



# FBT

A V O C A T S

## FBT NEWSLEX

N° 9 - MAI 2015

### CONTACT

Marco Villa  
mvilla@fbt.ch  
T. +41 (0)22 849 60 40  
www.fbt.ch

### REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

#### SOMMAIRE

- P02** Outsourcing et traitement des données électroniques des clients
- P06** Distribution de fonds étrangers aux investisseurs qualifiés : dernière ligne droite pour s'adapter aux nouvelles exigences réglementaires suisses
- P08** Nouvelles règles dans le négoce de dérivés : éclairage sur le projet de loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)
- P10** La prise en compte du comportement de l'employeur dans le licenciement immédiat d'un employé

## OUTSOURCING ET TRAITEMENT DES DONNÉES ÉLECTRONIQUES DES CLIENTS

---

*La diminution de la rentabilité des établissements bancaires découlant d'un cadre législatif et réglementaire ainsi que d'un environnement international de plus en plus contraignants crée une pression sur les coûts d'exploitation. Les banques sont à la recherche constante de solutions permettant de maîtriser ces coûts. L'externalisation de certaines activités (outsourcing) est une option souvent envisagée. Mais toute délégation à des tiers présente un risque pour l'établissement qui délègue. La FINMA a posé certains principes en matière de délégation et va prochainement mettre en œuvre de nouvelles règles relatives à l'outsourcing du traitement des données électroniques de clients.*

Avec l'augmentation de la transparence, notamment sous l'angle fiscal international, et le démantèlement progressif des règles en matière de secret bancaire, les établissements bancaires ont peu à peu perdu l'avantage concurrentiel (quasi-protectionniste) lié au secret bancaire, avec pour conséquence l'érosion de leurs marges. Dans ce contexte, l'externalisation de certaines activités auprès de prestataires tiers peut représenter une intéressante économie de coûts. C'est en particulier le cas dans le domaine du traitement des données électroniques, où les frais associés à la création, à la maintenance et au développement régulier d'une infrastructure informatique performante sont souvent colossaux. Si

l'outil informatique est absolument nécessaire à l'exécution des tâches de la banque (que ce soit pour le suivi des comptes, la tenue de la comptabilité ou encore le reporting), il est souvent grand consommateur de personnel qualifié (informaticiens, chefs systèmes, administrateurs de données, etc.). Il nécessite un soin constant, doit être maintenu en état de fonctionnement permanent, être adapté à l'évolution de l'environnement technologique et aux demandes de la clientèle (e-banking, prestations mobiles, etc.) et présenter toutes les garanties de sécurité en termes de protection des données.

### LA CIRCULAIRE FINMA RELATIVE À L'OUTSOURCING BANCAIRE POSE LES PRINCIPES

L'externalisation de leurs activités par les banques est régie par la Circulaire FINMA 2008/7 relative à l'outsourcing bancaire, qui pose les principes réglementaires à une telle délégation lorsque les activités déléguées sont considérées comme « essentielles ». Tel est le cas lorsque les activités concernées peuvent avoir un impact sur la détermination, la limitation et le contrôle de divers risques non seulement financiers mais également juridiques, de réputation et opérationnels.

La circulaire fixe les conditions auxquelles l'outsourcing est soumis. Ainsi, un contrat écrit doit – sauf exception – régir les rapports entre l'entreprise délégante et le presta-

taire auquel une tâche est confiée. Ce contrat doit notamment définir les niveaux de prestations attendus et rendre l'évaluation de la performance possible, sous l'angle qualitatif et quantitatif. Le délégataire doit être soigneusement choisi, instruit et contrôlé; ses compétences doivent être déterminées et délimitées avec précision. Le délégant et le délégataire doivent enfin fixer les exigences en matière de sécurité et élaborer les dispositifs idoines.

Les données, plus particulièrement celles des clients (notamment électroniques), doivent être protégées au moyen de mesures organisationnelles et techniques appropriées pour prévenir tout traitement non autorisé. Les mesures mises en place doivent garantir que les données ne seront pas détruites de façon accidentelle ou non autorisée, perdues, affectées d'erreurs, falsifiées, volées, copiées, utilisées ou modifiées sans droit, ou encore rendues accessibles à des tiers non autorisés. Par ailleurs, ces mesures doivent faire l'objet d'un réexamen périodique; l'évolution de la technique, de l'environnement et des menaces justifient que les mesures de protection prises soient réévaluées et, le cas échéant, adaptées sur une base régulière, voire immédiatement à la suite d'un incident.

Lorsque de surcroît, des données concernant des clients sont transférées à l'étranger à l'occasion d'une opération d'externalisation, l'établissement bancaire délégant doit



s'assurer que leur protection sera garantie à l'étranger également, de manière conforme au droit suisse.

#### LA CIRCULAIRE FINMA RELATIVE À CERTAINS RISQUES OPÉRATIONNELS IMPOSE DES RÈGLES ORGANISATIONNELLES EN MATIÈRE DE TRAITEMENT DES DONNÉES ÉLECTRONIQUES DE CLIENTS

Les exigences qui précèdent font l'objet d'un important développement dans le cadre de la Circulaire FINMA 2008/21, consacrée aux «exigences de fonds propres et exigences qualitatives relatives aux risques opérationnels dans le secteur bancaire», complétée par une nouvelle annexe relative au «Traitement des données électroniques de clients» (Annexe n° 3), entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2015.

Les récentes (et désagréables) expériences de certains établisse-

ments bancaires en Suisse et à l'étranger (vol de CDs contenant des données de clients, piratage externe de bases de données bancaires, etc.) ont convaincu la FINMA du fait que le traitement de données électroniques relatives à la clientèle d'une banque représente un risque opérationnel majeur, pouvant avoir des conséquences graves aussi bien sur le plan économique qu'en termes de réputation pour l'établissement. C'est a fortiori le cas lorsque le traitement des données fait l'objet d'une externalisation qui peut de surcroît impliquer un transfert de ces données vers l'étranger.

La FINMA pose ainsi dans la nouvelle Annexe n° 3 à sa Circulaire 2008/21 un certain nombre de principes relatifs à la bonne gestion du risque lié au traitement de données électroniques relatives à la clientèle.

La FINMA impose désormais à tous les établissements bancaires la **création d'une «unité indépendante»**, qui agit sous la supervision de la direction générale, et dont la mission est l'établissement, la préservation et le contrôle du respect des conditions-cadre devant garantir la confidentialité des données des clients. Cette unité doit être indépendante des unités en charge des traitements de données. Les banques doivent par ailleurs élaborer et documenter par écrit un **concept-cadre relatif à la confidentialité des données**, identifiant les risques y relatifs et fixant de façon complète les activités, processus et systèmes garantissant la confidentialité. Ce concept-cadre doit tenir compte d'une classification des données traitées selon leur nature (données dites «d'identification directe» comme le nom, le prénom, etc., celles dites «d'identification indirecte» comme

un numéro de passeport, ou encore les données dites « d'identification potentiellement indirecte » comme celles résultant d'un recoupement d'une date de naissance avec une profession et une adresse, etc.) et prévoir la mise en œuvre de mesures de protection (données brutes, chiffrement, pseudonymisation, anonymisation) selon le niveau de confidentialité requis et le traitement qui en est fait.

Sont également prévues des règles concernant la **sécurité des lieux de stockage et l'accès aux données** (tenue d'une liste des applications et infrastructures qui renferment des données, lieux de stockage sécurisés, autorisations d'accès aux données et aux lieux

de stockage sur une base « need to know », etc.). Elles rappellent que le stockage hors de Suisse ou l'accès aux données depuis l'étranger impliquent des risques accrus qui doivent être atténués de façon appropriée, les établissements devant, le cas échéant, prévoir des mesures de sécurité plus importantes. Les infrastructures et la technologie utilisées pour le stockage et le traitement des données doivent permettre notamment de garantir la sécurité des données non seulement au point terminal de leur utilisation (ordinateur de bureau, ordinateur portable, appareil mobile, etc.), mais également durant leur transfert depuis leur point de stockage (sécurité du réseau utilisé,

notamment si les données sont réparties sur plusieurs sites), et bien sûr au lieu de stockage. Les établissements bancaires sont tenus de **suivre l'évolution de la technique** et d'adapter régulièrement leurs solutions de sécurité aux pratiques du marché.

**Le facteur humain doit également être pris en compte :** les collaborateurs doivent être soigneusement choisis et leur niveau d'accréditation en ce qui concerne l'accès aux données évalué également sous l'angle d'un risque pour leur confidentialité. Les personnes ayant accès à un grand nombre de données (par exemple les informaticiens) doivent répondre à des exigences accrues de sécurité.





Enfin, en cas d'externalisation d'activités et des prestations de services en relation avec le traitement de données de clients, la capacité du délégataire à garantir cette confidentialité est un élément essentiel dans le choix de celui-ci. Lorsque l'externalisation concerne des prestations de services en relation avec de grandes quantités de données relatives à la clientèle, des critères d'évaluation fixant les standards attendus en matière de confidentialité et de sécurité doivent être fixés par le délégant; ce n'est que si le prestataire envisagé répond à ces critères qu'il peut être sélectionné, étant précisé que cette évaluation doit intervenir avant chaque nouveau contrat, même s'il s'agit d'un prestataire précédemment agréé. Le contrat avec le tiers

prestataire doit prévoir qu'il se conformera aux standards de confidentialité et de sécurité établis par l'établissement bancaire, tels qu'ils résultent du concept-cadre qui aura été communiqué au prestataire.

## **PERSPECTIVES**

*LA FINMA prend très au sérieux la question de la sécurité et de la confidentialité des données électroniques, en particulier lorsque celles-ci font l'objet d'un traitement externalisé. Avec raison. Les technologies modernes permettent le traitement des données à très grande échelle et à très grande vitesse; un défaut de sécurité ou une rupture de confidentialité, en particulier lorsqu'un grand nombre de données sont concernées, peut avoir de graves*

*et rapides conséquences sur le fonctionnement de la banque. Le risque est évidemment plus grand encore lorsque le traitement des données est externalisé. Dans un monde où les banques comme leurs clients souhaitent pouvoir accéder à des données de façon presque universelle, notamment par le biais d'outils de communication mobiles, et que l'outsourcing apparaît comme une solution séduisante, voire nécessaire, les besoins de protection – et les coûts d'implémentation qui en découlent – vont continuer à s'accroître, avec pour curieuse conséquence un besoin accru d'outsourcing.*

*Contacts : Marco Villa et  
Frédérique Bensahel*

## DISTRIBUTION DE FONDS ÉTRANGERS AUX INVESTISSEURS QUALIFIÉS: DERNIÈRE LIGNE DROITE POUR S'ADAPTER AUX NOUVELLES EXIGENCES RÉGLEMENTAIRES SUISSES

*La distribution en Suisse de placements collectifs étrangers a connu un tournant décisif. Alors que les fonds étrangers réservés aux investisseurs qualifiés pouvaient jusqu'à présent être offerts en Suisse à tous types d'investisseurs qualifiés en dehors de toute contrainte réglementaire, le législateur en a décidé autrement. La révision de la Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) a introduit un nouveau régime applicable à la distribution. Elle impose par ailleurs aux fonds étrangers de nouvelles exigences réglemen-*

*taires, à satisfaire impérativement avant le 1<sup>er</sup> mars 2015. A défaut, la distribution de ces fonds devra être interrompue.*

Depuis l'entrée en vigueur de la LPCC révisée, le 1<sup>er</sup> mars 2013, toute démarche de marketing de placements collectifs qui ne s'adresse pas exclusivement à des investisseurs super-qualifiés (notamment les banques, les négociants en valeurs mobilières, les directions de fonds, les gestionnaires de placements collectifs) est qualifiée d'acte de distribution assujéti à la loi, sous réserve de

quelques exceptions. Ainsi, le marketing de fonds étrangers auprès d'investisseurs qualifiés (mais non super-qualifiés) tels que les institutions de la prévoyance professionnelle, les particuliers fortunés ou les gérants de fortune indépendants (sous certaines conditions) est considéré comme une activité de distribution soumise à la loi.

Avec ce changement de paradigme, le législateur a introduit de nouvelles exigences qui doivent désormais impérativement être remplies par les fonds étrangers réservés aux investisseurs qualifiés pour



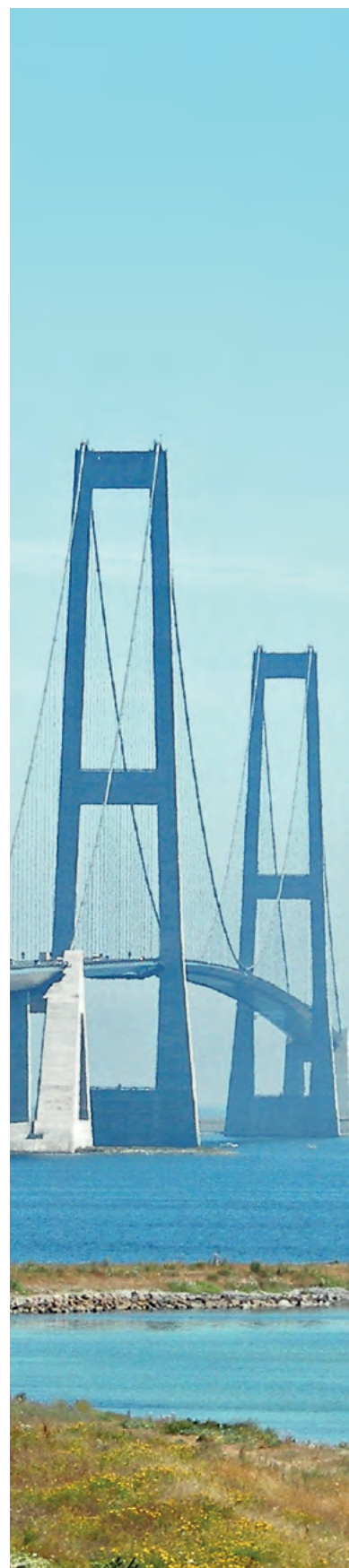
continuer à être distribués en Suisse. Les fonds étrangers doivent ainsi désigner un service de paiement en Suisse et un représentant en Suisse. Seule une banque autorisée en Suisse est habilitée à agir comme service de paiement et à effectuer les paiements requis par l'investisseur. Le représentant, quant à lui, doit être une entité suisse titulaire d'une autorisation de représentant délivrée par la FINMA, qui agit comme point de contact en Suisse. Il représente le fonds étranger dans ses rapports avec la FINMA et les investisseurs et met les documents du fonds à la disposition de ces derniers.

Le représentant veille à ce que la distribution des fonds qu'il représente soit conforme à la réglementation et surveille les distributeurs. A cet effet, il est partie aux contrats de distribution liant le fonds étranger aux distributeurs. Enfin, il surveille le respect par les distributeurs des règles de conduite imposées par la réglementation suisse et précisées par l'autoréglementation.

## **PERSPECTIVES**

*Nommer un représentant, désigner un service de paiement, amender les documents du fonds, conclure des contrats de représentation et de distribution : autant de démarches indispensables à la poursuite de la distribution en Suisse de fonds étrangers réservés aux investisseurs qualifiés après l'échéance du délai transitoire, intervenue le 1<sup>er</sup> mars 2015 dernier. En date du 26 mars 2015, la Swiss Fund and Asset Management Association (SFAMA) a, avec l'accord de la FINMA, prolongé au 31 août 2015 le délai pour l'adaptation des documents de fonds étrangers aux exigences légales et à l'autoréglementation de la SFAMA. La violation intentionnelle des obligations susmentionnées constitue un délit punissable d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans. La violation par négligence de ces obligations est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 250'000. Il est donc impératif que les personnes occupées à la distribution en Suisse de fonds étrangers réservés à des investisseurs qualifiés qui n'auraient pas encore rempli leurs obligations réglementaires s'en préoccupent sans délai.*

*Contacts : Frédérique Bensahel,  
Pierre-Olivier Etique  
et Véronique Chatelain Gomez*



## NOUVELLES RÈGLES DANS LE NÉGOCE DE DÉRIVÉS : ÉCLAIRAGE SUR LE PROJET DE LOI SUR L'INFRASTRUCTURE DES MARCHÉS FINANCIERS (LIMF)

*Le 3 septembre 2014, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à la Loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF). Ce projet propose une réglementation harmonisée des infrastructures des marchés financiers et introduit de nouvelles règles sur le négoce de dérivés, dans le but d'adapter le droit suisse aux dernières évolutions internationales dans ce domaine (Dodd-Frank Act aux Etats-Unis et Règlement européen EMIR).*

Les **infrastructures des marchés financiers** sont les bourses, les systèmes multilatéraux de négociation, les contreparties centrales, les dépositaires centraux, les «référé-

tiels centraux» (sur lesquels il sera revenu ci-après) et les systèmes de paiement. Les systèmes multilatéraux de négociation se distinguent des bourses par le fait qu'ils ne cotent pas les valeurs mobilières qu'ils admettent à la négociation. Pour pouvoir déployer son activité, toute infrastructure des marchés financiers doit obtenir une autorisation de la FINMA, aux conditions définies dans le projet de loi. Des exigences spéciales sont imposées aux infrastructures des marchés financiers jugées d'importance systémique.

Les nouvelles dispositions applicables au négoce de dérivés s'adressent, sous réserve de cer-

taines exceptions, aux contreparties financières et non financières. Elles visent le négoce de dérivés, à l'exclusion des produits structurés et des prêts de valeurs mobilières (securities lending and borrowing).

**Trois obligations centrales** sont introduites par le projet de Loi dans le domaine du négoce de dérivés : l'obligation de compenser, l'obligation de déclarer les opérations sur dérivés et l'obligation de réduire les risques.

**L'obligation de compenser** impose aux contreparties financières et non financières de compenser leurs opérations sur dérivés par l'intermédiaire d'une





contrepartie centrale, pour autant que les dérivés soient suffisamment standardisés, en fonction de critères qui seront précisés par la FINMA. Les swaps de devises et les contrats à terme sur devises n'entraînent aucune obligation de compensation. Des exceptions à l'obligation de compenser pour les « petites contreparties » (financières ou non financières) sont prévues. Elles visent des entités dont la position brute moyenne en dérivés de gré à gré est inférieure aux seuils qui seront fixés par voie d'ordonnance.

Toutes les **opérations sur dérivés**, y compris celles consistant en des swaps sur devises ou des contrats à terme sur devises, doivent être **déclarées à un référentiel central agréé ou reconnu par la FINMA**, que les dérivés aient été négociés ou non sur un marché réglementé. Cette obligation s'applique sans exception à toutes les contreparties financières et non financières. Celles-ci ont le devoir de communiquer au référentiel central les caractéristiques essentielles de chaque opération sur dérivés. L'obligation de déclarer porte sur l'identité des contreparties, le type d'opération, l'échéance, la valeur nominale, le prix, la date du règlement et la monnaie utilisée.

Lorsque les dérivés négociés ne sont pas suffisamment standardisés et qu'ils ne peuvent dès lors pas être compensés par une contrepartie centrale agréée, les contrepar-

ties sont tenues de prendre des **mesures de réduction des risques opérationnels et de contrepartie**. Les swaps sur devises et les contrats à terme sur devises ne sont pas visés par cette obligation. Des allègements sont également prévus pour les petites contreparties financières et non financières.

Enfin, anticipant les évolutions internationales (notamment MiFIR), le projet de loi introduit une base légale permettant d'imposer à toutes les contreparties financières et non financières, à l'exception des petites contreparties, l'obligation de négocier toutes les opérations sur dérivés standardisés sur une plateforme ou un système organisé de négociation autorisé ou reconnu par la FINMA. L'entrée en vigueur de cette obligation est toutefois différée jusqu'à ce que cette norme s'impose au plan international, ce qui pourrait être le cas lors de l'entrée en vigueur de la LIMF.

## **PERSPECTIVES**

*Le projet de LIMF renforce et élargit les efforts d'harmonisation entrepris par la Suisse dans le domaine des infrastructures des marchés financiers avec la révision partielle de l'Ordonnance de la Banque nationale, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013. Il constitue également un pas nécessaire vers l'équivalence, aux normes internationales, de la réglementation suisse relative au négoce de dérivés. Sans cette équi-*

*valence, les groupes financiers pourraient être pénalisés dans leurs opérations transfrontalières intragroupes en matière de dérivés. Le compromis trouvé par les auteurs du projet doit être salué : tout en reprenant l'essentiel du dispositif européen EMIR, le projet de LIMF aménage un régime d'exception bienvenu en faveur des petites contreparties.*

*Le projet de LIMF fait actuellement l'objet d'un débat devant les Chambres fédérales. Il pourrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016.*

*Les participants au marché devront analyser les conséquences stratégiques, opérationnelles et juridiques des nouvelles dispositions en matière de négoce de dérivés sur leur modèle d'affaires. Les contreparties détermineront l'étendue de leurs obligations en fonction des exceptions ou des allègements dont elles pourront bénéficier et adapteront leurs contrats et leurs procédures internes aux nouvelles exigences. Il s'agira en outre d'être particulièrement attentif aux différentes règles applicables en cas d'opérations transfrontalières sur dérivés du fait de l'interaction entre la LIMF et d'autres réglementations étrangères traitant du négoce de dérivés, en particulier EMIR.*

Contacts : Pierre-Olivier Etique,  
Frédérique Bensahel  
et Véronique Chatelain Gomez

## LA PRISE EN COMPTE DU COMPORTEMENT DE L'EMPLOYEUR DANS LE LICENCIEMENT IMMÉDIAT D'UN EMPLOYÉ

*Même si le comportement fautif d'un employé paraît suffisamment grave au point de justifier son licenciement immédiat, il y a lieu de prendre également en compte le comportement de l'employeur. Celui-ci ne peut se prévaloir des conséquences de sa propre violation du contrat pour justifier une résiliation des rapports de travail.*

Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent

pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail.

En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut entraîner une résiliation immédiate des rapports de travail, une telle résiliation devant être admise de manière restrictive uniquement.

Au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait qu'un employé ait adopté un comportement agressif à l'endroit d'un de ses collègues peut, selon les circonstances, justifier un licenciement immédiat.

Toutefois, dans l'appréciation de l'existence de justes motifs permettant le cas échéant de prononcer un licenciement immédiat, le juge est tenu de prendre en compte l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Parmi celles-ci figure également le comportement non conforme au contrat ou à la loi de l'employeur, s'il est en lien de causalité avec l'attitude de l'employé ayant conduit à la résiliation. Le comportement de l'employeur peut en effet se révéler à l'origine de la situation de tension qui a conduit l'employé à violer gravement son devoir de fidélité. Ainsi, si un employeur harcèle un employé, ou à tout le moins



s'il tolère son harcèlement, il viole les devoirs qui lui sont imposés par l'art. 328 CO et il n'est pas admis à se prévaloir, pour justifier la résiliation, des conséquences de sa propre violation du contrat.

Ainsi, dans un arrêt récent<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral a refusé d'admettre le licenciement immédiat d'un employé qui avait agressé physiquement son supérieur hiérarchique de 61 ans. Quand bien même un tel comportement constitue en principe un juste motif permettant de prononcer un licenciement immédiat, le Tribunal fédéral a considéré que le

comportement répréhensible du travailleur avait été causé exclusivement par le mobbing dont il avait été victime pendant presque une année.

## **PERSPECTIVES**

*Au vu de cette récente jurisprudence, et afin d'éviter qu'un employeur ne se voit reprocher un comportement inadéquat dans le cadre d'un licenciement immédiat avec le risque de devoir indemniser l'employé licencié, nous ne pouvons que conseiller aux employeurs de prendre toutes les mesures qui se justifient sous l'angle de l'art. 328 CO afin de désamorcer les conflits de nature interpersonnelle qui seraient susceptibles de surgir.*

*Contacts : Michael Biot  
et Vincent Delaloye*

<sup>1</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 22 juillet 2014, 4A\_60/2014.





**FBT Avocats SA**  
Genève | Paris

[www.fbt.ch](http://www.fbt.ch)

Rue du 31-Décembre 47  
Case postale 6120  
CH-1211 Genève 6  
T. +41 22 849 60 40  
F. +41 22 849 60 50

37-39 rue de la Bienfaisance  
F-75008 Paris  
T. +33 1 45 61 18 00  
F. +33 1 45 61 73 99