que la révision extraordinaire selon l'art. 23bis al. 2 aLB est un instrument important du droit de la surveillance, mais peu utilisé en pratique car perçus comme menaçante pour les banques, les champs d'audit supplémentaires prescrits par la CFB lui offrent la possibilité de s'impliquer d'une manière moins fatale dans le processus d'audit.

La CFB a institué le rapport standardisé « Analyse des risques/Stratégie d'audit », cette nouvelle documentation doit être établie par les auditeurs et jointe au rapport d'audit. Ce formulaire standardisé s'inscrit dans une optique de rendre le mandat et la procédure des sociétés d'audit plus transparente. Jusqu'ici l'échange d'informations entre la société d'audit et la CFB reposait principalement sur le rapport de révision annuel, dans lequel les indications sur la manière de procéder de la société d'audit faisaient largement défaut¹⁶³. La publication des réflexions déterminantes pour la planification de l'audit permet d'orienter la discussion entre la CFB et les auditeurs sur les aspects pertinents en matière de risques, d'améliorer la compréhension de la procédure de la société d'audit ainsi que des résultats d'audit¹⁶⁴.

Même cette nouvelle documentation a posé les fondements à la pratique actuelle de la FINMA, elle n'y correspond pas entièrement. L'analyse des risques était commune à l'audit comptable et l'audit prudentiel, la Circ.-CFB 05/1 était destinée aux deux types d'audit, cependant la stratégie d'audit distinguait l'audit comptable et l'audit prudentiel. Contrairement à la pratique de la FINMA, les rapports standardisés ne devaient pas être remis systématiquement avant le début de l'audit, mais uniquement dans des cas particuliers à la demande de la CFB¹⁶⁵. La CFB n'avait pas le même pouvoir d'influencer le cours de l'audit que la FINMA. La définition d'une stratégie d'audit n'est pas fondamentalement nouvelle pour les sociétés d'audit, toutefois cette procédure s'effectuait sur la base de directives internes propres à chaque société d'audit¹⁶⁶. Une documentation standardisée permet également d'être évaluée plus facilement par des tiers externes et les comparaisons.

¹⁶⁰ Circ. CFB 05/1 ch. 7 et 27.

¹⁶¹ Circ. CFB 05/1 ch.10 ; PFIFFNER, N 748.

¹⁶² Circ. CFB 05/1 ch.13.

¹⁶³ CFB, *Reform im Prüfwesen*, p. 8.

¹⁶⁴ CFB, *Reform im Prüfwesen*, p. 8; CFB, *Rapport de gestion 2005*, p. 25.

¹⁶⁵ CFB, *Reform im Prüfwesen*, p. 4.

¹⁶⁶ CFB, *Reform im Prüfwesen*, p. 4.

c) Indépendance des sociétés d'audit

La principale critique formulée dans le cadre de la surveillance indirecte a été le risque de conflits d'intérêts ou le problème d'indépendance des sociétés d'audit mandatés par les banques. D'après la Commission, les problèmes documentés dans la surveillance bancaire sont moins dus à un manque d'indépendance ou à des conflits d'intérêt qu'à une non-reconnaissance effective des problèmes survenant dans un établissement, ou à des erreurs d'appréciation d'une situation critique en principe ou à des mesures prises trop tard¹⁶⁷. Il est douteux que ces problèmes fondamentaux de la surveillance, qui peuvent aussi survenir lors de l'examen des systèmes d'informations d'une banque, puissent être résolues par un transfert de personnel qualifié vers l'autorité de surveillance étatique¹⁶⁸. Pour s'assurer de l'indépendance et des qualifications de la société d'audit, les banques devaient solliciter l'accord de la CFB avant tout changement de cabinet¹⁶⁹. Aujourd'hui, tout changement de société d'audit doit être immédiatement annoncé à la FINMA, mais au plus tard trois mois avant la remise de l'analyse des risques pour la période actuelle¹⁷⁰. La procédure d'autorisation rigide des sociétés d'audit, leur surveillance continue et les contrôles qualité périodique contribuent à garantir l'indépendance des sociétés d'audit¹⁷¹. Les sociétés d'audit sont qualifiées « d'avant-postes » de la CFB, leur rôle est fondamental, leur supervision était également un instrument de surveillance de la CFB¹⁷².

Les auditeurs externes occupent une double position particulière, afin d'exercer leur mandat au mieux leur indépendance est importante. La CFB ne peut s'appuyer sur les jugements des rapports d'audit en toute confiance que si l'indépendance de la société d'audit peut être rendue crédible¹⁷³. Les mandats incompatibles avec l'audit bancaire s'inspirent des organismes professionnels internationaux. Les directives sur l'indépendance de la Chambre fiduciaire couvraient déjà en partie certaines relations et mandats¹⁷⁴. La Circ.-CFB 05/3 et l'aOB garantissent l'indépendance des sociétés d'audit, la circulaire citée fait référence aux directives de la Chambre fiduciaire en tant que norme minimale. La Circ.-CFB 05/3 pose des exigences supplémentaires pour l'indépendance des cabinets, ces dispositions entravent gravement la liberté économique des sociétés d'audit, il aurait été préférable de poser ces exigences à un niveau standard plus élevé¹⁷⁵. Les circulaires sont une forme de réglementation très fréquente dans le secteur des marchés financiers, mais ne tendent pas vers la même légitimité qu'une loi ou qu'une ordonnance¹⁷⁶. Il convient de se rappeler que les circulaires émises par la CFB avaient un caractère transitoire, il fallait réglementer ce domaine, la Circ.-FINMA 13/3 n'est entrée en vigueur qu'en 2013.

¹⁶⁷ Bericht der Expertenkommission Revisionswesen, p. 23.

¹⁶⁸ FLÜHMANN, N 94.

¹⁶⁹ Circ 05/3 ch. 46

¹⁷⁰ Circ. 13/3 ch. 21.

¹⁷¹ FLÜHMANN, N 93.

¹⁷² CFB, *Rapport de gestion 1978*, p. 21.

¹⁷³ SOTTAS, p. 25.

¹⁷⁴ CFB, *Reform im Prüfwesen*, p.17; SOTTAS, p. 25

¹⁷⁵ GÖTZE, p. 226.

¹⁷⁶ GÖTZE, p. 226.

IV. L'audit prudentiel sous l'égide de la FINMA

A. Harmonisation des instruments de surveillance

1. La LFINMA

La loi sur la surveillance des marchés financiers est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, elle harmonise les instruments de surveillance des marchés financiers¹⁷⁷. Au nombre de ces instruments figurait l'audit des assujettis et la surveillance des sociétés d'audit (art. 24 à 28 LFINMA), la surveillance des sociétés d'audit est passée aux mains de l'ASR en 2015 à la suite de la concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit. Souhaitant l'harmonisation la plus large possible des dispositions relatives aux acteurs des marchés financiers, le législateur a biffé à quelques exceptions près, les prescriptions sur l'audit contenues dans les lois et les ordonnances sur les marchés financiers¹⁷⁸. L'entrée en vigueur de la LFINMA a eu pour effet d'alléger considérablement les dispositions légales relatives à l'audit bancaire. Les art. 19 à 22 LB ainsi que les art. 35-49 aOB ont été abrogées. Dorénavant, l'art. 18 LB est l'unique point de rattachement pour l'audit. L'art. 18 aLB a été modernisé lors de cette réforme de la surveillance des marchés financiers, les dispositions du neuvième chapitre sur le contrôle ont été modifiés pour la première fois depuis la révision de la loi bancaire en 1971. L'art. 18 al. 1 aLB précisait que les banques chargent une société d'audit d'effectuer un audit comptable et un audit prudentiel, le terme d'audit prudentiel n'apparaissait jusqu'ici que dans les circulaires de la CFB. Cette révision marque la réforme du système de surveillance dualiste séparant l'audit prudentiel et l'audit comptable ainsi qu'une nouvelle ère pour le droit de la surveillance sous l'égide de la FINMA. Malgré tout, cette distinction n'a pas duré, l'art. 18 al. 1 LB en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2015 n'évoque que de l'audit selon l'art. 24 LFINMA, qui est un audit prudentiel, l'art. 18 al. 2 LB fait référence à la révision des comptes annuels selon le CO.

Nous constatons que la LFINMA témoigne de la réforme du système de surveillance dualiste sous la CFB séparant l'audit des comptes annuels et l'audit prudentiel inscrite à l'origine au rang de circulaire. L'audit prudentiel a forgé sa place au rang de loi au fil de l'évolution du droit de la surveillance, les modifications de l'art. 18 LB ont fait passer en premier plan l'audit prudentiel.

2. L'OA-FINMA

La mise en œuvre de l'audit dans l'ordonnance sur les audits des marchés financiers s'inscrit dans le cadre de la création de la FINMA. Le CF a été chargé d'édicter les dispositions d'exécution relatives au contenu et à l'exécution des audits, à la forme des rapports et aux exigences applicables à la société d'audit (art. 18 al. 3 aLB). Conformément à cette clause de délégation précitée, le CF a adopté l'OA-FINMA le 15 octobre 2008, celle-ci a fait l'objet d'une révision complète entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 en raison de la concentration des entreprises de révision et des sociétés d'audit au sein de l'ASR. L'OA-FINMA adoptée en 2008 visait les audits de manière générale, comptable et prudentiels. La nouvelle ordonnance entrée en vigueur en 2015 délimite son champ d'application aux audits selon l'art. 24 al. 1 let. a LFINMA et vise donc uniquement les audits prudentiels (art. 1 OA-FINMA).

Sur le fond, on constate qu'il était nécessaire de prévoir des dispositions dans le domaine de l'audit, afin de rendre crédible en Suisse comme à l'étranger la surveillance exercée par la FIMMA. La réglementation portant sur les audits des marchés financiers vise à garantir que les assujettis fassent l'objet d'audits de qualité. De tels audits contribuent à leur tour à la réalisation des buts de la surveillance, comme d'assurer le bon fonctionnement du secteur financier ou son

¹⁷⁷ Confédération suisse, *Rapport explicatif de l'OA-FINMA 2008*, p. 2.

¹⁷⁸ PORTMANN/BOCHUD, p. 48.

efficience. Une réglementation est d'autant plus importante dans le secteur des banques où l'activité des sociétés d'audit joue un rôle déterminant¹⁷⁹. Les dispositions de l'OA-FINMA, combinées aux circulaires correspondantes, ont contribué à l'élaboration d'un régime règlement assez sophistiqué pour les audits¹⁸⁰.

3. Transition de la CFB à la FINMA

Les circulaires émises par la CFB en matière d'audit sont restées en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012, elles ont été remplacées au 1^{er} janvier 2013 par la Circ.-FINMA 13/3 « Activités d'audit ». La reprise en bloc des circulaires existantes visait en premier lieu à assurer la continuité en permettant à la FINMA de reprendre formellement, de manière simple et efficace, toutes les circulaires en vigueur avec son entrée en fonction¹⁸¹. La tâche de la FINMA n'était pas des moindres, elle devait harmoniser les circulaires existantes de l'OFAP, la CFB et de l'Adc LBA en matière d'audit. Elle devait coordonner l'adaptation du cadre juridique existant sous les anciennes autorités au nouveau régime réglementaire prévu par la LFINMA. Tout ceci dans une optique d'harmonisation et de consolidation de l'ensemble des circulaires, ce qui est particulièrement le cas pour les circulaires qui traitent de questions intersectorielles¹⁸².

Jusqu'à l'adoption de la Circ.-FINMA 13/3, les circulaires des autorités précédentes sont restées en vigueur, dans la mesure où elles sont conformes aux dispositions de la LFINMA (art. 24 à 28 LFINMA) et de l'OA-FINMA, les détails sont précisés dans la Circ.-FINMA 08/41¹⁸³.

4. Réforme de l'audit prudentiel : la Circulaire 13/3 « Activités d'audit »

a) Contexte

D'après la FINMA l'ancien système d'audit présentait de nombreux inconvénients ayant surtout conduit à des conflits d'intérêts au sein des sociétés d'audit, ils devraient disparaître dans la mesure du possible avec la nouvelle circulaire¹⁸⁴. La FINMA souhaite que les sociétés d'audit bénéficient d'un degré d'indépendance plus élevé dans leurs activités auprès des clients audités et par là fassent preuve d'une plus grande responsabilité envers la FINMA¹⁸⁵. Dans ce contexte, l'échange d'information entre les sociétés d'audit et la FINMA a été renforcé en permettant à cette dernière d'être associée dans la planification de l'audit¹⁸⁶.

Les circulaires des prédécesseurs de la FINMA ont été remplacées au 1^{er} janvier 2013 par la Circ.-FINMA 13/3 « Audit » et la Circ.-FINMA 13/4 « Sociétés d'audit et auditeurs responsables », cette dernière a été supprimée sans remplacement en 2014 en raison du fait que l'ASR soit devenue compétente pour les questions qui y sont réglementées¹⁸⁷. Après l'avènement de la FINMA, un certain besoin d'harmonisation entre les différentes catégories de surveillance s'est ajouté. En sus des bases légales, cette circulaire fournit les bases de l'audit prudentiel. L'art. 20 al. 1 aOA-FINMA octroyait la compétence à la FINMA de régler aussi bien les modalités des rapports, comme la forme, le contenu, la périodicité, les délais à respecter et les destinataires, que les modalités de l'exécution de l'audit. La Circ.-FINMA 13/3 régit uniquement l'audit prudentiel, elle contient une partie générale concernant l'audit de tous les

¹⁷⁹ Confédération suisse, *Rapport explicatif de l'OA-FINMA 2008*, p. 12.

¹⁸⁰ ZUFFEREY/ CONTRATTO, p. 125

¹⁸¹ ZUFFEREY/ CONTRATTO, p. 85.

¹⁸² ZUFFEREY/ CONTRATTO, p. 84-85.

¹⁸³ ZUFFEREY/ CONTRATTO, p. 86

¹⁸⁴ FINMA, *Rapport de gestion 2010*, p. 76.

¹⁸⁵ FINMA, *Rapport de gestion 2010*, p. 76.

¹⁸⁶ FINMA, *Rapport de gestion 2010*, p. 76-77.

¹⁸⁷ FINMA, *Rapport de gestion 2012*, p. 36; NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd., p. 950 N 523.

assujettis à la LFINMA et une partie spéciale avec des dispositions spécifiques à chaque domaine.

Les développements et les discussions au niveau international ont été un autre moteur de la révision de l'audit, des attentes ont été exprimées à l'égard de la FINMA pour qu'elle repense également le système d'audit¹⁸⁸. De même, le système dual avec une séparation claire des tâches entre les autorités de surveillance et les sociétés d'audit suscite régulièrement la critique ou l'incompréhension des organisations internationales, car cette forme de surveillance n'est pas courante dans d'autres pays¹⁸⁹.

Avec la réforme des activités d'audits, la FINMA entend augmenter la valeur ajoutée pour la surveillance des marchés financiers et améliorer la compréhension du rôle des sociétés d'audit. Elle souhaite donner un nouveau tournant à cette activité, jusqu'ici les auditeurs semblaient cantonnés dans une activité de révision des comptes. Désormais, la Circ.-FINMA 13/3 régleme spécifiquement l'audit prudentiel. Dans le passé, la FINMA a relevé que les sociétés d'audit portent encore en partie des jugements trop bienveillants sur les constatations qu'elles font auprès de leurs clients¹⁹⁰. Cela tient au fait de la double position des sociétés d'audit, elles relèvent certes du droit de la surveillance, mais sont mandatées et rémunérées par leurs clients. La FINMA souhaite des inspections plus fréquentes et plus approfondies des sociétés d'audit, ainsi que s'immiscer davantage dans leurs activités en les accompagnant dans leurs travaux¹⁹¹.

La protection des clients des marchés financiers et le maintien du bon fonctionnement de la place financière sont les tâches premières de la FINMA (art. 1 LFINMA). Dans le cadre du nouveau mandat qui leur est confié pour la réalisation d'audits prudentiels, les sociétés d'audit apportent une contribution importante dans l'exécution de ces tâches et doivent être à la hauteur de leur rôle de « bras armé » de la FINMA. L'activité d'audit prudentiel s'inscrit dans un cadre plus titanesque que sous la CFB, à l'ATF 99 Ib 105 le TF considère que l'activité d'audit s'inscrit en faveur de la protection du public et en particulier des créanciers des banques¹⁹².

b) Changements essentiels

(i) Séparation audit prudentiel et audit comptable

La séparation en l'audit comptable et l'audit prudentiel n'est fondamentalement pas nouvelle. Néanmoins, les deux types de contrôle étaient effectués de manière intégrée. La CFB exigeait deux rapports différents, mais l'analyse des risques reposait était similaire pour les deux types d'audit, seule la stratégie d'audit en découlant était différente. La séparation entre audit comptable et audit prudentiel se veut être plus stricte conformément à la fonction de la société d'audit en tant qu'extension de la FINMA¹⁹³. La FINMA a approfondi et séparé les deux types d'audit de manière conceptuelle, en termes d'organisation, une même équipe d'audit effectue l'audit prudentiel et l'audit comptable. La FINMA peut exiger deux équipes différentes, mais cela concerne principalement les grandes banques.

(ii) Collaboration entre la société d'audit, la FINMA et la banque

Afin d'améliorer la collaboration entre les sociétés d'audit et la FINMA ainsi que la qualité de leurs contrôles, l'analyse des risques pour l'audit prudentiel doit être établie de manière autonome par la société d'audit et ne doit plus être coordonnée avec la banque¹⁹⁴. La banque

¹⁸⁸ ROMER/GMÜR, p. 452.

¹⁸⁹ ROMER/GMÜR, p. 452.

¹⁹⁰ FINMA, *Rapport de gestion 2009*, p. 74.

¹⁹¹ FINMA, *Rapport de gestion 2009*, p. 74.

¹⁹² ATF 99 Ib 104, consid. 5.

¹⁹³ FINMA, *Rapport de gestion 2012*, p. 36.

¹⁹⁴ ROMER/GMÜR, p. 456.

reçoit l'analyse pour information après que l'évaluation ait été soumise à la FINMA. L'analyse des risques vise à ce que la société d'audit expose, la situation générale en matière de risques et les principales faiblesses auxquelles est exposé l'assujetti¹⁹⁵. La société d'audit devait déjà échanger avec l'assujetti concernant l'appréciation des risques et sa situation, mais la FINMA ne souhaitait pas une représentation négociée des risques. Pour cette raison, l'analyse des risques ne doit pas être l'objet d'une concertation avec l'assujetti avant son établissement ou son envoie.

Dans une optique d'assurer la qualité de l'audit, les travaux d'audit déjà effectués par la révision interne de la banque ne pouvaient être utilisés que dans une mesure limitée. Les auditeurs ne pouvaient pas se référer aux travaux de la révision interne dans deux interventions consécutives. C'est un compromis entre deux faits : d'une part, il est mieux garanti que chaque domaine de l'établissement doit être examiné à moyen et à long terme par les auditeurs externes eux-mêmes, d'autre part, cette réglementation permet de profiter à intervalles réguliers des connaissances très détaillées spécifiques à l'établissement de la révision interne¹⁹⁶.

L'interdiction peu pratique de coordonner l'analyse des risques avec les entités surveillée a été enlevée lors de la révision partielle de la Circ.-FINMA 13/3 du 20 juin 2018. Toutefois, la FINMA continue d'attendre de la société une évaluation objective de l'analyse des risques, la société ne peut donc pas simplement se fier aveuglement aux constats de la révision interne¹⁹⁷.

c) Réception

Lors de l'audition des circulaires, les milieux intéressés ont émis certaines réserves. Les participants ont remis en question la légitimité réglementaire d'une circulaire, principalement concernant la Circ.-FINMA 13/4, les prescriptions en matière d'incompatibilité du mandat et d'indépendance restreignent la liberté économique des cabinets¹⁹⁸. Depuis cette réforme, la FINMA publie un guide pratique explicatif de l'audit, le rang réglementaire ainsi que l'intrusion de la FINMA dans le domaine est remise en question¹⁹⁹. Les guides pratiques ne sont pas des normes juridiques obligatoires, elles n'ont aucun caractère normatif, uniquement une aide pratique lors de questions d'application concrètes liées aux nouvelles circulaires²⁰⁰. L'autorité de surveillance s'ingère continuellement dans l'activité des cabinets d'audit et fait un large usage de son droit de réglementer.

Les voix se sont également élevées à propos de la non-applicabilité des normes d'audit suisses de la Chambre fiduciaire utilisées dans l'audit des comptes. La FINMA renonce à reprendre les normes d'audit suisses, et même internationales pour l'audit prudentiel en raison du fait qu'elles sont principalement conçues pour l'audit des comptes annuels. Sa position a été reconfirmée lors de la révision partielle de la Circ.-FINMA 13/3 en 2014²⁰¹. Les normes d'audit comptables répondent à la révision de données quantitatives et semblent moins appropriés à l'audit prudentiel intégrant majoritairement des éléments qualitatifs²⁰². Néanmoins, certaines

¹⁹⁵ FINMA, *Circulaire de la FINMA sur les activités d'audit 2012*, p. 11.

¹⁹⁶ ROMER/GMÜR, p. 453.

¹⁹⁷ BSK FINMAG-PFIFNER art. 24 N 96.

¹⁹⁸ FINMA, *Circulaire de la FINMA sur les activités d'audit 2012*, p. 6.

¹⁹⁹ FINMA, *Circulaire de la FINMA sur les activités d'audit 2012*, p. 6.

²⁰⁰ FINMA, *Circulaire de la FINMA sur les activités d'audit 2012*, p. 7.

²⁰¹ FINMA, *Circulaire de la FINMA sur les activités d'audit 2012*, p. 13; FINMA, *Révision partielle de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit » 2014*, p. 6.

²⁰² FINMA, *Révision partielle de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit » 2014*, p. 6

prescriptions d'audit prudentiel ont été formulées en s'inspirant des normes d'audit suisse de la Chambre fiduciaire, mais avec une dimension propre à servir le but de l'audit réglementaire²⁰³.

5. La refonte de 2018

La Circ.-FINMA 13/3 a fait l'objet d'une révision en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019, la FINMA a introduit des mesures visant à améliorer l'efficacité des activités d'audit prudentiel avec pour but la réduction des coûts de l'audit de 30%²⁰⁴. En 2018, la FINMA lançait le régime des petites banques, les banques des catégories 4 et 5 remplissant certaines conditions bénéficient d'un régime allégé de surveillance²⁰⁵. Pour s'aligner sur ce nouveau régime, la FINMA souhaite faire recourir aux sociétés d'audit de manière encore plus ciblée en renforçant l'orientation sur les risques et la proportionnalité de la surveillance²⁰⁶. Pour orienter plus fortement l'activité d'audit sur les aspects essentiels, la FINMA a modifié pour l'essentiel comme suit la Circ.-FINMA 13/3²⁰⁷. : - un renforcement de l'orientation sur les risques dans la stratégie d'audit et, partant, un audit de base moins généralisé²⁰⁸ ; - la possibilité de réduire la cadence d'audit sur demande de l'organe responsable de la haute direction dès lors que certaines conditions minimales sont remplies ; - la suppression d'une grande partie des éléments descriptifs dans les rapports et l'accent mis sur les constatations de l'audit – la possibilité de s'appuyer davantage sur les travaux et les conclusions de la révision interne²⁰⁹.

Dans l'optique d'améliorer la qualité de l'audit et réduire ses coûts, la FINMA est moins méfiante de travaux de révision internes de l'établissement surveillance. La révision interne couvre, sur mandat du Conseil d'administration ou du comité d'audit, des éléments qui peuvent se recouper avec des thèmes de la surveillance prudentielle²¹⁰. La révision partielle de la Circ.-FINMA 13/3 permet aux sociétés de s'appuyer davantage sur les travaux de la révision interne, la collaboration entre les cabinets d'audit et la banque accroît l'efficacité et l'efficacité de l'audit prudentiel. La société d'audit est soumise aux prescriptions de la A70 pour apprécier l'utilisation et évaluer la qualité des travaux de la révision interne. Le recours aux travaux de la révision interne a été jugé pertinente et efficace par les assujettis, dans cette perspective les sociétés d'audit souhaitent que les prescriptions concernant l'évaluation de la qualité et le suivi de la révision interne soient plus praticables²¹¹. La position de l'ASR est différente, elle n'est pas convaincue de la qualité des travaux d'audit interne en comparaison des cabinets d'audit externe et constate des faiblesses au niveau de l'indépendance du personnel de la révision interne²¹². La FINMA est également de l'avis de l'ASR, les travaux de révision ne doivent pas entraîner une réduction de la qualité d'audit, mais juge utile de renforcer leur prise en compte²¹³.

²⁰³ FINMA, *Révision partielle de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit » 2014*, p. 6.

²⁰⁴ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 4.

²⁰⁵ FINMA, *Cat. 4 et 5/ Régime des petites banques*.

²⁰⁶ FINMA, *Communiqué de presse 2018*.

²⁰⁷ FINMA, *Communiqué de presse 2018*.

²⁰⁸ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 4.

²⁰⁹ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 5.

²¹⁰ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 17.

²¹¹ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 18.

²¹² FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 18.

²¹³ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 18.

B. Les sociétés d'audit

1. Réforme de la surveillance des sociétés d'audit

a) Transfert des compétences de surveillance à l'ASR

(i) Situation initiale

Avant la FINMA, la CFB avait déjà développé la surveillance des sociétés d'audit comme un de ses instruments de surveillance des établissements financiers²¹⁴. La CFB se fondait sur les agréments délivrés en vertu de la LSR pour octroyer l'autorisation d'auditer les banques aux cabinets d'audit. La création de l'ASR en 2006 est née de la nécessité de rétablir la confiance dans l'activité des organes de révision dans le sillage d'une série de scandales touchant le secteur financier et de suivre l'évolution internationale²¹⁵. Aux Etats-Unis le *Sarbanes-Oxley Act* » (*SOX*) entrée en vigueur en 2002 a été créée à la suite de scandales financiers impliquant notamment *Enron* et son auditeur *Andersen*²¹⁶. Le *SOX* a été l'élément déclencheur qui a conduit au remaniement de la révision et surtout à la création d'une autorité de surveillance ; le *Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)*²¹⁷. Le *PCAOB* exerce son autorité sur les cabinets révisant les comptes des sociétés cotées en bourse aux Etats-Unis, et ce indépendamment du fait que la société cotée ait son siège en Suisse ou ailleurs²¹⁸. Les tâches de surveillance du *PCAOB* sont particulièrement étendues. L'adoption du *SOX* a déployé un effet explosif pour l'industrie de l'audit, la LSR a été édictée pour empêcher que le *PCAOB* intervienne en Suisse grâce à la création de l'ASR afin d'éviter qu'une autorité étrangère puisse consulter les dossiers sensibles d'entreprises suisse²¹⁹. La pratique suisse en matière de qualité de l'audit et d'indépendance des auditeurs a fortement été influencée par les développements internationaux.

Jusqu'au 31 décembre 2014, il y avait encore deux autorités différentes pour surveiller les sociétés d'audit comptable et d'audit prudentiel, la FINMA et l'ASR agissait dans le cadre de leur propre domaine de surveillance²²⁰. La FINMA se chargeait de surveiller les auditeurs responsables pour l'audit prudentiel de son côté l'ASR contrôlait les experts-réviseurs et les réviseurs agréés pour les audits comptables. La FINMA surveillait les sociétés d'audit qui contrôlaient les établissements financiers en vertu des lois particulières aux différents marchés financiers. Collaboration entre les deux autorités, art. 22 al. 1 SLR et 28 al.1 LFINMA. En édictant la LSR en 2005, le législateur prévoyait déjà un chevauchement partiel de compétence entre les deux autorités et a prévu l'obligation de collaborer afin d'éviter les doublons administratifs (art. 22 al. 1 LSR et art. 28 al. 2 LFINMA). La FINMA et l'ASR se communiquaient mutuellement tous les renseignements et documents nécessaires à la mise en œuvre de la législation applicable, cette obligation a été maintenue même après la réforme de la surveillance. L'expérience pratique a démontré qu'une clarification des compétences était essentielle, ce système a révélé des faiblesses auxquelles une simple coordination n'est d'aucun remède²²¹.

²¹⁴ SANWALD, *Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen*, p. 32.

²¹⁵ SANWALD, *Revisionsaufsicht*, N 29; SANWALD, *Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen*, p. 33.

²¹⁶ SCHIESSER, p. 857.

²¹⁷ SCHIESSER, p. 857.

²¹⁸ SCHIESSER, p. 857; FF 2004 3780.

²¹⁹ SCHIESSER, p. 857; 3780 FF 2004 3780; ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 803.

²²⁰ BRAIDI N 448.

²²¹ FF 2013 6148; SANWALD, *Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen*, p. 38.

La FINMA agréait les sociétés d'audit et les auditeurs responsables en se fondant sur l'autorisation de base de l'ASR, tout en exigeant des conditions supplémentaires spécifiques selon le domaine des marchés financiers²²². Au 1^{er} janvier 2015, la surveillance et l'agrément des sociétés d'audit ont été transmis à l'ASR. Cette restructuration n'implique pas un nouveau départ complet dans la surveillance des cabinets d'audit. Malgré ces changements, la FINMA reste compétente pour déterminer la méthodologie d'audit et les normes applicables à l'audit prudentiel²²³. L'expérience a démontré que les normes d'audit comptable ne s'appliquent pas directement à l'audit prudentiel, pour cette raison il est régi par des normes spécifiques prenant en considération les normes d'audit comptable dans la mesure du nécessaire²²⁴. Néanmoins, les dispositions légales régissant l'audit prudentiel sont étroitement liées aux règles d'audit prudentiel et par conséquent à la méthodologie de ce type d'audit, il incombe donc à la FINMA de reconnaître ou d'édicter des normes d'audit prudentiel, ou d'y déroger²²⁵. Il va sans dire que la FINMA collabore étroitement avec l'ASR dans ce domaine aussi²²⁶. Comme la surveillance et les sanctions ne peuvent pas être séparées, la compétence de sanctionner les sociétés d'audit et les auditeurs responsables est transférée à l'ASR²²⁷.

(ii) Arguments avancés

Le système avait ses faiblesses et ne se justifiait plus quant à la cohérence de la qualité de la surveillance. Contrairement à l'ASR, la surveillance des sociétés d'audit ne constitue pas la tâche principale de la FINMA, elles ne représentent qu'un instrument parmi d'autres servant à la surveillance des établissements financiers, un moyen pour atteindre un but²²⁸.

Le transfert des compétences de la FINMA à l'ASR profite au système dans la mesure où la surveillance est exercée d'une seule main et non plus par deux autorités. Cette concentration permet de regrouper les ressources en personnel et les connaissances spécialisées pour conduire à une professionnalisation accrue de surveillance de la branche. Les sociétés d'audit prudentiel gagnent en indépendance dans leur relation avec la FINMA, ce qui améliore leurs échanges sur les problématiques rencontrées par les établissements financiers.

Enfin, les doublons pourront être éliminés, malgré les efforts de coordination de la FINMA et de l'ASR, le requérant devait déposer sa demande d'agrément à double auprès de deux autorités, le dossier était examiné à double selon des modalités différentes et il devait s'acquitter de deux émoluments²²⁹. Surtout qu'il s'agit en soit des mêmes entreprises opérant simultanément dans plusieurs secteurs.

La double position des sociétés a de tout temps été problématique, la même autorité qui surveille était aussi celle qui sanctionne, de potentiels conflits d'intérêts sont susceptibles d'impacter la vigueur des interventions des auditeurs, ils peuvent être tentés de ne pas communiquer certaines informations²³⁰. La nouvelle pratique permet aux sociétés d'audit de gagner en efficacité²³¹.

²²² FF 2013 6152.

²²³ FF 2013 6160, 6161.

²²⁴ FF 2013 6160.

²²⁵ FF 2013 6160, 6161.

²²⁶ FF 2013 6160, 6161.

²²⁷ SANWALD, *Revisionsaufsicht* N 54

²²⁸ SANWALD, *Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen*, p. 37.

²²⁹ FF 2013 6154.

²³⁰ FF 2013 6154, 6155.

²³¹ SANWALD Reto, *Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen*, p. 39.

b) Impact sur l'audit prudentiel

A la suite de la concentration de la surveillance aux mains de l'ASR, l'art. 26 aLFINMA a été abrogé, désormais la LSR et l'OSRev²³² prévoit les conditions d'agrément des sociétés d'audit et des auditeurs responsables. L'ordonnance sur les audits des marchés financiers a également été abrogée, la nouvelle ordonnance en vigueur depuis 2015 régit uniquement l'audit prudentiel. Nous constatons que l'audit prudentiel a énormément gagné en importance au fil des réformes, ce domaine est aujourd'hui réglementé dans une ordonnance et une circulaire spécifique, sans compter l'autorégulation. La Circ.-FINMA 13/3 a également fait l'objet d'une profonde révision, diverses dispositions figurant Circulaire ont été transposées dans l'OA-FINMA²³³.

La terminologie a subi quelques modifications, la notion « audit prudentiel » a été remplacée par « audit » du fait de la définition figurant à l'art. 24 al. 1 LFINM, faisant de l'audit un terme presque spécifique aux marchés financiers. La notion « audit comptable » a été remplacé par l'expression « révision »²³⁴. Ce changement terminologique vient marquer la nette différence entre l'audit prudentiel et l'audit comptable, les deux domaines ne répondent pas aux mêmes normes et ne concerne pas les mêmes entités. En pratique, le terme d'audit comptable pour les domaines hors marchés financiers reste d'usage.

2. L'agrément

Concrètement, le transfert des compétences à l'ASR n'occasionne aucun changement matériel, la pratique développée par la CFB et la FINMA guident les tâches de l'ASR en matière de surveillance et d'agrément.

L'agrément des sociétés d'audit fonctionne selon un système modulaire, Pour effectuer un audit bancaire, les sociétés doivent satisfaire aux exigences de base de l'art. 9 LSR et celles supplémentaires de l'art. 9a LSR. Il n'existe pas d'agrément général pour l'ensemble des assujettis soumis à un audit au sens de la LFINMA, les sociétés d'audit doivent remplir les exigences spécifiques propres à chaque domaine et obtienne un agrément pour le domaine en question. Concernant l'auditeur responsable, l'agrément implique qu'il soit reconnu en tant qu'expert-réviseur au sens de l'art. 4 LSR et il doit avoir les connaissances techniques requises et l'expérience nécessaire pour effectuer un audit conformément aux lois sur les marchés financiers (art. 9a al. 2 let. b LSR). Il est nouvellement précisé que les conditions d'agrément des auditeurs responsables impliquent, en sus des connaissances techniques requises, de l'expérience nécessaire (art. 9a al. 2 let. b LSR). En outre, il existe, en dérogation à l'art. 4 al. 4 LSR, la possibilité de tenir compte de la pratique professionnelle acquise dans le cadre de l'audit prudentiel auprès des sociétés d'audit ou en qualité de chargé d'audit.

L'OSRev précise les compétences attendues des auditeurs responsables, l'ordonnance distingue les exigences/qualités demandées aux auditeurs des banques et celles pour l'audit des personnes banque à l'art. 1b LB. L'art. 11d^{bis} OSRev prévoit des exigences d'agrément allégées pour les auditeurs effectuant un audit au sens de l'art. 1b LB. Avant l'entrée en vigueur de la LFINMA, les prescriptions destinées aux auditeurs responsables se trouvaient dans les différentes ordonnances du droit de la surveillance.

Un auditeur responsable doit effectuer 24 heures de formation continue par année et doit avoir effectué 400 heures d'audit dans le domaine bancaire au cours des six dernières années (art.

²³² Ordonnance sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 22 août 2007 (OSRev) RS. 221.302.3.

²³³ FINMA, *Révision partielle de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », Rapport sur l'audit de 2014*, p. 3.

²³⁴ FINMA, *Révision partielle de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit », Rapport sur l'audit de 2014*, p. 4.

11d al. 2 OSRev), ces exigences se justifient notamment en raison du mécanisme de contrôle sur les établissements, elles assurent un contrôle de qualité de l'équipe d'audit²³⁵.

L'intégrité, l'honnêteté, le sérieux et une diligence irréprochable sont les facteurs les plus importants pour l'auditeur de droit bancaire²³⁶. Lorsque l'État recourt à des auxiliaires pour effectuer ses tâches, il doit s'assurer que celles-ci sont bien effectuées en agréant les personnes physiques. Dans ce système de surveillance, nous voyons la volonté du législateur d'imposer auditeurs responsables qu'ils se soumettent à un régime d'agrément exigeant²³⁷.

L'audit doit être effectué avec la diligence requise de la part d'un auditeur sérieux et qualifié²³⁸, cette vague formulation a pour objectif d'étendre autant que possible la surveillance aux sociétés d'audit et aux auditeurs responsables²³⁹. L'obligation de diligence découle de la notion de « réputation irréprochable » de l'art. 4 LSR et de « la garantie d'une activité de révision irréprochable » de l'art. 4 OSRev²⁴⁰. La diligence s'apprécie objectivement et de manière concrète, l'ASR doit tenir compte de toutes les circonstances du cas²⁴¹. Dans une affaire²⁴² de 1996 concernant la documentation de crédits hypothécaires, la CFB a eu l'occasion de préciser la notion de diligence. La diligence de l'auditeur consiste notamment à fonder son appréciation sur la base d'informations suffisantes, il doit lui-même porter un jugement fiable sur la banque. Si la banque ne fournit pas les documents nécessaires à l'approbation, l'auditeur doit s'opposer ou émettre une réserve quant à son appréciation de la situation²⁴³. L'auditeur principal avait manqué à son devoir de diligence en constatant divers manquements relatifs à la documentation de crédits hypothécaires sans imposer aucune mesure à la banque, les rapports d'audit ne contenaient aucune réserve sur le sujet.

3. L'indépendance

L'indépendance pour les activités d'audit prudentiel doit être interprétée de manière plus large que celle de la révision, cela peut être une des raisons pour lesquelles la Circ.-FINMA prévoit également certaines règles d'incompatibilités de mandat dans la Circ.-FINMA 13/3. L'indépendance est fondamentale, l'auditeur doit avoir les capacités nécessaires de voir et de faire ce qui est juste sans considérer les répercussions sur la relation client²⁴⁴. D'autant plus que l'indépendance des sociétés d'audit revête une importance cruciale pour la qualité des résultats des sociétés d'audit²⁴⁵. La FINMA s'appuie sur leurs travaux d'audit, elle doit pouvoir compter sur des analyses objectives menées en toute indépendance²⁴⁶. Par sa mission d'audit prudentiel, l'auditeur apporte une appréciation très large couvrant des aspects quantitatifs et qualitatifs²⁴⁷. La société d'audit doit notamment être indépendante de l'assujetti financièrement, c'est-à-dire que les honoraires facturés ne doivent pas dépasser à un certain pourcentage du chiffre d'affaires du cabinet d'audit. Dans l'affaire Enron, la société était la principale cliente de

²³⁵ BRAIDI, N 772.

²³⁶ ATF 99 Ib 105, consid. 5.

²³⁷ Braidi, N 226.

²³⁸ Art. 5 al. 3 OA-FINMA,

²³⁹ BRAIDI, N 451; ZUFFEREY/CONTRATTO p. 123.

²⁴⁰ TAF, arrêt B-4137/2010 du 17 septembre 2010 consid. 2.4.

²⁴¹ BRAIDI, N 451.

²⁴² TAF, arrêt B-5121 du 31 mai 2012.

²⁴³ CFB, *Bulletin* 32, p. 69.

²⁴⁴ CFB, *Bulletin* 32, p. 69.

²⁴⁵ CF 2012 5359.

²⁴⁶ BRAIDI, N 701.

²⁴⁷ PAPAUX, N 809.

l'auditeur Andersen, le cabinet était dépendant financièrement d'Enron et validait ses comptes frauduleux.

Les dispositions d'indépendance concernant l'audit prudentiel sont éparpillées. L'OSRev, l'OA-FINMA, la Circ.-FINMA 2013/3 contiennent des dispositions détaillées sur l'indépendance nécessaire. Les exigences d'indépendance de l'art. 728 CO s'applique également à l'audit des marchés financiers par renvoi de l'art. 11 LSR et 11/ OSrev. Le champ d'application des dispositions sur l'indépendance est large, dans un arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF), il confirme que l'art. 728 al. 1 et 2 CO s'applique non seulement aux auditeurs responsables, mais également aux membres de l'équipe de révision et à toute autre personne exerçant des activités de révision ou y contribuant²⁴⁸.

La réglementation légale a pris en importance au cours des dernières années, cela n'empêche pas les praticiens de l'audit en Suisse de rester soumis à une autorégulation conséquente et influente²⁴⁹. EXPERTsuisse publie un certain nombre de publications professionnelles importantes pour le secteur, dont les directives sur l'indépendance (DI)²⁵⁰. Les DI expriment les normes de bon comportement de la profession, elles n'ont pas force de loi et n'ont pas de reconnaissance officielle par l'ASR²⁵¹. Le TAF a estimé que ces normes s'appliquent aussi aux non-membres d'EXPERTsuisse ; de surcroît, les tribunaux s'en inspirent pour interpréter la loi²⁵².

Dans un arrêt²⁵³, le TAF considère que le refus d'honoraires proposé aux auditeurs responsables dans le cadre d'une procédure d'autorisation en tant que gestionnaire de placement collectif de capitaux en vue de s'occuper de l'audit annuel de la société menaçait son obligation d'indépendance. L'offre d'un mandat de révision gratuit en vue de la collaboration ultérieure donne inévitablement l'impression que la société d'audit a un intérêt à rendre un résultat d'examen positif, ce afin de ne pas mettre en danger une éventuelle coopération future avec toute la diligence requise, nonobstant le fait que les coûts de la révision ne seront pas pris en charge par la société d'audit.

V. Réflexions critiques

A. Les coûts

Depuis l'adoption de la LB, les coûts de l'audit ont toujours été supportés par la banque. Cette pratique ne fait pas l'unanimité, en 2014 le FMI proposa que les auditeurs soient rémunérés indirectement par les banques en instituant un fond financé par elles-mêmes et administré par la FINMA²⁵⁴. Le CF rejeta cette suggestion estimant que la prise en charge des coûts par l'assujetti répond au principe de causalité²⁵⁵. La proposition du FMI est intéressante, du point de vue des établissements assujettis cela pourrait réduire leurs frais d'audit. Mais pour la FINMA l'institution d'un fond pourrait contrevenir au principe d'interdiction d'indemnité forfaitaire (art. 8 al. 2 OA-FINMA), elle impacterait également la qualité de l'audit en sachant qu'un montant prédéterminé y serait destiné et payé en avance par les établissements. La prise

²⁴⁸ TAF, arrêt B-6373/2010 du 20 avril 2011 consid. 2.5.3.

²⁴⁹ PAPAUX, N 101.

²⁵⁰ PAPAUX, N 101.

²⁵¹ PAPAUX, N 103.

²⁵² TAF, arrêt B-1074/2007 du 15 octobre 2007, consid. 3.4.2.

²⁵³ TAF, arrêt B-5121/2011 du 31 mai 2012.

²⁵⁴ FMI, p. 8.

²⁵⁵ CF, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 14.

en charge des coûts par l'assujetti répond au principe de causalité et s'applique aussi en matière d'audit financier²⁵⁶.

L'augmentation constante des normes prudentielles à respecter et des exigences posées au processus d'audit, à l'établissement du rapport par sociétés d'audit ont un impact direct sur la hausse des honoraires d'audit. La FINMA ne réglemente pas les coûts d'audit, les cabinets sont tenus de lui déclarer chaque année les frais facturés²⁵⁷. Sous la CFB, les sociétés d'audit avaient également l'obligation depuis 1999 de lui communiquer leurs coûts²⁵⁸. Par ailleurs, l'autorité avait édicté l'ordonnance concernant le tarif des indemnités pour la révision des banques et des fonds de placements²⁵⁹. L'ordonnance fixait des tarifs minimaux et maximaux pour l'audit afin d'éviter tout abus, elle a été abrogée en 1992²⁶⁰.

Dans le secteur des banques et de la gestion de fortune les coûts de l'audit de base et de l'audit supplémentaire ont été réduits de 30%, ils s'élevaient à CHF 55.9 mio. en 2022 et à CHF 81.4 mio en 2018²⁶¹. La réduction des coûts est due à la refonte de la Circ.-FINMA 13/3 en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019. Une telle économie peut soulever certaines questions, est-ce que la qualité de l'audit est victime d'une réduction des coûts ? Il est difficile de s'exprimer sur le sujet. Les avis des participants à l'évaluation *ex post* de la refonte de la Circ.-FINMA 13/3 paraissent mitigés. Les participants confirment la baisse des coûts de l'audit prudentiel, mais certains critiquent le fait restent mitigés sur l'impact de la révision partielle en termes d'accroissement de l'utilité, ou du moins qu'un tel impact soit difficile à prouver²⁶². Grâce à ces économies substantielles, la FINMA compte réinvestir une partie des économies réalisées dans d'autres instruments de surveillance²⁶³. Comme des interventions ponctuelles menées soit directement par l'autorité elle-même ou des mandataires²⁶⁴.

B. La réglementation

Comme nous avons pu le constater, les circulaires sont d'une importance capitale pour la réglementation de l'audit prudentiel. La CFB a très tôt réglementé le rapport d'audit et la FINMA suit cette lancée en faisant largement usage de son pouvoir de réglementer l'audit prudentiel (art. 5 al. 5, 10 al. 1 OA-FINMA). L'art. 7 al. 1 let. b LFINMA habilite expressément la FINMA à adopter des circulaires, elle lui permettent d'exposer la manière dont elle fait usage de son pouvoir d'appréciation dans l'interprétation de la législation souvent vague relative aux marchés financiers²⁶⁵. Les circulaires établissent une pratique prévisible pour les assujettis, une surveillance plus efficace et se traduisent par de moindres coûts en comparaison d'une loi ou d'une ordonnance²⁶⁶. Selon la jurisprudence du TF, les circulaires ne sont pas directement contraignantes, néanmoins les tribunaux doivent en tenir compte dans la mesure où elles offrent une interprétation adéquate et adaptée au cas d'espèce de la loi²⁶⁷. Les circulaires revêtent une

²⁵⁶ CF, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 14.

²⁵⁷ Art. 14 al. 2 OA-FINMA.

²⁵⁸ CFB, *Rapport de gestion 2003*, p. 66 ss.

²⁵⁹ GRISEL, p. 156 ; MULLER, p. 327.

²⁶⁰ MULLER, p. 327.

²⁶¹ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 7.

²⁶² FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 7-8.

²⁶³ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 9 ; ROMER/GMÜR, p. 144.

²⁶⁴ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 9 ; ROMER/GMÜR, p. 144.

²⁶⁵ CF, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 27.

²⁶⁶ CF, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 27.

²⁶⁷ TF, Arrêt 2C_455/2014, consid. 3.5 ; ATF 136 V 295 consid. 5.7.

grande importance dans la pratique, les milieux intéressés participent à leur élaboration lors de leurs auditions, la FINMA n'est pas obligée de prendre en compte leurs opinions²⁶⁸.

L'audit prudentiel est d'abord apparu dans les circulaires de la CFB lors de la réforme de l'audit avant d'atteindre le rang de loi. Au niveau législatif, l'audit prudentiel n'a été mentionné dans la loi sur les banques comme instrument de surveillance dans la LFINMA qu'en 2009. Les circulaires ont l'avantage d'être adaptées rapidement et avec une certaine souplesse face à l'évolution constante du domaine bancaire et plus généralement des marchés financiers. Elles offrent une certaine flexibilité, la FINMA est par ailleurs tenue de vérifier périodiquement la nécessité, le caractère approprié et l'efficacité de la réglementation²⁶⁹. Les circulaires permettent d'expérimenter certaines pratiques, parfois au détriment des assujettis et des sociétés d'audit. Par exemple la pratique concernant la collaboration avec la révision interne a subi d'importants changements depuis l'entrée en vigueur de la Circ.-FINMA 13/3. La vitesse d'adoption des circulaires reste relative, la Commission d'experts en matière d'audit dirigée par le Professeur Nobel ont émis leur rapport en décembre 2000, les circulaires sur l'activité d'audit ne sont entrées en vigueur qu'en 2005, et la Circ.-FINMA 13/3 est entrée en vigueur quatre ans après l'entrée en fonction de la FINMA.

Lors de la révision de la Circ.-FINMA 13/3 en 2014 en raison de la concentration de la surveillance des sociétés d'audit en faveur de l'ASR, un certain nombre de dispositions de la circulaire ont été abrogées pour figurer dans l'OA-FINMA²⁷⁰. Plus récemment, la FINMA a manifesté son intention d'engager une procédure afin d'élever la Circ.-FINMA 13/3 au rang d'ordonnance²⁷¹. Cette transposition repose sur des motifs purement juridiques, la FINMA ne souhaite pas modifier matériellement les normes d'audit existantes de la circulaire.

Cependant, la circulaire peut s'avérer trop rigide à certains égards. Les annexes 13 « Analyse des risques » et 2 « Stratégie d'audit » font partie intégrante de la Circ.-FINMA 13/3, elles déterminent la qualité avec laquelle la société d'audit rend des constats sur l'objet de l'audit²⁷². La récente consultation de concernant la révision partielle de la Circ.-FINMA 13/3 a révélé qu'une flexibilité accrue des activités prudentielles étaient souhaitée²⁷³. Dans l'ensemble les participants à l'audit confirment le caractère approprié et l'exhaustivité de ces documents, mais ceux-ci sont plutôt rigides dans leur forme actuelle face à l'audit de nouveaux thèmes, par exemples les risques *ESG* ou les cyber risques ne peuvent pas être intégrés assez rapidement dans l'audit prudentiel)²⁷⁴.

L'exhaustivité et le perfectionnement des normes d'audit prudentielles est finalement le résultat des règles croissantes auxquelles doivent obéir les établissements financiers. La croissance de l'activité bancaire et financière et sa complexification influence directement le champ et la profondeur de la réglementation²⁷⁵. Leur nombre s'accroît au fur et à mesure de scandales, l'appel à la réglementation étatique se fait entendre de toutes parts pour faire obstacles aux pratiques frauduleuses et protéger le fonctionnement des marchés financiers et les créanciers des banques²⁷⁶. En outre, les associations professionnelles telle qu'EXPERTsuisse élabore de

²⁶⁸ NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd., p. 934 N 475.

²⁶⁹ Art. 6 al. 6 de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.11).

²⁷⁰ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 13.

²⁷¹ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 19.

²⁷² FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 13.

²⁷³ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 4.

²⁷⁴ FINMA, *Rapport d'évaluation ex post 2023*, p. 13.

²⁷⁵ BOVET/RICHA, p. 158.

²⁷⁶ MAZUMDER, p. 919.

nombreuses règles d'autorégulation reconnues²⁷⁷. Trouver la bonne mesure entre les coûts de la réglementation et son bénéfice est compliqué, la FINMA s'est réjouie en 2023 de l'économie réalisée des coûts d'audit prudentiel, les milieux professionnels sont plus réservés sur la question de savoir si une économie des coûts bénéficie vraiment à l'efficacité de l'audit.

C. La concurrence

1. Oligopole

Le nombre des cabinets d'audit bancaire a considérablement diminué au fil des années. En 1985 la CFB comptait vingt-deux instituts reconnus, en 2006 plus que dix sociétés et en 2018 la branche comptait huit cabinets d'audit bancaire²⁷⁸. Les quatre plus grandes sociétés d'audit sont également connues sous le nom de « Big Four » en raison de leur forte position sur le marché, il s'agit de PWC, EY, KPMG, Deloitte. D'après une étude de 2018²⁷⁹ PWC, EY et KPMG dominent le marché de l'audit avec 84.9% des mandats. Il existe une forte concentration du marché résultant de la demande des clients²⁸⁰.

La branche a connu une forte concentration, cette réduction de la concurrence n'est dommageable ni pour les entreprises d'audit ni pour leurs clients²⁸¹. Les entreprises d'audit sont présentes à l'international et atteignent des tailles qui leur permettent de répondre aux besoins des énormes entreprises à réviser²⁸². Quant à leurs clients, ils bénéficient d'une réduction de coûts en raison des économies d'échelles possibles par la concentration²⁸³. Ces entreprises disposent d'une grande offre de services grâce à des ressources humaines plus importantes, elles présentent des avantages attrayants pour leurs employés, en termes de formation ou de possibilité de s'expatrier²⁸⁴. Le recours aux Big Four est justifié, car ils bénéficient d'une plus grande expertise résultant de la spécialisation sectorielle, ils disposent d'équipes spécialisées à l'industrie bancaire²⁸⁵. Dans la mesure où les cabinets disposent de portefeuilles clients diversifiés les Big Four sont plus indépendants financièrement de leurs clients et peuvent mieux résister à la pression qui pourrait être exercée sur eux²⁸⁶. Le marché des cabinets d'audit du secteur bancaire est beaucoup plus réduit que celui de l'audit « normal », les questions d'indépendance se posent donc plus souvent²⁸⁷. En effet, un oligopole des sociétés d'audit sur le marché est considéré comme une des menaces à l'indépendance de la société d'audit et donc à la fonctionnalité du système dualiste dans son ensemble²⁸⁸. La Commission d'experts en matière d'audit considèrerait également qu'un nombre suffisant de concurrents est un préalable décisif à l'indépendance des sociétés d'audit²⁸⁹.

Les banques ne sont pas soumises à une obligation de rotation des cabinets d'audit, seuls les auditeurs responsables ne peuvent pas travailler sur un mandat plus de sept ans, ces derniers

²⁷⁷ ZUFFEREY, « Überregulierung » im Bank- und Finanzsektor.

²⁷⁸ CFB, *Rapport de gestion 2006*, p. 106 ; CFB, *Rapport de gestion 1985, Annexe A*, p. 2 ; KEANE/SCHATT, p. 653.

²⁷⁹ KEANE SCHATT, *Analyse de la concentration du marché de l'audit bancaire*.

²⁸⁰ KEANE/SCHATT, p. 654.

²⁸¹ ZUFFEREY, *(Dé-, re-, sur-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière*, p. 581.

²⁸² ZUFFEREY, *(Dé-, re-, sur-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière*, p. 581.

²⁸³ ZUFFEREY, *(Dé-, re-, sur-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière*, p. 581.

²⁸⁴ KEANE/SCHATT, p. 654.

²⁸⁵ KEANE/SCHATT, p. 655.

²⁸⁶ KEANE/SCHATT, p. 655.

²⁸⁷ GÖTZE, p. 15.

²⁸⁸ GEIGER, p. 83; GÖTZE, p. 39.

²⁸⁹ *Bericht der Expertenkommission Revisionswesen*, p. 20

doivent patienter pendant une période de carence de trois ans avant de pouvoir rediriger le même mandat²⁹⁰. La rotation imposée aux auditeurs responsables est un symbole superficiel d'indépendance²⁹¹. Une rotation des cabinets d'audit ne serait pas plus efficace. Le changement de société d'audit augmente les coûts d'audit pour la banque auditée et entraîne une perte d'efficacité, la période d'apprentissage de l'établissement ne doit pas être sous-estimée²⁹². La rotation doit également être effectuée suffisamment tôt pour éviter que la société d'audit et l'auditeur responsable exercent un mandat incompatible avec l'audit bancaire. Au vu du marché concentré des cabinets d'audit, une rotation des sociétés n'a que très peu d'effet sur la qualité de l'audit, l'entreprise prendrait soit la place libérée en tournus ou se dirigerait vers une activité de conseil²⁹³.

2. Les dangers d'un monopole

La concurrence réduite pose l'État devant un problème de crédibilité : que se passerait-il si un des cabinets d'audit prépondérant sur le marché venait à disparaître, même pire s'il ne restait plus qu'un seul cabinet²⁹⁴ ? La crédibilité du système dualiste serait complètement remise en question, le législateur avait choisi lors de l'élaboration de la loi sur les banques de déléguer l'audit bancaire à des cabinets spécialisés pour transférer son entière responsabilité²⁹⁵. Le recours aux auditeurs ne représenterait plus une forme de privatisation de l'activité gouvernementale²⁹⁶. Les risques de responsabilité que voulait éviter le législateur pourraient se concrétiser. Une situation de monopole serait catastrophique, la FINMA ne pourrait plus maintenir la distance, qu'elle semble vouloir tout de même maintenir, avec les sociétés d'audit. Cela pourrait affecter la structure contractuelle entre la banque et la société d'audit, les banques n'auraient plus le choix du cabinet d'audit et pourrait demander pourquoi la percevrait une marge bénéficiaire²⁹⁷. Cette constellation annoncerait la fin du système dualiste.

D. Quel avenir pour le système de surveillance dualiste ?

La pertinence de notre système de surveillance a été remise en doute, les scandales ponctuant le monde bancaire ont soulevé à plusieurs reprises la question de savoir pourquoi les auditeurs n'avaient pas identifié les irrégularités des banques²⁹⁸. Jusqu'au milieu des années 1990, la surveillance reposait presque exclusivement sur le rapport des auditeurs, la FINMA est aujourd'hui beaucoup plus impliquée dans l'audit prudentiel²⁹⁹.

L'implication de la FINMA dans les activités d'audit et plus généralement de la surveillance est de plus en plus intrusive. L'autorité est compétente pour la préparation des circulaires, ordonne les audits supplémentaires et ponctuels, elle participe à la planification de l'audit. Par l'intermédiaire des sociétés d'audit ainsi que d'échange d'informations avec les établissements, elle est largement au courant des activités de l'assujetti. La FINMA n'est pas sensée jouer le rôle d'organes des établissements surveillés, cela semble de plus en plus être le cas³⁰⁰. De

²⁹⁰ L'art. 730a al. 2 s'applique par analogie à l'audit prudentiel ; CR CO II- PETER/GENEQUAND/ CAVADINI art. 728 N 46.

²⁹¹ ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 817.

²⁹² ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 818.

²⁹³ ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 818.

²⁹⁴ ZUFFEREY, (*Dé-, re-, sur-, co-, inter-*) *réglementation en matière bancaire et financière*, p. 581.

²⁹⁵ FF 1934 I 181 ; ZUFFEREY, (*Dé-, re-, sur-, co-, inter-*) *réglementation en matière bancaire et financière*, p. 581.

²⁹⁶ ZUBERBÜHLER, *Spannungsverhältnis zwischen Regulierung und Wettbewerbsfähigkeit* p. 205.

²⁹⁷ ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 815.

²⁹⁸ ZUBERBÜHLER, *Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem*, p. 797.

²⁹⁹ *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd., p. 942 N 500.

³⁰⁰ LOMBARDINI, *Comité d'audit et comité des risques*, p. 101.

manière générale en matière de surveillance des banques, la FINMA procède de plus en plus à ses propres analyses et enquêtes. Elle intervient par le biais d'inspections sur place dite de surveillance prudentielle afin de se faire sa propre idée de l'activité des banques³⁰¹. Les contrôles sur place de la FINMA lui permettent non seulement un aperçu professionnel intensif avec la banque mais favorisent également un dialogue³⁰².

La FINMA est en contact régulier avec les milieux de l'audit prudentiel, par exemple les associations professionnelles et sociétés d'audit, ces derniers participent activement aux auditions de la FINMA. Les sociétés d'audit ont encore une très grande influence. Après tout, les auditeurs ont beaucoup de savoir et ce sont eux qui connaissent le mieux les conditions de l'établissement surveillé ainsi que la pratique de l'audit³⁰³. Malgré tout, l'autorité a le dernier mot. Les relations entre les autorités de contrôle et les cabinets d'audit se sont intensifiées en ce sens qu'à mesure que l'audit devient plus complexe, les autorités de contrôle doivent encore plus s'appuyer sur le jugement des cabinets d'audit³⁰⁴. Au fil du temps, l'importance de l'audit réglementaire n'a cessé d'accroître avec la densification des normes en droit des marchés financiers³⁰⁵.

VI. Conclusion

Depuis l'adoption de la loi sur les banques, l'approche de surveillance dualiste a été systématiquement reconduite au point d'être devenue une constante dans notre droit des marchés financiers. L'environnement économique et réglementaire des banques suisses a considérablement changé au cours des dernières années, avant l'entrée en vigueur de la LFINMA, la LB pouvait encore être décrite comme la base du droit local des marchés financiers. La surveillance prudentielle des banques se fond avec celle d'autres acteurs, ce n'est plus un domaine propre aux banques. Les sociétés d'audit ont toujours joué un rôle de première ligne pour la surveillance bancaire, ils sont en contact direct et connaissent le mieux leurs activités et les règles applicables. Malgré les crises, nous ne pouvons pas blâmer le système dualiste, les pays avec un contrôle direct n'ont pas été épargnés. Les cabinets d'audit apportent une contribution décisive à l'application du droit des marchés financiers, et donc à la réalisation des objectifs de bon fonctionnement du système et de protection des créanciers. L'importance de leur contribution va au-delà de la relation juridique privée entre l'institué surveillée et la société d'audit. L'activité des auditeurs était plutôt orienté au service des banques, aujourd'hui ils jouent un rôle important de « bras armé » pour la FINMA. Ce changement de perspective est intéressant, ils interviennent pour le compte de l'autorité de surveillance et travaille en amont de l'audit intensément avec elle. Le transfert des compétences de surveillance des sociétés d'audit à l'ASR a permis d'augmenter l'indépendance et d'améliorer la collaboration entre la FINMA et les cabinets d'audit. Comme a pu le démontrer le scandale Enron, l'indépendance des cabinets d'audit est primordiale pour l'autorité de surveillance, elle se fie aux rapports d'audit pour son activité et doit pouvoir compter sur la qualité du travail des auditeurs.

L'audit prudentiel tel que nous le connaissons aujourd'hui n'allait pas de soi. L'activité des sociétés d'audit a pendant longtemps été orientée vers le contrôle des comptes. L'audit prudentiel y était intégré sans être une forme spécifique de surveillance. La séparation stricte entre l'audit comptable et l'audit prudentiel remonte à la réforme de l'audit sous la FINMA,

³⁰¹ *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd., p. 942 N 500.

³⁰² *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^{ème} éd., p. 946 N 509.

³⁰³ GÖTZE p. 34.

³⁰⁴ GÖTZE, p. 116.

³⁰⁵ GÖTZE, p. 22.

auparavant les deux types d'audit étaient encore largement imbriquées. Le rôle et les tâches de l'auditeur se sont accrus dans le temps, l'intensité du recours aux sociétés d'audit a fortement évolué. Les exigences à leur égard figurent dans de nombreuses réglementations émises par différents protagonistes ; la FINMA, l'ASR, EXPERTsuisse. Les milieux professionnels contribuent de manière importante à l'élaboration de l'audit prudentiel, l'autorégulation est reconnue par la FINMA et le TF.

L'équilibre entre coût et efficacité de l'audit prudentiel est difficile à trouver, les coûts de l'audit prudentiel ont été drastiquement réduits ces dernières années, mais cette économie n'est pas forcément dans l'intérêt de la qualité de l'audit prudentiel. C'est un marché extrêmement concentré, les mandats sont répartis essentiellement entre trois cabinets d'audit. Il serait souhaitable d'avoir plus de cabinets d'audit pour éviter un scénario de monopole catastrophique.

Le droit des marchés financiers et le droit bancaire sont caractérisés par une évolution constante, la pratique de l'audit prudentiel a énormément changé, les circulaires sont révisées environ chaque trois ans. Ce mode de procéder permet une adaptation rapide de la pratique de l'audit, mais peut en même temps être rigide. L'audit prudentiel n'était pas mentionné dans la loi bancaire pour finalement être aujourd'hui l'outil le plus important de surveillance pour la FINMA. Les réformes ont contribué à améliorer de manière significative ce domaine et par là la communication entre la FINMA, les sociétés d'audit et les banques.