

16 décembre 2009

Trafic des paiements en USD pour des pays et personnes soumis à des sanctions de l'OFAC

Accord entre Credit Suisse et les autorités américaines

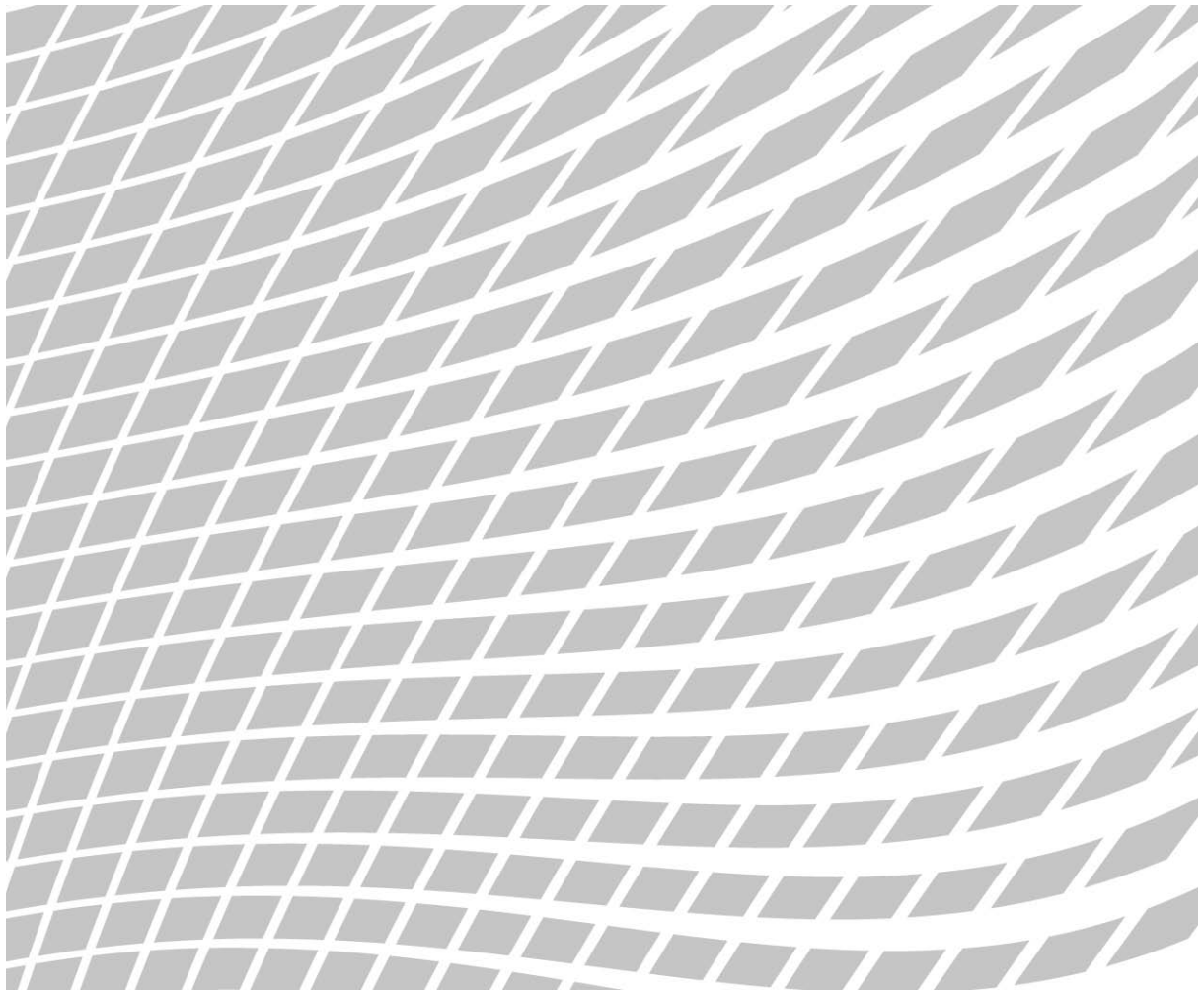


Table des matières

Synthèse.....	3
1 Droit américain en matière de sanctions.....	4
2 Procédures à l'encontre de banques non domiciliées aux Etats-Unis	5
3 L'affaire Credit Suisse	5
3.1 Faits.....	5
3.2 Reproches des autorités américaines.....	6
3.3 Accord entre Credit Suisse et les autorités américaines	7
4 Analyse de l'affaire Credit Suisse au regard du droit suisse de la surveillance / attentes de la FINMA envers les établissements soumis à sa surveillance	8

Trafic des paiements en USD pour des pays et personnes soumis à des sanctions de l'OFAC

Synthèse

Aujourd'hui 16 décembre 2009, Crédit Suisse SA, Zurich et diverses autorités américaines ont signé un accord qui met un terme aux investigations en cours depuis 2007. Ceci permet notamment d'éviter une plainte pénale qui risquait d'être déposée à l'encontre de la banque aux Etats-Unis. Les investigations portaient sur l'exécution du trafic des paiements en USD par des collaborateurs de Crédit Suisse entre 1995 et début 2007 pour des pays et personnes soumis à des sanctions économiques unilatérales américaines. Les autorités américaines ont reproché à la banque d'avoir agi en Suisse pour contourner sciemment des mesures de sanction, et d'avoir empêché ses banques correspondantes américaines de respecter les prescriptions qui leur étaient applicables. Selon les autorités américaines, un tel comportement est illicite à plusieurs titres au regard du droit américain, et il est punissable y compris lorsque les établissements fautifs sont domiciliés en dehors des Etats-Unis. Pour les infractions qui lui sont reprochées, la banque doit notamment s'acquitter d'une amende totale de 536 millions d'USD et, pour autant qu'elle ne l'ait pas déjà fait, mettre en place un programme de compliance international qui garantisse le respect des mesures d'embargo américaines. Après ABN AMRO, Lloyds TSB Bank et Australia and New Zealand Banking Group, Crédit Suisse est ainsi la quatrième banque non américaine à passer avec les autorités américaines un accord sur ce thème. Des investigations à l'encontre d'autres banques non américaines sont manifestement en cours aux Etats-Unis. La FINMA accompagne la mise en œuvre et la surveillance du programme de compliance convenu entre la banque et l'autorité de surveillance américaine compétente.

La FINMA (jusqu'à fin 2008, la Commission fédérale des banques) a suivi d'emblée cette affaire de très près. Elle a collaboré avec les autorités américaines et accordé son assistance administrative à la Federal Reserve Bank of New York («NY FED»). Elle n'a pas manqué d'examiner les faits reprochés à Crédit Suisse sous l'angle du droit suisse de la surveillance et a sanctionné le comportement de cet établissement par un blâme sévère dès septembre 2009.

Des normes étrangères déployant des effets extraterritoriaux comme le droit américain de l'embargo, imposé par l'Office of Foreign Assets Control («OFAC»), sont applicables le cas échéant aux établissements financiers et collaborateurs répondant aux critères des «U.S. Persons», y compris lorsque les agissements en cause sont intervenus en dehors du territoire américain. De même, les autorités américaines appliquent désormais leurs mesures d'embargo aux personnes non américaines qui exportent des prestations de service des Etats-Unis vers des pays soumis à des sanctions. La vocation de la FINMA n'est certes pas d'appliquer directement des prescriptions étrangères (comme p. ex. les règles de l'OFAC) à l'égard des établissements soumis à sa surveillance; mais le droit suisse de la surveillance exige de ces derniers qu'ils prennent dûment en compte les risques juridiques liés à de telles normes, qu'elles déploient des effets intraterritoriaux ou extraterritoriaux. Il leur appartient notamment

de prendre toutes les mesures organisationnelles requises pour éviter que ces risques se matérialisent.

1 Droit américain en matière de sanctions

Le gouvernement américain, invoquant des motifs de politique extérieure et de sécurité, a édicté de nombreuses prescriptions unilatérales qui restreignent voire interdisent les opérations commerciales avec certains pays et certaines personnes. La base légale est l'*International Emergency Economic Powers Act* et le *Trading with the Enemy Act*. L'Iran, Cuba, le Myanmar, la Libye (jusqu'en 2004) et le Soudan sont ainsi sous le coup de sanctions relativement drastiques. L'*Office of Foreign Assets Control* («OFAC»), qui fait partie du *U.S. Treasury*, est chargé de l'administration et de la mise en œuvre des mesures de sanction («règles de l'OFAC»).

Le champ d'application des règles de l'OFAC n'a cessé de s'étendre et génère par là même une insécurité juridique non négligeable. Le principe est que les règles régissent le comportement des *U.S. Persons* (citoyens américains, résidents américains et autres personnes physiques et sociétés établies aux Etats-Unis) et imposent des restrictions particulières dans leurs relations avec des pays ou personnes soumis à des sanctions de l'OFAC. Selon la pratique la plus récente, mise en œuvre exhaustivement pour la première fois dans l'affaire de la Lloyds TSB Bank¹ en 2009, il n'est plus nécessaire que les faits contestés impliquent une *U.S. Person*; constitue désormais un élément de rattachement (extraterritorial) suffisant le fait qu'un établissement financier (domicilié où que ce soit dans le monde) exporte des prestations de service des Etats-Unis vers un pays soumis à des sanctions, ou empêche par son comportement que des banques correspondantes américaines impliquées dans une opération commerciale respectent ou puissent respecter les règles. Tel est par exemple le cas lorsqu'une banque étrangère effectue un paiement en USD pour une banque donneuse d'ordre iranienne et fait systématiquement en sorte que le message SWIFT à adresser à la banque correspondante américaine à des fins de clearing omette toute référence à l'Iran (procédé dit du «*stripping*»). Ceci permet d'éviter que le paiement soit intercepté par les filtres de l'OFAC installés dans la banque correspondante américaine et ne soit dès lors pas exécuté en vertu des règles de l'OFAC en vigueur. Les autorités américaines considèrent qu'une banque étrangère agissant de la sorte empêche de manière répréhensible la banque correspondante américaine de respecter ou d'être en mesure de respecter les règles de l'OFAC, indépendamment du fait qu'une société américaine appartenant au groupe de la banque étrangère soit impliquée ou non dans le procédé.

¹ http://www.justice.gov/criminal/pr/press_releases/2009/01/01-09-09lloyds-attachment.pdf.

2 Procédures à l'encontre de banques non domiciliées aux Etats-Unis

Diverses autorités américaines mènent des investigations à l'encontre de banques non américaines soupçonnées d'effectuer des opérations de paiement en USD pour des pays et personnes soumis à des sanctions de l'OFAC. A ce jour, trois affaires (en comptant l'affaire Credit Suisse, quatre) se sont soldées par un accord (ABN AMRO; Lloyds TSB Bank; Australia and New Zealand Banking Group). D'autres sont manifestement en cours. Compte tenu de l'extension du champ d'application des règles de l'OFAC évoquée au chiffre 1 ci-dessus, cette problématique concerne désormais l'ensemble du secteur, y compris un certain nombre d'établissements financiers non domiciliés aux Etats-Unis. La FINMA n'a toutefois pas connaissance d'autres investigations qui seraient menées en la matière à l'encontre de banques suisses.

Dans le cadre de ces investigations, les infractions au droit américain en matière de sanctions ne constituent qu'un aspect des choses. On enquête aussi sur d'éventuels comportements sanctionnés pénalement qu'auraient pu avoir les établissements concernés. D'une part, la violation des règles est punissable non seulement au regard du droit administratif, mais aussi au regard du droit pénal. D'autre part, en vertu du droit fédéral américain et/ou du droit des Etats américains, le délit de falsification peut être constitué dès lors que, dans le cadre du règlement de paiements en USD pour des pays et personnes soumis à des sanctions de l'OFAC, des informations pertinentes concernant l'origine desdits paiements ont été falsifiées ou passées sous silence. Parallèlement, les autorités américaines de surveillance bancaire examinent ces affaires au regard du principe «*fit and proper*». En même temps que d'autres banques non américaines, Credit Suisse s'est trouvé dans le viseur des autorités américaines début 2007 et a fait l'objet depuis lors d'investigations approfondies.

3 L'affaire Credit Suisse

3.1 Faits

Entre 1995 et 2006, Credit Suisse a effectué des paiements en USD pour des établissements financiers établis dans des pays soumis à des sanctions de l'OFAC et qui détenaient auprès de cette banque des comptes de clearing en USD. En 2003, le nombre des comptes de clearing iraniens en USD, notamment, a connu une forte augmentation chez Credit Suisse, après que la Lloyds TSB Bank eut abandonné cette activité.

Comme les paiements en USD faisant référence à un pays soumis à des sanctions de l'OFAC risquaient de ne pas passer les filtres de l'OFAC installés dans les banques correspondantes américaines, on a développé au fil du temps diverses méthodes permettant d'effectuer quand même les paiements via les Etats-Unis. Celles-ci consistaient en particulier à compléter ou modifier de manière ciblée les messages SWIFT requis pour exécuter ces opérations.

Une des solutions utilisées pour contourner les règles de l'OFAC a été la suivante: dans le champ 52 du message SWIFT de type 202 («MT 202»), des collaborateurs de Credit Suisse remplaçaient le nom de la banque donneuse d'ordre iranienne (soumise à des sanctions de l'OFAC) par d'autres informations, notamment par la mention «*Order of a Customer*», avant que les ordres de paiement ne soient transmis aux banques américaines. Dans d'autres cas, Credit Suisse a transmis à des banques américaines des messages SWIFT de type 202 contenant de fausses informations insérées par la banque donneuse d'ordre (soumise à des sanctions de l'OFAC) elle-même. C'est ainsi par exemple qu'une banque donneuse d'ordre a indiqué «CS» comme donneur d'ordre du paiement ; Credit Suisse a fermé les yeux sur cette information erronée et l'a transmise à la banque correspondante américaine impliquée dans la chaîne de paiement

En décembre 2005, Credit Suisse a décidé de se retirer des activités avec les pays soumis à des sanctions américaines comme l'Iran, Cuba, etc. Cette décision de sortie a été mise en œuvre progressivement courant 2006 et 2007.

3.2 Reproches des autorités américaines

Selon l'OFAC et le *Department of Justice* («DoJ») américain, qui a vocation à engager des poursuites pénales en cas d'infraction au droit fédéral américain, Credit Suisse a violé de manière répréhensible les dispositions du *International Emergency Economic Powers Act* et du *Trading with the Enemy Act*² en transmettant à des banques correspondantes américaines des paiements en USD non autorisés en vertu des prescriptions américaines. Les autorités américaines considèrent qu'il s'agit là d'une exportation illicite des prestations de service des banques correspondantes américaines vers des pays soumis à des sanctions de l'OFAC, ce qui est interdit aussi aux banques non américaines.

Il a été reproché par ailleurs à Credit Suisse d'avoir mis en œuvre, à compter du milieu des années 1990, des pratiques relevant du droit pénal, pratiques qui visaient à aider des entités tombant sous le coup de sanctions américaines à contourner les restrictions qui s'imposaient à elles. Ceci aurait permis d'introduire illégalement dans le système américain des ordres de paiement portant sur des centaines de millions d'USD. Il est reproché notamment à la banque d'avoir falsifié par «*stripping*» 521 messages SWIFT et d'avoir donné à des entités soumises à des sanctions des informations leur permettant d'éviter les filtres de l'OFAC installés dans les banques américaines. Credit Suisse serait ainsi parvenue à ce que ses banques correspondantes américaines exécutent les paiements concernés sans connaître leur provenance. Les autorités américaines considèrent qu'un tel procédé constitue un comportement punissable à l'égard des banques américaines et du gouvernement américain. Il aurait aussi eu pour conséquence d'empêcher les banques américaines de saisir correctement ces transactions et d'en rendre compte fidèlement.

² Cf. Title 50, United States Code, Section 1705; Title 31, Code of Federal Regulations, Sections 560.203 et 560.204.

Le *New York County District Attorney's Office* («DANY») voit dans le comportement de Credit Suisse, sous le titre «*Falsifying Business Records*», une infraction au droit pénal de l'Etat de New York. En vertu de ce droit, commet un crime quiconque établit ou incite à établir de faux documents commerciaux dans une intention frauduleuse et quiconque empêche ou contribue à empêcher l'établissement correct de documents commerciaux³.

Aux yeux de la *Federal Reserve Bank of New York* («NY FED»), Credit Suisse a omis, avant 2007, de mettre en place l'infrastructure de compliance nécessaire pour garantir le respect du droit américain. De plus, toujours selon la FED, la banque s'est exposée par ce comportement à un risque de réputation accru et a mis en péril la garantie d'une activité irréprochable («*safety and soundness*»).

3.3 Accord entre Credit Suisse et les autorités américaines

L'accord signé le 16 décembre 2009 a permis de mettre fin aux investigations en cours concernant tous les recours formés en l'espèce par les autorités américaines.

Comme il est d'usage dans de telles affaires, les actes de l'accord à proprement parler reposent sur un exposé détaillé des faits («*Statement of Facts*»). Celui-ci récapitule les éléments de fait du point de vue des autorités de poursuite pénale qui ont mené les investigations et doit être reconnu par la banque. Le *Deferred Prosecution Agreement* («DPA») conclu entre la banque et le DoJ d'une part, et entre la banque et le DANY d'autre part, formalise - conformément au mécanisme de base d'un DPA - le fait que la matière d'un dépôt de plainte existe sous la forme du *Statement of Facts*, mais que l'on renonce à agir en justice, du moins pour le moment. A l'issue de la période probatoire, en l'espèce 24 mois, les poursuites seront intégralement abandonnées pour autant que la banque ait respecté les conditions des DPA. En pratique, on ne connaît guère de cas où une plainte ait été déposée a posteriori. Dans les DPA, la banque s'engage à verser une amende d'un montant total de 536 millions d'USD. Elle est également tenue de coopérer dans les limites du droit applicable avec les autorités américaines pendant la durée du DPA. Au regard du droit de la surveillance, elle a dû s'engager envers le *Board of Governors in the Federal Reserve System* («Board») et la NY FED à mettre et maintenir en place un programme de compliance à l'échelon international, ainsi qu'à rendre compte à ce sujet. Enfin, un *Settlement Agreement* a été conclu entre la banque et l'OFAC.

³ Cf. New York Penal Law, Sections 175.05 et 175.10.

4 Analyse de l'affaire Credit Suisse au regard du droit suisse de la surveillance / attentes de la FINMA envers les établissements soumis à sa surveillance

La Commission fédérale des banques («CFB»), puis la FINMA, ont suivi cette affaire dès 2007. Elles ont été attentives notamment à l'établissement des faits et ont servi à plusieurs reprises de relais entre Credit Suisse et les autorités américaines. Sur demande de la NY FED et en accord avec l'Office fédéral de la justice, la FINMA a accordé son assistance administrative et judiciaire aux autorités américaines (art. 42 al. 3 LFINMA).

La FINMA a également analysé le comportement de Credit Suisse au regard du droit suisse de la surveillance. Fondamentalement, elle n'a pas vocation à appliquer directement un droit étranger à des établissements soumis à sa surveillance. En revanche, le droit suisse de la surveillance exige de ces établissements qu'ils identifient, limitent et contrôlent leurs risques de manière appropriée (gestion adéquate des risques) et qu'ils prennent les mesures organisationnelles requises à cet effet (obligations en matière d'organisation). Ceci vaut aussi pour les risques juridiques auxquels ils s'exposent à l'étranger ou dans leurs relations avec l'étranger. Si ces obligations sont négligées, se trouve en outre mise en cause la garantie d'une activité irréprochable (obligation de garantie).

Dans l'affaire Credit Suisse, la FINMA a abouti à la conclusion que pour les motifs prudentiels exposés ci-dessus, il n'est pas acceptable qu'un établissement financier d'envergure mondiale développe des méthodes et des pratiques inhabituelles visant à contourner le droit suisse et s'expose comme il l'a fait à l'égard des Etats-Unis. En outre, par son comportement, la banque a pris des risques de réputation accrus. Aussi la FINMA a-t-elle prononcé un blâme sévère à l'encontre de Credit Suisse en septembre 2009 et exigé de la banque que, dans un délai donné, elle lui rende compte des mesures disciplinaires prises et lui fournisse d'autres clarifications.

Les établissements financiers ne peuvent pas se soustraire à l'application de normes étrangères déployant des effets extraterritoriaux comme les présentes règles de l'OFAC ni aux prescriptions y relatives, même s'ils n'ont pas agi directement sur le territoire concerné. Le droit suisse de la surveillance exige des établissements concernés qu'ils prennent dûment en compte les risques juridiques liés aux normes étrangères, qu'elles déploient des effets intraterritoriaux ou extraterritoriaux, et qu'ils mettent en œuvre toutes les mesures utiles, notamment organisationnelles, pour éviter que ces risques se matérialisent.