

Conférence de presse annuelle du 23 mars 2010

Urs Zulauf
Directeur adjoint
Responsable de la division Services stratégiques et centraux

Les risques juridiques dans le cadre des relations d'affaires transfrontières avec des clients privés : un défi pour la place financière et les autorités

L'incertitude, ...

De nombreux événements consécutifs à la crise financière ont généré une incertitude persistante, chez les clients privés étrangers d'établissements financiers suisses. On peut citer à cet égard le fait que la Suisse, sous la pression de l'OCDE, est désormais disposée à accorder l'assistance administrative internationale, y compris en cas de soustraction fiscale. De plus, la décision portant sur la remise de données clients d'UBS, ainsi que l'ouverture d'une procédure d'entraide administrative avec les Etats-Unis par arrêt du Tribunal administratif fédéral de mars 2009 puis dans le cadre de l'accord d'assistance administrative en août 2009, ont été porteuses d'insécurité. Un autre facteur aggravant le sentiment d'incertitude est le fait que des autorités fiscales étrangères se montrent prêtes à acheter des données de clients volées et donc acquises indéniablement de manière illégale.

En réaction à la pression des autorités américaines, diverses banques ont rompu leurs relations d'affaires avec des milliers de « U.S. Persons », dont bon nombre ne devraient cependant pas rencontrer de problèmes fiscaux. Des Suisses expatriés, domiciliés aux Etats-Unis, rencontrent des difficultés à trouver ou maintenir une relation bancaire en Suisse. Cette situation est extrêmement insatisfaisante. Bien que jugeant une telle situation regrettable pour les clients concernés, la FINMA ne peut que tolérer, voire encourager, cette politique des banques justifiée par des considérations tenant aux risques. Cet exemple montre le jeu des forces contraires auquel nous sommes confrontés. L'incertitude à laquelle sont confrontés les acteurs financiers et les clients va continuer de nuire à la place financière suisse si la situation fiscale des fonds étrangers de la clientèle n'est pas rapidement clarifiée.

... des questions sans réponses, ...

L'incertitude naît aussi de l'absence de réponses à de nombreuses questions en suspens. L'une d'elles concerne la transmission d'un nombre limité de données de clients d'UBS au Département de la justice américain, ordonnée par la FINMA en février 2009. Cette mesure s'imposait alors pour écarter le danger d'une plainte pénale à l'encontre de la banque, plainte qui aurait compromis son existence même. Reste à apprécier cette décision au regard de la loi sur les banques : il incombera au Tribunal fédéral de statuer en la matière. Une autre question réside dans la manière dont le monde politique analyse ces événements. Un groupe de travail des Commissions de gestion du Parlement y travaille avec énergie. La FINMA coopère de manière transparente et approfondie à cette enquête. Reste également en suspens la question de la transmission d'autres données de clients dans le cadre de l'accord intervenu en août 2009 entre la Confédération et les autorités américaines : le Parlement aura à se prononcer à cet égard lors de sa prochaine session d'été.

... les risques croissants au regard du droit étranger, ...

La CFB, instance qui a précédé la FINMA, a effectué une enquête approfondie sur les opérations d'UBS aux Etats-Unis et rendu une décision à l'encontre de cette dernière en décembre 2008. La FINMA a publié les résultats de son enquête dans un rapport succinct en février 2009. Dans le sillage de ces investigations, la FINMA a effectué avec quelques établissements financiers un état des lieux portant sur les risques juridiques inhérents aux relations d'affaires transfrontières avec des clients privés. La FINMA poursuit ces vérifications et les intègre dans un projet mené avec résolution. Les travaux concernent également les opérations dites « wrap » pratiquées par certaines entreprises d'assurance. Une couverture d'assurance globale « enveloppe » ainsi des dépôts de clients existants, ce qui permet de poursuivre des objectifs qui ne portent pas à conséquence, mais peuvent s'avérer problématiques au plan fiscal.

Les analyses effectuées jusqu'ici ont montré que des risques juridiques étrangers résident dans le droit de la surveillance, le droit fiscal, le droit pénal et le droit civil, ainsi que dans les prescriptions en vigueur en matière de procédure. Le droit étranger en matière de blanchiment d'argent peut également générer de tels risques. Cette dernière problématique est très importante, mais il n'est pas possible de l'approfondir ici :

- Le *droit étranger de la surveillance* impose des restrictions notamment dans le domaine des prestations de services transfrontières, ainsi que dans celui de l'offre et de la distribution de produits à partir de la Suisse. Dans de nombreux pays, l'accès des établissements suisses à la clientèle étrangère est fortement limité. Ces restrictions sont destinées à protéger les investisseurs, mais elles dégagent simultanément des effets de nature protectionniste. Les risques juridiques en sont d'autant plus élevés, et une prudence d'autant plus grande s'impose dans les relations d'affaires transfrontières avec ces marchés. Un examen objectif de la situation permet de conclure qu'en vertu des règles en vigueur dans de nombreux Etats, les activités transfrontières allant au-delà de simples contacts sociaux et de la mise à disposition d'informations générales (non spécifiques à un produit) sont déjà délicates.
- Un deuxième facteur de risque important réside dans le *droit fiscal étranger* et le *droit pénal* y afférent. Un intermédiaire financier ou ses employés peuvent être considérés comme complices

de délits fiscaux commis par des clients étrangers et punissables en vertu du droit étranger. Une telle situation peut se produire même si l'intermédiaire financiers et ses employés opèrent exclusivement en Suisse. Les autorités fiscales étrangères exercent une pression croissante non seulement sur les banques suisses, mais également sur celles d'autres Etats, ce qui ne change cependant rien à la situation des établissements financiers concernés. Cette pression s'exprime de diverses manières. On tente ainsi par des méthodes parfois extrêmement discutables de se procurer des données de contribuables ayant des relations bancaires *offshore*. Des procédures pénales sont ouvertes contre des clients et des collaborateurs de banques. Divers établissements financiers se voient également sommés de coopérer, par exemple en relation avec des programmes d'amnistie. Les établissements réagissent à la pression dans le cadre légal par une coopération (légale). Mais en optant pour ces solutions au cas par cas, ils affaiblissent potentiellement les futures positions de négociation de la Suisse. Selon la FINMA, ces risques juridiques liés à la fiscalité dans le cadre des relations d'affaires transfrontières avec des clients privés se sont *accentués*. Le risque de commettre une infraction punissable et d'être appelé à rendre des comptes est tout à fait réel. En raison de risques accrus, il convient d'éviter tout conseil aux clients concernant les fonds non déclarés. Ces risques ne pèsent pas seulement sur les banques ou les assurances, mais aussi sur les conseillers, fiduciaires et avocats.

... et leurs effets en retour sur le droit suisse...

Les infractions au *droit étranger fiscal et de la surveillance* décrites ici peuvent également être répréhensibles au regard du droit *suisse*. Est concerné en premier lieu le *droit de la surveillance*, que la FINMA a pour tâche de mettre en œuvre. Toutefois, les situations sont délicates et complexes à apprécier. D'une part, la FINMA n'a pas davantage que d'autres autorités de surveillance dans le monde le mandat légal d'appliquer le droit étranger en Suisse. Cela est particulièrement vrai des normes dont l'approche est diamétralement opposée à celle du droit suisse de la surveillance. Mais d'autre part, la violation du droit étranger peut enfreindre certaines normes de surveillance suisses formalisées, comme la garantie d'une activité irréprochable. De plus, les prescriptions prudentielles en matière d'organisation interne exigent sans équivoque que tous les risques, y compris les risques juridiques et de réputation, soient dûment déterminés, limités et contrôlés (art. 9 de l'ordonnance sur les banques).

Ces prescriptions sont impératives, et la FINMA les a appliquées à plusieurs reprises dans ses décisions concernant le traitement de risques juridiques étrangers. Mais sur cette problématique, elle privilégie la prudence. Elle juge inopportun sur le fond d'accroître encore les risques juridiques étrangers en créant des risques juridiques suisses supplémentaires. Cela mériterait réflexion de la part de tous ceux qui préconisent hâtivement de nouvelles incriminations pénales en Suisse ou une extension des délits de faux dans les titres. En vertu du droit suisse en vigueur, le principe est que les actes de participation à des délits fiscaux commis à l'étranger ne sont pas punissables en Suisse.

Il serait bon qu'il en reste ainsi. Au lieu d'*accroître* les risques juridiques en fonction du droit *suisse*, l'objectif devrait être au contraire de *réduire* les risques juridiques *étrangers* en développant intelligemment le cadre interétatique.

... exigent une gestion des risques cohérente de la part des établissements financiers...

Afin d'éviter des litiges avec les autorités étrangères, les intermédiaires financiers suisses et les autres doivent axer leurs activités sur le respect des restrictions en vigueur sur leurs marchés cibles. Sont concernées aussi bien la mise en place d'une présence *onshore* par l'ouverture d'une représentation ou d'une succursale que la constitution d'une filiale. Or les relations d'affaires transfrontières avec des clients privés visent à fournir des prestations à une clientèle future ou existante sur les marchés cibles à partir de la Suisse, et à focaliser l'offre sur les produits et services autorisés dans les pays concernés. Au regard du droit local de la surveillance, il n'est souvent pas indifférent que le conseiller à la clientèle se rende dans le pays de domicile du client, qu'il communique à partir du centre de comptabilisation avec le client lorsque ce dernier se trouve dans son pays de domicile, que le client se rende dans le centre de comptabilisation ou que conseiller et client se rencontrent dans un Etat tiers. Lorsque les clients sont suivis par des gérants de fortune indépendants, les risques juridiques n'en restent pas moins dans les livres de la banque dépositaire : raison de plus pour sélectionner et contrôler soigneusement ses partenaires et pour leur donner des instructions précises.

D'un point de vue réglementaire, l'analyse des risques doit examiner à la fois la question des prestations transfrontières autorisées et celle des produits autorisés. Au regard du droit fiscal, elle doit intégrer la problématique de la complicité ainsi que la question de savoir si l'établissement, compte tenu de ses activités, est lui-même assujéti à l'impôt dans le pays considéré.

S'agissant de la décision concernant les mesures à prendre, elle doit tenir compte des circonstances propres à l'établissement concerné, par exemple des risques accrus en raison de présences *onshore* ou de l'emploi de collaborateurs ayant certaines nationalités. Selon l'exposition, diverses approches sont possibles : approche axée sur les risques, approche axée sur une stricte conformité aux règles étrangères par exemple. Il convient enfin de déterminer comment appliquer et faire appliquer les règles en interne.

... et motivent les attentes de la FINMA à l'égard des assujéti, ...

Une tâche est incontournable : définir pour chaque marché cible un modèle conforme en matière de prestations de services. Et c'est une rude tâche, d'autant plus que doivent absolument être prises en compte, outre les restrictions prudentielles, celles liées au droit fiscal et toutes les autres.

La FINMA attend des établissements financiers (banques et assurances) ayant des relations d'affaires transfrontières avec des clients privés qu'ils soumettent leur modèle d'affaires à une analyse globale des risques au regard de chaque marché cible puis, sur la base des résultats ainsi obtenus, qu'ils prennent des mesures appropriées. La FINMA examinera prochainement s'il convient de réglementer en la matière, ou si des préconisations non formalisées adressées aux banques et aux assurances suffisent.

... ainsi que des demandes faites aux autorités politiques.

Il appartient aux autorités politiques et économiques de décider de la stratégie à adopter pour la place financière. Mais dans les limites de ses possibilités, la FINMA espère et soutient une démarche coor-

donnée qui, sur la base de solutions négociées avec les différents Etats ou groupes d'Etats, permette d'une part de limiter les risques juridiques liés aux opérations transfrontières et d'autre part de rétablir la sécurité juridique.

Selon l'approche retenue, les incidences sur l'activité de surveillance seront différentes. Si la Suisse parvient à réduire les risques juridiques grâce à des solutions durables et d'entente avec les principaux pays cibles, la FINMA pourra s'abstenir de formuler des exigences supplémentaires relatives au contrôle de ces risques. Si la Suisse n'y parvient pas, ou si les risques juridiques s'accroissent (par exemple dans le cas où les établissements financiers devraient vérifier l'honnêteté fiscale de leurs clients), la FINMA sera contrainte de renforcer ses mesures de contrôle, le cas échéant drastiquement.

En vertu de la décision du Conseil fédéral de début 2010, l'accord du 19 août 2009 conclu avec les autorités américaines doit être soumis au Parlement pour approbation. Sur demande de l'IRS, cet accord prévoit, au titre de l'assistance administrative, la transmission de données supplémentaires concernant quelque 4 500 clients d'UBS. Si aucun terrain d'entente n'est trouvé, le risque est que de nouvelles procédures soient intentées non seulement à l'encontre d'UBS, mais aussi à l'encontre d'autres établissements financiers. Mais en fin de compte, le risque de nouvelles procédures restera présent jusqu'à ce qu'on convienne d'une solution qui règle la situation de toutes les relations offshore existantes entre des clients américains et des établissements financiers suisses. Dans l'idéal, il faudrait également aborder dans ce cadre les risques juridiques nouveaux ou latents résultant par exemple du Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) – en projet – de la U.S. Estate Tax.

Conclusion

Les risques juridiques croissants liés aux opérations transfrontières constituent un défi de taille pour la FINMA en tant qu'autorité de surveillance, pour la place financière et ses acteurs, ainsi que pour les autorités politiques. Tous ont éminemment intérêt à ce que l'on trouve des solutions pérennes et évite la criminalisation en vertu du droit étranger qui menace de plus en plus une partie du modèle d'affaires existant en Suisse. Il s'agit de faire concorder à long terme les intérêts de la place financière, ceux de ses clients étrangers, avec ceux des autorités fiscales dont ils relèvent. Des solutions à cet effet sont possibles. Le développement des relations d'affaires transfrontières avec les clients privés en est tributaire. Il est essentiel de reconnaître que le sujet ne concerne pas uniquement UBS, et pas uniquement les Etats-Unis, mais bien l'avenir de la place financière dans son ensemble.