

DES PRINCIPES ET DE LA PRUDENCE

La FINMA donne le « la » en matière d'activité transfrontalière des banques.

La question de l'activité transfrontalière des banques n'est pas une problématique nouvelle. Historiquement, ce sujet a fait l'objet d'un traitement épisodique. En Suisse, il a été abordé sous l'angle réglementaire en 1970 et au début des années 2000 (interventions centrées sur la publicité intempestive et l'offre de services bancaires par Internet), ainsi que sous l'angle de l'autorégulation (convention de diligence des banques suisses). En ce qui concerne les autorités étrangères, à l'exception d'une décision allemande, elles ne se sont pratiquement pas saisies de ces questions. En revanche, les tribunaux étrangers ont eu à les traiter, notamment à l'occasion de conflits de droit civil liés à des crédits transfrontaliers.

Bien que pas nouvelle, la question des activités transfrontalières n'en est pas moins une actualité brûlante, d'abord à la suite de « l'affaire UBS » aux Etats-Unis et puis, surtout, après les récentes communications de la FINMA de mars et d'octobre 2010, dans lesquelles l'autorité de régulation suisse a tenu à préciser sa politique. Une décision de la FINMA remontant à janvier 2010 illustre bien la problématique. Elle concernait un établissement bancaire helvétique, condamné par la FINMA pour avoir largement déployé ses activités sur le terri-

toire allemand. Selon l'état de fait retenu, la banque était présente en Allemagne par le biais de conseillers à la clientèle alors que ni la banque, ni les conseillers, n'avaient obtenu d'accord de l'autorité de régulation financière allemande (BaFin). Par ailleurs, ces personnes établissaient de fausses attestations pour des transactions afin de donner à croire que ces dernières avaient été passées dans les locaux de la banque en Suisse.

La décision de la FINMA a permis de mettre en lumière deux catégories de risques. D'une part, que ce soit sous l'angle de produits ou de services offerts, l'activité transfrontalière peut être de nature à violer le droit étranger relatif à l'accès au marché, à sa réglementation et à sa surveillance ou à la protection des consommateurs. Bien souvent en effet, dans un esprit protecteur, voire protectionniste, le droit étranger interdit à un intermédiaire financier non domicilié sur son territoire, toute démarche qui va au-delà de simples contacts sociaux et de la transmission d'informations très générales à une personne domiciliée sur ce même territoire.

D'autre part, les prescriptions étrangères de droit pénal ou fiscal peuvent exposer la banque et ses employés au risque d'être considérés comme complices de délits fiscaux commis par des clients étrangers. Ils sont donc punissables en vertu du droit fiscal et pénal étranger. La FINMA ajoute que ce danger existe également lorsque l'intermédiaire financier et ses employés opèrent exclusivement en Suisse, sans voyager dans les pays étrangers. Enfin, elle sou-

ligne que ce risque concerne également ceux qui conseillent le client étranger, en particulier les fiduciaires et les avocats. Les règles fiscales étrangères peuvent par ailleurs avoir des conséquences directes en termes d'assujettissement fiscal pour l'intermédiaire financier qui aurait une présence régulière dans le pays considéré, que ce soit par le biais de collaborateurs ou de mandataires.

Ces deux catégories de risques sont souvent confondues par le public, qui se focalise sur la qualification fiscale, suisse ou étrangère des avoirs déposés en Suisse. Or, des situations mettant en jeu des clients dont les fonds sont, selon le modèle d'affaires affiché par de très nombreux établissements, pleinement déclarés, peuvent malgré tout représenter un risque sous l'angle de l'offre de produits ou de services.

Au titre des conséquences sur les établissements helvétiques, la violation du droit étranger peut constituer un manquement en droit suisse. D'une part, il peut y avoir manquement à l'exigence légale de la

garantie d'une « activité irréprochable », par quoi il faut comprendre notamment le respect de la pratique de l'autorité de surveillance ainsi que les usages de la profession. D'autre part, on pourrait considérer qu'il existe un manquement aux obligations légales en matière d'organisation interne, lesquelles exigent que tous les risques, y compris ceux de type juridique et de réputation, soient déterminés, limités et contrôlés.

Ce dernier élément doit se traduire par une analyse des risques ainsi que des contraintes légales et réglementaires

*LA QUESTION
DES ACTIVITÉS
FRONTALIÈRES EST
UNE ACTUALITÉ
BRÛLANTE.*

des différents marchés et activités de chaque banque. Cette analyse doit conduire ensuite et, selon les particularités de l'établissement concerné, à une adaptation de son organisation interne et à la formation en conséquence de ses employés. Selon la FINMA, elle peut aussi entraîner une renonciation à certains marchés.

Compte tenu de ces enjeux, divers établissements, ainsi que l'Association suisse des banquiers, se sont lancés dans la compilation d'informations et la création de « country manuals », qui répertorient les prescriptions réglementaires relatives à chaque pays. Ces manuels

*LA FINMA ENTEND
DÉMONTRER QU'ELLE
A IDENTIFIÉ L'ACUITÉ
DES RISQUES LIÉS
AUX OPÉRATIONS
TRANSFRONTALIÈRES.*

s'ajoutent parfois à un manuel général, qui regroupe les principes généraux à observer en matière transfrontalière.

Il convient de saluer cette approche individuelle fondée sur les risques, approche classique du droit suisse: elle permet une déclinaison fine, adaptée à chaque situation particulière et à chaque modèle d'affaires, des principes posés par la FINMA. Cependant, compte tenu des conséquences possibles pour les acteurs bancaires, il paraît légitime de s'inquiéter de ce que la réglementation étrangère ne permette pas toujours de savoir quelles sont les activités autorisées ou leurs li-

mites précises. Car il n'est pas rare que la réponse à une question particulière dépende d'un « faisceau d'indices, d'inégale importance entre eux », ou que la situation visée ne soit pas « expressément réglementée ». A n'en pas douter, la FINMA saura également apprécier ces situations particulières avec la circonspection de circonstance. Par ces prises de positions répétées, la FINMA entend démontrer qu'elle a identifié l'acuité des risques liés aux opérations transfrontalières et informé suffisamment ses assujettis, les enjoignant à l'action et à la prudence. De peur peut-être que l'on reproche un jour à l'un d'entre eux, ou à elle-même, de n'avoir pas été assez prévoyant.

*Alexandre de Senarclens, LL.M., avocat
Associé de l'Etude OHER, Genève
Christophe Léchaud, MAS ECI avocat*

HIGHLY INDIVIDUAL INVESTMENT SOLUTIONS

ax^{as}
partners



INCREASE THE VALUE OF YOUR ASSETS

Asset Management
Financial Consulting
Active Portfolio
Transparency
Banking
Investments

Axyas Partners SA - rue du Marché, 18
1204 Geneva - Switzerland
Tel. +41(0)22 317 10 22 - Fax +41(0)22 317 10 23
www.asset-management-switzerland.com
contact@asset-management-switzerland.com