

26 novembre 2010

Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis

**Rapport des Commissions de gestion du Conseil National et du Conseil des
Etats du 30 mai 2010**

Avis de la FINMA

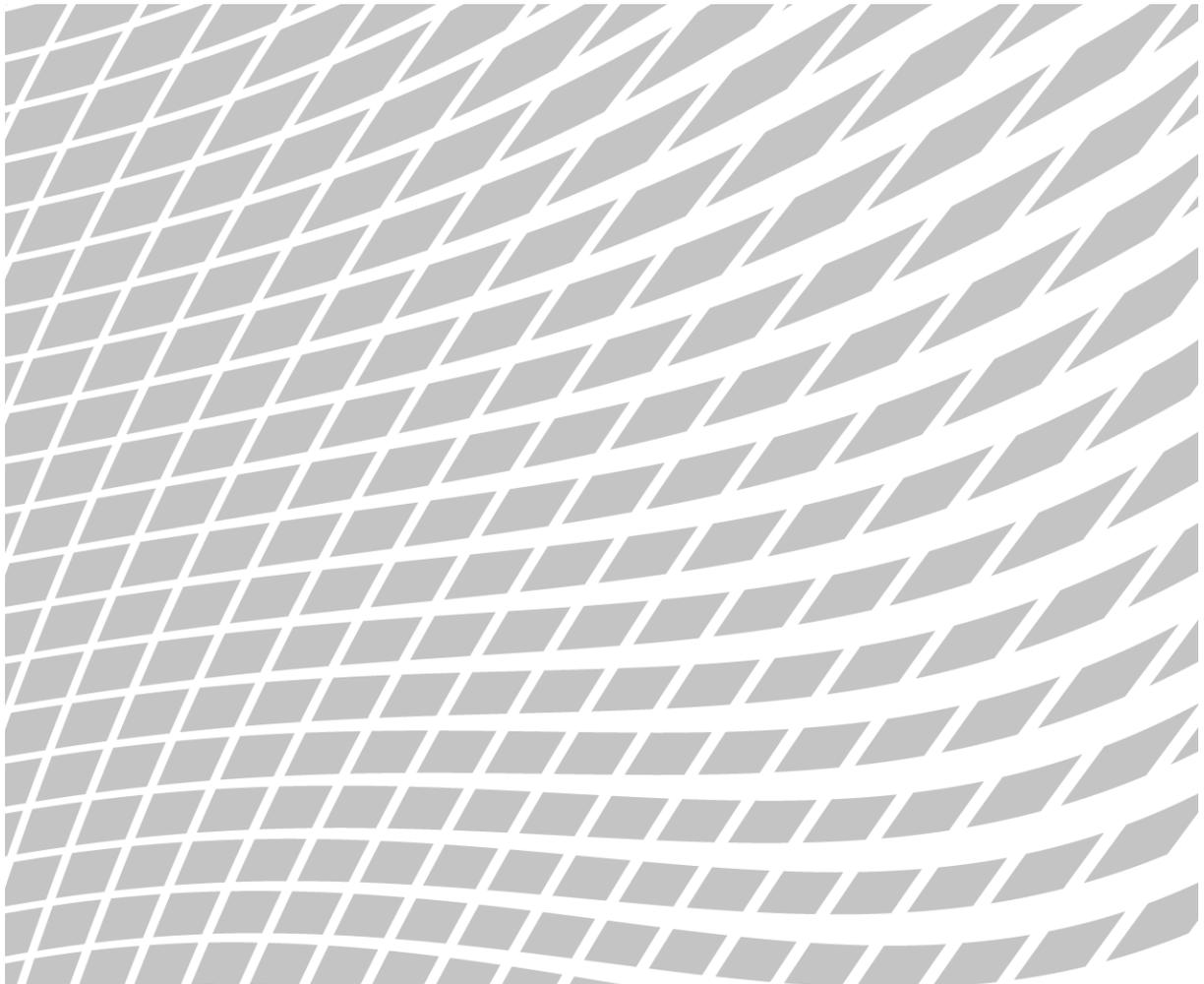


Table des matières

1	Contexte.....	3
2	Constatations	3
2.1	Relations avec le Conseil fédéral	3
2.2	Indépendance décisionnelle de la FINMA.....	4
2.3	Indépendance du rapport d'enquête	4
2.4	Evaluation de la menace	5
3	Recommandations	6
3.1	Recommandation 10 : enquêtes supplémentaires par la FINMA	6
3.1.1	Activités de surveillance des établissements	6
3.1.2	Procédure possible à l'égard de particuliers : garantie d'une activité irréprochable	7
3.1.3	Intervention possible à l'égard de particuliers : interdiction d'exercer... ..	7
3.1.4	Application de l'obligation de garantie et de l'interdiction d'exercer dans le cas des responsables d'UBS	8
3.2	Recommandation 2 et recommandation 5 : objectifs et clarification des compétences des autorités, éventuelles modifications de la loi	8
3.3	Recommandation 3 et recommandation 6: instruments de surveillance, processus de travail et organisation de la FINMA	11
3.4	Recommandation 4 : minimisation du cloisonnement.....	11
4	Motions, postulats	12
4.1	Motion 1 : réunions du Conseil fédéral et de la FINMA	12
4.2	Postulat 1 : sociétés d'audit.....	12
5	Remarques finales	13

1 Contexte

Le 31 mai 2010, les Commissions de gestion des Chambres fédérales ont publié les résultats de leur examen dans leur rapport « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis ». La FINMA a été invitée à se prononcer jusqu'à fin 2010 sur les constatations et recommandations la concernant et à indiquer comment et dans quels délais elle entend mettre en œuvre les recommandations faites par les deux Commissions.

La FINMA se félicite de l'enquête sur les événements relatifs au comportement des autorités durant la crise financière et à la remise de données clients d'UBS. L'enquête a été effectuée avec soin et est dans l'ensemble bien pondérée. La FINMA ne se prononce en conséquence que sur les quelques constatations qui lui paraissent importantes pour l'avenir de l'activité de surveillance. Il s'agit, en l'occurrence, de l'indépendance de la FINMA et de ses relations avec le Conseil fédéral.

En ce qui concerne les recommandations, la FINMA se prononce tout d'abord sur la recommandation 10, la seule recommandation du rapport directement adressée à la FINMA. Les recommandations 2 - 6 sont ensuite traitées, car elles ont un rapport avec la FINMA.

La réponse définitive aux interventions parlementaires relève de la compétence du Conseil fédéral. La FINMA se permet toutefois de formuler ses souhaits s'agissant de l'une des motions et de l'un des postulats qui la concernent directement.

2 Constatations

2.1 Relations avec le Conseil fédéral

A la page 293 du rapport des CdG, il est relevé que « si la CFB avait informé en temps utile et de manière explicite le Conseil fédéral de son appréciation de la situation au moyen d'une lettre formelle, cela aurait eu plus d'impact et aurait permis au dossier d'être inscrit plus tôt à l'ordre du jour du Conseil fédéral ». Il a été en outre relevé qu'à aucun moment la CFB ou, ultérieurement, le conseil d'administration de la FINMA, n'a adressé une telle lettre au Conseil fédéral.

La FINMA tient à souligner à ce propos que tant l'ancienne loi sur les banques (art. 23, al. 3 LB) que la loi actuelle sur la surveillance des marchés financiers (art. 21, al. 3 LFINMA) stipulent expressément que les relations entre la CFB/FINMA et le Conseil fédéral passent par l'entremise du Département fédéral des finances. Les responsables du Département fédéral des finances et du Département fédéral de justice et police ont tous deux été informés de manière régulière et intensive des événements qui ont débouché sur la transmission d'un nombre restreint de données clients aux Etats-Unis. Il en est allé de même pour le chef du Département fédéral des finances en ce qui concerne la crise financière. En vertu de la règle relative aux relations de la CFB/FINMA avec le Conseil fédéral, la

CFB/FINMA était en droit d'admettre qu'il incombait aux responsables des départements concernés de faire en sorte que le dossier soit traité à temps par l'ensemble du Conseil fédéral.

La FINMA n'a en fait aucun rapport direct avec le Gouvernement, à l'exception d'une rencontre annuelle du Président du Conseil d'administration avec l'ensemble du Conseil fédéral, qui a eu lieu pour la première fois le 30 septembre 2009. Il s'agit là d'une question institutionnelle qui, comme on a pu le constater, pose problème à la FINMA. Celle-ci soutient par conséquent expressément les exigences de la motion 1 et se permet de revenir sur ce sujet plus loin.

2.2 Indépendance décisionnelle de la FINMA

Le rapport des CdG relève à plusieurs reprises (p. 215, p. 222, p. 305) que la CFB/FINMA aurait été « poussée » à ordonner la transmission des données de février 2009. Cette assertion est certes chaque fois relativisée par les déclarations du représentant de la CFB/FINMA : « Au cours des auditions menées par les CdG, les représentants de la CBF ont déclaré que la CFB avait élaboré cette proposition sans que les autorités n'aient exercé une quelconque influence, et que la CFB estimait que cette proposition était bonne. » La FINMA tient à relever que la CFB a signalé à temps et de façon transparente au Conseil fédéral qu'en dernier ressort elle prendrait une décision dans ce sens, sur la base de l'art. 25 s de la Loi sur les banques.

Les décisions de la FINMA sont exclusivement déterminées par les faits et son mandat légal ; elles ne sont soumises ni à la pression du gouvernement ni à l'influence des assujettis. Selon l'art. 5 LFINMA, la tâche de la FINMA consiste à protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés, et à garantir le bon fonctionnement des marchés financiers. Elle prend ses décisions en conformité avec cette fonction de protection, indépendamment d'autres intérêts éventuels.

2.3 Indépendance du rapport d'enquête

Dans leur rapport, les CdG soulignent à la page 290 que le rapport d'enquête de la CFB sur les activités transfrontières d'UBS avec des clients privés des Etats-Unis témoigne d'un manque d'indépendance. Il se serait par trop basé sur les résultats d'une enquête interne d'UBS. La FINMA prend acte de l'appréciation des CdG, mais n'en arrive pas moins de nouveau à la conclusion que la procédure choisie était correcte compte tenu des circonstances et qu'elle n'a en rien porté atteinte à l'indépendance de l'enquête. La CFB a mené cette enquête particulièrement ardue dans les règles de l'art (*lege artis*) au vu des conditions cadre existantes ; le rapport qui a été fourni soutient parfaitement la comparaison les rapports d'enquête d'autres autorités, en particulier si l'on tient compte du temps à disposition.

Le rapport d'enquête d'UBS était basé sur les travaux du cabinet d'avocat Wachtell, Lipton, Rosen & Katz (WLRK). En janvier 2008, d'entente avec l'US Department of Justice (DoJ), UBS avait chargé le cabinet WLRK de procéder à une enquête interne en ayant recours à des conseillers externes.

L'ordre de procéder à des enquêtes internes, par exemple en cas de soupçons d'infractions ou lors de demandes de renseignements de la part des autorités, est une procédure souvent choisie aux Etats-

Unis. En règle générale, ces enquêtes sont confiées à des cabinets d'avocats accrédités par les autorités américaines. A cet égard, une défense unilatérale des intérêts de l'entité soumise à enquête par les cabinets accrédités doit être exclue, car ils mettraient par là leur réputation en jeu. Le Department of Justice (DoJ) avait recommandé le cabinet d'avocats WLRK à UBS, considérant qu'il avait les compétences nécessaires pour mener l'enquête interne engagée en janvier 2008. WLRK est un cabinet spécialisé dans les procédures introduites devant le DoJ.

Dès qu'il est apparu que le droit de la surveillance suisse avait été violé dans le contexte des activités transfrontières d'UBS aux Etats-Unis, la CFB a ouvert de son côté une procédure administrative contraignante en mai 2008. Afin d'être en mesure de porter un jugement sur l'ensemble du processus d'enquête et l'adéquation des mesures d'investigation de WLRK, la CFB a en outre décidé en juin 2008 de confier à Wenger Plattner, un bureau de consultants économiques de renom, le mandat de vérifier la gouvernance de l'enquête interne d'UBS. L'ensemble des 30 000 pages réunies par WLRK ont été dépouillées par les collaborateurs de la CFB qui, sur la base de ces documents, ont ensuite diligenté des enquêtes et auditions complémentaires. En octobre 2008, un rapport de la CFB de 160 pages existait sous sa forme préliminaire. C'est à ce moment-là seulement que WLRK présenta aussi pour la première fois un rapport détaillé sur les manquements d'UBS. La forme préliminaire du rapport de la CFB a en conséquence été comparée en octobre 2008 avec les résultats de l'enquête WLRK. Il a ainsi été possible de confronter les éléments des deux rapports. A la suite de quoi, le projet de rapport de la CFB a été remanié et de nouvelles auditions planifiées et réalisées.

2.4 Evaluation de la menace

Début décembre 2008, le DoJ avait notamment annoncé qu'une action à l'encontre d'UBS SA serait déposée dans les semaines à venir si des données clients n'étaient pas transmises immédiatement. La Federal Reserve Bank de New York (NY Fed) confirma la réalité de cette menace lors de plusieurs contacts que la CFB/FINMA et la BNS eurent avec elle. De leur côté, le DoJ et le Trésor américain réaffirmèrent leurs attentes en matière de transmission de données clients auprès du chef du Département fédéral des finances.

Le rapport des CdG contient à cet égard deux passages importants pour une relation correcte des circonstances qui conduisirent à l'injonction de mesures de sauvegarde à l'égard d'UBS et, en définitive, au Deferred Prosecution Agreement (DPA). Comme la FINMA a une perception différente de la situation, elle revient sur ces passages dans l'intérêt d'une présentation correcte des faits.

A la page 241 du rapport des CdG, il est mentionné que la rencontre du 12 janvier 2009 entre le président de l'U.S Federal Reserve Board of Governors (U.S. Fed) et ses homologues suisses (président et vice-président de la BNS, président de la FINMA) avait eu pour résultat de conclure que l'IRS ne participerait pas au DPA. Or lors de cette rencontre, et cela est beaucoup plus important, le président de l'U.S. Fed confirma l'existence de la menace et souligna l'indépendance du DoJ eu égard à la décision de déposer une plainte pénale. Il fut en outre relevé que la Federal Reserve Bank ne disposait pas de droit de veto.

A la page 252 du rapport des CdG, la teneur de la conférence (qualifiée de manière erronée de « téléconférence » dans ledit rapport) entre le président de la FINMA, le chef de la Division des services

stratégiques et centraux de la FINMA, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC et le General Counsel de la NY Fed est présentée dans une perception différente de celle de la CFB/FINMA. Le fait de ne pas pouvoir intégrer l'IRS dans le DPA n'était pas satisfaisant aux yeux de la FINMA. C'est pourquoi elle demanda à la NY Fed s'il était possible d'améliorer encore le résultat des négociations à cet égard ; à laquelle elle a répondu par la négative en indiquant que « c'était la meilleure issue possible » (« This is the best possible result »). La NY Fed souligna aussi l'acuité de la menace.

3 Recommandations

3.1 Recommandation 10 : enquêtes supplémentaires par la FINMA

Les CdG invitent la FINMA, en raison de la portée de cette affaire, à éclaircir en profondeur la question de savoir dans quelle mesure les plus hauts dirigeants d'UBS avaient connaissance des infractions au QIA commises par la banque et ses collaborateurs.

La recommandation 10 des commissions de gestion est la seule qui concerne directement la FINMA.

Bien consciente de la portée de ces événements, la FINMA a donc analysé avec soin, avec l'aide d'experts externes, les voies d'enquête supplémentaires qui lui étaient ouvertes en vertu du droit de la surveillance. Elle est arrivée à la conclusion que d'une part il n'existe pas de nouveaux indices justifiant la réouverture des anciennes enquêtes des autorités de surveillance, et que d'autre part que les instruments à sa disposition ne la lui permettraient pas.

3.1.1 Activités de surveillance des établissements

En tant qu'autorité de surveillance, la FINMA est chargée d'appliquer la loi sur la surveillance des marchés financiers ainsi que la législation sur les marchés financiers. Dans le contexte du droit de la surveillance, son approche est prudentielle, ce qui signifie qu'elle exerce la fonction de protection des créanciers, des investisseurs et des assurés telle que définie à l'art. 5 de la LFINMA avant tout en exigeant la solvabilité des établissements soumis à surveillance. La surveillance exhaustive des banques, compagnies d'assurances et autres intermédiaires financiers repose sur leur obligation d'obtenir une autorisation pour une activité particulière ainsi que sur la surveillance permanente des conditions d'autorisation et des autres facteurs réglementés. Le sujet de droit de la législation sur la surveillance est en premier lieu le titulaire de l'autorisation, soit en règle générale l'établissement. En cas d'infraction à la LFINMA ou à l'une des lois régissant les marchés financiers, ou en présence d'autres irrégularités, l'objectif primaire stipulé par le législateur est le rétablissement de l'ordre légal, et non l'imposition de sanctions envers des particuliers (art. 31 LFINMA). La FINMA n'est ni une autorité civile, ni une autorité d'instruction pénale ou autorité pénale.

3.1.2 Procédure possible à l'égard de particuliers : garantie d'une activité irréprochable

La garantie d'une activité irréprochable par les personnes chargées de la gestion et de la direction de l'établissement compte parmi les conditions d'autorisation qu'une banque est tenue de respecter en tout temps ; elle ne touche qu'indirectement ses organes dirigeants en fonction (art. 3 al. 2 let. c LB). Il est donc logique qu'une mesure prudentielle relative à cette garantie ne saurait être déclarée à l'encontre d'un particulier qui ne travaille plus dans le secteur soumis à surveillance. Ceci est notamment conforme au principe de la proportionnalité en vigueur. La FINMA (et auparavant la CFB) applique en conséquence la pratique suivante, appuyée par le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral : une procédure d'enquête visant à déterminer la responsabilité d'un organe bancaire qui n'est plus en fonction pour une irrégularité ou une infraction grave au droit de la surveillance commise pendant sa période d'activité n'est engagée que si la personne en question entend exercer à nouveau une fonction dirigeante au sein d'un établissement soumis à surveillance et s'il existe suffisamment d'indications pour justifier l'ouverture d'une telle procédure.

3.1.3 Intervention possible à l'égard de particuliers : interdiction d'exercer

Avec effet au 1^{er} janvier 2009, le législateur a mis à la disposition de la FINMA, nouvellement créée à cette date, un nouvel instrument de surveillance dont ne disposaient pas les organisations qui l'ont précédée : l'interdiction d'exercer. Si la FINMA constate une infraction grave au droit de la surveillance, elle peut interdire à l'auteur d'exercer une fonction dirigeante dans un établissement soumis à sa surveillance (art. 33 LFINMA). Contrairement au cas de la procédure d'enquête relative à la garantie d'une activité irréprochable, la FINMA peut prononcer une interdiction d'exercer, limitée à cinq ans au maximum et dans des fonctions dirigeantes d'un établissement assujetti à surveillance, même à l'encontre de personnes qui ne sont plus en fonction dans un tel établissement au moment de la décision. Ce nouvel instrument n'est toutefois applicable qu'aux événements survenus depuis le 1^{er} janvier 2009, mais non rétroactivement aux situations antérieures à cette date.

À l'avenir, la FINMA compte utiliser l'interdiction d'exercer aussi bien en guise de moyen préventif que de mesure répressive ; à titre dissuasif, elle entend par ailleurs recourir plus fréquemment à la publication de l'ouverture et de la conclusion d'enquêtes. Avant de pouvoir prononcer une sanction à l'égard d'un particulier, la FINMA doit toutefois pouvoir prouver individuellement les infractions à la loi sur la surveillance d'une manière suffisante en droit. La surveillance prudentielle n'étant pas axée sur les sanctions envers des particuliers, l'administration de la preuve dans le cadre des procédures de surveillance s'avère parfois difficile, en particulier à l'encontre de particuliers. Il lui manque certaines compétences dont dispose le droit pénal (par ex. l'accès aux courriels privés) et dont bénéficient aussi certaines autorités telles que la Commission de la concurrence. Par ailleurs, comme chaque procédure de l'autorité de surveillance a toujours un effet profond sur la vie de la personne concernée, la FINMA, en tant qu'autorité indépendante, ne doit pas pouvoir ouvrir des enquêtes fondées sur des considérations politiques. En effet, elle contreviendrait dans ce cas aux principes de base du droit administratif, à savoir la légalité, l'égalité des droits et l'interdiction de l'arbitraire, et elle enfreindrait en outre le principe de l'indépendance décisionnelle.

3.1.4 Application de l'obligation de garantie et de l'interdiction d'exercer dans le cas des responsables d'UBS

Pour les actes reprochés à UBS SA ou à certains de ses collaborateurs dont la date précède le 1^{er} janvier 2009 et qui remontent parfois jusqu'aux années 2001 et 2002, la FINMA n'est pas en mesure d'ouvrir une procédure d'interdiction d'exercer à l'encontre des anciens responsables de l'entreprise. Si le législateur avait eu l'intention d'introduire un effet rétroactif, il aurait dû l'ordonner expressément.

Une procédure à l'encontre des anciens dirigeants d'UBS ne peut donc être engagée que dans le contexte de la vérification du respect de l'obligation de garantie d'une activité irréprochable. Une telle mesure exige toutefois la présence d'un intérêt à agir actuellement en défense des droits. Comme il l'a déjà été mentionné, ceci n'est le cas que s'il existe une perspective concrète qu'un des anciens dirigeants de la banque accepte une fonction soumise à l'obligation de garantie auprès d'un assujetti et que la FINMA en a connaissance. Par ailleurs, l'ouverture d'une telle procédure exige l'existence d'un nombre suffisant d'indices permettant de soupçonner que l'organe concerné porte, individuellement et de manière contraire au droit de la surveillance, une responsabilité pour les infractions à la loi identifiées qu'a commises la banque.

Dans le cas d'UBS, la CFB a examiné avec soin et en détail la responsabilité du Head of Global Wealth Management, du CEO et du président du conseil d'administration de l'époque dans le cadre de l'enquête menée en 2008 au sujet des événements entourant l'infraction aux dispositions américaines dans le domaine des activités transfrontières de *private banking*. La FINMA a examiné en particulier si ces personnes portaient individuellement une responsabilité pour les violations de la QIA commises par UBS SA. Sur la base des informations mises en lumière par cette enquête approfondie (impliquant notamment un examen étendu des courriels, etc.), elle est parvenue à la conclusion qu'il n'existe aucune raison d'ordonner la démission des organes de la banque. Pour autant que la FINMA ne reçoive aucune indication jusqu'ici inconnue de l'existence d'un manquement au devoir grave de la part de ces personnes, il n'existe par ailleurs aucune raison de diligenter une procédure d'enquête à l'endroit des anciens responsables si ces derniers désirent exercer une nouvelle fonction dirigeante auprès d'un établissement soumis à surveillance. La FINMA exige toutefois de la part de ces personnes une déclaration écrite formelle confirmant qu'elles n'ont pas eu connaissance de manquements à une obligation quelconque en vertu du droit suisse sur la surveillance. S'il s'avérait par la suite qu'ils ont déposé une fausse déclaration, une poursuite pénale s'ensuivrait (art. 45 LFINMA). Dans le cas de certains responsables placés juste en dessous de l'échelon de direction le plus élevé, la FINMA possède, sur la base des informations déjà disponibles, des raisons suffisantes pour engager une procédure, et compte le faire si ces personnes venaient à chercher au cours des prochaines années un poste à responsabilité dans le secteur soumis à la surveillance.

3.2 Recommandation 2 et recommandation 5 : objectifs et clarification des compétences des autorités, éventuelles modifications de la loi

Recommandation 2 : les CdG invitent le Conseil fédéral à évaluer et à proposer – d'entente avec la FINMA et la BNS – les changements législatifs adéquats permettant d'une part de fixer des objectifs pertinents et précis aux autorités chargées de la surveillance des marchés financiers ou de la stabilité

financière de la Suisse et d'autre part, de leur confier les compétences nécessaires à l'atteinte des objectifs.

Recommandation 5 : les CdG invitent le Conseil fédéral à prendre les mesures nécessaires à la clarification du rôle et des compétences des différentes autorités, ainsi qu'à la transparence et à l'optimisation des processus de décision. Pour ce faire, la BNS et la FINMA sont étroitement impliquées dans l'élaboration de propositions et de mesures. Ces améliorations doivent permettre une collaboration optimale entre la BNS, la FINMA et le DFF.

L'art. 5 LFINMA énumère les objectifs de la surveillance des marchés financiers. Au niveau des établissements individuels (micro-prudentiel), il s'agit de la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés. La surveillance des marchés financiers ne concerne cependant pas uniquement la solidité et la sécurité des différents établissements. Au niveau général, la FINMA a pour mission de garantir le bon fonctionnement des marchés financiers. Cette compétence vise à assurer la confiance du public dans l'intermédiation financière. La protection fonctionnelle inclut contribue ainsi à la stabilité du système. La crise financière a montré qu'il était indispensable de prendre en compte les effets de rétroaction à impact systémique pour assurer la surveillance des différents établissements afin de pouvoir veiller au bon fonctionnement des marchés. C'est pourquoi la FINMA ne travaille pas uniquement à des instruments liés à la surveillance des différents établissements, mais aussi à des instruments reflétant l'impact des conditions-cadres économiques et les interdépendances entre les différents établissements. Du point de vue de la FINMA, les objectifs qui lui ont été attribués sont consignés de manière adaptée à l'art. 5 LFINMA et ne nécessitent aucun changement de la loi.

Dans le cadre de la protection fonctionnelle, la priorité va au développement du monitoring (*monitoring*) comme méthode permettant d'améliorer l'identification des risques systémiques et leur atténuation. Le monitoring intègre une perspective comparative des différents secteurs, segments ou instruments de placement à un environnement macroéconomique. Parallèlement aux banques, d'autres assujettis tels que les assurances dépendent dans leur activité d'évolutions macroéconomiques qui peuvent remettre en question des modèles d'affaires dans leur intégralité. La surveillance des risques doit donc être considérée dans un contexte macroéconomique afin d'identifier à temps les éventuels chocs systémiques, mais aussi les tendances à long terme, en vue d'une éventuelle intervention. Ces connaissances doivent permettre de comprendre les interdépendances qui existent entre les assujettis et les risques liés au comportement collectif, susceptibles d'avoir un effet domino. L'autorité de surveillance utilise pour ce faire des concepts de surveillance nettement affinés (simulations de crise, *building block analysis*, *loss potential analysis*, etc.) qu'elle continuera de développer.

L'analyse des informations statistiques et macroéconomiques de la Banque nationale suisse (BNS) fait également partie de l'activité de la FINMA dans le domaine de la protection fonctionnelle. La FINMA examine ces informations en y intégrant les données des établissements dont elle dispose. Elle peut ainsi tirer des conclusions en ce qui concerne les répercussions sur ses assujettis et sur les marchés dans lesquels ils opèrent, et par conséquent intervenir en temps utile, en prenant des mesures ciblées, pour réduire la vulnérabilité des établissements financiers soumis à sa surveillance. Les résultats obtenus lors de ces analyses devraient également permettre de solliciter, le cas échéant, d'autres informations auprès de la BNS. La FINMA estime que des améliorations sont nécessaires en la matière, ce qui devrait être possible grâce à l'extension du MoU existant entre la FINMA et la BNS.

La FINMA estime que les mandats légaux sont appropriés à la lumière des différentes compétences clés de l'instance de surveillance des marchés financiers et de la BNS. L'attribution claire des compétences et des responsabilités qui existe aujourd'hui revêt une importance cruciale. Les instruments de surveillance ne devraient si possible n'avoir qu'*un seul* objectif et leur mise en œuvre ne devrait relever que d'*une seule* autorité. S'agissant des nouveaux instruments de surveillance en discussion, il est nécessaire d'attribuer clairement compétences et responsabilités. Tout chevauchement ou enchevêtrement des compétences remettrait en cause l'efficacité des instruments en question et affaiblirait au final les deux institutions.

Parallèlement, la FINMA soutient la coopération entre toutes les autorités dans la lutte contre les crises. Des travaux de formalisation et de documentation trilatérales d'une organisation susceptible d'intervenir rapidement en cas de besoin pour maîtriser les crises financières sont en cours. Du point de vue de la FINMA, l'organisation anticrise a bien fonctionné pendant la crise financière. Il est toutefois judicieux de la formaliser dans un MoU trilatéral avec le DFF et la BNS.

En ce qui concerne les modifications légales, la révision de la loi sur les banques (LB) est prioritaire pour la FINMA. La FINMA soutient entièrement les recommandations du rapport final de la commission d'experts pour limiter les risques économiques que présentent les grandes entreprises, auxquelles elle a activement contribué. Le projet de révision des chapitres 5 et 6 de la loi sur les banques (annexe 2 du rapport final) comporte les projets de loi nécessaires à la mise en œuvre des mesures-clés proposées. Les propositions suivent deux axes. D'une part, les banques d'importance systémique doivent être soumises à des exigences prudentielles spéciales, principalement dans le domaine des fonds propres, des liquidités et de la répartition des risques, ainsi qu'en ce qui concerne l'organisation et la structure juridique. D'autre part, le capital de réserve et le capital convertible doivent constituer des instruments supplémentaires permettant de collecter des fonds propres et des fonds de tiers substitutifs de fonds propres. La FINMA estime que ces modifications de la loi sont incontournables pour lui permettre d'assurer son activité de surveillance de manière appropriée, avec les compétences nécessaires.

Autre point important dans le domaine législatif : la révision du droit dans le domaine de l'insolvabilité et de l'assainissement des banques, qui est déjà à l'étude au Parlement. Le projet permettrait aux autorités suisses de se préparer sur une base sécurisée à collaborer avec d'autres autorités en cas de crise ou d'assainissement.

La FINMA étudie différentes propositions de révision concernant certains aspects de la loi sur la surveillance des assurances (LSA). En raison de la crise des marchés financiers, la priorité va à la régulation des activités hors assurance des compagnies d'assurance. Dans le cadre des travaux relatifs à la problématique du *too big to fail*, notamment le volet concernant les risques systémiques du secteur suisse des assurances, il s'est avéré que les risques systémiques ne venaient pas des activités traditionnelles d'assurance, mais plutôt des opérations hors assurance, et principalement celles liées au marché des capitaux. Il faut jeter ici une base légale régulant ces activités et permettant de mieux les surveiller.

3.3 Recommandation 3 et recommandation 6: instruments de surveillance, processus de travail et organisation de la FINMA

Recommandation 3 : les CdG invitent le Conseil fédéral à évaluer les mesures prises par la FINMA pour améliorer ses instruments de surveillance et sa pratique et de présenter un rapport d'ici mi-2012.

Recommandation 6 : les CdG invitent le Conseil fédéral à vérifier d'ici 1 an l'adéquation des processus et de la nouvelle organisation de la FINMA de manière à ce qu'ils permettent une communication de qualité entre ses services et un échange d'informations.

Les enseignements que la FINMA a tirés de la crise ont joué un rôle essentiel dans l'élaboration de ses objectifs stratégiques. Le Conseil fédéral a approuvé ces objectifs le 30 septembre 2009. Le compte-rendu de la mise en œuvre des objectifs stratégiques s'effectue dans le cadre de la réunion annuelle de la FINMA avec le Conseil fédéral. En outre, la FINMA rendra compte au printemps 2011 de son activité de surveillance dans son rapport d'activité. La FINMA établira également au printemps 2011 un rapport sur le thème « Instruments de surveillance, processus de travail et organisation », qui traitera de l'optimisation et de la réorientation des concepts de surveillance dans les différents domaines concernés, ainsi que de la réorientation des processus.

L'introduction de nouveaux processus et des nouveaux concepts de surveillance va fortement occuper la FINMA au cours des deux années à venir. La FINMA est prête à rendre compte à tout moment de l'avancement de ses travaux à l'instance de haute surveillance parlementaire. La FINMA participe actuellement à une réunion institutionnalisée par an avec les commissions de gestion. Elle se tient à disposition pour des réunions supplémentaires.

3.4 Recommandation 4 : minimisation du cloisonnement

Les CdG invitent le Conseil fédéral à prendre – d'entente avec la FINMA et la BNS – les mesures nécessaires pour réduire au maximum les risques liés au cloisonnement (groupthink).

Eviter le cloisonnement est une question de principes. L'activité judiciaire de la FINMA, qui justifie la nécessité de son indépendance, exige une gestion responsable des différentes opinions. Il est primordial qu'elle soit guidée à cet effet exclusivement par des arguments objectifs, un précepte consigné dans les principes de la FINMA. Il faut d'autre part être à l'écoute des différentes opinions afin de ne pas suivre une ligne de pensée sans mener de réflexion. C'est dans cet esprit que la FINMA entretient le dialogue avec les partenaires les plus variés : depuis les groupes politiques, en passant par les organisations professionnelles, jusqu'aux scientifiques ayant les points de vue les plus divers. En outre, la FINMA ne souhaite pas subir le phénomène de *groupthink* dans sa politique du personnel. Lors du recrutement de nouveaux collaborateurs et de cadres, elle veille à un large éventail de différentes expériences (banques, assurances, autorités, cadres, jeunes diplômés). En complément, la FINMA encourage à travers une culture de discussion transparente l'intégration des différentes approches et évite que l'activité de surveillance ne soit dictée par des arguments irréflectifs.

4 Motions, postulats

4.1 Motion 1 : réunions du Conseil fédéral et de la FINMA

Le Conseil fédéral est chargé d'inviter régulièrement le président du conseil d'administration de la FINMA à un entretien. Sur la demande du conseil d'administration de la FINMA, d'autres entretiens peuvent aussi avoir lieu entre le président du conseil d'administration de la FINMA et la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques.

La loi sur la surveillance des marchés financiers exige à l'article 21, qui mentionne également l'activité de surveillance indépendante de la FINMA, au minimum un échange annuel avec le Conseil fédéral. La FINMA estime que cet échange constitue un contrepoids précieux à son indépendance et salue donc l'orientation de la motion 1 qui souhaite intensifier cet échange. Elle estime également qu'un comité serait un instrument particulièrement adapté pour informer le Conseil fédéral de certaines évolutions au fur et à mesure, et procéder si nécessaire à des échanges à court terme. La FINMA souhaite toutefois aussi proposer d'inviter le directeur, responsable des activités opérationnelles, conjointement avec le Président du Conseil d'administration, aux réunions avec le comité du Conseil fédéral.

4.2 Postulat 1 : sociétés d'audit

Le Conseil fédéral est mandaté d'analyser le rôle des entreprises de révision tel qu'il est défini par la législation suisse lorsqu'elles contrôlent les grandes banques et de rendre compte des mesures légales ou autres qu'il serait possible de prendre afin de renforcer leur rôle en faveur de la surveillance des banques.

Tirant les leçons de la crise, la FINMA a déjà lancé un projet de régulation interne en matière d'audit, qui est arrivé aux conclusions suivantes :

La FINMA tient à l'intervention de sociétés d'audit, tout en souhaitant renforcer ses propres vérifications sur place (*supervisory reviews*). Les sociétés d'audit doivent intervenir de manière différenciée en fonction du risque que présentent les établissements. Dans les grandes banques, la FINMA mène déjà régulièrement ses propres vérifications. Des vérifications de la FINMA sont prévues à l'avenir également dans d'autres banques présentant un risque élevé.

La FINMA étudie également la possibilité de faire une distinction rigoureuse et complète entre les vérifications prudentielles et celles relevant du droit des obligations. A l'avenir, les compétences et l'indépendance des sociétés d'audit devront en outre être soumises à des exigences plus sévères et à des contrôles qualité par les autorités de surveillance.

La FINMA est en train de définir les exigences précises pour la mise en œuvre des mesures d'amélioration de la qualité des audits. Ce travail conduira à une refonte générale des circulaires FINMA en matière d'audit. Elle étudie également l'impact que cela pourra avoir au niveau des lois et des ordonnances afin de pouvoir soumettre, si nécessaire, des propositions.

5 Remarques finales

Après le rapport de la FINMA du 14 septembre 2009 et le rapport du Conseil fédéral du 12 mai 2010 basé sur deux avis d'expertise, le rapport des commissions de gestion relatif au comportement des autorités pendant la crise financière constitue la contribution la plus importante aux investigations du point de vue suisse. Il convient maintenant de prendre des mesures tournées vers l'avenir afin d'assurer une meilleure réglementation et une meilleure surveillance. La FINMA a déjà entrepris ces travaux. Le législateur sera encore mis à contribution pour les questions décisives. C'est en effet lui qui fixe le cadre destiné à assurer la stabilité de la place financière et le succès de l'activité de surveillance.

Avec la présente prise de position adressée aux Commissions de gestion, la FINMA souligne, en les récapitulant, les points suivants :

- Il est essentiel pour une activité qui relève du droit administratif et du droit judiciaire telle que celle de la FINMA de préserver l'indépendance décisionnelle.
- Le droit de la surveillance ne se prête pas à des sanctions contre des individus. De par la nature de son activité, la FINMA ne saurait servir de substitut aux requêtes civiles ou pénales afin de suivre les opportunités politiques. Cela irait à l'encontre des principes fondamentaux d'un Etat de droit.
- Malgré l'indépendance institutionnelle, financière et fonctionnelle de la FINMA, il convient de renforcer son intégration ad hoc aux structures étatiques de la Suisse. Ceci sera possible à travers un dialogue plus fréquent sur différents sujets avec les autorités qui la surveillent, à savoir le Gouvernement et le Parlement.
- Il faut améliorer les échanges d'informations inter-autorités concernant les données et conclusions obtenues dans le cadre des compétences légales respectives et en préservant l'indépendance de l'autorité de surveillance des marchés financiers et de la BNS. Il faut éviter tout chevauchement ou enchevêtrement des compétences et responsabilités spécifiques à chaque autorité.