

GOUVERNANCE DES SOCIÉTÉS COTÉES OU RÉGLEMENTÉES

Alexandre RICHARD

Rupture

GESTION DES RISQUES TRANSFRONTIÈRES : LA CIRCULAIRE DE LA FINMA QUI NE DIT PAS SON NOM

A. INTRODUCTION

Le 22 octobre 2010, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers («FINMA») a publié un document intitulé «*Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières*» (la «Position»)¹. Derrière cette appellation discrète se cache l'un des plus importants documents adoptés par la FINMA, d'une part en raison du tournant historique

¹ Disponible sous www.finma.ch > documentation > publications FINMA > documents de discussion. Cf. également les explications de la FINMA relatives aux activités financières transfrontières se trouvant aux pages 26 ss du Rapport annuel FINMA 2014.

qu'il symbolise et d'autre part en raison de son contenu. La Position concrétise en effet une composante essentielle de la gouvernance des institutions financières réglementées suisses, à savoir la gestion des risques juridiques transfrontières. La Position est complétée par des FAQ publiées le 19 juin 2012 par la FINMA².

Jusqu'à l'affaire des clients américains non déclarés d'UBS SA (l'« Affaire UBS »), l'attitude de la FINMA consistait pour l'essentiel à considérer que la surveillance du respect du droit étranger relevait des autorités étrangères. L'autorité suisse se préoccupait de son côté de la mise en œuvre et du respect de la réglementation suisse. Cas échéant, la réglementation suisse transposait certaines exigences internationales.

Cette attitude était en ligne avec certaines caractéristiques de l'ordre juridique suisse, notamment le fait que l'infraction de blanchiment d'argent ne couvrait pas, en droit suisse, l'acceptation d'avoirs non déclarés³. L'institution même du secret bancaire et les conditions restrictives de l'octroi de l'entraide internationale en matière fiscale complétaient ce contexte juridique suisse. Il était par conséquent difficile à la FINMA, et surtout précédemment à la Commission fédérale des banques, de prendre une position qui l'aurait mise en porte-à-faux avec une situation juridique voulue par le législateur suisse et bénéficiant d'un fort soutien politique.

C'est avec la concrétisation évidente des risques juridiques liés aux activités transfrontières et, dans une moindre mesure, suite à l'évolution suisse en matière d'entraide internationale en matière fiscale que la FINMA s'est sentie légitimée et même obligée d'intervenir dans ce cadre.

B. L'AFFAIRE UBS ET LA POSITION

La Position a fait suite à l'Affaire UBS, qui illustra de manière spectaculaire les risques transfrontières encourus par les institutions financières

² Disponibles sous www.finma.ch > FAQ.

³ Cf. les explications figurant dans la Position, § 3.2.

suisses et les conséquences désastreuses qui peuvent s'ensuivre lorsque ceux-ci sont mal gérés⁴.

En 2007, le *US Department of Justice* («DoJ») initia une enquête relative à UBS SA au sujet de contribuables américains ayant ouvert des comptes auprès de la banque en violation de leurs obligations fiscales. L'enquête du DoJ s'est rapidement fait suivre d'enquêtes de l'*International Revenue Service* («IRS») et de la *US Securities and Exchange Commission* («SEC»).

UBS SA était alors non seulement en difficulté avec les autorités américaines, mais également dans une situation financière précaire suite à la crise des *subprimes*, qui avait forcé les autorités suisses à une opération de sauvetage de grande envergure en septembre 2008. Dans un contexte de tension croissante et de menaces de poursuites pénales imminentes aux États-Unis, qui auraient pu mettre en péril l'existence de la banque, la FINMA a ordonné le 18 février 2009 la transmission aux autorités américaines d'informations relatives à environ 300 clients d'UBS SA. Un accord mettant fin à l'enquête du DoJ et à la procédure de la SEC fut conclu dans la foulée par la banque.

Une plainte civile avait toutefois été déposée le 19 février 2009 par l'IRS auprès d'un tribunal en Floride visant la divulgation de l'identité de 52 000 clients américains par UBS SA. Afin de résoudre définitivement le litige relatif à UBS SA et ladite plainte civile, la Suisse et les États-Unis conclurent un accord le 19 août 2009, approuvé par le Parlement suisse en juin 2010.

La FINMA souhaitait alors, tant que faire se peut, éviter de nouveaux cas similaires. Elle devait également réagir plus généralement au durcissement des autorités étrangères, en particulier américaines, qui amplifiait

⁴ Au sujet du déroulement de l'Affaire UBS, cf. notamment : le Rapport du Conseil fédéral du 10 octobre 2012 «Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux États-Unis», disponible sous <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35771.pdf>, ainsi que le compte-rendu par le Parlement fédéral sous www.parlament.ch/f/dokumentation/dossiers/dossiers-archiv/bankgeheimnis-ubs/Pages/default.aspx; cf. également SHELBY DU PASQUIER/XAVIER OBERSON/PHILIPP FISCHER, *Transmission d'informations à l'étranger*, Bâle 2014, p. 45 ss.

sensiblement les risques juridiques liés au droit étranger encourus par les institutions financières. À cette fin, la FINMA a publié sa Position le 22 octobre 2010.

Toutefois, il serait à notre avis faux de voir l’Affaire UBS comme la seule cause du changement de position des autorités suisses. Celui-ci s’est inscrit tout d’abord dans un contexte international de durcissement contre le secret bancaire en matière fiscale entamé avant 2007⁵, et qui s’est accéléré suite à la crise financière. Plus généralement, les autorités – en premier lieu américaines – ont mené une action beaucoup plus forte contre les institutions financières suite à la crise, au-delà des problématiques fiscales⁶. Il n’en demeure pas moins que l’Affaire UBS a dicté le calendrier et l’intensité du virage opéré.

On peut peut-être regretter que la FINMA ait attendu le 22 octobre 2010 pour procéder à une telle publication, alors même que sa pratique avait commencé à changer un peu avant. Une publication plus rapide après l’accord entre UBS et le DoJ de février 2009 aurait ainsi été préférable. Idéalement, un tel document aurait même dû être adopté bien avant la survenance de l’Affaire UBS, les bases légales suffisantes pour ce faire existant depuis fort longtemps. Il convient toutefois d’éviter une critique trop aisée envers l’ancienne Commission fédérale des banques et la FINMA tant le contexte passé était différent de celui qui prévaut aujourd’hui. On se souviendra notamment que la Commission fédérale des banques était sous le feu constant de critiques, dans les années 2000, sur le thème de la surréglementation.

C. LA POSITION EN BREF

La structure et le contenu de la Position sont pour le moins particuliers. La Position combine un texte principal avec différents «*exemples*» et sections d’«*approfondissement*». Elle est subdivisée en quatre parties, dont les fonctions sont très différentes.

⁵ Cf. notamment VALÉRIE MENOUD, «*Haro sur le secret bancaire – une analyse motivée par les récentes discussions internationales*», in MÜHLEMANN/MANNHART (éd.), *Freiheit ohne Grenzen – Grenzen der Freiheit*, Zurich 2008, p. 197 ss.

⁶ Cf. notamment FINANCIAL TIMES, March 25, 2014, *Banks pay out USD 100 billion in US fines*.

Les **deux premières parties** sont d'une nature explicative voire pédagogique qui peut surprendre. Elles font en réalité office de mise en garde et de guide, au demeurant très bien conçu, à l'attention des institutions surveillées au sujet des risques qu'elles encourent dans leurs activités transfrontières. Sont ainsi évoqués, avec exemples à l'appui, les risques découlant du droit de la surveillance (restrictions en matière de fourniture de services financiers et d'offre de produits financiers) (§ 2.2), du droit pénal fiscal étranger (§ 2.3), d'obligations fiscales (§ 2.3), du blanchiment d'argent (§ 2.4), du droit civil, du droit international privé et du droit procédural (§ 2.5), et d'autres règles de droit économique étranger comme les sanctions économiques imposées à certains États (§ 2.6).

Dans sa **troisième partie**, intitulée «*Évaluation des risques juridiques étrangers au regard du droit suisse*» (§ 3), la FINMA explicite avec soin les bases légales et réglementaires sur lesquelles se fonde son action (cf. ci-dessous D).

La **quatrième partie** prévoit les exigences de la FINMA («*Attentes de la FINMA*») en matière de gestion du risque juridique transfrontière (§ 4). Il s'agit de la partie qui d'un point de vue normatif est la plus importante. Elle prévoit, entre autres, ce qui suit :

- Les assujettis doivent procéder à une **analyse approfondie** du cadre juridique et des risques liés (§ 4.2).
- Ils doivent acquérir le **savoir-faire requis** (§ 4.4).
- Ils doivent prendre des **mesures appropriées** pour minimiser ou éliminer les risques identifiés (§ 4.3), avec notamment des instructions concernant les activités autorisées (ou non) dans les pays cibles. Le droit étranger de la surveillance doit être respecté. Les assujettis doivent former leur personnel, contrôler le respect des instructions, mettre en œuvre des modèles de rémunération récompensant la conformité, évaluer l'opportunité d'adaptations organisationnelles (telles que la centralisation des clients par pays au sein d'équipes dédiées), si nécessaire obtenir des licences réglementaires ou encore entreprendre d'autres démarches auprès d'autorités étrangères. Les partenaires (gérants, intermédiaires etc.) doivent être sélectionnés avec soin et instruits. L'externalisation auprès de gérants de fortune indépendants du suivi des relations clients est exclue par la FINMA en

tant que mesure appropriée. Certaines attentes sont également formulées quant à des problématiques spécifiques, comme par exemple les opérations sur manteaux d'assurance (*insurance wrappers*).

- Cas échéant, l'assujetti doit procéder à une **réorientation stratégique** de ses activités, renoncer à certains marchés ou encore fournir des services à des catégories restreintes de clients (§ 4.3).
- L'assujetti doit informer **immédiatement la FINMA** en cas de matérialisation de risques importants ou dès que des autorités étrangères le contactent à ce sujet (§ 4.6).
- Enfin, la FINMA annonce dans la Position sa **surveillance accrue** du comportement des assujettis en matière de gestion des risques, ainsi que la prise en compte de la Position dans sa pratique d'*enforcement* (§ 4.6).

D. BASES LÉGALES ET RÉGLEMENTAIRES JUSTIFIANT LA POSITION

Les exigences posées par la Position en matière de respect du droit étranger se fondent à juste titre sur plusieurs bases légales et réglementaires, que la FINMA prend soin de rappeler dans la troisième partie de la Position.

Tout d'abord, le **droit de la surveillance des assurances** est spécifique quant à la question du respect du droit étranger⁷. Ainsi, selon les articles 4 al. 2 let. c et 5 al. 2 de la Loi sur la surveillance des assurances du 17 décembre 2004 («**LSA**»), la FINMA doit s'assurer que le requérant dispose des agréments ou attestations équivalentes d'autorités étrangères en lien avec les activités d'assurance à l'étranger. Conformément à l'art. 22 LSA, l'entreprise d'assurance doit être organisée de manière à pouvoir, notamment, recenser, limiter et contrôler tous les risques principaux. L'art. 27 al. 1 exige la mise en œuvre d'un système interne de contrôle efficace⁸.

⁷ Position, § 3.1.

⁸ Cf. également art. 96 ss de l'Ordonnance sur la surveillance des assurances du 9 novembre 2005 («**OS**»).

Les **autres lois sur la surveillance des marchés financiers et leurs ordonnances** ne contiennent pas de dispositions spécifiques relatives au respect du droit étranger. Toutefois, la FINMA relève à raison⁹ que la violation du droit étranger peut contrevenir à l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable¹⁰ et surtout à **l'obligation de déterminer, limiter et contrôler tous les risques, y compris les risques juridiques et de réputation**¹¹ ainsi qu'à celle qu'un système de contrôle interne efficace soit mis en place¹². C'est avant tout sous l'angle de la gestion du risque juridique et de réputation que la problématique du respect du droit étranger est revue par la FINMA.

E. PRATIQUE RÉCENTE EN MATIÈRE D'ENFORCEMENT

Un grand nombre de décisions relatives à la (mauvaise) gestion du risque juridique transfrontière ont été prises et publiées par la FINMA, généralement dans un format très succinct¹³. Ceci reflète à la fois le grand nombre de cas de banques suisses ayant connu des difficultés avec des autorités étrangères et le volontarisme nouveau de la FINMA en matière d'*enforcement*. Nous nous limiterons ici à trois décisions importantes.

⁹ Position, § 3.1. Certaines dispositions des ordonnances ont quelque peu changé depuis l'adoption de la Position, principalement quant à leur numérotation, ce qui n'affecte pas leur pertinence. Les dispositions ici référencées sont celles actuellement en vigueur, qui divergent quelque peu de celles citées par la FINMA.

¹⁰ Pour les banques : art. 3 al. 2 let. c de la Loi sur les banques du 8 novembre 1934 («**LB**»); pour les négociants en valeurs mobilières : art. 10 al. 2 let. d de la Loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières du 24 mars 1995 («**LBVM**»); pour les titulaires d'autorisation en matière de placements collectifs : art. 14 al. 1 let. a de la Loi sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 («**LPCC**»).

¹¹ Pour les banques : art. 12 al. 2 de l'Ordonnance sur les banques du 30 avril 2014 («**OB**»); pour les négociants en valeurs mobilières : art. 19 al. 3 de l'Ordonnance sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières du 2 décembre 1996 («**OBVM**»); pour les titulaires d'autorisation en matière de placements collectifs : art. 12a al. 2 de l'Ordonnance sur les placements collectifs de capitaux du 22 novembre 2006 («**OPCC**»).

¹² Pour les banques : art. 12 al. 4 OB; pour les négociants en valeurs mobilières : art. 20 al. 1 OBVM; pour les titulaires d'autorisation en matière de placements collectifs : art. 12a al. 1 OPCC.

¹³ Cf. le Rapport FINMA 2014 sur l'*enforcement*, disponible sous <https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/rapports/rapport-sur-l-enforcement>

On peut tout d'abord mentionner une décision contre Credit Suisse SA relative à ses activités avec des clients américains non déclarés, qui ont amené la banque à conclure un accord avec plusieurs autorités américaines en mai 2014, dont un *guilty plea* avec le DoJ, avec des amendes et autres pénalités financières d'environ USD 2,6 milliards payées aux autorités américaines¹⁴.

Une autre décision concerne BSI SA, qui fût la première banque à conclure un *Non Prosecution Agreement* en mars 2015 dans le cadre du programme du DoJ pour les banques suisses, avec paiement d'une lourde amende aux autorités américaines¹⁵. Il était notamment reproché à la banque d'avoir eu un grand nombre de clients américains dont les actifs n'étaient pas déclarés, et d'avoir récupéré des clients américains (non déclarés) d'autres banques suisses qui s'en séparaient.

Une troisième décision du 30 juin 2014 concerne BNP Paribas (Suisse) SA¹⁶. BNP Paribas SA (siège de Paris) a conclu divers accords (dont un *guilty plea*) avec les autorités américaines, avec notamment plus de USD 9 milliards d'amendes et autres pénalités payés à celles-ci pour ne pas avoir respecté les sanctions américaines envers divers pays tels que le Soudan et l'Iran. Une partie importante des transactions litigieuses passait par BNP Paribas (Suisse) SA. Il était notamment reproché à la banque d'avoir utilisé pour des transactions en dollars américains des banques correspondantes aux États-Unis en dissimulant l'origine de certains clients, notamment liés au Soudan et à l'Iran.

Dans ces trois décisions (ainsi que dans plusieurs autres non citées ici), la FINMA a considéré que les banques avaient manqué aux exigences en matière d'organisation et de garantie d'une activité irréprochable. En particulier, elles avaient manqué aux obligations qui

¹⁴ Cf. le Rapport de la FINMA du 20 mai 2014 relatif à l'Enquête de la FINMA sur les affaires de Credit Suisse concernant des clients U.S., disponible sous https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/8news/br_untersuchung-cs_20140520.pdf?la=fr

¹⁵ La décision BSI SA (dont la date n'est pas précisée) est disponible sous une forme très résumée sous <https://www.finma.ch/fr/news/2015/03/mm-bsi-20150330/>

¹⁶ Cf. le communiqué de presse de la FINMA sous <https://www.finma.ch/fr/news/2014/06/mm-abschluss-verfahren-bnp-paribas-suisse-20140701/>, ainsi que le Rapport FINMA 2014 sur l'*enforcement*, p. 16.

leur incombent d'identifier, de limiter et de contrôler les risques en matière transfrontière¹⁷.

Les trois décisions portaient sur des comportements typiquement en violation des attentes formulées par la FINMA dans sa Position. Il est intéressant de relever que les décisions en question visent des faits qui, dans une très large mesure, étaient antérieurs à la publication de la Position. Ceci n'est pas problématique sous l'angle du principe de non-rétroactivité dans la mesure où les dispositions légales sur lesquelles la FINMA se fonde existaient au moment des faits reprochés et sont suffisantes. La Position avait un « temps de retard », qui s'explique par le fait qu'un durcissement de position d'autorités étrangères en matière d'*enforcement* a un effet rétrospectif, contrairement à l'adoption de nouvelles réglementations, non rétroactives.

F. NATURE JURIDIQUE DE LA POSITION ET CONCLUSION

Au vu du contenu évoqué et de l'importance du document, l'appellation de la Position est pour le moins étrange. De manière anecdotique mais révélatrice, la classification du document sur le site web de la FINMA, récemment mis à jour, en tant que « *document de discussion* » participe à la confusion.

Conformément à l'article 7 al. 1 let. b de la Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (« LFINMA »), la FINMA adopte des circulaires « *afin de préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers* ». Les « *attentes* » de la FINMA formulées dans la quatrième partie de la Position constituent à notre sens le contenu matériel d'une circulaire au sens de l'article 7 al. 1 let. b LFINMA. Même si la FINMA est en droit de publier sa pratique sous diverses formes, c'est bien la circulaire qui représente le véhicule adéquat pour poser les exigences précitées.

¹⁷ Il est intéressant de relever que la FINMA, dans le cadre de la décision BNP Paribas (Suisse) SA très résumée dans le Rapport FINMA 2014 sur l'*enforcement*, p. 16, énonce ce qui suit: « *De manière générale, la FINMA n'examine pas le respect du droit étranger par les établissements qui lui sont assujettis. Une possible violation du droit étranger par les instituts autorisés en Suisse représente toutefois un risque juridique et de réputation important* ».

Nul doute que le choix de la forme était bien réfléchi. Plusieurs raisons, notamment tactiques, pouvaient pousser à FINMA à choisir celle-ci : flexibilité, possibilité qu'elle offrait d'insérer un contenu hybride répondant à la nécessité de régler le passé, ou encore discrétion. Il n'en demeure pas moins que le maintien d'une « *position* » par opposition, en particulier, à une « *circulaire* », nous semble injustifié. Le contraste est saisissant entre l'importance du document et sa modeste et trompeuse désignation.

Il est fort probable que la FINMA doive prochainement mettre à jour la Position afin de tenir compte des modifications législatives prochaines en matière de blanchiment d'infractions fiscales, et possiblement d'exigences de conformité fiscale¹⁸. Les expériences de la FINMA et des assujettis depuis octobre 2010, par exemple dans le domaine des sanctions, sont également susceptibles de nourrir une nouvelle mouture du document.

Espérons que la FINMA profite de cette occasion pour appeler un chat un chat, et une circulaire une circulaire. La FINMA aura alors satisfait le souhait taxinomique de l'auteur de ces lignes et apporté une contribution à la clarté juridique. « *Si les mots sont malades, c'est à nous de les guérir* »¹⁹.

¹⁸ Cf. le Message du Conseil fédéral du 5 juin 2015 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (FF 2015 3799). Par ailleurs, l'art. 7 al. 2 de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent entièrement révisée du 3 juin 2015 (RO 2015 2083) et qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2016 prévoit que « *l'acceptation par négligence de valeurs patrimoniales provenant d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié peut remettre en question la garantie d'une activité irréprochable exigée de l'intermédiaire financier* ».

¹⁹ JEAN-PAUL SARTRE, *Qu'est-ce que la littérature?*, Paris (Gallimard) 1948, p. 341.