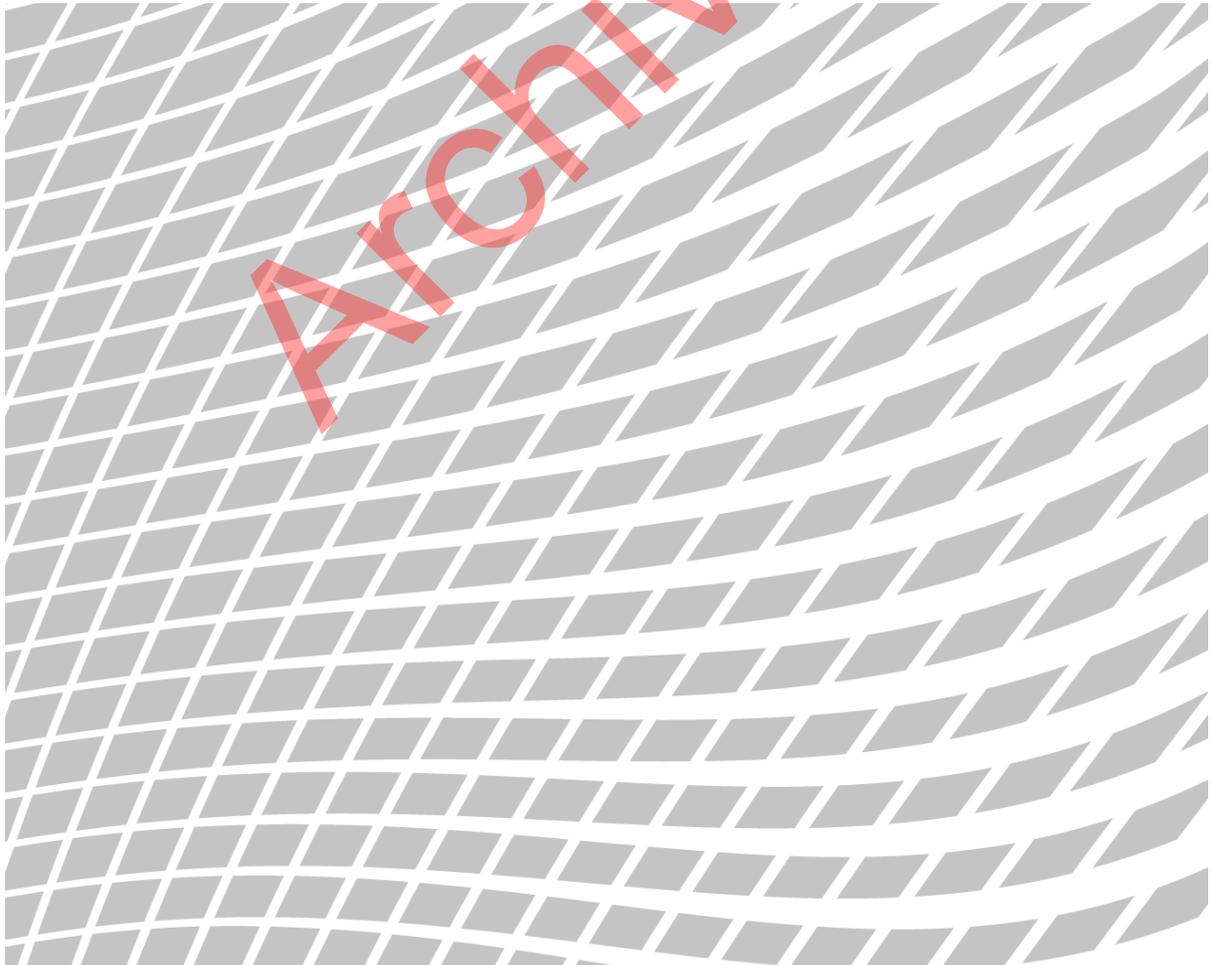


22 octobre 2010

Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières (« Position de la FINMA Risques juridiques »)



Eléments clés

Contexte et évolutions

Le modèle d'affaires de nombreuses banques de gestion de fortune est fortement axé sur la fourniture de services transfrontières à des clients privés domiciliés à l'étranger. Ces dernières années, les entreprises d'assurance ont aussi développé de plus en plus d'activités comportant des éléments transfrontières.

Très récemment, les risques juridiques et de réputation liés aux activités financières transfrontières se sont notablement accrus. Ils peuvent prendre des proportions telles qu'ils compromettent l'existence même de certains établissements, voire déstabilisent l'économie. Sont concernés non seulement les banques et les entreprises d'assurance, mais aussi d'autres prestataires de services financiers opérant dans cet environnement.

Risques juridiques et de réputation résultant du droit étranger

Le droit étranger de la surveillance est à l'origine de deux principaux types de risques. Le premier concerne la fourniture transfrontière de *services financiers*, le deuxième l'offre transfrontière de *produits financiers*. Tous deux sont liés aux conditions restrictives (par ex. présence physique, enregistrement) imposées par de nombreux ordres juridiques. En droit fiscal et droit pénal, le risque existe que des intermédiaires financiers ou leurs employés se rendent coupables d'une *participation sanctionnée pénalement* (par ex. en tant que complices ou instigateurs) à des délits fiscaux commis par des clients étrangers. En outre, des activités transfrontières fréquentes et la présence physique répétée de représentants de l'établissement dans certains pays peuvent donner lieu à une *obligation fiscale de l'intermédiaire financier* lui-même. D'autres risques juridiques et de réputation peuvent résulter du droit étranger en matière de blanchiment d'argent ainsi que de normes de droit civil, de droit international privé et de droit procédural, ou encore d'autres règles de droit économique en vigueur dans certains Etats.

Traitement des infractions aux prescriptions étrangères par le droit de la surveillance suisse

La loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) ne prévoit ni directement ni explicitement une obligation pour les assujettis de respecter le droit étranger. En revanche, la loi sur la surveillance des assurances (LSA) impose certaines exigences quant aux activités menées à l'étranger par les entreprises d'assurance. Même si un certain nombre de lois sur la surveillance n'intègrent pas de normes conçues sur le modèle de la LSA, des infractions aux prescriptions étrangères peuvent être sanctionnées par le droit suisse à certaines conditions.

En particulier, la violation du droit étranger peut enfreindre certaines dispositions de surveillance suisses sujettes à interprétation, comme l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable. Mais surtout, les règles prudentielles en matière d'organisation interne exigent que tous les risques, y compris les risques juridiques et de réputation, soient dûment déterminés, limités et contrôlés et

qu'un système de contrôle interne efficace soit mis en place. De même, les groupes et conglomérats financiers sont tenus d'instaurer une gestion des risques adéquate à l'échelon du groupe et de s'organiser de manière appropriée. Toutes ces exigences s'appliquent aussi aux opérations transfrontalières. Par le passé, la FINMA et les autorités qui l'ont précédée ont conduit des procédures à l'encontre d'établissements assujettis et ont sanctionné la mauvaise gestion des risques découlant du droit étranger.

Attentes à l'égard des assujettis exerçant des activités financières transfrontières

La FINMA considère qu'au vu des évolutions de ces dernières années, il est indispensable que les assujettis soumettent leurs activités financières transfrontières en cours à une *analyse* approfondie du cadre juridique et des risques y afférents. Dans un deuxième temps, il convient qu'ils prennent des *mesures* appropriées pour minimiser ou éliminer ces risques. En tant qu'autorité de surveillance, la FINMA s'attend à ce que le droit étranger de la surveillance, en particulier, soit respecté, et qu'un modèle de prestations conforme soit défini pour chaque marché cible.

La FINMA estime que l'externalisation vers des gérants de fortune indépendants du suivi des relations avec la clientèle ne constitue pas une mesure efficace de minimisation ou d'élimination des risques. Elle s'attend à ce que les assujettis concernés prennent aussi en compte les risques potentiels générés par les gérants de fortune, intermédiaires et autres prestataires de services indépendants. Dès lors, les assujettis doivent sélectionner ces partenaires avec soin et leur donner des instructions en conséquence.

En matière d'opérations portant sur des *insurance wrappers* (manteaux d'assurance), les banques, négociants en valeurs mobilières et gérants de fortune sont tenus d'aménager leurs relations d'affaires avec les opérateurs concernés de telle sorte que rien ne fasse obstacle au respect des exigences formulées dans la Communication FINMA 9 (2010). La FINMA précisera les obligations des intermédiaires financiers dans une nouvelle Communication qui prendra le relais de la Communication FINMA 9 (2010). Dans tous les cas et indépendamment de ce fait, les entreprises d'assurance restent responsables, au regard du droit de la surveillance, du respect de leurs obligations d'identification découlant du modèle d'affaires incluant des *insurance wrappers*.

Il incombe aux assujettis d'acquérir eux-mêmes ou d'acheter les connaissances techniques par pays ainsi que les autres compétences nécessaires. La FINMA salue le transfert d'informations relatives aux divers pays par l'Association suisse des banquiers et soutient les initiatives sectorielles prises en la matière.

La FINMA doit être immédiatement informée dès que des risques juridiques et de réputation importants résultant des activités financières transfrontières se matérialisent chez un assujetti ou dès que des autorités étrangères prennent contact avec un établissement à ce sujet.

A l'avenir, le comportement des assujettis dans leurs activités financières transfrontières sera examiné davantage dans le cadre de la surveillance courante de la FINMA. Ceci permettra de tenir dûment compte des spécificités des diverses catégories d'assujettis. La FINMA veillera avec les établissements à la mise en œuvre de l'*analyse* et des *mesures* et, dans certains cas, elle effectuera des véri-

fications ciblées. La position exposée dans le présent document aura des répercussions sur la pratique future de la FINMA en matière d'*enforcement*.

Archives

Table des matières

1	Importance des activités financières transfrontières	6
2	Accroissement des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières	7
2.1	Introduction.....	7
2.2	Droit de la surveillance	7
2.3	Droit fiscal et droit pénal.....	9
2.4	Lutte contre le blanchiment d'argent.....	10
2.5	Droit civil, droit international privé et droit de procédure.....	10
2.6	Autres normes de droit économique	12
3	Evaluation des risques juridiques étrangers au regard du droit suisse	12
3.1	Droit de la surveillance	12
3.2	Droit pénal	15
4	Attentes de la FINMA	15
4.1	Introduction.....	15
4.2	Analyses approfondies	16
4.3	Mesures visant à minimiser et à éliminer les risques.....	16
4.4	Acquisition du savoir-faire requis	19
4.5	Information sur d'éventuels problèmes avec des autorités étrangères	19
4.6	Prise en compte de la gestion des risques dans la surveillance courante de la FINMA	19

1 Importance des activités financières transfrontières

La place financière contribue de manière importante à la création de valeur économique en Suisse. Le modèle d'affaires de nombreuses banques de gestion de fortune est fortement axé sur la fourniture de services transfrontières à des clients privés domiciliés à l'étranger. Ces dernières années, les entreprises d'assurance ont aussi développé de plus en plus d'activités comportant des éléments transfrontières. Les difficultés inhérentes à ces modèles d'affaires déploient des effets non seulement au niveau des différents établissements financiers, mais aussi au niveau économique global.

Très récemment, les risques juridiques et de réputation liés aux *activités financières transfrontières* se sont notablement accrus. Ils peuvent prendre des proportions telles qu'ils compromettent l'existence même de certains établissements, voire déstabilisent l'économie. Sont concernés non seulement les banques et les entreprises d'assurance, mais aussi d'autres prestataires de services financiers opérant dans cet environnement.

Dans le présent exposé de sa position, la FINMA entend mettre en lumière dans leurs grandes lignes les risques juridiques et de réputation identifiés dans le cadre de ses analyses et exposer ce qu'elle attend des assujettis en matière de gestion de ces risques.

Approfondissement : objet de la position de la FINMA

La présente position de la FINMA porte sur les risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières, risques qui résultent du fait que les prescriptions de droit étranger applicables à une situation (par ex. la fourniture d'une prestation ou la vente d'un produit) ont été violées ou éludées.

Les destinataires de la présente position de la FINMA sont les banques, entreprises d'assurance et négociants en valeurs mobilières soumis à la surveillance de la FINMA, ainsi que les titulaires d'une autorisation au sens de la loi sur les placements collectifs de capitaux qui sont assujettis à une surveillance prudentielle et exercent des activités financières transfrontières.

La notion d'« activités financières transfrontières » englobe toutes les activités, prestations de services ou offres de produits que des banques, entreprises d'assurance, négociants en valeurs mobilières et assujettis à une surveillance prudentielle au sens de la loi sur les placements collectifs de capitaux fournissent à des *clients domiciliés dans un Etat tiers* (« clients étrangers »). Les opérations avec des clients privés jouent à cet égard un rôle central. Il convient toutefois de noter que les services transfrontières fournis à des clients institutionnels, ou d'autres activités présentant un élément de rattachement avec l'étranger (par ex. les opérations de paiement), peuvent également comporter des risques juridiques et de réputation importants.

Sont réputées « transfrontières » les opérations avec des clients étrangers effectuées tant par des établissements financiers domiciliés en Suisse (opérations *offshore* classiques) que par des filiales, succursales et autres entités, domiciliées à l'étranger, d'un établissement financier suisse.

2 Accroissement des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières

2.1 Introduction

Les risques juridiques et de réputation liés aux activités financières transfrontières se sont notablement accrus ces dernières années. Cela provient moins d'un renforcement des réglementations étrangères que d'une application plus stricte et systématique de ces dernières. Les méthodes d'investigation se sont diversifiées, comme le démontrent par exemple les affaires d'écoutes ou d'achat de fichiers volés. S'agissant des fichiers volés, ils mettent aussi en lumière la difficulté croissante, pour les établissements suisses, de travailler dans un contexte où coexistent les règles de confidentialité applicables en Suisse et des données numérisées et mondialisées à l'extrême. Dans le même temps, les nombreuses dénonciations spontanées de la part de clients à la suite d'amnisties fiscales ont pour effet secondaire que ces clients cherchent à se disculper en divulguant des informations sur leur banque ou leur conseiller. S'y ajoutent des facteurs propres aux établissements et aux groupes résultant notamment de leur organisation (par ex. présences *onshore* concomitantes) et d'autres circonstances (par ex. contrats avec des organes gouvernementaux étrangers).

Les développements ci-après donnent un aperçu des sources potentielles de risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières.

2.2 Droit de la surveillance

Le droit étranger de la surveillance est à l'origine de deux principaux types de risques. Le premier concerne la fourniture transfrontière de *services financiers*, le deuxième l'offre transfrontière de *produits financiers*.

Les *prestations en matière de banque, d'investissement en papiers-valeurs, d'assurance et autres services financiers* constituent souvent, à l'étranger, des activités réglementées. Selon le pays et la nature du service, une prestation peut être soumise à des règles restrictives, voire interdite sauf autorisation des autorités de surveillance locales. Si la réglementation suisse est particulièrement ouverte en la matière, d'autres pays restreignent ou interdisent les activités même les plus courantes. De plus, une même prestation peut être considérée comme autorisée ou non, selon la manière dont le suivi du client est assuré (par ex. visites de clientèle sur place, par le biais d'un représentant sur place, utilisation de moyens de télécommunication, entretiens dans les locaux du prestataire de services suisse).

Exemples : activités réglementées à l'étranger

Prospection et suivi de clientèle par des intermédiaires à l'étranger

Une banque effectue des opérations *offshore* avec des clients dans un pays voisin. Afin de constituer et de suivre sa clientèle, elle travaille avec un réseau important d'intermédiaires externes, installés dans le pays de domicile des clients dont ils ont la charge. Sur la base de pouvoirs donnés à cet effet, ces intermédiaires font aussi office de gérants de fortune, prennent des décisions de placement pour les clients et passent des ordres à la banque. La question se pose de savoir non seulement si ces intermédiaires sont tenus d'obtenir une autorisation sur place, mais aussi si la banque, en raison de son système de distribution axé sur le marché cible concerné, est soumise à autorisation ou agrément de l'autorité de surveillance locale compétente.

Activités bancaires réglementées à l'étranger

- *Socializing* : les rencontres organisées dans le pays de domicile du client dans le seul but d'entretenir le contact et de nouer un lien social sont autorisées dans la plupart des Etats.
- *Cold calls* : les appels téléphoniques non sollicités à de nouveaux clients potentiels sont interdits dans de nombreux Etats (par ex. D, UK).
- Services d'investissement : de nombreuses réglementations interdisent de proposer des dépôts de titres dans le pays de domicile du client ou soumettent cette activité à autorisation ou agrément (par ex. E, F).
- Activités de promotion et de marketing : s'agissant de produits bancaires ou de placement, la publicité qui vise les habitants d'un pays donné est le plus souvent interdite ou soumise à autorisation ou agrément (par ex. BR, USA).

Activités d'assurance réglementées à l'étranger

Dans de nombreux Etats, le droit de la surveillance des assurances prévoit une *obligation d'autorisation* pour ces activités sur le territoire concerné (par ex. D, F, I, UK, USA). Dans de très rares cas seulement, il est possible de proposer ou de fournir des prestations d'assurance sans présence physique et sans licence au-delà des frontières nationales. Dans certains pays, les polices d'assurance souscrites en violation du droit local de la surveillance sont révocables ou nulles pour le preneur d'assurance (par ex. I, F).

De même, les *produits financiers* proposés et distribués sur un marché sont souvent réglementés et, selon le pays concerné et la catégorie de produits, soumis à autorisation ou à enregistrement auprès des autorités de surveillance locales. De nombreuses réglementations étrangères prévoient de surcroît, pour les produits financiers proposés sur leur marché, l'obligation d'établir un prospectus.

Exemple : produits d'assurance réglementés

Si une entreprise d'assurance vend à des investisseurs américains des produits intégrant des fonds, elle doit vérifier si ces fonds sont soumis à enregistrement auprès de la U.S. Securities and Exchange

Commission (SEC). Ces vérifications doivent être effectuées pour chaque fonds séparément, car tous les fonds ne sont pas soumis à autorisation de la SEC. Dans le domaine de l'assurance-vie notamment, il existe une série de produits soumis à autorisation. Outre ces vérifications, l'entreprise d'assurance doit respecter les obligations de déclaration en vigueur. Les prospectus concernant des souscriptions de titres doivent faire figurer clairement les éventuels avertissements et risques pour les clients américains.

Ces prescriptions ont pour effet de restreindre l'accès aux marchés étrangers. En cas d'infraction, elles génèrent d'importants risques juridiques et de réputation pour les établissements concernés et, le cas échéant, pour leurs collaborateurs. Sont particulièrement vulnérables les établissements qui, en parallèle, interviennent *onshore* sur le même marché ou entretiennent d'autres relations financières avec le pays concerné. La violation du droit étranger de la surveillance peut donner lieu à des sanctions administratives ; de même, les activités correspondantes peuvent relever du droit pénal et engager la responsabilité civile de l'établissement concerné (par ex. droit de révocation des transactions).

2.3 Droit fiscal et droit pénal

En droit fiscal et droit pénal, le risque existe qu'un intermédiaire financier ou ses employés se rendent coupables d'une *participation sanctionnée pénalement* (par ex. en tant que complice ou instigateur) à des délits fiscaux commis par des clients étrangers. Les actes de participation punissables sont définis par le droit du pays étranger concerné. Selon l'ordre juridique applicable, un comportement intervenu exclusivement ou principalement en dehors de ce pays, c'est-à-dire par exemple sur le territoire suisse peut aussi être réprimé pénalement. La gamme de services proposée à des clients étrangers, et notamment la politique d'affaires en matière de visites de clientèle, doivent donc être soigneusement évaluées et réglementées. Certains anciens collaborateurs de banques suisses qui effectuaient des opérations transfrontières avec des clients américains, ainsi que des conseillers de clients américains, font l'objet de poursuites aux Etats-Unis, en particulier pour complicité de délits fiscaux.

Exemple : matérialisation de risques fiscaux et pénaux

Diverses autorités américaines enquêtent sur une banque suisse ayant des succursales aux Etats-Unis. Il est reproché à cet établissement d'avoir enfreint dans le cadre d'opérations transfrontières avec des clients privés américains des dispositions du droit boursier et fiscal américain ainsi que des engagements résultant du *Qualified Intermediary Agreement* (QIA). Au fil des investigations des éléments apparaissent qui incitent à penser que certains conseillers à la clientèle ont aidé un nombre relativement restreint de clients américains fortunés à se soustraire aux effets du QIA en matière de déclaration et/ou d'imposition. Il apparaît qu'au moment de la mise en place du régime de QI, ces conseillers ont constitué pour les clients concernés des structures *offshore* permettant de détenir des titres américains et non américains. On relève aussi des indices de manquements au droit boursier américain dans les prestations transfrontalières fournies à des clients américains.

Finalement, le *U.S. Department of Justice* (DoJ) annonce un dépôt de plainte qui menace l'existence même de la banque. Celle-ci conclut alors avec le DoJ et la *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) une transaction onéreuse. L'autorité fiscale américaine ne peut pas être associée complè-

tement à cette transaction : elle vise principalement les clients fraudeurs et engage contre la banque un recours civil en remise de moyens de preuve. Il en résulte un conflit de juridiction entre le droit suisse et le droit américain.

De plus, des activités transfrontières fréquentes et la présence physique répétée de représentants de l'établissement dans certains pays peuvent donner lieu à une obligation fiscale de l'intermédiaire financier lui-même, au titre notamment de l'impôt sur les sociétés. Dans certaines circonstances, la qualification de succursale « fictive » peut aussi avoir pour conséquence que les clients doivent être annoncés en vertu du droit local ou que des prescriptions locales en matière de *reporting* ou d'impôt à la source soient applicables. Ces situations peuvent engendrer des conflits de lois.

2.4 Lutte contre le blanchiment d'argent

Pour les établissements opérant à l'échelon transfrontière, le droit applicable en matière de blanchiment d'argent peut entraîner des risques juridiques et de réputation, par exemple lorsque le droit local en vigueur prévoit une obligation de communiquer à l'autorité compétente locale d'éventuels soupçons de délit fiscal ou autre commis par un client. L'établissement se trouve confronté à un conflit d'objectifs si, ce faisant, il s'incrimine lui-même en raison d'éventuels actes de participation punissables.

2.5 Droit civil, droit international privé et droit de procédure

Des prestataires de services financiers opérant à l'échelon transfrontière peuvent être amenés à devoir répondre de leurs actes en vertu du droit civil étranger. La violation du droit de la surveillance, notamment, peut ainsi entraîner une *responsabilité civile*, dans la mesure où des contrats conclus avec l'établissement peuvent être invalidés par le client ou sont nuls.

Exemples : risques impliquant une responsabilité civile

- Le tribunal de Vaduz (statuant en première instance) a jugé en février 2010 qu'une banque liechtensteinoise était tenue de rembourser à un client allemand la sanction pécuniaire liée à l'octroi du sursis, à laquelle celui-ci avait été condamné par un tribunal allemand. Cette décision était motivée par le fait que la banque avait trop tardé à informer le client du vol de données le concernant, de sorte que celui-ci n'avait pu se dénoncer spontanément en temps utile au fisc allemand. Le tribunal a toutefois jugé que le montant du rappel d'impôt et de l'amende fiscale n'était pas remboursables. Le 8 juillet 2010, le Tribunal de grande instance du Liechtenstein a cassé le jugement en première instance. Il a considéré que la demande en dommages-intérêts n'était pas motivée. La procédure est actuellement en suspens auprès de la Cour suprême du Liechtenstein à Vaduz; un jugement exécutoire sera disponible au plus tôt au début de 2011. En vertu de la jurisprudence suisse également, les rappels d'impôt ou amendes fiscales infligés au condamné à raison de sa faute et représentant à ce titre des peines strictement personnelles, ne constituent pas des diminutions du patrimoine susceptibles de réparation en droit civil. Cette règle ne s'applique pas en cas de manquement intentionnel à des devoirs d'information contractuels (cf. ATF 134 III 59).
- Un client américain effectue par l'intermédiaire de sa banque suisse une opération sur titres contraire aux prescriptions du *U.S. Securities Exchange Act (1934)*. Toute violation des obligations

d'enregistrement imposées aux courtiers et négociants en valeurs mobilières en vertu de cette loi confère au client un droit de révocation. Avec la crise financière, le client subit une forte perte de valeur sur son placement. Il fait usage de son droit de révocation. La banque doit annuler l'opération effectuée et compenser la perte intervenue dans l'intervalle.

- Sur recommandation de son conseiller à la clientèle au sein de la banque suisse Z, le client étranger A, qui est inexpérimenté, investit dans un hedge fund. Cet investissement entraîne pour lui des conséquences fiscales négatives dans son pays d'origine ; de plus, dans le sillage de la crise financière, il subit une perte massive. Lors du procès civil intenté contre la banque, l'avocat fait valoir notamment que ce produit n'était pas adapté au client A à divers égards : d'une part, en raison de ses incidences fiscales, il est sans aucun intérêt pour les clients du pays Y et ne devrait même pas leur être proposé ; d'autre part, il s'agit d'un investissement contraire au profil de risque du client.
- Un client américain condamné à une amende pour soustraction fiscale assigne sa banque suisse, son ancien conseiller à la clientèle et la direction de la banque aux Etats-Unis. Il demande réparation des rappels d'impôt et amendes fiscales en vertu du droit civil. Il reproche aux défenseurs de l'avoir incité à la soustraction fiscale.

Par ailleurs, les prestataires de services financiers opérant à l'échelon transfrontière peuvent se heurter à des obstacles tenant au droit international privé ou au droit de procédure en raison de la protection des consommateurs ou des investisseurs. Tel est le cas par exemple lorsqu'un tribunal étranger, dans un litige opposant le client et l'intermédiaire financier, refuse d'appliquer les clauses des conditions générales régissant le for et le droit applicable au profit de la *lex fori*. De même, toute prorogation d'un for étranger ou toute acceptation tacite d'un for étranger (par ex. aux Etats-Unis), opérées de manière irréfléchie, peuvent placer dans une situation défavorable en cas de procès ultérieur.

Approfondissement : demandes au domicile de clients étrangers et application de la *lex fori*

La Convention révisée de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Elle détermine la compétence internationale des tribunaux de ses Etats signataires. Elle permet en outre aux jugements rendus dans un Etat signataire d'être reconnus et exécutés dans les autres Etats. La nouveauté la plus importante est l'extension du champ d'application territorial de la Convention aux nouveaux Etats membres de l'UE. La Convention révisée modifie également les règles de compétence relatives aux contrats conclus entre des établissements financiers et des clients d'Etats signataires : désormais, le client peut ouvrir action à son domicile dès lors que l'établissement financier défendeur a « dirigé » ses activités vers l'Etat du domicile du client et que cet Etat est lié par la Convention de Lugano. Il appartiendra à la jurisprudence de préciser ce qu'il convient d'entendre par « diriger ».

Depuis le 17 décembre 2009, les obligations contractuelles en matière civile et commerciale sont régies dans les Etats de l'UE par le règlement Rome I (règlement [CE] n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008), lequel remplace les textes de DIP édictés par les Etats membres. Ce règlement détermine le droit applicable aux obligations contractuelles, qui est laissé globalement au choix des parties. S'agissant notamment des contrats de consommation et d'assurance, cette au-

tonomie des parties est limitée par les prescriptions visant à protéger la « partie faible ». Si les prestations de l'intermédiaire financier sont « exercées » dans l'Etat de domicile du client, des normes protectrices impératives peuvent prévaloir sur le choix effectué.

Pour tous les Etats signataires de la Convention révisée de Lugano, il en résulte que les demandes au domicile du client devraient se multiplier à l'avenir, le droit impératif de son Etat de domicile étant applicable.

Par ailleurs, en vertu de l'art. 19 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP ; RS 291), il n'est pas exclu que même un juge suisse soit amené à appliquer des normes étrangères impératives plutôt que les règles suisses.

2.6 Autres normes de droit économique

L'ordre juridique de certains Etats revendique une application sur le plan mondial, par exemple lorsqu'il s'agit de nationaux de l'Etat concerné ou de sa monnaie. Les opérations en USD effectuées par des établissements financiers pour des personnes ou des autorités originaires d'Etats tiers soumis à des sanctions peuvent ainsi faire l'objet de restrictions ou d'interdictions. Si ces prescriptions, sont appliquées directement ou indirectement en cas d'infractions envers des établissements étrangers ou des collaborateurs de ces derniers, des risques juridiques et de réputation considérables peuvent en résulter. Il convient donc d'accorder à ce type d'approches universelles et à ces concepts toute l'attention requise.

Exemple : trafic des paiements en USD des banques suisses

Une banque suisse ayant des succursales aux Etats-Unis effectue des paiements en USD pour des pays et personnes soumis à des sanctions américaines ; afin de mettre un terme à des investigations menées à son encontre, elle doit conclure une transaction onéreuse avec les autorités américaines.

3 Evaluation des risques juridiques étrangers au regard du droit suisse

3.1 Droit de la surveillance

La loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA ; RS 956.1) ne prévoit ni directement ni explicitement une obligation pour les assujettis de respecter le droit étranger. En revanche, la loi sur la surveillance des assurances prévoit qu'avant d'accorder l'agrément permettant d'accéder à l'activité d'assurance, la FINMA s'assure que l'auteur de la demande, dès lors qu'il entend exercer son activité à l'étranger, respecte le droit de la surveillance étranger sur ses marchés cibles étrangers (cf. art. 4 al. 2 let. c et art. 5 al. 2 de la loi sur la surveillance des assurances, LSA ; RS 961.01). A cet effet, il doit fournir des agréments délivrés par les autorités de surveillance étrangères compétentes ou des déclarations dites

de non-objection. Les modifications ultérieures du plan d'exploitation concernant l'activité à l'étranger doivent également être soumises à la FINMA.

Même si les autres lois sur la surveillance n'intègrent pas de normes conçues sur le modèle de la LSA, des infractions aux prescriptions étrangères peuvent être sanctionnées par le droit suisse à certaines conditions. En particulier, la violation du droit étranger peut enfreindre certaines dispositions de surveillance suisses sujettes à interprétation, comme l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable. Mais surtout, les règles prudentielles en matière d'organisation interne exigent que tous les risques, y compris les risques juridiques et de réputation, soient dûment déterminés, limités et contrôlés et qu'un système de contrôle interne efficace soit mis en place. Les groupes et conglomérats financiers sont soumis à des exigences similaires.

Approfondissement : prescriptions concernant les banques, les négociants en valeurs mobilières et les placements collectifs de capitaux

Parmi les conditions d'autorisation qu'une banque doit satisfaire en tout temps, se trouve l'obligation pour l'établissement de disposer d'une organisation correspondant à son activité et de présenter toutes garanties d'une activité irréprochable (cf. art. 3 al. 2 let. a et c de la loi sur les banques, LB ; RS 952.0). L'établissement doit fixer, dans un règlement ou dans des directives internes, les principes de gestion des risques ainsi que les compétences et la procédure en matière d'octroi de l'autorisation d'effectuer des opérations à risques. Elle doit notamment déterminer, limiter et contrôler les risques de crédit ainsi que les risques opérationnels et juridiques (cf. art. 9 al. 2 de l'ordonnance sur les banques, OB ; RS 952.02). De surcroît, tout établissement doit veiller à ce qu'il existe un système de contrôle interne efficace (cf. art. 9 al. 4 OB).

Dans le cadre de la surveillance consolidée, la FINMA vérifie également si le groupe ou conglomérat financier présente toutes garanties d'une activité irréprochable et est organisé de manière à pouvoir déterminer, limiter et contrôler les risques principaux (cf. art. 3f LB et art. 14a OB).

Dans ses circulaires 08/24 « Surveillance et contrôle interne – banques » et 08/21 « Risques opérationnels – banques », la FINMA a fixé des principes de gestion des risques pour les banques, les négociants en valeurs mobilières, les groupes financiers et les conglomérats financiers.

Des règles pratiquement identiques s'appliquent aux négociants en valeurs mobilières (cf. art. 10 al. 2 let. a et d et art. 5 de la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, LBVM, RS 954.1 ; art. 19 al. 3 et art. 20 al. 1 de l'ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, OBVM, RS 954.11). S'agissant enfin des placements collectifs de capitaux, la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC ; RS 951.31) et l'ordonnance sur les placements collectifs de capitaux (OPCC ; RS 951.311) contiennent des dispositions sur la garantie d'une activité irréprochable ainsi que sur l'organisation et la gestion des risques (cf. art. 14 al. 1 let. a et c LPCC, art. 10 al. 2 et art. 12 al. 3 OPCC).

Approfondissement : prescriptions concernant les assurances

Comme indiqué plus haut, l'activité des entreprises d'assurance à l'étranger fait l'objet de vérifications dans le cadre de la procédure d'agrément, dans la mesure où doit être remis à la FINMA le plan d'exploitation accompagné du/des agrément(s) délivré(s) par l'autorité, les autorités de surveillance étrangère(s) compétente(s) ou d'une attestation équivalente (cf. art. 4 al. 2 let. c LSA). Les modifications ultérieures du plan d'exploitation doivent être soumises à la FINMA (cf. art. 5 LSA).

En matière de gestion des risques, l'art. 22 LSA prévoit que l'entreprise d'assurance doit être organisée de manière à pouvoir, notamment, recenser, limiter et contrôler tous les risques principaux. En outre, toute entreprise d'assurance doit disposer d'un système interne de contrôle efficace (cf. art. 27 al. 1 LSA). Ces exigences sont précisées dans l'ordonnance sur la surveillance (cf. art. 96 ss OS ; RS 961.011) et s'appliquent aussi aux groupes et conglomérats d'assurance soumis à la surveillance de la FINMA (cf. art. 67 et 75 LSA combiné aux art. 14 et 22 LSA).

La Circulaire FINMA 2008/32 « Gouvernance d'entreprise – assureurs », également applicable aux groupes et conglomérats soumis à la surveillance suisse des assurances, fixe notamment au chapitre IV les principes de gestion des risques et de contrôle interne.

Ces règles s'appliquent aussi aux activités transfrontières des assujettis. Par le passé, la FINMA et les autorités qui l'ont précédée ont conduit des procédures à l'encontre d'établissements assujettis et ont sanctionné la mauvaise gestion de risques découlant du droit étranger.

Exemple : extrait d'une décision de la FINMA à l'encontre d'une banque fautive, 2010

La FINMA a rendu en 2010 une décision à l'encontre de la filiale suisse d'une banque étrangère qui opérait à partir de la Suisse sur des marchés voisins. En particulier, dans un nombre important de cas, cet établissement avait établi des attestations mensongères de transactions en espèces. Alors que chaque transaction avait été opérée au domicile du client étranger, elle avait été comptabilisée comme si le client l'avait effectuée lui-même dans les locaux de l'établissement. A cet effet, on avait eu recours à des pièces justificatives en blanc signées à l'avance. La FINMA a constaté que la banque n'était notamment pas consciente des risques fiscaux et pénaux encourus sur les marchés cibles et que le droit en vigueur à cet égard n'avait jamais été vérifié. Cette situation faisait accroire que l'établissement n'avait pas fait preuve de toute la vigilance requise en matière de risques. Au vu de ce constat et d'autres éléments, la FINMA a prononcé un blâme et des mesures de contrainte. Les considérants pertinents pour les activités transfrontières sont les suivants:

[...] Les règles de la loi sur les banques concernant l'exigence d'une gestion des risques adéquate et d'une organisation adaptée ainsi que la garantie d'une activité irréprochable imposent aux assujettis qui fournissent des prestations transfrontières de vérifier régulièrement le droit étranger applicable et de déterminer, limiter et contrôler les risques y afférents. Ces risques doivent être minimisés par des mesures appropriées. Comptent parmi ces mesures, notamment, des directives concernant les activités autorisées dans les pays cibles. Le personnel doit être formé en conséquence. Les modèles de rémunération doivent être structurés de manière à encourager, et non pénaliser, une bonne compliance (Circulaire FINMA 10/1 « Systèmes de rémunération », Cm 36). Le respect de ces directives

doit faire l'objet de contrôles judiciaires. Au besoin, il convient d'adapter le modèle d'affaires et de renoncer à exercer l'activité sur certains marchés. [...]

3.2 Droit pénal

Selon le droit suisse en vigueur, les actes de participation des établissements financiers suisses et de leurs collaborateurs à des délits fiscaux commis par des clients envers le fisc étranger ne sont pas punissables en Suisse. Dès lors, quiconque aide en Suisse à gérer des actifs liés à un délit fiscal ou y gère des actifs dont les produits ne sont pas déclarés, demeure en principe non punissable en Suisse. Le Tribunal fédéral a toutefois déjà laissé entendre que ce principe n'était pas absolument intangible. Il convient en outre de le relativiser dans la mesure où, y compris en Suisse, des personnes peuvent être punissables si elles se rendent coupables de faux dans les titres.

Cette règle est fondée sur la prémisse que les délits fiscaux concernés constituent des crimes ou des délits à l'encontre d'Etats étrangers et que la Suisse ne va pas jusqu'à aider ces Etats étrangers à recouvrer leurs créances fiscales en mettant en œuvre le *droit pénal* suisse. Il existe à cet effet les voies de l'assistance judiciaire et administrative. Depuis que l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE a été intégré dans les accords de double imposition, la Suisse apporte son assistance administrative aussi en cas de soustraction fiscale. La procédure est désormais régie par l'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2010.

4 Attentes de la FINMA

4.1 Introduction

La FINMA considère qu'au vu des évolutions de ces dernières années, il est indispensable que les assujettis soumettent leurs activités financières transfrontières en cours à une *analyse* approfondie du cadre juridique et des risques y afférents. Dans un deuxième temps, il convient qu'ils prennent des mesures appropriées pour minimiser ou éliminer ces risques. En tant qu'autorité de surveillance, la FINMA s'attend à ce que le droit étranger de la surveillance, en particulier, soit respecté, et qu'un modèle de prestations conforme soit défini pour chaque marché cible.

Les développements ci-après précisent les attentes de la FINMA en ce qui concerne les activités financières transfrontières au cœur de la présente position de la FINMA. A l'avenir, les exigences de la FINMA seront davantage examinées avec les établissements dans le cadre de la surveillance courante. Ceci permettra de faire en sorte qu'il soit dûment tenu compte des spécificités des diverses catégories d'assujettis.

4.2 Analyses approfondies

La FINMA attend des intermédiaires financiers concernés qu'ils soumettent à une analyse approfondie, tant au niveau des établissements individuels qu'au niveau du groupe, les risques juridiques et de réputation inhérents à leurs activités transfrontières. La connaissance par les assujettis de tous leurs marchés cibles ainsi que des normes juridiques étrangères qui leur sont applicables fait partie du processus d'analyse. Il convient également de vérifier la conformité (*compliance*) des activités exercées et de déterminer, limiter et contrôler les risques y afférents.

L'analyse doit être centrée sur les *activités financières transfrontières*. Son objet ne se limite toutefois pas aux risques résultant directement pour l'intermédiaire financier de ses activités transfrontières de gestion de fortune ou d'assurance. Il porte aussi sur les risques susceptibles de découler d'autres domaines d'activité, comme par exemple le trafic des paiements transfrontières. De plus, il faut prendre en compte les risques encourus par un groupe ou conglomérat financier du fait des activités financières transfrontières de ses sociétés domiciliées à l'étranger. Tous les types de risques mentionnés au chapitre 2 doivent être analysés, car seule une approche exhaustive est de nature à minimiser ou à éliminer ces risques.

La structure organisationnelle de l'établissement et du groupe ainsi que les autres éléments qui lui sont propres doivent être intégrés dans l'évaluation. Les risques juridiques et de réputation peuvent se trouver accrus par le fait, notamment, qu'un intermédiaire financier ou un groupe dispose de présences *onshore* autorisées dans un pays avec lequel il exerce parallèlement des activités transfrontières, est coté à une bourse de ce pays ou a une grande partie de ses actifs dans ce pays. L'importance systémique, la structure des investisseurs principaux, la conclusion de contrats avec des organes gouvernementaux (par ex. *QI-Agreement* ou, par la suite, *FFI-Agreement*), le trafic des paiements, certaines relations de banque correspondante, ou encore la politique mise en œuvre en matière de personnel et de rémunérations peuvent par ailleurs donner lieu à des risques spécifiques. Tous ces facteurs peuvent soumettre un établissement ou un groupe à des contraintes supplémentaires.

4.3 Mesures visant à minimiser et à éliminer les risques

A l'issue de l'analyse de la situation et de l'évaluation des risques, il convient de prendre les mesures appropriées pour minimiser ou éliminer ces risques

Ces mesures peuvent entraîner une réorientation stratégique. Dans certains cas, un état des lieux rigoureux conduit à renoncer purement et simplement à opérer sur un marché cible donné ou à fournir des services à une certaine catégorie de clientèle seulement, puis à adapter le modèle d'affaires. C'est ainsi que de nombreux établissements suisses, au vu des risques encourus, se sont résolus à ne plus servir certaines catégories de clients américains ou à ne plus proposer certaines prestations.

Figurent notamment parmi les mesures opérationnelles des instructions concernant les activités autorisées ou non autorisées dans les pays cibles. Le personnel doit être formé en conséquence. Le respect des instructions doit être contrôlé et un régime de sanctions clair et efficace mis en place pour

punir les infractions. Conformément au Cm 36 de la Circulaire FINMA 10/01 « Systèmes de rémunération », les modèles de rémunération doivent être conçus de manière à favoriser, et non à sanctionner, une bonne *compliance*. Il convient par ailleurs d'examiner l'opportunité d'adaptations organisationnelles, comme par exemple la centralisation des clients par pays au sein de *desks* spécifiques. Le cas échéant, on se procurera des licences *cross-border* ou *onshore* ou l'on procédera aux démarches requises auprès des autorités étrangères.

Selon la FINMA, l'externalisation du suivi de relations de clientèle à des gérants de fortune indépendants ne constitue pas une mesure efficace de minimisation ou d'élimination des risques. Il est attendu des assujettis visés ici qu'ils prennent aussi en compte les risques potentiels générés par les gérants de fortune, intermédiaires et autres prestataires de services indépendants. Dès lors, il leur appartient de sélectionner ces partenaires avec soin et de leur donner des instructions en conséquence.

Approfondissement : mesures d'identification de l'ayant droit économique dans le cas d'*insurance wrappers*

En vertu du Cm 34 de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), les intermédiaires financiers dont le domicile ou le siège est en Suisse n'ont à fournir aucune déclaration relative aux ayants droit économiques sur leurs comptes et dépôts ouverts auprès de banques suisses. La même règle vaut pour les intermédiaires financiers dont le domicile ou le siège se situe à l'étranger et qui sont assujettis à une surveillance et une réglementation équivalents en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ainsi, aux termes de la CDB, une banque suisse n'était jusqu'ici pas tenue d'identifier l'ayant droit économique sur un dépôt de titres libellé au nom d'une entreprise d'assurance. Se caractérisant par un patrimoine lié géré individuellement par client, le modèle de produit « *insurance wrapper* » ne diffère cependant guère – selon la forme qu'il prend et sous l'angle du risque de blanchiment d'argent – de la gestion de fortune traditionnelle, telle que la pratiquent une banque ou un gestionnaire de fortune indépendant. La question centrale à cet égard est de savoir qui paie la prime de l'assurance-vie en tant qu'ayant droit économique. La FINMA a par conséquent exigé dans sa Communication 9 (2010) que les banques, négociants en valeurs mobilières ou gérants de fortune établissent, dans certains cas d'*insurance wrappers*, identifient l'ayant droit économique, ou alors reprennent – pour compléter le dossier du compte ouvert au titre de l'assurance-vie – d'éventuels documents d'identification qui se trouvent déjà auprès de la banque dans le cadre d'une relation contractuelle préexistante avec l'ayant droit économique.

Les banques, négociants en valeurs mobilières et gérants de fortune sont désormais tenus de définir leurs relations d'affaires avec les prestataires proposant ce type de produits de telle sorte qu'ils puissent satisfaire aux exigences formulées dans la Communication FINMA relative au traitement des *insurance wrappers*. La FINMA précisera les obligations des intermédiaires financiers concernés dans une nouvelle Communication FINMA, qui prendra le relais de la Communication FINMA 9 (2010). Un ancrage ultérieur dans la CDB des règles précisées par la FINMA à ce sujet est envisageable.

Dans tous les cas, au regard du droit de la surveillance, les entreprises d'assurance restent responsables du respect de leurs obligations d'identification concernant le modèle d'affaires avec *insurance wrappers*, même si la proposition d'assurance a été reçue par un autre intermédiaire financier. Elles

doivent identifier en bonne et due forme les clients ainsi que, le cas échéant, les ayants droit économiques, et satisfaire aux autres obligations afférentes à la relation d'affaires.

Approfondissement : réformes fiscales américaines

Le *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2013. En vertu de ce texte, les agents payeurs américains doivent prélever une retenue fiscale de 30 % sur les paiements de source américaine en faveur d'un établissement financier étranger. Peu importe à cet égard que le destinataire du paiement soit l'établissement financier lui-même, une *U.S. person* ou un *non-resident-alien*. On entend notamment par « paiements de source américaine » les dividendes, intérêts, loyers, salaires, mais aussi les produits bruts de la vente de titres américains ou de participations américaines, qui seront également imposés à 30 %. Pour éviter cet impôt, les établissements financiers non américains peuvent conclure un contrat avec l'*Internal Revenue Service (IRS)*, l'autorité fiscale américaine. Dans ce contrat, ils s'engagent en particulier à vérifier le statut de *U.S. person* de tous les clients. Le FATCA conserve une définition large de la notion de *U.S. person* : outre les citoyens américains, les détenteurs d'une *Green Card* et les personnes pouvant justifier d'une présence substantielle sur le territoire américain, sont concernées aussi les personnes morales, notamment les sociétés sans activité opérationnelle dans lesquelles une ou plusieurs *U.S. persons* détiennent une participation supérieure à un certain seuil. Les détails réglementaires du *U.S. Department of Treasury* et de l'IRS sont encore en suspens ; le 27 août 2010, l'IRS a publié de premières lignes directrices qui ont été mises en consultation.

L'application de ces prescriptions n'aura pas pour seule conséquence d'entraîner un énorme surcroît de travail pour les établissements financiers concernés, elle devrait aussi accroître encore leurs risques juridiques et de réputation ainsi que leurs risques opérationnels. Les assujettis sont invités à vérifier en temps utile si leur activité relève du FATCA et à examiner les options possibles. Cette question doit être intégrée dans l'analyse approfondie évoquée ci-dessus ainsi que dans d'éventuels trains de mesures.

Les Etats-Unis ont instauré depuis longtemps un *impôt sur les successions et les donations*. Celui-ci aurait dû être abrogé il y a une bonne dizaine d'années. Mais grâce à une nouvelle loi, le Président de l'époque a réussi à faire passer une prorogation de dix ans. En raison de la limitation dans le temps, il n'y a pas d'obligation fiscale sur les parts héréditaires et les donations en 2010. Il faut toutefois s'attendre à un « *re-instatement* » par le Congrès américain au 1^{er} janvier 2011. Dans le même temps, des travaux sont en cours afin d'organiser plus efficacement l'impôt. En vertu du texte intitulé *Certain Estate Tax Relief of 2009* (« *US Estate Tax* »), l'exécuteur testamentaire américain d'une *U.S. person* décédée est tenu de renseigner l'IRS sur le patrimoine du défunt dans un délai de neuf mois. A cet égard, il convient de noter que l'impôt américain sur les successions est dû non seulement au décès de *U.S. persons* mais aussi, dans certains cas, au décès de non-*U.S. persons* qui détiennent en dépôt des titres américains d'une valeur supérieure à 60 000 USD. L'élément de rattachement est dans cette hypothèse le fait qu'il s'agit de titres américains et que ceux-ci sont considérés comme des actifs situés aux Etats-Unis (« *U.S. situs assets* ») et imposés. Il en résulte par exemple que les héritiers d'un citoyen suisse domicilié et décédé en Suisse peuvent se trouver assujettis à l'impôt américain si le

dépôt contient des titres américains d'une valeur supérieure à 60 000 USD. De nombreux investisseurs et héritiers ignorent sans doute cette conséquence fiscale. Les assujettis sont invités à déterminer les risques y afférents et à prendre des mesures appropriées. De même, selon la FINMA, il est opportun que les intermédiaires financiers informent les héritiers de clients décédés ayant investi dans des « *U.S. situs assets* » sur leurs éventuelles obligations fiscales et de déclaration. Une information générale à destination des clients détenant des titres américains est à envisager. Enfin, rappelons que la Convention de 1951 concernant la masse successorale et les parts héréditaires, ainsi que l'accord de double imposition en vigueur entre la Suisse et les Etats-Unis, devraient être renégociés en 2011 : ceci pourrait modifier et éventuellement simplifier la situation juridique.

Approfondissement : gestion du droit suisse et étranger en matière de sanctions

Les intermédiaires financiers suisses sont confrontés de manière croissante à des exigences plus ou moins strictes imposées par le droit suisse et étranger en matière de sanctions. Ceci concerne notamment le récent durcissement des mesures à l'encontre de l'Iran, qui émanent des Etats-Unis, de l'Union européenne et des Nations unies (ONU) ; la Suisse se conforme à cet égard aux normes fixées par l'ONU.

Dans sa Communication 15 (2010) intitulée *Risques liés aux relations commerciales avec l'Iran*, la FINMA précise ses attentes en la matière, qui reposent sur le droit des marchés financiers.

4.4 Acquisition du savoir-faire requis

Définir un modèle de prestations conforme pour chaque marché cible se révèle un défi de taille. Il incombe aux assujettis d'acquérir eux-mêmes ou d'acheter les connaissances techniques par pays ainsi que les autres compétences nécessaires. La FINMA salue le transfert d'informations relatives aux divers pays par l'Association suisse des banquiers et soutient les initiatives sectorielles prises en la matière.

4.5 Information sur d'éventuels problèmes avec des autorités étrangères

La FINMA doit être immédiatement informée dès que des risques juridiques et de réputation importants résultant des activités financières transfrontières se matérialisent chez un assujetti ou dès que des autorités étrangères prennent contact à ce sujet avec un assujetti (cf. art. 29 al. 2 LFINMA).

4.6 Prise en compte de la gestion des risques dans la surveillance courante de la FINMA

A l'avenir, le comportement des assujettis dans leurs activités financières transfrontières sera examiné davantage dans le cadre de la surveillance courante. Ceci permettra de tenir dûment compte des spécificités des diverses catégories d'assujettis. La FINMA veillera avec les établissements à la mise en

œuvre de l'*analyse* et des *mesures* et, dans certains cas, effectuera des vérifications ciblées. La position exposée dans le présent document aura des répercussions sur la pratique future de la FINMA en matière d'*enforcement*.

Archives