



2004

Jahresbericht Rapport de gestion

Eidgenössische Bankenkommision
Commission fédérale des banques
Commissione federale delle banche
Swiss Federal Banking Commission

2004

**Jahresbericht
Rapport de gestion**

Eidgenössische Bankenkommission
Commission fédérale des banques
Commissione federale delle banche
Swiss Federal Banking Commission

Herausgeber / Editeur

Eidg. Bankenkommission / Commission fédérale des banques

Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern
Schwanengasse 12, case postale, 3001 Berne

Telefon / Téléphone +41 (0)31 322 69 11
Telefax / Téléfax +41 (0)31 322 69 26
E-Mail info@ebk.admin.ch
Website www.ebk.admin.ch
www.cfb.admin.ch

Vertrieb / Diffusion

BBL, Verkauf Bundespublikationen, CH-3003 Bern
OFCL, Vente des publications fédérales, CH-3003 Berne

Telefax / Téléfax +41 (0)31 325 50 58
Website www.bbl.admin.ch/bundespublikationen

Bestellnummer / Numéro de commande

607.035 04.2005 3000 860131291

Weitere Verzeichnisse und Publikationen / Autres listes et publications

- Anlagefonds und Vertriebsträger, Bestellnummer 607.201
04.2005 1000 860131288
Fonds de placement et distributeurs, numéro de commande 607.201
04.2005 1000 860131288
- EBK-Bulletin 46, Bestellnummer 607.146
11.2004 4000 860123651
Bulletin CFB 46, numéro de commande 607.146
11.2004 4000 860123651

Vertrieb BBL
Diffusion OFCL

Première partie	Page
------------------------	-------------

Version allemande	4
Statistiques en allemand	125
Liste des institutions de révision reconnues	133

Deuxième partie	Page
------------------------	-------------

Version française	2
Statistiques en français	131

Une version anglaise des thèmes principaux (ch. I) est disponible
sur le site Internet de la Commission fédérale des banques

Table des matières

Table des matières	2
Commission fédérale des banques	6
Abréviations	8
Avant-propos	11
I. Thèmes principaux	15
1 Mise en œuvre de Bâle II en Suisse	15
2 Réforme de la révision bancaire	19
3 Réforme de la surveillance des marchés financiers	22
4 Surveillance des marchés	24
5 Surréglementation?	28
II. Banques et négociants en valeurs mobilières	32
1 Réglementation	32
1.1 Surveillance des groupes et conglomérats	32
1.2 Insolvabilité des banques et protection des déposants	32
1.3 Mise en œuvre de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent	34
1.4 Refonte des prescriptions régissant l'établissement des comptes	36
1.5 Dépôts du public: définition	37
2 Pratique de l'autorité de surveillance	38
2.1 Procédures administratives contraignantes	38
2.2 Liquidation de Redsafe Bank	42
2.3 Intermédiaires financiers non autorisés	43
2.4 Système d'alerte précoce	45
2.5 Relations entre banques et gérants de fortune indépendants	47
2.6 Grandes banques	48
2.6.1 UBS SA	49
2.6.2 Credit Suisse Group	50
2.7 Banques Raiffeisen	51
2.8 Banques régionales	52
3 Audit	54
3.1 Surveillance des sociétés d'audit	54
3.2 Etendue de l'audit	56
3.3 Procédures contre des sociétés d'audit	57
III. Fonds de placement	60
1 Réglementation	60

1.1	Nouvelle loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC)	60
1.2	Révision partielle des ordonnances sur les fonds de placement	62
1.2.1	Ordonnance sur les fonds de placement	62
1.2.2	Ordonnance de la Commission des banques sur les fonds de placement . .	64
1.3	Directive sur la performance des fonds	66
1.4	Directives concernant les fonds immobiliers	66
2	Pratique de l'autorité de surveillance	67
2.1	Fonds destinés à des investisseurs institutionnels.	67
2.2	Late trading et market timing	70
2.3	Tarification en vigueur dans les fonds de placement	70
2.4	Procédure d'autorisation simplifiée pour les fonds compatibles avec l'UE .	72
3	Procédure d'exécution en matière de fonds	72
IV.	Bourses et marchés	74
1	Réglementation	74
1.1	Révision de l'art. 38 LBVM.	74
1.2	Corporate Governance: modification du code des obligations.	74
1.3	Délits d'initiés et manipulation de cours	76
1.4	La réglementation des offres publiques d'acquisition et de la publicité des participations	78
1.5	Circulaire «Règles de comportement sur le marché»	79
1.6	Obligation de déclarer les transactions boursières.	80
1.7	Publication des transactions du management	81
1.8	Règlement complémentaire de cotation des emprunts	82
1.9	Directives relatives à l'attribution de titres lors d'émissions initiales. . . .	84
2	Procédure d'exécution en matière de surveillance des marchés.	85
2.1	Portée de la procédure d'enquête	85
2.2	Procédures d'enquête et plaintes	85
2.2.1	Soupçons de délits d'initiés	85
2.2.2	Précision de la pratique relative aux cours coupés.	87
2.3	Conduite des procédures	89
3	Publicité des participations	90
4	Offres publiques d'acquisition	91
4.1	Pratique de la Commission des offres publiques d'acquisition	91
4.2	Pratique de la Chambre des OPA de la Commission des banques	91
V.	Lettres de gage	93

Table des matières

VI. International	94
1 Entraide internationale	94
1.1 Accords	94
1.2 Pratique	96
2 Organisations internationales	97
2.1 Comité de Bâle sur le contrôle bancaire	97
2.1.1 Aperçu des travaux les plus importants	97
2.1.2 Révision de l'accord sur les fonds propres (Bâle II)	99
2.1.3 Surveillance transfrontière	104
2.1.4 Accounting Task Force	105
2.1.5 Electronic banking	107
2.2 OICV	107
2.2.1 Conférence annuelle	107
2.2.2 Aperçu des thèmes principaux	108
2.2.3 Groupes de travail du Comité technique	110
2.3 Futures and Options Markets Regulators Meeting	112
2.4 Institut francophone de la régulation financière	112
2.5 Joint Forum	113
2.6 Union européenne	114
3 Contacts avec les autorités de surveillance étrangères	115
3.1 Contacts bilatéraux	115
3.2 International Conference of Banking Supervisors	115
3.3 Rencontre quadripartite	116
3.4 Allemagne	116
VII. Relations avec les autorités et les associations professionnelles	118
1 Autorités	118
1.1 Commissions de gestion	118
1.2 Office fédéral des assurances privées	118
1.3 Banque nationale	119
2 Associations professionnelles et organes d'autorégulation	120
2.1 Association suisse des banquiers	120
2.2 Chambre fiduciaire	121
2.3 Union des Banques Cantionales Suisses	121
2.4 Association des banques étrangères en Suisse	121
2.5 Union des Banques Raiffeisen	122
2.6 SWX Swiss Exchange	122

VIII. Commission et Secrétariat	123
1 Commission	123
2 Secrétariat	124
3 Organigramme	126
4 Finances	128
5 Relations publiques	129
IX. Statistiques	131
1 Banques	131
1.1 Affaires traitées	131
1.1.1 Décisions	131
1.1.2 Recommandations	131
1.2 Banques et institutions de révision assujetties à la loi	132
2 Fonds de placement	132
2.1 Affaires traitées	132
2.2 Développement des fonds de placement durant l'année 2004	132
2.3 Liste des pays reconnus	135
3 Bourses et négociants en valeurs mobilières	135
3.1 Affaires traitées / Décisions	135
3.2 Bourses, négociants en valeurs mobilières et institutions de révision assujettis à la loi	136
4 Recours au Tribunal fédéral et dénonciations	136
4.1 Recours de droit administratif	136
4.2 Dénonciations aux autorités de poursuite pénale et disciplinaire	136
Liste des institutions de révision (sociétés d'audit) reconnues pour les banques, fonds de placement et négociants en valeurs mobilières	133

Président

Kurt Hauri, docteur en droit

Vice-président

Jean-Baptiste Zufferey, professeur, docteur en droit

Membres

Christoph Ammann

Rajna Gibson, professeure, docteure en sciences économiques et sociales
(jusqu'au 31 décembre 2004)

Anne Héritier Lachat, docteure en droit (à compter du 1^{er} janvier 2005)

René Kästli, professeur, docteur en sciences économiques et sociales

Heidi Pfister-Ineichen, docteure en droit, M.B.L. HSG (jusqu'au 31 décembre 2004)

Charles Pictet (à compter du 1^{er} janvier 2005, entrée en fonction à la fin avril 2005)

Luc Thévenoz, professeur, docteur en droit

Chambre d'entraide administrative de la Commission des banques

Kurt Hauri, docteur en droit

Jean-Baptiste Zufferey, professeur, docteur en droit

Heidi Pfister-Ineichen, docteure en droit (jusqu'au 31 décembre 2004)

Anne Héritier Lachat, docteure en droit (à compter du 1^{er} janvier 2005)

Chambre des offres publiques d'acquisition de la Commission des banques

Kurt Hauri, docteur en droit

Heidi Pfister-Ineichen, docteure en droit (jusqu'au 31 décembre 2004)

Luc Thévenoz, professeur, docteur en droit

Anne Héritier Lachat, docteure en droit (à compter du 1^{er} janvier 2005)

Secrétariat

Daniel Zuberbühler, avocat, directeur

Romain Marti, directeur suppléant Autorisations/Fonds de placement

Kurt Bucher, sous-directeur Banques/Négociants en valeurs mobilières

Andreas Bühlmann, docteur en sciences économiques et sociales,
sous-directeur Grandes banques

Franz Stirnimann, sous-directeur Bourses/Marchés

Urs Zulauf, docteur en droit, sous-directeur Service juridique

Max Nydegger, membre de la direction, Controlling/Logistique

Tanja Kocher, cheffe Communication/Médias

Abréviations

ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
CFB	Commission fédérale des banques
Circ-CFB	Circulaire CFB
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
DEC-CFB	Directives sur les dispositions régissant l'établissement des comptes (art. 23 – 27 OB)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FPRM-CFB	Directives relatives à la couverture des risques de marché par des fonds propres, art. 12 I – 12 p OB (Circ.-CFB 97/1)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, RS 952.0)
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (Loi sur le blanchiment d'argent, RS 955.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (Loi sur les bourses, RS 954.1)
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31)
LLG	Loi fédérale sur l'émission de lettres de gage du 25 juin 1930 (RS 211.423.4)
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (projet)
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (Ordonnance sur les banques, RS 952.02)
OBA-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur le blanchiment d'argent du 18 décembre 2002
OBE	Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse du 21 octobre 1996 (Ordonnance sur les banques étrangères, RS 952.111)
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les bourses, RS 954.11)
OBVM-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 25 juin 1997 (Ordonnance sur les bourses de la CFB, RS 954.193)
Oém-CFB	Ordonnance réglant la perception de taxes et d'émoluments par la Commission fédérale des banques du 2 décembre 1996 (RS 611.014)
OFAP	Office fédéral des assurances privées

OFP	Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311)
OFP-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les fonds de placement du 24 janvier 2001 (RS 951.311.1)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire, RS 173.110)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
R-CFB	Règlement de la Commission fédérale des banques du 20 novembre 1997 (RS 952.721)
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral

La tendance à l'élargissement des missions de surveillance, qui va de pair avec l'extension des champs d'activité du secteur financier, s'est poursuivie en 2004. La réglementation et la surveillance sont de plus en plus denses, à l'échelle nationale et internationale. La surréglementation a été le sujet de préoccupation majeur des banques comme des autorités de surveillance, quoique dans des perspectives différentes. Les banques craignent une hausse des coûts accompagnée d'une baisse de compétitivité. Les autorités de surveillance invitent à la sérénité et à la différenciation. La Commission des banques, consciente des appréhensions des établissements concernés, souhaite que l'on se penche avec objectivité sur la question de savoir si et quand de nouvelles réglementations s'imposent.

Toute réglementation n'est pas nouvelle sur le fond. Souvent, elle formalise une pratique éprouvée, ou elle modernise et harmonise une réglementation existante. La majeure partie de la réglementation répond à la nécessité d'appliquer des exigences minimales internationales. A cet égard, on ne doit pas oublier que l'équivalence de la réglementation et le respect des normes internationales constituent des conditions d'accès aux marchés étrangers. La réglementation peut résulter aussi de la dynamique des marchés. Ainsi, un rapprochement transfrontalier dans l'infrastructure des marchés boursiers et financiers pourrait entraîner une interdépendance plus étroite au niveau de la surveillance.

Compatibilité avec les
normes internationales

La Commission des banques est particulièrement attachée à une réglementation et une surveillance différenciées. Elle prend en compte l'hétérogénéité des intermédiaires financiers en termes de taille, de complexité et de potentiel de risque, et donc la diversité de leurs besoins.¹

Pas de règles uniformes

Cette réticence à l'égard de règles uniformes apparaît de manière particulièrement nette dans le contexte de la mise en œuvre du nouvel accord sur les fonds propres (Bâle II). Lors de la transposition de cet accord en Suisse, la Commission des banques va au-devant des besoins individuels des établissements et propose même, en sus, deux variantes pour la procédure standardisée – selon que l'établissement concerné est actif à l'échelle nationale ou internationale. Les petites et moyennes banques ne doivent pas redouter des coûts disproportionnés; les petites et moyennes entreprises n'ont pas à craindre une raréfaction des crédits. Ce qui est en revanche impératif, c'est l'objectif quantitatif qui consiste à maintenir en Suisse, même dans le cadre de Bâle II, un niveau de fonds propres plus élevé. Les règles de Bâle II, comme déjà celles de Bâle I, représentent un ensemble de normes mini-

Réglementation
différenciée sous Bâle II

¹ cf. ch. I/5

	males, le plus petit dénominateur commun sur lequel les autorités de surveillance et les banques centrales réunies au sein du Comité de Bâle ont pu s'entendre. Dans l'intérêt de la protection des créanciers et du système, une place financière de premier ordre ne saurait se satisfaire de ce minimum.¹
Nécessité d'une FINMA indépendante	L'exemple de la FINMA, qui réunit la Commission des banques, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment, montre lui aussi que réglementation ne signifie pas nécessairement surréglementation et hausse des coûts pour les établissements concernés. Cette réorganisation ne leur ferait pas supporter de coûts supplémentaires. La FINMA est une étape nécessaire dans la voie d'une surveillance moderne des marchés financiers. Elle permet des synergies et une surveillance mieux équilibrée des risques identiques ou similaires dans le secteur des banques et des assurances. Elle contribue en outre à renforcer l'indépendance de la surveillance en termes de gestion et de ressources, ce qui est urgemment nécessaire².
Nouvelle loi sur les placements de capitaux	On attend avec impatience une nouvelle réglementation dans le domaine des fonds de placement. Le projet de loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux accroît l'attractivité de la place financière suisse. Il tient compte à la fois des dernières évolutions du marché des fonds et, de manière nuancée, des besoins des investisseurs en matière de protection³. Les efforts visant à remédier à la concurrence insuffisante au niveau de la tarification des fonds et à réglementer de manière transparente la pratique des rétrocessions vont dans le même sens⁴.
Optimisation de la surveillance indirecte	Le système dualiste de surveillance se trouve lui aussi optimisé. Quatre nouvelles circulaires réforment et harmonisent la révision, la rendant plus axée sur le risque, plus transparente. En augmentant les contrôles de qualité auprès des sociétés d'audit et en menant ses propres contrôles dans les deux grandes banques, la Commission des banques contribue encore à l'amélioration du système de surveillance indirecte⁵.
Efficacité accrue de la surveillance des marchés	S'agissant de la surveillance des marchés, la Suisse ne pourra faire autrement que d'accroître la force de frappe de ses autorités et d'envisager plus largement les actes constitutifs de délits boursiers. Pour l'heure, elle est à la traîne et pas seulement par rapport à la directive de l'Union européenne sur

¹ cf. ch. I/1

² cf. ch. I/3

³ cf. ch. III/1.1

⁴ cf. ch. III/2.3

⁵ cf. ch. I/2 et II/3.1

les abus de marché. L'entraide administrative qu'elle assure au plan international n'est toujours pas suffisante¹.

Les attentes déjà fortes dont la surveillance fait l'objet vont encore s'accroître, l'écart entre une réglementation adéquatement proportionnée et le recours à l'Etat en cas de problèmes avérés ou supposés ira s'élargissant. Dans ce contexte, la Commission des banques s'efforce de développer plus avant son approche axée sur les risques et de faire connaître les possibilités et les limites de la surveillance.

La surveillance, objet
d'attentes grandissantes

Le présent rapport de gestion s'inscrit dans cette démarche.

Kurt Hauri
Président

Daniel Zuberbühler
Directeur

Avril 2005

¹ cf. ch. I/4 et ch. IV/1.1

1 Mise en œuvre de Bâle II en Suisse

Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a adopté le nouvel accord sur les fonds propres (Bâle II) vers la fin juin 2004.¹ En vue de l'entrée en vigueur des nouveaux textes réglementaires en Suisse, la Commission des banques – qui est chargée de la mise en œuvre technique de Bâle II – s'inspirera des démarches entreprises par quelques autorités de surveillance étrangères parmi les plus importantes. La Commission des banques se prononce clairement en faveur d'une transposition pragmatique et différenciée de Bâle II, qui tienne compte de la situation des différents établissements et réponde le mieux possible à la diversité de leurs besoins.²

L'application de l'accord peut intervenir dans le cadre de l'actuelle loi sur les banques, étant entendu que, comme par le passé, les décisions de principe, de même que les pondérations standard des risques et les taux de couverture devront être arrêtés par le Conseil fédéral au niveau de l'ordonnance et que les détails de nature plutôt technique seront réglés par la Commission des banques par le biais de circulaires. Force est cependant de constater que l'ordonnance sur les banques présente d'ores et déjà une très forte densité de prescriptions relatives aux fonds propres et à la répartition des risques. Y intégrer désormais en plus tout l'éventail des méthodes proposées par Bâle II la ferait sans doute arriver à saturation. C'est la raison pour laquelle il convient de régler séparément cette matière, dans une ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds propres et la répartition des risques, qui reprenne l'intégralité de ces dispositions, y compris celles laissées inchangées par Bâle II.

Adaptation du droit suisse

Le groupe de travail national chargé de la mise en œuvre de Bâle II s'est réuni à cinq reprises. Tous les milieux directement concernés par l'accord y sont représentés. Une procédure de consultation sur les nouveaux textes réglementaires sera lancée à l'automne 2005, sachant qu'elle s'accompagnera également d'une enquête destinée à mesurer l'impact quantitatif de ces dispositifs sur les établissements bancaires du pays. Ce n'est qu'ensuite que les coefficients de pondération des risques pourront être affinés. La majorité des banques suisses prévoyant de recourir à une méthode simple pour calculer les fonds propres requis, le groupe de travail a choisi de se focaliser sur l'approche dite simple de l'accord. La nouvelle réglementation entrera simultanément en vigueur en Suisse et dans l'Union européenne, à savoir le 1^{er} janvier 2007 pour ce qui est des méthodes simples, standardisées, de calcul des fonds propres ainsi que de la variante de base de la méthode fondée sur les notations internes (Foundation Internal Ratings Based Approach ou

Calendrier

¹ cf. ch. VI/2.1.2

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 19 ss

I. Thèmes principaux

F-IRB) et le 1^{er} janvier 2008, soit un an plus tard, pour les méthodes complexes, particulières à certains établissements, c'est-à-dire la variante sophistiquée de la méthode fondée sur les notations internes pour les risques de crédit (Advanced Internal Ratings Based Approach ou A-IRB) et les méthodes complexes pour les risques opérationnels (Advanced Measurement Approaches ou AMA).

Une réglementation suisse
largement éprouvée

Déjà à l'époque du premier accord de Bâle sur les fonds propres, la réglementation suisse avait imposé des coefficients de pondération des risques plus différenciés. Ce ne fut certes pas le cas pour les coefficients de pondération appliqués aux crédits hypothécaires et aux crédits aux entreprises – deux domaines d'activités majeurs des banques universelles opérant en Suisse – puisque ces coefficients ont été repris directement de Bâle I. Par contre, les crédits lombards et certains crédits hypothécaires garantis par un gage immobilier commercial, dans le cadre d'un taux d'avance prudent, bénéficient – et c'est une spécificité suisse – de certains allègements par rapport à Bâle I. Quant aux opérations interbancaires et aux actifs sans contrepartie (par exemple des participations, immeubles et immobilisations corporelles), ils sont soumis inversement, du fait de leur importance dans le système financier suisse, à des dispositions sensiblement plus sévères et différenciées. Ces deux derniers domaines n'ont par ailleurs subi aucune révision dans le cadre de Bâle II.

Une nouvelle procédure
standardisée des plus
simples

Du point de vue de la Commission des banques, il n'y a pas de raisons de remanier la réglementation suisse existante dans les domaines qui ne sont pas directement concernés par le nouvel accord, dès lors que cette réglementation est à bien des égards plus précise que les normes minimales internationales. Les nouveautés introduites dans les normes minimales de Bâle II seront cependant intégrées dans la législation nationale, comme les allègements prévus des exigences de fonds propres pour les crédits accordés aux PME et les prêts hypothécaires garantis par un gage immobilier résidentiel, ou comme la création d'une nouvelle catégorie de créances Retail. Dans l'ensemble, la nouvelle procédure standardisée suisse relative aux risques de crédit s'apparentera ainsi très largement à la réglementation actuelle. Sa mise en œuvre n'en sera donc que plus aisée et ne devrait occasionner pour les banques que des frais réduits, d'autant plus que ces dernières seront soumises, au titre de la procédure standardisée suisse, aux mêmes prescriptions en matière de répartition des risques (reposant sur les coefficients de pondération des risques pour le calcul des fonds propres) ainsi qu'aux mêmes plafonds qu'à l'heure actuelle, et qu'il n'existera quasiment aucune différence entre l'ancien et le nouvel état des fonds propres.

Sous la nouvelle réglementation, la dotation en fonds propres du secteur bancaire suisse doit être maintenue au niveau actuel, qui demeurera donc dans le futur sensiblement supérieur à celui imposé par les normes minimales de l'accord de Bâle. En Suisse, les nouvelles exigences de fonds propres seront calibrées séparément selon qu'elles s'appliqueront aux deux grandes banques ou aux autres établissements. Cela signifie que l'allègement éventuel des exigences de fonds propres pouvant résulter chez les premières de l'utilisation de méthodes internes ne devra pas être contrebalancé par un durcissement des exigences imposées aux seconds. La dotation en fonds propres moyenne requise de la part des petites et moyennes banques universelles opérant principalement dans le secteur grand public (octroi de crédits aux PME et de prêts hypothécaires garantis par un gage immobilier résidentiel) ne devrait pas subir de variation notable dans le futur, compte tenu des changements peu importants prévus dans la méthode standardisée applicable aux risques de crédit et du calibrage des méthodes simples pour les risques opérationnels.

Maintien de la dotation
en fonds propres

A côté de ces établissements, il existe également un certain nombre de banques suisses opérant à l'échelle internationale ainsi que des filiales de banques étrangères qui, par ailleurs, feront usage de plus en plus souvent à l'avenir des normes comptables internationales. La plupart d'entre elles, en particulier leurs maisons mères établies à l'étranger, sont cotées en bourse et bénéficient d'une notation externe. Elles font donc l'objet d'une observation minutieuse par les analystes financiers et les agences de notation, qui les jaugent à l'aune de critères internationaux. Souvent dotées de fonds propres très excédentaires, elles n'ont pas d'intérêt fondamental à réaliser des économies de fonds propres réglementaires. Elles ne sont nullement tenues par la Commission des banques de procéder au calcul d'un ratio BRI au sens de la réglementation de Bâle. Il n'en demeure pas moins qu'en plus de déterminer leurs exigences en fonds propres selon le droit suisse, elles calculent ce ratio BRI par souci de transparence dans la communication avec les tiers, que ce soit pour accroître la comparabilité de leur dotation en fonds propres au plan international ou pour la transmission de chiffres à leur maison mère à l'étranger à des fins de consolidation.

Besoin de comparabilité
pour les banques opérant
à l'échelle internationale

Dans le cadre de l'élaboration de la nouvelle réglementation, ces banques actives à l'échelle internationale ont émis le souhait que l'on renonce à ce double calcul et qu'au lieu de cela, on adopte sans changement le dispositif réglementaire de Bâle II pour le calcul des exigences de fonds propres (Bâle II pur). Pour répondre à leur légitime aspiration, la Commission des banques prévoit que les banques satisfaisant à certains critères démontrant l'orientation internationale de leurs activités auront le choix entre l'actuelle

Bâle II pur

I. Thèmes principaux

réglementation, avec les adaptations nécessaires à la méthode standardisée découlant de Bâle II (méthode standardisée suisse), et Bâle II pur. Cependant, en vue d'éviter tout arbitrage sur les fonds propres, de prévenir toute distorsion de concurrence sur le marché intérieur et de s'assurer que les risques liés aux actifs sans contrepartie (art. 12b OB) ou aux opérations interbancaires continueront d'être pris en compte de manière suffisante d'un point de vue prudentiel, les fonds propres exigibles calculés selon Bâle II pur (autrement dit selon l'approche standardisée internationale) devront être fixés à un niveau au moins aussi élevé qu'avec la méthode standardisée suisse, à l'aide d'un multiplicateur approprié. Le souhait d'une approche Bâle II pur ne concerne par ailleurs que la méthode standardisée pour les risques de crédit. Quant à la mise en œuvre des deux approches IRB prévues ainsi que de l'ensemble des méthodes de calcul des fonds propres exigibles en matière de risques opérationnels (approche de l'indicateur de base, approche standardisée et AMA), elle suivra les directives de Bâle II.

Prescriptions relatives à la répartition des risques

S'agissant des banques qui appliqueront la méthode standardisée suisse, les prescriptions relatives à la répartition des risques demeureront liées aux coefficients de pondération des risques pour le calcul des fonds propres en matière de risques de crédit. Pour les autres banques ayant choisi l'approche Bâle II pur ou les méthodes fondées sur les notations internes, les règles se référeront désormais aux positions brutes non pondérées des risques – sur le modèle de l'Union européenne – sachant qu'une liste d'exceptions est également prévue.

Examens préliminaires auprès des deux grandes banques

En vue d'examiner les critères d'autorisation stricts relatifs aux méthodes internes, complexes, la Commission des banques a mené des discussions régulières avec les deux grandes banques. Ces dernières ont déjà également été soumises à des examens préliminaires approfondis portant aussi bien sur leur gestion des risques de crédit que sur leur gestion des risques opérationnels. Des examens qui n'ont révélé aucun problème patent dans les travaux de mise en œuvre par ces deux banques des approches IRB et AMA. Au contraire, toutes deux semblent bien parties pour obtenir à fin 2007 l'aval de la Commission des banques concernant leurs procédures internes de calcul des fonds propres requis.

Coordination internationale et coopération entre autorités de surveillance

La mise en œuvre transfrontalière de Bâle II est susceptible de générer, pour les banques actives à l'échelle internationale, des charges très importantes du fait de la multiplicité des exigences juridiques nationales (Cross Border Issues)¹. C'est pourquoi la Commission des banques a prévu d'organiser des

¹ cf. ch. VI/2.1.2

rencontres en 2005 avec les deux grandes banques et les autorités de surveillance étrangères les plus importantes pour ces dernières. Ces rencontres auront pour but de coordonner l'action des différentes autorités de surveillance nationales dans la procédure d'examen et, partant, de faciliter la tâche des grandes banques.

En ce qui concerne les banques en mains étrangères, la Commission des banques n'a pas exprimé d'attentes particulières et n'a pas l'intention de les contraindre à appliquer les méthodes complexes IRB ou AMA, mais elle ne les en empêchera pas non plus si l'autorité de surveillance du pays d'origine du groupe auquel elles appartiennent les y contraint. Si tel était le cas, la Commission des banques adoptera une attitude pragmatique et axée sur les risques, afin d'éviter tout problème d'application au niveau transfrontalier. Aussi s'appuyera-t-elle le cas échéant, dans la mesure du possible, sur le résultat des examens et l'appréciation de l'autorité de surveillance du pays d'origine de la maison mère. Cette démarche simplifiée aura cependant pour contrepartie – pour prévenir notamment toute distorsion de concurrence – l'obligation, pour les banques en mains étrangères bénéficiant d'une autorisation pour les méthodes IRB ou AMA, de satisfaire à des exigences de fonds propres comparables à celles imposées par les méthodes standardisées correspondantes (ou également l'approche de l'indicateur de base pour les risques opérationnels). Une façon également de combler les écarts éventuels entre les exigences techniques imposées aux procédures internes du groupe et les obligations découlant de la réglementation suisse.

Banques en mains étrangères établies en Suisse

2 Réforme de la révision bancaire

Dans le cadre de la réforme globale de la révision bancaire, la Commission des banques a mis en consultation les quatre nouvelles circulaires Audit, Rapport d'audit, Sociétés d'audit et Surveillance des grandes banques¹. Leur orientation générale a rencontré un écho largement positif. L'approche axée sur les risques en matière d'audit, l'amélioration de la transparence, la distinction entre révision des comptes annuels et révision prudentielle, ainsi que la cohérence de ce paquet de circulaires ont été en particulier bien accueillies. Le fait qu'elles constituent une contribution supplémentaire à la vague de réglementation a été critiqué. Cette réaction, au regard de l'ampleur du dispositif, semble compréhensible. Cependant, c'est oublier que ces circulaires formalisent une pratique éprouvée – sous l'angle de la transparence – mais non encore publiée de manière appropriée et que seule une

Accueil positif des nouvelles circulaires

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 15 ss

I. Thèmes principaux

partie de ces textes prévoit des innovations fondamentales. Les conséquences des circulaires en termes de coûts ont fait l'objet d'une controverse lors de la consultation. Pris isolément les arguments de ceux qui prévoient des hausses – ou baisses – des coûts semblent évidents. Il est pourtant difficile de procéder à une évaluation définitive des impacts financiers. Celle-ci dépend de la pondération des différents facteurs¹.

Entrée en vigueur
des circulaires

Alors que la circulaire Surveillance des grandes banques est entrée en vigueur au 1^{er} juin 2004, à l'issue de la procédure de consultation, les trois autres sont en phase de test auprès de 23 banques et négociants en valeurs mobilières². Cette démarche vise à optimiser la qualité et l'adéquation des circulaires, à stimuler l'adhésion aux nouvelles dispositions, et enfin à livrer des indications sur les conséquences financières, dont l'ampleur est difficile à estimer. Ces trois circulaires devraient entrer en vigueur – après d'éventuels ajustements – en milieu d'année 2005.

Rapport final du groupe
de travail

En 2004, le groupe de travail qui avait élaboré les circulaires a présenté à la Commission des banques son rapport final, lequel inclut des projets de nouvelles dispositions légales et réglementaires ainsi que des circulaires qui s'y réfèrent. Ce rapport donne un aperçu général du projet. Par ailleurs, outre des propositions en vue d'actualiser et de préciser les dispositions actuelles sur la révision des banques et négociants en valeurs mobilières et sur l'indépendance des sociétés d'audit, il contient également des recommandations concernant la révision des groupes et conglomérats financiers, dont la réglementation est incomplète, ainsi que sur la surveillance des sociétés d'audit. Ces propositions de réforme ne représentent pas un bouleversement de la révision. Elles visent à moderniser, concrétiser et élargir les dispositions existantes, tout en allant quand même au-delà d'une simple mise à jour.

Coordination difficile

Au cours de ce travail, il s'est avéré difficile, voire parfois impossible, de coordonner ce projet de révision avec d'autres projets de réglementation portant sur des sujets connexes. A la date de remise du rapport, ces derniers projets – sur la réforme de la surveillance des marchés financiers³ et sur la surveillance de la révision – n'étaient pas encore achevés. D'où, dans des domaines essentiels, un manque d'homogénéité et de clarté au niveau du contenu, notamment en ce qui concerne les conditions et procédures d'agrément des sociétés d'audit ainsi que leur surveillance. La réforme de la

¹ cf. ch. 5

² cf. <http://www.ebk.admin.ch/f/archiv/2004/aktuelles2004.html>

³ cf. ch. 3

surveillance des marchés financiers créait de nouvelles interférences en cas d'audit ordonné par la Commission des banques en sus de la révision ordinaire, ainsi qu'en présence de situations impliquant une obligation d'information immédiate des sociétés d'audit à la Commission des banques. On ne pouvait donc exclure des incohérences. Dans ce contexte, une publication et une mise en application intégrales du paquet de réformes, qui aurait laissé nécessairement irrésolues les diverses interférences avec les projets de réglementation présentant des chevauchements thématiques, ne semblait pas appropriée. Elle n'aurait été que difficilement compréhensible pour les cercles concernés et intéressés.

La Commission des banques a donc opté pour une mise en œuvre progressive de la réforme, en coordination aussi étroite que possible avec les autres projets de réglementation. Cette approche permet en outre de tenir compte du débat sur la (sur)réglementation et d'éviter, en procédant par étapes, un syndrome de saturation. Des contradictions temporaires, dues à un allongement des périodes transitoires, pourraient toutefois constituer un inconvénient.

Procédure par étapes

Il est prévu que dans une première phase, les circulaires ne présentant pas de contradictions avec les dispositions en vigueur soient soumises à la procédure de consultation habituelle et entrent en vigueur. Ceci concerne au premier chef les circulaires Audit, Rapport d'audit, Sociétés d'audit et Surveillance interne. S'agissant des trois premières, la procédure de consultation est d'ores et déjà achevée et des tests sont en cours. S'agissant de la circulaire Surveillance interne, la procédure de consultation est prévue pour 2005. Cette circulaire devrait contenir des prescriptions sur le renforcement de la surveillance et du contrôle internes des banques et négociants en valeurs mobilières, ainsi que des groupes et conglomérats financiers. Elle régira notamment les exigences imposées à l'organe de direction, de surveillance et de contrôle ou à son comité d'audit, à la révision interne, à la direction, aux fonctions de compliance et de contrôle des risques. La circulaire Révision interne en vigueur doit en outre être remplacée. Après adoption de la loi sur la surveillance des assurances, la circulaire Surveillance consolidée devrait elle aussi entrer en vigueur. Dans la mesure où elle récapitule, précise et, en cas de besoin, complète les principales dispositions applicables en matière de surveillance consolidée, elle crée la transparence requise.

Mise en œuvre
des circulaires

S'agissant de l'entrée en vigueur des propositions de réforme au niveau de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses, et le cas échéant au niveau des ordonnances correspondantes, il faut attendre que le contenu des deux

projets de réglementation précités – réforme de la surveillance des marchés financiers et surveillance de la révision – ait été clarifié.

3 Réforme de la surveillance des marchés financiers

Dès le mois de décembre 2001, le Conseil fédéral avait chargé une commission d'experts, dirigée par le Professeur Ulrich Zimmerli, de préparer des propositions de réforme de la surveillance des marchés financiers¹. Cette commission a déjà remis deux rapports partiels. Un troisième et dernier, consacré à l'extension de la surveillance prudentielle, est attendu pour le début 2005.

Organisation
et instruments

En 2003, la commission d'experts a présenté un projet de loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LFinma)². Celui-ci prévoit de créer une autorité de surveillance indépendante (Surveillance fédérale des marchés financiers, FINMA) dotée de la personnalité juridique. Elle reprendrait les fonctions de la Commission des banques et de l'Office fédéral des assurances privées. Le droit matériel de la surveillance resterait pour l'essentiel inchangé. Seuls les instruments de surveillance seraient, selon les termes du projet, uniformisés dans la LFinma.

Consultation sur l'organi-
sation de la FINMA

En 2004, le Département fédéral des finances a publié les résultats de la consultation relative à ce projet. La grande majorité des cantons, l'ensemble des partis politiques (à l'exception de l'UDC), ainsi que la plupart des associations faîtières et des autres organisations ayant participé à la consultation se sont prononcés en faveur d'une surveillance intégrée des marchés financiers. Toutefois, de nombreuses questions de détail ont suscité des objections. Il a notamment été demandé que soient mis en place des mécanismes de contrôle et d'arbitrage équilibrés entre les organes de la FINMA.

Approbation sur le fond

La Commission des banques partage ce souci et elle a fait des propositions d'amélioration³. Sur le fond, elle est favorable à la FINMA. Celle-ci permet des synergies, notamment par une meilleure utilisation des compétences professionnelles des collaboratrices et collaborateurs. Les risques identiques ou similaires auxquels s'exposent les banques et les assurances en matière de placements peuvent être surveillés de manière cohérente. La FINMA permet de renforcer l'indépendance de la surveillance en termes de gestion et

¹ cf. Rapport de gestion 2002 p. 13 s.

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 31 s.

³ cf. Rapport de gestion 2003 p. 32 ss.

de ressources, comme l'exigent d'ailleurs les normes internationales. Et c'est à juste titre que la commission d'experts ne propose pas d'harmoniser, outre l'organisation de la surveillance et ses instruments, le droit de la surveillance.

En novembre, le Conseil fédéral a chargé le Département des finances d'élaborer avant la fin 2005 un message sur les chapitres Organisation et Sanctions de la LFinma. Outre la Commission des banques et l'Office fédéral des assurances privées, la FINMA doit intégrer aussi l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment. Comme le souhaitait la Commission des banques, le rôle du conseil de surveillance de la FINMA dans les questions stratégiques et fondamentales se trouve renforcé. Mais il ne devrait pas se voir attribuer de compétence de décision – ce que la Commission des banques regrette. Le projet limite la responsabilité de la FINMA et de la Confédération. La FINMA rendra d'abord compte au Conseil fédéral, et non au Parlement. La Commission des banques continuera de participer aux travaux préparatoires et soutiendra les solutions qui renforcent l'indépendance de la FINMA, notamment en termes de ressources, et qui permettent des synergies. Dans le cadre des prescriptions du Conseil fédéral, elle s'efforcera de faire valoir aussi ses autres préoccupations, notamment la définition des révisions complémentaires.

Feu vert du Conseil fédéral

En août, le Département fédéral des finances a publié le deuxième rapport partiel de la commission d'experts Zimmerli concernant les sanctions. Ces travaux reposaient sur le rapport de la CFB sur les sanctions (avril 2003)¹. La commission d'experts a qualifié de «base de discussion innovante» les propositions de la Commission des banques, mais ne les a pas suivies. Elle a jugé problématique d'infliger des amendes d'un certain montant dans le cadre d'une procédure administrative, bien que divers Etats européens procèdent ainsi. Les garanties procédurales proposées dans le rapport sur les sanctions (comme par exemple une procédure contradictoire devant un comité des sanctions indépendant) ont également été rejetées. A la place, il a été proposé de maintenir dans ses grandes lignes la procédure pénale administrative, considérée par la Commission des banques comme lacunaire, mais d'augmenter les amendes et d'attribuer une compétence judiciaire centrale au Tribunal pénal fédéral.

Sanctions de la FINMA

La commission d'experts Zimmerli a aussi proposé, notamment sur deux points, de nouveaux instruments de droit administratif pour la FINMA. D'une part, lorsque des établissements assujettis à sa surveillance réalisent

Confiscation, interdiction de pratiquer, publicité

¹ cf. <http://www.ebk.admin.ch/f/archiv/2003/20030502/m030502-02f.pdf>

Position de la Commission
des banques

des gains ou évitent des pertes en enfreignant gravement le droit de la surveillance, la FINMA devrait pouvoir confisquer ces gains ou récupérer la contre-valeur des pertes évitées. D'autre part, la FINMA devrait pouvoir interdire aux personnes responsables de ces infractions graves d'occuper une fonction de direction dans un établissement assujéti à sa surveillance, et ce pendant cinq ans au maximum. Contrairement à ce que proposait la Commission des banques, ces décisions seraient prises non pas par un comité des sanctions indépendant, mais par le conseil de surveillance ou le directoire de la FINMA. Enfin, la FINMA devrait pouvoir publier ses décisions finales devenues définitives, dès lors qu'elle y constate des infractions graves au droit de la surveillance. La publication, d'après le projet, pourrait être contestée devant les tribunaux.

En novembre, le Conseil fédéral a lancé une procédure de consultation sur ces propositions, sans prendre position. La Commission des banques en a salué le principe. Elle a admis que les positions formulées dans son rapport sur les sanctions n'emportent actuellement pas l'adhésion et ne sont pas réalisables politiquement, bien qu'elles correspondent pour l'essentiel aux standards internationaux. Dans sa prise de position, la Commission des banques a toutefois rejeté l'objection selon laquelle la procédure de sanction contreviendrait à la Convention européenne des droits de l'homme. Elle soutient en revanche, notamment, le prélèvement sur les gains proposé par la commission d'experts Zimmerli. La possibilité d'une interdiction de pratiquer lui apparaît également justifiée. La FINMA devrait toutefois également pouvoir interdire à une personne de détenir des participations déterminantes dans un établissement assujéti à sa surveillance. Il serait de ce fait préférable d'utiliser l'expression «interdiction d'exercer une fonction». Dans des cas graves, comme par exemple les escroqueries au placement, une interdiction devrait aussi pouvoir être prononcée pour une durée supérieure à cinq ans. La Commission des banques salue au surplus la possibilité pour la FINMA de pouvoir publier des décisions dans des cas graves. Le fait que l'information au sujet d'enquêtes menées par la FINMA soit réglée de façon appropriée est cependant plus important que la publication comme moyen de sanction.

4 Surveillance des marchés

L'activité de la Commission des banques en matière de surveillance des marchés se fonde pour l'essentiel sur l'art. 6 LBVM: «La bourse surveille la formation des cours, la conclusion et l'exécution des transactions, de sorte que les délits d'initiés ou de manipulation de cours ou d'autres violations de

dispositions légales puissent être détectés. La bourse annonce à l'autorité de surveillance tout soupçon d'infraction à la loi ou d'autres irrégularités. L'autorité de surveillance ordonne les enquêtes nécessaires.»

Cette disposition légale ne dit pas clairement si et dans quelle mesure une surveillance des marchés peut aller au-delà de l'approche prudentielle. L'art. 6 LBVM ne répond ni par l'affirmative ni par la négative à la question de savoir si tous les participants au marché – y compris ceux non soumis au régime prudentiel – sont assujettis à la surveillance de la Commission des banques. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les bourses en 1997, la Commission des banques a développé une pratique de surveillance des marchés selon laquelle elle mène une enquête approfondie en présence de soupçons de comportements abusifs sur le marché, mais n'ouvre une enquête administrative que si ces soupçons se confirment contre des établissements et des personnes assujettis à sa surveillance. En présence de soupçons de délit d'initié ou de manipulation de cours (art. 161 et 161^{bis} CP), la Commission des banques adresse dans tous les autres cas une dénonciation pénale aux autorités cantonales compétentes, conformément à son obligation légale¹. La collaboration avec ces dernières fonctionne bien. Les autorités pénales apprécient de pouvoir instruire les affaires sur la base de soupçons fondés reflétés par les dossiers transmis par la Commission des banques.

Approche prudentielle

La surveillance des marchés par la Commission des banques, dès lors qu'elle englobe aussi la compétence d'ordonner des mesures à l'encontre des contrevenants, doit donc se limiter aux établissements assujettis à sa surveillance, à savoir les négociants en valeurs mobilières, les banques, les bourses, les banques de dépôt, les directions de fonds, les distributeurs et les sociétés d'audit, ainsi que leurs organes respectifs. Les éventuelles mesures prises à l'encontre de l'établissement et de ses organes se fondent à cet égard sur l'exigence d'une activité irréprochable. Elles se limitent au rétablissement d'une situation conforme au droit. S'y ajoute le pouvoir de sanctionner des personnes intervenant dans le négoce de valeurs mobilières².

Mesures limitées à la surveillance

Le fait que la Commission des banques ne puisse pas intervenir contre des acteurs du marché qui ne sont pas soumis à sa surveillance, ni prendre des mesures à leur encontre constitue une grave lacune de la législation actuelle sur la surveillance des marchés. La force de frappe et la crédibilité de la Commission des banques en tant que «gardienne des marchés» s'en

Inégalité de traitement entre participants au marché

¹ cf. art. 35 al. 6 LBVM

² cf. art. 35 al. 3 let. b LBVM

I. Thèmes principaux

trouvent limitées. En outre, il y a inégalité de traitement entre les intermédiaires financiers assujettis à sa surveillance et les autres acteurs du marché – ceci d’autant plus que le champ d’application des deux dispositions pénales sur les délits boursiers qui s’adressent à tous les acteurs du marché est plus étroit que celui du droit de la surveillance, qui se fonde sur la notion générale d’exigence d’une activité irréprochable mais ne s’adresse qu’aux établissements soumis à surveillance.

Extension de la surveillance des marchés

Une extension de la surveillance des marchés à tous les acteurs apparaît donc justifiée. Le but de la loi sur les bourses d’assurer la transparence et le bon fonctionnement des marchés ne peut en définitive être atteint qu’à l’aide d’un régime de surveillance suffisant et efficace.

Elargissement des compétences en matière de sanctions

S’y ajoute le fait que même les possibilités de sanctions existant dans le cadre de la surveillance des établissements sont insuffisantes¹. La Commission des banques n’est notamment pas compétente pour infliger aux contrevenants des sanctions administratives au titre du droit de la surveillance (par exemple des peines d’amende) ou pour ordonner la confiscation des gains illicites. La révision des délits boursiers et la centralisation des poursuites pénales ne sont pas à l’ordre du jour des discussions sur les bases légales de la nouvelle surveillance des marchés financiers². Ces questions sont examinées par d’autres instances qui, dans le cadre des projets de révision en cours, s’appuient sur les travaux préparatoires du groupe de travail Délits boursiers dirigé par le Conseiller d’Etat zougais Hanspeter Uster³ et se penchent, pour la révision des art. 161 et 161^{bis} CP, sur les 40 recommandations remaniées du Groupe d’action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)⁴.

Nécessité d’approfondir les travaux de révision

Pour l’heure, on ne saurait prédire la suite qui sera donnée au rapport final du groupe de travail Délits boursiers. La Commission des banques est d’avis que les conclusions de ce groupe sur la révision matérielle des articles 161 et 161^{bis} CP et sur les questions de procédure et de compétence doivent être développées. Elle a donc demandé au Département fédéral de justice et de police de confier un mandat en ce sens à un comité ad hoc de pénalistes et de spécialistes des marchés financiers.

¹ cf. Rapport de la CFB sur les sanctions et Rapport de gestion 2002 p. 22 ss

² cf. ch. 3

³ cf. Rapport de gestion 2003 p. 99 ss

⁴ cf. ch. IV/1.3

Au regard de la situation internationale, la Suisse doit doter la Commission des banques d'une force de frappe accrue en matière de surveillance des marchés et élargir le champ d'application des délits boursiers. Au plan matériel, un écart important s'est creusé par rapport aux réglementations des principales places boursières, ainsi que par rapport à la nouvelle directive de l'Union européenne (UE) sur les abus de marché¹. En matière de délit d'initié, la limitation des faits incriminés telle qu'elle figure à l'art. 161 al. 3 CP est intenable et le cercle des auteurs potentiels est défini trop restrictivement. En matière de manipulation de cours, limiter les faits incriminés aux opérations fictives est également trop restrictif: des manipulations peuvent bel et bien être opérées par le biais de transactions réelles.

Retard en comparaison internationale

Ces dispositions pénales restrictives ne manquent pas d'entraver aussi l'entraide administrative. En effet, en vertu de l'art. 38 al. 2 let. c LBVM, la transmission d'informations par des autorités de surveillance étrangères à des autorités pénales requiert, outre l'assentiment de la Commission des banques (d'entente avec l'Office fédéral de la justice), la double incrimination².

Entrave à l'entraide administrative

Enfin, la Suisse est à la traîne en ce qui concerne les aspects techniques des investigations et de la procédure. Aujourd'hui, la Securities and Exchange Commission (SEC) américaine n'est plus seule à disposer de pouvoirs étendus d'investigation et de sanction. Dans l'UE aussi, la directive sur les abus de marché (directive sur les délits d'initiés et les manipulations de cours) exige que, quelles que soient les compétences des autorités judiciaires, une autorité unique soit chargée de surveiller l'application des dispositions pertinentes et dispose à cet effet de tous les pouvoirs de surveillance et d'investigation requis. En outre, les abus de marché doivent être combattus par des mesures administratives appropriées ou sanctionnés par voie de procédure administrative. Aux termes de la directive de l'UE, ces sanctions doivent être «effectives, proportionnées et dissuasives»³.

La Commission des banques a défendu cette position dans son rapport sur les sanctions. Elle considère que ces principes doivent être intégrés dans les travaux de révision de la surveillance des marchés financiers et des art. 161 et 161^{bis} CP. Pour autant, elle ne préconise nullement de reprendre les yeux fermés le droit européen. Dans l'hypothèse où les travaux de révision en cours, déclenchés par les exigences du GAFI, n'iraient pas au-delà de ces

Solution suisse

¹ cf. http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/l_096/l_09620030412fr00160025.pdf

² cf. ch. IV/1.1

³ cf. http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/l_096/l_09620030412fr00160025.pdf, art. 14

exigences, il est à craindre que les améliorations urgentes et importantes à apporter aux deux articles du code pénal, soient compromises pour longtemps. Il est peu probable que le Parlement se penchera deux fois de suite, et dans un court laps de temps, sur ces articles. Pourtant, pour la surveillance des marchés qu'exerce la Commission des banques, il serait fatal d'en rester là.

5 Surréglementation?

Débat public

L'étendue de la réglementation et de la surveillance du secteur financier suscite de plus en plus un débat dans l'opinion publique et dans les médias. Nul ne conteste que réglementer est nécessaire, ni que cela est utile pour la place financière et économique suisse. En revanche, les opinions divergent quant à la bonne «dose» de réglementation et aux moments opportuns pour la mettre en place.

Nécessité d'une
réglementation des
marchés financiers

Parce qu'elle est une place financière de premier ordre pour la clientèle privée internationale, la Suisse se doit d'avoir une réglementation crédible des marchés financiers. Sur la scène mondiale, un système de surveillance conforme aux normes internationalement reconnues est indispensable. Les règles qui font foi sont celles du Comité de Bâle¹ et de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV)². L'équivalence de la réglementation et le respect des normes internationales sont les conditions d'accès aux marchés étrangers. En termes d'efficacité, la surveillance suisse doit donc pouvoir soutenir la comparaison avec celle d'autres places financières. La Suisse, en raison du secret bancaire et de la position qu'elle occupe en matière de Private Banking, est particulièrement exposée. Aujourd'hui, des organisations internationales procèdent à des examens de pays (Financial Sector Assessment Program du Fonds monétaire international, Mutual Evaluations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux) pour contrôler le respect des normes internationales et elles en publient les résultats. Toute non-conformité à ces normes met en péril la réputation, et donc la compétitivité, de la place financière.

En comparaison
internationale

En comparaison internationale, la Suisse n'est pas surréglementée. La réglementation d'autres marchés financiers internationaux s'avère bien plus étendue et bien plus pointilleuse que celle de la Suisse. En outre, contrairement à d'autres pays, la Suisse s'abstient d'intervenir sur le marché. Mais les

¹ cf. ch. VI/2.1

² cf. ch. VI/2.2

mutations rapides du secteur financier font surgir la nécessité d'adapter en permanence la réglementation aux nouvelles données économiques, sans compter la multiplication des normes internationales auxquelles la Suisse, en tant que place financière intégrée dans un système mondial, ne peut se soustraire. La mise en application des exigences minimales internationales représente l'essentiel de la réglementation. Elle ne doit toutefois pas se faire automatiquement ni aveuglément. Au contraire, il convient au préalable d'examiner et d'exploiter la marge de manœuvre matérielle, temporelle et politique dont on dispose pour préserver la compétitivité de la place financière suisse. La Commission des banques n'entend aller au-delà des normes minimales internationales que dans les domaines d'importance stratégique: exigences en matière de fonds propres¹ et lutte contre le blanchiment d'argent notamment².

Le besoin de réglementation résultant des évolutions nationales et internationales n'est généralement pas contesté par les établissements réglementés mais, le nombre des projets de réglementation actuellement en cours³ fait craindre aux banques une surcharge financière. La Commission des banques considère qu'il est judicieux et nécessaire d'ouvrir le dialogue avec les établissements concernés sur les priorités et les objectifs stratégiques d'une planification réglementaire. Elle a donc décidé de s'entretenir régulièrement avec des représentants des banques, afin de définir en temps utile des lignes directrices pour les nouvelles réglementations.

Dialogue avec les banques

Tous les projets de réglementation n'entraînent toutefois pas une réglementation ou des charges supplémentaires pour les banques et les négociants en valeur mobilières, loin s'en faut. Une modernisation ou une harmonisation de la réglementation existante ne conduit donc pas à la surréglementation. La loi sur la surveillance des marchés financiers⁴, par exemple, créerait de nouvelles structures de surveillance sans coûts supplémentaires pour les établissements assujettis. Le chiffre absolu des projets de réglementation n'est pas parlant en tant que tel et ne permet pas d'évaluer l'importance relative de la réglementation. En revanche, les établissements attendent – légitimement – une plus grande sécurité juridique et une réglementation différenciée, tenant compte des particularités, de la taille, de la complexité et des risques de chaque activité et de chaque secteur; cela implique quasi-automatiquement une réglementation plus détaillée. Mais celle-ci peut aussi influencer positivement sur l'attractivité de la place financière. La mise en

Outil de promotion de la
place financière

¹ cf. ch 1

² cf. ch. II/1.3

³ cf. www.finweb.admin.ch

⁴ cf. ch 3

application de Bâle II¹ constitue un exemple de réglementation différenciée. La loi fédérale sur les titres intermédiaires et celle sur les placements de capitaux², pour n'en citer que deux, contribuent à la modernisation et à la promotion de la place financière.

Rapport coût/utilité

Les coûts liés à la mise en application de la réglementation dans le secteur des marchés financiers ont augmenté ces dernières années – et ce non seulement en Suisse, mais dans le monde entier. Réfléchir sur les réglementations en termes de rapport coût/utilité est intéressant sur le fond. Cela permet de mieux appréhender les coûts, donne des bases de décision pour l'évaluation de la nécessité et de l'adéquation des réglementations projetées et aide à trouver de meilleures alternatives, mais cela suppose aussi de connaître en détail le projet, les données, la portée économique et la méthode d'évaluation, ce qui n'est guère possible sans l'implication globale – et onéreuse – des établissements concernés. Même à grands frais, une analyse coût/utilité en matière de réglementation ne donne que des approximations, pas des données exactes. Les coûts de mise en œuvre des réglementations sont difficiles à évaluer précisément à l'avance. Lorsqu'on les mesure, il convient de déduire les coûts qui seraient supportés même sans réglementation supplémentaire. Ceci complique l'évaluation exacte, sans compter que les coûts intrinsèques (revenus non perçus, perte de compétitivité et innovations) sont eux aussi difficiles à évaluer. L'utilité pour la collectivité, à supposer qu'elle soit quantifiable, ne l'est guère ex ante. La Commission des banques considère donc que des analyses coût/utilité systématiques, définies par la loi – et par ailleurs coûteuses et complexes – ne sont pas appropriées. Elles rallongeraient davantage encore le processus réglementaire. En revanche, des analyses coût/utilité devraient être intégrées au processus réglementaire selon le principe de proportionnalité.

Amélioration du processus réglementaire

Comme le montre le site FinWeb de l'Administration fédérale des finances³, de nombreux projets de réglementation des marchés financiers sont menés en parallèle, confiés à divers responsables par des mandants tout aussi divers. Certains de ces projets se recoupent au niveau du contenu et nécessitent ainsi une coordination accrue. Dans la limite de ses moyens, la Commission des banques s'efforce d'améliorer la coordination du processus réglementaire et de définir des calendriers clairs et compatibles pour les différents projets.

¹ cf. ch. 1

² cf. ch. III/1.1

³ cf. www.finweb.admin.ch

Selon la Commission des banques, l'autorégulation prend une importance croissante. Il est vrai qu'en Suisse, elle a fait ses preuves. Elle décharge l'Etat d'une partie de ses tâches réglementaires et garantit une proximité par rapport au marché, condition essentielle de la compétitivité des établissements. Les derniers exemples en date d'initiatives réussies en la matière sont les directives de l'Association suisse des banquiers (ASB) pour garantir l'indépendance de l'analyse financière, ainsi que les règles de conduite de la Swiss Funds Association (SFA). Pour constituer une alternative à la réglementation étatique, l'autorégulation doit être coordonnée avec elle. Ceci est possible grâce à un mandat légal d'autorégulation dans le secteur boursier et grâce à la reconnaissance de l'autorégulation en tant que normes minimales de surveillance par la Commission des banques.

Allègement grâce
à l'autorégulation

Afin de valoriser l'autorégulation, la Commission des banques a mis en application sa circulaire Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux. Celle-ci énonce les prescriptions et règles de conduite de l'ASB et de la SFA qui ont été élaborées dans le cadre de l'autorégulation et reconnues par la Commission des banques en tant que normes minimales obligatoires. Cette nouvelle Circ-CFB 04/2 remplace l'annexe I de la Circ-CFB 96/3 Rapport de révision. Elle impose aux sociétés d'audit de vérifier, au regard de critères axés sur les risques, si l'autorégulation reconnue en tant que normes minimales est respectée et de consigner le résultat de leurs vérifications dans le rapport d'audit.

Nouvelle circulaire

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

1 Réglementation

1.1 Surveillance des groupes et conglomérats

Surveillance des groupes
et conglomérats dans la loi
sur les banques

Le Parlement a adopté la loi révisée sur la surveillance des assurances (LSA)¹. Elle devrait entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2006. Dans le cadre de la refonte de la LSA, une révision partielle de la loi sur les banques a été proposée avec de nouvelles dispositions concernant la surveillance des groupes et des conglomérats².

Les exigences principales en matière de surveillance des groupes et conglomérats par la Commission des banques sont résumées dans trois articles³. Ce sont notamment la garantie d'une activité irréprochable, une organisation appropriée, des prescriptions sur les fonds propres, la liquidité, la répartition des risques, les positions risques internes au groupe et la comptabilité, les tâches de l'organe de révision externe, ainsi qu'un droit étendu pour la Commission des banques de consulter les livres ou de se renseigner. La Commission examine actuellement dans quelle mesure ces nouvelles dispositions entraînent une modification de l'ordonnance sur les banques.

1.2 Insolvabilité des banques et protection des déposants

Entrée en vigueur et abro-
gation du droit antérieur

Les nouvelles dispositions de la loi sur les banques concernant l'insolvabilité des banques sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2004⁴. Les articles 25 à 37b LB sont ainsi intégralement remplacés. Les dispositions de l'ordonnance sur les banques concernant la prorogation des échéances et le sursis ainsi que l'ordonnance d'exécution du Conseil fédéral et l'ordonnance du Tribunal fédéral sur la procédure concordataire des banques et caisses d'épargne sont abrogées. Les nouvelles dispositions s'appliquent aussi aux négociants en valeurs mobilières.

L'observateur remplacé par
un chargé d'enquête

Ces nouvelles dispositions sur l'insolvabilité des banques ont remplacé l'observateur par un chargé d'enquête. La Commission des banques peut le charger d'élucider des faits relevant de la surveillance. Pour mettre en œuvre des mesures de surveillance, il peut désormais être autorisé à agir en sus des organes antérieurs ou à leur place. En vertu du droit en vigueur et de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵, cela n'était jusqu'à présent pas possible sous cette forme.

¹ cf. <http://www.bk.admin.ch/ch/f/ff/2004/6825.pdf>

² cf. art. 3b–3h LB (projet)

³ cf. art. 3f–3h LB (projet)

⁴ cf. Rapport de gestion 2003 p. 37 s.

⁵ cf. Arrêt 126 II 119, consid. 5

Les mesures protectrices que la Commission des banques peut ordonner en cas de risque d'insolvabilité visent à écarter une menace imminente pesant sur les créanciers, à assurer l'égalité de traitement de ces derniers et à protéger la banque contre des retraits qu'elle ne pourrait honorer. Elles peuvent être ordonnées séparément ou conjointement, voire en même temps qu'une procédure d'assainissement ou de faillite bancaire. Leur nature et leur étendue sont laissées à l'appréciation de la Commission des banques, sous réserve du principe de proportionnalité. En outre, la Commission des banques se voit désormais attribuer la compétence d'ordonner un sursis ou une prorogation des échéances. Ceci corrige la situation juridique insatisfaisante qui prédominait jusqu'ici, où, en cas de fermeture, une décision de droit administratif pouvait interdire à la banque de rembourser sur demande des créances échues, alors que le droit civil l'y obligeait.

Mesures protectrices

La nouvelle procédure d'assainissement vise à permettre à l'établissement menacé de poursuivre son activité soumise à autorisation. Il n'y a toutefois pas de procédure d'assainissement, et donc pas d'examen des perspectives d'assainissement par la Commission des banques, lorsque l'établissement s'est déjà vu retirer son autorisation. Il en va de même pour les établissements exerçant sans autorisation, lorsque l'autorisation n'a pu leur être accordée et ne peut pas l'être. Les assainissements portant atteinte aux droits des créanciers sont difficiles, en raison de la perte de confiance qu'ils génèrent inévitablement. Ils peuvent néanmoins tout à fait avoir une issue positive. Les nouvelles règles en matière d'assainissement laissent à la Commission des banques la latitude requise pour agir au cas par cas.

Procédure
d'assainissement

La Commission des banques n'intervient pas seulement en qualité de juge de la faillite et autorité de surveillance chapeautant les liquidateurs désignés. Elle a aussi la compétence de décision d'une administration de la faillite. Contrairement à cette dernière, le liquidateur désigné par la Commission des banques dans le cadre de la procédure de faillite bancaire n'est pas une autorité. Il en résulte que les tâches, compétences et attributions du liquidateur et de la Commission des banques, ainsi que la position des créanciers et des tiers qui y est liée, requièrent une réglementation autonome.

Ordonnance sur la faillite
bancaire

A cet égard, il convient de régler notamment les questions suivantes:

- détermination du lieu de la faillite;
- nature et contenu des annonces officielles;
- droits d'accès aux dossiers et obligations de conserver les documents;

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

- mise en place de commissions de surveillance ainsi que des assemblées de créanciers et définition de leurs missions et compétences;
- possibilité, pour les créanciers, de demander à la Commission des banques le contrôle des réalisations opérées par le liquidateur;
- protection et réalisation des valeurs patrimoniales;
- reconnaissance des jugements de faillite étrangers et des procédures similaires; intégration des créanciers domiciliés à l'étranger.

Sur la base de sa compétence expresse d'édicter une réglementation dérogeant à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et qui soit adaptée à la procédure de faillite bancaire, la Commission des banques a décidé d'élaborer une ordonnance sur la procédure de faillite des banques et négociants en valeurs mobilières.

Nouvelle réglementation
de la protection
des déposants

La révision de la loi sur les banques prévoit aussi une nouvelle réglementation de la protection des déposants. Les dépôts jusqu'à concurrence de 30 000 francs, montant du privilège en cas de faillite, doivent rester garantis dans le cadre éprouvé de l'autorégulation. Désormais, toutes les banques et tous les négociants en valeurs mobilières qui acceptent des dépôts sont tenus légalement de mettre en place une autorégulation. A compter de l'entrée en vigueur de la loi révisée, ils disposent d'un délai d'un an pour élaborer cette autorégulation et la soumettre à la Commission des banques pour approbation. Doivent notamment être fixés le cadre organisationnel et la procédure de remboursement des dépôts protégés ainsi que le calcul des exigences légales supplémentaires en matière de liquidités. Ceci vise à garantir que les banques, en cas de faillite bancaire, pourront honorer leurs obligations de contribution et effectuer les paiements dus dans le cadre de la protection des déposants.

1.3 Mise en œuvre de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent

Rapport sur la mise
en œuvre

Lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA-CFB), les intermédiaires financiers ont dû exposer à la Commission des banques comment ils comptaient la mettre en œuvre et faire contrôler l'adéquation des mesures par leurs organes de révision externes. L'objectif était d'assurer l'exécution correcte de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent et d'identifier en temps utile d'éventuelles lacunes¹.

¹ cf. Rapport de gestion CFB 2003 p. 27 ss

L'analyse des questionnaires¹ a donné une image globalement positive. La plupart des banques se sont montrées très attachées à un dispositif efficace de lutte contre le blanchiment d'argent et ont engagé les dépenses requises à cet effet. La mise en place d'un système informatisé de surveillance des transactions, la répartition des relations d'affaires en catégories de risques et les éventuelles clarifications complémentaires requises ont été les principaux défis à relever. Chez les intermédiaires financiers dont les concepts de mise en œuvre présentaient des lacunes manifestes, des mesures ont été prises au cas par cas. La Commission des banques a ordonné un contrôle approfondi pour 2004 chez 28 d'entre eux.

Résultats positifs

S'agissant des systèmes de surveillance des transactions, les paramètres sélectionnés présentaient des orientations très diverses. Le choix du système approprié dépend largement du nombre de clients, du volume des transactions et du volume d'affaires de l'intermédiaire financier concerné.

Surveillance des transactions

Une analyse globale des risques de blanchiment était difficile, car ceux-ci doivent être définis en fonction du domaine d'activité de chaque établissement. L'évaluation n'a donc permis d'identifier que de grandes tendances. La plupart des intermédiaires financiers distinguent deux catégories de clients (clientèle sans risques accrus et clientèle présentant des risques accrus, les personnes exposées politiquement – PEP – entrant dans cette dernière catégorie). La classification d'un client dans l'une ou l'autre catégorie peut se faire sur la base d'un ou plusieurs critères, ou selon une pondération de plusieurs critères (méthode du scoring). Généralement, les intermédiaires financiers ont utilisé la liste de critères figurant dans l'ordonnance, en la complétant ou en l'adaptant en fonction de leurs activités respectives.

Critères de risque

Les intermédiaires financiers ont également dû se prononcer sur les coûts liés à la mise en œuvre de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent, en termes financiers et de personnel. En l'absence d'éléments de comparaison, il a toutefois été difficile de procéder à une évaluation définitive de leurs réponses. L'analyse des coûts s'est donc révélée peu convaincante.

Coûts

Dans un deuxième temps, les auditeurs externes doivent se prononcer sur la manière dont les intermédiaires financiers ont mis en œuvre l'ordonnance et vérifier s'ils satisfont aux exigences de celle-ci. D'ici mars 2005, les sociétés d'audit doivent répondre à des questions sur les mesures organisationnelles et les obligations de diligence accrues, et apprécier ces éléments au regard

Contrôle de la mise en œuvre

¹ cf. Communication CFB n° 34

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

Règles spéciales pour les
organismes de cartes de
crédit

de leur compatibilité avec l'OBA-CFB. Cette deuxième étape contribuera à une évaluation précise de la mise en œuvre de l'ordonnance.

En lien avec la lutte contre le blanchiment d'argent, la Commission des banques s'est attachée à trouver des solutions pratiques dans le domaine des cartes de crédit. En complément à la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 03)¹, l'Association suisse des banquiers a formulé des règles spéciales pour les organismes de cartes de crédit. La Commission des banques les a reconnues comme standards minimaux de surveillance. Ces règles spéciales prévoient notamment des allègements lors de l'ouverture de relations d'affaires par correspondance. Il n'est pas demandé de copie certifiée conforme dès lors que la limite mensuelle de la carte à émettre ne dépasse pas 25 000 francs. Pour les relations d'affaires ouvertes par l'entremise d'un intermédiaire financier suisse au sens de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (clients indirects), les obligations de documentation sont également allégées. Ainsi, dans le cadre d'une délégation de l'identification, les documents peuvent rester entre les mains de l'intermédiaire financier qui a la relation la plus directe avec le client. L'organisme de cartes de crédit doit toutefois disposer des informations requises concernant le titulaire de la carte.

1.4 Refonte des prescriptions régissant l'établissement des comptes

Etablissement d'un
concept global

La Commission des banques a rencontré à plusieurs reprises l'Association suisse des banquiers afin de réexaminer la question de l'établissement et de la publication des comptes des banques suisses. Un groupe de travail mixte comprenant des représentants des banques et de l'Association suisse des banquiers, des sociétés de révision, de la Banque nationale et de la Commission des banques a débuté ses activités. Son mandat repose sur un concept global qui contient les axes suivants. D'abord, les banques et groupes bancaires cotés sur le segment principal de la Bourse suisse et ayant une activité internationale devraient publier un bouclement consolidé conforme aux normes IFRS ou US GAAP. Les autres établissements continueront comme par le passé à être soumis aux dispositions pertinentes de l'ordonnance sur les banques et des directives y relatives de la Commission des banques (DEC-CFB), avec toutefois la faculté d'appliquer volontairement les normes IFRS ou US GAAP au niveau consolidé. A cet égard, le groupe de travail étudiera en outre la possibilité de permettre une application facultative, au niveau individuel, des normes internationales précitées. Ce dernier

¹ cf. http://www.swissbanking.org/1116_f.pdf

point impliquera une refonte des art. 5 LB (adaptation des prescriptions en matière de répartition du bénéfice) et 6 LB (émancipation de la législation bancaire qui ne devrait plus faire référence au droit des sociétés anonymes en ce qui concerne la comptabilité).

Les prescriptions régissant l'établissement et la publication des comptes contenues dans l'ordonnance du Conseil fédéral vont être réexaminées et les actuelles directives réglant l'établissement des comptes (DEC-CFB) pourraient être reprises dans une ordonnance de la Commission des banques. A cette occasion, le groupe de travail étudiera les diverses possibilités permettant de concrétiser le principe de la différenciation. Un rapport intermédiaire sera remis à la Commission des banques à la mi-2005.

Concrétisation

Comme il devrait s'écouler beaucoup de temps jusqu'à l'aboutissement de ce grand projet, le cadre réglementaire actuel fera l'objet d'une révision limitée et transitoire afin de pouvoir transposer dans les délais les exigences de transparence du nouvel accord de Bâle sur les fonds propres (troisième pilier de Bâle II¹).

1.5 Dépôts du public: définition

En date du 1^{er} juillet 2004, la Commission des banques a adapté la circulaire CFB 96/4 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, afin de l'harmoniser avec la révision de l'exception instaurée par l'ordonnance sur les banques, facilitant le financement de projets pour les associations, fondations et sociétés coopératives². Les nouveaux chiffres marginaux 26 et 27 de la circulaire CFB 96/4 prévoient dorénavant que les fonds déposés auprès d'associations, de fondations et de sociétés coopératives – que les déposants soient ou non membres de l'association ou coopérateurs – ne sont pas considérés comme des dépôts du public tant que ces organisations poursuivent un but idéal ou d'entraide commune et ne sont d'aucune manière actives dans le domaine financier. Sont en revanche considérés comme dépôts du public, les fonds provenant de déposants auprès d'organisations dont le but ou l'activité réside dans l'acceptation et le placement productif d'intérêts des fonds confiés.

Associations, fondations et sociétés coopératives

De même, la Commission a précisé sa pratique concernant le non-assujettissement à la loi sur les banques, au sens de l'art. 3a al. 3 let. a et c OB, des

Moyens de paiement

¹ cf. ch. I/1

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 43

moyens de paiement, soit en particulier des moyens de paiement électroniques tels que cartes de clients, cartes de crédit et cartes à pré-paiement¹. Suite à la procédure de consultation publique effectuée au début 2004, la Commission des banques a mis en vigueur au 1^{er} juillet 2004 un nouveau chiffre marginal 18^{bis} de la circulaire CFB 96/4; il précise que les fonds affectés à un moyen de paiement ou à un système de paiement n'ont pas le caractère de dépôts du public et ne sont par conséquent pas soumis à la loi sur les banques. Cette exception n'est toutefois applicable que si les fonds déposés servent uniquement à l'acquisition future de biens ou de services, qu'ils ne dépassent jamais le montant maximal de 3 000 francs par client et par prestataire de moyen de paiement ou exploitant de système de paiement et qu'ils ne produisent pas d'intérêts. Des rabais ou d'autres avantages pécuniaires ne peuvent être accordés que sur les biens ou services et ne doivent pas dépendre du montant des avoirs.

2 Pratique de l'autorité de surveillance

2.1 Procédures administratives contraignantes

Définition et spécificité
de la notion

L'activité de surveillance de la Commission des banques est soumise, dans son ensemble, aux dispositions de la loi sur la procédure administrative. Celles-ci ne jouent toutefois qu'un rôle restreint dans le travail de surveillance quotidien. C'est le dialogue informel, verbal, téléphonique et écrit, qui prime. Lorsqu'il s'agit par contre d'une limitation éventuelle des droits des établissements concernés, la préservation des droits procéduraux de ces établissements et donc le respect des dispositions de la loi sur la procédure administrative revêtent une importance majeure. Les procédures susceptibles d'aboutir à une décision qui restreint, voire révoque intégralement ces droits, sont qualifiées de «procédures administratives contraignantes» par la Commission des banques. Elles se distinguent des procédures administratives non contentieuses où il s'agit d'octroyer un droit, par exemple une autorisation.

Principes fondamentaux
en matière de procédure

Lorsqu'une procédure de surveillance prend la forme d'une procédure administrative contraignante, ceci entraîne parfois des transferts de compétence au niveau du Secrétariat. Les personnes en charge de la surveillance courante transmettent le dossier à des enquêteurs spécialisés. Pendant les investigations, les droits procéduraux des parties sont respectés, notamment le droit d'accès au dossier, le droit d'être entendu, le droit d'exiger des mesures probatoires et, lors des auditions, de poser des questions complé-

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 43 s.

mentaires, le droit de se faire assister par un avocat. En général, les établissements concernés sont informés immédiatement de l'ouverture d'une procédure administrative contraignante et de son objet. Lors de l'ouverture de telle procédure, on décide également si les justiciables se verront imputer les frais effectifs correspondant à l'activité déployée¹.

On recourt aussi à des procédures administratives contraignantes en cas d'enquêtes diligentées contre des sociétés d'audit², d'investigations concernant une éventuelle obligation d'assujettissement³ et d'entraide administrative internationale, lorsque des informations concernant des clients doivent être transmises⁴. En 2004, diverses procédures administratives contraignantes engagées contre des banques et des négociants en valeurs mobilières se sont conclues par le prononcé d'une décision.

Un ancien directeur général de banque, pour lequel la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable avait été mise en doute, a manifesté le désir d'occuper une position de membre du conseil d'administration d'une nouvelle banque. Cette personne avait quitté sa fonction de directeur général en 2000 alors qu'il lui avait été reproché d'avoir créé et géré une réserve de fonds secrète, pour le bénéfice présumé de la banque qui l'employait. Cette réserve constituée sous le couvert de comptes de clients et alimentée par des crédits octroyés contre la garantie des avoirs de la clientèle concernée, a notamment servi à compenser les pertes encourues par certains clients importants. En 2003, la nouvelle banque a informé la Commission des banques qu'elle envisageait d'intégrer cette même personne à son conseil d'administration. En application de l'art. 3 al. 2 let. c LB, la Commission des banques a prononcé une décision constatant que l'intéressé ne présentait pas pour le moment de garantie suffisante de l'exercice d'une activité irréprochable pour occuper le poste de membre du conseil d'administration de la banque concernée, cette interdiction valant jusqu'au 31 décembre 2006. Agissant par la voie du recours de droit administratif, l'intéressé a demandé au Tribunal fédéral d'annuler la décision de la Commission des banques et de dire qu'il était autorisé à occuper le poste d'administrateur en question. Le recours a été rejeté par le Tribunal fédéral⁵.

Cas 1: administrateur
inacceptable

¹ cf. art. 13 s. Oém-CFB

² cf. ch. 3

³ cf. ch. 2.3

⁴ cf. ch. VI/1.2

⁵ cf. Arrêt 2A.261/2004 du 27 mai 2004

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

Cas 2: révision extraordinaire

Suite à une baisse de revenus associée à divers facteurs exceptionnels (charges de restructuration, amortissements accélérés, irrégularités comptables survenues dans une filiale), une banque de gestion de fortune a clôturé son exercice 2003 par des pertes très importantes. Les exigences en matière de fonds propres n'étaient dès lors plus totalement respectées. La Commission des banques a exigé le rétablissement des fonds propres à bref délai. Elle a par ailleurs confié un mandat de révision extraordinaire à une société d'audit reconnue, qui ne détenait jusqu'ici aucun mandat de la banque concernée. Grâce à l'obtention de dividendes de substance de certaines filiales et à des désinvestissements, la situation des fonds propres a pu être rétablie. La révision extraordinaire n'a pas constaté de manquements susceptibles de remettre en cause les conditions d'exploitation. Toutefois, elle a mis à jour un nombre élevé de lacunes. La Commission des banques a exigé la remise d'un plan d'action dont elle suit la bonne exécution. La banque doit par ailleurs lui remettre chaque mois un état intermédiaire de sa situation financière.

Cas 3: faillite de Sogevalor SA

En été 2003, la Commission des banques a reçu des informations selon lesquelles un organe du négociant en valeurs mobilières Sogevalor SA, sis à Lugano, violerait des dispositions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Une procédure administrative contraignante a été ouverte. Sogevalor SA a alors fait savoir à la Commission des banques que l'organe fautif avait démissionné de toutes ses fonctions. La Commission des banques n'en a pas moins déposé plainte contre cette personne pour manque de diligence dans des opérations financières, sur la base de l'art. 305^{bis} al. 1 CP. Pour clarifier la situation de Sogevalor SA, la Commission des banques a en outre ordonné une révision spéciale par la société d'audit. Celle-ci n'a toutefois révélé aucun manquement grave au niveau de l'organisation.

En 2004, divers clients se sont à nouveau plaints de Sogevalor SA auprès de la Commission des banques. Le rapport d'audit, qui avait confirmé sans réserve le respect des conditions d'autorisation, présentait par ailleurs des incohérences. La Commission des banques a de ce fait ordonné qu'une société tierce effectue une révision extraordinaire et intervienne en tant qu'observatrice. Ces contrôles ont révélé une menace patente pesant sur les créanciers et de graves lacunes organisationnelles. Sur cette base, la Commission des banques a interdit à Sogevalor SA d'effectuer tout acte juridique sans l'accord de la société observatrice. A l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur l'assainissement et la faillite¹, elle a nommé la société tierce en tant que chargée d'enquête avec fonction d'organe auprès de Sogevalor

¹ cf. ch. 1.2

SA. Après que celle-ci, d'entente avec la Commission des banques, ait porté plainte contre divers organes de Sogevalor SA auprès des autorités de poursuite pénale tessinoises, quatre responsables de la société ont été placés temporairement en détention préventive.

La Commission des banques a retiré à Sogevalor SA, avec effet immédiat, son autorisation d'exercer l'activité de négociant en valeurs mobilières¹. Les organes de la société lui avaient menti systématiquement pendant des années. Sogevalor SA avait comptabilisé et utilisé des fonds contrairement aux instructions de ses clients, violant ainsi de manière grave et répétée les obligations qui s'imposent à tout négociant en valeurs mobilières en vertu de l'art. 11 LBVM. Comme elle était en outre insolvable et surendettée, la Commission des banques a fait usage de ses nouvelles compétences pour ouvrir une procédure de faillite à son encontre². Cette décision n'a pas fait l'objet de recours.

Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur l'insolvabilité bancaire, la Commission des banques est compétente pour ouvrir et mener des procédures de faillite à l'encontre des établissements assujettis à sa surveillance³. Elle a fait cinq fois usage de cette prérogative. Dans quatre cas, l'ouverture de la faillite concernait des intermédiaires financiers exerçant sans autorisation. Dans un cas, la Commission des banques a ordonné la liquidation. Le liquidateur a constaté le surendettement et demandé à la Commission des banques d'ouvrir une procédure de faillite. Dans les trois autres cas, la faillite a été prononcée en même temps qu'était constaté l'exercice sans autorisation d'une activité d'intermédiaire financier. Cette accélération des procédures a été rendue possible par le fait que le chargé d'enquête avait constaté, dans le cadre de ses investigations concernant la situation des sociétés au regard du droit de la surveillance, de graves problèmes de liquidités ainsi qu'un surendettement.

Autres procédures de
faillite

L'ouverture d'une procédure de faillite vise à protéger les créanciers. Il s'agit de leur assurer une égalité de traitement ainsi que de les protéger contre de nouvelles diminutions de leur patrimoine, partant d'éviter que leurs intérêts ne soient compromis davantage. Dès lors que l'ouverture de la faillite est, en vertu de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, immédiatement exécutoire et que la pratique restrictive des tribunaux n'octroie l'effet suspensif qu'à des conditions particulières, la Commission des banques a

¹ cf. Bulletin CFB 46/2004 p. 169 ss

² cf. ch. 1.2

³ cf. ch. 1.2

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

également décidé de rendre ses décisions d'ouverture de faillite immédiatement exécutoires. Dans trois cas, l'effet suspensif a été demandé auprès du Tribunal fédéral. Les trois demandes ont été rejetées.

2.2 Liquidation de Redsafe Bank

Redsafe Bank, qui bénéficiait d'une autorisation mais était inactive, a été rachetée indirectement en novembre 2002 par un actionnaire unique, Dieter Behring. Elle n'aurait pu reprendre son activité bancaire qu'après approbation d'une demande en ce sens. Or, après le rachat de Redsafe Bank, le groupe contrôlé par Dieter Behring s'est porté acquéreur de plusieurs établissements financiers en Suisse et à l'étranger, dont Global Direct Dealing SA. Ces opérations successives ont nécessité diverses vérifications de la part de la Commission des banques, de sorte que la décision d'autorisation a été reportée plusieurs fois. Dieter Behring avait aussi racheté une société de négoce en valeurs mobilières en Allemagne et une banque au Liechtenstein. En 2004, ces établissements ont reçu des autorités de surveillance compétentes l'autorisation d'exercer leur activité.

Manque de garanties de
Dieter Behring

A la fin juin 2004, la Commission des banques a décidé de ne pas donner à Redsafe Bank l'autorisation de reprendre son activité, en raison d'un manque de garanties de son actionnaire unique indirect. Elle a accordé à ce dernier un délai de trois mois, durant lequel il devait trouver un repreneur pour la banque et pour la société de négoce en valeurs mobilières, indissociablement liées. La Commission des banques visait par ces mesures à protéger autant que possible les investisseurs de Global Direct Dealing SA. Elle expliqua à Dieter Behring qu'elle ne pourrait autoriser une vente que si l'acheteur était irrécusable au regard du droit de la surveillance.

Or, l'actionnaire unique, dans ses efforts en vue de la vente, manqua de transparence. La Commission des banques émit de fortes réserves quant au repreneur proposé et la situation financière des deux établissements suscitait alors à juste titre l'inquiétude. Pour ces raisons, la Commission des banques a retiré en septembre son autorisation à la Redsafe Bank et Global Direct Dealing SA pour manque de garanties de l'actionnaire Dieter Behring et elle a mis les deux établissements en liquidation. Ces décisions n'ont pas été contestées en justice.

Pas d'appel public
de Behring

Alors que la procédure portant sur l'autorisation bancaire était en cours, les médias ont reproché de manière répétée à Dieter Behring de distribuer sans autorisation dans le public des parts de diverses sociétés étrangères gérées

par lui ou à l'aide du logiciel de Swisspulse, parts assimilables à des fonds de placement étrangers. Depuis septembre, Dieter Behring est en détention préventive. Le Ministère public a ouvert contre lui une enquête pour escroquerie sur des placements, détournement et blanchiment d'argent. La Commission des banques, pour sa part, mène des investigations auprès de divers établissements suisses pour savoir dans quelle mesure le soupçon de distribution publique de fonds en Suisse est fondé. D'après les premières indications, il semblerait que la distribution de parts de ces sociétés ait eu lieu par le biais de banques, gérants de fortune et distributeurs.

2.3 Intermédiaires financiers non autorisés

2004 a été marquée par l'entrée en vigueur des dispositions légales sur l'insolvabilité bancaire¹, donnant à la Commission des banques de nouveaux instruments d'action à l'encontre des intermédiaires financiers qui exercent des activités illicites. Tout en recourant dès le 1^{er} juillet 2004 à ces nouveaux instruments, la Commission des banques a maintenu sa pratique à l'égard des intermédiaires financiers exerçant des activités illicites. Elle a ainsi rendu sept décisions constatant l'existence d'une activité illicite au sens de la loi sur les banques, la loi sur les bourses ou la loi sur les fonds de placement, dont quatre décisions de faillite. La Commission des banques a comme objectif de trouver les solutions les plus favorables aux investisseurs et créanciers.

Dans deux cas, la Commission des banques a rendu des décisions de mise en liquidation pour violation de l'interdiction de l'acceptation de dépôts du public au sens de la loi sur les banques, sans recourir préalablement à un observateur, respectivement un chargé d'enquête. En effet, la situation de fait reposait dans le premier cas sur une enquête de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et dans le second cas essentiellement sur un rapport d'une société d'audit agréée; elle a permis à la Commission des banques, après avoir entendu les parties concernées, de prendre une décision sur le fond, sans que des clarifications complémentaires ne soient nécessaires.

Mise en liquidation
immédiate

La Commission des banques a non seulement procédé à plusieurs dénonciations auprès du Département fédéral des finances pour violation des dispositions pénales de la loi sur les banques, de la loi sur les bourses ou de la loi sur les fonds de placement, mais elle a également dû impliquer des

Dénonciations pénales

¹ cf. ch. 1.2

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

autorités de poursuite pénale cantonales pour des infractions au Code pénal constatées au cours de ses enquêtes auprès d'intermédiaires financiers exerçant leurs activités sans autorisation.

Dans deux affaires importantes, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la pratique de la Commission des banques à l'encontre des intermédiaires financiers actifs de manière illicite.

Qualité pour recourir

Dans un premier cas, concernant l'exercice d'une activité de maison d'émission au sens de la loi sur les bourses de deux sociétés actives à Genève¹, le Tribunal fédéral a déclaré sans objet un recours à l'encontre d'une décision de mise en liquidation, suite à la faillite des deux sociétés intervenue entre-temps². Il convient de relever que cette décision est intervenue sur la base des dispositions légales en vigueur avant l'entrée en force des modifications législatives sur l'insolvabilité bancaire³. Le Tribunal fédéral a par ailleurs confirmé à cette occasion que si les organes d'une société mise en liquidation ont la possibilité de recourir pour l'entreprise contre une décision de la Commission des banques, malgré le retrait de leurs pouvoirs de représentation, l'actionnaire unique ou majoritaire n'a pas qualité pour recourir en son nom propre. Il en est de même pour l'administrateur ou le représentant de la société, auquel les pouvoirs de représentation ont été retirés dans la décision attaquée.

Application de la procédure administrative

Dans la seconde affaire⁴, s'agissant de questions de procédure, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer que la Commission des banques n'a pas nécessairement à rendre de décision provisoire après une décision superprovisoire, si la partie concernée ne le requiert pas expressément, en particulier lorsque celle-ci est assistée d'un avocat. Le Tribunal fédéral a également précisé que les demandes d'informations orales d'un observateur – respectivement d'un chargé d'enquête depuis le 1^{er} juillet 2004 – aux collaborateurs d'une société visée par une décision superprovisoire de la Commission des banques, ne sont pas soumises aux exigences de la loi sur la procédure administrative. Seule la procédure dans son ensemble doit répondre aux garanties constitutionnelles et légales de procédure. Par ailleurs, il a été confirmé que le rapport de l'observateur n'a pas de caractère contraignant pour la Commission des banques.

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 65 s.

² cf. Arrêt 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 / Bulletin CFB 46 p. 154

³ cf. ch. 1.2

⁴ cf. Arrêt 130 II 351 / Bulletin CFB 46 p. 64

Sur le fond, le Tribunal fédéral a suivi la position de la Commission des banques en retenant que les activités de sociétés suisses pour des banques étrangères qui couvrent une large part des activités de back-office de ces dernières doivent être considérées comme des activités bancaires soumises à autorisation. En revanche, le Tribunal fédéral a considéré que l'inscription au registre du commerce en Suisse de deux succursales de fait de sociétés étrangères n'est pas admissible lorsque ces sociétés sont soumises à la surveillance prudentielle de leur Etat d'origine, qu'une part importante de leurs activités est exercée à l'étranger et qu'elles ne sont pas actives directement sur le marché suisse, exception faite des succursales pour lesquelles la mise en liquidation a été confirmée.

Activités de back-office de
banques étrangères

2.4 Système d'alerte précoce

Soucieuse, dans le système dualiste, d'assumer sa fonction de surveillance d'une manière encore plus efficace et axée sur le risque, la Commission des banques a décidé de développer son propre système d'alerte précoce¹. Celui-ci doit permettre de détecter le plus tôt possible les problèmes potentiels et les évolutions critiques. Il est en outre nécessaire d'orienter de plus en plus la surveillance des banques et des négociants en valeurs mobilières en fonction des risques. D'un côté, la Commission des banques est confrontée à des exigences et des attentes croissantes, mais de l'autre, dans le système dualiste, la surveillance doit se contenter de ses propres ressources limitées. La répartition des établissements assujettis en diverses catégories de risque vise à permettre de gérer systématiquement, à l'aide d'outils informatiques, l'étendue des activités de surveillance et d'affecter les ressources là où sont attendus les plus grands risques.

Surveillance axée sur
les risques

La Commission des banques a pris les mesures nécessaires pour mettre en œuvre son projet de système d'alerte précoce et analysé diverses méthodes de développement d'un tel système pour les petits et moyens établissements (banques et négociants en valeurs mobilières). Elle s'est appuyée sur le document de travail Supervisory Risk Assessment and Early Warning Systems du Comité de Bâle². Ce document présente divers systèmes possibles, mais dont les composantes sont toujours similaires. Toutes les méthodes ont en commun le traitement systématique de critères, l'objectif étant de répartir les établissements surveillés dans diverses catégories en fonction de leur qualité et des risques encourus. Ces critères se composent, d'une part,

Méthode

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 55 s.

² cf. http://www.bis.org/publ/bcbs_wp04.pdf

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

d'indicateurs quantitatifs et, d'autre part, d'informations qualitatives. Le choix de ces critères est déjà à lui seul très complexe et ne peut pas être couvert dans tout son ampleur par l'ensemble des systèmes évalués. La Commission des banques a finalement privilégié l'approche CAMELS, utilisée aussi, par exemple, aux Etats-Unis. Cette approche permet d'intégrer une large palette d'indicateurs et d'informations. CAMELS est l'acronyme de «Capital adequacy, Asset quality, Management factors, Earnings, Liquidity and Sensitivity to market risk». A chacune de ces notions doivent correspondre divers indicateurs et critères de qualité.

Facteurs quantitatifs

Pour assurer l'efficacité d'un système d'alerte précoce, la base actuelle de données quantitatives doit être développée. Chaque catégorie CAMELS prend en compte des indicateurs spécifiques. Il est indispensable de disposer d'informations complémentaires, notamment sur les avances à la clientèle, les avoirs en dépôt, mais aussi les correctifs de valeur et les provisions.

Facteurs qualitatifs

Chaque catégorie CAMELS prend aussi en compte des facteurs qualitatifs. Actuellement, les informations qualitatives dont dispose la Commission des banques proviennent principalement des rapports des sociétés d'audit prescrits par la réglementation sur les banques et les bourses, ainsi que de contacts avec les auditeurs et les établissements assujettis. Mais ces informations ne suffisent pas pour donner aux catégories CAMELS des contenus pertinents et comparables. La catégorie «Management factors» est ici essentielle. Elle intègre notamment des critères de qualité en lien avec les organes de direction, l'organisation, le système de contrôle interne et la gestion des risques.

Collecte des données

Contrairement à sa pratique antérieure, la Commission des banques se procurera désormais auprès de la Banque nationale toutes les données quantitatives dont elle a besoin dans le cadre de son système d'alerte précoce. L'extension modérée des informations nouvellement requises se fait dans le cadre d'une étroite collaboration entre les deux autorités, parallèlement à la réorganisation des données statistiques initiée par la Banque nationale. Ces informations sont issues de statistiques partiellement disponibles auprès de la Banque nationale ou qui seront étendues dans l'optique de la surveillance. A l'avenir, dans la mesure du possible, les doublons seront évités. Le délai de transmission des données sera un facteur décisif, car un système d'alerte précoce doit être en mesure de traiter les chiffres essentiels aussi rapidement que possible. S'agissant des facteurs qualitatifs qui lui manquent, la Commission des banques prévoit de les collecter directement auprès des établissements ou, dans le cadre du système dualiste de surveillance, par l'intermédiaire des sociétés d'audit.

Un système d'alerte précoce axé sur les petits et moyens établissements ne saurait fonctionner sans groupes de référence. Ceux-ci permettent d'évaluer un établissement donné au regard d'un groupe d'établissements similaires. La diversité des établissements assujettis à la surveillance de la Commission des banques impose de constituer les groupes de référence selon un processus rigoureux. A cet égard, le principal critère de similitude s'avère être l'analyse de l'activité. Pour chaque établissement, on identifie les activités principales et leur contribution au résultat d'exploitation sur plusieurs années. On veille également à ce que tous les groupes de référence comprennent un nombre minimum d'établissements analysés. Ceci vise à garantir la pertinence des comparaisons et à permettre de détecter les cas qui s'écartent sensiblement des normes. A elle seule, la répartition des établissements en groupes de référence séparés influe notablement sur la valeur relative des différents indicateurs qui, par exemple, varie selon qu'un établissement donné intervient principalement dans le domaine du crédit ou du négoce. Au sein de chaque groupe de référence, on applique aux critères divers taux de pondération correspondant à l'activité principale de l'établissement, et donc au profil de risque qui lui est normalement attaché.

Groupes de référence

En 2005, les premiers tests effectués sur les données alors disponibles permettront de vérifier la pertinence des résultats, des comparaisons et des analyses.

2.5 Relations entre banques et gérants de fortune indépendants

Après avoir examiné les relations d'affaires entretenues par l'UBS SA et le Credit Suisse Group avec des gérants de fortune indépendants (GFI)¹, la Commission des banques a décidé d'étendre cette enquête à d'autres établissements bancaires. 22 banques représentatives (y compris une entité complémentaire) ont ainsi fait l'objet d'un contrôle approfondi de leurs relations d'affaires avec des GFI, durant le second semestre 2003.

Ampleur du champ
d'investigation

La sélection comprenait notamment des banques spécialisées dans la gestion de fortune, en mains suisses et étrangères, ainsi que quelques banques cantonales, régionales et commerciales. Les sociétés d'audit ont été chargés de se prononcer sur l'organisation, la réglementation interne, le respect des principes de gestion des risques, en particulier des risques opérationnels, juridiques ou de réputation. L'analyse quantitative des établissements sélectionnés a notamment révélé que la proportion des avoirs confiés à des GFI

Analyse quantitative

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 75

est significative. En effet, par rapport à l'ensemble des avoirs de la clientèle des banques choisies, se montant à 503 milliards de francs, environ 10%, soit 52 milliards de francs, se trouvent en mains des GFI. Toutefois cette proportion varie d'une banque à l'autre entre 2 et 42% des avoirs de la clientèle. La taille des GFI varie très fortement entre un tout petit GFI et les grands professionnels de la gestion. Les rétrocessions aux GFI représentent environ un tiers des produits réalisés, sans prendre en compte les services fournis gratuitement par les banques. Ces derniers englobent notamment la mise à disposition de systèmes informatiques, l'accès aux départements analyses et recherches, voire des conseils juridiques ou fiscaux. Durant les trois années sous revue, on a relevé qu'un nombre restreint de relations avec des GFI avaient été rompues ou avaient abouti à des procédures de dédommagement à charge des banques.

La Commission des banques s'est notamment intéressée aux principes qui sous-tendent les systèmes de gestion des risques en place dans ces établissements. Un tiers des banques sondées a opté pour un système de gestion des GFI centralisé. Les autres établissements ont choisi soit un mode de limitation et de surveillance des risques décentralisé, soit une combinaison des deux méthodes. Il convient de relever que plusieurs banques ont désormais opté pour une gestion centralisée des risques liés aux GFI. La majorité des banques délèguent le devoir d'identification aux GFI. Les relations contractuelles entre les banques et les GFI et l'information des investisseurs, notamment en matière de rétrocessions sont réglées de manière différenciée. Cependant une majorité des établissements sondés a choisi de conclure des contrats standardisés avec les GFI. Les mesures de contrôle interne mises en place pour la surveillance des risques de réputation, des risques juridiques, opérationnels et d'exécution sont, en règle générale, adéquates. Si des mesures ponctuelles ont été adoptées, le contrôle approfondi permet de conclure qu'une intervention de la Commission des banques, dans le cadre de cette activité en général, n'est pas nécessaire sous l'angle du risque opérationnel.

2.6 Grandes banques

La Commission des banques a adopté une nouvelle circulaire Surveillance des grandes banques, qui formalise pour l'essentiel la pratique existante en la matière (obligation de rendre compte, contacts réguliers avec les établissements surveillés et travail de révision de l'organe de révision externe). Cette circulaire Circ-CFB 04/1 est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004.

Le renforcement des contrôles directs effectués par la Commission des banques constitue une nouveauté importante dans la pratique en vigueur en matière de surveillance. Certes, depuis l'approfondissement de la surveillance des grandes banques en 1998, des reviews ponctuels (menés par des review-teams) et des contrôles directs ont déjà été mis en œuvre, notamment dans le domaine des modèles de risque de marché. Cependant, la Commission des banques entend développer ces contrôles sur les plans tant qualitatif que quantitatif, pour en faire des instruments de surveillance permanents. A partir de 2005, elle effectuera deux contrôles par an dans chacune des grandes banques. Les domaines contrôlés seront définis en fonction de la situation de risque de la banque concernée. On pourra aussi choisir de contrôler les mêmes domaines dans les deux banques, afin de disposer d'une comparaison directe et d'un aperçu de l'état et de l'évolution du système bancaire.

Renforcement des
contrôles directs

A cet effet, la Commission des banques coordonnera ses travaux avec ceux des organes de révision internes et externes. Le cas échéant, elle pourra aussi charger l'organe de révision externe de procéder à des contrôles partiels. Dans le cadre du renforcement des contrôles directs, un nouveau groupe a été constitué au sein du service Grandes banques.

2.6.1 UBS SA

UBS Investment Bank Suisse avait conclu avec la Federal Reserve Bank of New York (New York FED) un contrat portant sur sa participation à l'Extended Custodial Inventory Program for United States Dollar Banknotes (programme ECI) de la New York FED. Dans le cadre de ce contrat, UBS mettait à la disposition de la New York FED un dépôt à Zurich, à partir duquel elle vendait les billets de banque américains neufs et où elle entreposait les billets rachetés et usagés. Pour l'exécution de ces opérations, UBS s'était expressément engagée par contrat à respecter les règles d'embargo américaines. Des enquêtes de la Commission des banques, soutenues par UBS, ont révélé qu'au sein d'UBS Investment Bank Suisse, des collaborateurs du négoce de billets de banque avaient manqué de manière répétée à cette obligation. En outre, la banque avait communiqué de fausses informations à la New York FED, en lui transmettant des statistiques falsifiées sur les destinations des livraisons de billets de banque américains.

Négoce de billets de
banque

UBS a regretté son comportement fautif et pris des mesures conséquentes, notamment sur le plan du personnel. Elle a également décidé de cesser le négoce de billets de banque avec des négociants professionnels étrangers.

Mesures adoptées

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

La Commission des banques a coordonné sa procédure d'enquête avec celle menée par la New York FED. A l'issue des investigations, chacune des deux autorités a publié un communiqué de presse¹. La New York FED a infligé une amende de 100 millions de dollars à UBS. La Commission des banques a prononcé un blâme contre UBS pour violation grave de ses obligations en matière de garantie et d'organisation et lui a interdit de reprendre sans son autorisation le négoce de billets de banque avec des négociants professionnels étrangers. En outre, elle contrôle l'efficacité des mesures prises ou prévues par la banque. Pour comparer les mesures prises par chacune des autorités, il convient de prendre en compte le fait que la Commission des banques ne peut infliger de sanctions pécuniaires.

Ratios de fonds propres

Les banques opérant à l'échelle internationale et dont le siège se trouve en Suisse sont confrontées à la situation suivante: une part relativement élevée des actifs du bilan est libellée en monnaie étrangère – principalement en dollars US (USD) – tandis que le capital-actions et les réserves légales sont en francs suisses (CHF). Afin d'atténuer l'impact des fluctuations de taux de change USD/CHF sur les ratios de fonds propres (et notamment sur le ratio des fonds propres de base), UBS a constitué des filiales non opérationnelles dont le capital est détenu en dollars US et qui sont intégralement consolidées. La Commission des banques a décidé qu'au niveau de la banque UBS, les participations dans ces filiales ne doivent pas être déduites. En d'autres termes, l'art. 11d let. a OB ne s'applique pas. Cet article prévoit que doivent être déduites du total des fonds propres de base, des fonds propres complémentaires et des fonds propres supplémentaires les participations à des entreprises du secteur bancaire et financier qui doivent être consolidées.

2.6.2 Credit Suisse Group

Surveillance du
conglomérat

En 2003, la Commission des banques a modifié sa décision sur la surveillance consolidée du Credit Suisse Group (CSG)². L'objet de ces modifications était notamment le traitement réglementaire du groupe Winterthur (WGR) en tant que sous-groupe Assurances du conglomérat financier à dominance bancaire. Il s'agissait de tenir dûment compte de la situation spéciale et des risques particuliers résultant des activités parallèles du CSG dans les secteurs bancaire et des assurances.

¹ cf. http://www.ebk.ch/f/archiv/2004/20040510/M_10_05_2004_f.pdf et <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/press/enforcement/2004/200405102/default.htm>

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 58 s.

La mise en application de la surveillance consolidée du CSG requiert, pour le WGR, une coordination entre la Commission des banques et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP). Conformément au souhait de la Commission des banques, celui-ci a instauré par décision du 20 février 2004 une surveillance du groupe d'assurances WGR. Cette surveillance porte notamment sur les domaines suivants:

Surveillance du groupe
d'assurances par l'OFAP

- solvabilité du groupe;
- structure et organisation du groupe;
- gestion des risques et processus de contrôle des risques;
- positions risques;
- transactions intragroupes.

Entre la surveillance consolidée du CSG par la Commission des banques et la surveillance du groupe d'assurance WGR par l'OFAP, il existe de nombreuses zones d'interférence. Il s'agit donc d'éviter les doublons – quant aux exigences d'information par exemple – et de bien coordonner l'application de règles de surveillance sectorielles.

Interférences

Pour déterminer la dotation appropriée en fonds propres du WGR, et ainsi détecter à temps une éventuelle sous-dotation, on se base principalement sur l'analyse de solvabilité de l'OFAP.

Dotation appropriée en
fonds propres du WGR

2.7 Banques Raiffeisen

En raison des opérations frauduleuses réalisées par un collaborateur de la Banque Raiffeisen de Balerna, qui ont causé un préjudice de quelque 97 millions de francs, l'Union Suisse des Banques Raiffeisen, sise à Saint-Gall, a chargé la société Ernst & Young SA d'effectuer une enquête approfondie¹. Les résultats de cette enquête ont montré que, depuis la fin des années 1990, de nombreuses opérations à terme sur devises avaient été effectuées par le biais de la Banque Raiffeisen de Balerna, et ce de manière purement spéculative, tant pour le compte de clients que pour celui de la banque. Le volume de ces opérations dépassait les 50 milliards de francs en 2002. A partir de cette même année, des opérations significatives sur billets et métaux précieux ont en outre été effectuées. Le volume considérable de ces transactions pour compte propre a eu pour conséquence que la banque, en raison de fluctuations sur le marché des devises, a subi en très peu de temps des pertes dépassant nettement ses fonds propres. Le collaborateur

Contrôle spécial

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 54

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

comptabilisait les opérations sur un compte de passage interne qui affichait plusieurs milliers d'écritures par an. Afin de ne pas devoir présenter comptablement les pertes réalisées, il procédait à des manipulations comptables juste avant les clôtures annuelles et mensuelles.

Résultats critiques

La direction de la Banque Raiffeisen de Balerna, à laquelle appartenait le collaborateur incriminé, forgeait par son comportement une culture d'entreprise marquée par des normes d'intégrité douteuses et une confiance quasi-aveugle, ainsi que par une absence de contrôles. Comme en outre, conformément aux dispositions réglementaires en vigueur, toutes les opérations de ce type effectuées par les Banques Raiffeisen, et donc aussi par celle de Balerna, doivent l'être – et l'étaient – par l'intermédiaire de l'Union Suisse des Banques Raiffeisen, Ernst & Young SA a conclu qu'il y avait aussi lieu d'agir au niveau de l'Union et a identifié des possibilités d'amélioration des structures et des processus organisationnels. Il ressortait par ailleurs du rapport de la société d'audit précitée que les organes de révision tant interne qu'externe avaient certes correctement constaté et documenté les défaillances existantes, mais n'en avaient pas pleinement apprécié la portée et les risques.

Mesures adoptées

La Banque Raiffeisen de Balerna a fusionné avec une Banque Raiffeisen voisine et est repartie sur de nouvelles bases tant au niveau de l'organisation et du personnel que sur le plan financier. Les organes de l'Union Suisse des Banques Raiffeisen, quant à eux, ont adopté sans attendre d'importantes mesures et ont lancé un projet d'optimisation de l'organisation, de la conduite et du système de contrôle interne, ainsi que d'autres instruments. Un calendrier précis a été établi pour la mise en œuvre de ces améliorations structurelles. L'Inspectorat central et la révision interne vont faire, quant à eux, l'objet d'une réorganisation fondamentale.

2.8 Banques régionales

Groupe Clientis

Depuis le début 2004, 31 banques régionales du groupe RBA sont regroupées sous la marque faîtière de Clientis. La société Clientis SA, domiciliée à Berne, joue en tant que direction du groupe un rôle charnière et assure un accès uniforme aux services du groupe RBA. Elle organise en outre la présence commune aux assemblées d'actionnaires du groupe RBA et permet un refinancement commun des banques Clientis sur le marché des capitaux.

Cadre prudentiel

Le groupe Clientis apparaît comme un «organisme central auquel des banques sont affiliées» au sens de l'art. 4 al. 3 OB. Il a demandé à la Com-

mission des banques de bénéficier d'une exception, au niveau des banques individuelles, à l'obligation de respecter les prescriptions concernant les fonds propres et la répartition des risques. Ce groupe a également demandé que lui soit accordé, au niveau des dispositions relatives à la liquidité, un régime tenant compte, d'une part, du rôle joué par RBA-banque centrale et, d'autre part, de la fonction particulière de Clientis SA en tant que gestionnaire de liquidités pour toutes les banques Clientis. Enfin, Clientis SA a requis une licence de banque et négociant en valeurs mobilières.

La Commission des banques n'a donné suite à ces demandes qu'après avoir obtenu l'assurance qu'une garantie de Clientis SA couvrant, sous forme d'engagement autonome, tous les engagements des banques affiliées ait été fournie. En outre, elle a exigé que Clientis SA matérialise suffisamment son droit de donner des instructions aux banques Clientis et qu'elle rédige un règlement de conduite du groupe – similaire à celui du groupe Raiffeisen. Clientis SA a ainsi le droit et l'obligation, en cas d'évolution défavorable d'une banque affiliée, tant au niveau financier, commercial, organisationnel ou du personnel, d'intervenir dans tout ou partie de sa gestion. S'agissant du personnel, Clientis SA est expressément habilitée à prendre des mesures pouvant aller jusqu'au remplacement de personnes non coopératives ne garantissant pas une activité irréprochable. Enfin, la Commission des banques s'est assurée que les règlements des différentes banques Clientis stipulaient bien que celles-ci font partie du groupe, mais aussi que leurs administrateurs appliquent les instructions de Clientis SA.

Interventions de la
Commission des banques

Le groupe bancaire RBA repose sur une convention d'actionnaires de 1994 et sur sa version révisée de 2004. Dès la fin 2003, la banque Linth a quitté le groupe et n'a donc pu bénéficier des prestations de services informatiques de RBA-Service SA que jusqu'en milieu d'année 2004. Il lui a fallu chercher un nouveau prestataire, dans la mesure où une organisation administrative appropriée est une condition préalable à l'autorisation d'exercer une activité bancaire. Un élément essentiel de l'organisation administrative est la plateforme informatique, sans laquelle une exploitation normale n'est pas assurée. Un premier projet de migration ayant été interrompu début 2003 et compte tenu des délais très courts, la Commission des banques et l'organe de révision bancaire ont surveillé spécifiquement la planification de la migration informatique de la banque Linth. A cette occasion, ils ont constaté l'absence d'un accord en matière de planification de secours, liant la banque et RBA-Service SA, car des motifs financiers avaient empêché les parties de s'entendre. Pour s'assurer que la banque Linth respecte les conditions d'autorisation avant, pendant et après la migration, la Commission des banques a imposé une collaboration entre RBA et la banque Linth et s'est tenue

Exigences concernant une
migration informatique

régulièrement informée de l'état d'avancement du projet de migration informatique. Celui-ci a finalement été effectué avec succès.

Départs du groupe RBA

Avant même l'entrée en vigueur de la convention d'actionnaires révisée du groupe RBA, douze autres banques ont résilié la convention de 1994 avec effet à fin 2005, et deux autres ont suivi en cours d'année. Ces résiliations entraînaient celles des contrats passés avec les sociétés RBA – notamment la convention informatique avec RBA-Service SA. Dans l'intervalle, deux banques ont à nouveau conclu des contrats de services avec des sociétés RBA. Les douze autres banques doivent remplacer chacune environ 120 interfaces avec des sociétés RBA, et ce avant le 31 décembre 2005. Ces projets de migrations font eux aussi l'objet d'une surveillance par la Commission des banques. Les deux parties, le groupe RBA et les représentants des banques, sont tenues de l'informer régulièrement sur l'avancement des négociations entre elles et avec les nouveaux partenaires, ainsi que sur l'état des travaux préparatoires des migrations. Les organes de révision surveillent les projets directement sur place. La Commission des banques s'assure ainsi que le remplacement des différentes sociétés RBA et le lien avec les nouveaux partenaires se font en bonne et due forme. En cas de difficultés, elle sera en mesure d'intervenir en temps utile et d'ordonner des mesures complémentaires.

3 Audit

3.1 Surveillance des sociétés d'audit

Procédures internes

La Commission des banques a étendu ses contrôles de qualité aux procédures internes des sociétés d'audit. Ces interventions ont consisté à identifier, selon une approche thématique, les différentes mesures mises en place par celles-ci dans le but d'assurer l'exécution des mandats d'audit selon les standards de la profession. Les procédures des sociétés d'audit ont été analysées depuis la phase de l'acceptation du mandat jusqu'à celle de l'établissement du rapport d'audit. Les données recueillies ont permis d'établir une comparaison des différents outils que les sociétés d'audit ont développés. Une mise à jour permanente est effectuée en fonction des évolutions constatées.

Documents de travail

En plus de l'analyse du fonctionnement des sociétés d'audit, l'unité chargée de leur surveillance a procédé, de manière semblable à l'année précédente, à des contrôles de qualité des documents de travail. Les mandats ont été sélectionnés en fonction de critères propres aux sociétés d'audit et aux établissements surveillés. Une douzaine de ces contrôles de qualité ont été

entrepris. Ils se sont inscrits dans le cadre habituel propre à ce genre d'interventions.

Les contrôles de qualité effectués dans le domaine des procédures internes des sociétés d'audit ont démontré jusqu'à présent que les mesures d'organisation correspondent à leur taille ainsi qu'au nombre et à l'importance des mandats qu'elles détiennent. Les méthodologies développées par les sociétés d'audit présentent des approches différentes. Certaines accordent à l'auditeur une large autonomie au niveau de la définition de l'approche de l'audit, de la documentation de la planification et de l'organisation des programmes de vérification. D'autres sont plus contraignantes et définissent exactement les procédures à suivre compte tenu de l'analyse des risques. Les contrôles de qualité ont révélé que la rigueur de la méthodologie a un impact direct sur la qualité des dossiers et des travaux d'audit.

Résultats obtenus pour les
procédures internes

Les contrôles de qualité des documents de travail des sociétés d'audit ont permis d'obtenir dans l'ensemble des résultats positifs. L'effet préventif exercé par les contrôles de qualité influence progressivement l'appréciation de la matérialité des irrégularités constatées. Ils incitent les sociétés d'audit à porter plus rapidement à la connaissance de la Commission des banques les constatations qu'elles ont pu faire lors de leurs missions d'audit. Des discordances ont néanmoins été constatées entre l'analyse de l'environnement et des risques des établissements audités et les processus de vérification utilisés au cours de l'audit. La documentation rassemblée par les auditeurs n'a pas toujours été jugée adéquate. Ces constatations ne modifient pas l'appréciation généralement positive portée sur les résultats des contrôles de qualité.

Résultats obtenus pour les
documents de travail

Les sociétés d'audit ne se sont pas opposées aux contrôles de qualité de leurs procédures internes et de leurs documents de travail mais ont estimé nécessaire d'en définir au préalable les objectifs, les conditions, le cadre et les aspects. Le principe de l'élaboration d'un concept de base n'a pas été contesté par la Commission des banques. Un projet de concept des contrôles de qualité et de l'accompagnement des sociétés d'audit a été élaboré. Il tient à la fois compte des expériences pratiques et des suggestions des sociétés d'audit. Les sociétés d'audit sont par contre toujours opposées à l'accompagnement des auditeurs sur place auprès des établissements qu'ils révisent. La Commission des banques entretient dans ce contexte le dialogue avec la commission technique de révision bancaire de la Chambre fiduciaire afin de définir la suite à donner à cette question.

Concept des contrôles
de qualité

3.2 Etendue de l'audit

Depuis 1999, les sociétés d'audit ont l'obligation de communiquer leurs coûts d'audit chaque année à la Commission des banques. Les coûts de l'audit interne et de l'audit externe, exprimés en heures et en francs, en relation avec la révision des comptes 2002 et 2003 des banques et des négociants en valeurs mobilières, ont fait l'objet d'enquêtes dont les résultats sont récapitulés ci-après.

Le tableau ci-dessous fait apparaître un recul des heures et des coûts d'audit en 2003, après une hausse continue jusqu'en 2002.

	2002	2003	Hausse/baisse	
Recul des heures et des coûts	Audit interne			
	Etendue en années-personnes ¹	930	903	−2,9%
	Etendue en % de l'étendue globale de l'audit	67%	66%	
	Coûts en millions de CHF	282,4	263,3	−6,8%
	Coûts en % des coûts totaux de l'audit	60%	59%	
	Audit externe			
	Etendue en années-personnes	460	468	+1,7%
	Etendue en % de l'étendue globale de l'audit	33%	34%	
	Coûts en millions de CHF	186,3	185,8	−0,3%
	Coûts en % des coûts totaux de l'audit	40%	41%	
	Coût moyen d'une heure d'audit en CHF	225	221	−1,8%
	Ensemble de l'audit			
	Etendue en années-personnes	1390	1371	−1,4%
	Coûts en millions de CHF	468,7	449,1	−4,2%

En 2003, les prestations des auditeurs ont représenté 1371 années-personnes (une année-personne équivalant à 1800 heures d'audit), soit une baisse de plus d'un pour cent par rapport à 2002. Les coûts de l'ensemble de l'audit 2003 se sont également inscrits en recul à 449 millions de francs, soit une baisse de plus de quatre pour-cent par rapport à 2002. Le coût moyen d'une heure d'audit externe a lui aussi reculé, s'établissant à 221 francs en 2003. Ceci représente une baisse de près de deux pour cent et, par rapport à 2000 (245 francs), une baisse de dix pour cent.

La part de l'audit interne dans l'ensemble de l'audit demeure significative. Ce rapport – mesuré au regard des heures d'audit – n'a que peu évolué, affichant une baisse modeste d'un pour cent en 2003. Alors que le nombre d'années-personnes consacrées à l'audit interne 2003 a reculé de 930 à 903,

Comparaison audit
interne / audit externe

¹ Une année-personne équivaut à 1800 heures d'audit.

celui des années-personnes consacrées à l'audit externe s'est légèrement accru, passant de 460 à 468.

Le rapport entre l'étendue de l'audit exprimée en années-personnes et l'effectif du personnel des établissements audités dépend toujours fortement de la taille de l'établissement concerné. Des écarts significatifs subsistent entre les grandes banques et les petits négociants en valeurs mobilières. Ce rapport est en moyenne quatre fois supérieur dans les petits établissements.

Des écarts significatifs

Les enquêtes réalisées permettent d'effectuer des comparaisons et procurent des informations à partir desquelles l'analyse peut être approfondie dans certains cas particuliers. Elles constituent en outre un élément important de la surveillance des sociétés d'audit.

3.3 Procédures contre des sociétés d'audit

La Commission des banques a contrôlé plusieurs sociétés d'audit pour vérifier si elles avaient effectué leur mission auprès des établissements autorisés avec toute la diligence requise d'un auditeur sérieux et qualifié, au sens des art. 20 al. 4 LB et 19 LBVM combinés à l'art. 34 al. 1 let. 4 OBVM. Les procédures contre des sociétés d'audit sont lourdes et complexes pour la Commission des banques. Leur objet est souvent large au plan technique et étendu sur une période prolongée. Ceci requiert des vérifications approfondies. Les normes d'audit ne sont pas toujours claires. En outre, les sociétés d'audit disposent nécessairement d'une grande latitude dans la rédaction de leurs rapports. Pour pouvoir reprocher à une société d'audit un manquement à l'obligation de diligence, la Commission des banques doit d'abord identifier les dispositions enfreintes par une banque ou un négociant en valeurs mobilières, puis définir les normes d'audit à appliquer pour vérifier si ces dispositions sont respectées. Enfin, elle apprécie si la société d'audit a effectué ses contrôles de manière satisfaisante, insuffisante ou pas du tout. En 2004, la Commission des banques a constaté divers manquements aux obligations de diligence.

Lourdeur et complexité

Une société d'audit n'avait pas informé immédiatement la Commission des banques d'une infraction grave constatée dans une banque. En outre, elle lui avait transmis de fausses informations et n'avait pas effectué son audit avec toute la diligence requise. Cette société d'audit savait que la banque ne disposait pas d'un système satisfaisant de détermination des provisions et de surveillance des risques de crédit. Elle savait également que les provisions constituées par la banque étaient insuffisantes. La Commission des

Cas 1: mauvaise
information de la
Commission des banques

II. Banques et négociants en valeurs mobilières

banques a considéré qu'il s'agissait de manquements graves et prononcé un blâme contre la société d'audit. Elle n'a pas eu à lui imposer d'autres mesures, car la société d'audit en avait adoptées d'elle-même. Elle avait notablement amélioré son organisation interne, revu partiellement ses méthodes d'audit et procédé à des changements au niveau du personnel. La Commission des banques a néanmoins porté plainte contre les anciens auditeurs responsables pour violation de la loi sur les banques.

Cas 2: manque de compétence professionnelle

Une société d'audit s'était abstenue d'informer la Commission des banques d'une multitude d'insuffisances constatées chez un négociant en valeurs mobilières, en raison d'un manque de compétence professionnelle et d'audits lacunaires dans certains domaines. En particulier, elle n'avait pas suffisamment contrôlé le respect du devoir de loyauté par le négociant en valeurs mobilières. Elle n'avait pas contesté l'engagement, par ce dernier, d'avoirs de la clientèle reçus en nantissement, et ce sans l'accord des clients concernés. En raison d'une lacune législative, les dispositions de l'art. 17 LB sur l'engagement de dépôts de la clientèle reçus en nantissement ne sont pas directement applicables aux négociants en valeurs mobilières. Toutefois, un négociant en valeurs mobilières doit au moins tenir le client suffisamment informé lorsqu'il entend engager une valeur reçue de lui en nantissement pour un montant supérieur à celui qu'il est en droit d'exiger du client. Il ne peut engager à son tour les valeurs que lorsque le client a donné son accord. La Commission des banques a adressé un blâme à la société d'audit et lui a interdit de mandater à nouveau l'auditeur responsable dans cette fonction auprès d'un établissement assujetti à sa surveillance.

Cas 3: absence de contrôle par sondages

Une banque s'était vu retirer son autorisation pour cause de manquements graves à ses devoirs envers la clientèle. Elle s'était notamment systématiquement abstenue d'enregistrer au jour le jour des opérations sur valeurs mobilières, alors que son règlement interne lui imposait de le faire. La société d'audit de la banque, jusqu'à la veille du retrait de l'autorisation, n'avait constaté aucun problème, ni aucune infraction en matière boursière. Elle avait certes analysé l'adéquation de la gestion des risques et l'avait jugée appropriée, mais elle n'avait pas vérifié spécifiquement l'enregistrement journalier des opérations sur valeurs mobilières. Or, elle aurait dû le faire, au moyen de sondages ou de contrôles des décomptes de contreparties. La Commission des banques a adressé un blâme à la société d'audit pour cette omission. Sur divers autres points toutefois, elle n'a rien eu à lui reprocher.

Cas 4: observations dans le rapport d'audit

Un auditeur responsable avait constaté des irrégularités auprès d'une banque et en avait informé les organes dans une lettre à la direction, mais sans en faire ensuite mention dans le rapport d'audit. La Commission des

banques a conclu qu'il n'y avait rien à reprocher à la société d'audit, car celle-ci s'était abstenue de faire des observations dans le cadre de la marge d'appréciation dont elle disposait.

III. Fonds de placement

1 Réglementation

1.1 Nouvelle loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC)

Procédure de consultation

Le Conseil fédéral a lancé la procédure de consultation concernant la révision totale de la loi fédérale sur les fonds de placement au début février 2004. Sur les 91 destinataires invités à prendre position, 76 ont fait part de leur avis, sachant que 22 d'entre eux ont été transmis par des tiers non formellement invités à s'exprimer. La procédure s'est également accompagnée d'une consultation des offices.

Un écho largement positif

La révision a reçu un accueil très favorable, y compris de la Commission des banques. Les différents participants à la procédure de consultation ont notamment applaudi la volonté du législateur de soumettre toutes les formes de placements collectifs de capitaux à la nouvelle loi du même nom pour des raisons d'égalité de traitement («same business, same rules»), ainsi que l'assujettissement à la surveillance de la Commission des banques pour les nouvelles formes juridiques appelées à être créées. Ils ont également salué la transparence avec laquelle l'ensemble des placements collectifs de capitaux, à l'exception toutefois des fonds immobiliers (en propriété directe), sera traité sur le plan fiscal. En effet, les placements collectifs de capitaux n'étant pas soumis à l'impôt, le patrimoine et les revenus ne seront imposés qu'au niveau du détenteur de parts. Les milieux consultés ont par contre clairement rejeté le «naming and shaming», cette procédure consistant pour l'autorité de surveillance à dénoncer publiquement les établissements coupables de manquements, en faisant mention de leur nom.

Investisseur qualifié

Les participants à la procédure de consultation ont en revanche approuvé la création de plusieurs catégories d'investisseurs en fonction du degré de protection requis ainsi que le renforcement généralisé de cette protection, certains d'entre eux exigeant même que la notion d'investisseur qualifié soit formellement ancrée dans la loi.

Compatibilité avec la
législation européenne

Le rétablissement de la compatibilité avec la législation européenne a lui aussi été jugé globalement positif, même si l'interdiction de déléguer les décisions de placement à la banque dépositaire a été qualifiée d'excessive, alors même qu'elle favorise une certaine harmonisation. Autre disposition ayant remporté l'adhésion des participants, l'assujettissement à surveillance des gestionnaires de fortune de placements collectifs de capitaux, quoique certains se soient interrogés sur l'opportunité de limiter cette surveillance aux seuls gestionnaires de placements collectifs suisses.

De nouvelles formes
juridiques

Les milieux consultés ont également plébiscité le lancement en Suisse des SICAV ou sociétés d'investissement à capital variable, en exigeant toutefois une délimitation plus nette par rapport aux dispositions du droit des sociétés anonymes. Les avis sont en revanche partagés en ce qui concerne l'assu-

jettissement des fondations de placement à la nouvelle loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux. Si nombre de participants préconisent en effet leur assujettissement, avant tout pour des raisons fiscales, beaucoup s'interrogent sur l'identité de l'autorité de surveillance compétente en la matière: Commission des banques ou Office fédéral des assurances sociales? D'après la Commission des banques, soumettre certaines formes de placements collectifs de capitaux à une surveillance séparée reviendrait à autoriser l'arbitrage réglementaire, ce qu'il convient d'éviter. Les fondations de placement constituent des instruments de placement collectif à part entière et ne sont aucunement assimilables à des établissements de prévoyance. Elles tombent donc sous le coup de la nouvelle loi et doivent, de ce fait, être placées sous la surveillance de la seule autorité compétente en la matière, la Commission des banques. Ainsi les exigences liées à la surveillance prudentielle des fondations de placement l'emportent-elles de toute évidence sur tout autre critère, en particulier celui de leur proximité avec le domaine de la prévoyance professionnelle.

La question de l'assujettissement des sociétés d'investissement n'a rencontré, quant à elle, qu'une opposition modérée, certains intervenants se contentant de pointer d'éventuels problèmes de chevauchement avec les compétences de la Bourse suisse (SWX Swiss Exchange). Parce qu'elle est vouée à promouvoir le capital-risque, la création de sociétés en commandite de placements collectifs a pour sa part été unanimement saluée, entre autres par la Commission des banques qui juge ces nouvelles entités indispensables à la réalisation d'investissements en private equity. Il faut dire qu'aucune autre forme juridique de placement collectif de capitaux, y compris les fonds de placement contractuels, ne se prête à ce type d'investissement.

Oui à la promotion du capital-risque

Seule ombre au tableau, les participants ont dénoncé comme un obstacle potentiel la densité du projet de révision, qui va de pair avec une multiplication des dispositions réglementaires. Aussi ont-ils plaidé pour le remplacement des procédures d'autorisation visant les placements collectifs de capitaux exclusivement ouverts aux investisseurs qualifiés par une simple procédure de notification et pour un remaniement des dispositions relatives à la délégation. Les représentants du secteur ont pour leur part demandé que l'autorégulation soit désormais officiellement ancrée dans la loi. Enfin, plusieurs participants ont exigé la fixation dans la loi de délais de traitement des demandes d'autorisation.

Multiplication des dispositions réglementaires et procédure

Le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation puis en a publié le rapport. Il a chargé le Département fédéral des finances de lui soumettre d'ici au troisième trimestre 2005 le projet de

révision de la loi sur les fonds de placement ainsi que le message l'accompagnant.

Comme le Conseil fédéral a d'ores et déjà confié à une commission d'experts, en août 2004, la mission d'élaborer un projet de rapport, destiné à la consultation, concernant la surveillance et la forme juridique des établissements de prévoyance professionnelle, il a renoncé au projet de soumettre les fondations de placement à la nouvelle loi appelée à voir le jour à l'issue de la révision de la loi sur les fonds de placement.

Il a en outre décidé d'adapter les dispositions pénales en fonction des recommandations émises par la commission d'experts Zimmerli. Il faut dire que le rapport de la commission Zimmerli sur les sanctions relatives à la législation sur les marchés financiers¹ constitue une solide base de discussion en vue de la création d'un régime de sanctions homogène et rigoureux, valable pour l'ensemble des marchés financiers.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a indiqué que l'imposition des formes de placements collectifs de capitaux soumises à la loi devrait se faire en toute transparence. Seules seront exclues les sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF), qui continueront d'être assujetties à l'impôt en tant que sociétés anonymes. Pointées du doigt par les participants à la consultation, les pertes fiscales engendrées aux niveaux fédéral, cantonal et communal – lesquelles s'élèveraient à plusieurs dizaines de millions de francs – pourront ainsi être évitées. Les avantages fiscaux accordés aux sociétés d'investissement (par exemple la déduction des participations et le traitement privilégié des sociétés holding) seront quant à eux maintenus. S'agissant enfin des fonds de thésaurisation, l'impôt anticipé sera désormais prélevé annuellement, à l'image des impôts directs.

1.2 Révision partielle des ordonnances sur les fonds de placement

1.2.1 Ordonnance sur les fonds de placement

La révision de l'ordonnance sur les fonds de placement (OFP) est entrée en vigueur le 1^{er} août 2004. Elle est assortie d'une période transitoire courant jusqu'au 31 décembre 2005. Rappelons que la Commission des banques avait plaidé en son temps pour une révision partielle anticipée de l'OFP afin de l'adapter aux deux nouvelles directives sur les OPCVM² adoptées dès

¹ cf. ch. I/3

² Organismes de placement collectif en valeurs mobilières

2001 par l'Union européenne¹. Elle craignait en effet que les fonds en valeurs mobilières de droit suisse ne soient pénalisés lors de leur admission dans des pays membres de l'Espace économique européen en raison du retard pris dans l'adoption de la nouvelle loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, elle-même destinée à mettre en œuvre le nouveau régime de fonds de l'Union européenne (UCITS III; Undertakings for collective investment in transferable Securities).

La révision de l'ordonnance sur les fonds de placement s'est limitée pour l'essentiel à la reprise des dispositions de la «directive Produits»², laquelle prévoit entre autres une extension de la notion de valeurs mobilières, un assouplissement des restrictions visant les investissements dans d'autres fonds et l'acceptation des placements dans des instruments du marché monétaire, des dépôts bancaires et des instruments financiers dérivés. Les prescriptions relatives à la répartition des risques ont elles aussi été adaptées au nouveau catalogue des placements autorisés. Par ailleurs, des dispositions spéciales ont été adoptées concernant les fonds ayant pour objet de répliquer un indice. L'obligation de limiter les placements dans des dépôts bancaires à 20 pour cent tout au plus des actifs du fonds s'appliquera désormais également à la banque dépositaire. Enfin, pour la première fois, la somme des placements, avoirs et créances d'une seule et même contrepartie sera limitée à 20 pour cent des actifs du fonds.

Libéralisation des
prescriptions en matière
de placement

La «directive sur les services»³ contient elle aussi toute une série de dispositions nouvelles et relativement sophistiquées par rapport à la loi sur les fonds de placement. Ces nouvelles règles, qui font voler en éclats le cadre juridique actuel destiné à favoriser une mise en œuvre rapide des nouvelles prescriptions européennes par voie d'ordonnance (cf. l'art. 43, al. 3 LFP), ne tombent sous le coup d'aucune clause de la loi sur les fonds de placement, d'où leur nécessaire incorporation dans la nouvelle loi sur les placements collectifs de capitaux. Quoi qu'il en soit, seules deux modifications majeures ont dû être apportées dès à présent à l'ordonnance sur les fonds de placement afin de préserver la capacité d'exportation des fonds suisses en valeurs mobilières: elles concernent d'une part l'augmentation du montant maximal de fonds propres dont les directions de fonds doivent disposer, avec la fixation d'un plafond de 20 millions de francs, et d'autre part l'introduction du prospectus simplifié qui, contrairement à l'actuel prospectus – plus complet

¹ cf. Rapport de gestion 2000 p. 200 s.

² cf. version consolidée UCITS III sous
http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/main/1985/de_1985L0611_index.html

³ cf. version consolidée UCITS III sous
http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/main/1985/de_1985L0611_index.html

– devra obligatoirement être proposé aux investisseurs avant la conclusion du contrat. Les détails techniques seront réglés dans le cadre de l’ordonnance sur les fonds de placement de la Commission des banques. Les check-lists relatives aux fonds de placement ont été adaptées en conséquence, à l’exception de la check-list concernant la nomination des experts de fonds immobiliers chargés des estimations.

1.2.2 Ordonnance de la Commission des banques sur les fonds de placement

La révision partielle de l’ordonnance sur les fonds de placement (OFP)¹ ne sera pas sans conséquence sur l’ordonnance correspondante de la Commission des banques (OFP-CFB), laquelle devra donc subir de légères retouches, avant tout d’ordre formel. Sur le fond, il conviendra notamment d’y intégrer les nouvelles prescriptions en matière de répartition des risques désormais contenues dans l’OFP, et elles-mêmes issues des directives UCITS III. Sans oublier les dérivés de crédit, dont l’utilisation est désormais autorisée.

Dérivés de crédit

Il faut dire que les dérivés de crédit sont devenus un élément incontournable de la gestion de portefeuilles obligataires. En effet, si certains marchés obligataires pèchent par manque de liquidités, que ce soit en raison d’un volume d’émissions étié ou d’une désertion massive des investisseurs par temps de risque (dégradation de la solvabilité des émetteurs, augmentation du Credit Spread), le marché des dérivés de crédit se caractérise précisément par une bonne liquidité, d’où la possibilité de transférer rapidement les risques de crédit, même lorsque les marchés de base ne l’autorisent plus. Les dérivés de crédit permettent également de reprendre des risques de crédit dans le cadre de stratégies de placement et de constituer ainsi des obligations synthétiques – on choisira pour ce faire des entreprises dotées d’une bonne solvabilité et affichant un bilan suffisamment solide pour n’avoir aucune obligation en circulation. Autant de raisons qui justifient leur intégration dans les dispositions de l’OFP-CFB relatives aux instruments financiers dérivés. Précisons que les dérivés de crédit tombent également sous le coup des prescriptions concernant la conclusion des transactions, les opérations OTC, les risques de contrepartie ainsi que la couverture et la prise en compte dans les diverses limites (et plus précisément les limites relatives à la répartition des risques).

¹ cf. ch. 1.2.1

Découlant en droite ligne des directives UCITS III, les prescriptions de l'OFP en matière de placement n'autorisent plus seulement le recours aux instruments financiers dérivés en vue d'améliorer la gestion des actifs du fonds; elles en font des placements à part entière. Dans ces conditions, il ne devrait plus être nécessaire de couvrir les positions sur dérivés augmentant l'engagement par des moyens équivalents aux liquidités afin de neutraliser l'effet de levier. Rappelons en effet la distinction opérée par l'Union européenne entre OPCVM (organismes de placement collectif en valeurs mobilières) non sophistiqués et OPCVM sophistiqués. Pour ces derniers, le risque lié aux instruments financiers dérivés ne doit pas dépasser 100 pour cent de la fortune nette du fonds et le risque total 200 pour cent. Les OPCVM sophistiqués peuvent dès lors être assortis d'un effet de levier de 2, voire de 2,1 si l'on tient compte de la possibilité de recourir à un emprunt à hauteur de dix pour cent. Pour évaluer les risques encourus, ces fonds doivent utiliser l'approche dite de la VAR (value-at-risk), combinée à des tests de robustesse (stress tests). Deux procédés auxquels les OPCVM non sophistiqués – autrement dit n'exerçant pas d'effet de levier – peuvent renoncer au profit de méthodes plus simples. Cependant, l'application de ces méthodes d'évaluation aux OPCVM sophistiqués risquant d'entraîner pour les directions de fonds suisses d'importants ajustements en termes d'organisation et de personnel, la Commission des banques, forte de l'appui de l'industrie des fonds de placement, a renoncé dans un premier temps à lancer ce genre de fonds en Suisse. Aussi les fonds en valeurs mobilières pourront-ils certes atteindre désormais leur objectif de placement avec 100 pour cent d'instruments financiers dérivés, mais ces derniers devront continuer à être couverts par des moyens semblables aux liquidités, afin de neutraliser l'effet de levier.

OPCVM sophistiqués et
non sophistiqués

Autre nouveauté contenue dans l'OFP, le lancement en Suisse du prospectus simplifié pour les fonds en valeurs mobilières, sachant que conformément à l'art. 77a, al. 1 OFP, c'est à l'autorité de surveillance qu'il reviendra de concrétiser les exigences y afférentes et de les adapter au droit européen. Pour autant, l'UE n'ayant pas encore déterminé avec précision le mode de calcul et de publication de certaines informations destinées à figurer dans le prospectus simplifié, cette concrétisation n'a pas encore pu être entreprise en Suisse. L'OFP-CFB devra donc être complétée en temps utile par des dispositions correspondantes.

Prospectus simplifié

1.3 Directive sur la performance des fonds

Informations sérieuses et
impartiales

Selon les règles de conduite adoptées par l'industrie suisse des fonds de placement, les directions de fonds et autres représentants de fonds étrangers sont tenus de publier les performances de leurs fonds selon des normes internationalement reconnues. En édictant une directive sur le calcul et la publication des performances de fonds, la Swiss Funds Association (SFA) entend faire respecter uniformément cette obligation et garantir le plus haut degré de transparence et de comparaison possible entre les différents fonds proposés sur le marché suisse. Elle souhaite également aider les investisseurs à obtenir des informations sérieuses et impartiales et, par ricochet, accroître la fiabilité des données publiées, car ces dernières sont suivies avec attention par les marchés. La performance d'un fonds correspond à peu de choses près au rendement global (total return) dégagé par une part dans un laps de temps donné et établi dans l'unité de calcul du fonds. Elle est exprimée en pour cent de la valeur d'inventaire au début de la période considérée.

Une directive obligatoire
pour tous les fonds

Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004, la directive a été reconnue comme standard minimum par la Commission des banques. Elle revêt donc un caractère obligatoire et contraignant pour l'ensemble des fonds de placement autorisés en Suisse. Les directions de fonds et représentants de fonds de placement étrangers auront jusqu'au 31 mars 2005 pour adapter leur mode de calcul et de publication en conséquence.

1.4 Directives concernant les fonds immobiliers

Méthode d'estimation

En se dotant de directives relatives aux fonds immobiliers, la SFA comble d'importantes lacunes sur le plan réglementaire: conflits d'intérêts, estimation des biens-fonds appartenant à un fonds immobilier; bien des questions techniques échappaient encore à toute réglementation.

Selon l'art. 63, al. 2 OFP, la valeur vénale d'un avoir ou d'un droit correspond au prix qui pourrait en être obtenu si on le vendait avec soin au moment de l'évaluation. Pour satisfaire à cette exigence et entourer les fonds immobiliers suisses de la plus grande transparence qui soit, les directives de la SFA disposent que tous les biens-fonds d'un fonds immobilier doivent être estimés selon une méthode dynamique de valeur de rendement unanimement reconnue. Sont admises comme méthode dynamique de valeur de rendement la méthode de la valeur actualisée et la méthode Discounted Cash Flow. En cas de changement de méthode, les experts chargés des estimations doivent visiter tous les biens-fonds. Par ailleurs, tout changement de méthode doit être annoncé préalablement aux investisseurs, en leur indi-

quant qu'il peut aboutir aussi bien à une estimation plus élevée que plus basse des biens-fonds. Afin de satisfaire pleinement aux normes internationales, les directions de fonds sont également tenues d'aller au-delà des dispositions légales et de publier dans leurs rapports annuels et semestriels un minimum de ratios, parmi lesquels le TER ou Total Expense Ratio¹.

Les prescriptions relatives aux devoirs d'information, de diligence et de loyauté contenues dans les directives s'imposent à toutes les directions de fonds immobiliers suisses ainsi qu'aux représentants de fonds immobiliers étrangers. Seules demeurent réservées les exceptions accordées par la Commission des banques aux fonds immobiliers dont le cercle englobe exclusivement des investisseurs institutionnels qui gèrent leur trésorerie à titre professionnel. Les directives sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Une période transitoire d'un an a été prévue pour leur mise en œuvre, de même qu'un délai de transition de trois ans pour le changement de la méthode d'estimation.

Champ d'application

La Commission des banques a reconnu ces directives comme standards minimaux, tout en regrettant l'absence de toute disposition concernant l'émission de parts de fonds immobiliers. En effet, si la loi sur les fonds de placement dispose, en son art. 41 al. 1, que la direction du fonds doit proposer les nouvelles parts en priorité aux anciens investisseurs, elle ne précise pas à quelle hauteur il convient de leur garantir la souscription des parts nouvellement émises. De même, la direction du fonds est entièrement libre de déterminer la nature de ce droit de souscription: elle peut par exemple accorder aux détenteurs de parts actuels un droit de souscription préférentiel ou encore leur octroyer des options négociables ou non négociables. Rien n'est par ailleurs dit, dans la loi sur les fonds de placement, sur les devoirs de diligence, de loyauté et d'information auxquels doivent satisfaire les directions de fonds au sujet de ces droits de souscription. C'est la raison pour laquelle la Commission des banques a exhorté la SFA à compléter ses directives.

Emission de parts

2 Pratique de l'autorité de surveillance

2.1 Fonds destinés à des investisseurs institutionnels

Si la direction du fonds prouve que le cercle des investisseurs est exclusivement composé d'investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel, la Commission des banques peut, le cas échéant,

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 84

III. Fonds de placement

déclarer non applicables certaines prescriptions de la loi sur les fonds de placement, conformément à l'art. 2 al. 2 OFP¹. En 2004, 71 fonds de placement destinés à des investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel ont été agréés par la Commission des banques. Leur nombre, apuré d'une dizaine de retraits, est ainsi passé de 108 (fin 2003) à 169. Outre les dérogations à la loi sur les fonds de placement, devenues entre-temps monnaie courante, comme l'exonération de l'obligation d'émettre et de racheter les parts contre espèces, d'autres cas spéciaux ont vu le jour.

Fonds à investisseur
unique

Amenée à trancher la question de savoir si un fonds comprenant très exactement une seule caisse de pension comme investisseur pouvait être considéré comme un placement collectif au sens de l'art. 2 al. 1 LFP, la Commission des banques a répondu par l'affirmative dans la mesure où, d'un point de vue économique, la caisse de pension sert de réceptacle au patrimoine d'un grand nombre d'assurés. Si la caisse de pension investit ces avoirs dans un fonds de placement, elle n'en est pas le bénéficiaire final: seuls les assurés en sont les destinataires. La Commission des banques a par conséquent admis, mais à des conditions très strictes, que le cercle des investisseurs d'un fonds pouvait se restreindre à un investisseur unique. Ainsi, ce dernier doit-il être soit une institution ou une institution annexe de la prévoyance professionnelle, soit une compagnie d'assurance du secteur vie investissant des avoirs dans le fonds concerné en son nom propre, pour le compte d'un minimum de vingt personnes physiques et/ou morales qui en sont les bénéficiaires finaux. De même, la délégation des décisions de placement à l'investisseur unique n'est pas autorisée et le règlement du fonds doit mentionner clairement que le cercle des investisseurs se limite à un seul investisseur.

Conversion en fonds
ouverts au public

La Commission des banques a en outre octroyé aux investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel des dérogations aux dispositions de la loi sur les fonds de placement visant les fonds immobiliers. Le premier cas concernait un fonds immobilier en pleine phase de constitution et ne pouvant investir dans plus de cinq projets de construction à la fois. Selon les dispositions sur la répartition des risques de la loi sur les fonds de placement, 20 pour cent tout au plus de la fortune d'un fonds ouvert au public peuvent être placés dans un terrain à bâtir et des constructions commencées. Les placements doivent par ailleurs être ventilés sur un minimum de dix biens-fonds, raison pour laquelle seul un fonds immobilier destiné à des investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre

¹ cf. Rapport de gestion 1997 p. 246

professionnel pouvait être autorisé¹. La particularité résidant dans le fait qu'une fois la phase de constitution achevée, lorsque le portefeuille est conforme aux prescriptions relatives à la répartition des risques (réalisation des projets de construction et répartition des placements sur un minimum de dix biens-fonds), le fonds peut être transformé en fonds ouvert au public via une modification du règlement au sens de l'art. 8 LFP. La Commission des banques a admis le principe d'une telle transformation lorsque la modification du règlement a pour effet d'invalidier la totalité des exceptions visées à l'art. 2 al. 2 OFP et lorsque l'organe de révision confirme que le fonds observe à la fois les nouvelles dispositions du règlement (en l'occurrence les prescriptions relatives à la répartition des risques) et les dispositions légales régissant les fonds ouverts au public et que les valeurs d'estimation ont été révisées.

Pour la première fois depuis les années 60, la Commission des banques a agréé un fonds immobilier de droit suisse investissant à l'étranger. L'art. 46 al. 3 OFP autorise les fonds ouverts au public à effectuer des placements immobiliers à l'étranger pour autant que l'estimation de la valeur vénale telle que pratiquée dans les pays concernés corresponde aux prescriptions légales suisses. Afin de faciliter l'estimation (au plan international) de la valeur vénale par des professionnels, il a été convenu – par dérogation à l'art. 50 al. 1 let. a OFP qui prévoit entre autres que les experts chargés des estimations doivent être indépendants les uns des autres – que la direction du fonds pourrait nommer des experts travaillant tous au sein de la même société spécialisée dans l'évaluation des biens-fonds. Par dérogation à l'art. 36 LFP selon lequel un fonds immobilier doit placer ses avoirs en valeurs immobilières, le fonds s'est également vu autorisé à investir jusqu'à 30 pour cent de sa fortune en parts de fonds de placement nationaux ou étrangers investissant directement ou indirectement dans le secteur de l'immobilier, ou dans des actions de sociétés immobilières nationales ou étrangères. Rappelons toutefois que les participations à des fonds de placement fermés et les actions de sociétés immobilières ne peuvent être acquises que si elles sont négociées en bourse ou sur tout autre marché réglementé et ouvert au public.

Fonds immobiliers
internationaux

¹ cf. Rapport de gestion 2000 p. 209

Strict respect du principe
du forward pricing

2.2 Late trading et market timing

Afin de prévenir en Suisse des événements comparables à ceux survenus aux Etats-Unis, la Commission des banques a confié en 2003¹ à des sociétés d'audit une enquête approfondie sur le late trading et le market timing. Le dépouillement de cette enquête n'a révélé aucune entente illicite avec des tiers (late trading) ni aucune entorse au principe dit du forward pricing auquel sont soumis les fonds en actions. La Commission des banques a néanmoins demandé à la Swiss Funds Association (SFA) de remanier les directives sur le calcul des valeurs d'inventaire et le traitement d'erreurs d'évaluation dans les fonds en valeurs mobilières. Ces directives sont appelées à énoncer désormais avec force que le respect du principe du forward pricing fait partie intégrante des normes minimales impératives de surveillance. Ce principe devra retenir – notamment dans le cas des fonds d'actions asiatiques – toute l'attention de la SFA lorsqu'elle procédera à la refonte du règlement modèle régissant les fonds en valeurs mobilières.

2.3 Tarification en vigueur dans les fonds de placement

Après consultation de la Swiss Funds Association (SFA), la Commission des banques a adressé le 6 octobre 2003 à l'ensemble des directions de fonds et représentants de fonds de placement étrangers un courrier, en rapport avec le scandale qui avait ébranlé les Etats-Unis (late trading, market timing), où elle prenait position sur plusieurs questions restées en suspens. Elle a ainsi interdit le versement de rétrocessions aux investisseurs finaux n'ayant pas le statut de distributeur tels que les caisses de pension. Cette intervention a eu pour mérite de déclencher un débat aussi urgent que passionné sur la licéité et les modalités d'octroi des rétrocessions. Un sujet qui mobilise de plus en plus l'attention des autorités, des médias et du public à l'échelle internationale.

Hausse constante
des coûts

La Commission des banques ne peut ni ne veut continuer à surveiller les tarifs en vigueur. Elle a néanmoins constaté, non sans inquiétude, que les commissions de gestion, d'administration et de distribution grevant le patrimoine des fonds de placement commercialisés sur le marché suisse – à commencer par les fonds d'actions – ont une fâcheuse tendance depuis plusieurs années à augmenter, et ce en dépit d'une offre de plus en plus abondante. De là à en conclure à une défaillance du marché, il n'y a qu'un pas. La progression inexorable de ces coûts tient essentiellement à la lutte acharnée dont font l'objet les différents canaux de distribution car seuls se

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 85 s.

vendent activement les fonds en mesure de verser des rétrocessions aux distributeurs.

La Commission des banques a réuni lors d'un séminaire des praticiens nationaux et internationaux afin d'obtenir divers éclairages sur cette problématique des coûts. Cette réunion s'est en premier lieu penchée sur la requête formulée par la SFA visant à assouplir, sous certaines conditions, l'interdiction d'octroyer des rétrocessions aux investisseurs institutionnels finaux, puis sur l'admissibilité des fameuses classes de parts à zéro pour cent pour certaines catégories d'investisseurs (les grandes fortunes/High Net-worth Individuals, HNWI et les investisseurs institutionnels). La renonciation à prélever des frais par ces classes de parts a été justifiée par le fait qu'ayant conclu des contrats avec d'autres unités du groupe, indépendantes de la direction du fonds (comme l'Asset Management), les investisseurs concernés seraient amenés à régler les frais imputés sous une autre forme.

Séminaire sur la
tarification

La Commission des banques a décidé d'opérer, en matière de tarification, une distinction entre fonds ouverts au public et fonds destinés à des investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel. Une catégorie que, compte tenu de sa position de force sur le marché et de ses connaissances, l'autorité de surveillance n'a pas besoin de suivre sous l'angle de la protection des investisseurs et, partant, l'égalité de traitement. Ainsi les autres fonds destinés aux investisseurs institutionnels au sens de l'art. 2 al. 2 OFP pourraient bénéficier – vu le degré de protection moindre dont a besoin cette catégorie d'investisseurs – d'une plus grande marge de manœuvre quant à la structure et au montant de leurs versements et rétrocessions. Les conditions d'exercice d'une telle liberté resteraient cependant à définir.

Séparation nette entre
fonds institutionnels et
fonds ouverts au public

Afin que les investisseurs en général prennent conscience qu'une part importante des commissions de gestion sert non pas à la gestion proprement dite mais à la rétribution de la distribution, l'autorité de surveillance estime qu'une transparence dans les coûts aussi bien pour les fonds suisses que pour les fonds de provenance étrangère serait dorénavant souhaitable. Cela signifie que pour tous les fonds ouverts au public, les commissions maximales de gestion, d'administration et de distribution devraient être présentées séparément dans le règlement. L'autorité de surveillance discute avec la SFA de la mise en œuvre de ces lignes directrices.

Transparence des fonds
ouverts au public

2.4 Procédure d'autorisation simplifiée pour les fonds compatibles avec l'UE

Procédure simplifiée pour les UCITS III

Dans le cadre de la révision partielle anticipée de l'ordonnance sur les fonds de placement (OFP) aux fins d'harmonisation avec la nouvelle législation de l'Union européenne (UCITS III¹), la Commission des banques a décidé que les fonds de placement étrangers euro-compatibles (Undertaking for collective investment in transferable securities UCITS) ne seraient désormais tenus de remettre un prospectus simplifié que si l'Etat dans lequel se situe le siège de l'UCITS en exige déjà un, conformément aux nouvelles dispositions de l'UE en la matière. Elle a par ailleurs entériné la procédure simplifiée introduite en 1995 afin de traiter les demandes adressées par les fonds étrangers compatibles avec l'UE et elle a mis en vigueur sa propre directive relative à l'agrément des nouveaux fonds UCITS III.

3 Procédure d'exécution en matière de fonds

Négoce de devises pour le compte de clients

Allfinanz Zentrum AG concluait avec nombre de ses clients un mandat de gestion, en vertu duquel elle devait ouvrir une ligne de négoce en USD à leur nom et en assurer la gestion conformément aux dispositions des conditions générales. Les clients déposaient quant à eux les montants à gérer sur le compte global de la société.

Pratique de la Commission des banques

L'un des éléments constitutifs, par définition, du fonds de placement est précisément le placement collectif de capitaux. La jurisprudence du Tribunal fédéral définit le placement collectif de capitaux par le fait que la direction du fonds n'est pas à même de différencier les investisseurs d'après le montant précis et l'utilisation concrète de leur fortune personnelle et qu'elle doit donc se limiter à les renseigner de manière globale². Ce qui était le cas en l'espèce. Aucun décompte individuel ni aucune comptabilisation personnelle des transactions effectuées pour le compte de chaque client n'avait lieu. La Commission des banques a estimé que seules les opérations sur devises au comptant permettaient de distinguer les investisseurs en fonction du montant précis et de l'utilisation concrète de leur fortune personnelle au jour le jour, pratique généralement impossible dans le cas des opérations sur devises à terme compte tenu de leur spécificité.

Désignation d'un gérant

Aussi est-elle parvenue à la conclusion que la gestion des avoirs était assimilable à un fonds de placement et que l'activité de Allfinanz Zentrum AG était caractéristique d'une direction de fonds non autorisée. Comme la conversion du fonds de placement non agréé en une entité conforme aux

¹ cf. ch. 1.2.

² cf. Arrêt 116 Ib 73

prescriptions de la loi sur les fonds de placement était exclue, la Commission des banques a ordonné sa dissolution. Elle a par conséquent nommé un gérant et un liquidateur en lieu et place de la société dépourvue de toute autorisation d'exercer.

IV. Bourses et marchés

1 Réglementation

1.1 Révision de l'art. 38 LBVM

Confidentialité

En novembre 2004, le Conseil fédéral a soumis au Parlement un message¹ en vue de la révision de l'article 38 LBVM². Cette disposition légale concerne la coopération internationale relative à l'application de la législation boursière. Le projet reprend pour l'essentiel une proposition élaborée de concert par l'Association suisse des banquiers et la Commission des banques³ que le Département fédéral des finances avait mise en consultation publique au début 2004.

Contenu

Ce projet de révision vise à assouplir les exigences en matière de confidentialité et à accélérer l'entraide administrative, notamment en raccourcissant les délais légaux. La modification législative doit également permettre que l'autorité étrangère requérante puisse retransmettre à une autorité tierce, y compris à une autorité pénale le cas échéant, les informations qu'elle aura reçues de la Commission des banques. Ceci n'est toutefois possible qu'à la condition que ces informations soient utilisées uniquement pour l'application de la réglementation des marchés financiers. Ce domaine restreint échappe ainsi au principe de la double incrimination pour le transfert d'informations à une autorité pénale. Ce principe demeure en revanche applicable pour toute autre utilisation des informations.

Satisfaction de la
Commission des banques

La Commission des banques salue la décision du Conseil fédéral. Depuis plusieurs années, elle attire l'attention sur la nécessité et l'urgence d'une telle révision, car la réglementation actuelle en matière d'entraide administrative internationale n'est pas satisfaisante. Elle espère que le Parlement suivra le Conseil fédéral sur ce projet, qui devrait permettre de débloquer une entraide parfois entravée de manière conséquente envers certains États importants. Le projet permet aussi un rapprochement des règles suisses régissant l'entraide boursière avec les standards internationaux pertinents en la matière, ceci dans l'intérêt de la place financière.

1.2 Corporate Governance: modification du code des obligations

Directive de la SWX Swiss
Exchange

À l'initiative de la Commission des banques, la Bourse suisse (SWX Swiss Exchange) a adopté dans sa Directive Corporate Governance (DCG) un corpus de dispositions à caractère obligatoire sur la transparence des versements effectués aux organes des émetteurs⁴. La DCG statue ainsi que les

¹ cf. FF 2004 6341

² cf. FF 2004 6365

³ cf. Rapport de gestion 2003 p. 29 ss

⁴ cf. Rapport de gestion 2003 p. 93 s.

rémunérations, participations et prêts octroyés aux membres du conseil d'administration et de la direction générale des sociétés cotées en bourse doivent être rendus publics.

Tel est le cas des rémunérations versées aux membres en exercice et aux anciens membres du conseil d'administration et de la direction générale, sachant que la rémunération globale la plus élevée accordée au sein du conseil d'administration doit être indiquée séparément, sans faire mention de l'identité du destinataire. Les attributions d'actions et d'options aux membres du conseil d'administration et de la direction générale ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches, de même que les participations détenues par ces personnes dans la société, doivent elles aussi obéir au même souci de transparence. En font partie les honoraires et rémunérations additionnels aux personnes susmentionnées, dans la mesure où cette somme atteint ou dépasse la moitié de la rémunération ordinaire de la personne concernée. Doit enfin être indiqué le montant global des sûretés, prêts, avances ou crédits qui leur ont été octroyés.

La Commission des banques a reconnu en 2002 que cette solution de compromis représentait un premier pas dans la bonne direction. Elle exigea toutefois de la SWX qu'elle continue à développer les aspects de corporate governance.

Le droit des sociétés anonymes ne régleme nte pas la transparence des rémunérations et participations des membres du conseil d'administration et de la direction générale. Suite à diverses interventions parlementaires concernant la gouvernance d'entreprise, l'Office fédéral de la justice a institué à fin 2002 un groupe de travail avec pour mandat de vérifier si le droit suisse des sociétés anonymes répondait déjà aux exigences requises en la matière ou s'il y avait lieu d'agir; la question à traiter en priorité était celle des modalités de la divulgation des rémunérations et des participations des organes dirigeants les plus élevés d'une société anonyme.

Elaboration d'une
disposition dans le CO

Le Conseil fédéral a publié en 2004 un projet de loi et un message visant à compléter le code des obligations (art. 663 let. b^{bis} et 663 let. c CO)¹. Les nouveautés portent essentiellement sur quatre points. Devraient désormais être divulguées les rémunérations (y compris les crédits en cours) que la société verse aux membres du conseil d'administration et de la direction générale. Seraient tenus de se conformer à cette obligation de transparence

Message adressé au
Parlement

¹ cf. FF 2004 4247–4250 <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2004/4247.pdf> et FF 4223–4246 <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2004/4223.pdf>

les membres anciens et actuels du conseil d'administration, les personnes actuellement ou antérieurement chargées de la direction de la société ainsi que celles qui leur sont ou leur étaient proches. Devraient être déclarés les montants globaux des rémunérations octroyées au conseil d'administration et à la direction générale, les rémunérations individuelles des différents membres du conseil d'administration et le salaire le plus élevé attribué au sein de la direction avec mention de l'identité du membre bénéficiaire. Devraient enfin être indiquées les participations détenues par chacun des membres du conseil d'administration et de la direction dans la société.

Consultation

Les avis exprimés au cours de la procédure de consultation relative à l'avant-projet ont divergé au plus haut point. Après appréciation des différentes prises de position, le Conseil fédéral a considéré que le projet de loi constituait une voie médiane viable et il a donc maintenu son idée de réglementer, dans le droit des sociétés anonymes, la publication des rémunérations accordées aux membres des organes dirigeants.

Position de la Commission
des banques

De son côté, la Commission des banques s'est félicitée de l'impulsion donnée par ce projet ainsi que de la prise en compte de ses préoccupations au niveau législatif. Elle a par ailleurs souligné que cette occasion serait idéale pour ancrer également dans la loi le principe de la divulgation des transactions de la direction¹. Cette obligation légale aura en effet pour mérite d'ériger, dans ces deux domaines connexes, les fondements d'un arsenal de sanctions plus efficace en matière d'autorégulation de la bourse, que ce soit à l'encontre des émetteurs eux-mêmes ou de leurs organes dirigeants. Cette suggestion n'a cependant pas été retenue.

1.3 Délits d'initiés et manipulation de cours

Nécessité d'une révision

Les carences du droit pénal relatif aux infractions de l'exploitation d'informations confidentielles (art. 161 CP) ainsi que de la manipulation de cours (art. 161^{bis} CP) sont largement connues². La Commission des banques réclame depuis longtemps leur correction, notamment afin de combler les lacunes du droit suisse en comparaison internationale³. On trouvera à ce sujet des pistes de réflexion concrètes dans les propositions formulées par le groupe de travail sur les délits boursiers présidé par le Conseiller d'Etat zou-

¹ cf. ch. 1.7

² cf. ch. 1/4

³ cf. Rapport de la CFB sur les sanctions et Rapport de gestion 2002 p. 22 ss

gois Hanspeter Uster¹ ainsi que dans les travaux de révision de la disposition sur l'entraide administrative de la loi sur les bourses (art. 38 LBVM)².

En 2004, les recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)³ ont apporté un nouvel élan aux efforts déployés jusqu'ici afin de renforcer les normes pénales relatives aux délits d'initiés ainsi qu'à la manipulation de cours. Cet élan s'est traduit en Suisse par l'instauration d'un groupe de travail interdépartemental chargé de transposer ces recommandations. Ce groupe de travail s'est notamment attaché à appréhender les notions d'opération d'initié et de manipulation de cours en tant qu'infraction sous-jacente au blanchiment de capitaux. Il a par ailleurs intégré dans ses travaux la motion du conseiller national Peter Jossen⁴, qui exige que l'exploitation d'informations concernant les avertissements sur bénéfices puisse également constituer un délit d'initié.

Infraction sous-jacente au blanchiment de capitaux

La précipitation et le caractère unilatéral des corrections minimales apportées passent à côté d'ajustements matériels plus approfondis, de l'instauration d'une autorité centrale et de l'introduction d'un régime de sanctions⁵. La nécessité d'une réforme approfondie des normes pénales relatives aux délits d'initié ainsi qu'à la manipulation de cours risque ainsi d'être sous-estimée, voire ignorée⁶. Sans compter que la révision opérée sous l'impulsion des recommandations du GAFI pourrait entraver pour longtemps une refonte ultérieure et plus complète des délits boursiers. Les lacunes dont souffrent les normes suisses à la lumière des standards internationaux ne se limitent d'ailleurs pas au seul fait que les avertissements sur bénéfices ne peuvent pas constituer un élément objectif d'une infraction pour délit d'initié et que cette norme pénale ne peut pas être qualifiée en l'état du droit comme une infraction sous-jacente au blanchiment de capitaux.

Révision lacunaire?

Selon la Commission des banques, seule une révision approfondie de la réglementation en matière de délits boursiers peut éliminer les disparités entre le régime suisse et ceux des principales places financières étrangères. Aussi, les différentes initiatives dans ce domaine doivent absolument être coordonnées. C'est la raison pour laquelle la Commission des banques a recommandé la création d'une instance composée de spécialistes du droit pénal et des marchés financiers, chargée de réviser les articles 161 et 161^{bis} CP

Nécessité d'une refonte complète

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 99 s.

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 29 ss

³ cf. Rapport de gestion 2003 p. 122 s.

⁴ cf. <http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2002/d%5Fgesch%5F20023246.htm>

⁵ cf. Rapport de la CFB sur les sanctions

⁶ cf. ch. I/4

et d'élaborer des propositions sur les questions de procédure et de compétence, tout en intégrant les conclusions du groupe de travail sur les délits boursiers.

1.4 La réglementation des offres publiques d'acquisition et de la publicité des participations

Nécessité d'une révision
totale

Les prises de position – dans l'ensemble positives – recueillies pendant la procédure de consultation close le 9 janvier 2004¹ ont mis en lumière la nécessité d'une révision totale de l'ordonnance sur les OPA (OOPA) et de l'ordonnance de la Commission des banques sur les bourses (OBVM-CFB). Parallèlement, l'avancement des travaux concernant la réorganisation des autorités compétentes en la matière² a révélé le besoin de réviser plusieurs textes de loi (tels que la loi sur les bourses) ainsi que des ordonnances qui en découlent (telles que l'OOPA et l'OBVM-CFB).

Suspension provisoire
de la révision

Au vu de ces circonstances et afin d'éviter aux acteurs du marché l'application de deux révisions successives de l'OOPA et de l'OBVM-CFB, la Chambre des offres publiques d'acquisition de la Commission des banques a décidé de suspendre provisoirement les travaux de révision de ces ordonnances et de les reprendre une fois connue la nouvelle organisation judiciaire administrative fédérale. Les prises de position, parfois très détaillées, recueillies lors de la procédure de consultation constitueront à cet égard une précieuse base de travail.

Examen de l'organisation
des autorités

Dans le contexte de la révision complète de l'organisation judiciaire fédérale, la Commission des banques a examiné – en coopération avec la Commission des offres publiques d'acquisition et la SWX Swiss Exchange – divers scénarios de refonte de l'organisation des autorités dans le domaine des offres publiques d'acquisition et de la publicité des participations.

Maintien des instances
pour la publicité des
participations auprès des
bourses

Après avoir soupesé l'ensemble des éléments en jeu, la Commission des banques a décidé, contrairement à son projet initial, de ne pas rattacher les instances pour la publicité des participations à la Commission des offres publiques d'acquisition. Une fusion aurait apporté certaines synergies entre les domaines de la publicité des participation et des OPA, mais elle aurait aussi prétérité les synergies existantes au sein des bourses, notamment avec les instances d'admission et de surveillance des marchés. Etant donné que

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 91

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 106 s.

les procédures d'offres publiques d'acquisition – et dans une moindre mesure celles ayant trait à la publicité – sont régulièrement soumises à de fortes contraintes temporelles, il devient urgent de mettre en place une procédure efficace, limitée idéalement à deux instances, surtout pour les offres publiques d'acquisition.

La Commission des banques continue de penser que la Commission des offres publiques d'acquisition devrait disposer à l'avenir d'une compétence décisionnelle et qu'il serait bon de prévoir, dans le cadre d'une procédure impliquant deux instances, une seule possibilité de recours direct contre les décisions de la Commission des OPA auprès du Tribunal administratif fédéral. La Commission des banques renoncerait ainsi à sa compétence en ne se prononçant plus à l'avenir sur les offres publiques d'acquisition et se limiterait à exercer une haute surveillance, voire se retirait complètement de ce domaine. La Commission des banques se voit contrainte d'adopter une telle position dans la mesure où, compte tenu des besoins du marché, les litiges émaillant les procédures d'offres publiques d'acquisition doivent impérativement être tranchés définitivement le plus rapidement possible. Une telle célérité n'est possible qu'à la condition de réduire le nombre d'instances à deux, le Tribunal administratif fédéral se prononçant en seconde et dernière instance.

Procédure à deux instances pour les offres publiques d'acquisition

1.5 Circulaire «Règles de comportement sur le marché»

Le projet de circulaire intitulée «Règles de comportement sur le marché»¹ mis en consultation par la Commission des banques a été violemment rejeté. Sur l'ensemble des organisations consultées, 16 ont concrètement fait part de leurs positions. 14 réponses ont été publiées sur le site de la Commission des banques², dont 11 négatives. Pas moins de neuf organisations ont exigé le retrait pur et simple du projet de circulaire ou son ajournement jusqu'à ce que l'on dispose des fondements juridiques nécessaires pour instituer la nouvelle autorité de surveillance des marchés financiers, FINMA. Le projet n'a remporté l'adhésion que de quatre organisations.

Le rejet de la circulaire tient essentiellement à son caractère jugé trop répressif ainsi qu'à de trop fortes similitudes avec le droit pénal. Les chevauchements avec d'autres projets législatifs ainsi qu'avec les normes d'autorégulation ont également été critiqués. Le projet de circulaire a été accusé

Rejet du projet

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 92 s.

² cf. <http://www.ebk.admin.ch/f/regulier/stellungnahmen.html>

Prochaines étapes

d'aller trop loin et de nuire à la place financière suisse. Ce rejet pourrait également avoir été motivé par les récriminations actuellement en vogue concernant la surréglementation¹. Ce rejet peut surprendre étant donné que les acteurs du secteur avaient été associés aux travaux préparatoires, afin de garantir un accueil favorable au projet de circulaire.

Les critiques résultent aux yeux de la Commission des banques d'un malentendu, dans la mesure où la directive visait uniquement à informer les participants au marché de sa pratique en matière de surveillance. Cette pratique subsiste néanmoins et sera poursuivie et développée avec ou sans circulaire. Au terme de la procédure de consultation sur le second rapport intermédiaire de la commission d'experts présidée par le professeur Ulrich Zimmerli relatif aux sanctions applicables par la future FINMA², la Commission des banques a examiné la nécessité d'élaborer un nouveau projet de circulaire. Elle a décidé de consulter à cet égard l'Association suisse des banquiers et la SWX Swiss Exchange afin de définir en commun les grandes lignes d'un projet de réglementation.

1.6 Obligation de déclarer les transactions boursières

Le projet de circulaire sur l'obligation de déclarer les transactions en bourse et hors bourse³ a donné lieu à une dizaine de prises de position. Les points controversés concernaient le champ d'application de la circulaire et l'obligation générale de déclarer lors de l'exercice d'options.

Pas d'obligation de déclarer lors de l'exercice d'options et d'autres droits

L'exercice d'options et de droits analogues ne tombent pas sous le coup de l'obligation de déclarer au sens de l'art. 15 al. 2 LBVM; la Commission des banques a décidé de ne pas étendre la portée de l'obligation de déclarer et elle a renoncé à introduire une obligation générale pour l'exercice d'options. Elle s'est en revanche opposée à la scission du champ d'application de la circulaire en deux catégories, celle des participants de la bourse et celle regroupant le reste des négociants en valeurs mobilières. Selon la Commission des banques, la circulaire doit s'appliquer à tous les négociants en valeurs mobilières sans discrimination aucune et une telle catégorisation prêterait la clarté et la lisibilité de la circulaire.

¹ cf. ch. I/5

² cf. ch. I/3

³ cf. Rapport de gestion 2003 p. 91 s.

Un autre point litigieux portait sur la classification des ordres VWAP (Volume Weighted Average Price) dans la catégorie des affaires nostro ou celle des transactions clients. La Commission des banques a décidé que les opérations de couverture liées à l'exécution d'ordres VWAP doivent être déclarées comme transactions clients. La circulaire remaniée, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2005, ne vient pas augmenter le nombre de réglementations en vigueur, mais précise et explicite l'obligation de déclarer selon les art. 15 al. 2 LBVM et 2 à 7 OBVM-CFB en répondant aux nombreuses questions d'interprétation que soulève le système des annonces.

Ordres VWAP

Un groupe de travail a mené six collectes de données afin d'évaluer la nécessité d'instaurer en Suisse une réglementation visant à accroître la transparence des ventes à découvert¹. L'analyse de ces données n'a pas révélé de corrélations significatives et systématiques. Elles sont dépourvues de la fiabilité nécessaire à une publication exploitable par le marché. Il faut dire que les ventes à découvert ne sont actuellement réglementées que dans quelques pays et que l'utilité de ces réglementations peine à être reconnue en raison de la publication tardive des données et de leur (trop) grande marge d'interprétation. La Suisse renonce dès lors à fixer des règles sur la transparence des ventes à découvert.

Pas de réglementation des
ventes à découvert

1.7 Publication des transactions du management

Selon l'art. 8 al. 3 LBVM, l'admission des titres en bourse doit intervenir conformément aux standards internationaux. Aussi, la Commission des banques a-t-elle à cœur de voir les émetteurs publier les transactions des membres du conseil d'administration et du management effectuées sur les valeurs mobilières de l'émetteur. Elle n'en demeure pas moins ouverte à une réglementation suisse qui ne s'écarte pas trop des standards internationaux en la matière. C'est donc dans cet esprit que la Commission des banques a invité la SWX Swiss Exchange à modifier son projet initial sur les transactions du management, afin de parvenir à un degré minimum d'équivalence avec les normes internationales².

Un accord a pu être trouvé avec l'instance d'admission de la SWX Swiss Exchange, hormis la question de la déclaration avec mention du nom. Cet accord prévoit, d'une part, une exemption de déclarer pour tout montant ne dépassant pas le seuil des 100 000 francs et, d'autre part, publication

Solution suisse

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 91 s.

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 95 s.

anonyme des transactions déclarées. A titre de comparaison, il convient de noter que les normes internationales prévoient un seuil bien plus bas et que les déclarations se font avec mention du nom des personnes. Bien que ce compromis représente une version sensiblement édulcorée de sa proposition initiale, la Commission des banques l'a jugé acceptable.

Déclarations nominatives

Elle est par contre restée ferme sur l'obligation de déclarer nominativement à la bourse toutes les transactions. De plus amples concessions n'auraient de toute manière pas été compatibles avec l'art. 8 al. 3 LBVM. L'attitude conciliante de l'instance d'admission a évité à la Commission des banques de devoir rendre une décision formelle.

Réglementation approuvée

La solution retenue tient donc en ces termes: les déclarations seront nominatives dès lors que la totalité des transactions effectuées par une personne assujettie à l'obligation de déclarer dépassera la somme de 100 000 francs par mois civil. L'émetteur sera donc tenu d'effectuer auprès de la SWX Swiss Exchange, dans les deux jours de bourse, une déclaration comportant les informations requises (tant sur la personne assujettie à l'obligation de déclarer que sur les transactions à déclarer, autrement dit titres boursiers, nature de l'opération – acquisition ou cession –, nombre de titres, prix et date).

Publication anonyme
à partir du seuil
des 100 000 francs

Lorsque la valeur globale des transactions effectuées par une personne assujettie à l'obligation de déclarer ne dépasse pas le seuil des 100 000 francs par mois civil, l'émetteur transmettra à la SWX Swiss Exchange, au plus tard dans les quatre jours de bourse à compter de la fin du mois civil, l'ensemble des déclarations – assorties des informations requises et classées par personne. Seules seront publiées par la Bourse suisse les transactions franchissant le seuil des 100 000 francs dans un intervalle d'un mois civil et, en lieu et place des informations relatives aux personnes assujetties à l'obligation de déclarer, les fonctions qu'elles occupent au sein du conseil d'administration et de la direction (en distinguant entre membre exécutif et non exécutif)¹.

1.8 Règlement complémentaire de cotation des emprunts

Cadre réglementaire régissant les emprunts

Sous l'impulsion du nouvel ordre juridique dans l'Union européenne – adoption des directives sur la transparence et sur les prospectus, qui ont introduit nombre d'exigences nouvelles quant à l'émission et l'admission des

¹ cf. http://www.swx.com/download/admission/regulation/rules/rev_74a_81_fr.pdf et http://www.swx.com/admission/regulation/rules_fr.html

emprunts – la SWX Swiss Exchange a procédé à deux changements déterminants en matière de cotation des emprunts; ceci aussi pour faire suite à la suppression dans la nouvelle loi sur la Banque nationale, du principe de l’ancrage pour les emprunts libellés en francs suisses.

Dans ces modifications, la SWX Swiss Exchange a pris en compte une ouverture de son marché aux emprunts internationaux. L’abrogation du principe de l’ancrage s’est traduit par une égalité de traitement entre émetteurs suisses et étrangers; nécessaire à la sauvegarde en Suisse du négoce des emprunts en francs suisses. Le renforcement des dispositions de l’UE a encouragé nombre d’émetteurs étrangers à déposer des demandes d’admission à la cote de leurs emprunts auprès de places boursières réglementées situées en dehors de l’Union. Le nouveau règlement complémentaire prévoit donc la cotation d’emprunts internationaux, quelle que soit la devise dans laquelle ils sont libellés.

Ouverture aux emprunts
internationaux

Dans l’optique de la législation de surveillance, l’art. 15 LBVM en vertu duquel toutes les opérations sur titres effectuées en bourse et hors bourse doivent être déclarées a provoqué des discussions. L’exigence de déclarer les transactions hors bourse sur obligations étant peu répandue internationalement, la Suisse risque, à vouloir maintenir l’obligation de déclarer, d’ôter tout intérêt au négoce obligataire et de saper les efforts d’ouverture à l’égard des émetteurs internationaux. Pour ce qui est des transactions boursières, soit la minorité des opérations, leur déclaration intervient automatiquement lors de leur conclusion par l’intermédiaire de la plate-forme électronique. Il restait donc à trouver une solution pour la majorité des transactions, qui sont effectuées hors bourse, sans pour autant renoncer au principe de l’obligation de déclarer (comme cela avait été le cas pour les euro-obligations qui, tout en étant admises au négoce en raison d’une cotation primaire ailleurs, n’étaient pas pour autant cotées à la SWX Swiss Exchange)¹. La question est en suspens.

Obligation de déclarer

Mis à part l’obligation de déclarer réglée dans les conditions générales, le règlement complémentaire relatif à la cotation des emprunts a pour objet de clarifier certains points techniques tels que l’applicabilité du droit étranger, le for judiciaire, la cotation sur la base de programmes d’émissions autorisés, l’intégration d’informations dans le prospectus de cotation sous la forme de renvois (incorporation by reference) et la publication électronique de l’annonce de cotation. La Commission des banques a approuvé le

Autorisation

¹ cf. Rapport de gestion 1998 p.195

nouveau règlement sur l'admission des emprunts¹ ainsi que les adjonctions dans les conditions générales.

1.9 Directives relatives à l'attribution de titres lors d'émissions initiales

Renvoi du projet pour remaniement

A la fin 2003, la Commission des banques a renvoyé pour remaniement le projet de directives d'attribution concernant le marché des émissions soumis par l'Association suisse des banquiers². Ce projet ne tenait notamment pas assez compte des principes de l'égalité de traitement, de la proportionnalité et de la transparence des résultats de l'attribution. Il s'en est ensuivi un dialogue ouvert et constructif, qui a abouti sur une nouvelle version satisfaisant pleinement les exigences de la Commission des banques; elle a reconnu ces nouvelles directives comme standard minimum au mois de mai 2004 déjà. Les nouvelles directives, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2005, sont applicables à l'ensemble des émissions et placements publics d'actions, de bons de participation, de bons de jouissance, d'emprunts convertibles et d'emprunts à option réalisées en Suisse. Elles visent à garantir la transparence et l'équité des procédures d'attribution sur le marché primaire (celui des introductions en bourse, «IPO») grâce à un éventail complet de prescriptions en matière d'impartialité et de traçabilité, dont l'un des effets est de permettre la sauvegarde des intérêts de tous les acteurs en présence.

Relative égalité de traitement des investisseurs privés

Les améliorations les plus remarquables par rapport à la première mouture du projet concernent la procédure d'attribution aux investisseurs privés. Un catalogue précis de critères et de situations a en effet été élaboré afin d'instaurer une procédure aussi impartiale qu'équitable et d'empêcher que certains investisseurs ne soient désavantagés sans justification par rapport à d'autres. Le champ d'application des directives a par ailleurs été élargi aux emprunts convertibles et aux emprunts à option et il a été décidé que les attributions pour compte propre ne doivent pas dépasser des proportions raisonnables et qu'elles ne pourront se faire sans l'accord de l'émetteur.

Compromis sur la publication des résultats de l'attribution

La Commission des banques n'a consenti à revoir ses exigences à la baisse que sur la question de la publication des résultats de l'attribution et du degré de précision des informations à fournir. L'Association suisse des banquiers a en effet rejeté l'exigence par la Commission des banques d'un classement selon les catégories «investisseurs», «nostro» des banques consor-

¹ cf. http://www.swx.com/admission/regulation/rules_fr.html

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 96

tiales et «programmes de distribution aux personnes et sociétés proches» («friends & family programs»). L'Association suisse des banquiers a en effet objecté que le chef de file n'était pas en possession de telles informations, que leur collecte entraînerait un surcoût disproportionné et que ce classement n'apporterait pas d'informations supplémentaires aux investisseurs et au marché. Aussi, les directives imposent uniquement de publier, outre le volume total distribué, le volume consacré à d'éventuels programmes de distribution aux personnes et sociétés proches ainsi que l'exercice d'options de surallocation («green shoe»).

2 Procédure d'exécution en matière de surveillance des marchés

2.1 Portée de la procédure d'enquête

Les instances de surveillance de la Bourse suisse (SWX Swiss Exchange) et d'Eurex Zurich SA ont transmis à la Commission des banques 14 dossiers relatifs à d'éventuels abus de marché concernant notamment des soupçons de délits d'initiés. Ces dossiers ont conduit la Commission des banques à entamer 224 nouvelles procédures d'enquête. En 2004, 232 affaires ont été classées sans suite, sachant que 312 instructions étaient toujours en cours à la fin de l'année. Sur l'ensemble de l'année 2004, la Commission des banques a déposé des plaintes contre 21 personnes au total pour exploitation de la connaissance de faits confidentiels auprès de diverses autorités cantonales de poursuite pénale. Deux enquêtes ont débouché sur une décision à l'encontre d'établissements et de personnes assujettis à sa surveillance.

Surveillance des marchés

2.2 Procédures d'enquête et plaintes

2.2.1 Soupçons de délits d'initiés

Après avoir reporté sine die la publication de ses comptes annuels en raison de faiblesses du contrôle interne au sein de son pôle d'activités nord-américain, la société Adecco a vu le cours de ses actions chuter de 35 pour cent au début 2004. L'enquête de la Commission des banques n'a révélé aucune anomalie du côté des banques et des négociants en valeurs mobilières suisses laissant penser que des délits d'initiés auraient été commis. Elle a en revanche mis à jour l'existence d'un courrier électronique témoignant d'une fuite chez Adecco, fuite ultérieurement mise en relation avec des opérations de vente effectuées par deux banques anglaises. La Commission des banques en a aussitôt informé son homologue britannique, la Financial Services Authority, avant de suspendre sa propre procédure d'enquête.

1^{ère} affaire: enquête sur
Adecco

2^{ème} affaire: soupçon de
délit d'initié avant un
avertissement sur résultat

La publication d'un avertissement sur résultat d'une société cotée à la SWX Swiss Exchange a non seulement entraîné une chute massive du cours de l'action mais a également débouché sur une restructuration en profondeur de l'entreprise. L'enquête de la Commission des banques a confirmé le soupçon que deux personnes auraient pu exploiter juste avant l'annonce des faits confidentiels dont elles avaient connaissance. Estimant que l'affaire satisfaisait aux conditions fixées par la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle a déposé plainte contre ces personnes auprès des autorités de poursuite pénale compétentes.

Le Tribunal fédéral considère en effet dans sa jurisprudence que seuls les faits comparables à l'émission imminente de nouveaux droits de participation et au regroupement d'entreprises tels que visés à l'art. 161 al. 3 CP sont des faits confidentiels au sens de l'art. 161 CP¹. Une telle analogie implique selon le Tribunal fédéral que les faits en question soient semblables aux deux exemples mentionnés d'un point de vue quantitatif et qualitatif. Or, seule une perte massive de substance d'une société entraînant son assainissement ou sa restructuration fondamentale peut éventuellement satisfaire à l'analogie requise par le législateur². Les faits confidentiels doivent dès lors concerner des modifications structurelles internes (actionnariat) ou externes de la société, comme par exemple des scissions d'entreprises, des prises majoritaires de participations ou des assainissements par diminution de capital³.

3^{ème} affaire: coopération
entre autorités

L'analyse de diverses statistiques boursières a permis à la Commission des banques de détecter plusieurs opérations d'achat anormales sur le titre d'une société cotée à la Bourse suisse. Le cours de l'action, qui avait bondi de plus de 50 pour cent après l'annonce d'une offre publique d'achat, faisait déjà l'objet d'une vaste procédure lancée en 2003 par la Commission des banques. Un premier rapport intermédiaire a mis à jour plusieurs violations de l'art. 161 CP (délit d'initié), dont certaines relativement graves; la Commission des banques a organisé en 2004 une réunion de coordination – la première du genre – avec les représentants des autorités de poursuite pénale de six cantons. Les 16 plaintes qu'elle a déposées à l'issue de cette réunion sont toujours en cours d'instruction.

¹ cf. les arrêts 118 Ib 547, confirmé par les arrêts 1A.325/2000 et 2A.567/2001

² cf. Arrêt 118 Ib 547, consid. 4e/bb p. 557 s.

³ cf. les arrêts A2.567/2001, consid. 6.5.2, al. 2; 1A.325/2000, consid. 3b et ch. 1.3

2.2.2 Précision de la pratique relative aux cours coupés

Suite à la plainte d'un client, la Commission des banques a lancé à l'encontre d'un établissement bancaire une vaste enquête concernant ses activités de négoce d'actions et de valeurs secondaires non cotées en bourse, passant au crible toutes les transactions effectuées sur onze titres via le compte nostro.

1^{ère} affaire: irrégularités
portant sur des titres non
cotés

L'enquête a révélé plusieurs infractions aux devoirs de diligence et de loyauté à l'égard de la clientèle tels que prévus à l'art. 11 LBVM, en particulier la pratique illégale de cours coupés, ainsi que des violations répétées de l'obligation de tenir un journal et des obligations d'organisation (règlements internes lacunaires, manque de transparence dans l'attribution des responsabilités). La Commission a donc conclu que le comportement de l'établissement était incompatible avec la garantie d'une activité irréprochable.

La banque s'est défendue en arguant du fait que l'art. 11 LBVM s'appliquait uniquement au négoce boursier, que la publication des ordres passés par des clients relevait des activités de tenue du marché («market making»), qu'elle estimait avoir passé un contrat de vente avec ses clients et que les gains réalisés lui paraissaient donc parfaitement légaux. La Commission des banques a rétorqué que les titres non cotés en bourse répondaient pleinement à la notion de valeur mobilière telle que définie dans la loi sur les bourses et que, partant, le négoce professionnel de ces titres constituait une activité soumise à autorisation, impliquant en tout état de cause le respect des règles de conduite à l'égard des clients établies à l'art. 11 LBVM. A l'instar du négoce boursier, les clients et clients finaux cherchent à accéder au marché des titres non cotés par le biais d'intermédiaires financiers, une situation typiquement constitutive d'un mandat ou d'un contrat de commission, puisque le négociant en valeurs mobilières les achète ou les vend sur le marché pour le compte du client, moyennant un dédommagement au titre des prestations fournies (commission, courtage). Le négociant se doit d'exécuter les ordres confiés avec diligence et loyauté et notamment d'obtenir le meilleur prix possible (best execution). Or, la banque s'est en l'occurrence plusieurs fois octroyé un écart de cours en sus de la commission encaissée.

Respect des devoirs de
diligence et de loyauté

Si le problème des cours coupés ne se pose pas dans les cas de contrats de vente véritables, dans la mesure où chaque contractant défend ses propres intérêts et agit en qualité de partenaire économiquement et juridiquement indépendant, il peut apparaître dans le cadre des transactions sur titre opérées pour le compte de clients, car ces dernières relèvent, en règle générale, du mandat ou du contrat de commission. On ne saurait certes exclure d'emblée la possibilité que la banque réalise également des transactions à prix

Transparence exigée à
l'égard de la clientèle

fixe (achats). Les opérations impliquant des clients finaux requièrent toutefois un haut degré de transparence en ce qui concerne la genèse de la relation contractuelle. Il doit donc être clairement signifié au client que le négociant agit dans son propre intérêt, en qualité de contrepartie, et qu'il n'a donc pas à défendre les intérêts du client. La tenue de marché consiste en effet pour le teneur de marché à proposer (pour son propre compte) au marché ou aux demandeurs, en continu ou uniquement sur demande, des prix d'achat et de vente fermes concernant des valeurs mobilières données. La proposition d'offres non contraignantes ou la publication d'ordres passés par des clients auxquels la banque s'est livrée à plusieurs reprises ne relève pas de cette activité de market making. Cette dernière comporte toujours une part de risque.

Dans le cas d'espèce, la Commission des banques a engagé une procédure contre trois personnes membres des organes de la banque. Ces dernières ayant par la suite démissionné de tous leurs postes à responsabilité, il n'y a pas eu lieu d'envisager d'autres mesures.

2^{ème} affaire: cours coupés
par le biais du nostro

Dans une autre affaire, la Commission des banques a ouvert une procédure concernant des transactions effectuées sur un titre négocié à la SWX Swiss Exchange. A l'examen de plusieurs opérations réalisées par le même établissement bancaire, elle a constaté que le cours moyen ressortant des décomptes boursiers ne correspondait pas au cours moyen effectivement obtenu auprès de la Bourse. Les demandes de renseignement de la Commission des banques ont provoqué une enquête interne au sein de l'établissement concerné. Il en est ressorti qu'un négociateur-client («sales-trader») avait pratiqué des cours coupés par le biais du compte nostro de la banque au détriment d'un client privé qui lui avait délivré une procuration personnelle. La banque a immédiatement congédié le négociateur ainsi que deux de ses supérieurs.

Compétence de la
Commission des banques

Le négociateur et l'un des supérieurs ont contesté la compétence de la Commission des banques en faisant valoir qu'elle n'était pas habilitée à entamer à leur encontre une procédure au titre de la surveillance des marchés et qu'elle n'avait donc pas le pouvoir de leur interdire provisoirement d'exercer le négoce des valeurs mobilières (art. 35 al. 3 let. b LBVM). La Commission des banques a confirmé sa compétence dans une décision incidente ayant acquis entre temps force de chose décidée¹.

¹ cf. Bulletin CFB 46/2004 p. 51 ss

2.3 Conduite des procédures

Le dépôt de plusieurs plaintes pénales par la Commission des banques auprès de différentes autorités cantonales de poursuite pénale a permis au cours des trois dernières années de confondre quatre auteurs de délits d'initiés ou qui avaient bénéficié de « tuyaux » boursiers; ils ont été condamnés par ordonnance pénale. Dans une autre affaire, le destinataire des informations confidentielles a été condamné judiciairement, tandis que l'auteur à la source de ces informations (initié primaire) a été acquitté, sa faute intentionnelle n'ayant pu être prouvée. Par ailleurs, deux personnes sont actuellement en cours de jugement, deux autres ont été mise en accusation et sept autres ont fait l'objet de dénonciations pénales de la Commission des banques qui sont actuellement instruites par les juges d'instruction cantonaux compétents. Enfin, ces derniers ont classés six affaires.

Procédure pénale

Plutôt que de se saisir elles-mêmes des rapports d'enquête qui leur sont transmis – ainsi qu'à la Commission des banques – par la Bourse suisse ou Eurex, les autorités cantonales de poursuite pénale ont pris l'habitude de s'en remettre aux enquêtes menées par la Commission des banques, en attendant un éventuel dépôt de plainte de sa part. Le cas échéant, une réunion est organisée avec les autorités de poursuite compétentes avant l'envoi de la plainte, afin de discuter de l'affaire. Lorsqu'à l'issue de ses vérifications, la Commission des banques estime qu'il n'y a pas eu délit, la procédure est interrompue. Cette pratique repose sur un accord entre les représentants de la Commission contre le crime organisé et la criminalité économique de la Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police et la Commission des banques. Ce partage des tâches entre la Commission des banques et les autorités de poursuite pénale prend tout son sens dans la mesure où il permet d'uniformiser les caractéristiques des enquêtes (durée, précision des questions, délais, etc.) et de centraliser rapidement auprès d'une autorité unique les premiers résultats obtenus. Ce système présente l'avantage d'éviter le déclenchement prématuré de poursuites pénales parallèles, souvent préjudiciables pour la réputation des personnes concernées.

Partage des tâches avec les
autorités de poursuite
pénale

Une telle façon de procéder a cependant ses détracteurs. D'aucuns estiment en effet qu'il n'existe aucune base légale permettant à la Commission des banques de diligenter des enquêtes contre des personnes ou des entreprises non assujetties à surveillance. Cela n'est pas exact étant donné que les activités de la Commission des banques dans le cadre de la surveillance des marchés reposent sur l'art. 6 al. 2 LBVM, aux termes duquel l'autorité de surveillance doit ordonner les enquêtes nécessaires en cas de soupçon de délit d'initié ou de manipulation de cours. Or, ces enquêtes sont justement nécessaires pour identifier le ou les ayants droit économiques qui se cachent

Compétence de la
Commission des banques

derrière une transaction suspecte et pour déterminer dans quelle mesure ces ayants droit appartiennent au cercle des initiés. Lors de ce genre de procédure, il est dans le cours ordinaire des choses que des personnes non assujetties soient amenées à témoigner du déroulement d'une opération ou à expliquer leur rôle d'intermédiaire avec un établissement bancaire. Il convient en outre de souligner qu'en cas de soupçon d'infraction aux prescriptions légales (commise par une personne assujettie ou non), la Commission des banques est tenue, conformément à l'art. 35 al. 6 LBVM, d'informer sans délai les autorités cantonales de poursuite pénale¹.

Power enforcement

La mise en œuvre de procédures accélérées (power enforcement) dans le domaine de la surveillance des marchés a largement fait ses preuves². Désormais, les établissements concernés sont informés dès le premier échange de courrier qu'ils font l'objet d'une procédure accélérée avec des délais de trois à cinq jours. Parce qu'elle leur permet d'être rapidement fixés sur leur sort (poursuite ou non de la procédure et selon quelles modalités), les établissements continuent de réserver un accueil favorable à cette approche. Certaines banques ont toutefois fait valoir qu'il n'est pas possible de traiter toutes les affaires de la sorte. Un avis que partage également la Commission des banques: la procédure de power enforcement ne saurait s'appliquer qu'à un petit nombre de cas et qu'à la condition que les droits des parties soient préservés. Ce genre de procédure est indiquée dans le cas d'anomalies flagrantes ou de soupçons particulièrement graves, lorsque l'affaire ne concerne qu'un petit nombre de transactions ou de négociants ou encore lorsque les faits confidentiels ne portent que sur une période réduite.

3 Publicité des participations

Absence de violation intentionnelle

Le nombre de cas transmis à la Commission des banques par l'Instance pour la publicité des participations (IPP) de la SWX Swiss Exchange pour violation de l'obligation de déclarer a légèrement diminué par rapport à 2003. A l'exception d'une affaire, aucun cas n'a dû être dénoncé au Département fédéral des finances, étant donné qu'aucune de ces violations n'était intentionnelle³. En effet, l'art. 41 al. 1 let. a LBVM ne permet de réprimer que les violations de l'obligation de déclarer commises par dol ou dol éventuel. La Commission des banques a, en revanche, intensifié son activité dans le

¹ cf. Arrêt 125 II 65 consid.5

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 101

³ cf. également le rapport annuel de l'IPP:

http://www.swx.com/download/admission/being_public/disclosure/annualreport_ols_2002_fr.pdf

domaine de l'assistance administrative internationale. En effet, le domaine de la publicité des participations est également couvert par l'art. 38 LBVM.

4 Offres publiques d'acquisition

4.1 Pratique de la Commission des offres publiques d'acquisition

La Commission des offres publiques d'acquisition (COPA) a traité 21 cas et rendu 28 recommandations en vertu de l'art. 23 al. 3 LBVM, publiées sur son site Internet¹.

4.2 Pratique de la Chambre des OPA de la Commission des banques

Dans son arrêt du 25 août 2004², le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours de droit administratif déposé dans l'affaire Quadrant SA par René-Pierre Müller, Adrian Niggli et Arno Schenk contre la décision de la Commission des banques du 12 juin 2003³.

Arrêt du Tribunal fédéral

Il a notamment confirmé les conclusions de la Commission des offres publiques d'acquisition⁴ et de la Commission des banques⁵, selon lesquelles les trois actionnaires constituent bien un groupe au sens de la législation suisse sur les OPA⁶ et qu'ils sont dès lors en principe tenus de présenter une offre aux autres actionnaires de Quadrant SA. Il importe tout particulièrement de souligner que le Tribunal fédéral a constaté de manière générale que des actionnaires peuvent accorder tacitement leur comportement de manière organisée, sans qu'une convention écrite ait été nécessairement conclue⁷.

Constitution d'un groupe
au sein de Quadrant

Le Tribunal fédéral a par ailleurs confirmé que l'art. 27 OBVM-CFB est conforme à la loi sur les bourses. A la différence de l'art. 15 OBVM-CFB (consacré à l'action de concert avec des tiers et aux groupes organisés en matière de publicité des participations), l'art. 27 OBVM-CFB prévoit, dans le domaine des offres publiques d'acquisition, un élément supplémentaire dans la définition de l'action de concert avec des tiers et des groupes

Volonté de contrôle et
obligation de présenter
une offre

¹ cf. www.takeover.ch

² cf. Affaire 2A.343/2003

³ cf. Rapport de gestion 2003 p. 105

⁴ cf. Recommandation du 23 juillet 2002 sous http://www.copa.ch/intro_fr.html

⁵ cf. Décision du 20 juin 2003

http://www.ebk.admin.ch/d/archiv/2003/pdf/Quadrant_Verfuegung.pdf

⁶ cf. art. 32 LBVM en relation avec l'art. 27 OBVM-CFB

⁷ cf. Arrêt 2A.343/2003 consid. 6.4.4

organisés, à savoir celui de vouloir contrôler la société. Ceci n'a toutefois pas pour conséquence, selon le Tribunal fédéral, qu'il faudrait dans chaque cas d'espèce prouver l'existence d'une volonté subjective de contrôle. L'établissement de la preuve étant particulièrement difficile de par la nature de ce type d'affaire, on peut raisonnablement présumer qu'il y a eu manœuvre pour prendre le contrôle d'une société lorsque l'acquisition en commun des actions permet objectivement une telle prise de contrôle et que les circonstances donnent à penser que tel était le but recherché¹. Or, dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a affirmé qu'il y avait bien eu volonté de prendre le contrôle de la société. Il a ainsi confirmé l'existence d'un groupe qui est, en principe, soumis à l'obligation de présenter une offre².

Renvoi à la Commission
des offres publiques
d'acquisition

Le Tribunal fédéral a en revanche estimé que la Commission des banques ne pouvait pas rejeter la demande de dérogation des trois actionnaires concernés sans examiner leurs arguments sur le fond. Il a par conséquent renvoyé l'affaire devant la Commission des banques afin qu'elle rende une nouvelle décision ou qu'elle poursuive la procédure. La Commission des banques, pour des motifs de procédure, a renvoyé le 7 décembre l'affaire devant la Commission des offres publiques d'acquisition afin qu'elle rende une nouvelle recommandation dans le sens des considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral.

¹ cf. Arrêt 2A.343/2003 consid. 6.5

² cf. Arrêt 2A.343/2003 consid. 6.6 et 6.7

La Commission des banques s'assure chaque année que les comptes annuels des deux centrales d'émission sont bien conformes, quant à la forme et au fond, aux prescriptions légales, statutaires et réglementaires et que les dispositions de la loi sur l'émission des lettres de gage sont respectées. Par contre, les registres des gages et la couverture des prêts sont vérifiés auprès des membres des centrales par leurs sociétés d'audit bancaire.

Les révisions effectuées en 2004 n'ont donné lieu à aucune remarque significative. Chez certains établissements membres, la gestion manuelle des registres des gages a été contestée. Une fois encore, diverses banques ont été contraintes d'échanger quelques couvertures suite à des dépréciations de valeurs ou d'augmenter la couverture des prêts. Elles ont donc dû mettre en gage de nouvelles cédules hypothécaires, car les intérêts générés par les hypothèques mises en gage ne couvraient plus le coût des emprunts.

Résultats de la révision

Il incombe aux centrales d'émission de lettres de gage de fixer la durée des emprunts en fonction de la situation sur le marché des capitaux et des exigences des emprunteurs, en se référant aux objectifs fixés dans la loi sur l'émission des lettres de gage. En 2004, elles ont émis des emprunts assortis de durées situées entre cinq et dix ans.

Durée

1 Entraide internationale

1.1 Accords

Contacts internationaux

Les contacts internationaux entre la Commission des banques et d'autres autorités de surveillance bancaire et boursière ont mobilisé une part importante des ressources. Des discussions approfondies ont été menées avec différentes autorités afin de parvenir à un accord sur les modalités de la coopération en ce qui concerne en particulier le traitement des informations.

Echange d'informations

La mise à disposition d'informations à une autorité de surveillance étrangère est soumise à trois principes de base selon lesquels cette autorité doit être tenue au secret professionnel, ne peut utiliser les informations que dans un but de surveillance et ne peut les retransmettre qu'avec l'accord préalable de la Commission des banques. Outre l'expression réciproque de la volonté des autorités de coopérer, ces accords décrivent le cadre juridique de leurs activités. Les autorités fournissent également des assurances générales quant au respect des conditions mises à l'entraide. En 2004, des accords ont pu être conclus avec l'autorité de surveillance bancaire de l'Etat de New York, ainsi qu'avec l'autorité britannique de surveillance des banques, des bourses et marchés et des assurances.

Accord FSA-CFB

Deux accords ont été conclus avec la Financial Services Authority (FSA) britannique. Le premier fixe le cadre général de la coopération. Des informations peuvent être échangées aussi bien sur la base de l'art. 23^{sexies} LB qu'en vertu des art. 38 LBVM et 63 LFP. En présence d'intérêts communs de surveillance, les autorités se concertent pour l'attribution des compétences et la coordination des procédures. L'accord de coopération du 21 juin 2001 concernant la surveillance de virt-x Exchange est réservé¹.

Accord FSA-BNS-CFB

Afin de pouvoir exercer à l'avenir la fonction de chambre de clearing pour les transactions effectuées sur virt-x, SIS x-clear SA, Zurich (x-clear), la principale contrepartie de virt-x, qui a le statut de banque², a été homologuée en 2004 en tant que Recognised Overseas Clearing House par l'autorité britannique. Etant donné que les conditions d'octroi de l'autorisation en Grande-Bretagne incluaient également la conclusion d'un accord d'entraide administrative, un protocole d'accord a dû être conclu avec la FSA. Ce nouvel accord d'entraide administrative a ceci de particulier qu'il a pour cocontractants non seulement la Commission des banques, à titre d'autorité de surveillance bancaire compétente pour la surveillance de x-clear en tant qu'établissement, mais aussi la Banque nationale, qui est responsable, depuis le 1^{er} mai 2004, de la surveillance des systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières tels que x-clear.

¹ cf. Rapport de gestion 2001 p. 219 ss

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 60 s.

A fin 2004, la Commission des banques avait fixé les principes de sa coopération avec les autorités de surveillance étrangères suivantes:

Australie	ASIC	Australian Securities & Investments Commission
Belgique	CBF	Commission Bancaire et Financière
Chine	CSRC	China Securities Regulatory Commission
Danemark	Finanstilsynet	Danish Supervisory Authority
Allemagne	BaFin (conclu avec l'ancien BAWe)	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel)
France	AMF (conclu avec l'ancienne COB)	Autorité des marchés financiers (Commission des Opérations de Bourse)
	CB	Commission Bancaire
Royaume-Uni	FSA (accord général)	Financial Services Authority
	FSA (surveillance de virt-x)	Financial Services Authority
	FSA (surveillance de x-clear)	Financial Services Authority
Hong Kong	SFC	Securities and Futures Commission
Italie	CONSOB	Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
Pays-Bas	NAFM (conclu avec l'ancien STE)	Netherlands Authority for the Financial Markets (Stichting Toezicht Effectenverkeer)
	DNB	De Nederlandsche Bank N.V.
Portugal	CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Suède	Finansinspektionen	Swedish Financial Supervisory Authority
Espagne	CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Etats-Unis	CFTC	U.S. Commodity Futures and Trading Commission
	SEC	Securities and Exchange Commission
	CTDOB	State of Connecticut Department of Banking
	NYSBD	State of New York Banking Department

1.2 Pratique

Requêtes nombreuses

Malgré les difficultés inhérentes aux dispositions légales¹, la Commission des banques a continué dans la mesure du possible à accorder l'entraide à ses homologues étrangères. La Commission des banques a reçu 56 nouvelles requêtes portant sur 103 relations bancaires (sur un total de 398 requêtes concernant 996 relations bancaires depuis l'entrée en vigueur de la loi, en 1997). Une relation bancaire peut concerner un ou plusieurs clients. Les clients sous gestion ne sont toutefois pas pris en compte. Sauf cas particuliers, ces derniers sont considérés comme des tiers non impliqués. Jusqu'à fin 2004, la Commission des banques a reçu des demandes d'entraide provenant de 32 autorités étrangères. Depuis le 1^{er} juillet 2003, c'est la Chambre d'entraide internationale, composée du président et de deux autres membres de la Commission, qui est compétente pour les décisions en matière d'entraide.

Pratique confirmée

Comme les années précédentes, un certain nombre de requêtes ont pu être liquidées sans décision formelle dans la mesure où il n'a pas été nécessaire de fournir des données concernant des clients, en particulier parce que la décision d'effectuer la transaction avait été prise par un gérant, sur la base d'un mandat de gestion, ou lorsque les clients concernés ont donné leur accord à la transmission des informations. Au total, la Commission des banques a adopté jusqu'à présent 157 décisions dont 96 ont fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Celui-ci a rendu 91 arrêts, dont 6 au cours de l'année 2004. Dans ses arrêts rendus en l'an 2004, le Tribunal fédéral a globalement confirmé sa jurisprudence antérieure concernant l'entraide administrative internationale en matière boursière. Aucun recours n'a été admis durant l'année 2004.

Dans un arrêt du 19 mai 2004 dans l'affaire Provimi/AMF², le Tribunal fédéral a en particulier confirmé et précisé les points suivants:

- l'ayant droit économique n'a pas la qualité pour recourir;
- l'entraide administrative n'est refusée que si les informations demandées sont sans aucun rapport avec d'éventuelles irrégularités sur les marchés boursiers et sont manifestement inadéquates pour favoriser l'enquête étrangère;
- la question de savoir si dans le cas concret une infraction a été véritablement commise ne fait pas l'objet de la procédure d'entraide;

¹ cf. ch. IV/1.1

² cf. Affaire 2A.3/2004

- l'art. 38 LBVM ne prévoit pas un régime particulier pour les «cas bagatelles», car les informations privilégiées peuvent être utilisées pour effectuer de nombreuses petites opérations disséminées qui ne sont pas significatives individuellement;
- un tiers gérant sans mandat «écrit, clair et sans équivoque» ne peut être assimilé à un gestionnaire bénéficiant de la qualité de partie.

2 Organisations internationales

2.1 Comité de Bâle sur le contrôle bancaire

2.1.1 Aperçu des travaux les plus importants

En juin 2004, le Comité de Bâle a publié les dispositions révisées relatives à la détermination des exigences réglementaires en matière de fonds propres des banques (Bâle II)¹. Elles remplaceront l'accord actuel sur les fonds propres (Bâle I) dès la fin de 2006, encore que les approches internes les plus complexes ne pourront être appliquées qu'un an plus tard. Le temps à disposition jusqu'à l'entrée en vigueur est mis à profit pour affiner ou compléter différents éléments de la procédure de notation interne des crédits. Demeure également réservé un recalibrage des exigences en matière de fonds propres de Bâle II sur la base de calculs comparatifs entre l'ancien et le nouveau droit afin d'atteindre les objectifs quantitatifs fixés par le Comité. Les travaux en vue de la mise en œuvre de l'accord au niveau national dans les pays membres du Comité, de l'Union européenne et dans de nombreux Etats n'appartenant pas au G10 sont facilités par l'échange d'expériences au sein de l'Accord Implementation Group. Ce dernier élabore en particulier des principes visant à renforcer la coopération entre les autorités de surveillance des pays d'origine et d'accueil dans le cadre de l'application de Bâle II aux groupes bancaires ayant une activité transfrontalière. Enfin, le Comité a également annoncé, dans le domaine de la réglementation des fonds propres, des projets à plus long terme dont l'horizon dépasse celui de Bâle II, mais qui seront mis en chantier avant l'entrée en vigueur de ce dernier. Il s'agit en particulier de la redéfinition des fonds propres pouvant être pris en compte, la reconnaissance de modèles de risque de crédit internes et la détermination du capital propre dit économique. Bâle II doit donc être considéré comme une étape intermédiaire importante dans un processus évolutif dans lequel la surveillance et la réglementation assimilent les développements sur les marchés et les dernières techniques de gestion du risque, techniques qu'elles peuvent aussi promouvoir et influencer.

Bâle II

¹ cf. ch. 2.1.2

Etablissement des comptes

Au cours des dernières années, le Comité de Bâle a été amené à se pencher plus largement sur l'établissement des comptes et ses répercussions sur les fonds propres réglementaires des banques¹. Eu égard aux objectifs divergents, le dialogue avec l'International Accounting Standards Board (IASB) a été laborieux et décevant pour le Comité de Bâle. Cependant, il doit être poursuivi dans l'intérêt de normes comptables uniformes visant également à protéger les créanciers et le système. Le Comité n'a pas besoin de trouver un terrain d'entente avec l'IASB pour régler la question de la façon dont les fonds propres réglementaires doivent être traités sous le régime des International Financial Reporting Standards (IFRS). Il a fourni à ce propos des réponses explicatives dans trois communiqués de presse et tranchera d'autres questions en suspens dès que possible, car les normes IFRS entrent en vigueur dans l'Union européenne au début de 2005, de sorte que de nombreuses banques doivent également les appliquer.

Gestion des risques

Le Comité de Bâle a publié plusieurs documents consacrés à la gestion de risques de différente nature. D'une part, il a mis à jour les principes relatifs à la gestion et la surveillance du risque de taux d'intérêt élaborés en 1997². En vertu de Bâle II, le risque de taux n'est pas soumis aux exigences minimales de fonds propres du premier pilier, mais les établissements qui s'écartent de la norme doivent être appréhendés dans le cadre de la procédure de surveillance du deuxième pilier. D'autre part, le Comité a repris les principes relatifs à la surveillance globale et à la limitation des risques juridiques et de réputation des groupes bancaires rédigés par le groupe de travail commun avec les autorités de surveillance des places financières offshore³. Enfin, il a pris connaissance de l'état des lieux dressé par son Electronic Banking Group à propos de la gestion des risques technologiques, de la sécurité des systèmes de traitement de l'information et de la délocalisation à l'étranger d'activités informatiques⁴.

Nouvelle orientation et organisation

Au cours des six dernières années, les travaux relatifs à Bâle II ont mobilisé l'essentiel des ressources et dominaient souvent les discussions du Comité de Bâle. Avec le document publié en juin, le Comité a atteint une étape importante, ce qui lui permet maintenant de se recentrer sur d'autres thèmes. Il en a profité pour alléger ses nombreux groupes de travail techniques, sous-groupes et task forces. La Capital Task Force (réglementation des fonds propres sous Bâle II et ensuite), l'Accord Implementation Group (mise en

¹ ch. ch. 2.1.4

² Principles for the management and supervision of interest rate risk,
<http://www.bis.org/publ/bcbs108.htm>

³ cf. ch. 2.1.3

⁴ ch. ch. 2.1.5

œuvre de Bâle II), l'Accounting Task Force (établissement des comptes et audit) et le Core Principles Liaison Group (liaison avec les autorités de surveillance des pays n'appartenant pas au G10) jouent toujours un rôle de premier plan. Un groupe de travail Corporate Governance a été créé, qui remaniera un papier du Comité de Bâle datant de 1999 sur la base de la dernière version des directives de l'OCDE et se consacrera également à la lutte contre l'emploi abusif de sociétés boîtes aux lettres et d'entités ad hoc (special purpose vehicles). Enfin, le Comité de Bâle s'est attaqué à la révision de ses 25 principes pour un contrôle bancaire efficace (Core Principles for Effective Banking Supervision) établis en 1997 et de la méthodologie correspondante. Ces principes ont le statut de normes de référence applicables dans le monde entier pour la surveillance bancaire. Maintenant que leur respect a déjà été vérifié dans plus de 100 pays, principalement dans le cadre d'examens de pays effectués par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale (Financial Sector Assessment Programs FSAP)¹, les expériences faites pendant le processus de mise en œuvre et les derniers développements seront pris en compte dans les principes. Le Forum sur la stabilité financière a également exprimé le souhait qu'une cohérence accrue soit établie entre les principes des autorités de surveillance des différents secteurs financiers (Comité de Bâle, OICV, IAIS). Sous l'égide du Comité, la révision doit être menée à bien, en étroite collaboration avec le Core Principles Liaison Group, d'ici à mi-2006.

2.1.2 Révision de l'accord sur les fonds propres (Bâle II)

Après de nombreux retards, le Comité de Bâle a publié le 26 juin 2004, au terme de six années de travail au total², les dispositions révisées relatives à la détermination des exigences réglementaires en matière de fonds propres des banques, connues sous le nom de Bâle II. Le document intitulé International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards – A Revised Framework³, qui a été adopté par tous les membres du Comité et approuvé par les gouverneurs des banques centrales ainsi que par les présidents des autorités de surveillance bancaire des pays du G10, compte 239 pages avec les annexes. Il est appelé à remplacer l'accord sur les fonds propres initial de 1988 (Bâle I) et sert de base pour les processus de mise en œuvre au plan national, qui prévoient dans différents pays – dont la Suisse⁴ – des études d'impact quantitatives (Quantitative Impact Studies) et des

Réglementation publiée

¹ cf. Rapport de gestion 2002 p. 11 ss

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 110 ss

³ cf. <http://www.bis.org/publ/bcbs107.htm>

⁴ cf. ch. I/1

Délais de transition
échelonnés

procédures de consultation supplémentaires. L'Union européenne, d'où proviennent une majorité des membres du Comité de Bâle et qui y est représentée par des observateurs de la Commission européenne, a pour sa part suivi étroitement le modèle bâlois pour l'élaboration de sa directive.

Comme cela avait été prévu il y a deux ans déjà, les méthodes simples pourront être appliquées dès la fin de 2006. Cependant, tant l'Union européenne que la Suisse ont fixé la date déterminante au 1^{er} janvier 2007. Il ne serait guère pratique de mettre de nouvelles dispositions en vigueur pour la fin d'un exercice. Cela vaut pour la couverture des risques de crédit par des fonds propres selon la méthode standardisée et la variante de base de la méthode des notations internes (Foundation Internal Ratings Based Approach ou F-IRB) ainsi que pour les risques opérationnels selon l'approche basée sur l'indicateur de base et l'approche standardisée. En revanche, les méthodes internes les plus sophistiquées, particulières à certains établissements, pour la couverture des risques de crédit (Advanced Internal Ratings Based Approach ou A-IRB) et des risques opérationnels (Advanced Measurement Approaches ou AMA) ne seront disponibles qu'à partir de fin 2007, en fait dès le 1^{er} janvier 2008. Pour ces variantes complexes, une année supplémentaire sera accordée, à la demande notamment des Etats-Unis, pour des études d'impact et des calculs comparatifs avec la réglementation existante (parallel run). Les banques qui veulent passer directement de Bâle I aux méthodes A-IRB ou AMA doivent par conséquent établir des calculs parallèles pendant deux ans (2006 et 2007) avant l'homologation par l'autorité de surveillance, tandis qu'une année (2006) suffit pour la méthode F-IRB. Afin d'éviter que l'application plus précoce de la méthode F-IRB ne crée un avantage concurrentiel en faveur des banques utilisant cette dernière, celles-ci doivent respecter en 2007 un plancher (floor) de 95 pour cent des exigences de fonds propres selon Bâle I. Pour toutes les banques utilisant l'approche IRB (Foundation et Advanced) ou AMA, le plancher a été fixé à 90 pour cent (2008) et 80 pour cent (2009) des exigences actuelles. En fait, elles sont ainsi contraintes d'établir des calculs parallèles selon l'ancien et le nouveau droit pendant les trois années suivant la première entrée en vigueur de Bâle II.

Poursuite des travaux
jusqu'à l'entrée en vigueur

Le document publié en juin 2004 a marqué un point culminant dans les travaux relatifs à Bâle II, qui ont été ainsi dotés d'une assise solide, mais ne sont pas achevés pour autant. Jusqu'à la promulgation définitive de l'accord, en 2006, la réglementation sera approfondie et affinée au niveau de différents éléments de la méthode de notation interne des crédits, afin de suivre l'évolution du marché et les progrès accomplis dans le domaine de la gestion des risques. C'est ainsi qu'à la demande du secteur financier, la possibilité est examinée de tenir compte du fait que, lorsque des créances sont

couvertes, la défaillance du débiteur et du garant n'a pas nécessairement lieu en même temps (double default), ce qui a pour effet de réduire les risques. D'autre part, il est attendu des banques utilisant l'approche A-IRB qu'elles prennent en compte de manière adéquate les répercussions d'une récession (Economic Downturn LGD) lorsqu'elles évaluent les pertes en cas de défaut (Loss Given Default ou LGD). Un groupe de travail conjoint du Comité de Bâle et de l'OICV, l'Organisation internationale des commissions de valeurs¹, se penche quant à lui sur la couverture des opérations de négoce par des fonds propres, notamment sur l'exposition potentielle future de crédit liée aux variations de prix sur le marché (expected positive exposure), l'ajustement aux échéances de la pondération du risque dans l'approche IRB, la délimitation entre portefeuille de négoce et portefeuille de la banque et le traitement des positions non immédiatement disponibles dans le portefeuille de négoce. Les propositions du groupe de travail seront mises en consultation au printemps 2005.

Dans le préambule du document publié en juin, le Comité de Bâle a confirmé que, conformément à l'objectif quantitatif évoqué à plusieurs reprises, les exigences minimales de fonds propres de Bâle II seraient calibrées de façon que la dotation en fonds propres de l'ensemble du système bancaire demeure inchangée et qu'il fallait offrir des incitations à utiliser les méthodes les plus sophistiquées. A cet effet, le calibrage sera réexaminé avant l'entrée en vigueur de l'accord et éventuellement adapté. Pour ce faire, un simple multiplicateur peut être appliqué aux exigences de fonds propres calculées selon la méthode des notations internes. Selon les estimations actuellement disponibles, qui reposent sur les données – dont la fiabilité est mise en doute – de la troisième étude d'impact quantitative (Quantitative Impact Study 3 ou QIS3), le multiplicateur s'établirait à 1,06. Pour compenser les réductions intervenues du fait de l'ajustement de la base de calcul, consécutives aux décisions prises par le Comité à Madrid en octobre 2003², les exigences de fonds propres devraient donc être majorées de 6 pour cent par rapport aux règles fixées dans le document de juin. De plus, la réglementation fait encore l'objet de retouches qui peuvent faire augmenter ou diminuer les exigences de fonds propres, selon le domaine, et doivent donc être également prises en compte pour le recalibrage.

Sous réserve de
recalibrage

La complexité du processus de réglementation aux Etats-Unis a contraint le Comité de Bâle à avancer le moment du recalibrage. Pour que les règles nationales définitives puissent être promulguées à la mi-2006 aux Etats-

Cinquième étude d'impact
quantitative

¹ cf. ch. 2.2

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 112 s.

Unis, le standard international de Bâle II pour les méthodes IRB et AMA, calibrage définitif compris, doit être défini au début de l'été 2006. Au lieu d'attendre le résultat du calcul parallèle sur plusieurs trimestres qui devait démarrer initialement à la fin de 2005, un seul calcul comparatif basé sur la cinquième étude d'impact quantitative – nommée QIS5 – sera déterminant. Pour les besoins de cette enquête, le Comité de Bâle procédera au quatrième trimestre 2005, par le truchement des autorités de surveillance nationales, à la collecte centralisée de toutes les données à fin septembre 2005, qu'il analysera durant l'hiver 2006. Les dernières corrections apportées à la réglementation et au calibrage doivent intervenir au plus tard en mai 2006. Toutes les banques exerçant une activité internationale dans les pays membres sont censées participer à l'étude QIS5, dès lors qu'elles envisagent d'utiliser la méthode IRB ou AMA. Cet objectif ambitieux présuppose que les règles et instructions, dont les répercussions quantitatives doivent encore être calculées, seront disponibles en septembre 2005. Sans quoi l'étude QIS5 ne devrait pas fournir des données plus fiables que les études d'impact précédentes, ce qui empêcherait à nouveau un calibrage sérieux. Le but du calcul parallèle toujours prévu pour les années 2006 (F-IRB et A-IRB) et 2007 (uniquement A-IRB) s'en trouve modifié. Maintenant destiné en premier lieu à la procédure d'octroi de l'autorisation à la banque concernée par son autorité de surveillance nationale, il entraînerait tout au plus une correction de la réglementation si une erreur de calibrage massive et généralisée devait apparaître au niveau du Comité de Bâle. Compte tenu de la modification du calendrier du Comité de Bâle intervenue en décembre 2004, la Commission des banques a renoncé à réaliser avec les deux grandes banques suisses l'étude QIS4 prévue pour le premier trimestre 2005. En revanche, d'autres pays tels que les Etats-Unis et l'Allemagne poursuivent leurs études QIS4 nationales, qui avaient débuté plus tôt. Les banques appliquant la méthode standardisée pour les risques de crédit et les méthodes simples pour les risques opérationnels n'entrent pas dans le champ de l'étude QIS5. En Suisse, rien ne change donc pour ces banques en ce qui concerne l'étude d'impact nationale prévue par la Commission des banques¹.

Application
transfrontalière

Eu égard à la variété des méthodes à disposition et à l'approbation par les autorités de méthodes internes propres aux établissements, Bâle II requiert une coordination beaucoup plus étroite entre les autorités de surveillance nationales lorsqu'un groupe bancaire exerce son activité à l'échelle internationale et envisage d'appliquer ses méthodes internes non seulement sur une base consolidée, mais aussi, sur une base individuelle, au niveau de toutes ses filiales importantes dans plusieurs pays. Dans le pire des cas, les

¹ cf. ch. I/1

grands groupes d'envergure mondiale seraient en particulier confrontés à une multitude d'exigences différentes et à des procédures d'homologation complexes dans les pays d'accueil, ce qui annulerait les avantages d'une gestion des risques à l'échelle du groupe et engendrerait des coûts considérables. Les autorités de surveillance ont elles aussi intérêt à cibler l'affectation de leurs moyens limités et à ne pas répéter inutilement les vérifications effectuées par leurs homologues. Aussi le Comité de Bâle souligne-t-il le rôle prépondérant joué par l'autorité de surveillance du pays d'origine lors de la coordination avec les autorités prudentielles des pays d'accueil et appelle-t-il toutes les parties impliquées à collaborer étroitement. En même temps, il reconnaît le besoin légitime des autorités des pays d'accueil d'appliquer leur propre droit aux filiales locales de groupes étrangers, d'autant plus si celles-ci jouent dans le pays d'accueil un rôle significatif du point de vue de la protection des créanciers et de la stabilité du système. Ce conflit d'intérêts est particulièrement sensible lorsque l'approche interne (AMA) est appliquée aux risques opérationnels. En effet, la diversification des risques opérationnels dans le groupe peut entraîner une diminution importante des exigences de fonds propres consolidées, tandis que l'allocation interne des fonds propres dans les différentes sociétés du groupe ne cadre pas nécessairement avec les propres risques opérationnels de ces dernières. A l'inverse, l'élaboration d'une approche AMA individuelle pour chaque entité légale d'un groupe serait trop lourde à gérer. En plus des principes généraux pour la coopération internationale lors de l'application de Bâle II, le Comité de Bâle a donc établi, au niveau de la relation entre les autorités des pays d'origine et d'accueil, des principes taillés sur mesure pour la reconnaissance des exigences de fonds propres selon l'approche AMA¹. Pour sa part, l'Accord Implementation Group (AIG) du Comité élabore des solutions pratiques pour la coopération transfrontalière à partir d'études de cas de groupes à vocation internationale existants. En leur qualité de pays d'origine jouant le rôle de coordinateur, différents états membres informent ensuite par écrit, ou lors de conférences, les autorités des pays d'accueil concernés des projets de leurs groupes bancaires concernant la mise en œuvre de l'accord et des procédures d'autorisation prévues.

Dans le préambule du document publié en juin, le Comité de Bâle énumère enfin les projets qui doivent également être mis en chantier, mais ne pourront être achevés qu'après l'entrée en vigueur de Bâle II. Parmi ceux-ci figure en premier lieu la redéfinition, désormais inévitable, des fonds propres pouvant être pris en compte. En effet, le traitement prévu dans Bâle II

Projets à plus long terme

¹ cf. Communiqué de presse du 11 mai 2004, en particulier annexes II et III:
<http://www.bis.org/press/p040511.htm>

pour les pertes anticipées et inattendues ainsi que pour les correctifs de valeurs lorsque la méthode IRB est utilisée tend à réduire la part du total des fonds propres requis devant être représentée par des fonds propres de base (tier 1 capital). En outre, il faut parvenir à une harmonisation internationale de la définition des instruments de fonds propres permettant de couvrir les pertes inattendues dans l'hypothèse de la continuation de l'exploitation. Dans un communiqué de presse publié en octobre 1998 à propos des instruments de fonds propres de catégorie 1 dits novateurs, le Comité avait simplement limité la prolifération sauvage engendrée par les différentes pratiques nationales. Jusqu'à la redéfinition des composants des fonds propres pouvant être pris en compte, il se limite à assurer une application uniforme, au niveau international, des décisions de 1998. La coopération avec le secteur bancaire s'inscrit également à plus long terme lorsqu'il s'agit d'élaborer des modèles internes permettant de déterminer le capital dit économique (economic risk capital) par-dessus plusieurs catégories de risques et de développer des modèles de risque de crédit incorporant des corrélations entre les différentes catégories de débiteurs, branches et zones géographiques. Même si, sous Bâle II, de tels modèles internes ne sont pas encore admis pour déterminer les exigences de fonds propres réglementaires, le Comité de Bâle envisage de les reconnaître ultérieurement si les réserves quant à leur fiabilité, leur comparabilité, leur validation et la neutralité de l'effet exercé sur la concurrence peuvent être surmontées. L'application de Bâle II fournira déjà de précieux enseignements à ce propos.

2.1.3 Surveillance transfrontière

Gestion des risques
juridiques et de réputation

Le Working Group on Cross-border Banking, un groupe de travail du Comité de Bâle et du groupement des autorités de surveillance des places financières offshore¹, a poursuivi ses travaux dans le domaine de la surveillance. Il a concentré ses efforts sur la surveillance mondiale ainsi que la limitation des risques juridiques et de réputation. En octobre, le Comité de Bâle a adopté le document intitulé Consolidated KYC risk management élaboré par le groupe de travail à propos de la gestion globale des risques juridiques et de réputation². Ce document complète le rapport, également publié par le Comité de Bâle, relatif au devoir de diligence des banques au sujet de l'identification de la clientèle (Customer due diligence for banks)³.

¹ cf. Rapport de gestion 2001 p. 258 s.

² cf. <http://www.bis.org/publ/bcbs110.htm>

³ cf. <http://www.bis.org/publ/bcbs85.htm>

Le nouveau document expose les exigences posées à un système de gestion des risques à l'échelle du groupe destiné à identifier, limiter et surveiller les risques juridiques et de réputation sur une base consolidée. Ainsi, les relations d'affaires présentant des risques accrus doivent être identifiées et surveillées dans l'ensemble du groupe, même lorsqu'elles ont été engagées avec une succursale ou une filiale étrangère. Le contrôle interne, ou une instance de compliance internationale, doivent vérifier que les directives en vigueur dans l'ensemble du groupe sont respectées dans les succursales étrangères et avoir accès aux informations et documents nécessaires. Un système efficace de gestion des risques à l'échelon du groupe doit assurer l'accès aux informations sur les relations d'affaires délicates. En revanche, le Comité de Bâle n'exige pas une base de données centralisée et consolidée réunissant des informations sur l'ensemble des relations d'affaires.

Exigences en matière de
gestion des risques
à l'échelon du groupe

La nouvelle ordonnance sur le blanchiment d'argent de la Commission des banques¹ transpose ces exigences dans le droit suisse. Les établissements financiers suisses qui possèdent des succursales et des filiales à l'étranger doivent faire en sorte que leurs organes de surveillance internes et leurs auditeurs externes aient accès, en cas de besoin, aux informations concernant certaines relations d'affaires. Les établissements suisses qui font partie du périmètre de consolidation d'un intermédiaire financier étranger ou d'un groupe financier étranger doivent permettre aux organes de contrôle de la société mère étrangère d'accéder aux informations sur certains clients et ayants droit économiques dans la mesure où, au vu de l'évaluation des risques, celles-ci sont nécessaires à la surveillance consolidée des risques juridiques et de réputation.

Mise en œuvre en Suisse

2.1.4 Accounting Task Force

Le Comité de Bâle et son sous-groupe Accounting Task Force ATF ont poursuivi leurs efforts afin de faire valoir auprès de l'International Accounting Standards Board IASB les desiderata des autorités de surveillance bancaire concernant les normes comptables. C'est ainsi qu'a eu lieu un entretien entre les présidents de l'IASB et du Comité de Bâle, au cours duquel des points litigieux tels que l'option de la juste valeur (Fair Value Option) ont été abordés. De plus, des contacts ont eu lieu entre des membres de l'ATF et de l'IASB ainsi que des collaboratrices et collaborateurs de ce dernier, et le Comité de Bâle a pris position à propos de différentes propositions de l'IASB.

L'IASB fait la sourde
oreille

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 27 s.

Celui-ci s'est révélé à nouveau peu réceptif aux souhaits des autorités de surveillance. Il n'a eu de cesse de souligner que son rôle consistait principalement à renforcer le point de vue des investisseurs.

Commentaire à propos
de la Fair Value Option

A la fin de 2003, l'IASB a publié les normes révisées IAS 32 Instruments financiers: informations à fournir et présentation et IAS 39 Instruments financiers: comptabilisation et évaluation. Les vives réactions suscitées par la possibilité d'évaluer tous les instruments financiers à leur juste valeur (option dite de la juste valeur) ont amené l'IASB à publier dès avril la version préliminaire du document The Fair Value Option. Ce dernier visait à introduire des restrictions au recours à l'option de la juste valeur. Dans son interprétation élaborée par l'ATF, le Comité de Bâle a exposé encore une fois ses réticences fondamentales face à une évaluation largement basée sur la juste valeur. Celles-ci avaient surtout trait à la contradiction résultant du fait qu'une entreprise qui évalue ses propres engagements à la juste valeur réalise un bénéfice lorsque sa solvabilité se dégrade. De plus, le Comité de Bâle a rappelé la difficulté à déterminer la juste valeur de façon fiable. C'est en conséquence sur ces points que ses propositions avaient surtout trait (évaluation des propres engagements à la juste valeur uniquement lors de mouvements généralisés des marchés, en principe pas d'évaluation à la juste valeur pour les instruments financiers non liquides). Le Comité de Bâle est conscient des avantages que présente l'option de la juste valeur, en particulier pour la comptabilisation d'opérations de couverture et l'atténuation des fluctuations qui en résulte dans le compte de résultat. Il a toutefois fait remarquer que l'option de la juste valeur devait être limitée en principe à de tels cas.

Normes comptables
et capital réglementaire

Par ailleurs, l'ATF s'est penché sur la question de savoir dans quelle mesure le capital résultant de l'application de normes comptables internationales peut servir de base pour le calcul de la dotation en fonds propres. Ce problème revêtait surtout une priorité élevée pour les membres de l'Union européenne, où les sociétés cotées doivent présenter dès 2005 des comptes établis conformément aux International Financial Reporting Standards (IFRS). En Suisse, la Commission des banques a rendu publique sa solution au problème en publiant la Communication CFB n° 32 Adaptation du calcul des exigences réglementaires de fonds propres à partir des boucllements établis selon les normes internationales¹. Quant au Comité de Bâle, il a émis des propositions concernant le traitement de différents points de la relation entre les normes comptables internationales et la définition des fonds pro-

¹ cf. Rapport de gestion 2003 p. 46 ss

pres¹. Ces propositions ne sont pas en contradiction avec la solution de la Commission des banques. Au niveau national, le débat quant à la mise en œuvre de ces prescriptions se poursuit.

2.1.5 Electronic banking

L'Electronic Banking Group EBG a achevé son mandat en réalisant auprès de ses membres une enquête sur l'évolution des activités bancaires par Internet et sur les principales questions prudentielles. Parmi les développements constatés figurent notamment une prédominance de la stratégie de distribution multicanaux et l'accès par Internet à des prestations financières de plus en plus complexes. Les intermédiaires financiers sont ainsi confrontés à des défis croissants en matière de gestion des risques technologiques. Assurer adéquatement la sécurité des systèmes de traitement de l'information et de données requiert aussi une attention accrue de leur part.

Par ailleurs, l'EBG a constaté une forte augmentation dans l'externalisation d'activités informatiques. Ces dernières sont de plus en plus fréquemment confiées à des prestataires spécialisés étrangers, qui ne font pas partie des intermédiaires financiers soumis à surveillance. Il en résulte pour les autorités de surveillance un besoin accru d'échanger des informations touchant à la surveillance et de coopérer au-delà des frontières.

Externalisation croissante
de l'informatique
à l'étranger

2.2 OICV

2.2.1 Conférence annuelle

La 29^e Conférence annuelle de l'OICV (Organisation internationale des commissions de valeurs), qui est l'organisation internationale des autorités de surveillance du négoce de valeurs mobilières, s'est déroulée en mai à Amman. Quelque 500 participants provenant de plus de cent pays ou juridictions se sont réunis à cette occasion sous l'égide de la Commission des valeurs jordanienne. Cette organisation d'envergure mondiale a admis trois nouveaux membres. L'OICV compte aujourd'hui 174 adhérents.

L'assemblée annuelle a donné aux différentes instances l'occasion d'annoncer et de présenter au public des dossiers importants et de nouvelles initia-

Transparence

¹ cf. <http://www.bis.org/press/p040720.htm> et <http://www.bis.org/press/p040608.htm> ainsi que <http://www.bis.org/press/p041215.htm>

tives de l'organisation¹. Les tables rondes, qui se sont déroulées en public, ont traité des défis posés à la réglementation dans les domaines des fonds de placement, de l'établissement et de la révision des comptes, des mécanismes de formation des prix en bourse et des bouleversements en cours dans les structures boursières.

La Commission des banques, en tant que membre de l'OICV et de son Comité technique, ainsi que la SWX Swiss Exchange, en tant que membre du Comité consultatif des OAR, ont pris part à la conférence annuelle à titre de représentants suisses. Les résolutions adoptées ainsi que les rapports et communiqués de presse publiés donnent un aperçu des principaux travaux achevés et en cours de l'OICV².

2.2.2 Aperçu des thèmes principaux

La mise en œuvre des objectifs et principes relatifs à la surveillance des marchés des valeurs mobilières adoptés lors de l'assemblée annuelle de 1998 figure toujours parmi les priorités du Comité technique (CT). La nouvelle méthodologie adoptée en 2003 est maintenant à disposition des membres sur une base électronique interactive (eMethodology). Cette version électronique facilitera aux pays membres et à des tiers (tels que le Fonds monétaire international) la réalisation de procédures d'examen de pays.

Memorandum
of Understanding

A la fin de l'année, une vingtaine d'Etats avaient signé le Memorandum of Understanding (MOU) multilatéral, un accord de coopération et d'échange d'informations entre régulateurs boursiers au niveau mondial³. Seuls les membres de l'OICV qui satisfont à l'ensemble des exigences posées peuvent le parapher. De plus, le processus de mise en œuvre de l'accord doit inciter les membres de l'OICV qui ne répondent pas encore aux exigences à adapter et développer leur réglementation nationale. Dans cet ordre d'idées, la possibilité est offerte de formuler l'engagement de prendre les mesures nécessaires pour combler les lacunes dans la législation et la réglementation. Au terme d'une procédure d'examen spéciale, la Suisse a été admise dans l'annexe B du MOU, car elle a pu démontrer de manière convaincante que les aménagements législatifs nécessaires ont été mis en chantier. La Commission des banques s'est soumise à la procédure d'examen en étant consciente que les lacunes au regard du MOU ne lui permettaient pas de préten-

¹ cf. <http://www.iosco.org/news/pdf/IOSCONEWS67-French.pdf>

² cf. <http://www.iosco.org/library/index.cfm?whereami=annconfdocs&annualconfid=18>

³ cf. Rapport de gestion 2003 p. 116 s.

dre à la signature de ce dernier en tant que membre à part entière. Cependant, il lui importait de connaître le jugement porté par l'OICV sur les normes suisses; afin de pouvoir proposer en pleine connaissance de cause les modifications à apporter aux dispositions légales sur l'entraide administrative internationale¹.

En février, le CT a institué une task force présidentielle spéciale (Sub-Committee of Chairmen on International Cooperation to combat Cross-Border Financial Crime) afin de coordonner la réponse de l'OICV face aux récents cas révoltants d'abus de marché frauduleux. Le sous-comité a présenté deux rapports. Le premier contient un exposé des événements ayant trait à l'affaire Parmalat, le second aborde des points clés que l'OICV entend approfondir à la lumière des différents scandales survenus dans un passé récent, l'objectif étant de formuler des recommandations en vue d'une application plus rigoureuse des principes réglementaires existants ou de l'élaboration de nouveaux principes.

Réponse face aux
scandales financiers

Une autre task force du CT (Sub-Committee of Chairmen on Credit Rating Agencies) a élaboré un projet de code de conduite pour les agences de notation. Au terme de la consultation menée auprès des agences de notation ainsi que du Comité de Bâle et de l'Association internationale des autorités de surveillance des assurances, la version retravaillée a été publiée afin de permettre à des tiers intéressés (émetteurs et investisseurs compris) de prendre publiquement position. Le code prévu reprend les règles qui avaient été fixées dans les principes de 2003². Il fournit pour l'essentiel des règles ayant trait à la qualité et l'intégrité du processus de notation ainsi qu'à l'indépendance requise des agences, afin d'éviter les conflits d'intérêt et d'assurer la gestion des informations confidentielles. Une fois adopté, ce code sera intégré dans les réglementations propres des agences de notation.

Agences de notation

Par ailleurs, le CT a adopté un rapport relatif aux principes d'identification des clients et des ayants droit économiques dans le secteur des valeurs mobilières (Principles on Client Identification and Beneficial Ownership for the Securities Industry) élaboré par un groupe de travail ad hoc. L'OICV est convaincue que seules des procédures efficaces d'identification des clients et des ayants droit économiques permettent d'atteindre les objectifs et principes relatifs à la surveillance des marchés de valeurs mobilières, elle s'attache donc en premier lieu – en complément des travaux du GAFI – à préve-

Identification des clients

¹ cf. ch. IV/1.1

² cf. Rapport de gestion 2003 p. 118

nir autant que possible, par le biais de mesures appropriées, les abus dans le secteur des valeurs mobilières.

Conférence de New York

Une conférence de l'OICV organisée par la Securities and Exchange Commission (SEC) américaine a eu lieu à fin octobre à New York. Des représentants de haut rang de l'économie (financière) et des autorités de surveillance ont discuté de thèmes revêtant une importance croissante pour la réglementation et la surveillance des marchés mondiaux des valeurs mobilières. Cette conférence avait pour but de débattre de nouvelles ébauches de solutions et de contribuer à renforcer la confiance dans les marchés financiers, ébranlée par différents scandales.

2.2.3 Groupes de travail du Comité technique

Comité permanent 2

Le rapport du Comité permanent 2 (SC2) relatif à la transparence des marchés obligataires (Transparency of Corporate Bond Markets) a pu être remis au Comité technique (CT) pour approbation et publication¹. Une enquête réalisée auprès des Etats membres du SC2 a permis de constater que le marché obligataire est, dans de nombreux pays, un marché de gré à gré non réglementé (over the counter, OTC) et peu transparent. Aussi le rapport du SC2 recommande-t-il d'améliorer le niveau d'information des autorités de surveillance et des acteurs du marché.

Le mandat relatif aux programmes de rachat d'actions est également parvenu à son terme en 2004. Les divers mécanismes de rachat et les différentes réglementations en vigueur dans les Etats membres du SC2 ont été analysés. Le rapport final, qui n'a pas été publié, préconise des mesures touchant aux droits des actionnaires, aux mécanismes de contrôle permettant d'éviter les opérations d'initiés, aux règles visant à garantir un négoce intégral et au recours aux dérivés, de même que l'attribution aux autorités de surveillance de compétences pour imposer ces mesures. De nouvelles études intitulées Error Trade Policies et Exchange Demutualisation ont été diligentées. Par ailleurs, le SC2 a décidé d'admettre l'Inde comme nouveau membre.

Comité permanent 3

Le Comité permanent 3 (SC3) en charge de la réglementation des marchés financiers s'est penché sur le nouvel accord de Bâle II relatif aux fonds propres, en particulier sur les risques de contrepartie, l'ajustement des échéances appliquées à la pondération des risques et le traitement des actifs non

¹ cf. <http://www.iosco.org/pubdocs/pdf/IOSCOPD168.pdf>

disponibles. Dans le cadre d'un autre mandat du SC3 consacré à la compliance, il a été procédé, dans une première étape, à la saisie et à la comparaison des bases légales des différents pays dans ce domaine. De plus, le SC3 a publié sur le site Internet de l'OICV ses principes relatifs à l'externalisation (Principles on Outsourcing of Financial Services of Financial Market Intermediaries)¹. Ceux-ci sont d'ores et déjà presque entièrement transposés dans la Circ.-CFB 99/2 Externalisation d'activités.

Le Comité permanent 4 (SC4) a remis au Comité technique un premier rapport traitant des problèmes de coopération transfrontière. Sur cette base, le Comité technique a mis en route un projet destiné à élever les standards en matière de coopération internationale entre régulateurs des marchés financiers. Ce projet vise entre autres à identifier les juridictions problématiques sur le plan de la coopération et à envisager les sanctions possibles envers celles qui ne se conforment pas aux standards internationaux.

Comité permanent 4

Par ailleurs, le Comité technique a donné au SC4 un nouveau mandat consistant à clarifier les questions liées à la préservation et au rapatriement de biens situés à l'étranger qui sont le produit de fraudes et d'abus de marché. Il se pose de délicates questions en ce qui concerne les procédures applicables et les autorités compétentes pour le blocage et la restitution des fonds.

Le Comité technique a confié au Comité permanent 5 (SC5) compétent pour le domaine des fonds de placement un mandat portant sur le «market timing» et les problèmes apparentés touchant les fonds d'investissement ont notamment été traités. La définition du market timing, les différents cadres légaux en vigueur dans les diverses juridictions, ainsi qu'une évaluation par les diverses autorités de surveillance du market timing et des problèmes apparentés.

Comité permanent 5

Dans le cadre d'un autre mandat, le SC5 a été chargé d'analyser la gouvernance dans les fonds de placement. En substance, il s'agit d'identifier les points essentiels de l'organisation des fonds de placement et de formuler des principes généraux pour la gouvernance de ces derniers. Les différences entre fonds de placement contractuel et fonds émis sous forme de société (tels que les SICAV) doivent être dûment respectées.

¹ cf. <http://www.iosco.org/pubdocs/pdf/IOSCOPD171.pdf>

2.3 Futures and Options Markets Regulators Meeting

Rencontre du Bürgenstock

Les autorités chargées de la surveillance des bourses de produits dérivés se sont réunies en septembre, sous l'égide de la Suisse, pour le traditionnel Futures and Options Markets Regulators Meeting, qui était placé sous la direction du professeur Rajna Gibson. Cette réunion s'est déroulée à l'occasion de la 25^e rencontre du Bürgenstock mise sur pied par la Swiss Futures and Options Association (SFOA). La réglementation et l'autoréglementation, les nouveautés sur les marchés européens ainsi que les derniers développements sur les marchés asiatiques des futures et des options ont été abordés dans plusieurs blocs thématiques. Au cours d'un débat spontané, quelques participants ont exprimé leur malaise face à l'autoréglementation, une opinion que la Suisse et la Commission des banques ne partagent pas au vu de la façon dont cette dernière interprète et met en œuvre l'autoréglementation.

2.4 Institut francophone de la régulation financière

Réunion 2001
Paris

Une première rencontre des autorités francophones de la régulation financière s'est tenue à Paris à l'initiative de l'Autorité des marchés financiers (anciennement la Commission des opérations de bourse COB) en juin 2001. Cette réunion a posé le principe de la création d'une structure souple de coopération, de formation et de dialogue, avec pour objectif de favoriser les échanges de savoir-faire et d'expériences, d'élaborer des études et d'échanger des informations relatives aux marchés financiers entre les pays membres de l'Institut.

Réunion 2004
Le Mont-Pèlerin

A l'invitation de la Commission des banques, la quatrième rencontre des présidents des autorités francophones de la régulation financière s'est tenue au Mont-Pèlerin en 2004. Cette réunion a été l'occasion pour elle de présenter les évolutions récentes au sein de leurs juridictions et d'échanger des points de vue sur des questions spécifiques à l'actualité financière internationale. Les thèmes suivants ont été abordés de manière approfondie:

- intégration des autorités financières;
- mise en place des normes comptables internationales;
- méthodologie appliquée pour le contrôle de la mise en place des standards OICV (FSAP).

Il a en outre été décidé d'accroître les échanges de collaborateurs (visites prolongées, stages) et de mettre en place un site Internet propre à l'Institut.

Un séminaire de formation sur le thème de la régulation des sociétés de gestion et des produits d'épargne collective s'est également tenu en marge de la réunion des présidents. Ont contribué à ce séminaire non seulement des représentants des régulateurs belge, français, québécois et suisse, mais également des représentants de l'Association suisse des banquiers et d'une banque privée genevoise ainsi qu'une avocate suisse.

Séminaire de formation

2.5 Joint Forum

Le Joint Forum est une assemblée composée de représentants des institutions de surveillance des banques, des négociants en valeurs mobilières et des assurances. La Commission des banques siège pour la Suisse dans cette assemblée. Le Joint Forum se penche sur les similitudes et les différences des trois secteurs financiers représentés ainsi que de leur réglementation. L'étude d'aspects interdisciplinaires tels que le transfert du risque et l'élaboration d'analyses et de normes dans le domaine de la surveillance des conglomérats financiers constituent des thèmes majeurs. Les analyses et recommandations sont préparées dans le cadre de différents groupes de travail composés d'experts techniques.

Composition et but

Le groupe de travail Risk Assessment and Capital s'est intéressé au transfert du risque de crédit entre les secteurs des banques, du négoce de valeurs mobilières et des assurances; il a publié un rapport (Credit Risk Transfer)¹. Par ce travail, il a voulu contribuer à une meilleure compréhension des activités de transfert du risque de crédit et des défis qui en résultent pour les prestataires de services financiers soumis à surveillance et leurs régulateurs. Le rapport est consacré aux répercussions des activités de transfert du risque de crédit sur la stabilité du système financier, aux tendances et aux développements sur le marché ainsi qu'à l'ampleur et aux sources du transfert de risque, en particulier lors d'opérations sur dérivés de crédit. De nombreux acteurs importants du marché, dont différents groupes bancaires et d'assurances suisses, ont été consultés lors de son élaboration.

Rapport sur le transfert
du risque de crédit

Le rapport s'achève par une série de recommandations. Les activités de transfert du risque de crédit se sont fortement développées au cours des dernières années et elles ont contribué à rendre le marché correspondant plus liquide et plus efficace. Même si aucun problème majeur menaçant directement la stabilité financière n'est mis en évidence dans le rapport, le groupe de travail juge important que les intervenants améliorent sans cesse

Recommandations

¹ cf. <http://www.bis.org/publ/joint10.pdf>

leur pratique en matière de gestion de ce type de risques et que les autorités de surveillance perfectionnent leur compréhension des défis qui y sont liés.

Groupe de travail Risque
de liquidité

Les investigations d'un groupe de travail sur le thème du risque de liquidité sont encore moins avancées. En plus de la comparaison internationale et interdisciplinaire, la Commission des banques sera intéressée de voir si des expériences pourront être acquises en matière de gestion de la liquidité dans les conglomérats financiers.

2.6 Union européenne

Lignes directrices
concernant la Suisse

Deux commissions techniques, le Comité consultatif bancaire (CCB) et le Comité européen des conglomérats financiers (CCF), ont publié des lignes directrices communes concernant l'équivalence du régime de contrôle en place en Suisse pour assurer la surveillance de groupes financiers et pourvoir à la surveillance consolidée de conglomérats financiers. Ces lignes directrices s'adressent aux autorités de surveillance nationales des Etats membres de l'Union européenne (UE) qui doivent décider concrètement, pour des groupes ou conglomérats financiers suisses, de l'équivalence des régimes de contrôle.

Evaluation de l'UE

L'Union européenne constate que la Commission des banques et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) ont décrété que l'ensemble des groupes importants dotés d'une société mère suisse devaient être soumis à une surveillance consolidée. L'absence de base légale formelle étant toutefois considérée comme une lacune, l'entrée en vigueur des modifications législatives doit être attendue pour se prononcer définitivement. Le fait que ni la Commission des banques ni l'OFAP n'ont le pouvoir d'intervenir en s'opposant à une structure de groupe spécifique est en particulier critiqué. Compte tenu d'une multitude de «particularités propres au droit suisse» susceptibles d'entraver l'échange d'informations, il appartient aux autorités de surveillance des Etats membres de l'UE de juger si le degré d'échange d'informations et de coopération nécessaire est possible avec la Suisse. Se fondant sur ces réflexions, le CCB et le CCF proposent de réexaminer leurs lignes directrices au plus tard en 2006.

Evaluation de la
Commission des banques

L'appréciation formulée par les commissions techniques compétentes de l'UE est conforme aux attentes. Elle montre que, dans ce cas particulier, l'absence d'une base légale abstraite formelle est perçue à l'étranger comme une lacune malgré les dispositions existantes. Par contre, les réserves quant

à d'éventuelles difficultés à craindre lors de la coopération et de l'échange d'informations sont injustifiées. Il peut sembler paradoxal que les expériences positives faites en particulier avec la Financial Services Authority FSA britannique n'aient absolument pas été relevées. Cependant, le CCB et le CCF n'avaient pas à s'exprimer à propos d'arrangements concrets entre autorités de surveillance. De l'avis de la Commission des banques, la surveillance à laquelle sont soumis les conglomérats financiers en Suisse, en particulier celle exercée sur le Credit Suisse Group, qui présente un caractère précurseur sur le plan historique et international, n'a pas à craindre la comparaison avec le contrôle exercé jusqu'ici sur les conglomérats sur le territoire de l'UE.

3 Contacts avec les autorités de surveillance étrangères

3.1 Contacts bilatéraux

Différentes entrevues ont eu lieu avec des institutions de surveillance bancaire et boursière étrangères. Elles ont permis de rencontrer des représentants des autorités de surveillance d'Espagne, d'Allemagne, d'Italie, des Etats-Unis, de Grande-Bretagne, de France, de Turquie, du Luxembourg, d'Autriche, des Pays-Bas, de Belgique, de Russie, de Singapour, de Chine, de Hong Kong et de Corée. Après avoir noué bon nombre de nouveaux contacts au cours des dernières années, la Commission des banques entretient des relations régulières avec différentes autorités afin de satisfaire aux exigences posées par la surveillance consolidée des instituts et groupes financiers d'envergure internationale. Outre l'échange d'informations, les modalités de la coopération ont été discutées et fixées avec quelques autorités de surveillance. Des contacts supplémentaires ont eu lieu dans le cadre de l'entraide administrative internationale et des travaux préparatoires en vue de la mise en application des nouvelles exigences en matière de fonds propres (Bâle II). En outre, certaines banques en mains étrangères ont été soumises à des contrôles sur place par les autorités du pays d'origine.

3.2 International Conference of Banking Supervisors

La conférence internationale des autorités de surveillance bancaire (International Conference of Banking Supervisors ICBS), qui réunit les autorités de surveillance bancaire du monde entier, est organisée depuis 1979 à un rythme bisannuel sous l'égide du Comité de Bâle et des autorités du pays hôte. L'ICBS 2004 a eu lieu en septembre à Madrid à l'invitation du gouverneur de la banque centrale espagnole, qui préside également le Comité

de Bâle depuis la mi-2003. La mise en œuvre de Bâle II et la relation entre présentation des comptes et surveillance en ont constitué les thèmes majeurs.

3.3 Rencontre quadripartite

Autorités de surveillance
des banques et des
assurances réunies

La traditionnelle rencontre entre les autorités de surveillance de l'Allemagne, de l'Autriche, du Liechtenstein et de la Suisse a eu lieu en juillet 2004 à Vienne. Etant donné que tant l'hôte de la manifestation, la Finanzmarktaufsicht (FMA) autrichienne, que le Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) allemand assurent d'ores et déjà la surveillance des banques, du secteur des valeurs mobilières et des assurances à titre d'autorités intégrées et que le Liechtenstein réalise l'intégration au début de l'année 2005, il s'agissait de la première rencontre conjointe des autorités de surveillance des banques et des assurances. Pour la Suisse, l'Office fédéral des assurances privées était donc également représenté aux côtés de la Commission des banques.

Thèmes majeurs

Les entretiens interdisciplinaires se sont articulés autour des répercussions de l'intégration des autorités sur la coopération internationale, de la répartition des tâches avec les banques centrales et du financement de la surveillance au moyen de taxes. Les autorités de surveillance des banques et des assurances ont discuté séparément des changements intervenus dans le contexte juridique de la surveillance, de la transposition de la réglementation sur les fonds propres sur le plan national (Bâle II, Solvency II) et de thèmes de nature sectorielle.

3.4 Allemagne

Circulation trans-
frontalière des services

Dans une notice relative à l'interprétation du paragraphe 32, al. 1, 1^{ère} phrase de la loi allemande sur le crédit (Kreditwesengesetz), le BaFin a durci, en septembre 2003, sa pratique administrative en matière de soumission à autorisation des prestations financières transfrontalières. Ce durcissement vise les prestataires extérieurs à l'Espace économique européen (EEE). Selon la notice, ces fournisseurs de services financiers, parmi lesquels figurent les prestataires suisses, ont besoin d'une autorisation écrite du BaFin pour réaliser des affaires bancaires ou proposer des services financiers en Allemagne. L'obligation de requérir une autorisation s'applique aussi lorsqu'un prestataire de services financiers dont le siège ou la résidence se situe hors de l'EEE s'adresse de manière ciblée à des entreprises ou des particuliers en

Allemagne pour leur proposer, de manière répétée et à titre professionnel, des affaires bancaires ou des prestations financières. A certaines conditions cependant, la notice prévoit, dans des cas d'espèce, une exemption à l'obligation d'obtenir une autorisation.

A la demande des banques et négociants en valeurs mobilières concernés, la Commission des banques a pris contact avec le BaFin dès novembre 2003 afin de déterminer, dans la perspective de l'application de la notice, le cadre pour un élargissement du champ des activités susceptibles d'être exemptées et pour d'éventuels allègements de la procédure d'exemption. En juillet, des entretiens techniques ont eu lieu au niveau de la direction des deux institutions de surveillance.

Entretiens techniques

Le BaFin a confirmé qu'eu égard à la surveillance prudentielle adéquate exercée par la Commission des banques, les activités pouvant être exemptées faisaient l'objet, pour les établissements suisses, d'une interprétation plus large que le libellé de la notice actuelle. Pour les banques et négociants en valeurs mobilières suisses, les affaires avec la clientèle privée sont en particulier exemptables, à la condition supplémentaire que la relation ait été nouée par le biais d'un établissement de crédit soumis à surveillance en Allemagne. Par ailleurs, d'autres allègements touchant à la documentation à fournir pour les demandes d'exemption ont été accordés.

Extension du champ
d'exemption

La Commission des banques salue le fait que le BaFin soit disposé à étendre l'interprétation du droit allemand en faveur des établissements suisses. Elle ne prévoit pas d'autres démarches visant à amener le BaFin à réexaminer son propre droit prudentiel. Cependant, la Commission des banques fait siennes les critiques formulées par les banques et les négociants en valeurs mobilières face à la nécessité de passer par un établissement de crédit soumis à surveillance en Allemagne pour nouer la relation d'affaires. Ce, contrairement aux établissements allemands, qui ont librement accès au marché suisse. Après la mise au point technique, il appartient aux autorités politiques de rétablir la situation. Des contacts dans ce sens ont été engagés entre les ministères compétents.

Suite au niveau politique

VII. Relations avec les autorités et les associations professionnelles

Les sociétés d'audit au centre de l'attention

1 Autorités

1.1 Commissions de gestion

L'audition annuelle de représentants de la Commission des banques par les sous-commissions des Commissions de gestion (CG) du Conseil national et du Conseil des Etats compétentes pour le Département fédéral des finances et le Département fédéral de l'économie s'est déroulée en avril, lors d'une réunion commune. En introduction, la Commission des banques s'est exprimée à propos de sa position, qu'elle a expliquée lors de sa conférence de presse annuelle, vis-à-vis de la proposition de loi de la commission Zimmerli pour une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers, de l'absence d'autonomie en matière de ressources de la Commission des banques dans le droit actuel et de la mise en œuvre prévue de Bâle II en Suisse. L'essentiel de l'audition a été consacré aux procédures pénales, civiles et administratives en cours ainsi qu'aux plaintes en responsabilité des cantons concernés et d'une société d'audit contre la Confédération, en relation avec les pertes passées des banques cantonales genevoise et vaudoise sur des crédits. Les représentants de la Commission des banques ont eu l'occasion de s'exprimer à propos de différentes rumeurs et informations parues dans les médias. Dans la foulée, une discussion animée a eu lieu à propos du rôle des sociétés d'audit externes dans le système de surveillance dualiste en vigueur en Suisse, de leur position oligopolistique ainsi que du renforcement de la surveillance à laquelle elles sont soumises par la Commission des banques.

A propos du rapport de gestion, enfin, diverses questions ont été traitées, qui avaient principalement trait à l'arrière-plan du flot de réglementations, à la révision des dispositions relatives à l'entraide administrative dans la loi sur les bourses, à l'attitude divergente du Conseil fédéral et de la Commission des banques à propos des caisses d'épargne d'entreprises, à Postfinance, à l'indépendance de la Commission des OPA, à la coopération avec le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent et le Ministère public de la Confédération ainsi qu'à l'état d'avancement de la mise en œuvre en Suisse des recommandations formulées par le Fonds monétaire international dans le rapport sur le Financial Sector Assessment Program.

1.2 Office fédéral des assurances privées

Lors de leurs séances semestrielles ordinaires, la Commission des banques et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) se sont notamment penchés sur les thèmes suivants:

- l'évolution des efforts visant à créer une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers¹;
- les propositions de la Commission d'experts Brühwiler en vue d'une adaptation de la surveillance dans la prévoyance professionnelle;
- la révision de la loi sur la surveillance des assurances et le projet d'ordonnance y relative;
- la coopération entre la Commission des banques et l'OFAP dans le cadre de la surveillance des conglomérats financiers;
- le transfert de risques de crédit du secteur bancaire à celui des assurances².

En plus de ces rencontres formelles, la Commission des banques et l'OFAP ont renforcé l'échange d'opinions et leur coopération. Ainsi, l'échange et l'analyse d'informations dans le cadre de la mise en œuvre de la surveillance des conglomérats ont été définis d'une manière détaillée. S'agissant du conglomérat financier à prédominance bancaire Credit Suisse Group, qui englobe avec la Winterthur un important groupe d'assurance, la Commission des banques et l'OFAP ont de plus analysé le dispositif interne de l'entreprise pour mesurer, évaluer et contrôler les risques au-delà du secteur bancaire et des assurances.

Renforcement de la
coopération

1.3 Banque nationale

La Banque nationale et la Commission des banques se sont entretenues à deux reprises sur les sujets suivants:

- situation économique et politique monétaire
- situation du secteur financier
- surveillance des établissements financiers
- surveillance des systèmes de paiements et de valeurs mobilières
- surveillance des marchés financiers (FINMA)
- révision de l'accord sur les fonds propres (Bâle II)
- dérivés de crédit et risques émanant du secteur des assurances
- loi sur les titres intermédiés.

Le comité de coordination Stabilité systémique composé de représentants de la Banque nationale et de la Commission des banques, dirigé par les représentants de la Banque nationale, s'est réuni deux fois pour faire le point sur des projets d'intérêt commun, a pris connaissance de différents

Comité de coordination
pour la stabilité systémique

¹ cf. ch. I/3

² cf. ch. VI/2.5

Comité de pilotage
Business Continuity
Secteur financier

rapports sur la situation des marchés financiers et s'est informé sur l'évolution du système financier.

Le comité de pilotage Business Continuity du secteur financier s'est réuni à trois reprises pour s'informer au sujet des travaux conjoints des fournisseurs d'infrastructures et des principaux acteurs du marché financier. Ceux-ci ont élaboré les organisations de crise et d'urgence pour ce qui a trait aux processus clés liquidités et trafic des paiements. Le rapport définitif est attendu au début 2005.

2 Associations professionnelles et organes d'autorégulation

2.1 Association suisse des banquiers

Des délégations de l'Association suisse des banquiers et de la Commission des banques se sont réunies à deux reprises. Les principaux thèmes abordés à cette occasion ont été:

- la révision de l'art. 38 LBVM en matière d'entraide administrative;
- les problèmes rencontrés dans le cadre de prestations de services transfrontières avec l'Allemagne;
- la problématique des transferts de fonds transfrontières;
- l'adaptation des règles en matière de protection des déposants;
- la conception future en matière d'établissement des comptes (mise en place d'un nouveau groupe de travail);
- les règles sur les abus de marché;
- les règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières;
- les directives d'attribution de l'Association suisse des banquiers concernant le marché des émissions;
- le résultat de l'enquête menée par la Commission des banques auprès des banques et négociants dans le cadre de la mise en œuvre de la nouvelle ordonnance sur le blanchiment d'argent;
- le processus de planification de la Commission des banques en matière de réglementation;
- la procédure à suivre en matière d'autoréglementation et son champ d'application géographique;
- la mise en œuvre de Bâle II;
- les bilatérales II.

Une délégation de l'Association suisse des banquiers et de la Commission des banques se sont en outre réunies pour aborder le thème de la «surréglementation» dans le cadre d'un workshop.

2.2 Chambre fiduciaire

Une délégation de la Chambre fiduciaire suisse s'est entretenue avec la Commission des banques dans le cadre des rencontres annuelles. Les discussions ont porté sur les thèmes suivants:

- l'indépendance des sociétés d'audit et les conflits d'intérêts auxquels elles peuvent être exposées;
- l'état d'avancement de la réforme de l'audit bancaire, boursier et des fonds de placement, entreprise par le groupe de travail mixte «révision et surveillance des banques»;
- le concept général des contrôles de qualité et de l'accompagnement des sociétés d'audit élaboré par la Commission des banques;
- les résultats obtenus lors des contrôles de qualité des documents de travail des sociétés d'audit effectués par la Commission des banques;
- l'évolution future dans le domaine de l'établissement des comptes bancaires.

2.3 Union des Banques Cantonales Suisses

Dans le cadre de leur rencontre annuelle, une délégation de l'Union des Banques Cantonales Suisses (UBCS) s'est entretenue avec la Commission des banques pour aborder les thèmes suivants:

- les risques résultant, pour les banques cantonales, de relations d'affaires avec des institutions de prévoyance (présence au sein des organes, mandats de gestion de fortune et de conseil);
- Bâle II (règles en matière de fonds propres applicables aux banques cantonales);
- mise en œuvre de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent;
- règles contre les abus de marché (Union européenne et Suisse);
- réforme de la révision bancaire;
- stratégie des banques cantonales en matière d'informatique;
- projets actuels de l'UBCS;
- comptes 2004, évolution des opérations neutres et sur taux d'intérêt, état du marché et de la concurrence.

2.4 Association des banques étrangères en Suisse

Lors d'une rencontre entre une délégation de l'Association des banques étrangères en Suisse et la Commission des banques, les thèmes suivants ont été abordés:

- situation des banques étrangères;
- mise en œuvre de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent;
- surveillance des gérants de fortune;
- mise en place de l'impôt sur le système de l'agent payeur;
- prestations de services transfrontalières;
- Bâle II et établissement des comptes.

2.5 Union des Banques Raiffeisen

Lors d'une rencontre entre une délégation de l'Union Suisse des Banques Raiffeisen et la Commission des banques, les thèmes suivants ont été discutés:

- affaire de la Banque Raiffeisen de Balerna, répercussions sur le Groupe Raiffeisen;
- situation en matière de risques, état et évolution des risques de crédits;
- rapport de révision bancaire 2003 du groupe;
- progrès en matière de prévention du blanchiment d'argent et mise en œuvre de l'ordonnance y relative de la CFB;
- évolution des affaires en 2004, planification 2005.

2.6 SWX Swiss Exchange

Une délégation du Groupe SWX s'est entretenue avec la Commission des banques dans le cadre de leur rencontre annuelle. Les discussions ont porté sur les thèmes suivants:

- stratégie du Groupe SWX;
- développements dans le domaine de l'autoréglementation et de sa mise en œuvre;
- virt-x et le nouveau régime appliqué par l'UE;
- virt-x et les nouveautés dans le droit européen des marchés financiers (directives concernant le prospectus, la transparence et les abus de marché).

1 Commission

Lors de ses douze séances (onze en 2003), dont certaines sur deux jours consécutifs, la Commission des banques s'est occupée de 198 affaires (216)¹. L'orientation stratégique pour les quatre prochaines années a constitué un thème majeur.

De nos jours, le contexte dans lequel a lieu la surveillance évolue rapidement. Les marchés s'internationalisent de plus en plus, contraignant ainsi les intervenants soumis à surveillance à s'adapter continuellement. Corollairement, les conditions dans lesquelles opèrent les autorités de surveillance changent également. Elles sont de plus en plus mises au défi de réexaminer et d'adapter la situation sur le plan de l'organisation, de la réglementation et des institutions. C'est ainsi que la Commission des banques est aujourd'hui confrontée à une éventuelle réforme de la surveillance des marchés financiers², à une extension de ses tâches de surveillance³ et à une prise de conscience croissante des charges liées à la réglementation et la surveillance par les établissements assujettis. De surcroît, les attentes suscitées par la surveillance augmentent du fait d'une présence médiatique accrue. Afin de pouvoir y faire face, la Commission des banques a réexaminé sa stratégie pour les quatre prochaines années⁴.

Planification stratégique

Les points forts de la stratégie pour la période allant de 2004 à 2008 consistent, pour la Commission des banques, à axer encore plus intensément sur les risques la surveillance exercée sur les banques de petite et moyenne importance et à développer un système d'alerte précoce à cet effet⁵. Le système de surveillance dualiste, qui a fait ses preuves, sera encore amélioré par des contrôles de qualité et par la formulation d'exigences modernes à l'égard des sociétés d'audit. La surveillance des grandes banques sera approfondie et, à cet effet, la Commission des banques procédera désormais, dans certains domaines, à sa propre révision d'UBS SA et du Credit Suisse Group. Par ailleurs, la mise en œuvre de Bâle II revêt une importance majeure⁶. Une autre ligne de force de l'action de la Commission des banques consistera à mettre en application la future loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux et toutes les nouveautés qui en découlent. La réglementation sera planifiée de manière transparente à partir de principes, en impliquant les établissements réglementés et de manière à préserver l'attrait de la place

Axes stratégiques

¹ La différence s'explique par des changements dans les attributions internes de la Commission des banques.

² cf. ch. I/3

³ cf. ch. I/3

⁴ cf. <http://www.ebk.admin.ch/f/ebk/ziele/index.html>

⁵ cf. ch. II/2.4

⁶ cf. ch. I/1

financière¹. A cet égard, la Commission des banques s'oriente d'après les normes internationales et tient compte des charges générées par la surveillance. En outre, le caractère nécessaire des réglementations en vigueur sera vérifié périodiquement. Dans le cadre de la surveillance des marchés et des établissements, l'efficacité des procédures d'exécution est favorisée par la définition de priorités systématiques². Malgré la concentration sur les procédures importantes afin d'en accélérer le cours, chaque dossier doit être traité à tout moment correctement, mais avec détermination et les principes fondamentaux en matière de procédure doivent être respectés. Afin de pouvoir accomplir à l'avenir ses tâches avec la faculté d'adaptation nécessaire, la Commission des banques continue de militer en faveur de son indépendance en tant qu'institution, tout en reconnaissant clairement l'obligation de rendre des comptes.

Gestion institutionnelle

Enfin, une gestion institutionnelle efficace revêt une importance stratégique pour la Commission des banques. Il en va ainsi aujourd'hui et, de l'avis de la Commission des banques, il en ira de même pour une future FINMA. La coopération entre la Commission et son Secrétariat est l'ingrédient essentiel d'une activité de surveillance fructueuse. Elle repose sur une séparation claire des fonctions qui favorise des décisions équilibrées et de qualité prenant en compte différents angles de vue. Par ailleurs, une culture du débat ouverte, critique et empreinte de confiance permet à l'autorité de constamment s'améliorer.

Nouveaux membres de la Commission des banques

En 2004, Mmes Rajna Gibson et Heidi Pfister-Ineichen ont annoncé, pour des raisons professionnelles, leur démission de la Commission des banques pour la fin de l'année. Le Conseil fédéral a élu Mme Anne Héritier Lachat et M. Charles Pictet pour leur succéder. La Commission des banques a nommé Mme Anne Héritier Lachat en tant que nouveau membre de la Chambre d'entraide internationale et de la Chambre des offres publiques d'acquisition.

2 Secrétariat

A la fin de l'année, 159 personnes travaillaient auprès de la Commission des banques (2003: 141 personnes) pour 151,7 postes à plein temps (2003: 134,5). Vingt personnes (2003: 20) étaient occupées à temps partiel. L'âge moyen des collaborateurs s'élevait à 39 ans.

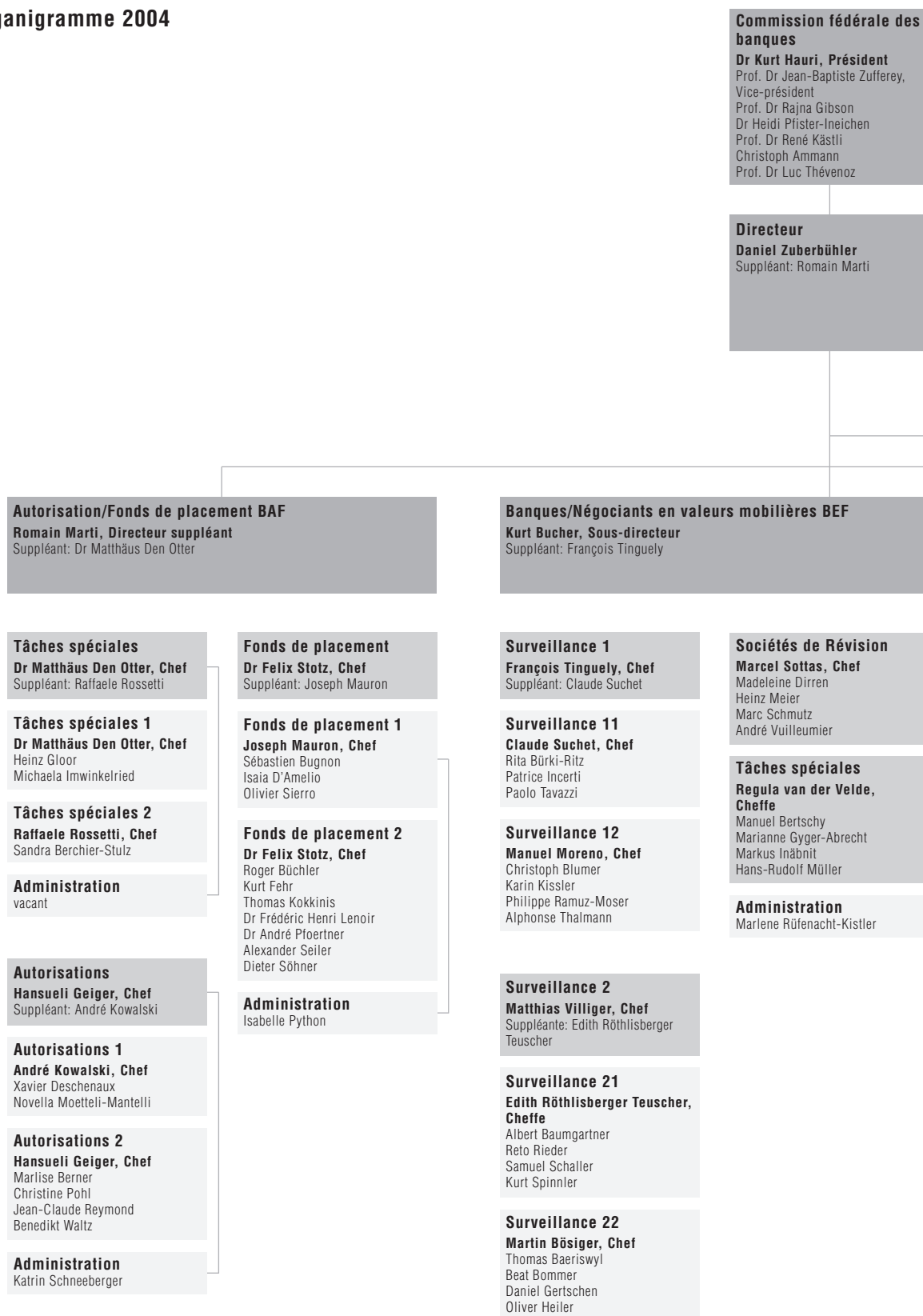
¹ cf. ch. I/5

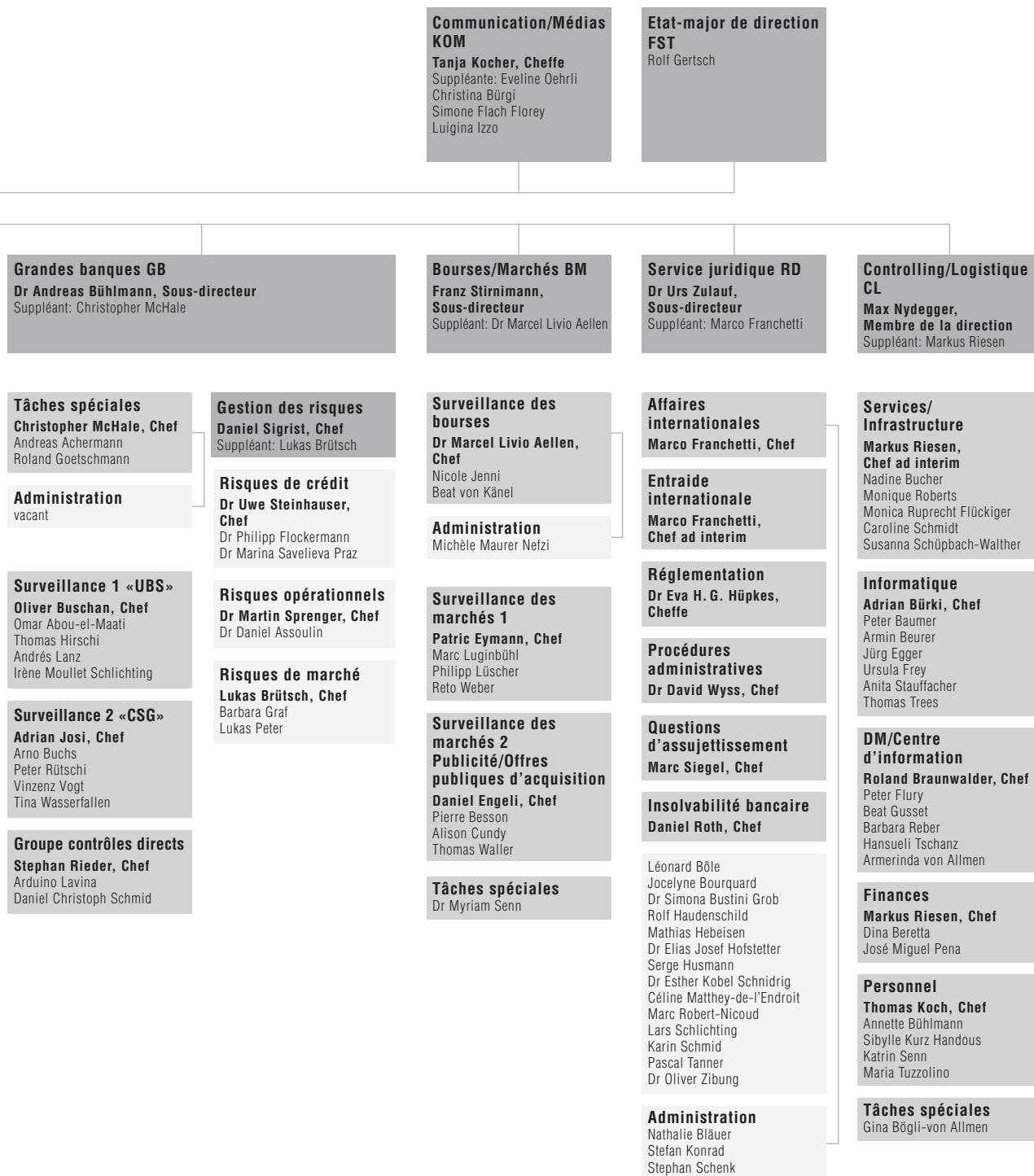
² cf. ch. I/4 et IV/2.3

33%	(32%)	juristes
23%	(22%)	économistes, économistes d'entreprise, mathématiciens, autres universitaires
15%	(15%)	experts-comptables, réviseurs, spécialistes bancaires
15%	(15%)	professions commerciales
6%	(6%)	diplômés d'une haute école spécialisée / formation commerciale supérieure
3%	(4%)	informaticiens
5%	(6%)	autres professions

Le taux de fluctuation s'est élevé à 5,1 pour cent (2003: 4,3 pour cent). Pratiquement tous les collaborateurs sortants ont rejoint le secteur privé.

3 Organigramme 2004





4 Finances

Les émoluments de surveillance sont fixés de manière à couvrir les frais de la Commission des banques et de son Secrétariat (art. 1 Oém-CFB). Les frais de l'année précédente sont déterminants pour leur calcul.

En 2004, les dépenses sont restées environ six millions de francs en deçà de la valeur budgétée, les frais de personnel représentant trois millions. Contrairement à la planification, la plupart des nouveaux postes n'ont été pourvus qu'à partir du milieu de l'année. Six nouveaux postes n'ont pas été pourvus du tout.

Les frais généraux ne sont pas inscrits dans le compte d'Etat. Ils se composent des dépenses sans effet sur les liquidités consacrées aux locaux, à l'énergie, au mobilier, à l'informatique, aux imprimés, au téléphone, à la sécurité, etc.

La diminution des recettes en matière d'émoluments de surveillance par rapport aux chiffres budgétés découle principalement de la diminution des dépenses d'environ quatre millions de francs l'année précédente.

Les comptes annuels 2004 se clôturent avec un excédent de 409 188 francs, reporté à l'exercice suivant.

Evolution des dépenses	Comptes 2003	Comptes 2004	Budget 2004
Dépenses de personnel	19 652 859	22 134 439	25 151 700
Biens et services	2 347 277	2 259 039	5 092 745
Dépenses d'investissement	1 052 995	1 029 226	1 251 935
Total des dépenses ¹	23 053 131	25 422 704	31 496 380
Frais généraux ²	6 166 000	3 297 000	3 297 000
Total frais	29 219 131	28 719 704	34 793 380

Evolution des revenus	Comptes 2003	Comptes 2004	Budget 2004
Emoluments de décision et d'écritures	3 538 687	5 540 576	4 000 000
Emoluments de surveillance	22 203 894	23 982 919	29 082 200
Examen des modèles	238 068	87 556	250 000
Remboursement	2 072	17 269	25 000
Total revenus	25 982 721	29 628 320	33 357 200

¹ selon le compte d'Etat

² locaux, énergie, mobilier, informatique, imprimés, téléphone, sécurité, etc.

Couverture des frais	Comptes 2003	Comptes 2004	
Revenus	25 982 721	29 628 320	
Frais année précédente	25 508 418	29 219 131	
Résultat	474 303	409 189	
Excédent de couverture de l'année précédente	1 373 181	1 847 484	
Report à compte nouveau	1 847 484	2 256 673	

5 Relations publiques

Dans la mesure où cela est compatible avec le secret de fonction, la Commission des banques entretient des contacts ouverts avec le public. Elle tient compte des besoins d'information croissants des établissements qui lui sont assujettis, de leurs clients ainsi que des autorités, des administrations et des politiciens et les renseigne sur ses tâches et objectifs. Elle entretient un dialogue virtuel avec le public par le biais de son site Internet et publie des informations de fond et des dossiers techniques. De plus, elle rend compte chaque année de son activité au Conseil fédéral, au Parlement et au public dans son Rapport de gestion. Sur demande, la Commission des banques entre aussi directement en contact avec le public. Le contact avec les médias constitue la partie essentielle de son travail d'information.

En 2004, environ 2 500 demandes de renseignements venues de Suisse et de l'étranger ont été adressées à la Commission des banques par des représentants des médias, des particuliers, des entreprises et d'autres autorités de surveillance. Elles ont porté sur l'ensemble du champ de ses activités. Cependant, les requêtes relatives aux conditions d'autorisation, principalement dans les domaines du négoce de valeurs mobilières et des fonds de placement, ont clairement dominé, au même titre que les demandes de renseignements concernant le sérieux d'intermédiaires financiers et leur assujettissement éventuel à la surveillance de la Commission des banques. Les réclamations formulées par des clients individuels concernaient surtout des atteintes supposées au devoir de diligence par des établissements autorisés. Régulièrement, de telles plaintes ou indications quant à des activités douteuses dans le secteur financier révèlent à la Commission des banques des lacunes parfois graves parmi les établissements soumis ou non à sa surveillance. Ainsi, les indications fournies par certains clients ont conduit à la liquidation et à l'ouverture de la faillite de quelques établissements¹.

Limites de l'information

¹ cf. ch. II/2.1 et IV/2.2

La Commission des banques s'efforce de répondre dans la mesure du possible sans délai à toutes les demandes et réclamations qui lui sont adressées. Dans ce contexte, elle doit respecter un équilibre délicat entre les exigences justifiées d'ouverture et de transparence des représentants des médias et des autres personnes souhaitant des informations et le besoin légitime de confidentialité des intéressés.

La Commission des banques utilise sa conférence de presse annuelle et son site Internet www.cfb.admin.ch comme plate-forme pour expliquer son activité au public et pour informer activement et sans retard les associations et organisations qui lui sont proches, de tout ce qui est important en matière de droit de la surveillance. Elle publie par le biais de son site ses communiqués de presse, un répertoire des établissements et fonds de placement soumis à sa surveillance ainsi que de nombreuses autres publications telles que rapports de gestion, bulletins, circulaires, ouvertures de faillite et autres communications essentielles.

Nouveau site Internet de
la Commission des
banques

Le site Internet de la Commission des banques a subi en 2004 une refonte complète. Un soin tout particulier a été apporté à la convivialité. Afin de répondre au mieux aux différents besoins des participants au marché, du public au sens large et des médias, ces groupes d'utilisateurs sont maintenant interpellés séparément. L'établissement de dossiers sur des thèmes choisis tels que Bâle II ou FINMA vise à rendre encore plus aisé l'accès à certaines informations importantes. Le site est mis à jour régulièrement et la liste des établissements soumis à sa surveillance est complétée à un rythme bimensuel. En 2004, quelque trois millions de pages ont été consultées sur le site Internet de la Commission des banques.

1 Banques

1.1 Affaires traitées

1.1.1 Décisions

2004 la Commission des banques a rendu 69* (66) décisions dans le domaine des banques, y compris les décisions du Secrétariat. Ces décisions concernaient les domaines suivants:

• Autorisations	10	(12)
– Banques (art. 3 LB)	5	(8)
– Succursales (art. 4 OBE)	3	(2)
– Représentations (art. 14 OBE)	2	(2)
• Autorisations complémentaires (art. 3 ^{bis} LB, art. 12 OBE)	9	(4)
• Autorisations complémentaires (art. 3 ^{ter} LB)	12	(15)
• Changements d'institutions de révision bancaire (art. 39 al. 2 OB).	17	(19)
• Fonds propres, liquidités et répartition des risques	7	(0)
• Levées du statut bancaire	4	(2)
• Retrait d'autorisation	1	(0)
• Liquidation en relation avec une activité non autorisée	3	(1)
• Entraide administrative	0*	(0)
• Divers	6	(13)

* Les décisions sur l'entraide administrative figurent au ch. 3.1.

1.1.2 Recommandations

En se fondant sur les directives générales et la pratique de la Commission des banques, le Secrétariat s'efforce de régler les cas d'espèce tout d'abord par la voie de la recommandation au sens de l'article 8 RO-CFB. Par ces recommandations, le Secrétariat invite la banque à adopter dans un laps de temps déterminé un certain comportement et lui fixe un délai pour dire si elle l'accepte. En cas de refus, le Secrétariat soumet l'affaire pour décision à la Commission des banques.

En 2004, le Secrétariat a émis 6 (10) recommandations, qui portaient toutes sur des questions liées aux comptes annuels. A la fin de l'année, 5 banques avaient accepté la recommandation, le délai étant encore ouvert pour une autre banque.

1.2 Banques et institutions de révision assujetties à la loi

Etat à fin 2004

• Banques dont	348	(351)
– en mains étrangères	122	(124)
– succursales de banques étrangères	31	(28)
• Banques Raiffeisen	454	(470)
• Représentations de banques étrangères	46	(49)
• Institutions de révision agréées	10	(9)

2 Fonds de placement

2.1 Affaires traitées

Durant l'année 2004, 402 (340) décisions, y compris les décisions déléguées au Secrétariat, ont été traitées par la Commission des banques.

2.2 Développement des fonds de placement durant l'année 2004

	Nombre au 31.12.		Fortune des fonds au 31.12. en mio. CHF		Emissions ./ Rachats au 31.12. en mio. CHF	
	2004	2003	2004	2003	2004	2003
Fonds de placement suisses						
Fonds en valeurs mobilières						
et autres fonds	711	570	171 816	131 995	36 846	3 617
Fonds immobiliers	24	21	13 842	12 886	847	854
Total	735	591	185 658	144 881	37 693	4 471
Fonds étrangers	3 605	3 261	–	–	40 369	48 038

Les bulletins mensuels de statistiques économiques de la Banque nationale suisse contiennent d'autres données statistiques (tableau D6).

Fonds suisses

	Situation au 31.12.2003	Autorisés	Liquidés/ regroupés/ pas lancés	Augmen- tation/ diminu- tion nette	Situation au 31.12.2004
Nombre					
Fonds en valeurs mobilières	215	15	9	+ 6	221
Autres fonds	304	130	12	+ 118	422
Autres fonds à risque particulier	51	22	5	+ 17	68
Fonds immobiliers	21	3	—	+ 3	24
Total	591	170	26	+ 144	735

dont destinés uniquement aux investisseurs institutionnels

	Situation au 31.12.2003	Autorisés	Liquidés/ regroupés/ pas lancés	Augmen- tation/ diminu- tion nette	Situation au 31.12.2004
Nombre					
Fonds en valeurs mobilières	—	—	—	—	—
Autres fonds	99	68	10	+ 58	157
Autres fonds à risque particulier	7	—	—	—	7
Fonds immobiliers	2	3	—	+ 3	5
Total	108	71	10	+ 61	169

Modifications autorisées	2003	2004
Modification de règlement	249	277
Changement de direction de fonds	8	4
Changement de banque dépositaire	2	1
Total	259	282

Fonds étrangers

a) par catégorie

Nombre	Situation au 31.12.2003	Autorisés	Liquidés/ regroupés/ pas lancés	Augmen- tation/ diminu- tion nette	Situation au 31.12.2004
Eurocompatibles	2969	559	225	+ 334	3303
Non eurocompatibles	224	29	42	– 13	211
Non eurocompatibles à risque particulier	68	33	10	+ 23	91
Total	3261	621	277	+ 344	3605

b) par nation

Nombre	Situation au 31.12.2003	Autorisés	Liquidés/ regroupés/ pas lancés	Augmen- tation/ diminu- tion nette	Situation au 31.12.2004
Luxembourg	2409	344	201	+ 143	2552
Irlande	300	197	46	+ 151	451
Allemagne	130	5	3	+ 2	132
Liechtenstein	79	21	2	+ 19	98
Grande-Bretagne	45	31	4	+ 27	72
France	65	4	1	+ 3	68
Belgique	57	10	–	+ 10	67
Danemark	44	2	2	–	44
Pays-Bas	8	–	4	– 4	4
Autriche	2	1	–	+ 1	3
Guernesey	94	6	13	– 7	87
Jersey	23	–	1	– 1	22
USA	4	–	–	–	4
Iles Cayman	1	–	–	–	1
Total	3261	621	277	+ 344	3605

Institutions

Nombre	Situation au 31.12.2003	Autori- sations	Renon- ciations	Augmen- tation/ diminu- tion nette	Situation au 31.12.2004
Directions de fonds	44	1	1	–	44
Représentants	134	11	12	– 1	133
Distributeurs	499	63	66	– 3	496

2.3 Liste des pays reconnus

Il ressort des procédures d'autorisation menées jusqu'à présent que les pays disposant d'une surveillance de l'Etat visant la protection des investisseurs au sens de l'art. 45 al. 2 LFP sont les suivants: les Etats membres de l'Espace économique européen, les Etats-Unis, Guernesey et Jersey.

3 Bourses et négociants en valeurs mobilières

3.1 Affaires traitées / Décisions

Durant l'année 2004, la Commission des banques a rendu 58 (77) décisions en matière de législation sur les bourses, y compris les décisions du Secrétariat. Ces décisions concernaient les domaines suivants:

• Admission de bourses étrangères (art. 3 al. 3 LBVM et art. 14 OBVM)	3	(4)
• Admission de membres étrangers d'une bourse (art. 10 al. 4 et 37 LBVM et art. 53 OBVM)	14	(27)
• Publication de participations (art. 20 et art. 22 OBVM-CFB)	1	(0)
• Offres publiques d'acquisition (art. 23 al. 4 LBVM)	0	(3)
• Autorisations	10	(13)
– Négociants en valeurs mobilières (art. 10 LBVM)	2	(2)
– Succursales (art. 41 OBVM)	3	(2)
– Représentations (art. 49 OBVM)	5	(9)
• Autorisations complémentaires (art. 10 al. 6 LBVM et art. 56 al. 3 OBVM)	2	(5)
• Changements d'institutions de révision (art. 30 LBVM)	4	(2)
• Levées de l'assujettissement	1	(6)
• Retrait d'autorisation	2	(0)
• Liquidation en relation avec une activité non autorisée (art. 35 al. 3 LBVM)	1	(1)
• Assistance administrative (art. 38 al. 3 LBVM)	22	(23)
• Divers	1	(5)

3.2 Bourses, négociants en valeurs mobilières et institutions de révision assujettis à la loi

Etat à fin 2004

• Bourses	36	(33)
– Autorisations à des bourses suisses	2	(2)
– Admission de bourses étrangères	34	(31)
• Organisations analogues aux bourses	2	(2)
• Admission de membres étrangers à une bourse en qualité de négociants en valeurs mobilières	129	(133)
• Négociants (sans les banques), dont	68	(73)
– en mains étrangères	22	(29)
– succursales de négociants étrangers	12	(11)
• Représentations de négociants étrangers	51	(50)
• Sociétés d'audit agréées	10	(9)

4 Recours au Tribunal fédéral et dénonciations

4.1 Recours de droit administratif

Comme les années précédentes, quelques décisions de la Commission des banques ont fait l'objet de recours de droit administratif au Tribunal fédéral. La situation se présente comme suit:

• Recours en suspens à la fin 2003	3	(6)
• Recours déposés en 2004	13	(14)
• Recours ayant fait l'objet d'une décision ou retirés en 2004	13	(17)
• Recours en suspens à la fin 2004	3	(3)

4.2 Dénonciations aux autorités de poursuite pénale et disciplinaire

Lorsque la Commission des banques apprend l'existence d'infractions à la loi sur les banques (art. 46, 49 et 50 LB), à la loi sur les bourses (art. 40, 41 et 42 LBVM) ou à la loi sur les fonds de placement (art. 69 et 70 LFP), elle doit en informer sans délai le Département fédéral des finances conformément aux art. 23^{ter} al. 4 LB, 35 al. 6 LBVM et 58 al. 5 LFP. Lorsqu'elle apprend l'existence d'infractions aux art. 47 et 48 LB ou 43 LBVM, ou de crimes et délits de droit commun, elle en informe l'autorité cantonale compétente.

La Commission des banques se réserve le droit d'annoncer à la Swiss Funds Association en tant qu'autorité disciplinaire les violations graves ou la répétition de violations légères, par des distributeurs de fonds de placement, des

directives émises par cette association pour la distribution des fonds de placement.

- | | | |
|--|---|------|
| • Dénonciations pénales au DFF | 6 | (6) |
| • Dénonciations pénales aux autorités cantonales | 6 | (11) |