

Risques juridiques et de réputation dans les opérations transfrontières

Par Samuel Zemp le 18 octobre 2010

La FINMA vient de publier son premier [bulletin \(01/2010\)](#) consacré aux risques juridiques et de réputation dans les opérations transfrontières ainsi qu'aux nouveaux instruments de surveillance dont elle dispose depuis l'entrée en vigueur de la LFINMA. Elle renoue ainsi avec la tradition de l'ancienne CFB de publier sous cette forme et de manière condensée ses décisions, celles du TAF ainsi que du TF dans le but de diffuser la pratique de la surveillance des marchés à un large public.

Dans ce premier bulletin, une décision récente de la FINMA du 11 janvier 2010 (Bulletin FINMA, p. 102) en matière d'activité *cross-border* a particulièrement retenu notre attention. D'après l'état de fait, l'établissement bancaire suisse concerné avait déployé ses activités sur le marché allemand par l'entremise d'agents qui conseillaient des clients allemands sur ce territoire sans que ni la banque ni les agents ne disposent d'une autorisation du BaFin. Selon l'enquête de la FINMA, ces agents avaient, par ailleurs, transféré des ordres d'achat et de vente au nom et pour le compte de ces clients, parfois sans disposer de procurations et établi de fausses attestations pour des transactions en espèces afin de créer l'apparence que celles-ci s'étaient déroulées dans les locaux de la banque en Suisse. Les organes de la banque ne s'étaient jamais souciés de savoir si ces activités auraient nécessité une autorisation du BaFin. Une enquête indépendante mandatée par la FINMA était cependant parvenue à la conclusion qu'une telle autorisation aurait probablement été nécessaire tant pour la banque que pour les agents.

Dans sa décision, la FINMA considère que le contrôle du respect des normes prudentielles étrangères par les assujettis suisses n'entre en principe pas dans sa compétence. Néanmoins, pour être autorisée à exercer son activité, une banque doit notamment disposer d'une organisation administrative appropriée qui soit capable de détecter, limiter et surveiller les risques pertinents ainsi que de gérer ces risques de manière adéquate (art. 3 al. 2 LB). En font partie les risques juridiques et de réputation (art. 9 al. 2 OB). Ainsi, une banque active dans la fourniture de services transfrontières se doit de respecter l'ordre juridique étranger du territoire sur lequel elle opère. Selon la FINMA, un établissement bancaire qui n'identifie pas les risques découlant d'une telle activité et qui émet de fausses attestations ne dispose plus de la garantie d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB. Concernant l'*enforcement*, la FINMA rappelle que la LFINMA lui confère un large éventail de mesures de rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA) allant de la décision en constatation (art. 32 LFINMA) au retrait de l'autorisation d'exercer (art. 37 LFINMA).

In casu et compte tenu des efforts déployés par l'établissement concerné, la FINMA a, par une seule décision en constatation, conclu que l'assujetti avait certes gravement enfreint le droit de

la surveillance sans qu'il ne soit toutefois nécessaire d'adopter une mesure plus incisive à son encontre. A la décharge de la banque, la FINMA a retenu que le conseil d'administration de la banque avait fourni des efforts substantiels, notamment en coopérant pendant le déroulement de l'enquête, en mettant un terme aux activités illicites litigieuses, en résiliant les contrats avec les agents allemands et en remplaçant les membres de la direction.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Samuel Zemp, Risques juridiques et de réputation dans les opérations transfrontières, publié le 18 octobre 2010 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/fr/698/>