

## Foire aux questions (FAQ)

### Risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières

(19 juin 2012)

---

#### A. Analyses approfondies

**1. Les risques juridiques des activités transfrontières résultant d'autres dispositions que celles du droit de la surveillance (p.ex. le droit fiscal) doivent-ils également être analysés et traités ?**

Oui. Pour pouvoir identifier, mesurer, évaluer et gérer les risques engendrés par les activités transfrontières, il convient en principe de prendre en compte tous les domaines juridiques mentionnés dans la Position Risques juridiques. En font notamment partie le droit fiscal et le droit pénal qui lui est lié. Il est avant tout important de savoir si et quand le droit étranger et les autorités chargées de son application considèrent les actes ou les omissions d'institutions financières comme constitutives de participation à des délits fiscaux. Cela est pertinent même lorsque les activités se déroulent exclusivement en Suisse. Sans une analyse de ces questions et des risques auxquels sont exposés l'institution et ses collaborateurs, il n'est pas possible de prendre de mesures décisives en matière de réduction des risques.

**2. Est-il suffisant d'analyser les risques juridiques et de réputation inhérents aux activités transfrontières dans le domaine du conseil en placements et de la gestion de fortune uniquement, puis de prendre des mesures en conséquence pour la réduction des risques ?**

Non. Dans le cadre des activités de clientèle privée, il est possible que des activités transfrontières autres que celles de gestion de fortune engendrent des risques juridiques et de réputation. Sur le fond, ce principe s'applique également aux activités « wholesale » (de services en gros). Dans ce second domaine, la situation juridique semble cependant être, en règle générale, moins claire, ce qui rend d'autant plus nécessaire une appréciation au cas par cas des différents risques. En outre, des abus liés à certains produits peuvent sensiblement influencer sur les risques juridiques et de réputation de l'institution (p.ex. abus de cartes de débit ou de crédit, de comptes avec accès limité à l'identité du client (« comptes numériques ») ou de courrier « banque restante »). Pour cette raison, il convient de s'assurer, en particulier lors du recours à des avis juridiques standard, que les produits proposés et les prestations de services spécifiques à la banque sont également pris en compte.

## B. Compétences et mesures au niveau stratégique et opérationnel

### 3. **Qui est responsable de la mise en œuvre d'une gestion des risques transfrontières appropriée au sein de l'institution ?**

L'organe préposé à la haute direction, à la surveillance et au contrôle (p.ex. le conseil d'administration dans le cas d'une SA) est responsable des décisions stratégiques de principe relatives au rapport à la prise de risques. Dans le cadre de l'analyse systématique des risques et du système de contrôle interne, cet organe doit assurer la surveillance et le contrôle, de même que l'identification, la limitation et la supervision de tous les principaux risques (cf. Circ.-FINMA 2008/24 « Surveillance et contrôle interne dans le secteur bancaire »). En font partie les risques juridiques et de réputation résultant des activités transfrontières. La direction doit, de son côté, développer des processus appropriés grâce auxquels les risques survenant dans le cadre d'activités transfrontières pourront être identifiés, mesurés, évalués, appréciés et contrôlés. Dans le cadre des activités transfrontières, il convient d'accorder une place particulière à la détermination de la tolérance au risque, à la définition des pays cibles (p. ex. pays d'où provient une part importante du portefeuille clients ou dans lesquels l'on entend, à l'avenir aussi, solliciter activement des clients) et aux stratégies de prospection du marché, ces facteurs influençant de manière substantielle l'orientation stratégique d'une institution.

### 4. **Est-il suffisant de mettre à la disposition des conseillers à la clientèle de simples listes dites de *Do's and Don't's*, des systèmes de feux tricolores ou des mémentos qui indiqueraient les activités autorisées selon les pays ?**

Non. Cependant, de tels guides par pays, check-lists, *Do's and Don't's*, systèmes de feux ou mémentos grâce auxquels les conseillers à la clientèle obtiennent des réponses prédéfinies à certaines questions standard sont incontestablement utiles. Seuls, ils ne sont toutefois pas suffisants pour la détermination des activités permises ou interdites sur un marché cible donné. De fortes simplifications sont nécessairement effectuées, car, dans la pratique, nombre de questions n'admettent pas une réponse standardisée. Les documents susmentionnés ne sont donc pas propres à remplacer des mesures organisationnelles telles que des limitations à certains marchés cibles prédéfinis, la formation d'équipes spécialisées sur certains pays ou le recours à des conseillers. Pour que les conseillers à la clientèle disposent d'une expertise spécifique à un pays et d'autres connaissances techniques nécessaires à l'exécution de leurs tâches, des spécialistes qualifiés doivent assurer leur formation, les conseiller et se tenir à leur disposition en cas de question.

### 5. **Les clients étrangers doivent-ils obligatoirement être suivis par des « desks » (comptoirs) régionaux spécialisés ?**

Non. Mais des mesures pertinentes doivent être prises pour prendre en compte les risques engendrés par les exigences de droit étranger. Pour ce faire, les conseillers à la clientèle actifs dans le marché d'un pays donné doivent suffisamment connaître les dispositions juridiques qui y sont en vigueur. Cela est d'autant plus important quand la banque veut s'implanter activement dans un nouveau marché cible. Les clients étrangers devraient être suivis par ces comptoirs régionaux, dans la mesure du possible et pour autant que cela soit judicieux du point de vue opérationnel. A défaut, le suivi des clients devrait être assuré par des équipes disposant de connaissances particulières ou du soutien de spécia-

listes. Les exigences relatives à l'organisation du suivi de la clientèle sont clairement plus élevées pour les marchés cibles que pour les autres marchés. En règle générale, il est difficilement imaginable que des conseillers à la clientèle puissent être spécialisés et opérer activement dans plus que quelques pays seulement sans que les risques juridiques ne s'en trouvent accrus.

**6. Faut-il également édicter des règles pour l'admission et le suivi de clients venant certes de l'étranger mais se présentant d'eux-mêmes à une institution située en Suisse pour ouvrir une relation commerciale ?**

Oui. Même l'ouverture d'une relation commerciale à la propre initiative du client auprès d'une institution située en Suisse peut comporter des risques pour l'institution, tant dans le cadre du suivi de la relation que lors de la fourniture de conseils en matière de placement ; ce même si les activités en question se déroulent exclusivement en Suisse. Pour cette raison, l'institution doit se déterminer par écrit sur la façon de procéder avec les clients, nouveaux ou existants, provenant de marchés qui ne qualifient pas de marchés cibles et qui, à ce titre, ne sont pas couverts par une analyse détaillée spécifique. Les exigences posées à l'admission de tels clients doivent également être fixées. Toutes les institutions devraient donc élaborer et mettre en place des règles de principe couvrant le rapport à la clientèle étrangère qui n'est pas desservie activement. Ces règles complètent les règles applicables à l'acquisition et au suivi actifs de marchés et clients de l'étranger qui représentent, en règle générale, un risque proportionnellement plus élevé.

**C. Systèmes de rémunération, de contrôle et de sanction**

**7. Est-il admissible que les critères déterminants pour la rémunération variable des personnes faisant partie des unités du *front office* se fondent exclusivement sur des objectifs financiers ?**

Non. Les systèmes dans lesquels les critères d'attribution liés à l'atteinte d'objectifs financiers ont un poids disproportionné ou un effet de levier excessif sur l'importance de la rémunération peuvent aussi s'avérer problématiques. Dans la mesure où les activités des unités du *front office* peuvent représenter une source importante de risques dans le domaine des activités financières transfrontières, il est essentiel que la politique de rémunération des personnes qui en font partie alloue une place notable à des critères favorisant, d'une façon générale, une bonne *compliance* et, plus particulièrement, le respect des directives internes couvrant les activités financières transfrontières autorisées ou non. Ceci implique notamment que la violation de prescriptions internes ou légales en matière d'activités financières transfrontières soit, selon son degré de gravité, sanctionnée par la réduction, voire la suppression de la rémunération variable (voir aussi la question 8).

**8. Faut-il que les processus internes de contrôle et de sanctions couvrent également les violations du cadre réglementaire applicable aux activités financières transfrontières ?**

Oui. Seule la mise en place de systèmes de contrôle interne (au sens de la Circ.-FINMA 08/24) et de processus de sanctions systématiques, transparents et dissuasifs est à même de garantir l'application

des directives internes élaborées et l'efficacité du concept de gestion des risques développé. Ces processus doivent couvrir la thématique des activités financières transfrontières et comprendre notamment des procédures d'information et d'escalade efficaces. Les systèmes de contrôle et de sanctions doivent tous deux être formalisés et documentés. Le système de sanctions doit notamment prévoir d'autres éléments en plus de la réduction de la partie variable de la rémunération.

#### D. Collaboration avec des gérants de fortune indépendants (GFIs)

##### **9. Peut-on partir du principe que les relations avec des clients domiciliés à l'étranger apportés et/ou gérés par des gérants de fortune indépendants (GFIs) représentent des risques juridiques et de réputation moindres ?**

Non. L'intervention d'un gérant de fortune indépendant (GFI) génère même des risques spécifiques qui doivent être correctement identifiés et minimisés. Le risque que la collaboration avec des GFIs puisse entraîner un assujettissement de l'institution elle-même au droit réglementaire étranger doit, par exemple, être évalué (voir p. ex. Bulletin FINMA 1/2010, 102 ss, 114 et 115). Compte également parmi les aspects à considérer, le risque que la responsabilité des manquements du GFI puisse être attribuée à l'institution par des autorités étrangères malgré la distinction en principe faite en droit suisse entre la sphère de responsabilité de l'institution elle-même et celle du prestataire de service externe. La simple externalisation du suivi de relation de clientèle à un GFI ne dispense donc pas l'assujetti de procéder à l'analyse des risques pertinents et à la prise de mesures de réduction de ces risques. Par conséquent, l'intervention d'un GFI entre l'assujetti et le client ne représente pas en soi une mesure appropriée de limitation des risques. Ces considérations sont aussi valable pour les relations avec d'autres intermédiaires financiers externes (p. ex. avocats, courtiers remisiers ou *introducing brokers*).

##### **10. Que devrait exiger une institution des gérants de fortune indépendants (GFIs) avec lesquels elle collabore en matière d'activités financières transfrontières ?**

Du point de vue réglementaire, il n'est pas admissible que la coopération avec un GFI puisse résulter dans le contournement de la politique commerciale, respectivement la politique des risques, de l'assujetti en lien avec les activités financières transfrontières. Cela implique qu'une institution soumise à surveillance devrait à tout le moins exiger des GFIs qu'ils accordent la même attention aux risques inhérents à ces activités qu'elle-même et qu'ils acceptent de se conformer à sa politique en la matière. Les GFIs devraient dès lors respecter la politique commerciale, respectivement la politique des risques, de l'institution dans ce domaine (cf. questions 11 et 12 s'agissant des conséquences qui découlent de la violation de cet impératif pour les assujettis).

##### **11. L'institution assujettie est-elle tenue, dans le cadre de ses relations avec des gérants de fortune indépendants (GFIs), de prendre des mesures spéciales de minimisation et de contrôle des risques ?**

Oui. Aux fins de minimiser les risques que peuvent générer les activités menées par des tiers (cf. question 9) et de prévenir un contournement de la politique interne en matière d'activités financières

transfrontières (cf. question 10), l'assujetti est, en particulier, tenu de sélectionner ses partenaires avec soin et de leur donner des instructions en conséquence (cf. Position de la FINMA, p. 3 et 17)

- S'agissant de la sélection à effectuer, l'institution doit se renseigner sur chaque GFI avec lequel elle entend travailler et disposer de critères de sélection adéquats (mots-clés : « *due diligence* » et « *know your intermediary* »). Ces critères doivent également couvrir les risques encourus par les GFIs dans le cadre de ses activités financières transfrontières, ainsi que, cas échéant, les risques s'étant déjà matérialisés (p.ex. politique en matière de risques et structure organisationnelle du GFI, éventuels problèmes juridiques en suspens en Suisse ou à l'étranger, etc.). En outre, le statut réglementaire du GFI dans son pays de siège doit aussi être clarifié (p. ex. existence des licences requises). Le respect des critères de sélection applicables doit être vérifié tant à l'établissement de la relation d'affaire que périodiquement, lors du suivi de la relation, en particulier lorsqu'il existe des indications tendant à montrer que les critères ne sont plus respectés (cf. question 12). L'opportunité d'effectuer des adaptations organisationnelles dans ce contexte, comme, par exemple, la centralisation de la gestion des relations avec les GFIs au sein de cellules spécialisées, doit être examinée.
- Le terme « *instruction* » utilisé dans la Position Risques juridiques ne s'entend pas dans le sens strict que lui donne le droit contractuel. L'on se réfère ici à la nécessité pour l'assujetti d'expliquer clairement au GFI respectivement sa politique commerciale et sa politique des risques en lien avec certains marchés cibles et de s'assurer que l'accord de coopération conclu avec lui soit compatible avec cette politique. L'institution doit sensibiliser le GFI aux contraintes qui en résultent et s'assurer de leur engagement à opérer en conformité avec le cadre donné.

En application de l'art. 9 al. 2 et 3 OB, les questions relatives à la collaboration avec des GFIs et autres intermédiaires indépendants doivent être formalisées dans les directives ou règlements internes de l'assujetti.

**12. Du point de vue du droit de la surveillance en vigueur, l'assujetti a-t-il l'obligation de contrôler activement le respect par les gérants de fortune indépendants (GFIs) des engagements pris dans l'accord de collaboration ?**

En principe, non. Néanmoins, sous l'angle de la garantie de l'activité irréprochable, l'assujetti est tout de même tenu à une certaine diligence. Du point de vue du droit de la surveillance, ceci implique au minimum que l'assujetti doit réagir lorsqu'il vient à connaissance d'éléments qui devraient l'inciter à penser qu'un de ses partenaires ne se tient pas aux engagements pris à son égard en matière d'activités financières transfrontières. Une suite doit être donnée aux indices de violation décelés. Il n'est en particulier pas admissible que l'assujetti ferme les yeux sur des violations connues, celles-ci pouvant lui faire courir des risques juridiques et de réputation considérables. Selon les circonstances, l'assujetti peut être conduit à devoir refuser le client présenté, voire rompre la relation d'affaires avec le GFI concerné.

## E. Informations

### 13. J'ai des questions, à qui dois-je m'adresser?

Les assujettis sont priés de contacter l'équipe responsable de leur surveillance au sein de la FINMA.

Archives