

## Point de Presse, 22 octobre 2010, Genève

Dr Urs Zulauf  
General Counsel  
Membre de la direction

# Risques juridiques (accrus) dans le cadre des activités financières transfrontières

Mesdames, Messieurs,

Lors de notre conférence de presse de mars 2010, nous avons évoqué les risques qui pèsent depuis des années sur les activités transfrontières des établissements financiers suisses, notamment lorsque celles-ci concernent des clients privés étrangers. Depuis lors, en tant qu'instance de régulation, la FINMA s'est penchée de près sur cette question et a examiné diverses possibilités d'intervention. Dans un document publié aujourd'hui, elle expose sa position à cet égard et formule ses attentes envers les assujettis opérant dans ce domaine.

### Les activités transfrontières sont un pilier important pour la place financière.

Sous bien des aspects, le secteur financier revêt une importance cruciale pour la place financière suisse, et les activités *offshore* en sont un pilier majeur. En particulier, 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 ; avec une part de marché dans l'*offshore private banking* d'environ 27 % en 2007, la Suisse compte parmi les principales places financières en termes d'activités transfrontières. Mais ces dernières années, les entreprises d'assurance ont elles aussi développé de plus en plus des activités comportant des éléments transfrontières. En 2007, près de 70 % du volume des primes encaissées provenaient de l'étranger, ce qui est symptomatique d'une forte internationalisation.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Département fédéral des affaires étrangères, Secrétariat général, « Présence Suisse » ([www.swissworld.org](http://www.swissworld.org))

## **Les établissements financiers sont confrontés à de nouveaux défis et à de nouveaux risques.**

De ces interactions avec l'étranger, ainsi que de la mondialisation croissante, résultent de nouveaux défis et de nouveaux risques. Si les activités transfrontières se sont accrues, les risques juridiques et de réputation y afférents ont fait de même. Ils surgissent lorsque les prescriptions de droit étranger applicables aux produits et services transfrontières sont enfreintes ou détournées, sciemment ou non. Le plus souvent, ces règles étrangères n'ont pas été renforcées, mais elles sont mises en œuvre plus strictement. Les méthodes d'investigation se sont également diversifiées, comme le montrent par exemple les affaires d'écoutes ou d'achat de fichiers volés par des autorités. Dans le même temps, les nombreuses procédures fiscales déclenchées par des dénonciations spontanées ont pour effet secondaire que des clients dans l'embarras cherchent à se disculper en divulguant des informations sur leur banque ou sur leur conseiller. S'y ajoutent des facteurs spécifiques aux établissements et aux groupes résultant, par exemple, de leur structure organisationnelle ou de leur importance systémique. Ces facteurs contribuent également à accroître les risques.

Comme l'ont montré des exemples récents, ces risques peuvent prendre des proportions telles qu'ils compromettent l'existence même des établissements concernés, 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. La position exposée par la FINMA s'adresse donc à tous les opérateurs soumis à une surveillance prudentielle et qui exercent leurs activités à l'échelon international.

## **Où résident les risques juridiques et de réputation ?**

Les risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières ont de multiples sources. Ils résultent fréquemment du droit de la surveillance étranger, où l'on peut distinguer selon nous deux types de risque majeurs : le premier concerne la fourniture transfrontière de services financiers, le deuxième l'offre transfrontière de produits financiers. Toutes deux sont liées aux conditions restrictives imposées par de nombreux ordres juridiques, comme la nécessité d'une présence physique ou l'obligation d'enregistrement. Si la réglementation suisse est particulièrement ouverte en la matière, d'autres pays restreignent ou interdisent les activités même les plus courantes, notamment les appels téléphoniques ou les activités de promotion et de marketing. A cet égard, le fait que le conseiller à la clientèle rencontre le client à son domicile, communique avec lui par téléphone ou par courrier électronique, ou encore le reçoive en Suisse peut également jouer un rôle. Des manquements au droit de la surveillance étranger peuvent entraîner des sanctions administratives infligées par des autorités étrangères. Ils peuvent aussi être sanctionnés par le droit pénal. Ils peuvent enfin engager la responsabilité civile de l'établissement, dans la mesure où par exemple le client peut révoquer des contrats conclus avec ledit établissement.

Le droit fiscal et le droit pénal sont à nos yeux deux autres domaines extrêmement importants eu égard aux risques y afférents. L'un de ces risques, en particulier, est que des intermédiaires financiers ou leurs employés se rendent coupables d'une participation sanctionnée pénalement à des délits fiscaux commis par leurs clients étrangers. 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.

## Manteaux d'assurance

S'agissant des risques juridiques et de réputation immanents, citons l'exemple des manteaux d'assurance ou *insurance wrappers*, qui se sont fortement développés ces dernières années. Ils sont distribués le plus souvent non pas à partir de la Suisse, mais par le biais de filiales d'entreprises d'assurance suisses disposant d'une licence dans des pays étrangers, notamment l'Irlande, le Liechtenstein et le Luxembourg. La plupart des produits sont conçus en fonction des prescriptions de droit civil, fiscal et de la surveillance applicables dans le pays de domicile du client concerné, de sorte qu'ils donnent lieu à des privilèges fiscaux légaux. Mais la conformité fiscale des dépôts intégrés dans un manteau d'assurance, et versés sous forme de prime n'est pas garantie pour autant.

Parallèlement, il existe aussi des produits qui ne répondent pas aux exigences applicables en matière d'assurance-vie dans le pays de domicile du client, et qui ne bénéficient donc pas d'un privilège fiscal. Certes, de telles assurances peuvent répondre à des besoins légitimes et avérés, mais, surtout dans des périodes sensibles comme les amnisties fiscales, leur commercialisation peut se révéler particulièrement délicate. Il convient alors de prendre des mesures préventives rigoureuses et, notamment, d'examiner les risques pénaux inhérents aux actes de participation à des délits fiscaux du client.

En vertu des règles de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), si un dépôt est intégré dans un manteau d'assurance, l'assurance remplace le propriétaire antérieur du dépôt en tant qu'*ayant droit économique*, même si c'est le propriétaire antérieur qui paie effectivement les primes. Dans certaines circonstances, la FINMA considère que cette manière de faire est abusive. Elle demande donc que dans de tels cas, les banques continuent d'identifier comme l'ayant droit économique la personne qui paie effectivement les primes (Communications FINMA 9/2010).

## Les réformes fiscales américaines accroissent encore les risques par rapport aux Etats-Unis.

Il est probable que le *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* accroîtra encore les risques juridiques et de réputation inhérents aux relations d'affaires avec les Etats-Unis. Cette loi a d'ores et déjà été adoptée et devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. L'objectif du FATCA est d'arriver à une transparence maximale dans les relations *offshore* de contribuables américains. Ses dispositions s'adressent prioritairement aux établissements américains. En pratique toutefois, elles ont pour conséquence d'introduire, par le biais d'une loi nationale, la transmission unilatérale et automatique au fisc américain d'informations sur des contribuables américains, et ce à l'échelle mondiale.

Le concept du FATCA prévoit que les agents payeurs américains prélèvent une retenue fiscale de 30 % sur les paiements de source américaine en faveur d'établissements financiers étrangers. 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*. Sont imposables notamment les dividendes, intérêts et loyers, mais aussi les produits bruts de la vente de titres américains ou de participations américaines. L'imposition des produits de cession, en particulier, est de fait prohibitive. Pour éviter cet impôt, les établissements financiers non américains peuvent conclure un contrat, le *FFI-Agreement*, avec l'autorité fiscale américaine (IRS). Dans ce contrat, ils s'engagent à vérifier le statut de *U.S. person* de tous les clients et à en rendre compte une fois par an à l'IRS.

L'application du FATCA entraînera un énorme surcroît de travail pour les établissements financiers concernés, pour deux raisons : d'une part, le niveau de complexité est très élevé et, d'autre part, il faudra collecter des informations dont les établissements ne disposent pas actuellement. Les exigences accrues résultant du FATCA devraient conduire à une nouvelle norme KYC/AML.

Toutefois, ce sont surtout les risques opérationnels des établissements, et au premier chef leurs risques juridiques et de réputation, qui préoccupent la FINMA. Ils devraient, en effet, s'accroître une nouvelle fois sensiblement à l'égard des Etats-Unis. Pour l'heure, on ignore encore quelles seront les dispositions de détail édictées par le Trésor américain et l'IRS et comment elles évolueront. On ignore de même avec quelle rigueur les autorités américaines appliqueront ces prescriptions à l'égard d'établissements financiers étrangers. Mais l'affaire UBS a montré très crûment quels peuvent être les risques d'une non-conformité avec les clauses du *QI-Agreement*. En tant qu'autorité de régulation, nous sommes inquiets de ces évolutions et de ces incertitudes.

### **Le droit de la surveillance suisse régit indirectement les infractions aux prescriptions étrangères.**

La loi sur la surveillance des marchés financiers ne formule pas directement ni explicitement une obligation pour les assujettis de respecter le droit étranger. La FINMA n'a pas expressément mandat d'appliquer le droit étranger. Toutefois, aux termes de la loi sur la surveillance des assurances, les entreprises d'assurance souhaitant exercer à l'étranger doivent fournir à la FINMA des agréments délivrés par les autorités de surveillance étrangères compétentes ou des déclarations 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 ne prévoient pas de normes équivalentes, des infractions aux prescriptions étrangères peuvent être sanctionnées par le droit de la surveillance suisse. La violation de dispositions étrangères peut ainsi constituer un manquement à l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable. Mais surtout, les prescriptions prudentielles en matière d'organisation interne exigent que tous les risques, y compris les risques juridiques et de réputation, soient déterminés de manière appropriée, limités et contrôlés. Dans le même temps, en vertu de la réglementation, un système de contrôle interne efficace doit être mis en place. Les groupes et conglomérats financiers sont eux aussi 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 bien entendu aussi aux activités transfrontières des assujettis.

### **La FINMA attend des assujettis des mesures de minimisation des risques.**

La FINMA considère qu'au vu des récentes évolutions, il est indispensable que les assujettis soumettent leurs activités financières transfrontières à une analyse approfondie du cadre juridique et des risques y afférents.

L'**analyse** doit être centrée sur les activités financières transfrontières. Elle doit porter au premier chef sur les risques résultant directement, pour l'intermédiaire financier, de ses activités transfrontières de gestion de fortune ou d'assurance. Mais les risques résultant d'autres domaines d'activité, comme le trafic des paiements transfrontière, sont aussi concernés, et l'analyse doit intégrer la perspective consolidée. Dès lors, 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. Il est important que les types de risques évoqués précédemment (droit de la surveillance, droit pénal et fiscal, etc.) soient analysés car, d'après notre expérience, seule une approche exhaustive est de nature à minimiser ou à éliminer ces risques.

Le processus d'analyse doit aussi porter sur la connaissance, par les assujettis, de leurs marchés cibles ainsi que des prescriptions étrangères qui leur sont applicables. Il convient également de vérifier la conformité (*compliance*) des activités exercées et de déterminer les risques en résultant. La structure organisationnelle de l'établissement et du groupe ainsi que les autres facteurs qui leur 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 a des présences *onshore* autorisées dans un pays avec lequel il exerce parallèlement des activités transfrontières, ou détient une grande partie de ses actifs dans ce pays. L'importance systémique, la conclusion de contrats avec des organes gouvernementaux ou 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, dont il faut tenir compte.

A l'issue de l'analyse, il convient de prendre des **mesures** appropriées pour minimiser ou éliminer les 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.

Ces mesures peuvent entraîner une réorientation stratégique. Dans certains cas, un état des lieux conforme aux faits peut conduire à renoncer à opérer sur un marché cible ou à fournir des services à certaines catégories de clientèle. 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 – une mesure certes regrettable, mais compréhensible au regard des risques et des coûts.

Sur un plan plus opérationnel, les mesures à prendre comprennent des instructions sur 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 efficace mis en place pour punir les infractions. Les modèles de rémunération doivent être conçus de manière à favoriser, et non à sanctionner, une bonne compliance. Dans ce contexte, des mesures organisationnelles peuvent également s'imposer, par exemple le regroupement des clients par centres de compétence nationaux (*country desks*).

Une indication importante concerne la coopération avec des gérants de fortune, intermédiaires et autres prestataires de services indépendants qui amènent des clients aux établissements. La FINMA considère que l'externalisation totale ou partielle de la prospection ou du suivi de la clientèle à de tels

partenaires ne constitue pas en soi une mesure efficace de minimisation ou d'élimination des risques. Elle peut, bien au contraire, générer des risques supplémentaires et parfois difficilement contrôlables. Il est donc attendu des assujettis qu'ils prêtent à ces risques toute l'attention requise et, dans la mesure du possible, qu'ils les maîtrisent. A cet effet, il est important qu'ils sélectionnent leurs partenaires avec soin et leur donnent des instructions en conséquence.

Une dernière indication enfin concerne les réformes fiscales aux Etats-Unis. Les assujettis sont invités à vérifier *en temps utile* si leur activité relève du FATCA et à examiner les options possibles. Il convient également d'entretenir le dialogue avec les associations professionnelles et les autorités qui se penchent sur les diverses incidences de ces projets législatifs ainsi que sur les options envisageables. La *U.S. Estate Tax* doit également être intégrée dans ces réflexions.

En conclusion, je souhaite souligner qu'à l'avenir, le comportement des assujettis dans leurs activités transfrontières sera davantage examiné par la FINMA dans le cadre de la surveillance courante. Il sera ainsi dûment tenu 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 vérifications ciblées. La position exposée dans le présent document aura des répercussions sur la pratique future de la FINMA en matière d'*enforcement*.