



Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

RAPPORT ANNUEL 2010

FINMA

Rapport annuel 2010

Impressum

Editeur: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)
Einsteinstrasse 2
CH-3003 Berne
Tél. +41 (0)31 327 91 00
Fax +41 (0)31 327 91 01
info@finma.ch
www.finma.ch

Mise en page: BBF AG, Bâle

Photos: Marion Nitsch, Zurich

Impression: Stämpfli Publications SA, Berne

Comptes annuels

Les comptes annuels 2010 de la FINMA font l'objet d'une publication séparée.

Formulation indifférenciée quant au genre

Par souci de lisibilité et d'égalité de traitement, il n'est pas fait ici de différenciation quant au genre – par exemple entre créancières et créanciers, ou investisseuses et investisseurs. Les termes employés s'appliquent donc sans distinction aux deux sexes.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS DU PRÉSIDENT	9
----------------------------------	----------

INTRODUCTION DU DIRECTEUR	10
----------------------------------	-----------

L'ACTIVITÉ DE LA FINMA EN BREF

THÈMES PRINCIPAUX	14
--------------------------	-----------

Projet de réglementation sur les règles applicables à la distribution	14
Situation sur le marché hypothécaire	16
Défis liés au contexte de taux bas	19

INTERACTIONS AU PLAN NATIONAL	22
--------------------------------------	-----------

Renforcement de la collaboration entre la BNS et la FINMA	22
Collaboration avec le DFF	22
Echanges de vues avec le Parlement et le Conseil fédéral	23
Dialogue avec les associations et les institutions	23
Enquêtes et enseignements tirés de la crise	25
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010	26

INTÉGRATION INTERNATIONALE ET AGENDA	27
---------------------------------------------	-----------

Présence internationale de la FINMA	27
Collaboration internationale de la Suisse	28
Task Force « Commodity Futures Markets » de l'OICV	29
Questions relatives à la réglementation bancaire internationale	29
Révision du cadre réglementaire et prudentiel pour les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs	30
Supervisory colleges	31
Entraide administrative internationale	31

RÉGLEMENTATION ET SURVEILLANCE

THÈMES GÉNÉRAUX	36
Concepts de surveillance	36
Propositions de solutions au problème du too big to fail	36
Accroissement des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières	40
Systèmes de rémunération	42
Externalisation et protection des données	43
Publication de données et transparence du marché	44
BANQUES ET NÉGOCIANTS EN VALEURS MOBILIÈRES	45
Fondements	45
<i>Situation générale dans le secteur bancaire</i>	45
Réglementation	46
<i>Exigences en matière de capital et de liquidités</i>	46
<i>Modifications de la loi sur les banques</i>	49
<i>Ordonnance sur l'assainissement bancaire</i>	49
<i>Gouvernance d'entreprise et contrôle interne</i>	50
Autorisations	50
<i>Banques et négociants en valeurs mobilières</i>	50
<i>Assujettissement de PostFinance</i>	51
Pratique prudentielle	52
<i>Surveillance des grandes banques</i>	52
<i>Surveillance des autres banques</i>	53
ASSURANCES	54
Réglementation	54
<i>Modification de la loi sur la surveillance des assurances</i>	54
<i>Test suisse de solvabilité et règles de solvabilité européennes</i>	54
Assurance-vie	58
Fondements	58
<i>Situation du marché</i>	58
Pratique prudentielle	59
<i>Surveillance de l'assurance collective dans le cadre de la prévoyance professionnelle</i>	59
Assurance dommages	60
Fondements	60
<i>Situation du marché</i>	60
Réglementation	61
<i>Motion Bischofberger</i>	61
Réassurance	62
Fondements	62
<i>Situation du marché</i>	62

Assurance-maladie	63
Fondements	63
<i>Situation du marché</i>	63
Réglementation	64
<i>Circulaire « Assurance-maladie selon la LCA »</i>	64
Pratique prudentielle	65
<i>Tarifs de l'assurance-maladie complémentaire</i>	65
MARCHÉS ET INTERMÉDIAIRES FINANCIERS	66
Surveillance des bourses et des marchés	66
Réglementation	66
<i>Modification de la loi sur les bourses concernant les délits boursiers et abus de marché</i>	66
<i>Produits structurés</i>	67
Autorisations	67
<i>Admission de négociants étrangers opérant pour compte propre en tant que participants d'une bourse</i>	67
Pratique prudentielle	68
<i>SIX Swiss Exchange</i>	68
<i>Interopérabilité</i>	69
Perspectives	69
<i>Négoce de l'énergie</i>	69
Offres publiques d'acquisition et publicité des participations	70
Fondements	70
<i>Conduite des procédures dans le domaine du droit applicable en matière de publicité des participations</i>	70
Réglementation	70
<i>Droit en matière de publicité des participations : mandat de révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur les bourses</i>	70
Placements collectifs de capitaux	71
Fondements	71
<i>Conditions-cadre et développement dans le domaine des placements collectifs de capitaux</i>	71
Réglementation	71
<i>Champ d'application de la loi sur les placements collectifs de capitaux dans le domaine des sociétés de participation</i>	71
Autorisations	72
<i>Renforcement de l'efficacité et de l'efficience de la surveillance</i>	72
<i>Placements collectifs de capitaux dans le domaine immobilier</i>	72
<i>Procédures d'autorisation</i>	73
Pratique prudentielle	74
<i>SICAV autogérées et SICAV à gestion externe</i>	74
<i>Apports et remboursements en nature opérés dans le cadre d'un fonds ouvert au public</i>	74
<i>Notion d'appel au public</i>	75

Sociétés d'audit, agences de notation et accounting	76
Réglementation	76
<i>Traitement des produits structurés dans la Circulaire « Comptabilité – banques »</i>	76
<i>Audit</i>	76
<i>Négociations entre le PCAOB, l'ASR et la FINMA sur les joint inspections</i>	77
Pratique prudentielle	78
<i>Enquête sur l'ampleur des travaux d'audit auprès des banques et négociants en valeurs mobilières</i>	78
<i>Engagement de sociétés d'audit prudentielles</i>	78
<i>Contrôle de la qualité des sociétés d'audit</i>	78
<i>Vérification des états financiers</i>	79
Blanchiment d'argent	80
Fondements	80
<i>Lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme financier au niveau international</i>	80
Réglementation	80
<i>Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent</i>	80
<i>Circulaire « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA »</i>	81
Pratique prudentielle	82
<i>Communication FINMA sur les risques liés aux relations commerciales avec l'Iran</i>	82
<i>Concept de surveillance en matière de lutte contre le blanchiment</i>	83

ENFORCEMENT

PRATIQUE EN MATIÈRE D'ENFORCEMENT	86
Opérations transfrontières d'UBS – procédures potentielles à l'encontre d'organes antérieurs de la banque	87
Autres procédures à l'encontre d'établissements soumis à une surveillance prudentielle	88
Procédures d'insolvabilité	91
Approche en cas d'activités assujetties à surveillance ou exercées illégalement	92
Faillites et liquidations d'établissements non autorisés	95
Enforcement en matière de surveillance des marchés, de droit de la publicité des participations et de droit des offres publiques d'acquisition	95

LA FINMA EN TANT QU'AUTORITÉ

CONSEIL D'ADMINISTRATION ET DIRECTION	100
Conseil d'administration	100
<i>Comités du conseil d'administration</i>	100
Direction	101
<i>Direction élargie</i>	101
<i>Comité d'enforcement</i>	101
PERSONNEL	102
Bases juridiques	102
Politique du personnel et politique salariale	102
Effectif et structure du personnel	103
Organigramme	104
Code de conduite	105
RÈGLEMENTATION DES MARCHÉS FINANCIERS 2010 – RÉTROSPECTIVE ET PLANIFICATION	106
STATISTIQUES	116
ANNEXE	
REPRÉSENTATION DE LA FINMA AU SEIN DE GROUPES DE TRAVAIL INTERNATIONAUX	120
ABRÉVIATIONS	122



Eugen Haltiner,
président (à gauche),
Patrick Raaflaub,
directeur

AVANT-PROPOS DU PRÉSIDENT

Réalisations

Un rapport annuel sert à rendre compte. Il s'agit de commenter en toute transparence les réalisations, mais aussi de mentionner les défis encore à relever. Cela vaut également pour une autorité de surveillance comme la FINMA que ses décisions ont placée de plus en plus sous les feux des projecteurs et de la critique du public ces dernières années. L'appréciation s'effectue en comparant les réalisations et les objectifs fixés. En septembre 2009, pour la première fois, les objectifs stratégiques de la FINMA ont été approuvés par le Conseil fédéral et ensuite publiés. Ils s'articulent en sept thématiques qui confèrent aux travaux de l'autorité de surveillance une orientation à long terme. Leur mise en œuvre intervient dans le cadre de projets et s'appuie sur des objectifs de performance annuels à tous les échelons hiérarchiques.

Dans tous les domaines, on s'est attaché à concrétiser les objectifs stratégiques, et des étapes importantes ont été franchies. Le présent rapport annuel contient les informations y relatives.

La FINMA maintient le cap et remplit efficacement les fonctions légales qui lui ont été confiées. Ainsi, des mesures organisationnelles et un recrutement ciblé ont permis de renforcer tant l'efficacité que le professionnalisme de l'autorité. L'intégration des organisations qui l'ont précédée n'est pas encore achevée, mais on constate d'ores et déjà les premiers effets de synergie et une collaboration transsectorielle bien meilleure. Ce travail en réseau

est important, car les risques inhérents à l'intermédiation financière sont de plus en plus globaux et non plus uniquement sectoriels. Or des risques comparables exigent des normes comparables – d'où la nécessité d'instaurer, dans la mesure du possible, une convergence entre les approches encore disparates en matière de réglementation, mais aussi de concepts et d'arsenal de surveillance. Il convient en outre de favoriser une réflexion d'ensemble prenant en compte à la fois la surveillance individuelle des établissements et le contexte macroéconomique. La surveillance des risques doit donc être envisagée dans une perspective plus large encore, en intégrant les éventuelles évolutions économiques d'importance systémique.

A cet égard, l'implication des collaborateurs de la FINMA a de quoi réjouir. Notre personnel mérite la gratitude et la reconnaissance de tous, car il exerce ses tâches dans des conditions difficiles et souvent conflictuelles. Les zones de tension sont nombreuses et impossibles à gérer à la satisfaction générale. Sans se laisser déstabiliser par la critique, qui repose souvent sur des considérations non objectives et des demi-savoirs, nos collaborateurs œuvrent avec opiniâtreté, sans jamais perdre le cap, en faveur des buts à atteindre. Je tiens à leur témoigner à ce titre mon plus grand respect.



Eugen Haltiner, président
Décembre 2010

INTRODUCTION DU DIRECTEUR

La FINMA s'était fixé pour 2010 des buts exigeants et stimulants qui concrétisent ses objectifs stratégiques approuvés par le Conseil fédéral. Pour autant, les défis à relever au sein de notre organisation et en dehors sont restés et restent considérables. Si la situation économique sur les marchés financiers a dépassé la phase de crise aiguë de ces dernières années, les établissements assujettis à la surveillance de la FINMA exercent toujours leurs activités dans des conditions difficiles. Le risque d'une dégradation conjoncturelle demeure, et le niveau historiquement bas des taux d'intérêt ainsi que les liquidités injectées sous le sceau de la nécessité par les banques nationales sur les marchés présentent le danger de nouvelles flambées des prix.

S'y ajoute le fait que pour une autorité de surveillance, la fin d'une crise ne signifie pas que la tâche est achevée, bien au contraire: la crise financière a révélé des lacunes patentes dans la réglementation en vigueur, auxquelles il s'agit maintenant de remédier dans les plus brefs délais. Le projet de réforme global du Comité de Bâle, qui vise à restructurer à l'échelle internationale la réglementation bancaire en instaurant le dispositif dit de « Bâle III », montre que les régulateurs du monde entier sont prêts à tirer les enseignements de la crise. Mais il est clair aussi que de tels dispositifs constituent des solutions internationales

de consensus qui, dans certains domaines, ne sauraient apporter des réponses (suffisantes) aux problématiques propres aux différents pays.

S'agissant de la Suisse, la FINMA s'est dès lors fixé un objectif stratégique prioritaire: trouver des réponses réglementaires appropriées aux risques systémiques que font courir à la place financière, notamment, la taille et la complexité des grandes banques. La participation active de la FINMA à la commission d'experts *too big to fail* est essentielle à cet égard; elle a présenté au Conseil fédéral des propositions concrètes de mesures visant à limiter les risques que représentent les grandes entreprises pour l'économie nationale. Mais dans d'autres domaines aussi, des progrès ont été réalisés. Pas à pas, sans activisme excessif, et en tenant compte des réflexions internationales que les mesures suisses intègrent sous une forme très similaire, par exemple en ce qui concerne les prescriptions en matière de liquidités ou l'adaptation des exigences de fonds propres.

L'amélioration ciblée de la protection de la clientèle constitue un autre objectif stratégique fondamental de la FINMA, sur lequel d'importants travaux ont été menés. L'onde de choc consécutive à la faillite de Lehman Brothers et à l'affaire Madoff, qui s'est propagée jusqu'en Suisse, a ainsi déclenché une enquête approfondie de la part de la FINMA.

Celle-ci a révélé qu'il y avait lieu d'améliorer la protection de la clientèle et, en particulier, de renforcer les exigences de transparence. La FINMA a alors élaboré un document de discussion approfondi sur la réglementation de la distribution de produits financiers, document axé sur la clientèle grand public et qui présente les lacunes de la réglementation actuelle ainsi que les options possibles du point de vue de la FINMA. Dans le domaine de la surveillance des assurances, la mise en œuvre intégrale du Test suisse de solvabilité représente une étape décisive sur la voie d'une meilleure protection des assurés.

Afin d'accroître l'efficacité et l'efficience de son activité, la FINMA a développé un concept de surveillance applicable à l'ensemble des domaines. Celui-ci repose sur une approche axée sur les risques: en fonction de leur taille et des risques qu'ils présentent, les établissements sont classés en différentes catégories faisant l'objet d'une surveillance directe plus ou moins intense de la part de la FINMA. L'objectif est d'affecter les ressources limitées de la FINMA là où les risques sont les plus importants pour les créanciers, les investisseurs et les assurés.

Outre ces défis et ces réalisations à caractère technique, l'année 2010 a aussi été marquée par le franchissement de nouvelles étapes dans le développement interne de la FINMA. Nous constatons

d'ores et déjà que la fusion des trois autorités pré-existantes génère des synergies dans des domaines importants. Cette fusion, ainsi que le développement ciblé de domaines de surveillance essentiels mais dotés jusqu'ici d'un personnel insuffisant, ont donné naissance à une organisation d'une taille nettement accrue, qui compte quelque 400 collaborateurs. Cette progression exige des adaptations sur le plan organisationnel. L'objectif est d'améliorer l'efficacité à l'aide de procédures uniformisées reposant sur de nouveaux outils de travail, afin d'assurer un apport encore plus important avec les mêmes ressources. Cette évolution interne très exigeante a été planifiée et initiée en 2010 et se poursuivra désormais par étapes.

Au vu des objectifs fixés et des réalisations, je conclus aujourd'hui que nous avons beaucoup accompli et mis en route durant cette année à nouveau très exigeante pour la FINMA. Qu'il me soit permis de remercier ici tous mes collègues de leur engagement. Et fort des expériences de ces deux dernières années, je me réjouis de travailler avec les collaborateurs de la FINMA et de relever avec eux les défis que nous réserve 2011.



Patrick Raaflaub, directeur
Décembre 2010





L'ACTIVITÉ DE LA FINMA EN BREF

THÈMES PRINCIPAUX

Projet de réglementation sur les règles applicables à la distribution

Conformément à ses objectifs stratégiques pour les années 2010 à 2012, publiés en septembre 2009, la FINMA s'engage notamment en faveur d'une amélioration de la protection de la clientèle sur le marché financier suisse. Elle s'est donc fixé pour but d'analyser à l'échelon transsectoriel les règles applicables à la distribution. Son intention était également d'examiner les règles de surveillance régissant les intermédiaires ainsi que la distinction entre investisseurs qualifiés et clientèle grand public. La relation entre règles applicables à la distribution et règles applicables aux produits faisait également l'objet de l'étude. Concernant la diffusion de produits financiers au point de vente (*point of sale*), il s'agissait en outre d'encourager la mise en œuvre d'obligations de diligence, de publication et d'information appropriées. L'objectif de la FINMA était d'élaborer les bases requises pour les règles applicables à la distribution, et ce de manière transsectorielle et neutre en termes de produits.

Résultats des enquêtes Madoff et Lehman

Début mars 2010, la FINMA a publié les résultats de ses deux enquêtes de grande ampleur concernant la distribution de produits financiers liés à Bernard L. Madoff et à Lehman Brothers Holdings Inc. Celles-ci ont révélé que tous les établissements ne faisaient pas preuve de la même diligence lorsqu'il s'agissait de sélectionner et de recommander des produits financiers pour leurs clients. La FINMA a considéré qu'il y avait lieu d'intervenir concernant :

- la transparence des informations sur les perspectives de gains et de pertes dans la documentation de vente,
- l'exactitude et la véracité des profils clients, qui doivent reposer sur une analyse scrupuleuse de la capacité de risque et de la conscience des risques desdits clients, et enfin
- une diversification suffisante des placements¹.

Rapport FINMA Distribution de produits financiers 2010

A la suite de ces enquêtes, la FINMA a lancé un projet intitulé « Règles applicables à la distribution », qui concernait tous les produits et services financiers réglementés par la FINMA. Dans ce cadre, en tenant compte des évolutions juridiques étrangères et à l'échelle internationale, la FINMA s'est penchée sur les questions suivantes :

- règles de conduite et règles applicables à la distribution,
- règles régissant les rémunérations,
- règles régissant les produits,
- règles applicables à la distribution transfrontière de produits étrangers en Suisse,
- règles de surveillance des intermédiaires.

Les résultats de ces travaux ont été publiés en novembre 2010 dans le rapport intitulé « Réglementation sur la production et la distribution de produits financiers aux clients privés – état des lieux, lacunes et options possibles » (Rapport FINMA Distribution de produits financiers 2010²) et font l'objet d'une audition ouverte jusqu'au 2 mai 2011.

Ces résultats font apparaître, en matière de distribution de produits financiers, un déficit d'information considérable, et donc un déséquilibre des forces entre producteurs, distributeurs et autres prestataires de services financiers d'une part, et clientèle privée d'autre part. Cette dernière n'a souvent qu'une connaissance superficielle des questions financières et n'est guère expérimentée en matière de placements financiers. En outre, il n'est pas rare qu'elle éprouve de la difficulté à se procurer les informations nécessaires. En revanche, les prestataires de services financiers professionnels disposent dans la plupart des cas des connaissances techniques requises pour évaluer de manière adéquate les opportunités et les risques d'une opération. Le droit en vigueur n'aborde que ponctuellement ou insuffisamment ces problématiques importantes.

¹ cf. Rapport annuel 2009 de la FINMA, p. 49 ss

² <http://www.finma.ch/f/regulierung/anhoeerungen/Documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101021-f.pdf>

Problématiques liées aux produits et à la distribution

En vertu du droit en vigueur, certains prestataires de services financiers ne sont pas soumis à une obligation d'enregistrement, ce qui complique considérablement la protection de la clientèle. La FINMA propose dès lors d'introduire cette obligation pour les prestataires de services financiers jusqu'ici non soumis à la surveillance. Cela permettrait aussi d'examiner les règles de conduite à mettre en place.

Il est apparu par ailleurs que la transparence en matière de produits financiers doit être renforcée. S'agissant par exemple des produits de placement, le prospectus doit informer les clients des risques principaux. En outre, la publication d'informations standardisées et neutres sur les principales spécificités des produits concernés (descriptifs produits) doit permettre de mieux comparer les produits financiers assemblés. Il convient enfin d'assurer une actualisation des données publiées pour ces produits.

Ni les exigences relatives aux descriptifs produits, ni les obligations concrètes en matière d'établissement d'un prospectus n'ont été uniformisées jusqu'ici. En cas de litige, les clients sont régulièrement confrontés à une répartition de la preuve qui rend leurs prétentions plus difficiles à satisfaire dans les procès civils. Par ailleurs, selon que le prestataire de services financiers concerné est suisse ou exerce des activités transfrontières à partir de l'étranger, la protection de la clientèle varie considérablement. Les approches des différentes lois suisses régissant les marchés financiers ne sont pas harmonisées en la matière. Ainsi, le *cold calling*³ transfrontière émanant de banques et de négociants en valeurs mobilières à l'étranger n'est notamment pas réglementé. Enfin, il n'y a pas d'obligation d'autorisation pour la publicité transfrontière concernant des dépôts du public.

S'agissant de la distribution, il n'existe pas aujourd'hui de règles de conduite au point de vente qui soient indépendantes des produits. Selon la FINMA, il est judicieux d'introduire des

règles de conduite uniformes, ou au minimum mieux coordonnées entre elles, applicables à tous les prestataires de services financiers. Ces règles comportent notamment des obligations appropriées de renseignement, d'information et de documentation sur le profil client et les entretiens clients. Les conflits d'intérêts existants et potentiels ainsi que les rémunérations de tiers doivent faire l'objet d'une divulgation systématique. Enfin, pour l'aménagement de ces obligations, il convient de distinguer entre prestations de conseil et prestations de gestion, ainsi qu'entre simples opérations de vente et opérations d'exécution.

Segmentation de la clientèle neutre en termes de produits et développement du système de médiation (*ombudsman*) suisse

L'introduction et la surveillance des mesures précitées entraîneraient une extension considérable des tâches prudentielles de la FINMA. Toute nouvelle mesure réglementaire doit toutefois avoir une utilité qui en justifie les coûts. Dès lors, la FINMA préconise la mise en place d'une segmentation de la clientèle qui soit neutre en termes de produits. Les clients professionnels ont en général moins besoin d'être conseillés et peuvent se procurer les informations nécessaires sans avoir à disposer de prospectus complets. Pour eux, les obligations d'information et de renseignement incombant aux producteurs et prestataires de services financiers doivent donc être appliquées sous une forme nettement restreinte. De même, le développement du système suisse de médiation (*ombudsman*) permettrait de faciliter le règlement des litiges concernant des prestations de services financiers. La création d'une instance de médiation indépendante pour ces prestations fournies en Suisse éviterait aux clients privés d'avoir à intenter des procédures judiciaires coûteuses et risquées contre leurs cocontractants au point de vente.

³ On entend par là, principalement, des appels téléphoniques publicitaires non sollicités.

Ordonnance du Conseil fédéral et loi sur les prestations de services financiers

Dans l'optique d'une mise en œuvre des solutions qu'elle défend, la FINMA a proposé à la discussion, dans son rapport, l'élaboration d'une loi générale sur les prestations de services financiers. Mais l'expérience a montré qu'un tel

projet législatif ne saurait aboutir avant plusieurs années, même s'il était porté par une volonté politique claire. Une ordonnance du Conseil fédéral sur les règles de conduite dans le négoce de valeurs mobilières et la distribution de placements collectifs pourrait donc être élaborée et mise en œuvre dans un délai plus court.

Situation sur le marché hypothécaire

Depuis un certain temps déjà, la FINMA observe une augmentation de l'octroi de crédits immobiliers dans les banques assujetties ainsi que chez d'autres intermédiaires financiers. Le niveau des taux étant avantageux pour les débiteurs, la demande d'hypothèques a nettement progressé. De plus, la concurrence est très vive sur le marché hypothécaire: elle a pour effet non seulement une réduction des marges, mais aussi des concessions en termes de qualité, par exemple au niveau des conditions régissant le poids des charges ou le pourcentage d'avance.

Divers indices immobiliers indiquent des prix en hausse, avec toutefois de nets écarts régionaux. En comparaison internationale, l'évolution des prix en Suisse est moins marquée que dans les pays touchés par une bulle immobilière comme les Etats-Unis, l'Espagne, la Grande-Bretagne ou l'Irlande. La situation actuelle n'est pas non plus comparable avec celle de la fin des années 1980, où la Suisse a connu sa dernière bulle immobilière. Tant au plan économique qu'en matière de droit de la surveillance, les choses se présentent maintenant sous un autre jour. Mais la pénurie de terrains, le faible taux de logements en propriété et une immigration importante en Suisse sont autant de facteurs qui accélèrent la hausse des prix.

Activité de surveillance accrue de la FINMA sur le marché hypothécaire

La FINMA suit de très près les évolutions sur le marché hypothécaire. Certains éléments propices à une bulle immobilière sont présents à l'heure actuelle.

S'y ajoute la conviction largement répandue que les biens immobiliers constituent des placements pratiquement sans risque. La FINMA a donc renforcé son activité de surveillance dans le domaine du marché hypothécaire en 2010. En procédant à des analyses de données approfondies, elle a examiné de plus près la situation dans les différentes banques, dans les groupes bancaires et dans le marché en général. Ses travaux ont porté principalement sur la croissance, les parts de marché et les portefeuilles de crédit.

Les sociétés en charge de l'audit prudentiel effectuent chaque année, dans toutes les banques, des audits axés sur les risques. L'année 2010 ne fait pas exception: dans de nombreuses banques, les activités hypothécaires ont été soumises à un contrôle approfondi. Les sociétés d'audit consignent les résultats dans un rapport d'audit exhaustif remis au conseil d'administration de la banque concernée ainsi qu'à la FINMA. Les points faibles y sont relevés et l'on fixe des délais pour remédier à la situation.

Processus d'octroi de crédit et gestion du risque de crédit en ligne de mire

S'agissant de certaines banques, la FINMA s'est forgé sa propre opinion sur place, en particulier quant au processus d'octroi de crédit et à la gestion du risque de crédit. Dans le cadre de contrôles directs sur plusieurs jours (*supervisory reviews*), des spécialistes de la FINMA mandatés auprès de certaines banques ont demandé des informations sur le traitement concret des opérations de crédit et analysé la gestion du risque de crédit sur la base de

contrôles par échantillonnage. Ces travaux ont révélé qu'en matière de crédit garanti par gage immobilier, les instructions, règlements et processus internes aux banques sont parfois lacunaires ou inadaptés à la situation spécifique de la banque concernée. S'agissant notamment de l'octroi des crédits de ce type à des particuliers, il est nécessaire d'intervenir sur des points tels que la détermination de la capacité financière requise et plus particulièrement les exigences en termes de revenu. De même, des carences peuvent se manifester concernant l'utilisation de modèles d'estimation pour évaluer un bien immobilier. La gestion des opérations dites *exception to policy* fait l'objet d'une attention particulière. Il s'agit de crédits octroyés par dérogation aux instructions internes de la banque prêteuse, par exemple parce que le niveau de l'avance, ou encore la capacité de supporter les charges ou l'amortissement excèdent les seuils fixés par l'établissement et doivent donc faire l'objet d'un processus d'autorisation spécifique. La part de ces activités a nettement progressé. Or les banques ne disposent pas toujours des moyens organisationnels et techniques requis pour gérer de telles opérations en tenant dûment compte des risques. Dès lors, elles ne sont souvent pas en mesure de procéder à des analyses agrégées des crédits de ce type.

Résultats concordants de la BNS et de la FINMA

Les constats de la FINMA concordent avec les résultats d'une enquête réalisée par la Banque nationale suisse (BNS) au premier trimestre 2010 auprès de 32 banques⁴. La BNS a également constaté à cette occasion que plusieurs banques étaient dans l'incapacité de fournir des données sur les critères d'octroi effectivement appliqués en matière de crédit immobilier, mais qui dérogeaient aux directives internes.

Directives de l'ASB

La FINMA a réagi à cette situation en organisant des échanges de vues et en menant des activités de relations publiques, l'objectif étant d'améliorer la gestion qualitative du risque de crédit. Les règles-

cadre à cet égard figurent actuellement dans les « Directives concernant l'examen, l'évaluation et le traitement des crédits garantis par gage immobilier » de l'Association suisse des banquiers (ASB)⁵. La FINMA a reconnu ces directives comme normes minimales lorsqu'elles ont été édictées dans le cadre de l'autorégulation, en 2004.

Elle examine actuellement avec l'ASB dans quelle mesure il est possible de réviser ces directives et de les rendre plus concrètes, notamment en ce qui concerne les dispositions sur la capacité financière, sur le pourcentage d'avance et l'évaluation, ainsi que sur le traitement des opérations *exception to policy*. S'agissant de l'avance, des seuils de capacité financière et de la durée d'amortissement, on envisage en outre l'introduction de limites quantitatives. Enfin, les sociétés d'audit ont été invitées à prendre plus précisément position sur le respect des directives de l'ASB dans les rapports d'audit des banques concernées et à examiner de plus près, en particulier, le traitement des opérations *exception to policy*.

Attentes et mesures de la FINMA

La FINMA attend des banques qu'elles remédient rapidement aux lacunes identifiées dans leur gestion du risque de crédit. Parallèlement, elle examine les exigences de fonds propres au titre des crédits garantis par gage immobilier. Elle vérifie en particulier si les pondérations-risques en vigueur pour les prêts garantis par des titres de gage immobiliers et octroyés à des clients privés doivent être relevées.

Il arrive aussi que la FINMA exige temporairement de certains établissements des fonds propres additionnels, par exemple en réaction à une croissance accélérée du crédit ou à des expositions accrues sur des segments critiques, ou encore en raison d'une gestion lacunaire du risque de crédit. Elle renforce en outre son activité d'analyse et envisage en particulier le recours à des simulations de crise.

Parallèlement à ce qui précède, la FINMA poursuivra ses interventions sur place auprès des banques. Les résultats de ces contrôles directs sont discutés avec la direction des banques concernées. Le cas échéant, la FINMA impose à la banque des

⁴ cf. Rapport sur la stabilité financière 2010 de la BNS, p. 27, encadré 2, http://www.snb.ch/fr/mmr/reference/stabrep_2010/source/stabrep_2010.fr.pdf
⁵ cf. http://www.swissbanking.org/fr/richtlinien_grundpf_kredite.pdf

mesures visant à améliorer la situation ou ordonne des vérifications complémentaires confiées à des sociétés d'audit.

Immobilier et hypothèques dans le secteur de l'assurance

Pour les entreprises d'assurance aussi, l'immobilier et les hypothèques représentent une catégorie de placement importante dans un portefeuille le plus souvent largement diversifié. Ainsi, au 30 septembre 2010, la part des hypothèques dans l'ensemble des placements financiers (fortune libre et liée) des entreprises d'assurance s'établissait à 9 % pour les assureurs-vie, 3 % pour les assureurs dommages et 1 % pour les réassureurs, étant précisé que la part des hypothèques dans la fortune libre était négligeable.

Les activités hypothécaires des entreprises d'assurance dans la fortune liée doivent respecter les prescriptions de l'ordonnance sur la surveillance⁶ et de la Circulaire FINMA 2008/18 « Directives de placement – assureurs »⁷. Les hypothèques sur des biens immobiliers situés à l'étranger sont exclues en tant que placements dans la fortune liée. En outre, seuls peuvent être pris en gage les immeubles d'habitation et immeubles commerciaux répondant aux critères des directives de placement. Ne peuvent pas être pris en gage, par exemple, les terrains à bâtir, sites de production, usines, installations sportives, hôtels, restaurants, établissements médico-sociaux, appartements et maisons de vacances, ou encore les objets en copropriété. Les entreprises d'assurance doivent aussi respecter des

prescriptions relativement strictes quant au niveau d'avance. Toute avance dépassant $66\frac{2}{3}$ % de la valeur vénale est soumise à conditions.

Pour les entreprises d'assurance, l'allocation globale aux hypothèques est limitée à 25 % du débit de la fortune liée, et aucune hypothèque ne peut excéder à elle seule 5 % du débit de la fortune liée. Il est interdit de détenir plus de 35 % d'immeubles et d'hypothèques dans la fortune liée. Enfin, la tenue des dossiers immobiliers et hypothécaires est soumise à des prescriptions matérielles. Le respect de la réglementation sur la fortune liée est contrôlé annuellement par la révision externe.

Parallèlement à son activité renforcée de surveillance auprès des banques, la FINMA a mené au quatrième trimestre 2010 des inspections ciblées sur place auprès de certaines entreprises d'assurance, afin de se forger sa propre opinion sur le respect de la réglementation en matière immobilière et hypothécaire. Ces inspections ont porté principalement sur la stratégie d'investissement, les processus d'investissement, les questions d'évaluation et la tenue des dossiers.

Les inspections n'ont pas révélé d'indices laissant à penser qu'il existait des problèmes graves ou qu'il y avait lieu de réglementer beaucoup plus. Les points faibles sont discutés au cas par cas avec les entreprises concernées et la FINMA accompagne la mise en place de mesures correctives. Il est prévu d'étendre le processus de contrôle approfondi à d'autres entreprises d'assurance au premier trimestre 2011.

⁶ art. 79 al. 1 let. g OS

⁷ cf. <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finmars-2008-18-f.pdf>, notamment les chiffres marginaux 282 à 305

Défis liés au contexte de taux bas

Dans le sillage de la crise financière et économique, les incertitudes concernant l'évolution à venir de la conjoncture mondiale restent fortes. L'onde de choc reste sensible, dans la mesure où la mise en place de programmes étatiques de soutien a détérioré la situation des budgets publics dans de nombreux pays industrialisés. La fuite vers des placements sûrs – notamment en réaction aux déficits budgétaires à l'étranger – a tiré davantage à la baisse les rendements des emprunts suisses. Les emprunts de la Confédération à durée longue ont encore vu leurs rendements s'effriter en 2010. A la mi-juin 2010, le rendement des emprunts à dix ans s'établissait à 1,55 %. Fin août 2010, il était tombé à 1,07 %, soit un seuil qui n'avait plus été atteint depuis longtemps. Depuis lors, il a repris des couleurs et s'établissait fin décembre 2010 à 1,62 %.

L'importance cruciale des taux d'intérêt: l'exemple des contrats à long terme dans l'assurance-vie

L'assurance-vie classique se caractérise par ses engagements à long terme. Dans le cas d'une rente viagère expectative par exemple, la durée du contrat peut être de plusieurs décennies. Dès lors, les taux d'intérêt jouent un rôle important, et ce tant au niveau de la tarification que pour la constitution des provisions (réservation). A la conclusion du contrat, le taux technique assure au client une rémunération minimale garantie sur la part d'épargne de la prime. Ce taux régit donc la rémunération minimale, et ce pour toute la durée du contrat; il n'est pas révisable *a posteriori*. Les changements du taux garanti ne peuvent s'appliquer qu'à de nouveaux contrats. Or, cet état de fait s'avère actuellement problématique pour le secteur, car le portefeuille d'assurés comporte un grand nombre de contrats existants assortis de taux garantis relativement élevés, qui imposent de générer encore en moyenne un taux de garantie de 2,5 à 3 %.

Fort besoin de réservation *a posteriori* pour les assureurs-vie

Malgré ces engagements fermes, les assureurs-vie ne peuvent pas effectuer des investissements trop risqués. Ils placent donc l'essentiel des fonds de la clientèle dans des titres à revenu fixe, ce qui les rend directement dépendants de l'évolution des taux. Même si l'on définit soigneusement les bases de calcul à la conclusion du contrat et au niveau des hypothèses de mortalité, l'exemple des taux d'intérêt montre que la réalité peut prendre une toute autre tournure. Les assureurs-vie doivent donc constituer des réserves supplémentaires pour pouvoir fournir les futures prestations. Chez les grands assureurs-vie, une baisse de 0,5 % du taux d'intérêt utilisé pour la réservation peut entraîner un besoin de réservation *a posteriori* de l'ordre de plusieurs centaines de millions.

Aujourd'hui encore, on distribue parfois davantage que la rémunération nette générée par les placements financiers. S'agissant par exemple de la couverture de fonds de prévoyance professionnelle, cette situation s'explique par le fait que les revenus sont d'abord attribués au fonds d'excédents, ce qui permet un meilleur pilotage à long terme de la politique de distribution des entreprises. Désormais, cette marge de manœuvre devrait toutefois s'être nettement restreinte; dans un contexte de taux bas persistants, il faut donc s'attendre à des rémunérations en baisse sensible.

Capacité de risque des entreprises d'assurance

Actuellement, en pratique, les placements financiers à faible risque (obligations de la Confédération) ne permettent guère d'atteindre des rendements au moins égaux au taux de garantie moyen. Dans une perspective de rendement, il serait donc logique de se tourner à nouveau vers des placements financiers plus risqués ou alternatifs. Or, dans le sillage de la crise financière, les assureurs-vie ont réduit parfois massivement les quotes-parts de ces placements. Au regard de la

stabilité financière, de telles mesures seraient en outre peu souhaitables. Pour l'assurance directe, des restrictions quant à la politique de placement résultent d'une part des directives de placement, et d'autre part du Test suisse de solvabilité (SST)⁸, qui fixe le montant minimal de fonds propres par rapport aux risques encourus.

En raison de la faiblesse des taux, la capacité de risque des assureurs-vie est actuellement plus restreinte que d'ordinaire. Dans le cadre du SST, tant les actifs que les passifs sont évalués à une valeur proche du marché. S'agissant des provisions actuarielles, cela implique qu'elles sont toujours

rêt remonteront eux aussi. Mais pour un assureur-vie, remanier ses placements financiers prend du temps. En cas de hausse rapide de l'inflation, les rendements continueraient donc dans un premier temps à baisser tandis que les versements perdraient de la valeur. Le niveau des rendements ne se rétablirait que lentement. Dans un tel scénario, le problème majeur pour un assureur-vie résulterait de l'augmentation prévisible des rachats. Certes, les contrats d'assurance-vie stipulent en règle générale une déduction de rachat. En cas de fort rebond des taux, de tels rachats restent cependant possibles. Généralement, l'assureur-vie subit alors aussi une perte. Il est probable qu'en raison de la hausse des taux, il doit céder les placements à revenu fixe qu'il détient à titre de couverture à un prix inférieur à leur valeur de rachat.

Le Test suisse de solvabilité met immédiatement en évidence les problèmes liés aux faibles taux d'intérêt

évaluées au regard de la courbe des taux courante : plus les taux sont bas, plus la valeur des provisions actuarielles est élevée, et plus les fonds propres pris en compte dans le SST sont réduits. Grâce au SST, la FINMA dispose d'un outil qui met immédiatement en évidence la problématique des taux bas, alors que les règles classiques de Solvabilité I n'assurent pratiquement aucune transparence à cet égard. En conséquence, la FINMA peut prendre des mesures visant à protéger les assurés dès lors que la situation l'exige.

Faiblesse persistante et hausse rapide des taux : de sérieux problèmes

Dans un contexte de taux durablement bas, les assureurs-vie ont de plus en plus de mal à générer ne serait-ce que le taux garanti. Aussi cette situation constitue-t-elle un sérieux problème pour le secteur de l'assurance-vie, où les polices classiques et les engagements à long terme prédominent. Au Japon par exemple, dans les années 1990, plusieurs assureurs-vie ont fait faillite en raison d'une longue phase de faiblesse des taux.

Si, en raison du fort endettement public, les taux d'inflation grimpent en flèche, les taux d'inté-

Mesures préventives de protection du capital

La FINMA se penche activement sur les problèmes qui menacent les assureurs-vie et mène des actions de sensibilisation auprès des entreprises d'assurance. Depuis l'introduction complète du SST au 1^{er} janvier 2011, il est possible de prendre des mesures préventives de protection du capital en cas de solvabilité économique insuffisante d'un assureur. Parmi ces mesures figurent l'interdiction de verser un dividende ou de racheter des actions, cela en vue de préserver les fonds propres, ou encore le désamorçage de la situation de risque. Au besoin, les organes de l'entreprise peuvent se voir retirer leurs pouvoirs décisionnels. Enfin, dans les cas extrêmes et sur ordre des autorités, un portefeuille d'assurés peut être transféré à une entreprise d'assurance prête à le reprendre.

Problématique des taux bas dans le secteur bancaire

Pour les banques aussi, la faiblesse des taux d'intérêt constitue un défi de taille. La rémunération des dépôts en compte se situe depuis des mois à des plus bas historiques et ne peut plus être diminuée de manière substantielle. Néanmoins, les dépôts de la clientèle s'inscrivent en hausse et les

⁸ cf. chap. « Test suisse de solvabilité et règles de solvabilité européennes », p. 54

banques enregistrent des coûts de suivi de clientèle accrus. S'agissant des prêts, la concurrence qui fait rage notamment sur le marché hypothécaire suisse pèse sur les produits des intérêts. Opter pour des possibilités de placement plus risquées ou alternatives, mais mieux rémunérées, suppose que l'on s'accommode d'une plus grande probabilité de défaillance. Globalement, cette situation se traduit par une nette réduction de l'excédent d'intérêts. Les placements effectués il y a quelques années à des taux supérieurs et qui arrivent à échéance peuvent seulement être réinvestis aux moindres taux actuels, ce qui pèse encore davantage sur les résultats.

En outre, la demande d'hypothèques à taux fixe et à long terme s'est nettement accrue ces derniers mois. Les plus prisées sont les durées au-delà de cinq ans, qui permettent aux emprunteurs de s'assurer à moyen terme de faibles charges d'intérêt. Certes, à court terme, il en résulte pour les banques

des recettes d'intérêts bienvenues, mais leur risque de fluctuation des taux s'en trouve accru. Si les taux du marché devaient enregistrer une nette progression ces prochains temps, les banques

Pour un assureur-vie, remanier ses placements financiers prend du temps

pourraient bien se voir contraintes de relever les taux sur les dépôts en compte pour ne pas être confrontées à des retraits massifs. S'agissant des hypothèques à taux fixe, les recettes d'intérêts restent par contre inchangées jusqu'à l'échéance, ce qui peut provoquer une nouvelle compression sensible de l'excédent d'intérêts en l'absence d'une couverture du risque de fluctuation des taux. Mais une telle couverture génère aussi des coûts.

INTERACTIONS AU PLAN NATIONAL

Renforcement de la collaboration entre la BNS et la FINMA

La récente crise financière a montré qu'une surveillance efficace des marchés financiers ne peut pas se contenter d'examiner les expositions au risque des différents établissements, mais doit prendre en compte le contexte macroéconomique dans lequel évoluent les acteurs des marchés financiers. Les interventions réglementaires et prudentielles, tout comme les décisions de politique monétaire, ont un impact considérable sur le comportement des opérateurs, et donc sur la stabilité financière. Une telle approche réglementaire et de surveillance, dite « macroprudentielle », suppose une concertation nationale et internationale entre les banques centrales et les autorités de surveillance.

Tant la BNS que la FINMA jouent un rôle important pour préserver la stabilité et le bon fonctionnement des marchés financiers suisses. Leur collaboration s'inscrit dans le cadre des responsabilités et instruments régis par la loi. Afin de coordonner globalement cette collaboration et les mesures réglementaires requises, la BNS et l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB)

ont conclu dès 2007 une déclaration d'intention mutuelle (Memorandum of Understanding ou MoU). Ce document prévoit l'échange mutuel d'informations et de vues, mais aussi la prise en compte, par chaque institution, des effets que peuvent avoir ses interventions et ses mesures sur l'autre institution. Le 23 février 2010, des représentants de la BNS et de la FINMA ont signé un MoU révisé, qui régit formellement leur collaboration désormais approfondie. Sur la base de ce MoU, les deux institutions ont actuellement plusieurs initiatives en cours, par exemple en ce qui concerne la réglementation des liquidités, la question du *too big to fail* ou l'analyse du marché hypothécaire suisse. La révision des prescriptions en matière de fonds propres (Bâle III⁹) a également été l'occasion d'une étroite collaboration entre la BNS et la FINMA, à l'échelon tant national qu'international. L'objectif des deux institutions est dorénavant de construire et de renforcer ensemble la surveillance macroprudentielle. A cet effet, des projets sont en cours d'élaboration et de mise en œuvre.

Collaboration avec le DFF

En vertu de la LFINMA, les relations entre la FINMA et le Conseil fédéral ont lieu par l'entremise du Département fédéral des finances (DFF). En particulier, il est fait appel au Secrétariat général du DFF en ce qui concerne les nominations et le personnel de la FINMA, et au service juridique de ce même secrétariat général en matière de poursuite pénale. Depuis la création du Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI) le 1^{er} mars 2010, la FINMA dispose d'un nouvel interlocuteur au sein du DFF en ce qui concerne la réglementation des marchés financiers et la politique applicable à la place financière. L'enjeu était d'organiser les procédures impliquant plusieurs autorités et de coordonner leurs activités, en particulier en matière de réglementation

des marchés financiers et de politique applicable à la place financière. Les moyens mis en œuvre à cet effet sont, d'une part, des rencontres institutionnalisées à l'échelon du secrétaire d'Etat qui dirige le SFI et du directeur de la FINMA avec les membres de la direction concernés et, d'autre part, des projets communs. Le SFI et la FINMA entretiennent des contacts réguliers à tous les niveaux hiérarchiques. Le SFI représente la Suisse au sein de diverses organisations internationales. Afin que le SFI et la FINMA puissent accomplir leurs missions de manière optimale, des échanges d'informations réguliers sur les principales évolutions nationales et internationales sont nécessaires.

La collaboration entre le DFF, la BNS et la FINMA a globalement bien fonctionné lorsqu'il s'est agi de

⁹ cf. chap. « Questions relatives à la réglementation bancaire internationale », p. 29

juguler la récente crise financière. Elle s'est caractérisée par des contacts personnels étroits, une confiance mutuelle et un fort engagement. Cette expérience de la crise financière, précisément, a mis en lumière l'importance d'une parfaite collaboration entre les trois autorités. Forts de ce constat, le DFF, la BNS et

la FINMA ont élaboré un accord tripartite relatif à la stabilité financière et à l'échange d'informations sur la réglementation des marchés financiers, qui revêt la forme d'un MoU et dont la signature est prévue pour janvier 2011.

Echanges de vues avec le Parlement et le Conseil fédéral

En 2010, les échanges de vues avec le Parlement suisse ont principalement porté sur l'analyse et la maîtrise de la crise financière, la stratégie des marchés financiers, la législation sur la garantie des dépôts, la question du *too big to fail* et le débat international sur la réglementation.

Le 3 décembre 2010, le Conseil fédéral a tenu sa réunion annuelle avec le président du conseil d'administration de la FINMA. Un des sujets importants abordés à cette occasion a été la mise en œuvre des

objectifs stratégiques de la FINMA, approuvés par le Conseil fédéral le 30 septembre 2009. Le président du conseil d'administration de la FINMA a rendu compte des évolutions d'importance stratégique intervenues en 2010 aux plans économique et politique, ainsi que de l'avancement de la mise en œuvre de la stratégie. Il a également informé le Conseil fédéral des priorités de la surveillance des marchés financiers pour les années à venir.

Dialogue avec les associations et les institutions

En raison de la diversité des tâches qui sont les siennes, la FINMA entretient des relations avec un grand nombre de partenaires nationaux. Au-delà de son obligation légale d'informer de son activité de surveillance, elle mène à l'égard des assujettis, des autres partenaires et du public, dans la limite de ce qui est autorisé, une politique ouverte et transparente en matière d'information. Elle entend par là favoriser une meilleure compréhension des questions réglementaires et sensibiliser aux sujets relatifs aux marchés financiers.

La FINMA entretient des contacts réguliers, sous différentes formes, avec de nombreuses associations

et institutions très diverses. Outre les autorités de surveillance et de poursuite pénale ainsi que d'autres autorités et instances fédérales, les associations professionnelles des assujettis constituent les interlocuteurs principaux de la FINMA. Sont également importants les contacts avec les autres associations économiques et professionnelles, ou encore avec les organisations de protection des consommateurs, les bourses et les instances de médiation. La FINMA a des échanges annuels ou semestriels institutionnalisés avec les principales associations d'assujettis. En 2010, les principaux thèmes abordés ont été les suivants :

Banques	Assurances	Bourses
Association suisse des banquiers (ASB)	Association Suisse d'Assurances (ASA)	SIX Group
<ul style="list-style-type: none"> – Stratégie de la place financière – Situation avec les Etats-Unis – PostFinance – Règles applicables à la distribution – Protection des déposants – Bâle III – Prescriptions en matière de répartition des risques – Surveillance des gérants de fortune indépendants 	<ul style="list-style-type: none"> – Introduction du Test suisse de solvabilité (SST) – Reconnaissance de l'équivalence de la surveillance suisse des assurances par l'UE – Organisme d'autorégulation (OAR) de l'ASA – Risques juridiques et de réputation inhérents aux <i>insurance wrappers</i> 	<ul style="list-style-type: none"> – Pratique concernant les négociants étrangers opérant pour compte propre – <i>high frequency trading</i> – Règlement de négoce de SIX – Instance pour les déclarations de SIX et règlement y afférent – Règlement sur les Exchange Traded Products (ETP) de SIX
Banques cantonales		Placements collectifs de capitaux
Union des Banques Cantonales Suisses (UBCS)		Swiss Funds Association (SFA)
<ul style="list-style-type: none"> – Situation sur le marché immobilier – Modèles de rémunération et compensation de la garantie de l'Etat – <i>Too big to fail</i> – Future réglementation en matière de fonds propres – Répartition des rôles entre la FINMA, la société d'audit externe et la banque 		<ul style="list-style-type: none"> – Objectifs stratégiques de la FINMA – Objectifs stratégiques de la SFA – Alternative Investment Fund Managers (AIFM) – Stratégie en matière d'accès au marché – Fonds de hedge funds pour investisseurs ordinaires – Swiss Fund Data SA – Collaboration entre la FINMA et le secteur des fonds – Modèles de règlements
Banques étrangères		Sociétés d'audit / révision
Association des banques étrangères en Suisse		Chambre fiduciaire (CF)
<ul style="list-style-type: none"> – Stratégie de l'argent blanc – Impôt compensatoire – Accords de double imposition – Activités transfrontières et accès au marché – Bâle III et réglementation 		<ul style="list-style-type: none"> – Recours à des sociétés d'audit – Audit – Thèmes réglementaires – Risques sur le marché hypothécaire – Risques de fluctuation des taux – Organisation et stratégie de la FINMA

Enquêtes et enseignements tirés de la crise

Le 12 mai 2010, le Conseil fédéral a publié son rapport d'enquête intitulé « Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir »¹⁰ (rapport David). Ce rapport a été rédigé en réponse à deux interventions parlementaires¹¹ et repose sur deux expertises externes¹² ainsi que sur un rapport de la FINMA relatif à la crise financière¹³.

Dans ce document, le Conseil fédéral aboutit à la conclusion que les autorités concernées et la FINMA ont agi de manière circonspecte et résolue durant la crise. Aucune lacune importante n'a été constatée ni dans l'organisation, ni dans la gouvernance de la FINMA. Sur le fond, le Conseil fédéral retient comme enseignement de la crise qu'aucune modification de la LFINMA n'est nécessaire et qu'il conviendrait plutôt de procéder à des corrections dans d'autres lois sur les marchés financiers, notamment dans la loi sur les banques, afin de désamorcer la problématique *du too big to fail*.

Par le biais du rapport David, le Conseil fédéral a répondu à diverses interventions parlementaires. La FINMA n'a pas été invitée officiellement à prendre position sur ce document. Il n'y avait donc pas d'initiative directe à prendre au regard du rapport David, dans la mesure où la prise de position sur le rapport des Commissions de gestion (CdG) du Conseil national et du Conseil des Etats couvrait le sujet.

Les CdG ont publié le 31 mai 2010 leur rapport intitulé « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis »¹⁴ (rapport des CdG). Après le rapport de la FINMA du 14 septembre 2009¹⁵ et celui du Conseil fédéral du 12 mai 2010 basé sur deux expertises, le rapport des CdG relatif au comportement des autorités pendant la crise financière constitue la contribution la plus importante aux investigations du point de vue suisse.

Le rapport des CdG invitait la FINMA à se prononcer jusqu'à fin 2010 sur les constatations et recommandations la concernant et à indiquer comment et dans quels délais elle entendait mettre

en œuvre les recommandations faites par les deux commissions. Elle a répondu dans sa prise de position du 26 novembre 2010, où elle saluait l'enquête menée par l'instance de haute surveillance parlementaire sur les événements en relation avec le comportement des autorités durant la crise financière et la transmission de données clients d'UBS. Les CdG relatent les faits avec précision et de manière globalement pondérée. Dans sa prise de position, la FINMA n'a donc eu à revenir que sur quelques rares aspects qui lui paraissaient importants pour l'avenir de l'activité de surveillance, à savoir l'indépendance de l'autorité de surveillance et son accès au Conseil fédéral.

Indépendance décisionnelle de la FINMA

Les décisions de la FINMA sont exclusivement déterminées par les faits et par son mandat légal; elles ne sont soumises ni aux tentatives de pression de tiers, ni à l'influence des assujettis. Dans l'exercice de sa fonction de protection, la FINMA rend ses décisions en toute indépendance. Elle a constaté que l'ancienne CFB (aujourd'hui la FINMA), sur la base de sa propre évaluation des risques, avait signalé en temps opportun et de façon transparente au Conseil fédéral qu'en dernier recours et dans l'exercice de son mandat légal, elle était tenue d'ordonner la transmission de données clients en vertu de la loi sur les banques. Cependant, contrairement au constat des CdG, la FINMA n'a pas été pressée par le Conseil fédéral de prendre cette décision.

Discussions approfondies entre la FINMA et le Conseil fédéral

Les CdG ont invité le Conseil fédéral à convier le président du conseil d'administration de la FINMA à des échanges de vues réguliers. En dehors de ces rencontres et à la demande du conseil d'administration de la FINMA, des discussions entre le président de ce dernier et la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques devraient également avoir lieu. La LFINMA exige au moins une réunion

¹⁰ cf. <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01697/index.html?lang=fr>

¹¹ Postulat David (08.4039) et motion CER-N (09.3010)

¹² « Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise », Prof. Dr. Hans Geiger, 31 décembre 2009, et « The Conduct of Financial Market Supervision during the Financial Crisis », David Green, janvier 2010 (cf. <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01697/index.html?lang=fr>)

¹³ Rapport de la FINMA « Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers » du 14 septembre 2009 (cf. http://www.finma.ch/aktuell/Documents/Finanzmarktkrise%20und%20Finanzmarktaufsicht_Endversion_f.pdf)

¹⁴ cf. <http://www.parlament.ch/fr/dokumentation/berichte/berichte-aufsichtskommissionen/geschaeftspruefungskommission-GPK/berichte-2010/Documents/bericht-gpk-ns-ubs-kunden-daten-usa-2010-05-30-f.pdf>

¹⁵ cf. Rapport annuel 2009 de la FINMA, p. 16 s.

annuelle entre la FINMA et le Conseil fédéral. La FINMA estime que cet échange constitue un contrepond précieux à son indépendance et salue donc expressément l'orientation de la proposition

Les instruments de surveillance devraient dans la mesure du possible poursuivre un seul objectif et leur mise en œuvre relever d'une seule autorité

des CdG. Elle juge également très précieuses les discussions avec une délégation du Conseil fédéral.

En ce qui concerne les recommandations, la FINMA s'est prononcée tout d'abord sur la recommandation 10, la seule du rapport qui lui soit directement adressée. Aux termes de la recommandation 10, les CdG invitaient la FINMA, « compte tenu de la grande portée de cette affaire, à examiner en détail la question de savoir dans quelle mesure la haute direction d'UBS était au courant des infractions au QIA commises par la banque et ses collaborateurs »¹⁶.

Collaboration entre autorités

Le rapport des CdG évoque à divers égards la collaboration entre autorités. Les CdG ont exigé une clarification des rôles et des compétences. Comme l'a indiqué la FINMA dans sa prise de position sur le

rapport des CdG, la répartition des tâches entre la BNS et elle-même est à ses yeux particulièrement importante. La FINMA juge fondamentalement justes les règles légales actuelles. La claire répartition des compétences et des responsabilités, qui existe d'ores et déjà, est primordiale. Les instruments de surveillance devraient dans la mesure du possible poursuivre *un seul* objectif et leur mise en œuvre relever *d'une seule* autorité. S'agissant des nouveaux instruments actuellement en discussion, il est également nécessaire que les compétences et les responsabilités soient clairement réparties. Des chevauchements fonctionnels, voire un flou dans les compétences, compromettraient l'efficacité de ces instruments et affaibliraient en fin de compte les deux institutions.

Enfin, dans sa prise de position adressée aux CdG, la FINMA a également souligné qu'une fois le passé examiné à la loupe, des mesures orientées vers l'avenir sont importantes pour améliorer la réglementation et la surveillance. La FINMA a déjà pris ces travaux en main. Le présent rapport annuel en donne quelques exemples. Pour les questions décisives toutefois, le législateur doit intervenir, car c'est lui qui crée les véritables conditions nécessaires à une place financière stable et à une activité de surveillance performante.

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010

Par décision du 18 février 2009, la FINMA avait ordonné le transfert de quelque 300 données bancaires de clients aux autorités judiciaires, afin d'éviter le dépôt imminent d'une plainte pénale contre UBS par les autorités américaines. La FINMA a fondé sa décision sur les articles 25 et 26 de la loi sur les banques. Ces dispositions lui confèrent le pouvoir d'ordonner des mesures protectrices s'il existe des

raisons sérieuses de craindre des problèmes de liquidités importants. Par décision du 5 janvier 2010, le Tribunal administratif fédéral a qualifié d'illégale la décision de la FINMA. Selon lui, les dispositions invoquées ne fournissent pas une base légale suffisante à ce transfert de données à des autorités étrangères. La FINMA a déposé un recours au Tribunal fédéral contre cet arrêt du Tribunal administratif fédéral.

¹⁶ cf. chap. « Opérations transfrontières d'UBS – procédures potentielles à l'encontre d'organes antérieurs de la banque », p. 87

INTÉGRATION INTERNATIONALE ET AGENDA

Présence internationale de la FINMA

L'internationalisation des marchés financiers et les entreprises financières opérant à l'échelon transfrontière confèrent à l'activité de la FINMA une dimension internationale, tant pour ce qui concerne les initiatives réglementaires qu'en matière de surveillance et d'*enforcement*. Il est donc particulièrement important de tisser des liens avec les autorités de surveillance étrangères et de participer activement aux travaux des instances internationales de surveillance des marchés financiers, comme le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB), l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA) et le Conseil de stabilité financière (Financial Stability Board ou FSB).

Efforts requis par la coordination des projets réglementaires internationaux

S'agissant d'initiatives internationales, les nécessaires travaux de coordination restreignent considérablement la marge de manœuvre. Toutefois, une concertation fructueuse entre les différents Etats prévient les arbitrages réglementaires et contribue ainsi à l'intégrité et à la stabilité des marchés financiers dans le monde entier. Il n'en demeure pas moins que les situations des différents pays présentent toujours des écarts parfois considérables.

Normes minimales d'application mondiale

Les normes minimales d'application mondiale doivent certes être précises et impératives, mais elles doivent aussi offrir aux différents pays une souplesse suffisante pour pouvoir être mises en œuvre efficacement à l'échelon national. Elles ne constituent pas un droit contraignant pour les Etats membres, mais leur respect est de plus en plus contrôlé par le biais de *peer reviews*. Si l'on relève des lacunes dans les réglementations ou dans leur application, les établissements des Etats concernés voient leur position se dégrader et, dans certains cas, l'accès au marché leur est rendu plus difficile.

Participation active des représentants suisses sur la scène internationale

La FINMA représente les intérêts de la Suisse dans les instances précitées; au sein du CBCB et du FSB, elle a à ses côtés la BNS et le SFI. Au fil des années, grâce à la participation active de la BNS et de la FINMA, la Suisse a acquis une réelle reconnaissance sur la scène internationale. C'est ainsi que ses contributions sur la question du *too big to fail*, sur la réglementation des rémunérations et sur la surveillance des groupes d'assurance ont directement contribué au développement des normes internationales.

Accès optimal aux marchés financiers étrangers pour les établissements suisses

Les établissements financiers suisses fournissant des prestations de services transfrontières, la question de leur accès optimal aux marchés étrangers est récurrente. Dans bien des cas, l'accès à un marché étranger souvent très réglementé n'est possible que si les établissements concernés répondent aux exigences du droit local de la surveillance. Comme les autorités de surveillance d'autres pays, celle de la Suisse s'inspire très fortement des directives des instances normatives internationales, avec d'éventuelles divergences sur des points annexes. A cet égard, on constate régulièrement de petites différences et d'autres plus importantes. Même des écarts minimes dans l'approche réglementaire peuvent créer des problèmes et entraver, voire empêcher la fourniture de prestations de services financiers par des établissements suisses à l'étranger. Un instrument parmi d'autres est la reconnaissance formelle d'une équivalence de la réglementation et de la surveillance suisses à l'étranger. La FINMA s'engage résolument en ce sens. Mais sur certains sujets, des adaptations du dispositif suisse sont incontournables. La FINMA identifie alors les mesures à prendre et évalue les options possibles.

En matière de surveillance aussi, il existe des points de contact au plan international: le premier

d'entre eux concerne l'échange d'informations sur l'exposition au risque. Il n'est pas rare que l'activité de surveillance des établissements individuels soit le point de départ de coopérations plus poussées, par exemple dans le domaine de la réglementation.

L'échange d'informations sur la surveillance des établissements permet en outre de créer un climat de confiance. Enfin, la FINMA collabore avec les autorités étrangères compétentes en matière de répression transfrontière des délits boursiers.

Collaboration internationale de la Suisse

Union européenne

La FINMA mène des entretiens réguliers avec des représentants de haut rang de la Commission européenne et collabore avec les comités des autorités européennes de surveillance, que ce soit dans le domaine des banques (Comité européen des contrôleurs bancaires ou CECB), des assurances (Comité européen des assurances et des pensions professionnelles ou CEAPP) ou des valeurs mobilières (Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières ou CERMVM). Elle participe en qualité d'observateur au comité du CEAPP chargé de la surveillance des groupes d'assurance dès lors que des groupes suisses sont concernés. Cette collaboration devrait se poursuivre et, dans la mesure du possible, s'intensifier avec la transformation des comités de l'UE existants en trois autorités européennes de surveillance, à savoir l'Autorité bancaire européenne (ABE), l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) et l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), qui disposent depuis janvier 2011 de compétences élargies.

Au printemps 2010, la FINMA a réalisé une étude complète de droit comparé entre le droit suisse des marchés financiers et l'acquis communautaire correspondant. Elle a relevé à cette occasion que la réglementation suisse et les dispositions de l'UE étaient plus ou moins harmonisées selon les domaines. En février 2010, la surveillance suisse des réassureurs a été reconnue par le CEAPP comme équivalente à la directive européenne relative à la

réassurance. En novembre 2010, la Commission européenne s'est montrée disposée – dans la perspective de la procédure d'évaluation au regard de la directive Solvabilité II sur la surveillance des assurances – à inscrire la Suisse sur la liste des pays dont il convient d'examiner en priorité l'équivalence du régime de surveillance¹⁷. Cet examen est actuellement en cours.

Association internationale des contrôleurs d'assurance

Au sein de l'AICA, la FINMA participe activement aux travaux du comité exécutif, du comité technique et du comité de stabilité financière, ainsi qu'à divers sous-comités. En octobre 2010, la vice-présidente de la FINMA a été nommée présidente du comité technique.

Le comité de stabilité financière de l'AICA, récemment créé, s'est consacré principalement en 2010 à l'analyse d'éventuels risques systémiques dans le secteur de l'assurance, ainsi qu'à l'élaboration de bases et d'instruments pour la surveillance macroprudentielle. Par ailleurs, le *Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups* (ComFrame) de l'AICA vise à mettre en place un cadre international pour la surveillance des groupes d'assurance opérant à l'échelon international. Sous la direction de la vice-présidente de la FINMA, à l'issue de la phase préparatoire, l'élaboration concrète des prescriptions sur la surveillance des groupes d'assurance a démarré à l'été 2010.

¹⁷ cf. chap. « Test suisse de solvabilité et règles de solvabilité européennes », p. 54

Task Force « Commodity Futures Markets » de l'OICV

En réponse à la déclaration des chefs d'Etat et de gouvernement des importants pays industrialisés et émergents du G20 sur les marchés de l'énergie, en septembre 2009, l'OICV a constitué la *task force* (groupe de travail) « Commodity Futures Markets ». La FINMA compte parmi les membres de cette *task force*.

Afin d'améliorer la transparence et la stabilité des marchés de l'énergie, notamment des marchés pétroliers, le G20 considère qu'il est important de publier régulièrement des données et d'optimiser la réglementation. Les autorités de surveillance doivent pouvoir acquérir une vue d'ensemble sur les activités des participants au marché dans les domaines concernés.

Dans son rapport intermédiaire aux Etats du G20 publié en octobre 2010, la *task force* a préconisé que les participants au marché créent une base centrale de données (*trade repository*) concernant les transactions hors bourse sur les marchés de l'énergie,

notamment pour le pétrole et les distillats de pétrole, et prévoient d'utiliser des documentations standardisées, par exemple les *master agreements* de l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA). Par ailleurs, la *task force* a recommandé que les *price reporting agencies* diffusent des informations fiables sur les cours. Quant à la FINMA, elle a répondu à un questionnaire complet destiné aux pays du G20. Ce questionnaire portait, d'une part, sur la surveillance des marchés de l'énergie en Suisse et, d'autre part, sur des instruments financiers dont les titres sont des sous-jacents énergétiques et négociés en bourse en Suisse, en particulier les *futures* et les options, mais aussi les *warrants* et les produits structurés.

La Commission fédérale de l'électricité (ElCom), l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) et la FINMA ont d'ores et déjà mis en œuvre une partie des recommandations du G20 en effectuant une analyse de marché commune sur le négoce de l'énergie et de l'électricité en Suisse¹⁸.

Questions relatives à la réglementation bancaire internationale

Dans le sillage de la crise financière, le CBCB a travaillé sur de nombreuses mesures à caractère microprudentiel et macroprudentiel, afin de renforcer durablement la solidité des établissements financiers. Ces mesures sont regroupées sous la dénomination de « Bâle III » et s'appuient sur l'évaluation des fonds propres selon Bâle II ainsi que sur les exigences de fonds propres correspondantes.

Les nouvelles prescriptions anticipées relatives aux risques de marché: « Bâle 2.5 »

Les exigences de fonds propres de Bâle II au titre des risques de marché ont été révisées pour la dernière fois en 2009. Selon le CBCB, les nouvelles prescriptions doivent entrer en vigueur au 31 décembre 2011, donc avant Bâle III, raison pour laquelle on les désigne aussi sous le nom de

« Bâle 2.5 ». Par ces nouvelles prescriptions, le CBCB entend augmenter les fonds propres nécessaires pour couvrir les actifs pondérés en fonction des risques issus des activités de négoce. Ces mesures sont entrées en vigueur en Suisse au 1^{er} janvier 2011 déjà, en étroite coordination avec d'autres réformes réglementaires nationales concernant le capital et les liquidités¹⁹.

Le train de réformes « Bâle III »

La FINMA participe activement aux groupes de travail du CBCB qui ont élaboré les diverses mesures en détail et les ont finalisées pour l'essentiel courant 2010. Le train de réformes proposé – la base de Bâle III – a été soumis au public par le CBCB en décembre 2009, sous la forme d'un document consultatif visant à recueillir des prises de position.

¹⁸ cf. chap. « Négoce de l'énergie », p. 69

¹⁹ cf. « Risques de marché et titrisations » au chap. « Exigences en matière de capital et de liquidités », p. 46

En juillet 2010, l'organe de direction du CBCB – les *Governors and Heads of Supervision* (GHOS) – s'est entendu sur les principaux éléments structurants du train de réformes. Lors de sa séance de septembre 2010, ce groupe composé de présidents de banques centrales et de dirigeants d'instances de surveillance bancaire a défini le calibrage et la mise en œuvre des mesures. Durant le sommet du G20 de novembre

2010, à Séoul, les chefs d'Etat et de gouvernement ont approuvé les nouvelles prescriptions en matière de fonds propres applicables aux banques (Bâle III) avec un calendrier de mise en œuvre qui court jusqu'en 2019²⁰. Lors de sa séance de décembre 2010, le CBCB a arrêté le dispositif Bâle III (*rules text*) sur les liquidités et les fonds propres, qui a ensuite été approuvé par les GHOS.

Révision du cadre réglementaire et prudentiel pour les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs

Le marché des fonds est lui aussi concerné par les initiatives réglementaires en cours à l'échelon international. La nécessité d'intervenir réglementairement dans le domaine des *hedge funds* est en particulier examinée à la loupe depuis la crise financière. L'OICV, avec la participation de la Suisse, a élaboré six principes de réglementation et de surveillance des *hedge funds*. Ceux-ci prévoient en particulier des obligations de transparence accrues vis-à-vis des clients investisseurs, mais aussi des autorités de surveillance. Ils imposent également des exigences prudentielles, par exemple dans le domaine de la gestion des risques. L'UE a adopté une directive sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (*Alternative Investment Fund Managers Directive* ou directive AIFM) qui concerne tous les placements collectifs de capitaux non euro-compatibles. L'objectif de la directive AIFM est de créer dans l'UE un marché unique des placements alternatifs, sur le modèle de la réglementation existante relative aux OPCVM. Dans la version définitive de la directive, ce « passeport européen » sera aussi accessible aux prestataires extérieurs à l'UE, y com-

pris suisses, mais sous réserve de respecter les prescriptions de la directive qui, dans certains domaines, vont matériellement bien au-delà des principes de l'OICV. Suivre cette évolution va s'avérer difficile sans intervenir dans la révision du cadre réglementaire et prudentiel suisse pour les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs²¹.

Intervention nécessaire en Suisse

Quoi qu'il en soit de la situation au plan international, il y a lieu d'intervenir en Suisse. La Suisse doit définir sa position quant aux prescriptions de la directive AIFM. Dans certains domaines, celles-ci dépassent de loin les exigences de l'OICV, les dispositions de la loi sur les placements collectifs et celles de la directive sur les OPCVM.

S'agissant d'un éventuel risque systémique lié aux *hedge funds*, la Suisse participe activement aux études internationales de l'OICV et a d'ores et déjà procédé à deux enquêtes auprès de gestionnaires de fonds suisses. Compte tenu de la structure transfrontière de cette activité, une coordination internationale est importante.

²⁰ cf. <http://www.bis.org/bcbs/basel3.htm> pour des informations détaillées concernant le cadre réglementaire international applicable aux banques (Bâle III)

²¹ cf. Rapport de gestion 2008 de la CFB, p. 74

Supervisory colleges

Les compétences d'une autorité nationale de surveillance ne s'arrêtent pas aux frontières du pays. Le *home regulator* des groupes financiers – situé en général là où se trouve la direction de ces derniers – surveille leurs activités à l'étranger avec son homologue dans le pays concerné, le *host regulator*. Il convient donc d'assurer un flux d'informations adéquat entre les autorités de surveillance impliquées. Ainsi, le *host regulator* est mieux à même d'évaluer les expositions au risque à l'étranger de l'établissement qui lui est assujéti, tandis que le *home regulator* a une meilleure vision de l'activité et de la stratégie dudit établissement sur une base consolidée. La FINMA dispose déjà de plusieurs années d'expérience avec des instances de coordination. Les relations étroites qu'elle entretient notamment avec les autorités britanniques et américaines se sont révélées extrêmement précieuses pendant la crise financière.

Les instances internationales comme le FSB, le CBCB et l'AICA recommandent à leurs membres

d'institutionnaliser la coopération entre autorités de surveillance dans le cadre de *supervisory colleges*. Ces réunions, convoquées par le *home regulator* d'un établissement financier opérant à l'échelon international, rassemblent régulièrement les autorités de surveillance concernées et la haute direction de l'établissement. Elles permettent en particulier des échanges de vues entre les responsables d'un *supervisory college* et les autorités de surveillance. La FINMA, qui a apporté une contribution importante au développement des normes du CBCB et de l'AICA à cet égard, a dirigé des *supervisory colleges* concernant plusieurs établissements et a participé elle-même à des *supervisory colleges* de groupes étrangers opérant en Suisse. Elle a également organisé, pour les grandes banques suisses, des *crisis management colleges* portant sur les mesures à prendre pour juguler la crise. Des réunions similaires concernant les grandes entreprises d'assurance sont prévues en 2011.

Entraide administrative internationale

Ces dernières années, la FINMA a reçu un nombre croissant de demandes d'autorités étrangères cherchant à coopérer avec elle. Cette tendance s'est renforcée en 2010 dans tous les domaines de compétence de la FINMA. La coopération internationale ne se limite plus à des demandes d'échange d'informations dans le cadre d'enquêtes sur des actes délictueux isolés, mais concerne de plus en plus souvent d'autres situations sur lesquelles les autorités étrangères souhaitent obtenir des informations et collaborer avec la FINMA. Outre les demandes habituelles, qui concernent pour l'essentiel le domaine boursier (délicts d'initiés, manipulations de cours ou infractions à des obligations de publicité, par exemple), la FINMA est désormais sollicitée pour des questions comme la surveillance consolidée, les

supervisory colleges, la coopération de crise, les activités transfrontières ou l'externalisation.

Dans le domaine boursier, après des années d'efforts, la FINMA est parvenue en février 2010 à obtenir le statut de signataire A dans le *Multilateral Memorandum of Understanding* (MMoU) de l'OICV sur la coopération mutuelle et l'échange d'informations entre autorités de surveillance boursière. En contrepartie, la FINMA devra répondre à des attentes accrues à l'échelon international, tant en termes de nombre de demandes que de contenu des informations demandées. Ce changement de statut n'a pas pour autant mis un terme aux difficultés avec l'UE. La pratique suisse en matière d'entraide administrative internationale continue de susciter les critiques du CERMVM et de ses membres, en

particulier quant à la procédure générale applicable aux clients et quant aux règles spécifiques régissant les pouvoirs de gestion (« tiers non impliqués »²²).

Des bases légales trop restrictives en Suisse

Le Tribunal administratif fédéral a validé deux décisions de la FINMA, confirmant ainsi que les organes d'une société *offshore* ne sont pas des « tiers non impliqués » et que les employés d'un

de pouvoirs de gestion a quant à lui la qualité de partie dans cette procédure. Le fait qu'un gérant de fortune professionnel ou un intermédiaire financier puisse opérer sur les marchés étrangers tout en refusant de communiquer directement son nom suscite à bon droit l'incompréhension des autorités étrangères.

Compte tenu des évolutions rapides que connaît la coopération internationale, les bases légales suisses se révèlent trop restrictives pour permettre une coopération appropriée dans l'intérêt de la place financière suisse – et ce non seulement en matière d'assistance administrative boursière, mais aussi au regard de la surveillance consolidée et des contrôles transfrontières. La FINMA a informé le Conseil fédéral des conséquences négatives de cette situation juridique, afin qu'une révision de la loi puisse être envisagée.

Dans le domaine boursier, la FINMA est parvenue à obtenir le statut de signataire A dans le Multilateral Memorandum of Understanding (MMoU) de l'OICV

gérant de fortune indépendant n'ont pas la qualité de parties dans la procédure d'entraide administrative. Dans le même temps toutefois, le Tribunal a statué qu'un gérant de fortune indépendant disposant

²² cf. rapport de la FINMA « L'entraide administrative boursière internationale », paragraphe 6.2, p. 19 (http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfebericht_20090916_f.pdf)



RÉGLEMENTATION ET SURVEILLANCE



THÈMES GÉNÉRAUX

Concepts de surveillance

Conformément à ses objectifs stratégiques approuvés par le Conseil fédéral, la FINMA s'efforce d'assurer une surveillance efficace et efficiente. A cette fin, elle a entrepris d'optimiser et de réorienter ses concepts de surveillance dans les différents domaines.

Compte tenu de la diversité de ses activités et des exigences élevées qu'imposent de nombreux domaines de surveillance, la FINMA dispose de ressources en personnel limitées. Une gestion responsable et qui ménage les moyens financiers nécessite dès lors que les ressources de l'autorité de surveillance soient concentrées sur les tâches qui, en raison des risques y afférents, requièrent une attention accrue. L'application systématique d'une approche axée sur les risques, dans tous les domaines de surveillance, constitue un élément essentiel à cet égard. Les différentes lois sur la surveillance laissent une marge de manœuvre à la FINMA pour pondérer l'intensité de sa surveillance selon les établissements. Cette marge de manœuvre sera exploitée plus systématiquement à l'avenir, en tenant compte des risques inhérents aux établissements.

Au vu de la situation exposée ci-dessus, la FINMA a réparti l'ensemble des assujettis en six

catégories de surveillance, selon les risques qu'ils présentent pour les créanciers, les investisseurs et les assurés, ainsi que pour le système global et pour la réputation de la place financière suisse. Les assujettis de la catégorie 1 se caractérisent ainsi par leur importance, y compris à l'échelle mondiale, et donc par des risques élevés aux différents niveaux. Le potentiel de risque des établissements va ensuite en décroissant jusqu'à la catégorie 5; les opérateurs de la catégorie 6, qui présentent les plus faibles risques, ne font pas l'objet d'une surveillance prudentielle.

Outre la répartition par catégories, chaque établissement se voit attribuer une notation interne, qui reflète l'évaluation de la FINMA quant à sa situation actuelle. C'est sur la base de ces deux paramètres – catégorie et notation – que sont déterminés pour chaque établissement les concepts de surveillance, l'intensité de la surveillance, les instruments utilisés, et enfin la répartition des rôles entre surveillance directe par la FINMA et intervention des sociétés d'audit.

Grâce à cette approche, la FINMA entend exercer à l'avenir une surveillance plus graduée et affecter plus efficacement ses ressources.

Propositions de solutions au problème du *too big to fail*

La crise financière et économique mondiale a clairement montré que la défaillance de certaines entreprises du secteur financier peut entraîner un risque systémique considérable pour l'économie d'un pays. Afin que des fonctions bancaires importantes pour l'économie puissent être maintenues, certaines banques d'importance systémique ont dû recevoir le soutien de l'Etat durant la crise. Elles étaient devenues *too big to fail* (trop grandes pour faire faillite). La taille des deux grandes banques suisses en termes de parts de marché et de total du

bilan, la substituabilité limitée à court terme de leurs prestations, leur interdépendance internationale et la crainte d'une contamination à l'ensemble du système financier sont autant de facteurs grâce auxquels ces établissements bénéficient d'une protection de fait. Par rapport aux banques qui ne sont pas d'importance systémique et aux petites banques, il en résulte une distorsion de concurrence. En outre, les mécanismes de régulation du marché (sanctions de la part du marché) s'en trouvent désactivés et les opportunités sont dissociées des risques. Les pro-

grammes internationaux de sauvetage des banques ont permis aux directions et aux investisseurs de ne pas avoir à subir toutes les pertes résultant de leurs décisions. A l'heure actuelle, les banques centrales, les instances de surveillance bancaire et les politiciens du monde entier recherchent des solutions au problème du *too big to fail*. L'objectif est de pouvoir procéder, en cas de crise, à l'assainissement ou à la liquidation ordonnée même des banques d'importance systémique, et ce par le biais d'une préparation appropriée. De même, les détenteurs de la banque et les créanciers doivent à nouveau prendre en compte le fait que, y compris dans des scénarios de faillite tout à fait réalistes, ils auront à supporter eux-mêmes les pertes résultant de leurs décisions de placement. Cela devrait modérer leur propension au risque et contribuer à la stabilité du secteur financier. Après qu'il a fallu renflouer UBS, en octobre 2008, par un emprunt à conversion obligataire de la Confédération et un transfert d'actifs à la BNS, le Conseil fédéral a institué le 4 novembre 2009 la « Commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale ». Cette commission était composée notamment de représentants d'entreprises financières suisses, de l'Administration fédérale des finances (AFF), de la BNS et de la FINMA.

Rapport final de la commission d'experts

Dans son rapport final publié le 4 octobre 2010²³, la commission d'experts a commencé par préciser son concept d'importance systémique. Selon sa définition, une entreprise est d'importance systémique lorsqu'elle est indispensable à l'économie nationale en raison de sa taille, de la concentration du marché, de son interdépendance avec un grand nombre d'autres acteurs du marché et de la substituabilité limitée à court terme de ses prestations. Dans le secteur financier suisse, les deux grandes banques UBS et Credit Suisse remplissent actuellement ces critères. Bien que le secteur de l'assurance soit indubitablement essentiel pour notre économie, la commission d'experts n'a identifié parmi les entreprises d'assurance suisses

aucune situation de *too big to fail* ou de *too big to be rescued* (trop grande pour être sauvée) au regard des critères précités et dans les circonstances actuelles.

Si l'Etat, pour des raisons de politique sociale, était amené à intervenir, par exemple pour soutenir le système de prévoyance professionnelle, les mesures prises concerneraient les assureurs-vie puisque ceux-ci assurent la couverture de fonds de prévoyance. Il convient toutefois de distinguer entre une telle intervention, motivée par des considérations de politique sociale, et un risque systémique non acceptable pour la place financière et l'économie réelle tel que celui évoqué à propos des banques.

Dans leur évaluation de la solvabilité, les agences de notation ne tablent pas sur une garantie étatique de fait pour les grandes entreprises d'assurance, contrairement à ce qu'elles font pour les banques. Cela n'exclut toutefois pas définitivement tout risque systémique dans le secteur de l'assurance, notamment en ce qui concerne les activités hors assurance et les activités à caractère bancaire. Dans la mesure où le régime actuel de surveillance des assurances – associé au modèle d'affaires traditionnel des entreprises d'assurance – se révèle globalement approprié, il n'y a pas lieu pour l'heure de modifier fondamentalement le concept de surveillance applicable aux assurances. Dans le cadre de ses investigations pour la commission d'experts, la FINMA a publié en juin 2010 un document de travail intitulé « *Systemische Risiken im Versicherungssektor? Betrachtungen mit Fokus auf die schweizerische Assekuranz* »²⁴. Il conviendra de procéder à des améliorations ciblées du régime de surveillance dans le cadre de l'évolution générale de la surveillance des assurances.

Mesures clés recommandées par la commission d'experts

Compte tenu de la situation évoquée ci-dessus, la commission d'experts s'est focalisée sur le secteur bancaire. Elle a proposé pour la Suisse des mesures à la fois appropriées et supportables, permettant aux banques d'importance systémique

²³ cf. <http://www.sif.admin.ch/dokumentation/00514/00519/00592/index.html?lang=fr>

²⁴ cf. http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/wp_juni2010_systemische-risiken-im-versicherungssektor_20100628_d.pdf (document disponible en allemand uniquement)

d'améliorer leur capacité de résistance aux crises. En cas de défaillance d'une banque de ce type, il s'agit d'assurer son retrait du marché tout en maintenant les fonctions systémiques et en évitant les aides de l'Etat. A cet égard, la commission d'experts propose quatre mesures clés mutuellement complémentaires en matière de fonds propres, de liquidités, de répartition des risques et d'organisation. Elle n'envisage

La commission d'experts propose quatre mesures clés mutuellement complémentaires en matière de fonds propres, de liquidités, de répartition des risques et d'organisation

ni des restrictions de taille, ni le démantèlement des grandes banques, ni des interventions structurelles massives. Elle rejette en outre les solutions fiscales telles qu'envisagées actuellement dans certains pays européens. D'après elle, de telles approches ne contribuent pas efficacement à la stabilité financière et créent même, en l'absence de menace crédible de faillite, des incitations erronées.

Exigences de fonds propres accrues

La première mesure clé prévoit de relever nettement les exigences de fonds propres pour les deux grandes banques, tant sur les plans qualitatif que quantitatif. Ces exigences comporteraient dorénavant une exigence minimale, un volant de sécurité pour absorber les pertes importantes et une composante progressive qui s'accroît en fonction de l'importance systémique des banques concernées.

Le niveau des exigences minimales se calcule à la fois sur la base des actifs pondérés en fonction des risques et, à l'aide du *leverage ratio*, sur la base des actifs non pondérés en fonction des risques²⁵. Au moins 10 % des actifs pondérés en fonction des risques doivent être adossés à des fonds propres de la plus haute qualité (*common equity*). Les exigences du volant de sécurité peuvent être satisfaites jusqu'à concurrence de 35 % sous la forme d'emprunts à conversion obligatoire conditionnelle (*contingent convertible bonds* ou CoCos). La composante pro-

gressive, qui, en l'état actuel, devrait s'élever à environ 6 % des actifs pondérés en fonction des risques pour chacune des deux grandes banques, peut être composée exclusivement de CoCos. Les CoCos sont de nouveaux instruments financiers qui sont automatiquement convertis en fonds propres ou amortis lorsque le ratio de fonds propres tombe au-dessous d'un seuil prédéfini (*trigger*). Si l'on recourt à des CoCos pour une partie du volant de sécurité, ce seuil de conversion est fixé à 7 %, afin d'éviter que la banque ne glisse vers la phase d'assainissement ou de liquidation (*recovery* ou *resolution*). Pour les CoCos de la composante progressive, la commission d'experts propose un seuil de 5 % afin qu'en cas de liquidation, on dispose de fonds suffisants pour le maintien des fonctions d'importance systémique et pour la liquidation du reste des activités.

Exigences accrues en matière de liquidités

Dans le cadre de la deuxième mesure clé, la commission d'experts confirme les exigences accrues en matière de liquidités imposées dès la fin juin 2010 aux deux grandes banques suisses. En vertu des prescriptions applicables depuis lors à UBS et Credit Suisse, les liquidités doivent être suffisantes pour faire face pendant 30 jours, sans aide extérieure, aux sorties de fonds estimées d'après un scénario de crise sévère²⁶.

Réduction de la concentration des risques

S'agissant des prescriptions relatives à la répartition des risques, la commission d'experts préconise dans sa troisième mesure clé une réduction de la concentration des risques des autres banques envers les établissements d'importance systémique et inversement. Il est prévu en outre de réduire les diverses dépendances opérationnelles des petites banques envers les établissements d'importance systémique.

Exigences organisationnelles

Les exigences organisationnelles imposées aux banques d'importance systémique représentent une partie significative du train de mesures. La

²⁵ Des coefficients de majoration permettent de prendre en compte les opérations hors bilan.
²⁶ cf. « Nouveau régime des liquidités dans les grandes banques suisses » au chap. « Exigences en matière de capital et de liquidités », p. 46

commission d'experts exige de ces banques qu'elles assurent le maintien des fonctions d'importance systémique y compris en cas de risque d'insolvabilité. Sont en particulier considérés comme d'importance systémique le trafic des paiements ainsi que les opérations de dépôt et de crédit en Suisse. Dans ce contexte, les fonds propres doivent jouer un rôle important, en ce sens que dans le cas d'une scission des fonctions d'importance systémique²⁷ tant la nouvelle entité juridique reprenant ces fonctions que les éléments demeurant dans la banque résiduelle affichent une capitalisation solide et une capacité de survie renforcée d'autant. Pour des raisons de proportionnalité concernant des droits protégés par la Constitution (concrètement, la liberté économique et la propriété privée), il appartient au premier chef à la banque concernée de prendre les mesures organisationnelles requises (principe de subsidiarité). Si toutefois la banque ne peut démontrer qu'elle a pris des mesures efficaces, par exemple qu'elle dispose d'un plan de crise compréhensible et convaincant (*Recovery and Resolution Plan* ou RRP), c'est à la FINMA d'ordonner ces mesures.

Banque relais et système incitatif

Au plus tard lorsqu'une banque n'atteint plus le ratio de fonds propres de 5%, les fonctions d'importance systémique doivent être transférées rapidement à une entité juridique indépendante, dite banque relais. Dans le même temps, les CoCos doivent être convertis en *common equity* pour que la mise en œuvre du plan de crise soit financièrement assurée. Si une banque va au-delà des exigences organisationnelles minimales requises et améliore ainsi les modalités d'assainissement et de liquidation de l'ensemble de la banque, cela est pris

en compte par le biais d'une déduction au niveau de la composante progressive. A cet effet, il incombe aux entreprises de simplifier et d'harmoniser leurs modèles d'affaires ainsi que leurs structures juridiques et organisationnelles. Les données et prestations importantes doivent être disponibles en temps opportun et de manière complète. En outre, il convient de diminuer les dépendances et les risques de contamination au sein du groupe. Si l'on réduit au maximum les déséquilibres géographiques en conservant les actifs là où se situent les passifs (*self sufficiency*), on peut notablement abaisser le risque de *ring fencing* (cloisonnement) de la part des autorités nationales de surveillance. En complément à ce système incitatif, les modalités d'assainissement et de liquidation des banques d'importance systémique se trouvent aussi améliorées dans le cadre du droit de l'insolvabilité bancaire, actuellement en cours de révision²⁸.

La mise en œuvre de certaines des mesures proposées par la commission d'experts nécessite une modification préalable de la loi sur les banques. La commission d'experts a donc présenté un projet de révision partielle de cette loi, qui peut servir de base pour les travaux législatifs à venir.

Lors de sa séance du 22 décembre 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation des propositions législatives sur la gestion des risques systémiques dans les grandes banques. Le projet de révision de la loi sur les banques à cet égard s'appuie sur les propositions de la commission d'experts. Afin de favoriser la levée de nouveau capital de réserve et capital convertible en Suisse, le Conseil fédéral propose en outre des mesures fiscales. La consultation est ouverte jusqu'au 23 mars 2011.

²⁷ cf. chap. « Modifications de la loi sur les banques », p. 49

²⁸ cf. chap. « Modifications de la loi sur les banques » et chap. « Ordonnance sur l'assainissement bancaire », p. 49

Accroissement des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières

La FINMA considère que les activités financières transfrontières et les développements qui leur sont liés revêtent une importance stratégique. En 2009, elle avait concentré son attention sur les activités transfrontières de gestion de fortune des banques ainsi que sur les risques juridiques et de réputation y afférents. En 2010, ce sont les opérations des assureurs-vie avec des clients domiciliés à l'étranger qui ont occupé le premier plan, notamment les manteaux d'assurance (*insurance wrappers*). Outre une analyse de fond, la FINMA a procédé à un état des lieux auprès d'un certain nombre d'assujettis ainsi qu'à des contrôles sur place. A l'issue de ces travaux, elle a examiné diverses interventions possibles et a décidé à l'automne 2010 de formuler sa position. Ce document s'adresse aux banques, assurances et négociants en valeurs mobilières soumis à la surveillance de la FINMA, ainsi qu'aux titulaires d'autorisation faisant l'objet d'une surveillance prudentielle au sens de la loi sur les placements collectifs, dès lors que ces opérateurs exercent des activités transfrontières. Le document exposant la position de la FINMA présente les types de risques identifiés et expose les attentes de l'autorité de surveillance. La mise en œuvre de ces exigences prudentielles concrètes est évoquée de plus en plus souvent avec les assujettis par le biais du processus de surveillance. La position défendue par la FINMA est appelée à se répercuter aussi sur sa pratique en matière d'*enforcement*.

Les risques juridiques et de réputation qui, dans les activités transfrontières, peuvent résulter de violations ou de contournements de prescriptions étrangères, se sont notablement accrus ces dernières années. Cela tient moins à un renforcement des réglementations étrangères qu'à leur application plus stricte et systématique. De plus, les méthodes des autorités étrangères en matière d'administration de la preuve ont évolué.

Sources des risques juridiques et de réputation

Les risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières ont de multiples sources. Ils résultent fréquemment du droit de la surveillance étranger, où l'on peut distinguer deux types de risque majeurs: le premier concerne la fourniture transfrontière de services financiers, le deuxième l'offre transfrontière de produits financiers. Toutes les deux sont liées dans de nombreuses juridictions à des conditions restrictives telles que présence physique, enregistrement ou autorisation, obligation d'établir un prospectus. Si la réglementation suisse impose relativement peu de barrières aux opérateurs étrangers, certains pays limitent ou interdisent même des activités assez simples, comme les appels téléphoniques non sollicités. Ces prescriptions ont pour effet de restreindre l'accès aux marchés étrangers. En cas d'infraction, elles génèrent d'importants risques juridiques et de réputation pour les établissements concernés et, le cas échéant, pour leurs collaborateurs; elles peuvent aussi entraîner des sanctions tant administratives que pénales. Les infractions au droit de la surveillance comportent aussi souvent des risques liés à la responsabilité civile pour les établissements. Les plus vulnérables sont ceux qui, en parallèle, interviennent sur le même marché par le biais de filiales ou de succursales sur place (*onshore*) ou entretiennent d'autres relations financières avec le pays concerné. Sous l'angle du droit fiscal et du droit pénal, l'intermédiaire financier ou ses employés courent le risque de se rendre coupables d'une participation sanctionnée pénalement à des délits fiscaux commis par des clients étrangers, par exemple en tant que complice ou instigateur. Selon l'ordre juridique en vigueur, peut même être punissable un comportement intervenu exclusivement ou principalement en dehors du pays concerné, par exemple sur le territoire suisse. En outre, des activités transfrontières fréquentes et la présence physique répétée de représentants de l'établissement peuvent entraîner une obligation fis-

cale de l'intermédiaire financier lui-même. S'agissant du domaine fiscal, il convient de mentionner aussi le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain. Par ce texte, les Etats-Unis instaureront au 1^{er} janvier 2013 un nouveau régime de l'impôt à la source qui aura des effets importants, y compris sur les intermédiaires financiers suisses. Ce régime est de nature à entraîner un nouvel accroissement sensible des risques juridiques et de réputation pour les établissements financiers. D'autres risques peuvent résulter du droit étranger en matière de blanchiment d'argent, de normes de droit civil, de droit international privé et de droit procédural, ou encore d'autres normes de droit économique en vigueur dans certains Etats.

Opérations portant sur des manteaux d'assurance

Les opérations portant sur des manteaux d'assurance n'échappent pas aux risques précités. Les manteaux d'assurance sont des contrats d'assurance dont la prime est versée sous la forme d'un dépôt de titres. Ces produits sont souvent distribués par le biais de filiales d'assureurs suisses disposant d'une licence à l'étranger. Pour la plupart, les manteaux d'assurance sont conçus en fonction des prescriptions de droit civil, fiscal et de la surveillance applicables dans le pays de domicile du client concerné, de sorte qu'ils donnent lieu à des privilèges fiscaux légaux. Il convient toutefois de noter que ces privilèges ne permettent pas nécessairement de conclure à la conformité fiscale du preneur d'assurance lui-même. Parallèlement, il existe aussi des produits qui ne répondent pas aux exigences applicables en matière d'assurance-vie dans le pays de domicile du client et qui ne bénéficient donc pas d'un traitement fiscal privilégié. En outre, ils sont soumis au risque d'un changement juridique. Certes, ces assurances correspondent à des besoins légitimes et justifiés, mais leur diffusion est considérée comme particulièrement délicate en période sensible (par exemple en cas d'amnistie fiscale). Il convient alors de prendre en compte les risques pénaux inhérents aux actes de participation à des délits fiscaux du client.

A des fins d'évasion fiscale ou encore pour contourner des obligations résultant du droit successoral et du droit de la faillite, un produit peut servir abusivement à dissimuler l'ayant droit économique sur des valeurs patrimoniales déposées auprès d'une banque. En effet, après que le client a souscrit la police, c'est l'assureur qui devient le cocontractant de la banque; or en raison d'une lacune dans la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), celui-ci n'était jusqu'ici pas tenu de fournir une déclaration relative aux ayants droit économiques. La Communication FINMA 9 du 27 avril 2010, intitulée « Traitement des *insurance wrappers* selon la loi sur le blanchiment d'argent »²⁹, est venue limiter les possibilités de dissimulation en prescrivant l'identification de l'ayant droit économique sur les valeurs patrimoniales liées au manteau d'assurance. En toute hypothèse, les assureurs demeurent responsables de l'exécution de leurs obligations d'identification. La Communication FINMA 9 a soulevé quelques questions. A l'issue de discussions avec des représentants du secteur bancaire et de l'assurance, la FINMA a précisé les obligations des intermédiaires financiers concernés dans la Communication FINMA 18 du 30 décembre 2010, intitulée « Traitement des assurances-vie avec gestion de compte/dépôt séparée »³⁰. Cette nouvelle Communication remplace la Communication 9³¹. Elle intègre les expériences issues de la Communication 9 et celles en relation avec l'ensemble de la problématique des *insurance wrappers*, ainsi que les points de vue échangés lors de la discussion avec les représentants du secteur. Elle vise à assurer un traitement approprié de ces produits.

Détermination, limitation et surveillance appropriées des risques

Sous réserve d'exigences spécifiques de la loi sur la surveillance des assurances, le droit suisse de la surveillance ne formule explicitement aucune obligation directe, pour les assujettis, de respecter le droit étranger. Néanmoins, des infractions aux prescriptions étrangères peuvent être sanctionnées par le droit suisse de la surveillance et compromettre,

²⁹ cf. <http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/finma-mitteilung-09-2010-f.pdf>

³⁰ cf. <http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/finma-mitteilung-18-2010-f.pdf>

³¹ La FINMA s'est penchée notamment sur les risques juridiques inhérents aux manteaux d'assurance dans un document exposant sa position (cf. http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/positionspapier_rechtsrisiken_f.pdf).

notamment, la garantie d'une activité irréprochable. Mais surtout, les prescriptions prudentielles en matière d'organisation interne exigent que tous les risques, y

La FINMA attend que le droit étranger de la surveillance soit respecté et qu'un modèle de prestations conforme soit défini pour chaque marché cible

compris les risques juridiques et de réputation, soient dûment déterminés, limités et contrôlés et qu'un système de contrôle interne efficace soit mis en place.

La FINMA considère qu'au vu des évolutions de ces dernières années, il est indispensable que les assujettis analysent en profondeur le cadre juridique de leurs activités financières transfrontières ainsi que

les risques y afférents. Le processus d'analyse requiert aussi des assujettis qu'ils connaissent tous leurs marchés cibles ainsi que les prescriptions juridiques étrangères qui leur sont applicables. Il leur appartient donc de vérifier la conformité juridique des activités exercées et de déterminer les risques inhérents à ces activités. Dans un deuxième temps, il convient qu'ils prennent des mesures appropriées pour réduire au maximum, voire éliminer ces risques. En tant qu'autorité de surveillance, la FINMA attend que le droit étranger de la surveillance, en particulier, soit respecté, et qu'un modèle de prestations conforme soit défini pour chaque marché cible. Dans les années à venir, la réponse à ces attentes sera au cœur du processus de surveillance de la FINMA et ne manquera pas de se répercuter sur sa pratique en matière d'*enforcement*.

Systemes de rémunération

Les établissements financiers réagissent non seulement aux contrôles, mais aussi aux incitations. La Circulaire FINMA 2010/01 «Systemes de rémunération»³², qui fixe en la matière des normes minimales applicables aux banques, entreprises d'assurance, négociants en valeurs mobilières et autres participants au marché, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Ces normes minimales sont conformes à celles édictées en 2009 par le FSB. La circulaire exige des conseils d'administration qu'ils aménagent et pilotent les systemes de rémunération, et demande par ailleurs que les performances, le risque et l'utilisation du capital, entre autres facteurs, soient pris en compte dans le calcul des rémunérations. Les systemes de rémunération doivent aussi inciter les membres du personnel à contribuer efficacement au succès à long terme et à la stabilité des établissements financiers qui les emploient. Les établissements concernés par la circulaire doivent l'avoir mise en œuvre pour le 1^{er} janvier 2011 au plus tard.

En 2010, la FINMA s'est attachée prioritairement à examiner les pratiques existantes en matière de rémunération dans les principales banques et entreprises d'assurance. Elle s'est aussi penchée avec attention sur les préparatifs entrepris par les établissements financiers pour s'adapter à la Circulaire FINMA 2010/01. Elle a fait participer aux discussions importantes, pour chaque établissement concerné, le président du comité des rémunérations ou un autre représentant du conseil d'administration – conformément à l'esprit de la circulaire, qui attribue au conseil d'administration un rôle central.

La tâche de la FINMA ne consiste pas à fixer le niveau des rémunérations, à en limiter le montant ou à prescrire des instruments de rémunération spécifiques, mais à veiller à ce que les règles applicables dans les différents établissements aillent dans le sens d'un succès économique durable pour l'entreprise. La FINMA attend donc des conseils d'administration qu'ils n'approuvent aucun système de rémunération propice à une prise de risque inappropriée. A cet égard, la FINMA examine en particulier :

³² cf. <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2010-01-f.pdf>

- comment les établissements concernés prennent leurs décisions en matière de rémunération,
- quelle est leur gouvernance d'entreprise,
- quels sont les critères de performance pris en compte,
- avec quelle rigueur ces critères sont appliqués, et
- à quelles adaptations les établissements procèdent au regard des changements prévisibles dans la structure du capital, les liquidités et la rentabilité de l'entreprise, mais aussi au regard des risques encourus.

Déjà avant que la circulaire soit d'application obligatoire, certaines entreprises ont modifié leur pratique en matière de rémunération, par exemple en réduisant les effets de levier, en augmentant la part des versements différés et en simplifiant dans l'ensemble les structures de rémunération. Des indices laissent aussi à penser que de manière générale, les entreprises ont soumis leur politique en matière de rémunération à une gouvernance plus rigoureuse et à une gestion des risques plus stricte.

Externalisation et protection des données

La problématique liée à l'externalisation de prestations dans le secteur financier et à la protection de la confidentialité des données personnelles a connu un regain d'actualité chez les assujettis ces derniers temps. Le traitement électronique des données et la mise à disposition d'importants volumes de données personnelles font courir le risque que l'accès à des données confidentielles soit utilisé abusivement par des personnes non autorisées. On a constaté aussi en 2010 que le vol de données représente pour les entreprises un risque croissant associé à un préjudice potentiel important.

L'externalisation se soldant généralement par des baisses de coûts pour les entreprises, elle s'est largement répandue ces derniers temps – y compris à l'étranger – pour ce qui concerne les données et le traitement des données. Le principe en matière d'externalisation est que le donneur d'ordre, en qualité de propriétaire des données, en conserve la responsabilité. A tout moment, il doit pouvoir prendre les décisions les concernant et garantir

que les dispositions sur la protection des données sont respectées. S'agissant du secteur bancaire, la FINMA a édicté de nombreuses prescriptions à cet égard dans ses Circulaires 2008/7 « Outsourcing – banques »³³ et 2008/24 « Surveillance et contrôle interne – banques »³⁴.

Dans le cadre de contrôles approfondis, la FINMA surveille étroitement l'application et le respect des dispositifs de sécurité requis et des prescriptions. Elle considère que la précision des textes légaux et autres réglementations est encore insuffisante pour garantir une sécurité des données efficace. Il convient donc de formaliser plus avant les exigences qui s'imposent et de contrôler plus strictement leur mise en œuvre et leur respect.

Le traitement non autorisé de données, y compris le vol de données, sont réprimés par le Code pénal³⁵. Toutefois, par crainte d'atteintes à la réputation, tous les vols de données ne sont pas dénoncés. Les coupables se sentent ainsi souvent à l'abri des poursuites et exploitent leur potentiel de chantage.

³³ cf. <http://www.finma.ch/fi/regulierung/Documents/finma-rs-2008-07-f.pdf>

³⁴ cf. <http://www.finma.ch/fi/regulierung/Documents/finma-rs-2008-24-f.pdf>

³⁵ art. 143 ss CP

Publication de données et transparence du marché

En faisant en sorte que des informations sur les établissements soumis à sa surveillance soient publiquement accessibles, la FINMA entend permettre aux assujettis, mais aussi aux autres acteurs du marché, de faire des comparaisons croisées et de mieux évaluer les risques.

En 2010, un groupe de travail composé de divers experts de la FINMA a analysé les règles existantes ainsi que l'hypothèse d'une publication élargie d'informations. Il a examiné l'ampleur des informations accessibles au public en ce qui concerne les entreprises soumises à la surveillance, ainsi que le processus de surveillance.

Actuellement, on constate de nettes différences entre le secteur bancaire et celui des assurances, et

ce pour des raisons fondamentales: en vertu des dispositions légales particulières de la loi sur la surveillance des assurances, et outre les informations mises à disposition par les entreprises d'assurance elles-mêmes, la FINMA publie sur son site internet des données relatives au marché de l'assurance. S'agissant en revanche du secteur bancaire, il incombe aux établissements assujettis d'assumer eux-mêmes l'ensemble des obligations légales de publication. La BNS publie par ailleurs des données sur le secteur bancaire, sous une forme agrégée. Globalement, le public dispose d'ores et déjà d'un grand nombre d'informations qui lui permettent d'évaluer la situation dans le secteur financier.

BANQUES ET NÉGOCIANTS EN VALEURS MOBILIÈRES

Fondements

Situation générale dans le secteur bancaire

La crise financière a confronté les banques à des défis de taille. Pour juguler cette crise, mais aussi pour faire face à d'autres difficultés liées aux évolutions économiques et politiques, certaines d'entre elles ont dû réviser leur stratégie d'affaires antérieure.

Le secret professionnel du banquier ne pourra plus guère s'appliquer à l'avenir sous la forme qu'il avait jusqu'ici. Les banques sont donc amenées à revoir leurs modèles d'affaires et à les adapter en conséquence, dans le but également de prévenir les risques de réputation. Pour les activités financières transfrontières en particulier, les risques juridiques et de réputation se sont nettement accrus en 2010³⁶. Par ailleurs, la croissance réalisée par le biais de stratégies d'acquisition génère des risques supplémentaires en raison d'incertitudes réglementaires.

Dans le cadre de leur réorientation, les petites banques en particulier tentent de s'imposer sur certains marchés de niche. Mais ce faisant, elles augmentent les activités inappropriées au regard de leurs structures organisationnelles, de leur gestion des risques et de leurs systèmes de contrôle interne. D'autres banques renforcent le poids de leurs affaires *onshore* et, en contrepartie, renoncent à opérer dans des pays où elles n'ont pas de présence physique. Parmi les banques de gestion de fortune et les banques commerciales effectuant des opérations transfrontières, le processus de concentration est indubitablement appelé à se poursuivre.

Faibles revenus, marges d'intérêts réduites

Les revenus issus de la gestion de fortune et du conseil en placement se situent toujours nettement en deçà de ce qu'ils étaient avant la crise financière. Ils subissent directement le contrecoup de la faiblesse persistante des volumes de négoce et de la prudence accrue des clients dans leurs stratégies de placement. Dans l'intervalle, on enregistre à nouveau des indicateurs le plus souvent en hausse.

Dans les banques de détail, la persistance de taux d'intérêt extraordinairement bas entraîne une forte croissance des opérations hypothécaires. Compte tenu de la concurrence, les établissements sont davantage disposés à accroître leurs risques et à s'accommoder de marges réduites³⁷. Cette évolution se traduit directement par une baisse des produits d'intérêt, et les banques doivent vivre avec l'hypothèse que les marges réalisables s'établissent durablement à un niveau exceptionnellement bas. Dans le même temps, en raison de la forte demande d'hypothèques à taux fixe, on constate une progression marquée des risques de fluctuation de taux. Or pour les banques, se couvrir contre un rebond des taux d'intérêt pèse sur le compte de résultat. De même, les correctifs de valeur et les provisions, qui restent très faibles, ne pourront être maintenus à ce niveau en cas de dégradation de la situation économique. Aussi faut-il s'attendre à de nouveaux reculs du bénéfice, dans un contexte de risques de défaillance accrus sur le marché du crédit. Il est donc d'autant plus important pour les banques de se doter de fonds propres offrant un surplus confortable par rapport au minimum légal et réglementaire.

³⁶ cf. chap. « Accroissement des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières », p. 40

³⁷ cf. chap. « Situation sur le marché hypothécaire », p. 16

Réglementation

Exigences en matière de capital et de liquidités

S'agissant des exigences en matière de capital et de liquidités dans les banques, trois sujets réglementaires majeurs ont marqué l'année 2010 pour la FINMA :

- Au 30 juin 2010, le nouveau régime des liquidités régissant les deux grandes banques est entré en vigueur.
- Pour le volet des exigences en matière de capital, la FINMA a défini des mesures en se basant sur une réglementation internationale d'abord prévue puis adoptée, à savoir les prescriptions relatives aux risques de marché du CBCB (« Bâle 2.5 »)³⁸.
- En outre, la FINMA a publié un document de discussion intitulé « Adaptation des exigences de fonds propres au titre du pilier 2 et introduction d'un *leverage ratio* »³⁹ dans la perspective d'une circulaire.

Nouveau régime des liquidités dans les grandes banques suisses

Depuis longtemps déjà, la FINMA percevait l'urgence d'intervenir sur le chapitre des prescriptions en matière de liquidités, notamment celles applicables aux grandes banques. Dans les grands groupes bancaires complexes, opérant à l'échelon international, le régime suisse antérieur n'était en effet pas en mesure de garantir dans une mesure suffisante la résistance aux crises exigée. En étroite collaboration avec les grandes banques concernées, la BNS et la FINMA ont donc élaboré un nouveau régime des liquidités, qui est entré en vigueur au 30 juin 2010. Ce nouveau dispositif repose sur le concept suivant : la BNS et la FINMA définissent un scénario de crise général et prescrivent les paramètres pertinents. De leur côté, les grandes banques déterminent les entrées et sorties de fonds escomptées dans le cadre de ce scénario.

Le scénario part de l'hypothèse d'une situation de crise généralisée sur les marchés financiers et

d'une grande perte de confiance des créanciers à l'égard de la banque concernée : les déposants, inquiets, retirent leur argent. La banque ne peut plus se refinancer sur le marché interbancaire ni sur les marchés financiers. Désormais, les nouvelles prescriptions exigent de l'établissement concerné qu'il dispose de liquidités suffisantes pour couvrir pendant un mois au minimum les sorties de fonds estimées dans le cadre de ce scénario. Cela lui donne, ainsi qu'aux autorités, le temps minimal nécessaire pour prendre des mesures et stabiliser la situation de crise. Les nouvelles exigences en matière de liquidités sont conçues de manière anticyclique : il s'agit de constituer ou de détenir un coussin de liquidités pendant les périodes prospères, auquel on pourra ensuite recourir en situation de crise. Les deux grandes banques doivent prouver qu'elles répondent aux exigences en remettant un *reporting* mensuel.

Finalisées fin 2010 par le CBCB, les normes minimales internationales en matière de liquidités ne doivent pas être considérées comme substituables aux exigences formulées pour répondre aux particularités des banques d'importance systémique en Suisse. Mais elles sont méthodologiquement compatibles avec l'approche suisse, même si le scénario qui les sous-tend est moins prudent. La BNS et la FINMA examinent s'il y a lieu d'adapter la réglementation suisse au regard des normes internationales, qui entreront en vigueur en 2015 et 2018. L'introduction d'un *net stable funding ratio*, notamment, pourrait compléter judicieusement l'approche suisse en y ajoutant une unité de mesure structurelle des liquidités à l'horizon d'un an. Les prescriptions relatives aux liquidités dans les banques autres que les grandes banques devraient être introduites parallèlement aux prescriptions internationales.

Risques de marché et titrisations

La crise financière a mis en évidence des déficits réglementaires, notamment le fait que la couverture des risques de marché et des titrisations par des fonds propres est beaucoup trop faible. Avant la

³⁸ cf. chap. « Questions relatives à la réglementation bancaire internationale », p. 29

³⁹ cf. <http://www.finma.ch/fi/finma/publikationen/Documents/diskussionspapier-saeule-2-bei-kmb-20100618-f.pdf>

crise, cette couverture non correspondante aux risques a favorisé la constitution d'importantes positions à risque sous couvert de ratios de fonds propres (ratios BRI) toujours suffisants. Le CBCB avait identifié ces évolutions avant la crise déjà et amorcé des travaux de réforme, mais ces derniers, comme on l'a vu, sont arrivés trop tard – surtout si l'on songe que la transposition en droit national de normes minimales révisées du CBCB prend plusieurs années. S'agissant des mesures complémentaires les plus urgentes, le CBCB a publié en juillet 2009 son régime révisé de couverture des risques de marché et des titrisations. L'entrée en vigueur de ce dispositif, prévue à l'origine pour fin 2010 / début 2011, a été repoussée contre toute attente à fin 2011. Ce report a été annoncé au deuxième trimestre 2010, alors que le groupe de travail national institué par la FINMA avait déjà très largement élaboré les adaptations requises au niveau de l'ordonnance sur les fonds propres et des dispositions d'exécution y afférentes figurant dans les circulaires FINMA. Dans les banques principalement concernées par cette révision, à savoir les grandes banques, la mise en œuvre de la nouvelle réglementation était en outre déjà très avancée au milieu de 2010, et les fonds propres disponibles étaient suffisants pour répondre aux exigences accrues des nouvelles prescriptions. La FINMA a donc plaidé pour que l'on s'en tienne au calendrier initial et que, nonobstant les décisions du CBCB, on n'attende pas une année supplémentaire pour remédier à un déficit réglementaire incontesté. Dans une décision de novembre 2010, le Conseil fédéral a approuvé ce calendrier initial des prescriptions révisées en matière de couverture des risques de marché et des titrisations, de sorte que l'ordonnance révisée sur les fonds propres est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011.

La révision de l'ordonnance sur les fonds propres a été complétée par l'adaptation des Circulaires FINMA 2008/19 « Risques de crédit – banques »⁴⁰, 2008/20 « Risques de marché – banques »⁴¹, 2008/22 « Publication FP – banques »⁴² et 2008/23 « Répartition des risques – banques »⁴³. La révision de la Circulaire FINMA 2008/20 et de ses exigences

de fonds propres en matière de risques de marché a permis de transposer en droit suisse les nouvelles normes de Bâle II au titre du pilier 1. Une nouvelle directive de l'UE sur les prescriptions en matière de répartition des risques, notamment dans les opérations interbancaires, a entraîné un renforcement des règles nationales existantes et a été transposée par l'adaptation de la Circulaire FINMA 2008/23. Cette réglementation résulte d'une concertation avec le SFI et la BNS.

Document de discussion sur l'adaptation des exigences de fonds propres au titre du pilier 2

Afin d'optimiser la dotation en capital en fonction des risques, la FINMA a pris une nouvelle initiative en 2010 et présenté un document de discussion sur l'adaptation des exigences de fonds propres au titre du pilier 2. Toutes les banques sont concernées, à l'exception des grandes banques pour lesquelles le régime *too big to fail* est prévu en lieu et place de ces dispositions.

S'agissant des exigences en capital et de l'adéquation du capital, les normes minimales de Bâle II prévoient que les risques de crédit et de marché ainsi que les risques opérationnels, mesurés selon des prescriptions réglementaires et faisant office de seuils minimaux dans le cadre du pilier 1, doivent être couverts par des fonds propres. En outre, au titre du pilier 2, tous les types de risque importants pour l'établissement concerné doivent être couverts par des fonds propres à quantifier selon des méthodes de mesure internes à la banque. La couverture par des fonds propres nécessaire au titre du pilier 2 va au-delà des normes minimales du pilier 1.

Cette marge de sécurité par le biais du pilier 2 vise à garantir que dorénavant, même en cas de crise grave, les exigences minimales au titre du pilier 1 seront respectées en permanence et qu'en outre, les risques non pris en compte ou insuffisamment pris en compte par les exigences précitées seront suffisamment couverts. Pour le pilier 2, la banque peut déterminer les risques selon une méthode de calcul individuelle et elle peut aussi utiliser une notion de « capital » différente des règles du pilier 1.

⁴⁰ cf. <http://www.finma.ch/finma-rs-2008-19-f.pdf>

⁴¹ cf. <http://www.finma.ch/finma-rs-2008-20-f.pdf>

⁴² cf. <http://www.finma.ch/finma-rs-2008-22-f.pdf>

⁴³ cf. <http://www.finma.ch/finma-rs-2008-23-f.pdf>

Afin de concrétiser les principes du CBCB concernant le pilier 2 et en annexe à sa Communication 10⁴⁴, la FINMA a élaboré en juin 2010 le document de discussion susmentionné sur l'adaptation des exigences de fonds propres au titre du pilier 2 et l'introduction d'un *leverage ratio*, où elle présentait aux établissements les motivations et les grands traits du nouveau régime des fonds propres. Dans leurs prises de position, les banques ont généralement réservé un accueil favorable aux objectifs poursuivis par la FINMA dans sa circulaire sur le pilier 2.

Il a toutefois été relevé que l'exigence de fonds propres additionnels au titre du pilier 2 devait tenir compte du train de réformes de Bâle III, ainsi que des recommandations de la Commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale. En tenant compte des réactions au document de discussion, de la réforme des exigences de fonds propres du CBCB (Bâle III), pour l'essentiel finalisée, ainsi que des recommandations de la commission d'experts, la FINMA va préparer un projet de circulaire sur les fonds propres additionnels au titre du pilier 2. Celui-ci devrait faire l'objet d'une audition publique au premier trimestre 2011. L'entrée en vigueur de la circulaire est prévue pour le milieu de l'année 2011.

Déjà établie sous le régime de Bâle I, la pratique actuelle concernant le pilier 2 veut que les petites et moyennes banques détiennent un excédent de fonds propres forfaitaire d'au moins 20 % par rapport aux exigences minimales au titre du pilier 1, telles que fixées par l'art. 33 OFR. De plus, en présence de circonstances particulières, l'établissement concerné peut toujours se voir imposer des fonds propres additionnels spécifiques. L'art. 34 OFR a transposé en droit suisse le principe des fonds propres additionnels (pilier 2). Il s'agit désormais pour la FINMA d'exploiter les possibilités existantes pour appliquer, s'agissant des exigences de fonds propres au titre du pilier 2, une approche axée sur les risques. A cet effet, les petits et moyens établissements concernés sont répartis plus strictement par catégories de risque.

Dorénavant et sur la base de ce classement des établissements, le montant des fonds propres additionnels au titre du pilier 2 sera fixé de manière différenciée et dégressive selon des critères objectifs. La défaillance d'un établissement important ayant logiquement des conséquences plus dommageables, la prise en compte du risque implique que le coussin de fonds propres d'un tel établissement doit être plus élevé. Afin d'assurer la prévisibilité et la traçabilité des exigences de fonds propres additionnels, il a fallu définir les critères déterminants pour ce classement. La FINMA a opté pour le total du bilan, les avoirs gérés, les dépôts privilégiés et les fonds propres nécessaires. Les préoccupations justifiées formulées par les établissements assujettis dans leurs prises de position sur le document de discussion, ainsi que le lien avec les projets de réforme désormais finalisés de Bâle III, seront intégrés dans le projet de circulaire de la FINMA sur le pilier 2.

Autres travaux réglementaires d'envergure et effets de Bâle III

Les réglementations sur le capital et les liquidités prévues à l'échelon international pour ces prochaines années déclencheront en Suisse d'autres adaptations d'envergure. La FINMA prévoit de transposer le dispositif de Bâle III en droit suisse pour le 1^{er} janvier 2013. Cela nécessitera de réviser des ordonnances du Conseil fédéral ainsi que les dispositions d'exécution y afférentes de l'autorité de surveillance (circulaires de la FINMA). Sont concernées au premier chef l'ordonnance sur les fonds propres et l'ordonnance sur les banques. Le groupe de travail national chargé de la mise en œuvre de Bâle II s'est vu confier aussi l'application de Bâle III. La BNS, le SFI et la FINMA ont démarré au quatrième trimestre 2010 les travaux préliminaires à cet effet.

En Suisse, les changements issus de Bâle III, notamment en ce qui concerne les fonds propres pouvant être pris en compte, les fonds propres nécessaires, les liquidités et le *leverage ratio*, affecteront davantage les grandes banques que leurs consœurs petites et moyennes. Mais les

⁴⁴ cf. <http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/finma-mitteilung-10-2010-f.pdf>

changements relatifs au régime des liquidités seront sensibles aussi pour de nombreux autres établissements. Bâle III prévoit en principe de longs délais transitoires, de sorte que, selon la FINMA, ses conséquences directes seront supportables pour les banques. Toutefois, dès l'entrée en vigueur de Bâle III, les grandes banques en particulier se verront imposer des prescriptions nettement plus strictes dans le domaine des fonds propres pouvant être pris en compte et des fonds propres nécessaires au titre des opérations sur dérivés OTC.

Modifications de la loi sur les banques

Le processus législatif en cours visant à modifier la loi sur les banques aborde les thématiques suivantes :

Traitement réservé aux fonds en déshérence

A l'issue d'un processus assez long, le traitement réservé aux fonds en déshérence devrait être régi par la loi sur les banques. C'est ce que le Conseil fédéral a demandé au Parlement dans un message complémentaire d'octobre 2010⁴⁵. Une simple disposition donne aux banques la possibilité de liquider ces avoirs après publication préalable. Il est prévu que le produit de liquidation aille à la Confédération, les prétentions d'ayants droit devant caduques dès lors qu'ils n'auront pas réagi à la publication.

Renforcement de la protection des déposants ainsi que des règles régissant l'assainissement et l'insolvabilité

Un projet de renforcement de la protection des déposants, ainsi que des règles régissant l'assainissement et l'insolvabilité, est également en cours d'examen par les Chambres (message de mai 2010)⁴⁶. L'Assemblée fédérale a arrêté le 19 décembre 2008, dans un amendement législatif déclaré urgent, des mesures immédiates visant à renforcer la protection des dépôts bancaires. Ces mesures sont en vigueur jusqu'à la fin de 2012 et il s'agit maintenant de les intégrer dans le droit permanent. Elles concernent principalement :

- le relèvement des dépôts privilégiés à 100 000 francs suisses par client,
- la couverture de ces dépôts, à hauteur de 125 %, par des actifs situés en Suisse,
- l'extension du versement immédiat à tous les dépôts privilégiés, et
- le relèvement de la limite supérieure du système à 6 milliards de francs suisses.

La constitution d'un fonds préfinancé avec participation de l'Etat a toutefois été abandonnée.

Le même projet prévoit une révision de la procédure d'assainissement et des règles régissant l'insolvabilité dans la loi sur les banques. A cet égard, les nouveautés sont notamment les suivantes :

- une accélération des procédures d'assainissement et de faillite,
- l'applicabilité internationale des mesures d'assainissement,
- des règles régissant l'irrévocabilité (finalité) des ordres saisis dans des systèmes de paiement et de règlement, et
- la possibilité de transférer certaines prestations bancaires à une entité juridique indépendante.

A noter en outre que la conversion de fonds de tiers en fonds propres (*debt equity swap*) par décision des autorités à titre de mesure d'assainissement est désormais expressément intégrée dans la loi.

Ordonnance sur l'assainissement bancaire

La nécessité d'une réglementation plus détaillée des dispositions procédurales du droit de l'assainissement applicables aux banques est démontrée depuis longtemps. La crise financière a montré l'importance du droit de l'assainissement, mais aussi de la procédure d'assainissement, y compris pour les banques d'importance systémique. La FINMA prépare donc, au sein d'un groupe de travail mixte qu'elle dirige, une ordonnance sur l'assainissement bancaire. La révision des dispositions sur l'insolvabilité figurant dans la loi sur les banques, débattue par les Chambres fédérales, prévoit

⁴⁵ FF 2010 6853

⁴⁶ FF 2010 3645

de donner à la FINMA le pouvoir de prendre les mesures et les décisions nécessaires pour mener à bien la procédure d'assainissement. Cette norme correspondrait à l'art. 34 al. 3 LB, qui constitue la base de l'actuelle ordonnance de la FINMA sur la faillite bancaire. L'ordonnance sur l'assainissement bancaire telle qu'elle est prévue devrait comporter principalement des dispositions de droit procédural. La réglementation en matière d'assainissement est toutefois complexe. La procédure correspondante, contrairement à la procédure de faillite, n'est pas strictement standardisée dans son déroulement. La réglementation doit réserver à la FINMA la marge de manœuvre nécessaire tout en répondant au besoin de prévisibilité et de certitude.

Gouvernance d'entreprise et contrôle interne

La direction et les responsables de la gestion des risques peuvent influencer considérablement sur la manière dont la banque ou l'assureur concernés appliquent, plus ou moins bien et plus ou moins systématiquement, les prescriptions sur la gouvernance d'entreprise. Les efforts de la FINMA pour comprendre, évaluer et surveiller la gouvernance d'entreprise des établissements assujettis consti-

tuent donc une étape importante vers une efficacité et une efficacité accrues de la réglementation et de la surveillance.

Dans cette optique, toutes les circulaires et réglementations sur la gouvernance d'entreprise régissant les établissements assujettis font actuellement l'objet d'un examen. Il s'agit de déterminer dans quels domaines une approche harmonisée et uniforme est judicieuse. Une circulaire sur la gouvernance d'entreprise applicable à tous les établissements est en préparation et devrait être édictée courant 2011. Sur cette base, on pourra améliorer la surveillance de la gouvernance d'entreprise. Le concept retenu demeure une approche intégrée, mais axée plus systématiquement encore sur les organes et fonctions clés compétents ainsi que sur les processus et les contrôles pertinents. Les analyses de gouvernance d'entreprise deviennent un élément régulier de la surveillance par la FINMA. Quant aux résultats ainsi obtenus, ils constituent un moyen supplémentaire de mise en œuvre de la surveillance axée sur les risques. S'agissant du secteur de l'assurance, c'est le Swiss Qualitative Assessment (SQA), actuellement en cours de développement⁴⁷, qui répond à cette préoccupation de la FINMA.

Autorisations

Banques et négociants en valeurs mobilières

Les demandes d'autorisation se sont poursuivies en 2010, malgré la crise financière. Au total, sept nouvelles banques ont obtenu une réponse favorable. Contrairement à ce qu'ont pu relater les médias, rares ont été les demandes émanant de pays émergents. La FINMA a certes été confrontée à plusieurs reprises à de tels projets. Mais elle n'était pas prête à alléger les conditions de l'autorisation pour accorder aux établissements qui en faisaient la demande un accès plus aisé au marché financier suisse qu'à celui de l'Union européenne.

Parmi les établissements nouvellement autorisés figurent une filiale dominée par un groupe brésilien,

un prestataire de services de paiement *prepaid*, ainsi que deux entités financières spécialisées dans la gestion de fortune pour une clientèle de choix. Par ailleurs, deux négociants en valeurs mobilières demandent le statut bancaire afin de bénéficier des opportunités d'affaires élargies qui y sont associées.

S'agissant du négoce de devises, une seule nouvelle licence a été octroyée en 2010. Un deuxième négociant qui avait déposé une demande a été intégré dans une banque suisse existante. Ainsi, parmi les nombreux candidats qui s'étaient manifestés durant le délai transitoire, seuls deux établissements ont obtenu l'autorisation bancaire requise. La réglementation qui s'applique aux négociants en devises

⁴⁷ cf. Communication FINMA 17 du 29 décembre 2010, qui comporte des informations sur le futur SQA II (<http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/finma-mitteilung-17-2010-f.pdf>)

est parvenue à contenir efficacement les dangers potentiels d'un modèle d'affaires spéculatif et sujet aux abus; elle renforce ainsi la réputation de la place financière.

Le nombre de négociants en valeurs mobilières autorisés sans statut bancaire reste stable depuis des années à environ 70 entités. Ont été autorisés en 2010 trois petits gérants de fortune de Suisse romande et quatre succursales de négociants en valeurs mobilières étrangers ayant pour activité principale les opérations institutionnelles sur valeurs mobilières.

Assujettissement de PostFinance

Entité autonome au sein de la Poste Suisse, PostFinance est chargée des services financiers. Ces dernières années, elle est devenue un prestataire important sur le marché de détail suisse. Sa gamme de services représente aujourd'hui une offre étendue de produits dans les domaines des paiements, de l'épargne, du financement, du placement et de la prévoyance. Le cadre d'intervention de la Poste et de PostFinance est régi par la loi sur la Poste et l'ordonnance sur la Poste y afférente. La révision de la législation sur la Poste vise à une réorganisation juridique. En vertu de la loi sur l'organisation de la Poste, adoptée par les Chambres fédérales lors de leur session d'hiver 2010, PostFinance doit être dissociée de la Poste pour devenir une société anonyme de droit privé. Cela crée les conditions nécessaires pour qu'elle soit assujettie à la surveillance de la FINMA. Les opérations de crédit lui restent toutefois interdites. Sur la base de la loi sur l'organisation de la Poste, PostFinance envisage de déposer auprès de la FINMA une demande d'autorisation bancaire.

La FINMA est fermement attachée à l'égalité de traitement prudentiel entre PostFinance et les autres établissements assujettis et, dans le cadre du processus d'autorisation, elle refuse tout statut prudentiel spécial. Une autorisation ne sera octroyée que lorsque les organes compétents de la FINMA seront convaincus que PostFinance remplit l'ensemble des conditions préalables.

En vue de la demande formulée par PostFinance, la FINMA a créé en interne une organisation de projet qui permet d'accompagner la société dans le processus d'autorisation. Elle a élaboré une grille de surveillance générale pour PostFinance, d'où résultent les différentes exigences réglementaires. Cette grille prend en compte la taille, la propension au risque et le modèle d'affaires de l'établissement concerné. Les exigences fixées par la FINMA vont donc au-delà du minimum légal, tant pour les fonds propres néces-

Une autorisation ne sera octroyée à PostFinance que lorsque cette dernière aura rempli l'ensemble des conditions préalables selon le droit de la surveillance

saires que dans le domaine opérationnel. Compte tenu du modèle d'affaires actuel de PostFinance et de son mandat de desserte de base en matière de trafic des paiements, les exigences relatives aux fonds propres à détenir, à la gestion des risques, à la gouvernance d'entreprise et à la prévention du blanchiment d'argent revêtent une grande importance. La structure du bilan, restreinte de par le cadre légal, constitue un défi important: d'un point de vue prudentiel, les risques de fluctuation de taux qui en résultent doivent être gérés de manière appropriée ou, si nécessaire, réduits. Les éléments clés du futur régime de surveillance ont été communiqués à PostFinance.

Avant un assujettissement prudentiel en vertu de la loi sur les banques, la Poste vise un assujettissement aussi rapide que possible à la surveillance de la FINMA en matière de blanchiment d'argent, en vertu de la loi correspondante. S'agissant de cette demande aussi, la FINMA considère que la Poste doit répondre à des exigences élevées, notamment en ce qui concerne la transmission de fonds et de valeurs à l'étranger.

Outre les vérifications relatives au respect des conditions d'autorisation, la procédure d'assujettissement dépend du processus politique. Ce n'est que lorsque PostFinance sera devenue une entité juridique autonome que la FINMA pourra décider de l'assujettir à sa surveillance.

Pratique prudentielle

Surveillance des grandes banques

En 2010, la surveillance exercée sur les grandes banques est restée intense. Outre les diverses initiatives réglementaires, la surveillance courante n'a cessé d'être élargie à tous les niveaux. Elle s'est focalisée sur la planification du capital et la gestion des liquidités, ainsi que sur les banques d'investissement et notamment l'évolution de leur situation de risque dans un contexte de marché toujours difficile. L'instrument des *supervisory reviews* a encore été développé, l'objectif étant de mieux comparer les grandes banques afin de pouvoir analyser systématiquement les lacunes et les écarts dans les processus internes, les prises de risques et les sources de profit. On citera à titre d'exemples, à cet égard, les activités des grandes banques dans le domaine des marchés émergents, ou encore le recours à des assurances-vie liées à des fonds dans le domaine de la gestion de fortune. Les systèmes de rémunération ont également été examinés. Au total, la FINMA a effectué onze *supervisory reviews* pour la plupart comparatives, c'est-à-dire menées en parallèle dans les deux grandes banques. Le cas échéant, la FINMA

exige que les établissements remédient aux lacunes, surtout à la lumière des enseignements tirés de la crise. Dans le contexte actuel, même si les revenus se sont stabilisés, il est essentiel que les grandes banques appréhendent précisément leurs prises de risques, leur potentiel de pertes et leur modèle d'affaires. La FINMA estime particulièrement important de vérifier la réduction des positions en portefeuille de négoce pour compte propre, ainsi que le contrôle y afférent. De nombreux aspects jouent un rôle lorsque des problèmes surviennent, en particulier le fait de disposer de solides liquidités au bilan et de pouvoir réagir rapidement. Il n'est pas apparu en 2010 de pertes significatives sur de nouvelles positions qui se seraient avérées illiquides.

L'étroite collaboration s'est poursuivie avec les principales autorités de surveillance étrangères, la Financial Services Authority (FSA) britannique et la Federal Reserve Bank of New York. En complément, des *supervisory colleges* ont été organisés⁴⁸, à l'occasion desquels un cercle élargi d'autorités de surveillance a rencontré la haute direction des grandes banques pour analyser les problématiques

⁴⁸ voir chap. « Supervisory colleges », p. 31

les plus urgentes. Cela favorise une compréhension commune des enjeux globaux des grandes banques.

Des analyses trimestrielles du potentiel de pertes, effectuées sur la base de scénarios de crise développés en collaboration avec la BNS, viennent utilement compléter l'arsenal de surveillance. On examine dans ce cadre si les grandes banques pourraient faire face à la survenance du scénario tout en continuant de respecter les exigences réglementaires minimales. Ces analyses permettent en outre de mieux appréhender la vulnérabilité des banques dans certains portefeuilles.

Surveillance des autres banques

Les autres banques ont également fait l'objet d'une surveillance étroite en 2010, et certaines d'entre elles ont dû être suivies de près. Afin de pouvoir assurer mieux encore à l'avenir la surveillance axée sur les risques, tout en tenant compte des ressources en personnel limitées dont elle dispose, la FINMA optimise actuellement les concepts de surveillance⁴⁹. Selon la catégorie de risque à laquelle appartiennent les établissements concernés et selon leur notation, elle utilisera de nouveaux instruments ou aura davantage recours aux instruments existants.

En 2010, par exemple, plusieurs établissements ont fait l'objet de *supervisory reviews* dans divers domaines d'activité. Compte tenu de la situation actuelle sur le marché hypothécaire suisse, ces contrôles ont porté au premier chef sur les financements immobiliers octroyés à des particuliers⁵⁰. Grâce aux *supervisory reviews*, la FINMA peut se faire sa propre opinion sur la situation d'un domaine particulier au sein d'un ou plusieurs établissements.

Outre les instruments qui ont fait leurs preuves, et qu'elle continuera d'utiliser, la FINMA entend améliorer encore l'efficacité de sa surveillance au cours des prochaines années en développant les instruments suivants :

- collaboration renforcée avec les principales autorités de surveillance,
- développement des *supervisory reviews* (notamment en tant qu'analyses comparatives),
- traitement des questions importantes par une approche plurisectorielle et pluridisciplinaire plus marquée,
- analyse et amélioration des processus d'affaires internes.

A cet effet, la FINMA accroîtra ses ressources avec mesure et de manière ciblée.

⁴⁹ cf. chap. « Concepts de surveillance », p. 36

⁵⁰ cf. chap. « Situation sur le marché hypothécaire », p. 16

ASSURANCES

Réglementation

Modification de la loi sur la surveillance des assurances

Dans le cadre de la révision en cours de la loi sur les banques⁵¹, les règles relatives au droit de l'insolvabilité concernant le secteur de l'assurance ont également été revues.

Selon la réglementation en vigueur en vertu de la loi sur la surveillance des assurances, l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre d'une entreprise d'assurance relève d'une interaction complexe entre la FINMA et le juge ordinaire de la faillite. Comme l'a illustré l'exemple de la caisse d'épargne et de crédit de Thoun dans le secteur bancaire, une réglementation séparée des compétences n'est pas judicieuse dans le droit de l'insolvabilité. Il convient donc de modifier la loi sur la surveillance des assurances en ce sens que la compétence relative au déroulement des procédures d'insolvabilité soit transférée exclusivement à la FINMA. Comme c'est le cas pour les banques, les faillites d'entreprises d'assurance doivent relever de la seule compétence de la FINMA.

Les nouvelles règles prévues aux art. 52 ss LSA se rapprochent sensiblement de celles qui ont fait leurs preuves dans le secteur bancaire depuis un certain temps. Le déroulement d'une procédure de faillite continuera de reposer sur les règles de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; celles-ci dépendent toutefois des futures dispositions élargies en matière de faillite de la loi sur la surveillance des assurances. Il faut à cet égard signaler l'art. 54 al. 3 LSA qui autorise la FINMA à prendre des décisions et des dispositions dérogeant à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Partant de cette norme de délégation, la FINMA a notamment la possibilité d'élaborer une ordonnance sur la faillite adaptée aux besoins des assurances, à l'instar du droit bancaire. L'art. 54d LSA prévoit désormais aussi que la FINMA est compétente en matière de reconnaissance et d'application des décisions de faillite étrangères selon les art. 166 ss LDIP ainsi que de coordination avec les procédures d'insolvabilité étrangères.

Afin de prévenir toute incertitude juridique, en matière de mesures conservatoires, l'ajournement et l'obligation d'accroissement de la fortune liée jusqu'au niveau du débit sont explicitement mentionnés dans les exemples de mesures conservatoires indiqués à l'art. 51 al. 2 LSA. En conséquence, le recours à la règle générale relative aux mesures relevant de l'art. 51 al. 1 LSA devient caduc.

Test suisse de solvabilité et règles de solvabilité européennes

Nouvelle méthode d'évaluation de la solvabilité des entreprises d'assurance, le Test suisse de solvabilité (SST) a été introduit le 1^{er} janvier 2006 dans le cadre de la révision totale de la loi sur la surveillance des assurances et de l'ordonnance correspondante du Conseil fédéral relative à la surveillance. Il permet d'évaluer la situation financière des entreprises d'assurance au regard du rapport entre les fonds propres pouvant être pris en compte (capital porteur de risque) et les fonds propres nécessaires (capital cible). Ces derniers sont déterminés en fonction des risques encourus.

Capital porteur de risque

Les grandes entreprises d'assurance-vie et dommages appliquent le SST depuis 2006, les autres depuis 2008. Les entreprises d'assurance doivent constituer le capital porteur de risque en couverture du capital cible dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur la surveillance, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2011⁵². A partir de cette date, elles doivent remettre les résultats du SST à la date de référence du 1^{er} janvier au plus tard le 30 avril suivant. Pour les groupes d'assurance, le SST est effectué tous les six mois avec les dates de référence du 1^{er} janvier et du 1^{er} juillet.

Capital cible et exigence minimale de fonds propres

Le SST est un instrument de surveillance basé sur des principes, qui prévoit une approche du bilan global et repose sur des méthodes d'évaluation

⁵¹ cf. chap. « Modifications de la loi sur les banques », p. 49

⁵² selon l'art. 216 al. 4 let. d OS

économique proches des conditions du marché. Le SST permet d'évaluer la sécurité financière d'une entreprise d'assurance ou d'un groupe d'assurance au regard des risques auxquels ils sont exposés. Le capital cible est une exigence de capital axée sur les risques et correspond au niveau effectif de contrôle de la solvabilité. Il doit refléter les risques quantifiables de l'assureur et tenir compte des techniques permettant d'atténuer les risques. Si le capital porteur de risque excède le capital cible, cela signifie que l'entreprise d'assurance considérée dispose de suffisamment de fonds propres pouvant être pris en compte pour pouvoir supporter la perte moyenne résultant d'un événement qui ne survient que tous les 100 ans. Outre le capital cible, on définit également une exigence minimale de fonds propres. Si cette exigence n'est pas atteinte, des mesures réglementaires sont alors mises en œuvre. Dans des cas extrêmes, cela peut conduire au retrait de l'autorisation⁵³.

Modèle standard, modèle interne ou modèle transitoire provisoire

Le SST accepte deux méthodes de calcul du capital cible: un modèle standard prescrit par la FINMA⁵⁴ ou, si celui-ci ne reflète pas suffisamment la situation de l'entreprise en termes de risques, un modèle interne complet ou partiel, c'est-à-dire spécifique à l'entreprise⁵⁵, qui doit être présenté à la FINMA pour approbation. Dans sa Communication FINMA 11 du 16 juillet 2010⁵⁶, la FINMA annonçait qu'elle allait redéfinir le modèle standard pour les assureurs-vie. Ce dernier est connu sous le nom de procédure delta-gamma. Il a pour but de mieux prendre en compte les effets de la non-linéarité, ce que ne permettait pas l'ancien modèle standard. De tels effets apparaissent surtout dans les portefeuilles d'assurance-vie, car les contrats présentent généralement des performances garanties ou des options pour le preneur d'assurance, comme le rachat anticipé par exemple. Près de la moitié des entreprises d'assurance soumises au SST appliquent néanmoins un modèle (partiellement) interne. Il s'agit souvent de modèles de risque basés sur des simulations.

L'expérience montre que le développement d'un modèle interne requiert énormément de temps et de travail. Il en va de même pour le processus de contrôle subséquent. C'est la raison pour laquelle moins de modèles internes que prévu ont pu être approuvés jusqu'à la fin de la période transitoire. Concernant l'application en temps voulu du SST au 1^{er} janvier 2011, une solution transitoire a donc été trouvée. La FINMA a indiqué avant le 30 septembre 2010 à chaque assureur soumis au SST sur quelle base il doit déterminer son capital cible pour le SST 2011: modèle standard, modèle interne ou modèle transitoire. Cette communication se présentait sous la forme d'un courrier de l'autorité de surveillance avec une annexe technique qui indiquait les motifs ayant conduit au choix du modèle imposé.

Modèle de risque immobilier

Plusieurs entreprises d'assurance et la FINMA s'interrogent depuis un certain temps sur la manière de tenir compte des biens immobiliers dans le cadre du SST. La question de savoir dans quelle mesure les fluctuations des taux influent sur les prix de l'immobilier est tranchée de différentes manières. Chacun s'accorde pour reconnaître que les loyers constituent des sources de revenus plus ou moins stables – comparables au paiement de coupons obligataires – qui peuvent être utilisées pour couvrir les dépenses courantes découlant des contrats d'assurance-vie. Par contre, le désaccord porte sur l'impact de ces flux de paiement sur le prix d'un bien immobilier. Il n'est cependant pas possible de démontrer une dépendance linéaire significative entre les prix de l'immobilier et les taux d'intérêt, comme cela est exigé par le secteur de l'assurance-vie. Cela s'explique vraisemblablement par la complexité du rapport qui existe entre ces différents facteurs de risque ou, aussi, par le fait que le rapport entre les taux d'intérêt et les prix de l'immobilier ne doit pas être pris en compte de manière isolée. Il faut plutôt s'attendre à ce que les effets des taux soient occultés par d'autres variables intervenant dans la fixation des prix. Il n'a pas été possible de prouver que les biens immobiliers se

⁵³ cf. chap. « Défis liés au contexte de taux bas », p. 19
⁵⁴ selon l'art. 43 al. 2 OS
⁵⁵ selon l'art. 43 al. 3 OS
⁵⁶ cf. <http://www.finma.ch/finma/publikationen/Documents/finma-mitteilung-11-2010-f.pdf>

comportent comme des obligations et se prêtent à des stratégies d'alignement des durations (*duration matching*).

Entrée en vigueur de nouveaux seuils d'intervention

Les effets de la crise financière et le niveau historiquement bas des taux d'intérêt compliquent l'entrée en vigueur en temps voulu du SST, ce qui place en particulier les assureurs-vie devant un défi de taille, d'autant plus que la mise en œuvre du SST

couvrir leur capital cible avec du capital porteur de risque.

Avec la mise en œuvre définitive du SST, les actuelles exigences de solvabilité connues sous le nom de Solvabilité I demeurent dans un premier temps en vigueur. Le but visé est cependant une coordination avec l'introduction de Solvabilité II dans l'Union européenne.

Nouvelles exigences en matière de solvabilité au sein de l'UE

Le Parlement européen et le Conseil européen suivent également les règles de Solvabilité I. Or, la nécessité d'un contrôle plus pointu et complet des critères de solvabilité, qui tienne compte de l'ensemble de la situation de l'entreprise d'assurance en termes de finances et de risques, s'est aussi imposée au sein de l'UE. Ce projet, connu sous le nom de «Solvabilité II», prévoit actuellement d'introduire dans tous les Etats membres de l'UE des critères de solvabilité reposant sur le risque économique des entreprises et groupes d'assurance à compter du 1^{er} janvier 2013. A l'instar des règles du SST, les nouveaux critères de solvabilité seront davantage différenciés afin de mieux prendre en compte les risques effectivement encourus par les différents assureurs. La directive Solvabilité II, qui uniformise non seulement les exigences en capital, mais aussi d'autres fondements de la surveillance des assurances au niveau européen, a été adoptée en avril 2009 par le Parlement européen et en novembre 2009 par les ministres des finances de l'UE.

La structure des trois piliers de Solvabilité II

Solvabilité II repose sur une structure à trois piliers. Le premier pilier comprend les critères quantitatifs, d'une part le critère du capital de solvabilité (*solvency capital requirement*), d'autre part le critère du capital minimum (*minimum capital requirement*). Le critère du capital de solvabilité peut être déterminé à l'aide d'une formule européenne standard ou de modèles internes à l'entreprise. Tous les risques quantifiables doivent alors être pris en compte. En cas de non-respect du

Le Test suisse de solvabilité est un instrument de surveillance basé sur des principes, qui prévoit une approche du bilan global et repose sur des méthodes d'évaluation économique proches du marché

s'accompagne de celle des dispositions de l'annexe 4 portant le titre «Seuils d'intervention» de la Circulaire FINMA 2008/44 «SST»⁵⁷. Celles-ci spécifient qu'en présence d'un capital porteur de risque inférieur au capital cible, c'est-à-dire en cas de taux de solvabilité inférieur à 100 %, il faut proposer un plan de mesures approprié visant à améliorer la situation, puis le mettre en œuvre. Certaines décisions doivent dans ce cas être approuvées par la FINMA, par exemple celles concernant les versements de dividendes ou la répartition des excédents. Afin de prévenir un tel scénario, nombre d'assureurs(-vie) envisagent des mesures stabilisatrices.

Si une entreprise d'assurance dispose d'un capital porteur de risque insuffisant pour couvrir le capital cible, elle peut rectifier cette situation en augmentant le capital disponible ou en diminuant les risques et de ce fait le capital nécessaire. Il est alors possible de recourir à des versements de capitaux, mais aussi à d'autres instruments, comme du capital hybride, des réassurances et, jusqu'à un certain degré, des garanties provenant de sociétés du groupe correctement capitalisées. Dans certains cas dûment justifiés, la FINMA peut octroyer un délai de trois ans aux entreprises pour

⁵⁷ cf. <http://www.finma.ch/ff/regulierung/Documents/finma-rs-2008-44-f.pdf>

critère de l'exigence minimale de fonds propres, l'agrément est retiré.

Le deuxième pilier de Solvabilité II fixe, d'une part, les principes et les méthodes de la surveillance et, d'autre part, les critères qualitatifs imposés à l'exercice de l'activité d'une entreprise d'assurance.

Le troisième pilier comprend quant à lui les directives relatives à l'établissement des rapports et à la publication des comptes annuels. Les entreprises devront publier certaines informations qui contribuent à la discipline du marché et permettent de garantir la stabilité des assureurs. En outre, les entreprises sont tenues de communiquer à leurs autorités de surveillance les informations complémentaires nécessaires (rapport établi pour l'autorité de surveillance).

Le SST et Solvabilité II correspondent l'un à l'autre sur le fond, notamment en ce qui concerne l'évaluation des actifs et des passifs effectuée conformément au marché ou le critère du capital de solvabilité déterminé en fonction du risque. Des différences ponctuelles existent toutefois dans la définition de certains détails.

Règles pour les groupes d'assurance

Solvabilité II modernisera également la surveillance des groupes d'assurance et tiendra compte des réalités économiques au regard des structures et des processus des groupes. Les nouvelles règles renforceront les droits de l'autorité de surveillance et permettront d'assurer que les risques touchant le

groupe dans son ensemble ne soient pas négligés. Parallèlement, la collaboration entre les différentes autorités de surveillance sera renforcée. De surcroît, les groupes d'assurance pourront désormais appliquer des modèles internes à l'échelle du groupe et exploiter les atouts ressortant de la diversification du groupe.

Reconnaissance de l'équivalence de la surveillance européenne et de la surveillance suisse

La FINMA s'engage en faveur de la reconnaissance de l'équivalence entre la surveillance suisse des assurances et le régime de surveillance européenne selon la directive Solvabilité II. Le contrôle porte essentiellement sur la surveillance des groupes d'assurance, exigences quantitatives et qualitatives comprises. La surveillance de la réassurance fait également l'objet d'un examen, le CECAR ayant déjà reconnu en février 2010 l'équivalence de la surveillance suisse des réassureurs avec la directive européenne relative à la réassurance (précurseur de la directive Solvabilité II dans ce domaine). Dès lors que l'équivalence selon la directive Solvabilité II sera reconnue, les (sous-)groupes d'assurance suisses exerçant leurs activités dans l'espace européen ne seront plus surveillés que par une seule autorité de surveillance, à savoir la FINMA⁵⁸. La décision de reconnaître ou non le régime de surveillance suisse comme équivalent à Solvabilité II ne sera vraisemblablement pas prise avant l'été 2012.

⁵⁸ cf. chap. « Collaboration internationale de la Suisse », p. 28

Assurance-vie

Fondements

Situation du marché

La faiblesse des taux d'intérêt à long terme a provoqué un épuisement du capital et, de ce fait, une nette perte de substance pour les assureurs-vie. Cette dégradation a pesé avant tout sur leur taux de couverture selon le SST. A court terme, les taux d'intérêt ne devraient pas progresser fortement sur les marchés des capitaux. Il semble plus réaliste de s'attendre à une phase durable de taux faibles⁵⁹. De surcroît, le (ré)investissement de valeurs patrimoniales

non traditionnelles ne produiront leurs effets qu'au fil du temps et s'accompagnent par surcroît d'autres risques. Ainsi, l'assurance-vie liée à des parts de fonds de placement sans garantie présente actuellement peu d'intérêt. Les nouvelles promesses de garantie, comme celles concernant les rentes variables, induisent cependant de nouveaux risques. Quant aux activités liées aux manteaux d'assurance (*insurance wrappers*), elles offrent certes d'importants volumes, mais leurs marges sont faibles et elles comportent des risques juridiques importants pour des rendements bien trop faibles en comparaison⁶⁰. De plus, la force actuelle du franc grève les produits issus des affaires réalisées à l'étranger.

Les entreprises d'assurance-vie sont confrontées au conflit d'intérêts «sécurité contre rendement»

est actuellement entouré de grandes incertitudes. Les entreprises d'assurance-vie sont ainsi confrontées au conflit d'intérêts «sécurité contre rendement». Avec un portefeuille composé de placements orientés sur la sécurité, il est actuellement très difficile, voire impossible, de générer les rendements nécessaires pour couvrir les obligations découlant des polices en cours, qui comportent souvent des intérêts garantis plus élevés issus de périodes antérieures. La constitution de capitaux supplémentaires à partir des revenus est impossible. Les entreprises d'assurance doivent au contraire ponctionner leur excédent de fonds propres, ce qui leur laisse peu de marge de manœuvre pour lutter contre la perte de substance qui les menace.

Faibles perspectives de croissance et de rendement ainsi que risques nouveaux

En raison de la faiblesse des taux, les perspectives de croissance et de rendement sont limitées pour les affaires d'assurance-vie traditionnelles, du fait de leur actuel manque d'attrait pour les nouveaux clients. Les efforts visant à réduire l'impact des taux d'intérêt sur les affaires d'assurance-vie

Dotation en capital et capacité de risque

En présence d'une dotation en capital faible, la capacité de risque est fortement limitée face aux risques du marché. En réduisant les risques de leurs actifs, certaines entreprises d'assurance-vie s'efforcent d'abaisser le capital cible nécessaire et, en améliorant leurs démarches internes dans le cadre du SST, elles entendent augmenter la précision de l'évaluation des risques qu'elles encourent effectivement. Souvent, cette précision se traduit aussi par une diminution du capital cible nécessaire. Par contre, il n'est généralement pas possible d'identifier des mesures visant réellement à renforcer le capital porteur de risque. Il faut du temps pour que les projets de réduction des coûts et de restructuration de la distribution produisent leurs effets.

Les possibilités d'améliorer une couverture SST insuffisante varient d'une entreprise d'assurance-vie à l'autre. Pour les filiales de groupes étrangers et les groupes d'assurance suisses correctement capitalisés, l'augmentation du capital est du ressort de la maison mère. Les autres entreprises d'assurance-vie améliorent cette couverture SST grâce à des transactions réalisées sur les marchés des capitaux ou à des plans de mesures appropriées et étalées dans le temps.

⁵⁹ cf. chap. « Défis liés au contexte de taux bas », p. 19

⁶⁰ cf. chap. « Accroissement des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières », p. 40

Statistiques des entreprises d'assurance-vie au regard du SST 2010

Le tableau suivant présente la répartition des quotients SST des entreprises d'assurance-vie dans les quatre domaines rouge, orange, jaune et vert selon la Circulaire FINMA 2008/44 « SST »⁶¹. La répartition des quotients SST est comparée avec la performance d'une obligation de la Confédération à 10 ans. Il convient de noter que

- la répartition a été effectuée à partir des

quotients SST déclarés par les assureurs-vie eux-mêmes, c'est-à-dire sans correction par la FINMA;

- la FINMA augmentera ou réduira le capital porteur de risque et le capital cible; les modèles actuels sont toutefois de bien meilleure qualité qu'auparavant, ce qui devrait limiter le nombre de corrections;
- les succursales ne sont pas soumises au SST et ne sont donc pas prises en compte dans ce tableau.

	Rendement des obligations de la Confédération à 10 ans	Nombre d'assureurs-vie avec quotient SST dans les domaines d'intervention			
		<33%	33% – <80%	80% – <100%	≥ 100%
1 ^{er} janvier 2009	2,15%	0	7	3	11
1 ^{er} janvier 2010	1,97%	0	3	3	15

Le 1^{er} janvier 2011, la performance d'une obligation de la Confédération à 10 ans s'élevait à 1,67 %. Le rapport SST 2011 avec les données correspon-

dantes sur les quotients SST sera remis à la FINMA en avril 2011.

Pratique prudentielle

Surveillance de l'assurance collective dans le cadre de la prévoyance professionnelle

En publiant les comptes d'exploitation de la prévoyance professionnelle souscrite auprès des entreprises d'assurance-vie, la FINMA informe les personnes assurées et l'opinion publique de l'évolution des entreprises d'assurance dans ce domaine.

Les comptes d'exploitation remplissent trois missions :

- différencier du reste des activités d'assurance-vie l'activité d'assurance dans le cadre de la prévoyance professionnelle (« assurance collective dans le cadre de la prévoyance professionnelle »), qui est un domaine de l'assurance sociale;

- instaurer dans le domaine de l'« assurance collective dans le cadre de la prévoyance professionnelle » un degré élevé de transparence en ce qui concerne la présentation des comptes et la gestion de l'entreprise;
- indiquer aux institutions de prévoyance assurées la part des excédents réalisés qui leur a été attribuée et démontrer que la quote-part minimale y afférente est respectée.

Rapport de publication LPP de la FINMA

Le rapport de la FINMA sur la publication des comptabilités séparées 2009 de la prévoyance professionnelle auprès des entreprises d'assurance-vie⁶²

⁶¹ cf. <http://www.finma.ch/ff/regulierung/Documents/finma-rs-2008-44-f.pdf>

⁶² cf. http://www.finma.ch/ff/beaufsichtigte/versicherungen/betriebsrechnung-bv/Documents/BVG-Offenlegungsbericht-2009_f.pdf

montre que les assureurs-vie surveillés ont respecté les prescriptions légales et que la quote-part minimum légale pour les contrats d'assurance collective considérés a systématiquement été dépassée pendant les années 2005 à 2009 soumises à validation. L'environnement de taux d'intérêt faibles et le contexte difficile sur les marchés des capitaux mettent au défi les entreprises d'assurance qui doivent satisfaire aux exigences minimales contenues dans la loi fédérale sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. La rémunération des avoirs de vieillesse et la conversion en rente de ces derniers pour la part

obligatoire LPP réservent des difficultés particulières aux entreprises d'assurance.

La transparence que vise l'autorité de surveillance en procédant d'année en année à la publication de la comptabilité séparée influence favorablement le comportement des assureurs-vie. Les chiffres clés importants, par exemple ceux relatifs aux coûts, à la politique de distribution et aux placements de capitaux, révèlent les points forts et faibles des participants au marché et permettent des comparaisons concurrentielles dont bénéficient les assurés.

Assurance dommages

Fondements

Situation du marché

En 2009, les entreprises d'assurance domiciliées en Suisse ont enregistré une légère progression des recettes de primes d'assurance dommages de 160 millions de francs suisses⁶³. Le volume des primes des affaires domestiques n'a pratiquement pas évolué dans les différentes branches d'assurance, à l'exception de l'assurance crédit et caution (-15 %) et de l'assurance protection juridique (+7 %). Les paiements pour sinistres effectués par les entreprises d'assurance dommages en affaires directes suisses ont pu être couverts dans toutes les branches d'assurance par les recettes de primes. Le taux de sinistres moyen s'est élevé à 67 %.

Avec 37 % du volume des primes de l'assurance dommages, l'assurance-maladie privée se taille la part du lion (sans l'assurance-maladie obligatoire selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie, qui est assumée par les caisses-maladies relevant de l'Office fédéral de la santé publique ou OFSP). Viennent

ensuite l'assurance-accidents (sans la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident, SUVA, également surveillée par l'OFSP), l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles et les autres assurances de véhicules à moteur représentant chacune 12 % environ du volume des primes. La Solvabilité I ressort du rapport entre la marge de solvabilité disponible et la marge requise. Fin décembre 2009, les assureurs non-vie ont atteint une valeur de solvabilité de 377 % (contre 324 % l'année précédente). Parallèlement à une légère réduction de la marge de solvabilité requise de près de 3 %, les fonds propres pouvant être pris en compte se sont appréciés de 13 %. Comme les considérations formulées dans le cadre du SST reposent sur une évaluation proche du marché, des variations assez fortes ont été observées au cours de la période sous revue. Le rapport entre le capital porteur de risques et le capital cible est passé de 145 % à 233 % au cours de l'exercice sous revue.

⁶³ En vertu de la loi sur la surveillance des assurances, les institutions d'assurance dommages assujetties sont tenues de transmettre leur rapport à l'autorité de surveillance avant le 30 avril de l'année suivante. En conséquence, les chiffres au 31 décembre 2010 ne seront connus qu'en mai 2011.

Réglementation

Motion Bischofberger

Par une motion⁶⁴, M. Bischofberger, conseiller aux Etats, demande une modification de la loi sur la surveillance des assurances. La motion réclame que les coopératives d'assurance qui sont étroitement liées à une association ou une fédération soient libérées de la surveillance applicable aux assurances. L'auteur de la motion appuie sa demande sur le fait que les prescriptions relevant du droit de la surveillance et concernant le capital minimum, la fortune liée, l'actuariat, la révision externe ainsi que la solvabilité entraînent pour ces assureurs des dépenses et des coûts disproportionnés.

Le Conseil fédéral s'est clairement prononcé contre cette motion, qui est en contradiction avec les visées essentielles de la loi sur la surveillance des assurances. La FINMA partage l'avis du Conseil fédéral. La motion qualifie justement de problématiques les obligations issues du droit de la surveillance qui sont les conditions indispensables à l'exercice ordonné de l'activité d'assurance dans l'intérêt des assurés. L'assujettissement à la surveillance des assurances et les prescriptions correspondantes de la loi sur la surveillance des assurances doivent permettre de garantir aux assureurs la capacité de fournir en tout temps les prestations dues aux assurés. Le besoin de protection des assurés ne dépend pas de la taille et de la structure de l'entreprise d'assurance. Il ne faut pas dispenser les assureurs de petite taille

des obligations de surveillance au prétexte qu'ils ont du mal à mettre en œuvre les prescriptions du droit de la surveillance portant sur l'exercice techniquement correct et financièrement sécurisé de l'activité d'assureur. En vertu de l'art. 2 LSA, les exceptions en la matière ne sont que très rarement autorisées. En raison de l'accord sur les assurances conclu avec l'UE, ne peuvent être exemptées de la surveillance que les entreprises d'assurance dommages dont les recettes de primes annuelles n'excèdent pas trois

Le besoin de protection des assurés ne dépend pas de la taille et de la structure de l'entreprise d'assurance

millions de francs suisses. En principe, ces entreprises devraient s'organiser de manière à satisfaire aux exigences légales minimales ou tirer les conséquences correspondantes. La motion a été acceptée par les deux Chambres, contre l'avis du Conseil fédéral. Le Conseil fédéral va donc initier une modification de l'art. 2 LSA. A l'heure actuelle, la FINMA surveille dans l'assurance dommages quatre assureurs organisés en coopératives et générant des recettes de primes inférieures à trois millions de francs suisses; ceux-ci ne devraient plus être soumis à la surveillance lorsque la motion sera applicable.

⁶⁴ Motion 09.3965 « Loi sur la surveillance des assurances »

Réassurance

Fondements

Situation du marché

La situation des entreprises de réassurance en Suisse peut être qualifiée de stable. En 2009⁶⁵, les fonds propres et la solvabilité se sont nettement améliorés et les entreprises de réassurance professionnelles affichent – à quelques exceptions près – un excédent de couverture significatif du ratio SST. Les prix pour les couvertures de réassurance affichent par contre une tendance baissière sur de nombreux marchés du fait du relèvement des capacités mondiales.

L'attrait de la Suisse comme site d'activité pour les réassurances semble préservé. Cela ne concerne toutefois pas toutes les entreprises et ne ressort donc pas directement du nombre des entreprises assujetties. Dans le domaine des captives de réassurance, certaines entreprises présentant des volumes d'affaires très faibles et – dans l'absolu – des fonds propres limités ont été exonérées de la surveillance après avoir intégralement rempli leurs obligations d'assurance. La somme de leurs fonds propres était inférieure à ceux de la seule nouvelle captive de réassurance ayant reçu l'autorisation en 2010. En 2010, la FINMA a traité des demandes d'autorisation en réassurance professionnelle d'entreprises importantes. Depuis quelques temps, le marché suisse évolue pour se transformer d'un site dominé

par un seul groupe de réassurance en un marché dynamique avec un nombre important d'entreprises de réassurance de taille moyenne, très actives au niveau international.

Aux nouvelles autorisations octroyées à des entreprises de réassurance viennent s'ajouter celles délivrées ces deux dernières années à des filiales d'entreprises de réassurance étrangères, dont certaines connues, venues s'installer en Suisse. Conformément au droit en vigueur, ces sociétés ne sont pas soumises à la surveillance de la FINMA⁶⁶, pour autant qu'elles exercent uniquement l'activité de réassurance en Suisse. Au niveau international, il est plutôt rare que des filiales de réassurance ne soient pas assujetties à une surveillance. Or, comme ces opérations font néanmoins partie du marché de la réassurance suisse, la question se pose de savoir si et comment la surveillance de telles entités pourrait s'opérer. Une extension de la surveillance nécessiterait cependant une modification de la loi.

Dans le cadre de l'équivalence relevant de la directive Solvabilité II, la réglementation applicable à la réassurance va également faire l'objet d'une nouvelle évaluation. La reconnaissance revêt une importance capitale pour la place suisse⁶⁷.

⁶⁵ En vertu de l'art. 25 al. 3 LSA, les entreprises de réassurance assujetties sont tenues de transmettre leurs rapports à l'autorité de surveillance jusqu'au 30 juin de l'année suivante. En conséquence, les chiffres de l'exercice 2010 ne seront connus qu'en juillet 2011.

⁶⁶ selon l'art. 2 al. 2 let. a LSA

⁶⁷ cf. chap. « Test suisse de solvabilité et règles de solvabilité européennes », p. 54 ss

Assurance-maladie

Fondements

Situation du marché

La FINMA surveille 58 assureurs-maladie et caisses-maladie ainsi que quatre succursales s'occupant essentiellement d'assurance-maladie. Par ailleurs, 17 autres assureurs dommages et assureurs-vie distribuent des produits d'assurance-maladie comme activité accessoire. Au total, plus de 900 produits différents liés à l'assurance-maladie complémentaire sont proposés sur le marché et génèrent un volume de primes de 8,6 milliards de francs suisses. La branche connaît actuellement une accélération des restructurations et une concentration du marché en raison de regroupements.

De nombreux facteurs ont évolué en 2010 pour les assureurs-maladie. Le coût de la santé ne cesse d'augmenter. En moyenne, les prestations versées par les assureurs-maladie s'alourdissent de 4 % par an. Cette évolution entraîne inévitablement une hausse tarifaire, et un renforcement des provisions techniques est en outre nécessaire pour bon nombre d'entreprises d'assurance-maladie. L'année 2010 a été marquée par la deuxième révision de primes importante à la suite⁶⁸. A cela s'ajoute l'évolution de l'assurance-maladie obligatoire fortement influencée par les interventions politiques et où la spirale des coûts n'a été que partiellement, et insuffisamment, répercutée sur les primes par le passé. La FINMA accorde une attention particulière à la pression financière qui s'exerce de ce fait sur l'assurance-maladie complémentaire pour de nombreux groupes. Les subventionnements croisés ne seront pas interdits tant qu'ils seront financés par les bénéficiaires réalisés en tenant compte des risques.

Afin d'améliorer la surveillance économique des assureurs-maladie, un outil d'exploitation automa-

tisé a été mis au point en 2010, lequel recoupe les données issues du SST et de l'assurance-maladie obligatoire avec celles du FINMA Insurance Reporting and Supervising Tool ou FIRST (outil dédié à

La branche de l'assurance-maladie connaît une accélération des restructurations et une concentration du marché

l'établissement des rapports d'assurance et au contrôle) pour les affaires d'assurance complémentaire. Les chiffres obtenus et les paramètres saisis sont confrontés avec des valeurs de référence. Cet outil comprend également plusieurs simulations de crise et les indices sont comparés dans le temps. Ce processus d'analyse cohérent, normé et largement automatisé facilite la définition des priorités et la décision d'intensifier la surveillance des entreprises à problèmes. En outre, cet outil permet de vérifier la plausibilité des paramètres appliqués par le SST et des évaluations qui en ressortent.

L'intensification ciblée de la surveillance prend par exemple la forme de rapports intermédiaires, de contrôles *in situ* ou de mesures de surveillance plus approfondies. En 2010, des contrôles sur place ont eu lieu auprès de douze assureurs-maladie. Pour trois d'entre eux, une procédure d'*enforcement* a dû être ouverte, et dans un cas, un chargé d'enquête externe indépendant a été mandaté. De plus, trois personnes soumises à l'obligation de présenter la garantie d'une activité irréprochable ont fait l'objet de procédures toujours en cours au moment de l'établissement du présent rapport⁶⁹.

⁶⁸ cf. chap. « Tarifs de l'assurance-maladie complémentaire », p. 65

⁶⁹ cf. « Enquête chez CPT : fusion et plan de participation du personnel » au chap. « Autres procédures à l'encontre d'établissements soumis à une surveillance prudentielle », p. 89

Réglementation

Circulaire « Assurance-maladie selon la LCA »

La Circulaire FINMA 2010/3 « Assurance-maladie selon la LCA »⁷⁰ est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2010.

La circulaire concrétise le mandat légal de la FINMA selon lequel celle-ci, dans le cadre de la procédure préventive de l'approbation tarifaire, doit veiller à ce que les primes en assurance-maladie complémentaire selon la loi sur le contrat d'assurance ne soient ni basses au point de compromettre la solvabilité de l'assureur, ni abusivement élevées. A la suite de l'ouverture par la FINMA le 1^{er} septembre 2009 de la procédure d'audition publique relative au projet de la circulaire, 27 parties ont déposé une prise de position. L'entrée en vigueur a eu lieu après plusieurs entretiens et discussions avec des experts et des représentants de la branche.

Dans cette circulaire sont traitées de manière fondamentale des questions actuarielles touchant à la tarification et aux provisions. Les principaux points abordés sont les suivants :

- *Clarification des questions d'assujettissement*: en complément à la loi, la circulaire définit les produits soumis à approbation; en sont exclus ceux qui couvrent de manière accessoire les risques de maladie.
- *Détermination du cadre autorisé en matière de tarification*: pour être approuvés, les tarifs doivent remplir les critères de l'art. 38 LSA. La circulaire précise ce cadre et ajoute que les tarifs doivent permettre la constitution de provisions suffisantes pour la couverture des engagements sans générer de bénéfices abusifs. Les assurés

sont lésés lorsque le gain attendu est disproportionné par rapport au risque technique encouru. D'après le droit de la surveillance, il y a également abus en cas d'inégalité de traitement actuarielle importante et non justifiable, particulièrement en présence d'un échelonnement des primes.

- *Traitement de questions importantes en relation avec les systèmes de financement et la constitution de provisions*: le système de financement doit être structuré afin d'assurer la couverture des engagements sur le long terme. C'est la raison pour laquelle il doit être suffisamment robuste pour pouvoir amortir tous les risques prévisibles, en particulier celui d'une modification de la structure du portefeuille. Les provisions techniques nécessaires doivent être évaluées, précisées en toute transparence et prises en compte lors de la fixation des primes.
- *Réglementations en matière de constitution et de dissolution de provisions techniques*.

En conséquence, la nouvelle circulaire requiert de tous les assureurs-maladie soumis à la FINMA qu'ils élaborent des bases techniques valables du point de vue actuariel. Les entreprises ont jusqu'à fin avril 2013 pour réviser les aspects de leurs plans d'exploitation relevant de l'assurance-maladie et les adapter aux exigences de la circulaire. Certaines entreprises devront relever des défis financiers importants, car elles distribuent depuis des années des produits qui reposent sur une tarification définie selon l'âge d'entrée.

⁷⁰ cf. <http://www.finma.ch/fr/regulierung/Documents/finma-rs-2010-03-f.pdf>

Pratique prudentielle

Tarifs de l'assurance-maladie complémentaire

La législation de surveillance stipule que les tarifs appliqués en assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie de base doivent être soumis à l'approbation de la FINMA préalablement à leur entrée en vigueur. Cela vaut également pour les révisions de tarifs existants. Pour l'échéance du 31 juillet 2010, 43 entreprises d'assurance privées ou caisses-maladie ont soumis à l'approbation de la FINMA des adaptations de leurs tarifs en assurance-maladie complémentaire.

Ces adaptations, appelées à entrer en vigueur au premier janvier 2011, portent sur 250 produits différents, lesquels représentent quelque 55 % du marché de l'assurance-maladie complémentaire. Dans quelques cas, des révisions des conditions d'assurance ont également été soumises pour approbation.

Le nombre de tarifs révisés cette année est certes notablement plus élevé que lors des exercices antérieurs, mais comparable à l'année dernière. Les présentes révisions s'inscrivent dans la continuité de

ce qui a été observé en 2009, à savoir une tendance visant à rendre les tarifs plus conformes au risque et de la sorte plus robustes face aux changements dans la structure des effectifs. Cela vaut pour les produits d'hospitalisation, avec une répercussion

La tendance observée dans l'assurance-maladie complémentaire en 2009, et qui consiste à rendre les tarifs plus conformes au risque, se poursuit

plus directe du renchérissement sur les primes. La même observation vaut pour les divers systèmes de rabais, lesquels sont ramenés à des proportions plus en rapport avec les charges effectives.

Les tarifs soumis doivent être approuvés dès lors qu'ils préservent les assurés des abus et qu'ils ne constituent pas un péril pour la solvabilité des entreprises d'assurance. C'est dans cette double perspective que les tarifs ont été examinés et, le cas échéant, approuvés par la FINMA.

MARCHÉS ET INTERMÉDIAIRES FINANCIERS

Surveillance des bourses et des marchés

Réglementation

Modification de la loi sur les bourses concernant les délits boursiers et abus de marché

En s'appuyant sur le rapport de la Commission d'experts en matière de délits boursiers et d'abus de marché instituée par ses soins le 29 janvier 2009, le Conseil fédéral a présenté, le 13 janvier 2010, un projet de loi destiné à la consultation. Ce projet prévoit une révision matérielle et procédurale de la législation pénale ainsi que du droit de la surveillance dans le domaine du délit d'initié, de la manipulation de cours, de la violation de l'obligation de publier les participations (délits qualifiés de délits boursiers) et de l'abus de marché. Le projet propose notamment

- de redéfinir les éléments constitutifs du délit d'initié sur le plan pénal;
- d'ancrer le délit d'initié et la manipulation de cours non plus dans le code pénal mais dans la loi sur les bourses;
- d'octroyer la compétence de poursuivre et de juger les auteurs de délits boursiers au Ministère public de la Confédération et aux Tribunaux fédéraux.

En ce qui concerne le droit de la surveillance, les participants à la consultation ont été invités à se prononcer :

- soit en faveur d'une surveillance *générale* des marchés financiers, qui prévoit l'interdiction de toute transaction réelle relevant de la manipulation pour les non-assujettis,
- soit en faveur d'une surveillance *élargie* des marchés financiers reposant, pour les non-assujettis, sur une interdiction limitée à un certain nombre de comportements manipulateurs réels.

Dans sa prise de position, la FINMA a clairement approuvé la proposition de faire passer du code pénal à la loi sur les bourses les dispositions relatives au délit d'initié et à la manipulation de cours. Elle a

également marqué son accord avec l'abandon de toute extension de l'état de fait constitutif de la manipulation de cours sur le plan pénal, à condition toutefois que le droit de la surveillance soit aménagé en conséquence dans la proposition de loi, autrement dit qu'il prévoit une interdiction générale de toutes les formes de manipulation connues, susceptibles de nuire au bon fonctionnement du marché et de porter atteinte à l'égalité des chances des investisseurs (surveillance générale des marchés). En effet selon la FINMA, une interdiction partielle, comme celle que prévoit la variante de la surveillance élargie, ne permettrait pas de protéger suffisamment les marchés et les investisseurs et pourrait faire courir à la Suisse le risque de voir sa réputation considérablement ternie dans le domaine du commerce des valeurs mobilières.

L'amende administrative comme instrument de surveillance

Pour garantir la bonne application et le respect, par les non-assujettis et les assujettis partiels, des règles de conduite sur les marchés, la FINMA prône le recours à l'amende administrative comme instrument de surveillance. Elle estime en effet que l'arsenal actuel de mesures, amplement suffisant et parfaitement dissuasif pour les personnes et les entreprises soumises à surveillance⁷¹, est incomplet en ce qui concerne les assujettis partiels dispensés d'agrément ou d'autorisation. En cas de violation des règles prudentielles par ces derniers (pratique du *front running* par exemple), la FINMA aurait comme seule possibilité de prononcer une décision en constatation, de la publier le cas échéant et de confisquer les gains correspondants. Elle ne disposerait d'aucun autre moyen de dissuasion. C'est la raison pour laquelle elle estime nécessaire de pouvoir pénaliser les assujettis partiels fautifs au moyen d'une amende administrative, ce qui aurait un effet dissuasif.

⁷¹ art. 33 ss LFINMA et art. 35a LBVM

S'agissant de la poursuite pénale et du jugement des auteurs de délits boursiers, la FINMA se dit certes favorable à l'attribution des compétences correspondantes au Ministère public de la Confédération et aux Tribunaux fédéraux, mais elle rejette l'idée d'une délégation de compétence aux cantons par le Ministère public dans les cas dits simples. Elle réclame par ailleurs que la frontière entre droit pénal et droit de la surveillance soit plus claire et que dans le domaine du droit régissant l'obligation de déclarer les participations, la compétence de suspendre l'exercice du droit de vote soit transférée du juge civil à l'autorité de surveillance et complétée dans le même temps par la possibilité d'interdire des achats supplémentaires. En matière d'offres publiques d'acquisition par contre, cette double compétence doit être du ressort de la Commission des OPA (COPA).

Produits structurés

En 2009, la FINMA a pris la décision de principe selon laquelle la distinction entre produits structurés et placements collectifs de capitaux se ferait désormais sur la base d'une appréciation visant à déterminer, sur le plan juridique et formel, si les critères constitutifs d'un placement collectif de capitaux sont remplis⁷². Suite à cette décision, une consultation a été effectuée auprès des participants au marché et des parties prenantes. L'analyse approfondie des prises de position transmises à la FINMA a montré qu'en matière de distinction entre produits structurés et placements collectifs de capitaux, le passage à une

appréciation juridico-formelle et l'introduction d'une obligation correspondante d'étiquetage clair et précis ont été largement plébiscités.

La pratique de la FINMA concernant la distinction entre produits structurés et placements collectifs de capitaux est détaillée dans la foire aux questions (FAQ) « Produits structurés » de la FINMA. Une mise à jour de cette foire aux questions a été publiée sur le site web de la FINMA en décembre 2010.

Afin d'éviter tout risque de tromperie ou de confusion, l'émetteur de produits structurés est soumis à une obligation d'étiquetage. La mention indiquant que le produit structuré n'est pas un placement collectif de capitaux et n'est pas soumis à l'autorisation de l'autorité de surveillance doit figurer en bonne place et en caractères gras sur la première page du prospectus simplifié de tous les produits structurés ainsi que de tous les autres documents, notamment les *termsheets* indicatifs et les *offering circulars*.

Cette réorientation de la pratique en matière de distinction entre produits structurés et placements collectifs de capitaux a permis à SIX Swiss Exchange de lancer un nouveau segment dédié aux Exchange Traded Products ou ETP. Ces derniers sont des produits structurés couverts, libellés au porteur et émis en tant que valeurs mobilières. Ils répliquent l'évolution du cours d'un sous-jacent à l'identique ou avec un effet de levier, et leur couverture a pour effet de réduire le risque d'émetteur. La FINMA a approuvé la réglementation correspondante.

Autorisations

Admission de négociants étrangers opérant pour compte propre en tant que participants d'une bourse

Conformément à la directive européenne sur les marchés d'instruments financiers (MiFID)⁷³, les négociants étrangers opérant pour compte propre (*proprietary traders*) ne sont plus soumis, dans l'espace européen, au contrôle prudentiel des autorités

de surveillance compétentes⁷⁴. Autrement dit, ils sont autorisés à pratiquer sans restriction le négoce de titres en leur nom propre et pour leur propre compte sur tous les marchés européens. En 2010, SIX Swiss Exchange a reçu de la part de négociants étrangers opérant pour compte propre plus d'une vingtaine de demandes d'admission au négoce auprès de SIX Swiss Exchange et de Scoach Suisse SA. Cinq de ces

⁷² cf. Rapport annuel 2009 de la FINMA, p. 64-65

⁷³ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers en vertu de l'art. 2,

par. 1, let. d de la directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers

demandes émanaient de négociants non réglementés. La FINMA pourrait fort bien s'appuyer sur les dispositions de l'ordonnance sur les bourses⁷⁵ pour leur refuser l'autorisation d'admission en tant que participants étrangers (*remote member*), dans la mesure où, faute de compétence prudentielle, aucune autorité de surveillance étrangère n'est en mesure de délivrer l'attestation de surveillance préalablement requise. Reste que la non-admission de négociants étrangers opérant pour compte propre pourrait entraîner un désavantage important pour SIX Swiss Exchange sur le plan de la concurrence internationale. La bataille qui fait rage dans la conquête des parts de marché et des volumes d'échange, notamment dans le domaine des *blue chips* suisses, la forte concurrence émanant des systèmes multilatéraux de négociation en Europe (*multilateral trading facilities* ou MTF), mais aussi le caractère désormais obsolète des dispositions de l'art. 53 OBVM au regard de l'évolution du droit européen ont donc entraîné un changement de

pratique. Désormais, les négociants étrangers non réglementés opérant pour compte propre peuvent être temporairement admis au négoce à la SIX Swiss Exchange en qualité de participants étrangers même sans l'attestation de l'autorité de surveillance étrangère exigée au titre de l'ordonnance sur les bourses. En lieu et place de cette attestation officielle, les négociants non réglementés doivent signer une déclaration dans laquelle ils s'engagent à respecter les exigences réglementaires comme l'obligation de déclarer, de renseigner et de tenir un journal, et à se comporter en conséquence sur les marchés.

Cette pratique relative aux négociants étrangers opérant pour compte propre doit encore être inscrite dans le droit positif. De même, le souci de garantir une égalité de traitement pousse à appliquer une réglementation analogue aux négociants pour compte propre de nationalité suisse, raison pour laquelle des efforts ont été entrepris.

Pratique prudentielle

SIX Swiss Exchange

La révision de la législation européenne sur les marchés financiers opérée au travers de la directive MiFID a causé de très fortes turbulences économiques dans le domaine du négoce boursier transfrontière. L'admission des MTF en particulier a eu pour effet de durcir considérablement la concurrence que se livrent les différentes places de négoce. Ce durcissement n'a pas été sans conséquence pour SIX Swiss Exchange, qui a vu sa quote-part dans le volume de négoce des *blue chips* européennes reculer de manière significative, surtout au profit du MTF Chi-X à Londres. Ce dernier s'est ainsi hissé en fin d'année à la deuxième place du palmarès des places boursières européennes en termes de volume négocié, juste derrière le London Stock Exchange et devant NYSE Euronext; il s'est même adjugé la première position en ce qui concerne les transactions des *blue chips* européennes. De son côté, en comparaison avec les chiffres de l'année pré-

cédente, bien que parvenue à conserver sa sixième place en ce qui concerne les volumes négociés, SIX Swiss Exchange a chuté de la huitième à la dixième place pour ce qui est du nombre de transactions.

Un assouplissement des règles prudentielles pour renforcer la compétitivité des participants au marché

La concurrence bat son plein sur les marchés européens. D'un côté, on trouve les MTF, qui sont globalement assujettis à des règles moins strictes que les bourses traditionnelles et bénéficient de ce fait d'un avantage compétitif marquant grâce à la diminution des coûts qu'ils en retirent. De l'autre, les Etats européens et les autorités de surveillance nationales tentent de favoriser leur propre place financière par des mesures ciblées. Dans ce contexte international hautement concurrentiel, SIX Swiss Exchange est mise à rude épreuve, alors même que la LFINMA⁷⁶

⁷⁵ selon l'art. 53 OBVM
⁷⁶ art. 5 LFINMA

fait obligation à l'autorité de surveillance suisse de contribuer à renforcer la compétitivité de la place financière suisse. C'est au nom de cette mission qu'il convient, entre autres, d'adapter le droit suisse, de même que sa mise en œuvre, à la législation européenne en vigueur dans ce domaine. L'admission des négociants étrangers non réglementés opérant pour compte propre en tant que participants d'une bourse auprès de SIX Swiss Exchange est un exemple type de ce rapprochement⁷⁷. Reste donc à s'interroger sur la nécessité de poursuivre l'assouplissement de nos règles prudentielles – toujours très rigoureuses – au nom de la compétitivité et de la recherche d'avantages concurrentiels (avec les risques de réputation qui vont de pair), dans le seul but de préserver la compétitivité des participants suisses au marché au regard du droit européen.

Interopérabilité

En 2010, SIX x-clear SA s'est avant tout attachée à trouver les moyens d'accéder, en qualité de contrepartie centrale, aux bourses et aux MTF étrangers, en instaurant un régime d'interopérabilité avec les chambres de compensation locales. Conformément au code de conduite européen en matière de compensation et de règlement-livraison, qui fait foi dans

le secteur du clearing et du règlement des opérations, l'interopérabilité consiste à relier plusieurs chambres de compensation entre elles aux fins de compensation des transactions sur titres. Les autorités de réglementation⁷⁸ suisses (BNS et FINMA) mais aussi britanniques (FSA et Banque d'Angleterre) et néerlandaises (Autoriteit Financiële Markten et De Nederlandsche Bank) ont, dans une déclaration conjointe, manifesté leur soutien aux efforts entrepris dans ce sens par leurs chambres de compensation respectives (SIX x-clear SA, LCH.Clearnet Group Ltd, European Central Counterparty Limited et European Multilateral Clearing Facility). Elles estiment que le modèle de gestion des risques inter-CCP ne doit pas seulement tenir compte des risques inhérents à l'interopérabilité entre les chambres de compensation mais aussi être en phase avec

- les normes d'interopérabilité
- du Système européen de banques centrales et du Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières ;
- du Comité des systèmes de paiement et de règlement de l'OICV ;
- ainsi qu'avec la législation de la Commission européenne et les développements correspondants.

Perspectives

Négoce de l'énergie

La libéralisation du marché de l'électricité a entraîné une augmentation sensible de l'activité des participants au marché dans le domaine du commerce de l'électricité et tout particulièrement dans celui des produits dérivés de l'électricité. Les opérations de gré à gré (*over the counter* ou OTC) réalisées par les négociants suisses en électricité dépassent toujours, et de loin, les transactions effectuées en bourse, que ce soit en termes de chiffre d'affaires ou de valeur contractuelle. Parce qu'elles n'entrent pas dans la catégorie des valeurs mobilières telle que définie par la loi sur les bourses⁷⁹, les opérations de

gré à gré ne sont pas directement réglementées et contrôlées par la FINMA. Soucieuse néanmoins d'avoir une bonne vue d'ensemble des intervenants et des risques encourus et de poursuivre les clarifications entamées dans le contexte de la motion Rechssteiner déposée en septembre 2009⁸⁰, la FINMA a décidé de procéder à une observation du marché avec la Commission fédérale de l'électricité (EiCom) et l'OFEN afin d'évaluer les risques liés au négoce de l'énergie. Les dix plus gros fournisseurs d'énergie suisses ont donc été invités à s'exprimer sur leurs risques de marché et de crédit dans le domaine du négoce de l'énergie. Poursuivant leur examen lors

⁷⁷ cf. le chapitre « Admission de négociants étrangers opérant pour compte propre en tant que participants d'une bourse », p. 67

⁷⁸ Autorités de surveillance du négoce de titres et banques centrales

⁷⁹ art. 12 let. a LBVM

⁸⁰ cf. Rapport annuel 2009 de la FINMA, p. 66

d'une séance de questions fin septembre 2010, les autorités concernées se sont concentrées sur les trois principaux fournisseurs en approfondissant leurs

investigations concernant les risques liés au négoce d'énergie pour compte propre. Le dépouillement des réponses n'était pas encore achevé à fin 2010.

Offres publiques d'acquisition et publicité des participations

Fondements

Conduite des procédures dans le domaine du droit en matière de publicité des participations

La révision de l'art. 41 LBVM, entrée en vigueur avec la LFINMA le 1^{er} janvier 2009, étend la sanction des violations de l'obligation de déclarer prévue à l'art. 20 LBVM au cas de négligence, ce qui a entraîné une augmentation sensible du nombre d'infractions présumées et de dénonciations de violations de l'obligation de déclarer. Sur cette base et compte tenu de l'obligation de dénoncer que lui impose l'art. 38 al. 3 LFINMA, la FINMA a décidé de durcir à l'avenir sa pratique et d'adopter

une procédure consistant à dénoncer au DFF toute violation éventuelle des obligations de déclarer prévues par le droit boursier, pour autant qu'il existe un soupçon fondé. Elle décidera elle-même au cas par cas du moment de la dénonciation. Par principe, la FINMA accorde la priorité au droit de la surveillance et à l'éclaircissement des faits relevant de la surveillance. Ayant elle-même, en sa qualité d'autorité de surveillance, intérêt à procéder à des clarifications approfondies, elle attendra en règle générale d'avoir accompli ces vérifications avant de dénoncer les infractions présumées au DFF.

Réglementation

Droit en matière de publicité des participations : mandat de révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur les bourses

L'art. 17 OBVM-FINMA, qui constitue une disposition spéciale régissant l'obligation de déclarer des placements collectifs de capitaux suisses et étrangers, a souvent posé problème dans son interprétation et son application. Les difficultés, rencontrées aussi bien par les investisseurs que par les instances pour la publicité des participations, concernent en particulier

- l'exemption de l'obligation de consolider les participations avec celles du groupe dans le cas de placements collectifs de capitaux suisses,
- l'obligation explicite de fournir une attestation d'indépendance de l'autorité de surveillance compétente de l'Etat du siège, pour les placements collectifs de capitaux étrangers,

– l'obligation de déclarer pour les fonds ou placements collectifs de capitaux regroupant un petit nombre d'investisseurs (investisseurs qualifiés).

La FINMA examine actuellement différentes possibilités d'amélioration à moyen terme. Elle recherche également le moyen de diminuer les charges liées à la surveillance pour les investisseurs au regard de l'obligation passive de déclarer. A ce titre, elle envisage d'instaurer une publication centralisée et standardisée des paramètres nécessaires aux calculs des seuils⁸¹. Enfin, elle évalue la possibilité de préciser le libellé de l'art. 20 LBVM pour les investisseurs qui franchissent un seuil à la hausse ou à la baisse après l'avoir, dans un premier temps, atteint de manière exacte⁸².

⁸¹ art. 2 al. 2 OBVM-FINMA

⁸² art. 11 OBVM-FINMA

Placements collectifs de capitaux

Fondements

Conditions-cadre et développement dans le domaine des placements collectifs de capitaux

L'échange d'informations joue un rôle capital tant dans le cadre des procédures d'approbation qu'en matière de surveillance. Avec plus de 1300 placements collectifs de capitaux suisses approuvés et plus de 5200 placements collectifs de capitaux étrangers approuvés à la distribution au public en Suisse ou depuis la Suisse, la collaboration entre le marché et les autorités de surveillance dans le domaine des placements collectifs de capitaux est particulièrement étroite.

Communication FINMA « Placements collectifs de capitaux »

En complément aux contacts individuels avec les différents acteurs du marché, la FINMA publie depuis le 1^{er} avril 2010 et à intervalles réguliers, une communication FINMA intitulée « Placements

collectifs de capitaux ». Ces communications⁸³ ont pour but d'informer directement et rapidement les titulaires d'autorisation sur les thèmes essentiels et les questions d'actualité en matière de surveillance ainsi que sur les développements internationaux. Chaque communication contient par ailleurs des statistiques sur la durée de traitement des requêtes. Ces statistiques donnent une information anonymisée de la durée totale du processus d'approbation des placements collectifs de capitaux suisses (tant du côté du requérant que de celui de la FINMA). Elles permettent à la FINMA d'examiner les possibilités d'améliorer le processus d'approbation en engageant le dialogue avec les requérants dont la procédure d'approbation a nécessité un délai de traitement supérieur à la moyenne. Il ressort des nombreuses réactions que cette nouvelle publication suscite un vif intérêt, et qu'elle a été bien accueillie par les acteurs du marché.

Réglementation

Champ d'application de la loi sur les placements collectifs de capitaux dans le domaine des sociétés de participation

La révision totale de l'ancienne loi sur les fonds de placement avait pour but de créer de nouvelles formes juridiques pour les placements collectifs de capitaux suisses. Aux sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) connues sous la législation européenne sont venues s'ajouter les sociétés en commandite de placements collectifs et les sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF).

Définition de la SICAF

Le projet de loi sur les placements collectifs de capitaux définissait la SICAF comme une société anonyme régie par le Code suisse des obligations,

ayant pour unique but le placement collectif de capitaux et étant destinée à la fois au public et aux investisseurs qualifiés. Les SICAF s'adressant au public devaient obligatoirement être cotées à une bourse suisse. Lors des débats parlementaires, les dispositions relatives aux SICAF, à commencer par la définition, ont été sujettes à controverse. Le Conseil des Etats a finalement trouvé un compromis, qui a par la suite été entériné par le Conseil national et aux termes duquel la SICAF se définit comme une société anonyme régie par le Code suisse des obligations, dont le but unique est le placement collectif de capitaux, dont les actionnaires ne sont pas nécessairement des actionnaires qualifiés au sens de l'art. 10 al. 3 LPCC et qui n'est pas cotée à une bourse suisse.

⁸³ cf. <http://www.finma.ch/finma/publikationen/pages/finma-mitteilungen.aspx>

Nécessité d'une révision

Les dispositions en vigueur sur la SICAF s'appliquent également aux sociétés anonymes fondées avant l'entrée en vigueur de la loi sur les placements collectifs de capitaux. Cette application s'est toutefois avérée difficile en pratique dans la mesure où l'absence de critères de délimitation précis quant à l'obligation d'assujettissement confère à la loi sur les placements collectifs de capitaux un champ d'appli-

cation extrêmement vaste. Les expériences menées jusqu'ici dans le cadre de l'application des nouvelles dispositions légales révèlent que les ambiguïtés et parfois même les contradictions qui découlent de la loi ne peuvent pas être levées uniquement par une évolution de la pratique en matière de procédure d'autorisation, mais nécessitent la révision des dispositions légales concernées.

Autorisations

Renforcement de l'efficacité et de l'efficience de la surveillance

Par le passé, l'autorité de surveillance s'est acquittée, à titre de service rendu aux titulaires d'autorisation, de tâches qui, légalement, ne lui incombait pas. Soucieuse d'accroître l'efficacité de la surveillance exercée sur les placements collectifs de capitaux, elle a désormais décidé de renoncer – dans la mesure du possible – à fournir ce type de prestations en matière d'approbation des produits et de leurs modifications. Outre la suppression de la procédure d'examen préalable pour les placements collectifs de capitaux étrangers non eurocompatibles (Non-UCITS) et la simplification de la procédure en vigueur pour les placements collectifs étrangers conformes à la directive UCITS III – notamment par la suppression du Swiss Finish – la FINMA renonce désormais également, pour ce qui est des fonds de placements contractuels de droit suisse, au contrôle des prospectus, des prospectus simplifiés et de leurs modifications ainsi qu'au contrôle préalable des modifications apportées aux contrats de fonds régissant ces produits.

Ces services rendus par la FINMA avaient non seulement pour effet de prolonger parfois la procédure, mais également d'empêcher les titulaires d'autorisations de prendre suffisamment conscience des responsabilités qui leur incombent. Aussi, parallèlement à la suppression de ces services, la surveillance – et notamment le respect par les titu-

lares d'autorisations de leurs responsabilités – doit être renforcée.

Placements collectifs de capitaux dans le domaine immobilier

En 2010, le nombre de demandes d'autorisation ou d'approbation de placements collectifs de capitaux dans le domaine immobilier, que ce soit sous la forme de placements collectifs ouverts (fonds de placements contractuels et SICAV) ou fermés (sociétés en commandite de placements collectifs), a sensiblement augmenté.

Lors du dépôt de la requête, le requérant doit démontrer que le produit est un placement collectif de capitaux au sens de l'art. 7 al. 1 LPCC. Les placements collectifs sont des apports constitués par des investisseurs pour être administrés en commun pour le compte de ces derniers. Les éléments constitutifs de cette définition légale doivent être remplis cumulativement.

Principe de la gestion par des tiers

L'un de ces éléments constitutifs est la gestion par des tiers. Ce principe s'applique, dans le cadre de la loi sur les placements collectifs de capitaux, indépendamment de la forme juridique du placement collectif. Ainsi, le requérant doit notamment démontrer que les investisseurs ne peuvent en aucun cas interférer dans les décisions de placement. Toutefois, dans le domaine immobilier, les

investisseurs ont la possibilité, selon la forme que revêt le placement collectif, d'interférer dans le processus décisionnel puisque, au vu du type des placements, le nombre de transactions opérées est restreint, tout comme celui des biens immobiliers acquis. De ce fait, nombre de requérants n'ont pu concrètement apporter la preuve de la gestion par un tiers.

Interdiction d'acquisition et de cession

L'interdiction d'acquisition et de cession énoncée à l'art. 63 LPCC s'applique aux placements collectifs de capitaux de type immobilier. Aux termes de cette disposition, la direction, la banque dépositaire ainsi que leurs mandataires et les personnes physiques ou morales qui leur sont proches ne peuvent pas acquérir de valeurs immobilières du fonds immobilier ou en céder à ce dernier. Une SICAV immobilière n'est pas autorisée à acquérir les valeurs immobilières de ses actionnaires entrepreneurs ou des personnes physiques ou morales qui leur sont proches, ni à leur en céder. L'interdiction d'acquisition et de cession énoncée à l'art. 63 LPCC doit être qualifiée d'impérative dans la mesure où aucune exemption ne saurait être accordée aux investisseurs qualifiés, que ce soit pour un fonds immobilier ou une SICAV immobilière.

Procédures d'autorisation

La délivrance d'autorisation aux établissements constitue, en dehors de l'approbation des produits, l'une des activités principales de la section « Placements collectifs de capitaux » de la FINMA. Si ces deux activités sont étroitement liées, elles se distinguent néanmoins très nettement l'une de l'autre.

La procédure d'autorisation d'un établissement est une procédure exigeante en matière de placements collectifs de capitaux, qui requiert un examen attentif de l'intégralité des paramètres en rapport avec la requête. Pour cette raison, la FINMA ne peut examiner les requêtes déposées de manière anonymisée, pour lesquelles il est souvent demandé à la FINMA de s'exprimer sur la faisabilité du projet.

Différence entre procédure d'autorisation et procédure d'approbation

Il apparaît souvent que les requérants méconnaissent la différence matérielle entre la procédure d'autorisation et la procédure d'approbation, cela spécialement en matière de placements collectifs de capitaux. Ces derniers peuvent en effet revêtir aussi bien le caractère de produit que celui d'établissement. La FINMA a constaté que nombre de requérants accordent la priorité au lancement d'un produit et se concentrent ainsi particulièrement sur cet aspect. Pour cette raison, leur attention n'est pas suffisamment portée sur les exigences liées à l'établissement et la requête doit malheureusement être rejetée.

Renforcement d'une surveillance axée sur les risques

Le renforcement d'une surveillance axée sur les risques dans le domaine des placements collectifs de capitaux est l'un des éléments phares de l'objectif stratégique fixé par la FINMA et visant à améliorer la protection des investisseurs. L'approche orientée sur les risques concerne les établissements soumis à la loi sur les placements collectifs de capitaux ainsi que les procédures d'autorisation et d'approbation.

Pratique prudentielle

SICAV autogérées et SICAV à gestion externe

De nouvelles formes de placements collectifs de capitaux sont admises depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les placements collectifs de capitaux, dont notamment la SICAV. Cette dernière est une société anonyme à capital variable, régie par une loi spéciale, et qui peut être conçue soit comme une SICAV autogérée soit comme une SICAV à gestion externe. La principale distinction entre ces deux formes réside dans l'étendue des tâches déléguées, dans le montant de l'apport minimal ainsi que dans l'identité du titulaire de l'autorisation qui met à disposition les fonds propres nécessaires (direction du fonds ou SICAV). Il n'existe en revanche aucune différence, s'agissant de la protection des investisseurs, qui sont protégés de manière égale en investissant dans une SICAV à gestion externe ouverte au public ou dans une SICAV autogérée ouverte au public.

Rôle des fonds propres

Les fonds propres sont également un élément important de la protection des investisseurs. Ils jouent un rôle essentiel dans la mesure où ils visent à s'assurer qu'une direction de fond – ou une SICAV – est en mesure de faire face aux engagements qui lui incombent de par son activité et ainsi de garantir sa stabilité. La SICAV autogérée doit veiller à maintenir en permanence un rapport approprié entre les fonds propres et sa fortune totale⁸⁴. A l'inverse, la SICAV à gestion externe n'est pas tenue de couvrir elle-même sa fortune par des fonds propres. Cette tâche incombe à la direction de fonds mandatée par la SICAV, qui est tenue de tenir compte de la fortune totale de la SICAV afin de calculer ses fonds propres⁸⁵.

SICAV à gestion externe

La SICAV à gestion externe ouverte au public ne dispose pas elle-même de fonds propres. Partant, elle ne peut assumer ni les tâches administratives ni la gestion de son patrimoine. Dans le but de protéger les investisseurs, elle est tenue de déléguer

l'ensemble de ses activités à la direction du fonds qui détient les fonds propres nécessaires. Une SICAV ne peut donc être qualifiée de SICAV à gestion externe que si elle a délégué le traitement de ses tâches administratives et la gestion de sa fortune à une direction de fonds autorisée. Conformément aux termes de la loi sur les placements collectifs de capitaux, il est néanmoins possible de déléguer – via la direction du fonds – la gestion de la fortune à un gestionnaire de fortune autorisé. Cette possibilité est conforme à la volonté du législateur, selon lequel une SICAV à gestion externe ne doit assumer aucune tâche d'ordre organisationnel, à l'exclusion de son assemblée générale, ni disposer de personnel en sus de son conseil d'administration.

SICAV autogérée

La SICAV ouverte au public qui assume elle-même certaines activités est toujours qualifiée de SICAV autogérée. Dans ce cas, le traitement des tâches administratives n'est délégué qu'en partie à une direction de fonds autorisée et la gestion de la fortune de la SICAV ne lui est pas obligatoirement confiée. La SICAV autogérée ouverte au public doit, compte tenu des tâches qu'elle assume elle-même, disposer de personnel, d'infrastructures adéquates et d'une structure organisationnelle spécifique. Cette règle ne s'applique toutefois pas nécessairement aux SICAV pour investisseurs qualifiés, auxquels doit être assurée la plus grande souplesse possible.

Apports et remboursements en nature opérés dans le cadre d'un fonds ouvert au public

Lors d'un apport en nature (*payment in kind*), l'investisseur dépose des actifs autres que des capitaux dans un fonds. De même, lors d'un remboursement en nature (*redemption in kind*), il est remboursé au moyen d'actifs autres que des capitaux. Conformément à la loi sur les placements collectifs de capitaux, les apports et remboursements en nature opérés dans le cadre d'un fonds ouvert au public

⁸⁴ art. 39 al. 1 LPCC
⁸⁵ art. 48 al. 4 OPCC

sont en principe interdits, sauf exceptions consenties par la FINMA⁸⁶. La FINMA a décidé d'autoriser, à tout moment et plus seulement à titre exceptionnel, les apports et remboursements en nature opérés dans le cadre d'un fonds ouvert au public, dès lors que sont respectées les conditions énoncées ci-après.

Forme concrète de la protection des investisseurs

La protection des investisseurs lors d'apport ou de remboursements en nature doit être assurée. En outre, la direction de fonds ou la SICAV est tenue, lors du transfert de valeurs réelles, de protéger exclusivement les intérêts des investisseurs. Par ailleurs, les titulaires d'autorisation sont tenus de mener une politique de placement qui respecte de façon permanente les caractéristiques d'investissement fixées dans les documents afférents à chaque placement collectif de capitaux⁸⁷. En outre, les placements ne peuvent être acquis et cédés pour compte propre qu'au prix du marché. La banque dépositaire doit pour sa part veiller, lors de chaque apport ou remboursement en nature, au respect du devoir de fidélité par la direction de fonds ainsi qu'à l'évaluation des actifs transférés et des parts émises ou rachetées. Toutes les réserves éventuelles doivent être communiquées sans délai à la société d'audit. Par ailleurs, les conditions particulières auxquelles l'apport ou le remboursement en nature doit être autorisé, doivent figurer dans le contrat de fonds ou le règlement d'investissement du placement collectif de capitaux concerné. La direction de fonds ou la SICAV est responsable de leur stricte observation.

Notion d'appel au public

Dans le cadre de l'examen concret d'un cas en lien avec la Circulaire FINMA 2008/8 « Appel au public – placements collectifs » entrée en vigueur le 30 septembre 2009⁸⁸, la FINMA s'est demandée si les gestionnaires de fortune indépendants étaient exemptés des exigences énoncées à l'art. 6 al. 2 OPCC, dès lors qu'ils exerçaient déjà en vertu d'une autorisation de distribution au sens de l'art. 19 LPCC. La FINMA a décidé qu'il convenait de répondre à cette question par la négative aux motifs que

- les distributeurs agissent en qualité d'intermédiaires financiers à la vente pour le compte des producteurs tandis que les gestionnaires de fortune agissent en tant qu'intermédiaires financiers à l'achat « non liés » et « indépendants » pour le compte du client,
- les distributeurs sont, en raison de la notion « d'appel au public », assujettis à la loi sur les placements collectifs de capitaux, à l'inverse des gestionnaires de fortune qui, du fait du critère de l'activité exercée à titre professionnel, sont soumis à la loi sur le blanchiment d'argent.

Enfin, les contrats de distribution passés par les distributeurs sont régis par des normes minimales spécifiques, tandis que les contrats de gestion de fortune passés par les gestionnaires sont soumis à des normes minimales différentes. Cette décision a fait l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif de la Confédération. La procédure est en cours.

⁸⁶ art. 78 LPCC

⁸⁷ art. 21 al. 1 LPCC

⁸⁸ cf. <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2008-08-f.pdf>

Sociétés d'audit, agences de notation et accounting

Réglementation

Traitement des produits structurés dans la Circulaire « Comptabilité – banques »

En vertu de la Circulaire FINMA 2008/2 « Comptabilité – banques »⁸⁹ et de la pratique suivie à cet égard par la FINMA, les banques doivent, pour l'évaluation des produits structurés qu'elles émettent et qui comportent une reconnaissance de dette propre, séparer le dérivé du contrat de base et les évaluer séparément (bifurcation), étant entendu que seul le dérivé doit être évalué à la juste valeur. La FINMA a constaté que les prescriptions en question sont interprétées différemment, ce qui l'a incitée à mener des discussions avec les parties concernées. Elle est ainsi arrivée à la conclusion que, dans certaines situations, une évaluation globale à la juste valeur desdits produits structurés émis, qui comportent une reconnaissance de dette propre, constitue une approche plus judicieuse que l'évaluation séparée exigée actuellement. C'est le cas lorsque les produits structurés émis qui comportent une reconnaissance de dette propre font partie d'une stratégie assimilable à une activité de négoce. Aussi la FINMA a-t-elle complété la rubrique FAQ « Comptabilité des banques » en conséquence. Sous certaines conditions, les produits structurés émis qui comportent une reconnaissance de dette propre peuvent donc être globalement évalués à la juste valeur s'ils font partie d'une stratégie assimilable à une activité de négoce. Ces conditions prévoient notamment que les fonds provenant de l'émission doivent être immédiatement affectés à la couverture des risques des produits structurés émis. Les excédents éventuels doivent en principe être utilisés dans le cadre de l'activité de négoce et ne peuvent de ce fait pas être affectés significativement au refinancement d'autres activités opérationnelles. En outre, les produits structurés émis et qui comportent une reconnaissance de dette propre doivent former, avec les instruments de couverture correspondants, un groupe d'actifs

et de passifs financiers qui doit être géré sur la base de la juste valeur et dont la performance doit être mesurée conformément à la juste valeur. L'évaluation à la juste valeur des diverses composantes du groupe d'actifs et de passifs financiers permet en principe d'éviter une non-concordance comptable (*accounting mismatch*). De plus, l'impact éventuel de la propre solvabilité sur la juste valeur du produit structuré émis doit être neutralisé et ne doit pas impacter le compte de résultat. Les établissements qui procèdent à une évaluation globale des produits structurés émis et qui comportent une reconnaissance de dette propre doivent fournir des informations complémentaires dans l'annexe aux comptes.

Audit

Les sociétés d'audit constituent une importante source d'informations pour l'activité de surveillance de la FINMA. Dans le cadre de la révision des concepts appliqués dans les différents domaines de surveillance, le rôle des sociétés d'audit fait actuellement l'objet d'un examen. L'engagement de sociétés d'audit auprès des établissements assujettis en tant que « bras armé » de la FINMA est en principe maintenu.

Dans le cadre de la révision des circulaires en matière d'audit, la FINMA s'emploie à ce que l'engagement des sociétés d'audit dans les différents domaines de surveillance soit largement standardisé et plus concentré sur les risques. Les inconvénients du système actuel, qui ont surtout conduit à des conflits d'intérêts au sein des sociétés d'audit, devraient en outre disparaître dans toute la mesure du possible. A l'avenir, les sociétés d'audit devront pouvoir bénéficier d'un degré d'indépendance plus élevé dans leur activité auprès des clients audités et, par là, faire preuve d'une plus grande responsabilité envers la FINMA. Dans ce contexte, l'échange d'informations entre les

⁸⁹ cf. <http://www.finma.ch/fi/regulierung/Documents/finma-rs-2008-02-f.pdf>

sociétés d'audit et la FINMA doit être renforcé et permettre que cette dernière soit associée à temps à la planification de l'audit.

Dans sa réponse du 26 novembre 2010 au rapport des CdG du 31 mai 2010, la FINMA souligne qu'elle envisage de séparer complètement les vérifications prudentielles de celles relevant du droit des obligations et que les compétences et l'indépendance des sociétés d'audit devront à l'avenir être soumises à des exigences plus sévères et à des contrôles de qualité par les autorités de surveillance. La FINMA élabore actuellement des exigences précises en vue d'introduire des mesures propres à améliorer la qualité des audits. Elle étudie également l'impact que cela pourra avoir au niveau des lois et des ordonnances afin de soumettre, si nécessaire, des propositions. Sur la base du « Livre vert » présenté en octobre 2010 par Michel Barnier⁹⁰, membre de la Commission européenne chargé du marché intérieur, l'UE a également mis en discussion un vaste catalogue de propositions visant à réformer la réglementation en matière d'audit.

L'engagement des sociétés d'audit doit être précisé dans une nouvelle circulaire de la FINMA, qui remplacera la Circulaire 2008/41⁹¹ « Questions en matière d'audit » actuellement en vigueur. Certaines des circulaires émises par les autorités ayant précédé la FINMA seront aussi de ce fait abrogées.

Négociations entre le PCAOB, l'ASR et la FINMA sur les joint inspections

Conjointement avec l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR), la FINMA a mené des négociations avec le Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) américain sur la faisabilité de vérifications communes (*joint inspections*) auprès des sociétés d'audit en Suisse. Cela s'est avéré nécessaire parce que le PCAOB doit surveiller toute société d'audit qui vérifie les comptes ou une importante partie des comptes d'une société cotée en bourse aux Etats-Unis. A cet égard, le siège social et le pays d'origine tant de la société soumise à révision que de la société d'audit n'ont pas d'importance. Les négociations, qui ont commencé dès 2008 et se sont poursuivies en 2010, se sont essentiellement concentrées sur les conditions juridiques et les critères énoncés par la loi sur la surveillance de la révision (LSR) dans le domaine de l'entraide administrative et des contrôles transfrontières. Un autre point de négociation a porté sur la mise en place et le déroulement de ces *joint inspections* et, partant, sur la reconnaissance par le PCAOB du système suisse de surveillance des sociétés d'audit comme équivalent au système américain.

⁹⁰ Livre vert – Politique en matière d'audit: les leçons de la crise (cf. http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index_fr.htm)

⁹¹ cf. <http://www.finma.ch/t/regulierung/Documents/finma-rs-2008-41-f.pdf>

Pratique prudentielle

Enquête sur l'ampleur des travaux d'audit auprès des banques et négociants en valeurs mobilières

Chaque année, les sociétés d'audit communiquent à la FINMA le total des coûts, en heures et en francs, liés aux audits des banques et négociants en valeurs mobilières. Ces chiffres servent à effectuer des comparaisons croisées et fournissent des indications importantes qui per-

établissement.⁹² En vertu de la Communication FINMA 12 datée du 23 juillet 2010 concernant l'«Engagement de sociétés d'audit prudentielles»⁹³, il est désormais exigé qu'une société d'audit participant à une procédure d'autorisation

- ne puisse pas exercer le mandat de société d'audit prudentielle régulière juste après l'octroi de l'autorisation et
- ne puisse pas non plus accepter un tel mandat d'audit pendant une période de trois ans à compter de l'octroi de l'autorisation.

La FINMA travaille en étroite collaboration avec l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision pour l'agrément, la surveillance et le contrôle des sociétés d'audit

mettent, le cas échéant, d'entreprendre d'autres recherches ciblées. Ces enquêtes constituent un élément essentiel de la surveillance des sociétés d'audit. Les coûts d'audit (audit interne et externe) ont diminué de 20,8 millions de francs suisses par rapport à 2008 pour s'établir à 531,8 millions de francs suisses en 2009 (ils avaient augmenté de dix millions de francs suisses en 2008 par rapport à 2007). Pour la même période, le nombre des années-homme (une année-homme équivaut à 1800 heures de révision) s'est par contre réduit de 59 pour s'établir à 1720 années-homme (leur nombre avait augmenté de 133 années-homme en 2008 par rapport à 2007). D'une année sur l'autre, la révision interne, mesurée en années-homme, représente environ 60 % du volume total d'audit.

Engagement de sociétés d'audit prudentielles

Pour la procédure d'autorisation visant à assujettir de nouveaux établissements à surveillance, la FINMA se fonde aussi sur les travaux des sociétés d'audit. Dans la pratique, il s'est avéré qu'une société d'audit travaillant pour la FINMA dans le cadre d'une procédure d'autorisation pouvait se trouver confrontée à un conflit d'intérêts si elle obtenait aussi le futur mandat d'audit du nouvel

Il s'agit par là plus particulièrement de renforcer l'indépendance de la société d'audit dès la procédure d'autorisation des établissements financiers. Tous les changements de société d'audit prudentielle doivent désormais être communiqués à la FINMA trois mois déjà avant le début du nouvel exercice pour lequel le changement doit prendre effet. La nouvelle société d'audit prudentielle choisie peut ainsi planifier ses tâches à temps, tandis que l'ancienne société d'audit est en mesure d'exercer son mandat d'audit courant sans aucune pression. Simultanément, la communication entre l'ancienne et la nouvelle société d'audit prudentielle et la coordination avec la révision interne doivent être assurées en temps voulu. Cette procédure permet d'éviter qu'un changement de société d'audit prudentielle ne provoque une lacune dans la surveillance.

Contrôle de la qualité des sociétés d'audit

La FINMA surveille l'activité des sociétés d'audit dans le secteur financier. Elle travaille en étroite collaboration avec l'ASR aussi bien pour l'agrément que la surveillance et le contrôle des sociétés d'audit⁹⁴. La FINMA applique les procédures en vue de délivrer aux sociétés d'audit et aux auditeurs responsables l'agrément spécifique requis par la loi. Au travers d'inspections, la FINMA vérifie et évalue la façon dont les sociétés d'audit exercent certains mandats de révision. Dans quelques cas,

⁹² cf. chap. «Audit», p. 76

⁹³ <http://www.finma.ch/finma/publikationen/Documents/finma-mitteilung-12-2010-f.pdf>

⁹⁴ cf. Rapport annuel 2009 de la FINMA, p. 75 s.

la FINMA a constaté que les sociétés d'audit ne déclarent pas les sérieuses violations des dispositions légales et les graves irrégularités qu'elles observent en matière de surveillance auprès des établissements assujettis, et qu'elles ne les mentionnent pas non plus dans leur rapport. Dans ce contexte, les sociétés d'audit concernées et plus particulièrement leurs auditeurs responsables ont en conséquence fait l'objet d'un blâme. Ces sociétés sont en outre tenues de soumettre à la FINMA les mesures qu'elles proposent pour améliorer la situation. La FINMA évalue ces mesures et vérifie leur application dans le cadre de son activité courante de surveillance.

Les sociétés d'audit portent encore des jugements (trop) bienveillants sur les constatations justifiées qu'elles font auprès de leurs clients. Cela tient à plusieurs raisons. A titre de mesures correctrices, la FINMA a par conséquent entrepris d'effectuer des inspections plus fréquentes auprès des sociétés d'audit et de procéder à ses propres vérifications (*reviews*) auprès des établissements assujettis. Pour clarifier certains faits spécifiques constatés auprès de ces derniers, la FINMA fait parfois aussi appel à des tiers et à des chargés d'enquête. D'autres mesures destinées à renforcer les structures sont en outre examinées dans le cadre des travaux consacrés à l'audit et à l'engagement des sociétés d'audit⁹⁵.

Vérification des états financiers

Une des tâches de « SIX Exchange Regulation » consiste aussi à faire en sorte que les prescriptions comptables qu'elle a reconnues soient appliquées pour établir les états financiers des émetteurs cotés auprès de SIX Swiss Exchange. Dans le passé, la question de savoir si ou dans quelle mesure SIX Exchange Regulation devait aussi exercer cette activité auprès des établissements surveillés par la FINMA a été soulevée à de nombreuses reprises. Aussi, la FINMA et SIX Exchange Regulation ont-elles élaboré une solution de principe qui définit les compétences correspondant aux différentes questions qui se posent. Cette solution prévoit qu'à l'avenir les états financiers des banques, négociants en valeurs mobilières et entreprises d'assurance suisses cotés auprès de SIX Swiss Exchange seront examinés soit par la FINMA soit par SIX Exchange Regulation. SIX Exchange Regulation sera compétente pour les normes comptables IFRS, US GAAP et Swiss GAAP RPC. De son côté, la FINMA se concentrera sur les prescriptions relatives à l'établissement des comptes prévues par la législation sur les banques. La FINMA et SIX Exchange Regulation appliqueront de manière indépendante les normes d'établissement des comptes relevant de leur compétence, en suivant les procédures qu'elles ont chacune établies à cette fin. Cette solution de répartition des compétences a fait l'objet d'un communiqué de presse commun publié par la FINMA et SIX Exchange Regulation⁹⁶.

⁹⁵ cf. chap. « Audit », p. 76

⁹⁶ cf. http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/mm-six-exchange-finma-rechnungsaufsicht-20101209_f.pdf

Blanchiment d'argent

Fondements

Lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme financier au niveau international

En octobre 2009, le Groupe d'Action financière (GAFI) a décidé d'effectuer une révision partielle de ses standards. Les groupes d'experts constitués à cet effet ont débuté leurs travaux en 2010. La FINMA y participe en tant que membre de la délégation suisse au GAFI, délégation menée par le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI). Il est prévu que le GAFI entérine la révision des standards à sa séance plénière d'octobre 2011 et entame sur cette base un quatrième cycle d'évaluation dès 2013.

Le premier groupe d'experts du GAFI a été chargé de développer un texte sur l'approche axée sur les risques à l'attention non seulement des intermédiaires

financiers, mais également des Etats et des autorités de surveillance dans leur rôle de régulateurs et de superviseurs. Le groupe s'est vu également confier la révision de la recommandation du GAFI en matière de devoirs de diligence des intermédiaires financiers (recommandation 5)⁹⁷. Outre des clarifications sur l'identification des personnes morales et des trusts, ainsi que de leurs ayants droit économiques, le groupe proposera de préciser les devoirs relatifs aux bénéficiaires d'assurance-vie. Il élaborera aussi une version révisée de la recommandation en matière de délégation à un tiers (recommandation 9). Enfin, les réflexions du groupe portent sur la transparence des personnes morales et des trusts (recommandations 33 et 34).

Réglementation

Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent

Les *trois* ordonnances sur le blanchiment d'argent de la FINMA (OBA-FINMA 1, OBA-FINMA 2 et OBA-FINMA 3), qui reposaient sur les ordonnances correspondantes des organisations préexistantes – la Commission fédérale des banques, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent – ont été réunies en *une seule* ordonnance. La nouvelle ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Elle prévoit des délais transitoires.

Simplification des dispositions grâce aux efforts d'harmonisation

Le but de l'harmonisation a consisté à simplifier les dispositions dans toute la mesure du possible ou à les fusionner de façon à faciliter les activités des intermédiaires financiers qui coopèrent entre eux ainsi que le travail des réviseurs chargés d'en vérifier

l'application. On s'est efforcé en outre d'intégrer le plus d'éléments possible dans la partie générale. La volonté d'adaptation s'est toutefois heurtée aux limites imposées par la grande importance donnée à l'autorégulation. C'est la raison pour laquelle les références aux règles d'autorégulation forment une part importante de l'ordonnance. Pour ce qui est des assurances-vie, l'ordonnance renvoie désormais au règlement de l'organisme d'autorégulation (OAR) de l'Association Suisse d'Assurances (ASA), qui règle les obligations de diligence. Ce règlement a été reconnu comme standard minimal pour toutes les assurances-vie. Il est en outre explicitement stipulé que la FINMA va s'en tenir désormais à une pratique qu'elle observe déjà et qui consiste, dans le cadre de l'approbation des règlements OAR et de la reconnaissance de l'autorégulation comme standard minimal, à prendre en compte les lignes directrices de l'ordonnance.

⁹⁷ cf. http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,fr_32250379_32236920_1_1_1_1_1,00.html

Introduction de certaines nouveautés d'ordre matériel

Fondamentalement, la nouvelle ordonnance résulte pour l'essentiel d'un regroupement technique des ordonnances existantes. L'application des dispositions révisées de la loi sur le blanchiment d'argent, laquelle était entrée en vigueur en février 2009, a aussi été intégrée dans la nouvelle ordonnance. Les normes des ordonnances existantes ont été en majeure partie reprises sans changement dans la nouvelle ordonnance. Certaines modifications d'ordre matériel se sont toutefois avérées indispensables pour des motifs d'harmonisation et pour tenir compte des développements au niveau international. Les dispositions relatives au recours à des tiers sont basées sur les distinctions faites par le GAFI. Aux termes d'un document du Comité de Bâle de mai 2009, une nouvelle obligation a été introduite en matière de *cover payments*⁹⁸ pour les banques correspondantes. De plus, suite aux critiques formulées par le GAFI dans son rapport complémentaire de 2009, les dispositions applicables aux succursales et filiales étrangères ont été étendues à tous les domaines du secteur financier. Un nouveau critère a également été adopté pour déterminer les relations d'affaires comportant des risques accrus : la complexité des structures, notamment en cas d'utilisation de sociétés de domicile. En outre, le seuil de 1500 francs suisses concernant les indications à fournir en matière d'ordres de paiement a été aboli afin d'améliorer l'euro-compatibilité de la réglementation suisse dans le domaine du trafic des paiements.

Le projet a également permis de préciser la norme de la loi sur le blanchiment d'argent relative à la possibilité de renoncer aux obligations de diligence pour les valeurs patrimoniales de faible importance. La FINMA a sciemment renoncé à fixer un seuil général pour déterminer la notion de « faible valeur ». Elle a identifié trois produits pour

lesquels le risque de blanchiment d'argent est considéré comme faible et pour lesquels, sous certaines conditions, il est possible de renoncer au respect des obligations de diligence : le leasing, les cartes de magasins et l'*e-money*.

Circulaire « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA »

En juin 2010, la FINMA a ouvert la procédure d'audition relative à une circulaire ayant pour but de déterminer qui doit être considéré comme un intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent. Cette circulaire contient les dispositions d'exécution de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010. L'OIF comme la circulaire reprennent largement la pratique suivie par l'ancienne Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment en vertu de l'art. 2 al. 3 LBA. L'OIF a toutefois apporté certaines nouveautés : c'est ainsi qu'elle introduit les notions de « transfert de valeurs patrimoniales à titre accessoire », d'« octroi de crédits à titre accessoire » et de « change à titre accessoire ». La circulaire précise ces notions et reprend notamment l'ancienne pratique selon laquelle les sociétés d'investissement exclues du champ d'application de la loi sur les placements collectifs de capitaux sont en principe soumises à la loi sur le blanchiment d'argent.

La procédure d'audition a permis d'établir que les participants au marché souhaitent avant tout que la circulaire comporte plus de commentaires et d'exemples. Dans le cadre du remaniement de la circulaire qui a suivi la procédure d'audition, la FINMA a par conséquent introduit dans cette dernière d'autres exemples pratiques, tels que l'assujettissement des paiements dans le secteur immobilier. La Circulaire remaniée 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011⁹⁹.

⁹⁸ Les *cover payments* sont des paiements de couverture effectués par l'intermédiaire de banques correspondantes entre deux banques sans relation de compte directe.
⁹⁹ cf. <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2011-01-f.pdf>

Pratique prudentielle

Communication FINMA sur les risques liés aux relations commerciales avec l'Iran

Au printemps 2010, le Conseil de sécurité des Nations Unies (United Nations Security Council) a, par sa résolution 1929, durci les sanctions à l'encontre de la République islamique d'Iran. En août

La FINMA veille à ce que la surveillance exercée par l'OAR-ASA soit effectuée correctement vis-à-vis de ses membres

2010, l'ordonnance suisse instituant des mesures à l'encontre de l'Iran a été adaptée aux dispositions impératives de la résolution. Suite à cette dernière, l'Union européenne et les Etats-Unis ont également renforcé leurs sanctions à l'encontre du régime iranien. Dans le cadre de l'application des nouvelles sanctions, tous deux sont en fait allés bien au-delà des dispositions impératives prévues par la résolution de l'ONU, notamment dans le domaine financier.

En conséquence, pendant le deuxième semestre 2010, les risques juridiques et de réputation se sont accrus également pour les établissements financiers établis en Suisse et opérant à l'échelon transfrontière. Selon la nouvelle réglementation américaine, les entreprises suisses – et donc aussi les banques et les entreprises d'assurance – peuvent être frappées par les sanctions américaines en cas de violation des dispositions légales en question. Les banques étrangères peuvent par exemple se voir limiter ou refuser le recours aux services de banques correspondantes aux Etats-Unis.

En réaction à ces développements, la FINMA a précisé dans sa Communication 15 du 18 octobre 2010 sur les « Risques liés aux relations commerciales avec l'Iran »¹⁰⁰ ses exigences de surveillance à l'égard des intermédiaires financiers assujettis qui entretiennent des relations d'affaires avec des entreprises ou établissement iraniens. Elle a rappelé à tous les intermédiaires financiers leurs devoirs sous l'angle des prescriptions suisses sur les embargos et le blanchiment d'argent. Elle a en

¹⁰⁰ cf. <http://www.finma.ch/finma/publikationen/Documents/finma-mitteilung-15-2010-f.pdf>

outre demandé aux banques, négociants en valeurs mobilières et entreprises d'assurance d'examiner si les risques inhérents à leurs activités impliquent l'obligation de respecter les sanctions de l'Union européenne et des Etats-Unis à l'encontre de l'Iran.

Concept de surveillance en matière de lutte contre le blanchiment

Le concept de surveillance de la FINMA en matière de lutte contre le blanchiment d'argent fait la distinction entre le domaine parabancaire et les secteurs assujettis à des lois spéciales. Dans le premier cas, la FINMA encourage la surveillance par le biais d'OAR au sens de la loi sur le blanchiment d'argent, ces derniers étant toutefois soumis à des contrôles sur place de la FINMA. Dans le deuxième cas, la FINMA assume elle-même la surveillance par l'intermédiaire des sociétés d'audit. Le secteur de l'assurance constitue une exception.

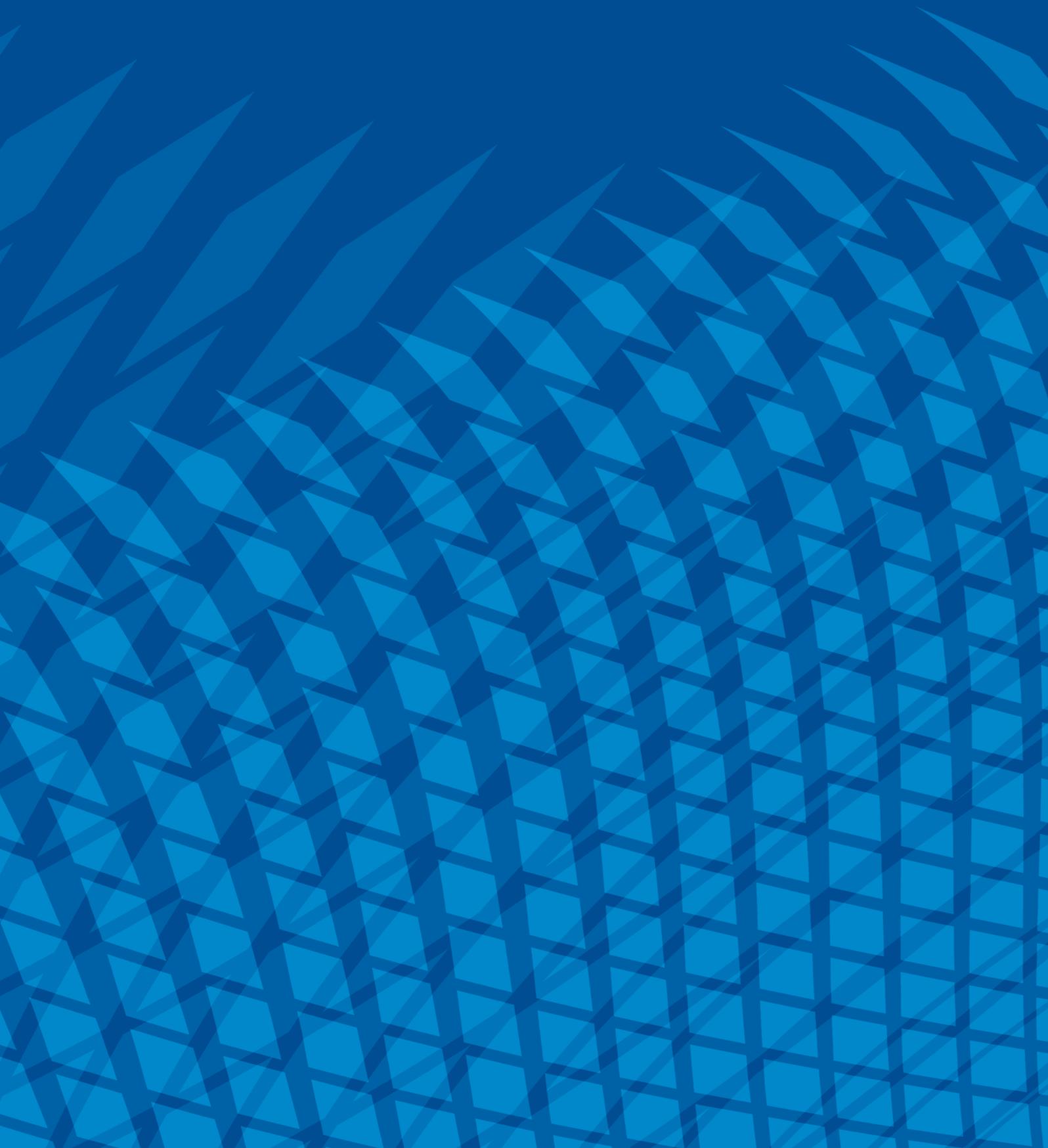
Dans le secteur de l'assurance, la FINMA a chargé l'OAR-ASA de veiller à ce que les prescriptions en matière de blanchiment d'argent soient respectées par ses membres, à savoir par 19 des 25 entreprises d'assurance-vie faisant partie de l'association OAR-

ASA. Il incombe toutefois à la FINMA de veiller à ce que la surveillance soit effectuée correctement. Les points essentiels relatifs à l'indépendance du comité de l'association, à l'échange d'informations avec la FINMA et aux contrôles externes annuels à effectuer auprès des entreprises d'assurance-vie ont été déterminés par la FINMA lorsqu'elle a fixé les conditions dans lesquelles l'OAR-ASA doit être engagé.

Il incombe à l'OAR-ASA d'analyser les rapports LBA des sociétés d'audit externes, chargées du contrôle des entreprises d'assurance-vie affiliées à l'association, et d'établir si ces dernières respectent les prescriptions en matière de blanchiment d'argent. En cas de manquements, l'OAR-ASA peut également sanctionner les membres fautifs. De son côté, la FINMA surveille l'OAR-ASA et veille à ce qu'il exerce correctement envers ses membres les tâches de surveillance qui lui ont été confiées. Si elle l'estime nécessaire, et en dépit des activités de surveillance de l'OAR-ASA, la FINMA peut à tout moment prendre elle-même des mesures de surveillance à l'encontre des entreprises d'assurance-vie.



ENFORCEMENT



PRATIQUE EN MATIÈRE D'ENFORCEMENT

L'*enforcement* est un pilier important de la FINMA. Il consiste à établir les faits en cas d'infractions graves présumées au droit de la surveillance, puis à ordonner et mettre en œuvre des mesures correctrices dans le cadre de procédures formelles à l'encontre d'une ou plusieurs parties. Si des investigations préliminaires laissent à penser qu'on est en présence d'une infraction grave au droit de la surveillance, la FINMA ouvre une procédure administrative contraignante. Dans ce cadre, elle est particulièrement attentive au respect des droits des parties. Toute procédure administrative contraignante aboutit à une décision de la FINMA qui constate une irrégularité, ordonne des mesures correctives ou suspend la procédure et règle la question des coûts. Les décisions de la FINMA sont susceptibles de recours devant le Tribunal administratif fédéral. Les procédures administratives contraignantes sont payantes pour les parties.

Conformément à la volonté du législateur et la jurisprudence des tribunaux, les interventions de la FINMA relèvent du droit administratif et du droit de la procédure administrative. Toutefois, afin d'assurer une gouvernance appropriée, la FINMA a institué un

Comité d'enforcement (ENA), chargé de l'ouverture des procédures importantes ainsi que de toutes les décisions clôturant une procédure administrative contraignante. Ce comité est composé de membres de la direction ainsi que des responsables des unités organisationnelles directement concernées.

La politique en matière d'*enforcement*, publiée en 2009 sur le site internet de la FINMA¹⁰¹, a été affinée : la FINMA s'efforce de renforcer sa collaboration avec les autorités de poursuite pénale et examine notamment au cas par cas s'il y a lieu d'avoir recours à elles à un stade précoce de la procédure, par exemple à des fins de conservation des preuves. Aux termes de la loi, la FINMA est tenue de déposer plainte pénale auprès de l'autorité compétente dès lors qu'elle a connaissance d'un crime, d'un délit ou d'une infraction à la loi sur la surveillance des marchés financiers ou à l'une des lois sur les marchés financiers. La FINMA entretient des contacts réguliers avec les autorités de poursuite pénale, notamment en ce qui concerne la répression des actes d'initiés et manipulations de cours ainsi que les manquements aux obligations d'autorisation.

¹⁰¹ cf. http://www.finma.ch/f/sanktionen/enforcement/Documents/FINMA_Enforcement-policy_20100120_f.pdf

Opérations transfrontières d'UBS – procédures potentielles à l'encontre d'organes antérieurs de la banque

Les CdG ont critiqué la FINMA quant à son action à l'encontre d'anciens organes d'UBS à la suite de l'enquête sur la crise des subprimes et sur les opérations transfrontières avec les Etats-Unis¹⁰².

En 2008, la Commission fédérale des banques (CFB) a examiné le comportement d'UBS dans ses activités transfrontières avec des clients privés américains. Dans le même temps, diverses autorités américaines ont mené des investigations à l'encontre de la banque pour infraction à des prescriptions juridiques américaines. Une décision a clôturé en décembre 2008 la procédure prudentielle de la CFB. Dans cette décision, la CFB concluait qu'UBS avait gravement enfreint les obligations de la loi sur les banques en matière de garantie d'une activité irréprochable et d'organisation. En particulier, elle n'avait pas suffisamment déterminé, limité et surveillé les risques juridiques et de réputation inhérents aux activités transfrontières avec des clients privés américains.

La CFB relevait en outre que dans le cadre de l'enquête alors effectuée par ses soins, elle n'avait pas trouvé d'indices d'infractions commises par des organes, sanctionnées par le droit de la surveillance, et qui justifieraient de prendre des mesures prudentielles à l'encontre desdits organes. Les manquements constatés devaient donc être mis à la charge de la banque en tant qu'entité.

La CFB a sanctionné le comportement d'UBS en lui interdisant d'exercer à l'avenir des activités transfrontières avec des clients privés domiciliés aux Etats-Unis. Elle a exigé également qu'UBS détermine, limite et surveille de manière appropriée, à l'échelon international, les risques juridiques et de réputation inhérents à la fourniture de prestations transfrontières. La mise en œuvre de ces mesures est soumise au contrôle de la FINMA.

A l'issue de la procédure prudentielle, la FINMA n'a pas ouvert immédiatement de procédures à l'encontre de personnes physiques. Il n'est toutefois pas exclu qu'elle le fasse ultérieurement, sur la base d'in-

dices nouveaux et suffisants. Les organes impliqués dans l'affaire « Activités transfrontières d'UBS » ont quitté la banque en 2008 et 2009. Continuent-ils d'offrir toute garantie d'une activité irréprochable ? En vertu de la pratique établie et judiciairement confirmée de la FINMA et des organisations qui l'ont précédée, cette question ne sera examinée que si ces organes occupent à nouveau des fonctions de « garants » ou ont l'intention de le faire. S'ils n'occupent plus de telles fonctions, il n'y a en principe aucun intérêt à agir. A cet égard, la FINMA a ouvert

La FINMA n'a pas compétence pour intenter des actions civiles ou lancer des enquêtes pénales contre des organes actuels ou antérieurs d'une banque

deux procédures d'enquête à l'encontre d'anciens responsables d'UBS. Mais elles ont été suspendues, les personnes concernées ayant annoncé qu'elles renonçaient à occuper des fonctions de « garant » dans un établissement soumis à surveillance. En dehors de son obligation d'informer les autorités pénales compétentes lorsqu'elle a connaissance de crimes ou délits de droit commun, la FINMA n'a pas compétence pour intenter des actions civiles ou lancer des enquêtes pénales contre des organes actuels ou antérieurs d'une banque. Comme les médias s'en sont fait l'écho, dans le sillage de l'affaire « Activités transfrontières d'UBS », le ministère public du canton de Zurich a examiné si, dans le cadre de ces activités avec des clients privés américains, il existait un indice initial suffisant pour soupçonner des actes répréhensibles de la part de représentants des organes d'UBS. Faute d'indices suffisants, aucune enquête pénale n'a été ouverte à ce jour.

En mai 2010, les CdG ont invité la FINMA à examiner en détail la question de savoir dans quelle mesure la haute direction d'UBS était au courant des infractions au QIA commises par la banque et ses

¹⁰² cf. chap. « Enquêtes et enseignements tirés de la crise », p. 25

L'instrument de l'interdiction d'exercer

La FINMA envisage de recourir dorénavant de plus en plus à l'interdiction d'exercer, un instrument introduit par la LFINMA au 1^{er} janvier 2009. Cette interdiction peut être prononcée pour une durée maximale de cinq ans – cela dans le cas où une personne est responsable d'un manquement grave au droit de la surveillance. La FINMA peut lui interdire de prendre ou de continuer à exercer des fonctions dirigeantes dans un établissement assujéti. Ces mesures qui visent des personnes physiques ont pour objet de prévenir de futurs risques pour les investisseurs et les assurés, ou de sanctionner les irrégularités et les infractions à la loi dans le cadre du droit administratif.

La pratique développée par la CFB et confirmée par les tribunaux, selon laquelle la garantie d'une activité irréprochable constitue une condition préalable à l'octroi d'une autorisation aux assujettis, est maintenue. Cela signifie en particulier que l'exigence de cette garantie ne vaut que pour les personnes qui sont ou souhaitent devenir des organes dans le secteur soumis à surveillance. Est dès lors exclue toute procédure d'enquête portant sur la responsabilité prudentielle d'organes lorsqu'ils ont quitté leurs fonctions. En revanche, la question d'une procédure d'enquête se pose à nouveau lorsque la personne concernée envisage de reprendre des fonctions d'organe.

collaborateurs¹⁰³. Consciente de la portée des événements, la FINMA a analysé avec soin, en tenant compte d'expertises externes, les voies d'enquête supplémentaires que lui ouvrait le droit de la surveillance. Elle est arrivée à la conclusion, d'une part, qu'il n'existait pas de nouveaux indices justifiant la réouverture d'anciennes enquêtes prudentielles et,

d'autre part, que les instruments à sa disposition ne le lui permettraient pas.

Sur la base des informations recueillies dans le cadre d'une enquête approfondie, la CFB avait conclu en 2008 qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner à la banque de se séparer du Head Wealth Management, du CEO et du président du conseil d'administration de l'époque en tant qu'organes. Sous réserve que la FINMA ne reçoive aucune nouvelle preuve d'un manquement grave de ces personnes à leurs obligations, il n'y a pas lieu aujourd'hui non plus d'ouvrir une procédure d'enquête à leur encontre si elles désirent exercer à nouveau une fonction dirigeante auprès d'un établissement soumis à surveillance. La FINMA exige toutefois de ces personnes une déclaration écrite formelle confirmant qu'elles n'avaient pas connaissance des manquements sanctionnés par le droit suisse de la surveillance. S'il devait s'avérer qu'elles ont fait une fausse déclaration, elles s'exposeraient à des poursuites pénales. S'agissant de divers responsables n'appartenant pas à la haute direction et sur la base des informations disponibles, la FINMA aurait déjà matière à engager des procédures; elle le fera si, dans les années à venir, ces personnes cherchent à occuper des fonctions de «garants» dans le secteur soumis à surveillance.

Autres procédures à l'encontre d'établissements soumis à une surveillance prudentielle

A plusieurs reprises, la FINMA a eu à se pencher sur le cas de titulaires d'autorisation présentant de graves lacunes au regard du respect des conditions d'autorisation, des exigences organisationnelles, de la gestion des risques et du contrôle interne. De plus, en raison de diverses circonstances, le manque de garantie d'une activité irréprochable de l'établissement, mais aussi de certains de ses acteurs – conseil d'administration, membre de la direction ou actionnaire qualifié – a régulièrement joué un rôle. Les exemples concrets ci-après sont représentatifs à cet égard.

Négociant en valeurs mobilières doté de nouveaux organes de direction

En mars 2010, la FINMA a ouvert une procédure administrative contraignante à l'encontre d'un négociant en valeurs mobilières après avoir reçu un rapport d'audit le concernant et qui faisait état de multiples éléments susceptibles de compromettre son autorisation. Dans le cadre de ses vérifications, la FINMA a constaté diverses lacunes organisationnelles ainsi que toute une série d'infractions au droit de la surveillance: dépassement de la limite de crédit aux organes par le CEO, non-

¹⁰³ cf. chap. « Enquêtes et enseignements tirés de la crise », p. 25

fonctionnement de la collaboration entre conseil d'administration et direction, attribution de droits de participation à des collaborateurs en violation de diverses prescriptions, notamment. En septembre 2010, la société a informé la FINMA qu'elle avait pris de nombreuses mesures pour remédier à ces lacunes. Sur ce, la FINMA a imposé à ce négociant en valeurs mobilières des exigences strictes à satisfaire pour fin 2010 au plus tard, notamment le renouvellement de l'ensemble du conseil d'administration et de la direction, la réduction de la participation en actions des membres de la direction, l'augmentation du capital-actions ainsi qu'un *business plan* durablement bénéficiaire.

Délégation de tâches excessive en matière d'assurance

Un assureur étranger, doté d'une succursale à Genève, avait délégué à un intermédiaire d'assurance l'ensemble des tâches clés d'assurance (la production, l'administration du portefeuille et la liquidation des sinistres) pour un portefeuille représentant près de 30 % de son activité en Suisse, sans l'annoncer à la FINMA. Il avait ainsi violé l'obligation d'annoncer cette délégation, dont l'étendue était excessive au regard de la pratique de la FINMA. Il s'était également rendu totalement dépendant de son intermédiaire, qui disposait seul de la documentation d'assurance et des coordonnées des assurés. Suite à un conflit entre l'assureur et son intermédiaire, la gestion des contrats d'assurance n'apparaissait plus garantie. La FINMA a constaté que la succursale ne remplissait plus les conditions d'exercice d'une activité d'assurance et a requis le remplacement de son mandataire général. Elle a interdit à la succursale de collaborer avec des intermédiaires d'assurance à l'avenir. Elle lui a ordonné de se départir de tous les contrats d'assurance dont les tâches étaient déléguées à des intermédiaires, cela tout en honorant immédiatement ses obligations vis-à-vis des assurés jusqu'à ce que leurs contrats aient valablement pris fin.

Enquête chez CPT : fusion et plan de participation du personnel

En mai 2010, les deux entreprises d'assurance-maladie Sanitas et CPT ont annoncé une fusion. La demande de changement de participation¹⁰⁴ a été adressée à la FINMA en juin 2010. Une des conditions posées par Sanitas pour ce changement était le rachat de toutes les actions de collaborateurs par CPT Holding SA. CPT disposait depuis 2006 d'un plan de participation du personnel, qui permettait l'achat d'actions de CPT Assurances SA par des collaborateurs, des cadres, des membres du management et des administrateurs, ainsi que des délégués. En relation avec la fusion, la FINMA a appris que CPT Assurances SA voulait déclencher des rachats d'actions sur la base de ce plan, rachats prévus à un prix nettement supérieur à la valeur des actions à l'émission. Elle a stoppé les versements et a ouvert une enquête pour clarifier la situation quant à la fondation du personnel et aux rachats d'actions prévus.

Dans le cadre de l'examen de la demande, la FINMA a dû tirer au clair divers éléments relevant du droit de la surveillance. Ces vérifications concernaient les deux partenaires à la fusion et se sont révélées très laborieuses. En novembre 2010, la fusion a été autorisée sur le principe, mais sous réserve de conditions visant à protéger les assurés¹⁰⁵. Ces conditions avaient pour objectif de faire bénéficier les assurés de l'intégralité des provisions actuarielles et d'empêcher leur libre affectation. Dès lors, le rachat d'actions n'a pas pu s'effectuer comme prévu à l'origine. En outre, la procédure concernant les actions de collaborateurs a été étendue à trois garants de CPT.

En décembre 2010, alors même que tous deux avaient jugé réalisables les conditions de la FINMA, les partenaires à la fusion ont annoncé qu'ils renonçaient à leur projet, car plusieurs points ne pourraient pas être clarifiés définitivement dans un délai raisonnable. La procédure à l'encontre de CPT et de trois garants qui vise à clarifier les circonstances entourant la fondation du personnel devrait aboutir le plus vite possible.

¹⁰⁴ au sens de l'art. 21 LSA
¹⁰⁵ cf. communiqué de presse de la FINMA du 19 novembre 2010 (<http://www.finma.ch/aktuell/Documents/mm-fusion-kpt-sanitas-20101119-f.pdf>)

Demande d'octroi d'une autorisation bancaire pour un négociant en devises

Depuis la modification de l'art. 3a OB, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2008, les établissements souhaitant exercer des activités de négociant en devises doivent disposer d'une autorisation bancaire. Les négociants en devises déjà en activité à la date de cette modification se sont vu accorder un délai d'un an à compter de son entrée en vigueur pour se conformer aux exigences de la loi et déposer une demande d'autorisation. En mars 2009, un

Titulaires d'autorisation: difficultés accrues de mise en œuvre d'un retrait d'autorisation et d'une liquidation

La FINMA a l'obligation légale de retirer leur autorisation aux établissements qui ne remplissent plus les conditions requises ou enfreignent gravement les dispositions du droit de la surveillance et, s'agissant par exemple de banques, négociants en valeurs mobilières ou placements collectifs de capitaux, d'ordonner leur liquidation. En dépit de l'obligation qui lui incombe, elle a du mal à mettre effectivement en œuvre ces mesures. Tel est notamment le cas lorsque la base financière des titulaires d'autorisation ne donne pas matière à contestation ou lorsqu'il n'existe aucun risque immédiat pour les investisseurs ou les assurés. Le temps nécessaire à l'établissement des faits et à l'exercice du droit d'être entendu donne aux assujettis l'opportunité de se montrer coopératifs, d'adapter leur organisation et de prendre les mesures nécessaires à la garantie d'une activité irréprochable. On a ainsi abouti à plusieurs reprises à des situations où, au moment de la décision, les circonstances avaient tellement changé qu'un retrait d'autorisation aurait été disproportionné. Le même phénomène se produit dans le cadre de certaines longues procédures de recours, en raison de faits nouveaux.

La FINMA retire leur autorisation aux établissements qui ne remplissent plus les conditions requises ou enfreignent gravement les dispositions du droit de la surveillance

négociant en devises déjà en activité a déposé une telle demande. La FINMA l'a rejetée par décision du 12 avril 2010 et ordonné la liquidation de la société, au motif qu'elle exerçait sans agrément une activité soumise à autorisation. Dans le cadre du recours formé contre cette décision, le Tribunal administratif fédéral a ordonné des mesures provisoires et a accordé à l'établissement le droit d'accepter de nouveaux clients jusqu'à ce que le jugement soit rendu. Le négociant en devises ayant fusionné avec une banque pendant la procédure de recours, la demande d'autorisation est devenue par là même obsolète et la procédure devant le Tribunal administratif fédéral sans objet.

Procédures d'insolvabilité

A fin 2010, on comptait huit procédures de faillite pendantes et une procédure de liquidation en cours à l'encontre d'établissements autorisés. Une nouvelle procédure de faillite a été ouverte en 2010.

Aston Bank SA

Soupçonnant qu'Aston Bank SA, à Lugano, ne remplissait plus les conditions d'autorisation, la FINMA a mandaté un chargé d'enquête par décision du 2 novembre 2009. Celui-ci a constaté que la banque avait une organisation lacunaire et était surendettée à hauteur d'au moins 20 millions de francs suisses. En l'absence de toute perspective d'assainissement, la FINMA a ouvert une procédure de faillite le 22 décembre 2009 et retiré à l'établissement son autorisation d'exercer des activités de banque et de négociant en valeurs mobilières. Une procédure pénale avait déjà été ouverte sur la base de soupçons d'infractions pénales commises par des organes antérieurs. Le ministère public local et le liquidateur de la faillite travaillent en étroite collaboration dans l'intérêt des deux procédures. Par décision du 17 mai 2010, un nouveau liquidateur de faillite a été nommé. Aston Bank SA était membre de la Garantie des dépôts des banques et négociants en valeurs mobilières suisses. Toutefois, le nombre et le montant des dépôts privilégiés n'ont pas encore pu être déterminés.

Stanford International Bank Ltd.

En vertu de l'art. 37g LB et de l'art. 36a LBVM, la FINMA est seule compétente pour reconnaître

les décisions de faillite et les mesures de liquidation ou d'assainissement prononcées à l'étranger à l'encontre de banques, de négociants en valeurs mobilières et de bourses. En cas de dépôt d'une demande de reconnaissance, la FINMA applique les art. 166 ss LDIP. En mai 2009, deux demandes de reconnaissance de la faillite de Stanford International Bank Ltd., dont le siège statutaire se trouve à Antigua-et-Barbuda, sont parvenues à la FINMA quasiment simultanément. La première émanait d'un administrateur nommé par les autorités américaines, qui considérait que l'établissement disposait d'un siège de fait aux Etats-Unis. Quant à la deuxième, elle émanait des liquidateurs nommés par les autorités d'Antigua-et-Barbuda, qui s'estimaient compétents au regard du siège statutaire de la banque. La FINMA a reconnu aux liquidateurs d'Antigua-et-Barbuda la compétence pour faire une demande de reconnaissance, en s'appuyant sur le fait que le droit suisse des marchés financiers, contrairement au droit européen et à celui d'autres pays, se base par principe sur le critère du siège statutaire de la banque et ne tient compte que subsidiairement d'un éventuel siège de fait, dans la mesure où le critère précité n'est pas respecté. La FINMA a considéré par ailleurs, sur la base d'un avis d'expert de l'Institut suisse de droit comparé, que la condition dite de réciprocité était remplie entre Antigua-et-Barbuda et la Suisse. En conséquence, par décision du 8 juin 2010, la FINMA a reconnu la décision de faillite d'Antigua-et-Barbuda et a ouvert en Suisse une procédure de faillite ancillaire.

Approche en cas d'activités assujetties à surveillance ou exercées illégalement

Lorsqu'elle est confrontée à des personnes physiques ou morales qui exercent illégalement une activité soumise à autorisation selon le droit de la surveillance, la FINMA prend dans chaque cas concret les mesures appropriées au rétablissement de l'ordre légal. Les informations à cet égard lui sont notamment communiquées par des clients, des autorités de surveillance étrangères ou des autorités pénales. S'il y a lieu d'admettre qu'une entreprise ou une personne exerce une activité illégale au sens des lois sur les marchés financiers, la FINMA se doit de clarifier les faits, son but étant de protéger les créanciers et les investisseurs.

Nomination de chargés d'enquête

Dans le cadre de ses investigations, la FINMA a en particulier la possibilité de nommer un expert indépendant en qualité de chargé d'enquête, lequel est autorisé à se substituer aux organes de l'entreprise. Par décisions assorties de mesures provisionnelles, la FINMA a eu l'occasion à six reprises de nommer des chargés d'enquête. S'il s'avère qu'une société exerce illégalement une activité soumise à autorisation, les mesures nécessaires sont prises. Celles-ci peuvent aller jusqu'à la liquidation des entreprises concernées.

Liste négative sur le site internet de la FINMA

Il arrive qu'une activité soumise à autorisation soit déployée en Suisse sans aucune présence effective sur le territoire helvétique. Dans ce cas, à défaut de pouvoir agir directement contre les responsables, la FINMA place les sociétés ou personnes concernées sur une liste négative publiée sur son site internet¹⁰⁶. Pour éviter, le cas échéant, de donner l'impression qu'il s'agit d'une société suisse, le site internet et les numéros de téléphone suisses de la société concernée sont bloqués.

Rapport de la FINMA sur la protection des investisseurs

Dans son rapport «Protection de la clientèle – lutte commune contre les intermédiaires financiers illégaux» publié en novembre 2010¹⁰⁷, la FINMA met en garde contre les intermédiaires financiers illégaux et s'efforce d'accroître la sensibilité des investisseurs aux risques qu'ils encourent. Comme depuis quelque temps les rendements de plusieurs catégories de placement sont très faibles et que les perspectives des marchés demeurent incertaines, les investisseurs sont tentés de confier leurs avoirs à des prestataires qui promettent des rendements nettement plus élevés. Or, les investisseurs oublient souvent qu'il n'existe pas de placement sans risque et que le risque est d'autant plus grand que le rendement escompté est élevé. La FINMA recommande vivement aux investisseurs de vérifier d'autant plus scrupuleusement les offres des prestataires que les promesses de rendement sont élevées. Bien souvent, des rendements alléchants ne font que cacher des prestataires peu sérieux. La FINMA a une longue expérience en matière d'offres prétendument attrayantes et de rendements irréalistes. On ne saurait mettre suffisamment en garde les investisseurs contre des offres tout simplement trop belles pour être vraies. Il s'agit souvent de chaînes de Ponzi : si des rendements élevés sont effectivement versés au début, l'investissement initial ne peut être remboursé à l'échéance du placement et l'investisseur perd sa mise. La FINMA en appelle en conséquence au bon sens des investisseurs. Ces derniers devraient faire preuve de circonspection et de vigilance plutôt que de se laisser séduire par le brillant des prospectus, le graphisme des sites Internet ou les astuces du démarchage téléphonique des prestataires. Avant tout investissement, il est recommandé d'effectuer des recherches sur les prestataires potentiels et leurs produits sur Internet, par exemple en consultant la liste négative de la FINMA, le registre du commerce ou des forums de discussion.

¹⁰⁶ cf. <http://www.finma.ch/f/sanktionen/unbewilligte-institute/pages/default.aspx>
¹⁰⁷ cf. <http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/anlegerbericht-20101124-f.pdf>

Procédures et décisions

A l'issue de procédures visant des activités financières illégales au sens de la loi sur les banques, de la loi sur les bourses, de la loi sur les placements collectifs de capitaux, de la loi sur la surveillance des assurances et/ou de la loi sur le blanchiment d'argent, la FINMA a rendu douze décisions définitives assorties de mesures à l'encontre de 45 sociétés et personnes physiques. Elle a aussi déposé treize plaintes pénales contre 22 personnes pour exercice d'une activité illégale. A plusieurs reprises, la FINMA a été amenée à constater non seulement l'exercice d'une activité illégale mais aussi l'insolvabilité. Des procédures de faillite ont été ouvertes à l'encontre de 37 sociétés et personnes physiques. En voici un exemple :

Dans le cadre d'une chaîne de Ponzi et à l'aide de diverses sociétés d'un groupe, deux frères autrichiens avaient accepté des fonds à hauteur d'au moins 50 millions de francs suisses de la part de plusieurs centaines d'investisseurs. Ils avaient conclu des contrats de gestion de fortune avec leurs clients et leur promettaient des rendements pouvant atteindre 40 %. Or les fonds concernés n'étaient pas placés comme convenu, mais utilisés pour l'essentiel à des fins privées ou engloutis dans la boutique de mode de l'épouse d'un des frères. En décembre 2009 et mai 2010, à l'issue d'une procédure très laborieuse, la FINMA a ordonné la liquidation (par voie de faillite) de douze sociétés du groupe, dont une fondation de libre passage. Celle-ci servait de véhicule pour alimenter une des sociétés du groupe sous couvert de fonds de libre passage. La fondation était massivement surendettée et – pilule particulièrement amère pour les créanciers – elle n'était affiliée à aucun fonds de garantie. Concernant une autre fondation elle aussi impliquée dans les activités du groupe, l'office du canton de Zurich en charge de la prévoyance professionnelle et des fondations a pris les mesures qui s'imposaient. Le ministère public du canton de St-Gall a engagé une procédure pénale pour escroquerie et abus de confiance à l'encontre des personnes impliquées à titre principal.

Autres problématiques

En relation avec les établissements non autorisés, la FINMA s'est notamment penchée en 2010 sur les problématiques présentées ci-après.

Négoce de l'or

Les négociants en métaux précieux vendent aux investisseurs du métal précieux physique, principalement de l'or ou de l'argent, en lingots ou en pièces. S'ils proposent en outre de stocker les métaux acquis dans leurs locaux ou auprès d'un tiers en Suisse ou à l'étranger, il convient de s'assurer qu'ils détiennent physiquement ces métaux et qu'en cas de faillite du négociant ou du tiers, le client dispose d'un droit de distraction. Sous ces conditions seulement, les négociants en métaux précieux sont dispensés d'autorisation bancaire. Est considérée comme illégale la tenue de comptes en or du moment que l'or ne sert que de valeur de référence et que le négociant n'est pas physiquement en sa possession. En outre, des fonds versés sur le compte d'un négociant ne sauraient y rester plus de quelques jours, le temps d'être utilisés pour effectuer les achats en or. Est également soumis à autorisation le fait d'exiger un montant à titre de frais pour l'établissement d'une relation contractuelle, avec la promesse de rembourser ce montant aux investisseurs sous forme d'or ou d'un rabais dès qu'un certain chiffre d'affaires sera atteint. Dans tous les cas, les négociants en métaux précieux – y compris ceux qui n'en proposent pas le stockage – doivent faire l'objet d'une surveillance au regard de la prévention du blanchiment d'argent. Il leur appartient donc de s'affilier à un OAR ou de se soumettre directement à la surveillance de la FINMA.

Actions dépourvues de valeur et aliénées par des entreprises nouvelles

La FINMA est fréquemment confrontée à des cas où, par des méthodes de vente agressives, des actions (sans valeur) de *start-up* sont vendues au public. Il s'agit le plus souvent de sociétés opérant dans des secteurs actuellement réputés intéres-

sants comme ceux des matières premières, des énergies alternatives ou de la technique médicale. Les investisseurs allemands sont souvent les premiers visés et il n'est pas rare que ces actions soient cotées sur le marché libre en Allemagne. Certaines des entreprises concernées n'ont de fait jamais d'activité opérationnelle ; les fonds sont retirés de la société ; celle-ci est mise en liquidation et le capital investi est ainsi perdu. Il s'agit là d'un phénomène relativement répandu, comme en témoignent le nombre d'informations et de requêtes émanant du public ainsi que l'intérêt qu'y portent les médias. En pareil cas toutefois, la FINMA ne dispose souvent que de possibilités d'intervention très limitées. Ni la vente d'actions propres, ni la simple intermédiation en vue d'achats d'actions ne sont soumises à autorisation. La FINMA peut en revanche intervenir lorsque, par exemple, des actions sont vendues par des tiers dans le cadre d'une augmentation de capital (activité d'émetteur soumise à autorisation) ou lorsque la *start-up* a pour unique objet les placements financiers. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une société d'investissement soumise à autorisation. Dans tous les autres cas, l'affaire relève de la compétence des autorités de poursuite pénale.

Assurances de garantie de loyer

Selon une pratique constante de la FINMA, qui-conque propose une assurance de garantie de loyer en Suisse exerce une activité d'assurance soumise à autorisation. Le prestataire d'une assurance en garantie de loyer s'engage à verser au bailleur une prestation en argent, plafonnée contractuellement, pour le cas où ce dernier devait subir un dommage en relation avec le rapport de location. La prime est due par le locataire. L'assurance de garantie de loyer constitue une alternative à la constitution de sûretés en espèces¹⁰⁸ que le locataire, à la demande du bailleur, dépose auprès d'une banque comme l'entend l'art. 257e CO. La pratique de la FINMA en la matière a fait l'objet d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral en 2010¹⁰⁹. Celui-ci a considéré que le produit concerné répondait à tous les critères de la notion d'assurance et a ainsi confirmé la pratique

Les critères de la notion d'assurance

- Risque
- Prestation du preneur d'assurance (prime)
- Prestation de l'assureur
- Autonomie de l'opération et compensation des risques selon les lois de la statistique, c'est-à-dire exploitation commerciale dûment planifiée

de la FINMA. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours sur lequel le Tribunal fédéral n'a pas encore statué.

Le constat qu'un prestataire de services financiers exerce une activité illégale n'entraîne pas systématiquement sa dissolution immédiate. La FINMA examine au cas par cas si une mesure plus modérée est de nature à rétablir l'ordre légal.

Exclusion du droit à une prestation de couverture accidents

Une fondation permet aux membres de l'association des donateurs qui lui est affiliée de toucher une prestation d'assurance versée sous certaines conditions en cas d'accident. Cette prestation est financée par les cotisations des membres de l'association. Une telle constellation pourrait amener à penser que, selon les critères relatifs à la notion d'assurance exposés ci-avant, l'on soit en présence de services d'assurance. En fait, les représentants de l'association ont convenu de préciser clairement à l'avenir qu'il n'existait aucun droit à la prestation de couverture d'accident et que celle-ci n'était due qu'à titre facultatif. Aussi, une telle situation ne correspond plus à la notion d'assurance définie ci-dessus, le critère de la prestation de l'assureur faisant défaut.

Assureur-maladie sans autorisation

Outre l'assurance-maladie obligatoire au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, pour laquelle elle disposait d'une autorisation en bonne et due forme, une caisse-maladie soumise à la surveillance institutionnelle de l'OFSP proposait une assurance complémentaire au sens de la loi sur le contrat d'assurance. Elle aurait dû disposer à cet effet

¹⁰⁸ appelée garantie de loyer
¹⁰⁹ cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral du 25 mars 2010, B-2808/2009

d'une autorisation de la FINMA, autorisation qu'elle n'avait pourtant jamais demandée. La FINMA, et auparavant l'OFAP, ont demandé à cette caisse-maladie de transférer son portefeuille d'assurance complémentaire à un assureur-maladie autorisé à exercer une activité d'assurance complémentaire. Ce transfert est intervenu. Par décision du 29 mars 2010, désormais devenue définitive, la FINMA a constaté que la caisse-maladie avait exercé une

activité d'assurance sans autorisation et avait ainsi enfreint la loi sur la surveillance des assurances. Cette même décision de la FINMA a imposé à l'intéressée de déposer sur un compte bloqué des fonds destinés à financer d'éventuels sinistres antérieurs. Enfin, la FINMA a déposé plainte pénale contre la caisse-maladie auprès du DFF pour exercice d'une activité sans autorisation¹¹⁰.

Faillites et liquidations d'établissements non autorisés

Les procédures de liquidation par voie de faillite d'établissements non autorisés (37 ont été ordonnées en 2010) sont souvent longues lorsque la décision de la FINMA fait l'objet d'un recours. En pareilles circonstances, seules peuvent être prises des mesures de sauvegarde destinées à préserver les actifs destinés à désintéresser les créanciers. Une comptabilité mal tenue complique souvent considérablement l'évaluation des actifs et des passifs. En raison de l'imbrication de leurs activités au regard du droit des marchés financiers, plusieurs sociétés mériteraient fréquemment d'être qualifiées de

groupe et dissoutes en tant que groupe; pourtant, le droit en vigueur impose de mener à leur rencontre des procédures séparées, ce qui entraîne de lourdes réconciliations comptables et des opérations de compensation mutuelles. Enfin, notamment dans les scénarios de fraude, il ne reste généralement plus guère d'actifs lorsque les autorités en ont connaissance, de sorte que la procédure de faillite doit finalement être suspendue faute d'actifs. Il appartient alors aux autorités pénales de poursuivre les responsables dans la mesure du possible.

Enforcement en matière de surveillance des marchés, de droit de la publicité des participations et de droit des offres publiques d'acquisition

Clarifications et procédures en matière de surveillance des marchés

En coopération avec les instances de surveillance boursières, la FINMA (comme avant elle la CFB) contrôle depuis des années le négoce de titres d'émetteurs suisses, afin de détecter d'éventuels délits boursiers, abus de marché et violations de la Circulaire FINMA 2008/38 « Règles de conduite sur le marché »¹¹¹. En 2010, la FINMA a mené à cet égard 17 investigations préliminaires importantes. Au total, elle a déposé quatre plaintes pénales auprès des autorités cantonales de poursuite pénale

compétentes, le plus souvent pour soupçons de délit d'initié pénalement punissable. Ces dénonciations et notifications ont concerné au total sept personnes. Aucune de ces personnes n'occupait des fonctions d'organe ou de collaborateur dans un établissement soumis à surveillance et aucune n'était actionnaire qualifié d'un assujetti.

La FINMA – comme précédemment la CFB¹¹² – est en outre l'autorité compétente pour constater si les obligations de déclarer prévues par le droit boursier ont été enfreintes¹¹³. Cette compétence vaut tant à l'égard des assujettis et de leurs organes,

¹¹⁰ conformément à l'art. 44 LFINMA

¹¹¹ cf. <http://www.finma.ch/ff/regulierung/Documents/finma-rs-2008-38-f.pdf>

¹¹² cf. paragraphe « Laxey Partners et Implenia », p. 96

¹¹³ cf. paragraphe « Sulzer », p. 96

collaborateurs et propriétaires qu'à l'égard d'investisseurs non soumis à la surveillance de la FINMA. La poursuite pénale d'infractions aux obligations de déclarer prévues par le droit boursier relève de la compétence du Service de droit pénal du DFF.

Sulzer

La FINMA a clôturé le 30 octobre 2009 le cas Sulzer¹¹⁴. Celui-ci était parti d'une annonce intervenue en avril 2007, par laquelle la société Everest Beteiligungs GmbH déclarait de façon inattendue détenir une participation de plus de 31 % dans Sulzer SA. Dans le cadre de la procédure administrative menée par la FINMA à l'encontre des investisseurs impliqués, il a été constaté que deux de ceux qui se trouvaient derrière la société Everest, R.P. et G.S., avaient violé leurs obligations légales de déclarer. S'agissant en revanche du troisième investisseur, V.V., la FINMA a conclu que les preuves n'étaient pas suffisantes pour établir une violation des obligations de déclarer. R.P. et G.S. ont recouru contre la décision de la FINMA. Cette dernière a été confirmée par le Tribunal administratif fédéral, avec cette seule restriction que G.S. n'avait enfreint les règles en matière de publicité des participations qu'à une date ultérieure à celle retenue par la FINMA. Cet arrêt a également confirmé la compétence de la FINMA, en tant qu'autorité de surveillance, pour agir et rendre des décisions à l'encontre d'investisseurs dans de telles affaires.

Dans l'affaire Sulzer, la FINMA avait en outre déposé une plainte pénale auprès du DFF à l'encontre des investisseurs, auteurs des violations des obligations de déclarer. Après l'arrêt du Tribunal pénal fédéral dans l'affaire OC Oerlikon, également rendu à la suite d'une plainte pénale pour manquement potentiel par un groupe à ses obligations de déclarer, le DFF a suspendu la procédure pénale pour infraction présumée au droit boursier dans l'affaire Sulzer. En effet, les trois accusés se sont déclarés disposés à compenser à hauteur de dix millions de francs suisses le tort éventuel causé pénalement de par leur prise de participation dans Sulzer.

Laxey Partners et Implenla

Par décision du 7 mars 2008, la CFB a constaté que dans le cadre de leur prise de participation dans Implenla SA, Laxey Partners Ltd et alii avaient enfreint les obligations de déclarer leur incombant en vertu de l'art. 20 LBVM. Ces violations sont intervenues lors de la prise de participation réalisée en particulier au premier trimestre 2007, et notamment en relation avec l'acquisition de Contracts for Difference (CFD) émis sur des actions Implenla¹¹⁵. Dans leurs arrêts des 18 décembre 2008¹¹⁶, respectivement 11 mars 2010¹¹⁷, le Tribunal administratif fédéral puis le Tribunal fédéral ont rejeté le recours de Laxey Partners. Il a ainsi été confirmé notamment que les règles en matière de publicité des participations visent à assurer la transparence du marché, c'est-à-dire à prévenir des acquisitions secrètes et des cessions occultes de participations significatives. Après que les quatre accusés ont versé une compensation d'un million de francs suisses au total, le DFF a suspendu la procédure pénale en décembre 2010.

Droit des offres publiques d'acquisition – arrêt du Tribunal administratif fédéral dans l'affaire Quadrant

2010 a encore été une année très calme dans le domaine des offres publiques d'acquisition de sorte que les nouvelles règles de compétence introduites au 1^{er} janvier 2009, en vertu desquelles la Commission des offres publiques d'acquisition (COPA) statue en première instance tandis que la FINMA fait office d'instance de recours, n'ont pas encore pu être réellement testées.

Par décision du 30 novembre 2010¹¹⁸, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a partiellement admis le recours formé par la société Sarasin Investmentfonds SA (Sarasin). Actionnaire minoritaire, celle-ci avait contesté le prix proposé par la société offrante, Aquamit BV, pour les titres de participation de la société visée, Quadrant SA. Selon Sarasin, l'évaluation effectuée par l'organe de contrôle du prix de l'acquisition préalable (en particulier des prestations complémentaires versées par la société offrante au groupe d'actionnaires dominant) était incorrecte.

¹¹⁴ cf. Rapport annuel 2009 de la FINMA, p. 70

¹¹⁵ cf. Rapport de gestion 2007 de la CFB, p. 66

¹¹⁶ arrêt du Tribunal administratif fédéral du 18 décembre 2008, B-2775/2008

¹¹⁷ arrêt du Tribunal fédéral du 11 mars 2010, 2C_77/2009, 2C_78/2009

¹¹⁸ décision du Tribunal administratif fédéral du 30 novembre 2010, B-5272/2009

Partant de ce point de vue, le Tribunal administratif a annulé la décision de la FINMA du 8 juillet 2009 et, pour partie, les décisions de la Commission des offres publiques d'acquisition (COPA) des 29 mai et 16 juin 2009 et renvoyé la cause à cette dernière pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, le TAF a considéré que Sarasin, bien que ne détenant plus que 0,0036 % des droits de vote de Quadrant, avait qualité pour recourir et un intérêt pratique et actuel sur la base de la loi sur la procédure administrative¹¹⁹. Ainsi, la qualité de partie devant la COPA et la FINMA, limitée aux actionnaires détenant au minimum 2 % des droits de vote de la société visée conformément aux art. 33b al. 3 et 33c al. 3 de la loi sur les bourses, est plus restrictive que celle valant devant le TAF dans le cadre des procédures d'OPA. Ensuite, le TAF a

jugé que le rapport de l'organe de contrôle n'est ni transparent, ni compréhensible, ni plausible et est, de surcroît, incomplet. En effet, l'organe de contrôle doit évaluer individuellement chaque prestation complémentaire fournie dans le cadre d'une acquisition préalable selon l'art. 41 al. 4 de l'ordonnance de la FINMA sur les bourses et non pas se borner à un examen des prestations dans leur ensemble. Le TAF reconnaît que certaines prestations sont difficiles à évaluer. Ainsi, plus l'évaluation d'une prestation est difficile, plus l'organe de contrôle bénéficiera d'un pouvoir d'appréciation large, qui doit malgré cela reposer sur une analyse compréhensible. Sur la base de ces constatations, le TAF a renvoyé la cause à la COPA pour nouvelle décision. En d'autres termes, la COPA doit réexaminer ou faire réexaminer l'adéquation du prix offert par Aquamit.

¹¹⁹ art. 48 al. 1 PA



LA FINMA EN TANT QU'AUTORITÉ

The background of the page is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous overlapping triangles of various sizes and orientations, creating a dense, crystalline or faceted appearance. The color palette is monochromatic, using different shades of blue, from a deep, dark navy blue to a bright, light sky blue. The overall effect is one of dynamic movement and intricate detail.

CONSEIL D'ADMINISTRATION ET DIRECTION

Conseil d'administration

Eugen Haltiner¹²⁰ Président

Monica Mächler Vice-présidente

Daniel Zuberbühler Vice-président

Anne Héritier Lachat¹²¹ Membre

Sabine Kilgus Membre

Paul Müller Membre

Charles Pictet Membre

Bruno Porro¹²² Membre

Jean-Baptiste Zufferey Membre

Comités du conseil d'administration

E. Haltiner
M. Mächler
D. Zuberbühler
A. Héritier Lachat
S. Kilgus
P. Müller
Ch. Pictet
B. Porro
J.-B. Zufferey

Comité des offres publiques d'acquisition

présidence

•

•

Comité des nominations et des rémunérations

présidence

•

•

•

Comité d'audit

•

présidence

•

¹²⁰ Eugen Haltiner se retire de la présidence du conseil d'administration à fin décembre 2010. Anne Héritier Lachat lui succède en cette qualité à partir du 1^{er} janvier 2011 et pour le reste de la période administrative.

¹²¹ Présidente du conseil d'administration de la FINMA à partir du 1^{er} janvier 2011

¹²² Bruno Porro se retire en tant que membre du conseil d'administration à fin décembre 2010. Eugenio Brianti lui succède en cette qualité pour le reste de la période administrative.

Direction

Patrick Raaflaub	Directeur
Urs Zulauf	Directeur adjoint Chef de la division Services stratégiques et centraux
Mark Branson	Chef de la division Banques
René Schnieper	Chef de la division Assurances
Franz Stirnimann	Chef de la division Marchés

Direction élargie

Urs Bischof	Chef de la section Gestion du risque
Kurt Bucher	Chef de la section Accounting, sociétés d'audit et agences de notation
Hans-Peter Gschwind	Chef de la section Surveillance assurance dommages, chef du groupe Droit de la surveillance assurances
Urs Karlen	Chef de la section Gestion qualitative du risque
Daniel Sigris	Chef de la section Surveillance assurance-vie
Yann Wermeille	Chef de la section Placements collectifs de capitaux
Andreas Wortmann	Chef de la section Services centraux
David Wyss	Chef de la section Enforcement et surveillance marchés

Comité d'enforcement

Le Comité d'enforcement (ENA) statue sur des décisions à caractère contraignant (affaire d'*enforcement*) ou les soumet à la décision du conseil d'administration.

Membres permanents de l'ENA :

Patrick Raaflaub
Urs Zulauf
Franz Stirnimann
David Wyss

Si un établissement assujéti est concerné par une affaire d'*enforcement*, le membre de la direction compétent pour la surveillance dudit établissement devient membre du Comité d'enforcement pour cette affaire. Le responsable de l'entraide administrative internationale est en outre assesseur permanent avec droit de vote pour les affaires à ce propos.

PERSONNEL

Bases juridiques

La politique du personnel de la FINMA est régie par l'art. 13 de la LFINMA et l'ordonnance sur le personnel FINMA, approuvée par le Conseil fédéral. Cette dernière définit les principes réglant l'engagement et la cessation des rapports de travail, la structure des salaires, le droit au maintien du paiement du salaire, le temps de travail et les vacances, la prévoyance professionnelle, les activités annexes et fonctions publiques, les devoirs de loyauté et règles de conduite ainsi que les voies de droit en cas de litige. Le règlement du personnel de la FINMA et le code de conduite précisent les conditions-cadre relevant du droit du personnel.

En vertu des dispositions légales, les conditions d'emploi du personnel de la FINMA sont régies par le droit public. Les fondements juridiques et les contrats de travail s'inspirent toutefois dans une large mesure du code des obligations. On relève certaines différences dans les modalités de résiliation, notamment sous l'angle des voies de recours publiques, pour les litiges relevant de la législation sur le personnel. Dans un tel cas de figure, le Tribunal administratif fédéral serait la juridiction compétente et non le Tribunal des prud'hommes. En 2010, la FINMA n'a eu aucun litige relevant du droit du personnel porté devant les tribunaux.

Politique du personnel et politique salariale

La FINMA mène une politique du personnel axée sur la performance et le marché. Les collaborateurs performants méritent d'être encouragés et toute performance supérieure à la moyenne doit être honorée. Les statuts du personnel FINMA offrent à l'Autorité de surveillance une souplesse accrue dans

la définition des conditions de travail, car la FINMA est plutôt en concurrence avec des employeurs privés qu'avec l'administration fédérale sur le marché du travail.

Un salaire de base supérieur à 300 000 francs suisses requiert l'accord du chef du DFF. Le montant

Plage salariale	Montant minimal	Montant maximal
1	215 000	300 000
2	170 000	260 000
3	130 000	210 000
4	100 000	160 000
5	70 000	120 000
6	50 000	90 000

Six plages salariales qui se chevauchent partiellement constituent ensemble le système de salaires de la FINMA.

maximum du salaire de base et de la composante de salaire variable pour le directeur ou la directrice est fixé lors de l'engagement et est soumis à l'approbation du Conseil fédéral.

En 2010, la FINMA est parvenue à engager d'autres spécialistes qualifiés, expérimentés dans le secteur financier, grâce aussi aux conditions favorables régnant actuellement sur le marché du travail.

A la différence de l'administration fédérale, la FINMA n'a accordé aucune compensation du renchérissement à ses collaborateurs en 2010, car l'indice suisse des prix à la consommation cumulé déterminant pour la FINMA n'a pas progressé de plus de 1 %.

En avril 2010, 44 % des collaborateurs ont obtenu une augmentation de salaire correspondant au total à 2,45 % de la masse salariale. Les augmentations de salaire consenties varient considérablement suivant les cas. La plus haute s'est élevée à 36,5 %, la plus basse à 1,2 %. Les salaires ont été adaptés dans la mesure où il est apparu que de nouvelles tâches, des responsabilités plus importantes ou encore l'évolution du marché du travail le justifiaient. Les adaptations de salaire sont consenties indépendamment de l'évaluation annuelle des prestations. Il n'y a pas d'adaptation annuelle automatique du salaire

de base. Ce processus a entraîné une baisse de salaire pour quelques collaborateurs, soit en raison d'un changement de fonction, soit en raison de la persistance de prestations nettement insuffisantes.

La composante variable du salaire peut entrer en ligne de compte pour récompenser les prestations exceptionnelles¹²³. La FINMA a usé de cette possibilité en accordant en 2010 à 123 collaborateurs (31 %) une « prime » (composante variable du salaire) de 7,5 %, 15 % ou 20 % (pour les membres de la direction) du salaire de base. En vertu des dispositions de l'ordonnance sur le personnel FINMA, seules les personnes ayant dépassé les objectifs convenus ont touché cette gratification.

Au cours de l'année 2010, la FINMA a élaboré son modèle de carrière et de développement qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 2011. Grâce au modèle de carrière spécialisée de la FINMA, les collaborateurs se voient proposer, à titre d'alternative, des perspectives équivalentes à celles des carrières de cadre. Les promotions liées aux carrières spécialisées interviennent selon des critères rigoureux et supposent un approfondissement sensible des connaissances techniques. Ce modèle contribue en outre à renforcer l'attrait de la FINMA sur le marché du travail.

Effectif et structure du personnel

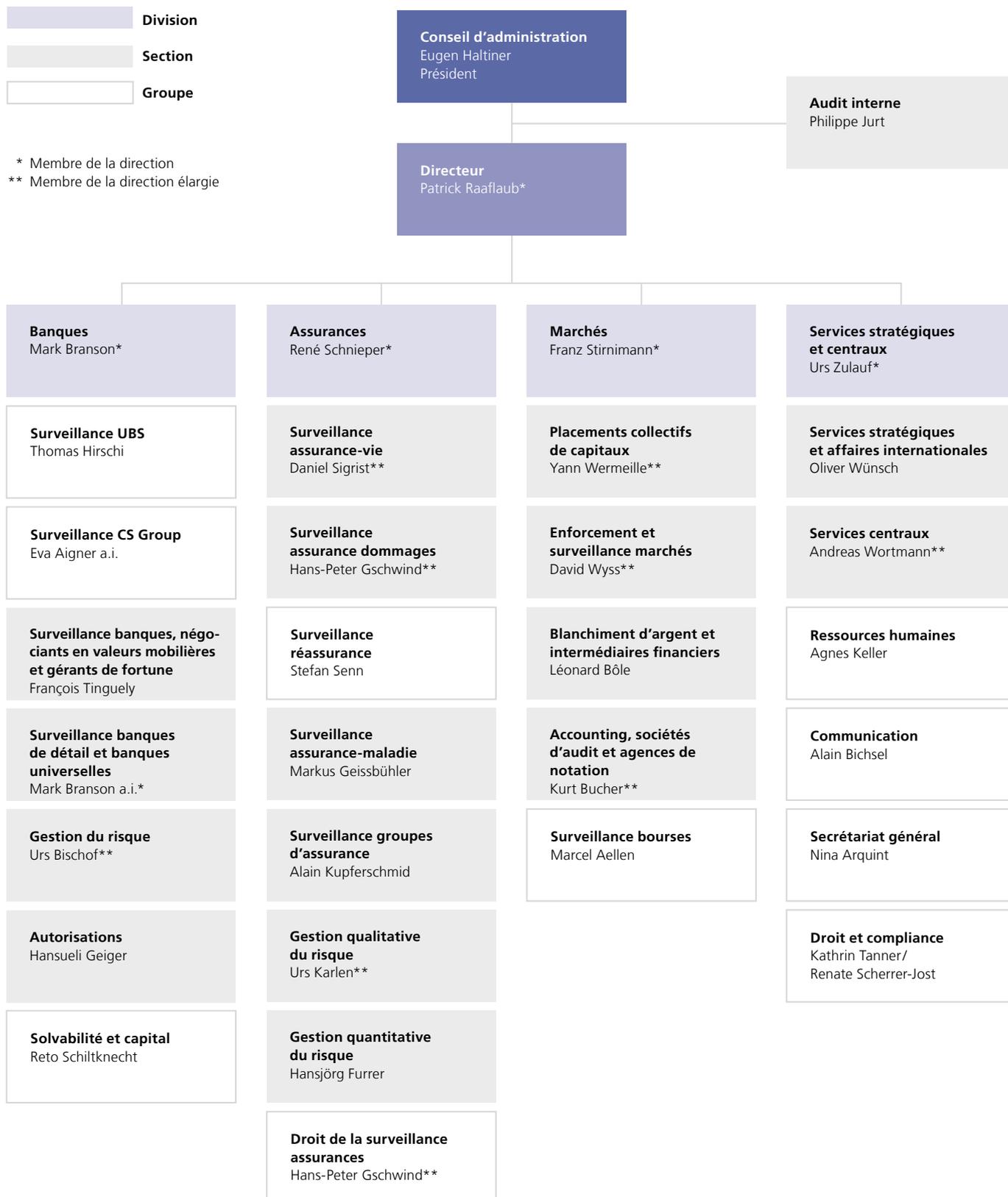
L'effectif approuvé par le conseil d'administration pour 2010 était de 380 postes à plein temps. En 2010, la FINMA a employé en moyenne 405 collaborateurs sur 371 postes à temps plein. Quelque 22 % des collaborateurs travaillent à temps partiel. Pour l'année 2011, le conseil d'administration a approuvé 400 postes à plein temps.

L'âge moyen des collaborateurs était de 41 ans. La répartition linguistique était la suivante: allemand 82 %, français 14 %, italien 3 % et anglais 1 %. La proportion de femmes atteignait 39 %. Le taux de rotation (sans les départs à la retraite) s'élevait à 10 %.

¹²³ art. 22 Ordonnance sur le personnel FINMA

ORGANIGRAMME

(au 31 décembre 2010)



Code de conduite

La FINMA attache beaucoup d'importance à ce que ses collaborateurs fassent preuve d'une parfaite intégrité. Elle a édicté un code de conduite à cet effet. Ce dernier vise à garantir l'intégrité des membres du conseil d'administration et des collaborateurs de la FINMA et porte en particulier sur la gestion des conflits d'intérêts.

Le code comporte notamment des dispositions sur les activités annexes et l'exercice de fonctions publiques, la détention de valeurs mobilières d'assujettis, l'acceptation de cadeaux, la récusation et le secret de fonction. Tous les nouveaux collaborateurs reçoivent une formation portant sur les questions les plus importantes du code de conduite.

RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS FINANCIERS 2010 – RÉTROSPECTIVE ET PLANIFICATION

(au 31 décembre 2010)

Projet	Contact et information
Projets transsectoriels	
<p>Taxes En novembre 2010, le Conseil fédéral a modifié l'ordonnance sur les émoluments et les taxes. La base de calcul de la taxe de surveillance a été modifiée. En outre, les coûts de surveillance des deux grandes banques doivent désormais être directement imputés à ces deux établissements, de façon à corriger les subventionnements croisés. Dans le domaine des bourses aussi, les coûts doivent être entièrement imputés aux établissements les ayant provoqués.</p>	<p>SIF www.sif.admin.ch</p>
<p>Blanchiment d'argent: consolidation des trois ordonnances de la FINMA Les trois ordonnances émises par la CFB, l'OFAP et l'AdC LBA ont été réunies en une seule ordonnance. Quelques changements matériels ont été apportés dans un souci d'harmonisation et d'adaptation à l'évolution internationale actuelle; sinon, il s'agit pour l'essentiel d'un regroupement technique et d'une simplification du texte de l'ordonnance. La nouvelle ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Elle prévoit des délais de transition.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p>
<p>Audit: consolidation des onze circulaires de la FINMA Les onze circulaires de la CFB, de l'OFAP et de l'AdC LBA ont été reprises sans changement par la FINMA. Elles doivent être remaniées et consolidées. A cet égard, l'intervention des sociétés d'audit dans les différents domaines de surveillance de la FINMA doit être largement standardisée et être plus fortement concentrée sur les risques.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p>
<p>Gouvernance d'entreprise Les circulaires de la CFB et de l'OFAP en matière de gouvernance d'entreprise ont aussi été reprises sans changement par la FINMA. Un examen doit permettre de déterminer les besoins d'adaptation et montrer dans quels domaines un concept harmonisé est opportun.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p>
<p>Insolvabilité et assainissement Le projet de loi sur la protection des déposants contient également une révision des règles d'insolvabilité et de la procédure d'assainissement des banques. A l'instar des dispositions relatives à la faillite des banques, la FINMA est désormais aussi autorisée à émettre une ordonnance sur l'assainissement des banques. Des règles relatives à l'insolvabilité des entreprises et des placements collectifs de capitaux sont dorénavant prévues.</p>	<p>SIF www.sif.admin.ch resp. FINMA www.finma.ch</p>
<p>Traitement des données par la FINMA Conformément à l'art. 23 al. 1 LFINMA, la FINMA doit régler les modalités de son traitement des données. Il est prévu d'élaborer une ordonnance à cet effet.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p>

	Niveau de réglementation	Situation et étapes suivantes			
		Elaboration	Consultation/ Audition	Révision	Adoption
	Ordonnance	✓	✓	✓	✓
	Ordonnance	✓	✓	✓	✓
	Circulaire	en cours	ouvert		
	Circulaire	en cours	ouvert		
	Loi resp. ordonnance	✓ (loi)	✓ (loi)	en cours (loi)	ouvert (loi)
	Ordonnance	en planification			

Projet	Contact et information
Banques	
<p>Dépôts auprès de sociétés coopératives, associations et fondations</p> <p>En janvier 2010, la FINMA a adapté la Circulaire 2008/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires », suite à la modification apportée en octobre 2009 par le Conseil fédéral à l'ordonnance sur les banques. Les sociétés coopératives, associations et fondations ne peuvent désormais plus accepter des dépôts du public que si elles les utilisent aux fins de poursuivre le but commun de l'organisation.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p>
<p>Bâle II – pilier 1 (« Bâle 2.5 »)</p> <p>Suite à la crise financière, les standards du pilier 1 de Bâle II concernant les risques de marché et les titrisations, de même que les normes de l'UE en matière de répartition des risques, ont été renforcés, notamment dans le domaine des affaires interbancaires. En novembre 2010, les dispositions d'exécution de l'ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques et de quatre circulaires de la FINMA ont été adaptées, de sorte que les normes suisses concordent à nouveau avec les standards de référence internationaux. La Circulaire 2008/20 de la FINMA « Risques de marché – banques » a notamment été adaptée aux « Revisions to the Basel II Market Risk Framework and Guidelines for Computing Capital for Incremental Risk in the Trading Book ».</p>	<p>SIF www.sif.admin.ch resp. FINMA www.finma.ch</p>
<p>Bâle II – pilier 2</p> <p>Selon les standards minimaux du pilier 2 de Bâle 2, tous les types de risques importants pour l'établissement concerné doivent être couverts par des fonds propres, étant entendu que la couverture en fonds propres nécessaire en vertu du pilier 2 est supérieure à celle nécessaire selon les standards minimaux du pilier 1. Cette marge de manœuvre doit garantir que les exigences minimales selon le pilier 1 soient respectées même en cas de crise grave et, de plus, que les risques non ou insuffisamment pris en compte par les exigences minimales soient suffisamment couverts. Les principes relatifs au pilier 2 stipulés dans l'art. 34 OFR doivent être concrétisés dans une circulaire.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p>
<p>Bâle III</p> <p>Sur la base des expériences de Bâle II et des enseignements de la crise financière, le Comité de Bâle a remanié son dispositif réglementaire sur le capital et la liquidité. La transposition du dispositif réglementaire en droit suisse avec entrée en vigueur au début de 2013 est en cours d'élaboration. C'est le groupe de travail national qui s'est déjà occupé de la mise en place de Bâle II qui devrait être chargé de cette tâche. En plus de Bâle III, il s'occupera également de revoir les prescriptions concernant la répartition des risques pour les intégrer dans l'approche suisse.</p>	<p>SIF www.sif.admin.ch resp. FINMA www.finma.ch</p>

	Niveau de réglementation	Situation et étapes suivantes			
		Elaboration	Consultation/ Audition	Révision	Adoption
	Circulaire	✓	----	----	✓
	Ordonnance resp. circulaire	✓	✓	✓	✓
	Circulaire	en cours	prévu au T1/11	prévu au T2/11	prévu au T3/11
	Ordonnance resp. circulaire	en planification			

Projet	Contact et information
<p>Risques systémiques (« too big to fail ») Sur la base des propositions de la commission d'experts qu'il avait instituée, le Conseil fédéral entend intervenir par voie législative pour limiter rapidement et efficacement les risques que les grandes banques d'importance systémique font courir à l'économie nationale. Les banques d'importance systémique doivent détenir des fonds propres plus élevés, répondre à des exigences de liquidités plus strictes et mieux répartir leurs risques. Elles doivent être organisées de telle manière que, même en cas de menace d'insolvabilité, les fonctions d'importance systémique pour l'économie nationale soient assurées. Afin de favoriser la levée de nouveau capital de réserve et capital convertible en Suisse, le Conseil fédéral propose en outre des mesures fiscales.</p>	<p>SIF www.sif.admin.ch resp. FINMA www.finma.ch</p>
<p>Protection des déposants Après un premier renforcement de la protection des déposants décidé par le Parlement en décembre 2008, le système de garantie des dépôts doit être fondamentalement revu dans un deuxième temps. Au cours de la procédure de consultation toutefois, certaines propositions du Conseil fédéral ont rencontré une forte résistance, de sorte que, conformément à ce qui a été indiqué dans le message publié en avril, seules les mesures immédiates de durée limitée ainsi que les dispositions qui n'ont pas été remises en cause dans le cadre de la consultation doivent être inscrites dans le droit permanent. Il s'agit dans le cas précis de la réglementation sur la poursuite des services bancaires, de la réduction des délais de paiement par la Garantie des dépôts, de la reconnaissance des décisions de faillite étrangères ainsi que de la réglementation des fonds en déshérence. En attendant l'adoption définitive du projet de loi, les mesures immédiates ont été prolongées de deux ans en décembre 2010, soit jusqu'à fin 2012.</p>	<p>SIF www.sif.admin.ch</p>
<p>Fonds en déshérence Des modifications apportées au Code des obligations, au Code civil et au Code de procédure civile auraient dû permettre de régler le traitement des fonds en déshérence. Cette variante a été abandonnée, en raison des divergences de vue constatées lors de la procédure de consultation. Une simple disposition légale doit toutefois donner la possibilité aux banques de liquider de tels fonds après avoir procédé au préalable à un appel public. Le produit de la liquidation reviendrait à la Confédération, tandis que les prétentions des ayants droit éventuels qui ne se seraient pas fait connaître suite à l'appel public s'éteindraient. Les modalités correspondantes ont été concrétisées dans une ordonnance qui a été ajoutée en annexe au projet de loi sur la protection des déposants (message complémentaire d'octobre 2010).</p>	<p>SIF www.sif.admin.ch</p>

	Niveau de réglementation	Situation et étapes suivantes			
		Elaboration	Consultation/ Audition	Révision	Adoption
	Loi et ordonnance resp. circulaire	✓ (loi)	jusqu'au 23 mars 2011 (loi)		
	Loi	✓	✓	en cours	ouvert
	Loi et ordonnance	✓ (loi)	✓ (loi)	en cours (loi)	ouvert (loi)

Projet	Contact et information
<p>Présentation des comptes</p> <p>La révision en cours du droit de la société anonyme et du droit comptable prévoit également des dispositions relatives à la présentation de comptes pour les banques et les négociants en valeurs mobilières (ainsi que pour les entreprises d'assurance). Elle fait actuellement l'objet de discussions au sein du Parlement dans le cadre du traitement de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». La FINMA prévoit par ailleurs une révision de plus grande ampleur des prescriptions en matière de présentation des comptes pour les banques et les négociants en valeurs mobilières par le biais d'une circulaire. A cet égard, il y a lieu de tenir compte du fait que les exigences quant aux normes comptables applicables aux établissements financiers sont différentes du point de vue des investisseurs, d'une part, et de la surveillance prudentielle, de l'autre. Ces différences doivent être analysées et, le cas échéant, des exigences supplémentaires doivent être formulées pour la surveillance prudentielle.</p>	<p>BJ www.bj.admin.ch resp. FINMA www.finma.ch</p>
<p>Assurances</p> <p>Assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie obligatoire</p> <p>Approuvée en mars 2010, la Circulaire 2010/3 « Assurance-maladie selon la LCA » concrétise les prescriptions du droit de la surveillance qui s'appliquent à la tarification et aux provisions techniques dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire. Elle définit en particulier le mandat de la FINMA, qui doit garantir, par une procédure préventive d'approbation des tarifs, que les primes perçues ne soient ni basses au point de compromettre la solvabilité de l'assureur, ni abusivement élevées.</p> <p>Contrats d'assurance</p> <p>La révision totale de la loi sur le contrat d'assurance a essentiellement pour objectif d'adapter le droit du contrat d'assurance aux réalités et besoins actuels et de conférer aux assurés une protection raisonnable et réalisable. Un projet de loi vise à établir un équilibre entre les obligations des preneurs d'assurance, d'une part, et celles des entreprises d'assurance, de l'autre. Un projet de loi remanié et le message correspondant doivent être soumis au Parlement dans le courant de l'année 2011.</p> <p>Provisions techniques pour réassureurs</p> <p>L'ordonnance sur la surveillance ne prévoit pas de réglementation spécifique en matière de provisions pour les réassureurs. Les dispositions nécessaires doivent être concrétisées dans une circulaire. Un projet en procédure d'audition établit les exigences minimales qui doivent garantir que, d'un point de vue actuariel, les entreprises d'assurance constituent des provisions techniques suffisantes. Il instaure les principes régissant l'évaluation, la documentation et l'information ainsi que le processus et le contrôle des provisions techniques.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p> <p>SIF www.sif.admin.ch</p> <p>FINMA www.finma.ch</p>

	Niveau de réglementation	Situation et étapes suivantes			
		Elaboration	Consultation/ Audition	Révision	Adoption
	Loi resp. circulaire	✓ (loi)	✓ (loi)	en cours (loi)	ouvert (loi)
	Circulaire	✓	✓	✓	✓
	Loi	✓	✓	en cours	ouvert
	Circulaire	✓	✓	en cours	ouvert

Projet	Contact et information
<p>Situation de risque des assureurs La FINMA se propose de concrétiser dans une circulaire les dispositions du droit de la surveillance concernant la gestion des risques par les entreprises d'assurance. Il est prévu d'établir les principes permettant de saisir et, surtout, d'établir et d'identifier la situation de risque. Des exigences minimales doivent en outre être fixées quant à la forme, au contenu et à la conception des rapports.</p> <p>Comptabilité de la prévoyance professionnelle La Circulaire FINMA 2008/36 « Comptabilité – prévoyance professionnelle » contient non seulement des composantes fondamentales qui concrétisent et précisent les dispositions légales relatives à la comptabilité de la prévoyance professionnelle, mais également une composante technique qui décrit les différentes positions comptables et du portefeuille en vue de leur saisie dans un formulaire électronique par la FINMA. Il est envisagé – en vue d'une plus grande flexibilité – de réviser la composante fondamentale et de dissocier la composante technique pour l'intégrer dans une directive.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p> <p>FINMA www.finma.ch</p>
<p>Marchés</p> <p>Activité d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent L'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF) détermine quand une personne ou une entreprise non assujettie à la surveillance prudentielle est qualifiée d'intermédiaire financier du secteur non bancaire. Approuvée en novembre 2010, la Circulaire FINMA 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » définit plus précisément les dispositions de l'OIF et expose la pratique suivie par la FINMA dans ce domaine. Cette pratique s'appuie dans une large mesure sur celle suivie par l'ancienne AdC LBA.</p> <p>Délits boursiers et abus de marché L'efficacité de la réglementation doit être améliorée par un renforcement des poursuites pénales en cas de délits boursiers. Sur le fond, les éléments constitutifs du délit d'initiés doivent être redéfinis et une forme qualifiée du délit d'initié et de la manipulation des cours doit être créée. On envisage de simplifier les voies de poursuite pénale, en ce sens que le Ministère public de la Confédération serait compétent pour la poursuite de tous les délits et le Tribunal pénal fédéral pour leur jugement. Une version révisée du projet de consultation, accompagnée du message correspondant, est prévue pour le printemps 2011.</p>	<p>FINMA www.finma.ch</p> <p>SIF www.sif.admin.ch</p>

	Niveau de réglementation	Situation et étapes suivantes			
		Elaboration	Consultation/ Audition	Révision	Adoption
	Circulaire	en cours	ouvert		
	Circulaire	ouvert			
	Circulaire	✓	✓	✓	✓
	Loi	✓	✓	en cours	ouvert

STATISTIQUES

(au 31 décembre 2010)

Etablissements assujettis¹²⁴

Banques assujetties	(2009)	2010
Banques, dont	(330)	326
– en mains étrangères	(123)	121
– succursales de banques étrangères	(35)	36
Banques Raiffeisen	(350)	339
Représentations de banques étrangères	(52)	48

Négociants en valeurs mobilières assujettis

Négociants en valeurs mobilières, dont	(68)	72
– en mains étrangères	(18)	19
– succursales de négociants en valeurs mobilières étrangers	(12)	15
Représentations de négociants en valeurs mobilières étrangers	(40)	40
Opérateurs boursiers étrangers reconnus	(136)	139

Bourses assujetties

Bourses suisses	(3)	3
Organisations suisses analogues aux bourses	(2)	2
Bourses étrangères reconnues	(41)	45
Organisations étrangères reconnues analogues aux bourses	(3)	4

Placements collectifs assujettis

Placements collectifs suisses

Total placements collectifs suisses, dont	(1343)	1400
– placements collectifs ouverts (art. 8 LPCC)		
– fonds de placement contractuels et SICAV	(1336)	1387
– dont réservés aux investisseurs qualifiés	(566)	627
– placements collectifs fermés (art. 9 LPCC)		
– SCPC et SICAF	(7)	13

Placements collectifs étrangers

Total placements collectifs étrangers, dont	(5159)	5791
– eurocompatibles (OPCVM)	(4761)	5439
– non eurocompatibles (non OPCVM)	(398)	352

Gestionnaires de placements collectifs (asset managers) et distributeurs assujettis (LPCC)

	(2009)	2010
Gestionnaires de placements collectifs (asset managers)	(70)	83
Distributeurs	(425)	420

Entreprises d'assurance et caisses-maladie assujetties

Assureurs-vie, dont	(25)	25
– entreprises d'assurance domiciliées en Suisse	(21)	21
– succursales d'entreprises d'assurance étrangères	(4)	4
Assureurs dommages, dont	(124)	126
– entreprises d'assurance domiciliées en Suisse (y c. 20 entreprises d'assurance-maladie complémentaire [2009: 18])	(78)	79
– succursales d'entreprises d'assurance étrangères	(46)	47
Total réassureurs, dont	(69)	62
– réassureurs	(26)	27
– captives de réassurance	(42)	35
Caisses-maladie pratiquant l'assurance-maladie complémentaire	(40)	35
Total entreprises d'assurance et caisses-maladie surveillées	(258)	248

Intermédiaires financiers assujettis

Total OAR assujettis	(11)	11
Total IFDS	(441)	412
Total intermédiaires d'assurance enregistrés	(12 650)	12 854

Sociétés d'audit agréées et agences de notation reconnues

Total sociétés d'audit agréées	(118)	115
– dont exclusivement pour intermédiaires financiers directement assujettis	(97)	99
Total agences de notation reconnues	(5)	5

¹²⁴ Le terme « assujettis » ne signifie pas nécessairement que les établissements concernés font l'objet d'une surveillance par la FINMA.

Autorisations

Banques et négociants en valeurs mobilières

	(2009)	2010
<i>Banques</i>		
Autorisations octroyées à des banques (art. 3 LB)	(9)	8
Succursales (art. 4 OBE-FINMA)	(2)	1
Représentations (art. 14 OBE-FINMA)	(1)	2
Autorisations complémentaires (art. 3 ^{ter} LB)	(28)	10
Levées de l'assujettissement	(4)	2

Négociants en valeurs mobilières

Autorisations octroyées à des négociants en valeurs mobilières (art. 10 LBVM)	(0)	4
Succursales (art. 41 OBVM)	(1)	5
Représentations (art. 49 OBVM)	(3)	5
Autorisations complémentaires (art. 10 al. 6 LBVM et art. 56 al. 3 OBVM)	(1)	3
Levées de l'assujettissement	(0)	2
Admissions d'opérateurs boursiers étrangers	(20)	17

Bourses

Admissions de bourses étrangères (y c. organisations étrangères analogues aux bourses)	(4)	4
----------------------------------------------------------------------------------------------	-----	---

Placements collectifs

Placements collectifs suisses	(152)	189
Placements collectifs étrangers	(984)	1184

Gestionnaires de placements collectifs (asset managers) et distributeurs (LPCC)

Gestionnaires de placements collectifs (asset managers)	(19)	15
Distributeurs	(12)	14

Assurances

	(2009)	2010
Assureurs-vie, dont	(0)	0
– entreprises d'assurance domiciliées en Suisse	(0)	0
– succursales d'entreprises d'assurance étrangères	(0)	0
Assureurs dommages, dont	(5)	5
– entreprises d'assurance domiciliées en Suisse	(2)	3
– succursales d'entreprises d'assurance étrangères	(3)	2
Réassureurs	(0)	2
Captives de réassurance	(3)	1
Caisses-maladie pratiquant l'assurance-maladie complémentaire	(0)	1
Total	(8)	9

Intermédiaires financiers

Intermédiaires d'assurance	(633)	550
IFDS	(26)	23

Sociétés d'audit et agences de notation

Total décisions de changement de société d'audit,	(43)	66
– dont concernant des intermédiaires financiers directement assujettis	(12)	20
Agréments de sociétés d'audit	(5)	5
Radiations de sociétés d'audit	(3)	8
Reconnaissances d'agences de notation	(0)	0

Décisions

Décisions du Comité d'enforcement	(69)	51
-----------------------------------	------	----

Recours et plaintes pénales

Procédures de recours engagées	–	27
Procédures de recours liquidées	–	24
Plaintes déposées auprès des autorités de poursuite pénale	–	32



ANNEXE

REPRÉSENTATION DE LA FINMA AU SEIN DE GROUPES DE TRAVAIL INTERNATIONAUX

Organismes et comités internationaux

Financial Stability Board (FSB)

- Standing Committee on Supervisory and Regulatory Cooperation
- Steering Group on Resolution
- Cross-Border Crisis Management Group
- Peer Review Group on Compensation

Joint Forum

- Plénium (représentation des banques et des assurances)
- Task Force on the Differentiated Nature and Scope of Regulation
- Working Group on Risk Assessment and Capital Standing
- Working Group on Revising the Principles on Supervision of Financial Conglomerates

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB)

- Governors and Heads of Supervision
- International Conference of Banking Supervisors
- Comité de Bâle
- Policy Development Group
- Macroprudential Group
- Working Group on Liquidity
- Trading Book Group
- Definition of Capital Subgroup
- Basel II Capital Monitoring Group
- Risk Management and Modelling Group
- Capital Interpretation Group
- Cross-Border Banking Resolution Group
- Standards Implementation Group
- Standards Implementation Group on Operational Risk
- Standards Implementation Group on Validation
- Accounting Task Force
- Anti-Money-Laundering/Combating the Financing of Terrorism Expert Group
- Governance Task Force
- Top-down Calibration Group

Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA)

- Executive Committee
- ComFrame Task Force
- Financial Stability Committee
- Technical Committee
- Implementation Committee
- Budget Committee
- Internal Review Task Force
- Solvency Subcommittee
- Accounting Subcommittee
- Insurance Contracts Subcommittee
- Reinsurance Subcommittee
- Insurance Groups and Cross Sectoral Issues Committee
- Governance and Compliance Subcommittee
- Market Conduct Subcommittee
- Insurance Core Principles Coordination Task Force

Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV)

- Technical Committee
- Presidents' Committee
- European Regional Committee
- Technical Committee Task Force on Audit Services
- Chairs' Committee and Auditing
- Standing Committee 2 (Regulation of Secondary Markets)
- Standing Committee 3 (Regulation of Market Intermediaries)
- Standing Committee 4 (Enforcement and Exchange of Information)
- Standing Committee 5 (Investment Management)
- Standing Committee 6 (Credit Rating Agencies)
- Screening Group
- MMoU Verification Team 6

Forums internationaux

- Task Force on Unregulated Entities
- Task Force on Commodity Futures Markets
- Task Force on Derivatives Regulation

Groupe d'action financière (GAFI)

- Plénum
- Expert Group A / Expert Group B
- Working Group on Typologies in the Securities Sector

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

- OECD Insurance and Private Pensions Committee (IPPC)
- IPPC Private Sector Advisory Group
- IPPC Task Force on Corporate Governance
- IPPC Task Force on Insurance Statistics
- OECD Committee on Financial Markets
- OECD Economic Survey

Fonds monétaire international (FMI)

- Financial Sector Assessment Program (FSAP)
- Consultation article IV

- Futures and Options Markets Regulators' Meeting (« Bürgenstock-Meeting »)
- Futures Industry Association / International Futures Industry Conference (« Boca-Raton-Meeting »)
- Enlarged Contact Group (Rencontre des autorités de surveillance des fonds de placement)
- Wilton Park Securities Supervision Conference / International Cooperation and Enforcement
- Senior Supervisors Group
- OTC Derivatives Regulators Forum
- Rencontre quadripartite Allemagne, Autriche, Liechtenstein et Suisse (domaine des banques et assurances)
- Conférence Francophone (domaine des assurances) réunissant la France, le Luxembourg, la Belgique et la Suisse
- Groupe des Superviseurs Francophones (domaine des banques)

Cette énumération se limite aux comités internationaux auxquels la Suisse participe activement.

ABRÉVIATIONS

ABE	Autorité bancaire européenne	CERMVM	Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières
ABES	Association des banques étrangères en Suisse	CF	Chambre fiduciaire
AdC LBA	Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (autorité antérieure à la FINMA)	CFB	Commission fédérale des banques (autorité antérieure à la FINMA)
AEAPP	Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles	CFD	Contracts for difference
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers	CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: droit des obligations; RS 220)
AFF	Administration fédérale des finances	CoCos	Contingent Convertible Bonds
AICA	Association internationale des contrôleurs d'assurance	ComFrame	Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups
AIFM	Alternative Investment Fund Managers (directive de l'Union européenne concernant les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs)	COPA	Commission des offres publiques d'acquisition
ASA	Association Suisse d'Assurances	CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
ASB	Association suisse des banquiers	DFF	Département fédéral des finances
ASR	Autorité fédérale de surveillance en matière de révision	EICom	Commission fédérale de l'électricité
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision (Comité de Bâle sur le contrôle bancaire ou CBCB)	ENA	Comité d'enforcement
BNS	Banque nationale suisse	ETP	Exchange Traded Products
BRI	Banque des règlements internationaux	FATCA	U.S. Foreign Account Tax Compliance Act
CCP	Central Counterparty (contrepartie centrale)	FF	Feuille fédérale
CDB	Convention relative à l'obligation de diligence des banques	FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
CdG	Commissions de gestion	FIRST	FINMA Insurance Reporting and Supervising Tool
CECAPP	Comité européen des contrôleurs de l'assurance et des pensions professionnelles	FMI	Fonds monétaire international
CECB	Comité européen des contrôleurs bancaires	FSA	Financial Services Authority (Royaume-Uni)
CER-CN	Commission de l'économie et des redevances du Conseil national	FSB	Financial Stability Board
		GAFI	Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux
		GHOS	Governors and Heads of Supervision (organe de direction du CBCB)
		IFDS	Intermédiaires financiers directement soumis (dits aussi « assujettis »)

ISDA	International Swaps and Derivatives Association	MTF	Multilateral Trading Facilities
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques; RS 952.0)	NYSE	New York Stock Exchange
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent; RS 955.0)	OAR	Organisme d'autorégulation
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses; RS 954.1)	OAR-ASA	Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (loi sur le contrat d'assurance; SR 221.229.1)	OB	Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (ordonnance sur les banques; RS 952.02)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)	OBA-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 8 décembre 2010 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent; RS 955.033.0)
LFINMA	Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers; RS 956.1)	OBA-FINMA 1	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 18 décembre 2002 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (ordonnance 1 de la FINMA sur le blanchiment d'argent; RO 2003 554, 2008 2017 5613 ch. I 4)
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs; RS 951.31)	OBA-FINMA 2	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 24 octobre 2006 sur la prévention du blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le domaine des assurances privées (ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent 2, RO 2006 4413, 2008 5613 ch. I 5)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)	OBA-FINMA 3	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 6 novembre 2008 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans les autres secteurs financiers (ordonnance 3 de la FINMA sur le blanchiment d'argent; RO 2008 5313)
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances; RS 961.01)		
LSR	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision; RS 221.302)		
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive		
MMoU	Multilateral Memorandum of Understanding		
MoU	Memorandum of Understanding		

OBE-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 21 octobre 1996 concernant les banques étrangères en Suisse (ordonnance de la FINMA sur les banques étrangères; SR 952.111)	OPCVM	Organisme de placement collectif en valeurs mobilières
OBVM	Ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance sur les bourses; RS 954.11)	OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (ordonnance sur la surveillance; RS 961.011)
OBVM-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 25 octobre 2008 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance de la FINMA sur les bourses; RS 954.193)	OTC	<i>Over the counter</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)	PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (procédure administrative, RS 172.021)
OFAP	Office fédéral des assurances privées (autorité antérieure à la FINMA)	PCAOB	Public Company Accounting Oversight Board
OFEN	Office fédéral de l'énergie	QIA	Qualified Intermediary Agreement
OFR	Ordonnance du 29 septembre 2006 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et négociants en valeurs mobilières (ordonnance sur les fonds propres; RS 952.03)	RRP	Recovery and Resolution Plan
OFSP	Office fédéral de la santé publique	SCPC	Société en commandite de placements collectifs
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs	SFA	Swiss Funds Association
OIF	Ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF; RS 955.071)	SFI	Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales
OPCC	Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (ordonnance sur les placements collectifs; RS 951.311)	SG DFF	Secrétariat général du Département fédéral des finances
		SICAF	Société d'investissement à capital fixe
		SICAV	Société d'investissement à capital variable
		SoP	Statement of Protocol
		SQA	Swiss Quality Assessment
		SST	Test suisse de solvabilité
		TAF	Tribunal administratif fédéral
		UBCS	Union des Banques Cantionales Suisses
		US GAAP	US Generally Accepted Accounting Principles

