



Chapitre d'actes

2011

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Répondre à la crise : activité irréprochable, transparence des marchés,
entraide internationale et autres développements de la pratique de la
jurisprudence

Bovet, Christian; Liegeois, Fabien

How to cite

BOVET, Christian, LIEGEOIS, Fabien. Répondre à la crise : activité irréprochable, transparence des marchés, entraide internationale et autres développements de la pratique de la jurisprudence. In: Journée 2010 de droit bancaire et financier. Thévenoz, Luc ; Bovet, Christian (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2011. p. 143–171. (Publications du Centre de droit bancaire et financier)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46346>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 23:48

RÉPONDRE À LA CRISE : ACTIVITÉ IRRÉPROCHABLE, TRANSPARENCE DES MARCHÉS, ENTRAIDE INTERNATIONALE ET AUTRES DÉVELOPPEMENTS DE LA PRATIQUE ET DE LA JURISPRUDENCE

Christian Bovet* & Fabien Liégeois**

I. Introduction générale : sortie de crise ?

Dans son discours prononcé le 4 novembre 2010 et adressé aux représentants de la Fédération bancaire de l'Union européenne¹, le vice-président de la Commission européenne, chargé de la concurrence, Joaquín Almunia soulignait que :

“Now that the worst is hopefully behind us, exit from the crisis is a priority for the Commission. As does ensuring that this never happens again. [...] Our work ahead will focus on the much-needed restructuring of the financial sector. Important decisions should be adopted in the coming months. [...] The banking sector had a key role in the development of the crisis and now should play a key role supporting the exit from it.”²

L'attitude de la Suisse se situe certainement dans la ligne de celle de l'Union européenne.

* Professeur ordinaire et doyen de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Titulaire du brevet d'avocat et assistant d'enseignement et de recherche au Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

1 La Fédération bancaire de l'Union européenne (FBE), en anglais European Banking Federation (EBF), est le porte-parole de l'ensemble des banques de l'Union européenne, notamment auprès des institutions européennes.

2 ALMUNIA JOAQUÍN, *Financial stability, a level playing field in Europe and a healthier financial sector: the role of competition policy*, SPEECH/10/618, Bruxelles, le 4 novembre 2010.

A titre d'illustration, on citera les travaux législatifs rapides effectués en relation avec la problématique *too big to fail*³ ou, en termes plus techniques, des banques d'importance systémique⁴. Dans la mesure où cette contribution est axée sur la pratique des autorités de surveillance, nous nous bornerons à rappeler que l'avant-projet du Conseil fédéral s'articule autour des axes principaux suivants :

- Sur le plan des mesures, ce texte impose à ces banques, sous réserve d'une concrétisation à deux niveaux par le gouvernement et la FINMA, (i) de disposer de fonds propres et de liquidités proportionnés à leur position économique particulière, pour leur permettre de mieux assumer les fonctions et risques particuliers qu'elles représentent⁵, (ii) de "répartir les risques de manière à limiter les risques de contrepartie et la concentration de risques"⁶, et (iii) d'être organisées "de telle sorte

3 Ces travaux ont été concrétisés dans un avant-projet de révision de la loi fédérale sur les banques (AP-LB), dont la procédure de consultation s'est achevée le 23 mars 2011; l'AP-LB fait suite au *Rapport final de la commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale* (Rapport "too big to fail"), dans sa version française du 30 septembre 2010, laquelle est disponible sur internet depuis le 4 octobre 2010: www.sif.admin.ch/dokumentation/00514/00519/00592/index.html?lang=fr; l'AP-LB a par ailleurs fait l'objet d'une présentation détaillée dans un rapport explicatif relatif au projet mis en consultation de la révision de la loi fédérale sur les banques (Rapport explicatif), du 22 décembre 2010, disponible sur internet: www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02254/index.html?lang=fr. Il n'est pas tenu compte dans la présente contribution du Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, *too big to fail*), celui-ci ayant été présenté au Parlement le 20 avril 2011, soit peu avant la parution de cet article. Le message repose toutefois essentiellement sur le Rapport "too big to fail" et le Rapport explicatif.

4 Selon l'art. 7 AP-LB (note 3): "On entend par banques d'importance systémique les banques, groupes financiers et conglomérats financiers à dominante bancaire dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses". Le Rapport "too big to fail" (note 3) propose à ce sujet deux critères principaux (p. 12): d'une part, "l'entreprise fournit des prestations centrales et indispensables pour l'économie"; d'autre part, "les autres acteurs du marché ne sont pas en mesure de se substituer à l'entreprise défaillante [...] dans un délai supportable pour l'économie". Voir *idem*, p. 13, les développements relatifs à ce second critère, ainsi que l'art. 8 AP-LB.

5 Art. 9 al. 2 lit. a et b AP-LB (note 3). A ce propos, Rapport "too big to fail" (note 3), p. 26-36; également Rapport explicatif (note 3), p. 29-34.

6 Art. 9 al. 2 lit. c AP-LB (note 3); voir Rapport "too big to fail" (note 3), p. 37.

qu'en présence d'une menace d'insolvabilité, le maintien de leurs fonctions d'importance systémique soit garanti"⁷.

- En cas de non-respect de ces mesures, la FINMA peut notamment ordonner la séparation des activités, que ce soit sur les plans juridique, économique et/ou géographique⁸. Quant au Conseil fédéral, il peut, en cas d'aide financière directe ou indirecte⁹, intervenir sur le système de rémunération de la banque, en particulier en interdisant complètement ou partiellement le versement de rémunérations variables¹⁰.
- Pour respecter les exigences en matière de fonds propres – et pour cela uniquement –, les banques peuvent constituer du capital complémentaire, sous forme de capital de réserve (par le biais d'une augmentation du capital-actions ou du capital-participations)¹¹ ou de capital convertible, composé d'emprunts convertibles ou d'instruments de capital analogues "qui, en cas de survenance d'un événement déterminé, sont convertis en actions ou en bons de participation de la société ou amortis en obtenant le même effet"¹². Si le texte de l'avant-projet semble ouvrir cette seconde possibilité à toutes les banques, force est de constater que les mesures d'accompagnement fiscales¹³, qui ne visent que les banques d'importance systémique, devraient avoir pour effet de limiter leur attractivité à ce type d'établissement.

A juste titre, l'art. 9 al. 1, phr. 2, AP-LB souligne que ces mesures "doivent être proportionnées, prendre en considération leurs incidences sur les banques concernées et sur la concurrence, et tenir compte des normes

⁷ Art. 9 al. 2 lit. d AP-LB (note 3); voir Rapport "too big to fail" (note 3), p. 39.

⁸ Art. 10a al. 2 AP-LB (note 3).

⁹ Notons ici que l'art. 10b al. 1 AP-LB (note 3) octroie une grande liberté d'appréciation au Conseil fédéral pour décider s'il y a lieu d'accorder une aide financière, mais aussi, par voie de conséquence, dans quelle mesure il convient de limiter les rémunérations variables, puisqu'il prévoit l'intervention du gouvernement lorsque la banque présentant une importance systémique "ne dispose plus d'aucune autre possibilité adéquate de financement" (souligné par les auteurs).

¹⁰ Art. 10b AP-LB (note 3).

¹¹ Art. 12 AP-LB (note 3).

¹² Art. 13 al. 1 AP-LB (note 3). Ces emprunts à conversion obligatoire sous certaines conditions sont plus connus sous leur abréviation anglaise de CoCo (*contingent convertible bonds*).

¹³ L'AP-LB (note 3) propose à la fois la "suppression du droit de timbre d'émission sur les obligations et sur les papiers monétaires" et l'"exonération du droit de timbre d'émission sur les droits de participation résultant de la conversion de CoCo" (Rapport explicatif [note 3], p. 10).

reconnues sur le plan international”. Il ne faut cependant pas oublier qu’en raison du rôle particulier – systémique – de ces banques dans le monde économique et financier, ces mesures auront des coûts qui devront être répercutés sur les autres établissements, entreprises et consommateurs avec qui les banques d’importance systémique sont en relation. Certes, ces coûts supplémentaires pourraient amener des acteurs à se tourner vers d’autres banques¹⁴. Toutefois, la position des banques d’importance systémique est telle sur certains marchés qu’un changement d’établissement ne sera pas toujours aisé voire envisageable ; il conviendra alors de veiller à une stricte application du droit de la concurrence.

Tirer les leçons de la crise n’implique pas nécessairement de modifier les lois et les règlements. En particulier, on peut opter pour une application plus stricte du droit existant. C’est en substance ce que propose le rapport du Conseil fédéral sur le rôle de la FINMA dans la crise financière¹⁵ :

“Outre des dispositions pénales, des sanctions relevant du droit administratif peuvent contribuer fortement au respect des prescriptions prudentielles par les assujettis. [...] Au cours de la crise des marchés financiers, la haute direction d’UBS n’a eu à rendre de comptes ni sur le plan civil, ni sur le plan pénal. [...] D’une manière générale, cette situation n’est pas satisfaisante. Le Conseil fédéral recommande à la FINMA d’engager une procédure contre les membres dirigeants d’une entreprise, même après leur départ de celle-ci, et d’utiliser à cet égard un nouvel élément juridique, l’interdiction d’exercer [art. 33 LFINMA], en particulier vis-à-vis des organes supérieurs de direction, comme la FINMA l’évoque dans sa ‘Politique en matière d’enforcement’.”¹⁶

On ne peut que suivre notre gouvernement sur cette voie. Et comme nous allons le voir maintenant, la pratique de la FINMA en matière de garantie d’une activité irréprochable a aussi reçu un large soutien des juridictions de recours.

14 P. ex. Rapport explicatif (note 3), p. 13 : “Du point de vue de la concurrence nationale, les mesures proposées ont un effet bénéfique dans la mesure où elles visent à recréer les conditions d’une neutralité concurrentielle entre les banques d’importance systémique et les autres (*level playing field*).”

15 CONSEIL FÉDÉRAL, *Rôle joué par l’Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l’avenir : rapport en réponse au postulat David (08.4039) et à la motion CER-N (09.3010)*, du 12 mai 2010 ; disponible sur internet à l’adresse : www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01697/index.html?lang=fr.

16 *Idem*, p. 39.

II. Garantie d'une activité irréprochable

Dans la continuité de ce que proposait la Commission fédérale des banques (CFB), la FINMA a publié, fin 2010, son premier bulletin de décisions. Celui-ci illustre bien les exigences de compétences professionnelles et de comportement adéquat des personnes chargées d'administrer et de gérer la banque, puisque trois des décisions publiées portent sur la garantie d'une activité irréprochable¹⁷.

A. Concept et latitude de jugement de la FINMA

La garantie d'une activité irréprochable fait partie des conditions à remplir pour obtenir une autorisation d'exercer une activité bancaire (art. 3 al. 2 lit. c LB). La FINMA bénéficie d'une latitude de jugement dans l'application de cette disposition; compte tenu du caractère spécialisé de la FINMA, le Tribunal administratif fédéral s'astreint en principe à une certaine retenue dans son appréciation en cas de recours¹⁸.

En ce qui concerne les individus, le contrôle de la garantie d'une activité irréprochable procède de l'examen par l'autorité administrative ou juridictionnelle de la compétence professionnelle et personnelle, dans un cas concret, du dirigeant ou collaborateur responsable concerné. Cette compétence est appréciée au moyen des critères suivants: (i) la nature de la fonction à occuper, (ii) la grandeur et le genre d'activités de l'entreprise soumise à autorisation¹⁹, ainsi que, le cas échéant, (iii) les éléments ayant conduit au départ ou au licenciement de l'intéressé, (iv) la portée des manquements constatés sur les nouvelles activités et (v) le comportement adopté depuis le renvoi ou le départ, compte tenu du temps écoulé depuis les faits reprochés²⁰.

Le contrôle porte en outre sur le caractère adéquat du comportement de la personne visée. Ce par quoi il faut comprendre, en premier lieu, le

¹⁷ Voir *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 44-59; 76-101; 102-121.

¹⁸ Voir not. arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 4.1.1. Le régime d'autorisation de la LBVM fonctionne de manière similaire à celui de la LB s'agissant des négociants en valeurs mobilières (*idem*, consid. 4.1.3; é.g. *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 82).

¹⁹ Arrêt du TAF du 11 mai 2010 (B-1360/2009), consid. 3.3.1 et les nombreux arrêts cités.

²⁰ Arrêt du TF du 27 mai 2004 (2A.261/2004), consid. 1.

respect de l'ordre juridique, c'est-à-dire des lois et des ordonnances, des directives et de la pratique de l'autorité de surveillance, ainsi que des usages de la profession et des directives internes²¹. En second lieu, il convient de considérer l'observation scrupuleuse des devoirs de diligence et de loyauté à l'égard des clients, en particulier le respect des accords contractuels avec ces derniers²².

Rappelons que ce qui est valable pour les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque s'applique aussi à cette dernière, en tant qu'entreprise²³. Dans ce contexte, c'est en principe l'organisation générale de la banque qui est examinée. La banque peut par exemple se voir directement imputer des faits commis par des personnes responsables en son sein, si elle a failli à son devoir de surveillance²⁴.

B. Décisions en constatation

A teneur de l'art. 32 LFINMA : "Si la procédure révèle que l'assujetti a gravement enfreint le droit de la surveillance et qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne doit être prise, la FINMA peut rendre une décision en constatation." Cette prérogative gagne en importance dans la pratique de la FINMA.

1. Position de la banque

Prise au terme d'une enquête ayant révélé de grossiers défauts d'organisation au sein d'une banque ("X"), une première décision a abouti au prononcé d'une simple décision constatatoire²⁵. Concrètement, la FINMA s'est résolue à ne pas prononcer de mesure administrative, alors qu'elle avait constaté, d'une part, de graves carences de la banque X dans l'exercice de son devoir de surveillance des affaires de l'une des succursales et, d'autre part, la violation d'une série de règles prudentielles en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Bien que ces agissements délictueux

²¹ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 51.

²² Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 4.1.3 et les réf. citées.

²³ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 82.

²⁴ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 54.

²⁵ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 44-59.

aient été commis sur une période de six ans par un collaborateur peu scrupuleux, c'est en fin de compte la banque elle-même qui, au vu de l'importance de la durée des faits en cause, s'est vu imputer la responsabilité des agissements de son collaborateur²⁶.

L'autorité de surveillance a toutefois renoncé à prononcer le retrait de l'autorisation bancaire, au motif principal qu'une restructuration allait avoir lieu au sein de l'actionnariat de la banque X et que celle-là conduirait à une importante réorganisation. L'intégration de la banque X au sein d'un groupe "B", ayant une réputation sérieuse, permettait de considérer qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne s'imposait en l'état²⁷.

La clémence de la FINMA s'explique aussi par la collaboration active de la banque au cours de l'enquête. Celle-ci a non seulement contribué sérieusement à l'établissement des faits, mais s'est également attelée à mettre en œuvre les recommandations qui lui ont été adressées. En faisant usage de l'art. 32 LFINMA pour rendre une décision de nature constatatoire, la FINMA a ainsi tenu à donner une valeur juridique – certes relative – aux manquements découverts dans le cadre de cette procédure administrative, sans pour autant "sanctionner" la banque.

2. Activités transfrontières

Au terme d'une enquête pour violation de la garantie d'une activité irréprochable dans une affaire d'activités bancaires transfrontières (*grenzüberschreitendes Geschäft*), la FINMA a prononcé une autre décision constatatoire²⁸. L'établissement bancaire suisse impliqué ("C") avait déployé des activités sur le territoire allemand par l'entremise d'agents, conseils de clients allemands. Ni les agents ni la banque ne disposaient pourtant d'une autorisation de l'autorité allemande compétente.

Dans les considérants 53 à 59 de sa décision, la FINMA a insisté non seulement sur la formation défailante du personnel de la banque C qui n'a pas été en mesure de se conformer aux exigences prudentielles, mais également sur le fait que les directives internes en matière de *compliance* n'avaient pas fait l'objet de contrôles suffisamment minutieux. Cela a

²⁶ Bulletin FINMA 1/2010, p. 54.

²⁷ Bulletin FINMA 1/2010, p. 57 et s.

²⁸ Bulletin FINMA 1/2010, p. 102-121.

conduit la FINMA à relever de graves carences en matière d'organisation. L'enquête de la FINMA a en outre révélé que des ordres avaient été passés par les agents allemands de la banque C, au nom et pour le compte de clients de ce pays, sans que les procurations nécessaires eussent été octroyées par ces derniers. De fausses attestations (*Bescheinigungen*) avaient de surcroît été établies par des employés de la banque, de façon à donner l'apparence que les opérations avaient été menées depuis les locaux de la banque en Suisse. Alors qu'une enquête indépendante, mandatée par la FINMA, a conclu à la nécessité, pour la banque et ses "agents", d'obtenir une autorisation en Allemagne, les organes de la banque n'ont, à aucun moment, jugé opportun de se conformer à cette obligation²⁹.

Tout en soulignant qu'en principe, il n'appartient pas à la FINMA de vérifier l'application du droit étranger de la surveillance, l'autorité a clairement affirmé que :

“Die Verletzung ausländischen Aufsichtsrechts oder anderer ausländischer Normen durch beaufsichtigte Banken kann aber beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken bergen. Die Vorschriften des Bankengesetzes betreffend das Erfordernis des adäquaten Risikomanagements, der angemessenen Organisation sowie der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangen daher, dass in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Beaufsichtigte das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abklären und die damit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und kontrollieren. Sie sind durch geeignete Massnahmen zu minimieren.”³⁰

Ainsi, une banque active dans la fourniture de services transfrontières se doit de respecter l'ordre juridique étranger du territoire sur lequel elle opère. Un établissement bancaire qui n'identifie pas les risques découlant d'une telle activité viole la garantie d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 lit. c LB.

Compte tenu des efforts déployés par l'établissement concerné, la FINMA s'est toutefois limitée au prononcé d'une seule décision en constatation, concluant que l'assujetti avait gravement enfreint le droit de la surveillance, sans qu'il soit nécessaire d'adopter une mesure plus incisive à son encontre. La FINMA a, à nouveau, retenu que le conseil d'administration de la banque avait fourni des efforts substantiels, notamment en

²⁹ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 113-115.

³⁰ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 109 et s.

coopérant pendant le déroulement de l'enquête, en mettant un terme aux activités illicites litigieuses et en remplaçant les membres de la direction³¹.

Notons dans ce contexte que, le 22 octobre 2010, la FINMA a rendu public sa prise de position sur les risques juridiques et de réputation qui découlent des activités transfrontières pour les établissements financiers suisses³². Elle a ainsi confirmé qu'elle exigerait désormais qu'un établissement financier exerçant une activité financière transfrontière se livre à une analyse sérieuse du cadre juridique et des risques afférents à son activité³³. Des mesures appropriées pour minimiser ou éliminer ces risques devront être adoptées. Sur un plan opérationnel, cela signifie notamment que les établissements concernés devront mettre en place des mesures liées à la formation du personnel, en contrôler le respect et, le cas échéant, sanctionner les infractions³⁴. L'analyse des risques concernera non seulement les obligations fiscales de l'intermédiaire lui-même vis-à-vis de l'Etat concerné, ainsi que les normes en matière de blanchiment d'argent, mais également un *corpus* plus étendu de normes de droit économique et de procédure³⁵. La FINMA devra être immédiatement informée dès que des risques juridiques et de réputation importants résultant d'activités financières transfrontières se matérialisent chez un assujetti ou dès que des autorités étrangères prennent contact avec un établissement à ce sujet³⁶.

3. Absence d'intérêt

La perception de l'intérêt au prononcé d'une décision constatatoire n'est pas toujours le même, selon que l'on se place du côté de l'autorité ou de

³¹ *Bulletin FINMA* 1/2010, p. 119 et s.

³² *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières (Position de la FINMA Risques juridiques)*, du 22 octobre 2010. Voir ég. *Guide pratique de la FINMA concernant les devoirs d'annonce préalable en vue de l'ouverture d'une présence à l'étranger par des banques et des négociants en valeurs mobilières* du 6 avril 2011, lequel vise à informer les établissements assujettis à la loi sur les banques, ainsi qu'à la loi sur les bourses, des attentes de la FINMA au sujet des informations qui doivent lui être remises dans le cadre de l'ouverture d'une présence à l'étranger. Ce guide pratique est disponible sur internet à l'adresse : www.finma.ch/f/beaufsichtigte/banken-effektenhaendler/Documents/wl-meldepflicht-praesenz-ausland-f.pdf.

³³ *Position de la FINMA Risques juridiques* (note 32), p. 16.

³⁴ *Idem*, p. 16 et s.

³⁵ *Idem*, p. 9-11.

³⁶ *Idem*, p. 19.

celui d'un dirigeant ou d'un collaborateur responsable. C'est ainsi qu'en mai 2010³⁷, le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision de la FINMA selon laquelle une personne qui n'occupait plus de fonction au sein d'un établissement assujéti ne jouissait pas d'un intérêt suffisant pour obtenir une décision en constatation de la garantie d'une activité irréprochable (art. 25 al. 2 de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA] *a contrario*). La FINMA considère en effet ne pas avoir à se prononcer de manière générale sur le comportement d'un individu. Il n'existe pour elle aucun droit des assujétiés ou des personnes travaillant pour ces derniers à un examen, dans l'abstrait, de la garantie future de l'exercice d'une activité irréprochable³⁸. Rappelant, si besoin est, la nature subsidiaire de la décision en constatation, le Tribunal a renvoyé le recourant à solliciter une nouvelle décision de l'autorité au moment où il envisagerait d'occuper à nouveau une position précise, auprès d'un établissement déterminé. Ses qualifications seraient alors examinées de manière séparée et feraient l'objet d'une décision³⁹. En l'état, celui-ci "n'avait pas démontré à satisfaction de droit" l'existence d'un projet concret.

Pour justifier d'un intérêt actuel à la prise d'une décision constatatoire, le recourant avait pourtant allégué une campagne de dénigrement dont il faisait l'objet depuis son licenciement. Suite à la découverte par la banque de graves irrégularités en lien avec des opérations réalisées sur titres, le recourant avait en effet été démis de son poste de responsable du *trading*. Il soutenait avoir toutes les peines du monde à intéresser des partenaires commerciaux potentiels et/ou de futurs employeurs. Selon lui, seule une décision de la FINMA, constatant que les faits dénoncés n'étaient pas de nature à remettre en cause le caractère irréprochable de son activité passée, serait propre à restaurer sa réputation professionnelle. Le Tribunal a rejeté cet argument en rappelant que la FINMA a pour missions la protection des créanciers ainsi que la préservation du bon fonctionnement et de la bonne réputation de la place financière suisse, mais qu'il ne lui appartient pas de veiller à la protection de la réputation des employés ou membres d'organe démis de leur fonction d'un établissement soumis à sa surveillance⁴⁰.

37 Arrêt du TAF du 11 mai 2010 (B-1360/2009).

38 Arrêt du TAF du 11 mai 2010 (B-1360/2009), consid. 3.3.1.

39 *Ibidem*.

40 Arrêt du TAF du 11 mai 2010 (B-1360/2009), consid. 5.

C. Menace de retrait d'autorisation

Dans un arrêt du 6 mai 2010⁴¹, le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé sur une décision de la FINMA constatant que la banque ("X") ne remplissait plus les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières⁴². En conséquence, l'autorité de surveillance avait ordonné à la banque de régulariser sa situation afin de remplir l'ensemble des conditions requises dans un délai de six mois, sous peine de retrait des autorisations qui lui avaient été octroyées.

Cette juridiction s'est en grande partie appuyée sur les faits établis par la FINMA pour rejeter le recours formé par les associés de la banque. En l'espèce, le comité des associés gérants de la banque, constituée sous la forme d'une société en commandite, était essentiellement composé de membres d'une même famille. Le Tribunal a retenu que la banque avait souffert de sérieux problèmes structurels, en raison de litiges récurrents ayant divisé ses associés. La grave mésentente entre les associés avait risqué et risquait encore de perturber la gestion des affaires de la direction, dès lors que ceux-ci disposaient d'un droit de veto.

En matière de garantie d'une activité irréprochable, il s'agit, dans ce type de situation, de poser un pronostic dirigé évidemment vers l'avenir et non de sanctionner des risques passés⁴³. Ainsi, pour le Tribunal administratif fédéral, la récente exclusion de l'un des frères, désigné comme responsable du dernier litige, n'éliminait pas tout risque pour le futur, compte tenu du climat de tension et de la profonde instabilité au sein des associés de la banque. Ce d'autant qu'un litige capable de provoquer un blocage, tel que celui qui avait eu lieu, était indubitablement de nature à entraver de manière grave une gestion prudente et saine de la banque, ainsi qu'à mettre sérieusement en danger les intérêts de celle-ci et de ses créanciers⁴⁴.

Alors que les recourants ont, selon toute vraisemblance, plaidé une autonomie accrue en raison de leur statut réglementaire, le Tribunal administratif fédéral a rappelé que les banquiers privés n'échappent pas à l'obligation de mettre en place une organisation adéquate conformément à

⁴¹ Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009).

⁴² Le reproche de la FINMA porte sur la violation de la garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. c LB et art. 10 al. 2 lit. d LBVM) et le non-respect de la condition d'une organisation adéquate (art. 3 al. 2 lit. a LB et art. 10 al. 2 lit. a LBVM).

⁴³ Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 4.3.3.

⁴⁴ *Ibidem*.

l'art. 3 LB. Ils sont en particulier astreints à consigner dans leur contrat de société ou dans un règlement les dispositions afférentes à l'organisation de leur établissement⁴⁵. Certes, l'organisation peut présenter des spécificités compte tenu de la responsabilité illimitée des associés, y compris lorsque ceux-ci souhaitent conserver largement en leurs mains la direction et le contrôle de leur établissement. Les banquiers doivent toutefois satisfaire pleinement à leurs obligations en matière de *compliance*⁴⁶. Si tel n'est pas le cas, l'organisation de la banque doit être jugée inadéquate⁴⁷. Le Tribunal a conclu que les nombreuses irrégularités constatées à l'occasion d'un audit de la banque, cumulées avec les problèmes personnels entre ses associés, autorisait la FINMA à prononcer une menace de retrait de l'autorisation, en l'absence de régularisation de la situation. De même a-t-il jugé que le délai de six mois imparti par l'autorité de surveillance ne violait pas le principe de proportionnalité⁴⁸.

III. Devoir d'annonce des participations et offres publiques d'acquisition

A. *Franchissement de seuil et investisseurs passifs*

Selon l'art. 20 al. 1 LBVM, révisé et en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2007 :

“Quiconque directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert ou aliène pour son propre compte des titres ou des droits concernant l'acquisition ou l'aliénation de titres d'une société ayant son siège en Suisse et dont au moins une partie des titres sont cotés en Suisse, et dont la participation, à la suite de cette opération, atteint, dépasse ou descend en dessous des seuils de 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33⅓, 50 ou 66⅔% des droits de vote, qu'il soit habilité à en faire usage ou non, doit le déclarer à la société et aux bourses où les titres sont cotés.”

Cette disposition soulève un problème de droit transitoire, puisque la version précédente de cette règle ne prévoyait aucun devoir d'annonce en dessous d'un seuil de détention de 5%. En particulier, comment traiter

45 Art. 10 de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB ; RS 952.02).

46 Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 5.1. Eg. Circulaire FINMA 2008/24 “Surveillance et contrôle interne – banques” (cep. Cm 5 de ladite circulaire).

47 *Ibidem*.

48 Arrêt du TAF du 6 mai 2010 (B-5535/2009), consid. 7.

les actionnaires qui détenaient, lors de la modification législative, une participation supérieure au seuil de 3%, mais inférieure au seuil de 5% ? Se trouvaient-ils concernés par ce devoir d'annonce, de par le seul abaissement du premier seuil de participation de 5% à 3%, et ce, en dépit du fait qu'ils n'avaient procédé à aucune opération depuis l'entrée en vigueur de la loi ?

Ces questions ont été tranchées dans le cadre d'une demande d'exemption présentée à l'Instance pour la publicité des participations de SIX Swiss Exchange SA (IPP) par une société anonyme contrôlée par une fondation de famille, qui détenait ainsi indirectement plus de 3,2% des titres de la société cotée "T". Celle-ci leur a été refusée, et l'IPP a émis une recommandation prônant non seulement la publication d'informations relatives à la société et à la fondation, mais aussi aux membres de la famille bénéficiant des prestations de celle-là. Le rejet de la recommandation de l'IPP a conduit à une procédure devant l'ancienne CFB, qui a confirmé par décision l'opinion de l'IPP. La société détentrice des titres, la fondation de famille et une personne physique – probablement la fille du fondateur – ont donc recouru au Tribunal administratif fédéral en arguant notamment qu'en tant que simples investisseurs passifs, ils n'entraient pas dans le champ d'application de l'art. 20 al. 1 LBVM⁴⁹. Il convient de mettre d'abord l'accent sur ce point car il permet de rappeler certains principes d'interprétation. En premier lieu, la juridiction d'appel a souligné la jurisprudence constante du Tribunal fédéral qui permet à l'autorité chargée d'appliquer la loi de s'écarter du texte de celle-ci s'il existe des raisons sérieuses de penser que la règle exprimée ne correspond pas au véritable sens de la norme⁵⁰. L'interprétation des normes répond à la règle du pluralisme méthodologique pragmatique (*pragmatischer Methodenpluralismus*) ; ce par quoi l'on entend que les méthodes d'interprétation de la loi ont une valeur égale et qu'il convient de les utiliser de façon fonctionnelle, dans chaque cas particulier⁵¹. En l'espèce, le Tribunal a relevé que l'interprétation littérale de la loi ne permettait pas

⁴⁹ Arrêt du TAF du 20 juillet 2010 (B-7126/2008).

⁵⁰ ATF IV 113 consid. 2.4.2 p. 116 ; ATF 134 I 184 consid. 5.1 p. 193 ; ATF 131 I 394 consid. 3.2 p. 396 et les arrêts cités.

⁵¹ ATF 135 V 249 consid. 4.1 p. 252 ; ATF 135 V 215 consid. 7.1 p. 229 ; ATF 134 I 184 consid. 5.1 p. 193 ; ATF 134 V 1 consid. 7.2 p. 5 ; ATF 133 III 497 consid. 4.1 p. 499 ; ATF 124 III 266 consid. 4 p. 268 ; ATF 124 IV 106 consid. 3a p. 109 ; ATF 124 II 241 consid. 3 p. 245 et s. Eg. TSCHANNEN P./ZIMMERLI U./MÜLLER M., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne (Staempfli) 2009, p. 197.

de conclure à une obligation d'annonce du simple fait de détenir passivement, au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition, des titres au-delà du seuil de 3% des droits de vote⁵². Le texte clair de l'art. 20 al. 1 LBVM indique en effet que l'obligation de déclarer prend naissance par le fait d'acquérir ou d'aliéner des titres ou des droits, avec pour conséquence que la participation franchit un des seuils mentionnés des droits de vote. C'est ainsi le résultat d'une opération d'acquisition ou d'aliénation qui donne lieu au franchissement de seuil.

Conjuguant ensuite les approches téléologique et historique, le Tribunal administratif fédéral a relevé qu'au moment de l'introduction du concept de publicité des participations importantes dans la loi sur les bourses, le législateur a accompagné le devoir d'annonce qui en découlait d'une disposition transitoire: l'art. 51 LBVM⁵³. Aux termes de celle-ci, "quiconque, à l'entrée en vigueur de la présente loi, détient une participation d'au moins 5% des droits de vote d'une société anonyme ayant son siège en Suisse et dont les titres sont cotés en bourse doit l'annoncer, dans un délai de trois ans, à la société et aux bourses où les titres sont traités". Le législateur entendait dès lors soumettre à l'obligation d'annonce la simple détention passive d'une participation importante, c'est-à-dire le fait d'avoir atteint ou franchi un seuil, du seul fait de l'entrée en vigueur de la loi. L'art. 51 LBVM venait ainsi compléter l'art. 20 LBVM. Cette disposition transitoire visait à garantir aux investisseurs la transparence de l'actionnariat et permettait de s'assurer que l'on ne négligeât pas les transactions effectuées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi⁵⁴. En revanche, lorsqu'il a abaissé de 5 à 3% le seuil minimal déclenchant une obligation d'annonce, le législateur n'a pas prévu de réglementation transitoire similaire à l'art. 51 LBVM⁵⁵. Pour le Tribunal, on est en présence ici d'une pure omission, non d'un silence qualifié. L'interprétation téléologique de l'art. 20 al. 1 LBVM ne laisse en effet aucun doute: l'obligation de déclarer concerne avant tout les franchissements de seuils et non les opérations (acquisitions ou aliénations) elles-mêmes. Une approche contraire aurait pour conséquence qu'un actionnaire détenant une participation qualifiée, lors de l'entrée en vigueur de la loi, aurait pu rester dans l'anonymat, ce qui conduirait à une inégalité

52 Arrêt du TAF du 20 juillet 2010 (B-7126/2008), consid. 5.2.

53 *Idem*, consid. 5.4.

54 *Ibidem*.

55 *Idem*, consid. 5.5.

de traitement injustifiée entre investisseurs actifs et passifs⁵⁶. L'obligation de déclarer les participations importantes n'atteint son but que si elle met en lumière tous les rapports de force en présence au sein d'une société⁵⁷. Il a ainsi conclu que les membres de la famille "A", investisseurs (passifs), ne pouvaient être traités différemment des autres investisseurs (actifs) : ils devaient s'annoncer.

B. Obligation de présenter une offre et... obligations obligatoirement convertibles

La Commission des OPA (COPA) a rendu le 4 octobre 2010 une décision sur l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition. Il convient de saluer l'application pragmatique par cette autorité de l'art. 32 al. 1, phr. 1, LBVM, selon lequel "[q]uiconque, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert des titres qui, ajoutés à ceux qu'il détient, lui permettent de dépasser le seuil de 33⅓% des droits de vote de la société visée, qu'il soit habilité à en faire usage ou non, doit présenter une offre portant sur tous les titres cotés de cette société".

En l'espèce, à l'occasion de la conclusion d'un important contrat d'investissement avec la société E SA, les actionnaires A, B, C et D, qui formaient un groupe au sens de l'art. 20 al. 1 LBVM⁵⁸, ont acquis un nombre important d'obligations obligatoirement convertibles (*mandatory convertible notes*) émises par E SA. Les actionnaires étaient conscients que la conversion ultérieure de ces obligations donnerait lieu à un franchissement de seuil au sens de l'art. 32 al. 1 LBVM. Ils se sont dès lors adressés à la COPA pour savoir, en premier lieu, si l'opération d'acquisition d'un tel instrument financier donnait déjà naissance à une obligation de présenter une offre publique d'acquisition. La COPA, après avoir rappelé la nature juridique des obligations obligatoirement convertibles⁵⁹, a jugé que l'acquisition de telles valeurs mobilières "ne déclenche pas à elle seule d'obligation de présenter une offre publique d'acquisition au sens des art. 32 LBVM et

⁵⁶ *Idem*, consid. 5.6.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Sur la notion d'action de concert au sens de l'art. 20 al. 1 LBVM, voir l'arrêt du TAF du 9 novembre 2010 (B-1215/2009) (affaire Sulzer), en particulier consid. 4.1 et 4.2.

⁵⁹ Décision de la COPA du 4 octobre 2010 (456/01), consid. 1.1 N 2-4.

29 OBVM-FINMA”⁶⁰. En revanche, la conversion en actions – à l’échéance ou de manière anticipée – est de nature à entraîner un franchissement du seuil déclencheur de l’offre obligatoire, avec pour conséquence l’obligation de présenter une offre à tous les actionnaires de la société visée⁶¹.

En second lieu, et, dans la mesure où la participation qu’ils détenaient conjointement allait – provisoirement – se monter à plus de 36% des droits de vote au moment de la conversion, les actionnaires sollicitaient, de manière anticipée, l’octroi d’une dérogation à l’obligation de présenter une offre. Ils invoquaient le bénéfice de l’art. 32 al. 2 lit. c LBVM qui permet l’octroi d’une telle dérogation par la COPA lorsque le franchissement de seuil est temporaire. Ils soutenaient être dans une telle situation dès lors que le franchissement du seuil décisif de 33⅓% allait avoir lieu, les concernant, uniquement pendant une période limitée. Plus précisément, le franchissement résulterait du fait que le calcul du seuil de l’offre obligatoire est basé sur “l’ensemble des droits de vote inscrits au registre du commerce”, tandis que “[l]a participation de l’acquéreur déterminante pour le dépassement du seuil comprend tous les titres de participation dont il est propriétaire”⁶². Or les actions dont ils allaient devenir les propriétaires dès la conversion ne pourraient, selon toute vraisemblance, pas être simultanément inscrites au registre du commerce, si bien qu’un franchissement de seuil allait se produire dans cet intervalle. En d’autres termes, les actionnaires allaient automatiquement franchir le seuil les contraignant à faire une offre publique d’acquisition pendant une période limitée allant de la remise des actions à l’inscription de celles-ci au registre du commerce (leur participation s’élèverait alors à environ 36%), avant de se retrouver, à nouveau, en dessous du seuil, dès l’inscription des actions au registre du commerce (leur participation effective serait d’environ 30%). La COPA leur a donné raison en jugeant que cette différence dans les bases de calcul est de nature à entraîner un résultat qui ne reflète pas la réalité économique et peut entraîner formellement un franchissement temporaire du seuil de l’offre obligatoire. Dans ce cas, une dérogation basée sur l’art. 32 al. 2 lit. c LBVM peut être accordée⁶³. Toutefois, “[a]fin que le dépassement puisse être qualifié de temporaire, l’inscription du nouveau capital-actions

60 *Idem*, consid. 1.1 N 5 (souligné par les auteurs).

61 Décision de la COPA du 4 octobre 2010 (456/01), consid. 1.1 N 5.

62 Cpr art. 32 al. 1 et 2 OBVM-FINMA.

63 Décision de la COPA du 4 octobre 2010 (456/01), consid. 1.2 N 11.

au registre du commerce doit être effectuée dans un délai de trois mois suivant la conversion”⁶⁴. Ainsi, la COPA a finalement assorti sa dérogation à la triple condition que (i) le délai de trois mois soit respecté, (ii) les actionnaires n'exercent pas une influence déterminante sur le destin de la société visée durant la (brève) période de dépassement de seuil, et (iii) elle soit immédiatement informée de la conversion des obligations obligatoirement convertibles et de l'inscription du capital-actions au registre du commerce⁶⁵.

IV. Affaire UBS : suite et fin ?

L'observateur qui se penche sur les derniers développements en droit fiscal dans l'affaire UBS doit constater, peut-être avec un certain cynisme, qu'en fin de compte, quant au fond, la *Realpolitik* l'emporte sur la défense du droit par le Tribunal administratif fédéral (A), mais qu'en particulier sous l'angle du droit d'être entendu, certaines garanties procédurales subsistent néanmoins (B).

A. Au fond

Au cours de la prolifique saga des arrêts UBS qui a débuté en mars 2009, le Tribunal administratif s'est notamment employé à reconnaître la probable commission d'une fraude fiscale massive par l'UBS, en raison de sa position d'intermédiaire qualifié, laquelle constituait pour les autorités fiscales américaines une véritable délégation de leurs tâches de contrôle⁶⁶; à rappeler qu'un accord amiable ne pouvait déroger au texte d'un accord international⁶⁷, avant de rendre le 14 juillet 2010 un arrêt de principe qui a mis fin aux espoirs des contribuables américains impliqués d'obtenir que la transmission des informations fiscales les concernant soit refusée⁶⁸. Ainsi :

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Arrêt du TAF du 5 mars 2009 (A7342/2008 et A7426/2008), in RDAF 2009 II 294, p. 329, consid. 5.5.2.3.

⁶⁷ Arrêt du TAF du 21 janvier 2010 (A-7789/2009).

⁶⁸ Arrêt du TAF du 15 juillet 2010 (A-4013/2010).

- Le 5 mars 2009, le Tribunal administratif fédéral a rendu un arrêt important où il semblait reconnaître la probable commission d'une fraude fiscale, au sens de l'art. 26 de la convention de double imposition de 1996 avec les Etats-Unis, par un nombre considérable de contribuables américains. Ces derniers étaient soupçonnés d'avoir contourné les effets voulus par le système de *qualified intermediary* (QI)⁶⁹, avec l'aide ou, à tout le moins, par l'entremise de conseillers de l'UBS. L'utilisation systématique et planifiée de sociétés *offshore*, dont la mise en place pouvait permettre de dissimuler la véritable identité des ayants droit économiques de comptes en banque, a pesé lourd dans l'appréciation du Tribunal. Celui-ci relevait – dans un considérant dont la portée pourrait dépasser considérablement le cadre de cette affaire – que les contribuables en cause n'avaient pas joué le jeu de ce type de véhicule, en omettant de suivre les plus élémentaires procédures inhérentes à la vie d'une personne morale⁷⁰: tant que le propriétaire économique respecte les actes formels et évite une confusion des sphères juridiques, la séparation dogmatique entre la personne morale et la personne physique qui la domine doit être considérée comme le point de départ de toute observation juridique. En cas de négation des différentes sphères juridiques par l'ayant droit économique final, le principe de sujets juridiques séparés et indépendants ne peut plus être conservé⁷¹. Autrement dit, dans une telle hypothèse, soutenir une indépendance juridique entre la personne physique et la personne morale contrevient au principe de la bonne foi et doit être assimilé à un abus de droit. Dans les cas les plus patents, le Tribunal semble au demeurant laisser entendre qu'il pourrait retenir une simulation des rapports juridiques en présence, ce qui pourrait remettre en cause l'attribution même des éléments imposables à la personne morale. Quant à l'UBS, elle s'était vu assigner par l'autorité fiscale américaine une mission particulière de surveillance des avoirs appartenant à des contribuables américains, à travers sa position d'intermédiaire qualifié. Or, l'utilisation massive de structures *offshore*, capables de dissi-

69 Pour des précisions sur le *Qualified Intermediary Agreement* (QIA), voir BOVET C./GUGGENHEIM A., "Surveillance des marchés financiers : rétrospective pour des perspectives II", in THÉVENOZ L./BOVET C. (édit.), *Journée 2009 de droit bancaire et financier*, Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2010, p. 115-117.

70 Arrêt du TAF du 5 mars 2009 (note 66), consid. 5.5.2.5.

71 *Ibidem*.

muler le véritable ayant droit économique de comptes, s'inscrivait en contradiction manifeste avec les devoirs de la banque.

La conjonction des comportements des contribuables américains et de l'UBS, ainsi que l'ampleur des cas en présence ont sans doute sonné le glas de l'absolutisme du secret bancaire helvétique. Le Conseil fédéral devait en effet céder à la pression internationale suite à cet arrêt en communiquant, le 13 mars 2009, sa décision de reprendre les standards de l'OCDE en matière d'échange international de renseignements fiscaux.

- Le 19 août 2009, un avenant à la convention de double imposition avec les Etats-Unis élargissant les critères d'octroi de l'assistance administrative a été conclu⁷². Le Conseil fédéral a alors soutenu que cet accord ne constituait pas une modification de la convention, mais visait à faciliter l'interprétation de la notion indéterminée de "fraudes et délits semblables" présente dans le texte original de ce traité. Le Tribunal a rejeté cette vision dans un arrêt de principe (*Piloturteil*) du 21 janvier 2010, considérant que cet accord dérogeait à la convention et prévoyait des définitions contraires aux termes que ce dernier texte fixe de manière contraignante⁷³. Cet Accord UBS, qualifié d'accord amiable, n'avait au demeurant pas un rang suffisant dans l'ordre juridique pour y déroger valablement et ne pouvait en conséquence être appliqué⁷⁴.
- Après de nouvelles négociations avec les Etats-Unis, le Conseil fédéral a conclu le 31 mars 2010 un protocole modifiant l'Accord UBS⁷⁵. L'Assemblée fédérale a ensuite approuvé l'Accord UBS, tel que modifié, par un arrêté du 17 juin 2010⁷⁶, si bien que l'arrêt du Tribunal administratif

72 Accord entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA du 19 août 2009 (Accord UBS, RS 0.672.933.612).

73 Pour plus de précisions, voir LIÉGEAIS F., "Secret bancaire et assistance administrative internationale en matière fiscale : les changements apportés par la révision des conventions Suisse-France et Suisse-USA", RDAF 2011 II 1, p. 17 et s.

74 Arrêt du TAF du 21 janvier 2010 (note 67), consid. 5.5.2.

75 Protocole modifiant l'Accord entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA, signé à Washington le 19 août 2009 (Protocole modifiant l'Accord d'entraide administrative, RO 2010 1459).

76 Arrêté fédéral du 17 juin 2010 portant approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord (RO 2010 2907).

fédéral du 15 juillet 2010⁷⁷, qui en a examiné la validité, pourrait constituer l'épilogue de cette série de rebondissements juridiques. La juridiction de recours s'est en effet estimée tenue d'appliquer cet accord international, dont elle a reconnu la validité formelle et matérielle. Le protocole avait introduit diverses adaptations en vue de spécifier la nature juridique de l'Accord UBS. Il indiquait notamment de façon explicite que l'Accord UBS était un traité international prévalant sur la convention de double imposition de 1996 avec les Etats-Unis, son protocole additionnel et l'accord mutuel de 2003.

Le Tribunal administratif fédéral a ainsi rejeté l'argument des recourants qui invoquaient la nullité de l'Accord UBS, notamment au motif que des vices avaient eu lieu dans sa procédure d'adoption en droit interne (en particulier, le fait que son approbation par arrêté fédéral n'avait pas été soumise au référendum facultatif)⁷⁸. Le Tribunal a rappelé le principe général de droit international public selon lequel les Etats sont liés par leurs accords internationaux lorsque ceux-ci ont été conclus conformément au droit des traités⁷⁹. Une violation des dispositions de droit interne concernant la compétence pour conclure des traités peut certes faire échec à ce principe, à condition d'être manifeste⁸⁰; le Tribunal a toutefois jugé que tel n'était pas le cas en l'espèce. Si des dispositions internes de droit suisse devaient ne pas avoir été respectées, leur violation n'était, de toute évidence, pas susceptible d'être reconnue par les Etats-Unis, de sorte que la validité internationale de la conclusion du traité l'emportait⁸¹. Le Tribunal administratif fédéral a finalement considéré que la validité internationale de la conclusion du traité liait les autorités suisses en vertu de l'art. 190 Cst., indépendamment d'une violation (avérée ou non⁸²) des conditions formelles du

77 Arrêt du TAF du 15 juillet 2010 (note 68).

78 A propos de la question controversée de la soumission au référendum facultatif de l'arrêté fédéral approuvant l'Accord UBS, tel que modifié, voir REICH M., "Das Amtshilfeabkommen in Sachen UBS oder die Grenzen der Staatsvertragskompetenz des Bundesrats: die Rechtslage nach dem BVGer-Urteil vom 21.1.2010", *IFF Forum für Steuerrecht* 2010, p. 111-131, p. 126 (défavorable); BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA, "Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)* 2010, p. 446-520, p. 507 (favorables).

79 Art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CV; RS 0.111); arrêt du TAF du 15 juillet 2010 (note 68), consid. 4.2.

80 Art. 46 CV.

81 Arrêt du TAF du 15 juillet 2010 (note 68), consid. 5.3.4 et 5.3.5.

82 Voir supra notes 78 et 81.

droit interne suisse⁸³. Il a donc débouté définitivement les recourants sur le fond.

B. L'admission de griefs formels

Si la juridiction administrative a dû finalement, en quelque sorte, se plier à une décision politique, il n'en demeure pas moins qu'elle a pu protéger les droits de procédure des contribuables en rendant une série d'arrêts qui ont, à tout le moins, retardé la transmission de certaines données concernant des contribuables figurant sur la liste transmise par la banque⁸⁴. Le Tribunal administratif fédéral a ainsi constaté plusieurs violations du droit d'être entendu par l'Administration fédérale des contributions (AFC), les décisions de cette dernière étant donc annulées sur la base d'un grief formel, indépendamment des chances de succès des recours sur le fond⁸⁵.

L'état de fait de ces arrêts est relativement similaire: l'AFC rend une décision concluant la procédure devant elle et établissant, d'une part, que toutes les conditions sont réunies pour accorder l'entraide administrative à sa contrepartie américaine, l'Internal Revenue Service (IRS), et, d'autre part, que les documents doivent être transmis par l'UBS. Les intéressés n'ont cependant pas été dûment informés de l'ouverture d'une procédure d'entraide administrative, si bien qu'ils ont été privés de la possibilité de participer à la procédure ayant conduit à la prise d'une décision à leur encontre. Le Tribunal rappelle dès lors à l'AFC les composantes du droit d'être entendu:

“le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment; le droit de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision; le droit d'avoir accès au dossier; le droit de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos; le droit pour les parties ou leur mandataire, conformément à l'art. 26 al. 1 PA, de consulter tous les actes servant de moyens de preuves au siège de l'autorité appelée à statuer.”⁸⁶

⁸³ Pour une critique détaillée de cette conclusion, voir BONNARD YVES/GRISEL GUILLAUME, “L'accord UBS: spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme”, RDAF 2010 II, p. 381 et ss.

⁸⁴ Voir not. arrêts du TAF du 21 septembre 2010 (A-4936/2010); 18 octobre 2010 (A-3939/2010); 11 novembre 2010 (A-4935/2010) et (A-4034/2010).

⁸⁵ Sur ce point, voir not. arrêt du TAF du 11 octobre 2010 (A-4034/2010), consid. 5.2.

⁸⁶ Arrêts du TAF du 30 mars 2010 (A-6912/2007), consid. 7.1; 18 octobre 2010 (A-3939/2010), consid. 4.2.

Le Tribunal administratif fédéral, qui dispose d'un pouvoir de cognition plein et entier, insiste sur le fait que la violation du droit d'être entendu est susceptible d'être réparée, devant lui, à titre exceptionnel, s'il n'en résulte aucun préjudice pour le recourant⁸⁷. Il juge toutefois que tant l'équité que le principe de l'égalité des armes commandent d'y renoncer dans chacun des cas d'espèce, étant donné que le droit d'être entendu des recourants n'a été respecté à aucun stade de la procédure devant l'AFC et qu'en règle générale, les intéressés ignoraient même l'existence d'une telle procédure. Le vice est par ailleurs d'autant plus patent, dans ce contexte, que les recours portés devant lui ne sont pas précédés d'une procédure de réclamation ou d'un autre recours et que les arrêts du Tribunal administratif fédéral sont définitifs (art. 83 lit. h LTAF)⁸⁸.

Enfin, face à l'argument de l'AFC qui prétend que les contribuables concernés doivent être considérés comme ayant été informés de la procédure par les nombreux articles de presse publiés aux Etats-Unis au sujet de la demande d'entraide, le Tribunal laisse entrevoir un certain agacement : d'une part, l'on ne peut savoir, sur la base de publications dans les journaux, si l'on est directement concerné par la procédure d'échange de renseignements et, d'autre part, l'on ne peut déduire de telles publications que les informations relatives à son compte seront transmises à l'AFC⁸⁹.

V. L'ordonnance du Conseil fédéral relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions

A. En général

L'ordonnance relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI), en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2010, constitue provisoirement le texte légal de référence en la matière, avant l'adoption d'une loi fédérale⁹⁰.

⁸⁷ ATF 126 V 130 consid. 2b p. 132 ; arrêts du TAF du 11 octobre 2010 (note 85) ; 27 octobre 2010 (A-4231/2010).

⁸⁸ Arrêts du TAF du 11 octobre 2010 (note 85), consid. 5.2, et 21 septembre 2010 (A-4936/2010), consid. 5.2.

⁸⁹ Arrêts du TAF du 21 septembre 2010 (note 88), consid. 5.1 ; 11 octobre 2010 (note 85), consid. 5.1 ; 18 octobre 2010 (note 86), consid. 5.1.

⁹⁰ Art. 1 al. 2 OACDI. Le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de loi sur l'assistance administrative en matière fiscale le 12 janvier 2011. La loi devrait se substituer à l'OACDI à court, voire moyen terme.

Sous réserve de dispositions contraires des conventions de double imposition (CDI) applicables, l'OACDI règlemente en particulier l'examen préliminaire des demandes⁹¹, l'obtention des renseignements⁹², les droits procéduraux des parties⁹³, l'utilisation des renseignements fiscaux transmis⁹⁴ et les demandes d'assistance émanant de la Suisse⁹⁵. Les recours contre les décisions de l'Administration fédérale des contributions sont, quant à eux, régis exclusivement par la loi fédérale sur la procédure administrative⁹⁶. On notera cependant que l'OACDI confère expressément la qualité pour recourir contre les décisions de l'AFC non seulement à la "personne concernée"⁹⁷, mais également au détenteur des renseignements, de même qu'évidemment, à tout tiers particulièrement touché au sens de l'art. 48 al. 1 PA⁹⁸. L'art. 10 al. 3 OACDI confirme, en tant que de besoin, que

⁹¹ Art. 5 OACDI.

⁹² Art. 6 ss OACDI.

⁹³ Art. 10 à 13 OACDI.

⁹⁴ Art. 15 OACDI.

⁹⁵ Art. 16 OACDI.

⁹⁶ Art. 4 al. 5 et 13 al. 4 OACDI.

⁹⁷ Au sens de l'art. 3 lit. a OACDI, la personne concernée est la personne au sujet de laquelle sont demandés les renseignements faisant l'objet de la demande d'assistance administrative.

⁹⁸ Art. 13 al. 2 OACDI. Au sujet de cette disposition, le rapport explicatif de l'OACDI du 15 septembre 2010 indique ce qui suit en page 15: "L'art. 13, al. 2, OACDI confère aussi la qualité pour recourir au détenteur des renseignements dans la mesure où il est plus touché matériellement que tout un chacun selon les principes généraux de la procédure (art. 48 PA). L'exclusion du droit de recours du détenteur des renseignements ne serait pas admise, car il ne pourrait pas faire valoir ses intérêts de droit matériel (tels que le secret professionnel pour les avocats, ou le secret industriel ou commercial) protégés par la clause d'assistance administrative (cf. art. 26, al. 3, let c, MC-OCDE). Le droit de recours du détenteur des renseignements en sa qualité de personne directement concernée par la mesure d'assistance administrative correspond également aux dispositions de la loi sur l'entraide pénale internationale (art. 80h, lit. b, EIMP et art. 9a OEIMP)." Si l'on considère que le détenteur des renseignements ne remplit pas les conditions de l'art. 48 al. 1 PA, il est alors discutable de lui conférer la qualité pour recourir par le biais d'une simple ordonnance. En effet, l'art. 48 al. 2 PA indique que seule une autre loi fédérale peut autoriser l'attribution spéciale de la qualité pour recourir à une personne ou une autorité. En outre, la seconde justification de l'octroi de la qualité pour recourir au détenteur des renseignements, au moyen d'un raisonnement par analogie avec les règles de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de son ordonnance (EIMP et OEIMP), limite fortement la portée que semble vouloir donner le Conseil fédéral à l'art. 13 al. 2 OACDI.

ces mêmes personnes peuvent prendre part à la procédure qui précède le prononcé de la décision de l'AFC et consulter le dossier⁹⁹.

Ainsi qu'il ressort de la volonté clairement affirmée des autorités politiques suisses lors de la reprise de la clause-type de l'OCDE, à savoir l'art. 26 du modèle de convention fiscale OCDE (MC-OCDE), l'échange de renseignements fiscaux a lieu uniquement sur demande¹⁰⁰. Le mécanisme retenu n'est dès lors ni celui de l'échange automatique de renseignements¹⁰¹ tel qu'il existe au sein de l'Union européenne avec la directive 77/799, ni l'échange spontané d'informations¹⁰².

L'échange de renseignements peut être demandé aussi bien aux fins d'application de la convention ("petite entraide")¹⁰³ qu'en vue de favoriser l'application de la législation interne des Etats contractants ("grande entraide")¹⁰⁴. Des mesures de contrainte ne peuvent être ordonnées que dans le cadre de la grande entraide¹⁰⁵.

En principe, l'OACDI devrait comprendre les règles procédurales régissant l'exécution de l'assistance administrative en matière fiscale, tandis que les conditions matérielles relatives à l'octroi de l'assistance devraient figurer dans chaque CDI. La distinction entre conditions formelles et matérielles n'est toutefois pas toujours aisée, ainsi que l'illustre l'art. 5 OACDI.

99 Sur les violations du droit d'être entendu des contribuables américains dans l'affaire UBS, voir supra VII.

100 Art. 1 al. 3 OACDI.

101 Selon le *Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales approuvé par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006, Module sur l'échange automatique de renseignements* (que certains pays appellent également échange de renseignements de routine [*routine exchange*]), "l'échange automatique correspond à la transmission systématique et régulière d'un large volume de renseignements concernant des contribuables. Ils sont communiqués au pays de résidence par le pays de la source et concernent une ou plusieurs catégories de revenus (par exemple dividendes, intérêts, redevances, traitements, pensions, etc.). Ces renseignements sont obtenus de façon systématique dans le pays de la source, généralement lorsque le débiteur (institution financière, employeur, etc.) rapporte les paiements qu'il a effectués", p. 3 N 1.

102 Selon le manuel précité (note 101) dans son module sur l'échange spontané de renseignements, cette procédure "correspond à une transmission spontanée à une autre partie contractante de renseignements vraisemblablement pertinents pour celle-ci et n'ayant pas fait l'objet d'une demande préalable", p. 3 N 1.

103 Art. 4 OACDI.

104 Art. 5 à 15 OACDI.

105 L'utilisation des locutions "petite" et "grande" entraide en matière fiscale prête à confusion car leur signification ne se recoupe pas avec celle qui prévaut dans le do-

B. L'art. 5 OACDI : la disposition centrale

Notons d'abord que l'art. 5 al. 2 OACDI prévoit que la demande d'assistance doit être rejetée si elle se révèle incompatible avec l'ordre public ou les intérêts essentiels de la Suisse (lit. a), si elle ne respecte pas le principe de la bonne foi (lit. b) ou si elle est fondée sur des renseignements qui ont été obtenus ou transmis par des actes punissables selon le droit suisse (lit. c). La référence aux principes généraux de l'ordre public et de la bonne foi a, semble-t-il, été introduite pour que l'AFC puisse jouer le rôle de gardienne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse, malgré l'assouplissement de la pratique en matière d'échange de renseignements¹⁰⁶. On peut néanmoins douter de l'efficacité de cette disposition, la référence au principe de la bonne foi étant dépourvue de toute portée propre. En effet, les conventions en vue d'éviter les doubles impositions sont des accords internationaux soumis aux règles de la Convention de Vienne¹⁰⁷. Or celle-ci exige expressément que les traités internationaux soient appliqués, interprétés et exécutés de bonne foi¹⁰⁸. La précision dans une ordonnance de droit interne est donc superfétatoire.

En second lieu, l'art. 5 al. 3 lit. b, chiffres 2 et 3, OACDI, qui soumet la recevabilité d'une demande d'entraide par la Suisse à l'identification indubitable de la personne concernée et du détenteur des renseignements, ne sera sans doute jamais appliqué à la lettre. En effet, suite aux résultats préliminaires de l'examen de la Suisse par ses pairs (*peer review*) dans le cadre du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, la Suisse a été invitée à assouplir ses exigences procédurales relatives aux demandes d'assistance administrative. Celles-ci ont été jugées trop restrictives et capables de constituer un obstacle à un échange effectif de renseignements. Au-delà de ces considérations plutôt abstraites, c'est en réalité la question du niveau d'identification de la personne concernée et du détenteur des renseignements qui s'est révélée problématique. La Suisse a obtenu, dans plusieurs des CDI renégociées, que ses partenaires s'engagent à lui fournir en particulier les noms et adresses

maine de l'entraide pénale. A cet égard, voir ZIMMERMANN R., *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^e éd., Bruxelles (Bruylant) et Berne (Staempfli) 2009, p. 7 et s.

¹⁰⁶ Cette disposition vise notamment à permettre à l'AFC de rejeter une demande de renseignements dont l'origine reposerait sur l'utilisation de données volées.

¹⁰⁷ Voir note 79.

¹⁰⁸ Art. 31 et 26 CV.

du contribuable concerné et/ou du détenteur des renseignements. Cela étant, si les demandes d'assistance administrative désignent en général nommément les personnes visées, il arrive que leurs nom et adresse ne soient pas connus. Selon les recommandations émises dans le cadre du Forum mondial, ces cas ne devront pas donner lieu à un refus systématique de la Suisse, à condition que l'autorité requérante identifie les personnes visées par d'autres moyens. Les nombreuses CDI récemment renégociées ne prévoyant pas toujours cette possibilité, la décision a été prise par le Conseil fédéral de les adapter en ce sens, cela après qu'il en aura obtenu l'habilitation par les Chambres fédérales¹⁰⁹.

C. *Les dispositions d'exécution stricto sensu*

L'OACDI prévoit la possibilité pour l'AFC d'ordonner des mesures de contrainte. Cette compétence appartient au directeur de l'AFC (ou son remplaçant), sauf "péril en la demeure"¹¹⁰. Il ressort sans ambiguïté de l'art. 9 al. 1 OACDI première phrase que les mesures admissibles sont listées de manière exhaustive aux lettres a, b et c de ladite disposition, auxquelles nous renvoyons.

Pour ce qui a trait aux mesures d'exécution de l'entraide, les art. 7 et 8 OACDI confirment l'obligation de collaboration des autorités fiscales cantonales avec l'AFC, de même que celle de toutes les autorités administratives de la Confédération, des cantons et des communes, selon les principes que l'on trouve déjà en droit interne, aux art. 111 et 112 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct notamment¹¹¹.

La décision finale de l'AFC doit expressément mentionner que l'autorité requérante a l'obligation de maintenir secrets les renseignements (art. 14 al. 2 OACDI), conformément à la clause de confidentialité prévue dans chaque convention. En revanche, l'autorité suisse pourra faire usage des renseignements transmis pour appliquer le droit fiscal suisse, dans les limites du respect du principe de spécialité (art. 15 OACDI).

Enfin, en ce qui concerne les demandes d'assistance administrative de la Suisse, le principe est celui de la réciprocité, avec une réserve cependant :

¹⁰⁹ Parmi elles, notamment les CDI avec l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège et le Qatar, selon le communiqué de presse du 6 avril 2011 du Conseil fédéral.

¹¹⁰ Art. 9 al. 3 et 4 OACDI.

¹¹¹ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD ; RS 642.11).

selon l'art. 16 al. 5 OACDI, une demande visant à obtenir des renseignements bancaires ne peut être déposée que si ces renseignements sont susceptibles d'être obtenus sur la base de la législation suisse. S'agissant d'un contribuable suisse, une demande de renseignements bancaires ne devrait donc être déposée par l'AFC qu'en présence d'éléments conduisant à un soupçon fondé de fraude fiscale, et non en cas de simple soustraction fiscale¹¹².

VI. Secret professionnel du juriste d'entreprise ?

La position des juristes d'entreprise est délicate dans la mesure où, notamment, ils ont accès à des informations confidentielles qui leur sont transmises afin d'obtenir un conseil ou favoriser la prise de décision. Il arrive parfois que ce conseil ne soit pas suivi ou que la décision prise en fin de compte soit contraire aux conclusions ou recommandations du juriste d'entreprise. Cette qualité de détenteurs de renseignements privilégiés peut placer ces personnes dans une situation de conflit lorsque, par exemple, elles sont interrogées dans le cadre d'une enquête administrative.

Dans son avant-projet de loi fédérale sur les juristes d'entreprise (AP-LJE) d'avril 2009¹¹³, le Conseil fédéral avait ainsi proposé une disposition, à la rédaction quelque peu ambiguë, sur le secret professionnel du juriste d'entreprise (art. 12 al. 1 AP-LJE) :

“Le juriste d'entreprise inscrit au registre est soumis au secret professionnel pour les produits de son activité de conseil juridique et de défense des intérêts de l'employeur devant les tribunaux; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers.”

Il n'est pas utile de s'attarder outre mesure sur cette disposition¹¹⁴, puisque le gouvernement a décidé, le 4 juin 2010, de ne pas poursuivre les travaux

¹¹² Sur la distinction entre les deux infractions de droit fiscal suisse, voir TORRIONE H., “Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA”, in *Les procédures en droit fiscal*, Berne etc. (Haupt) 2005, p. 907 et ss.

¹¹³ Cet avant-projet est disponible sur internet à l'adresse : www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1589/Vorlage.pdf; pour le rapport explicatif : www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1589/Bericht.pdf.

¹¹⁴ On se bornera à se demander si le Conseil fédéral entendait permettre aux juristes d'entreprise d'invoquer cette règle également devant les autorités administratives (p. ex. la FINMA) ou, comme le texte le suggère, uniquement dans le cadre d'une procédure de recours – ce qui n'aurait eu guère de sens.

législatifs relatifs à ce projet et, en conséquence, d'abandonner l'idée de l'instauration d'un secret professionnel légalement protégé du juriste d'entreprise¹¹⁵. Cette prise de position fait écho à de récents développements jurisprudentiels dans l'Union européenne qui méritent d'être soulignés: dans un arrêt du 14 septembre 2010, la grande chambre de la Cour de justice européenne s'est prononcée sur la question de l'invocabilité d'un secret professionnel du juriste d'entreprise (*in-house counsel*) pour ce qui a trait à sa correspondance avec son "client", pour reprendre la terminologie souvent utilisée dans les grandes sociétés commerciales; il s'agissait plus précisément de statuer sur une décision de la Commission européenne refusant d'interdire à l'autorité de la concurrence britannique de faire usage de documents internes à l'entreprise (en particulier des courriels) qu'elle avait obtenus suite à une perquisition.

S'appuyant largement sur un arrêt de principe relativement ancien¹¹⁶, la Cour a rappelé que la protection du secret professionnel est réservée aux situations dans lesquelles les droits de la défense d'un client sont en jeu (*client's rights of defence*), d'une part, et aux cas dans lesquels ce sont des avocats indépendants (*independent lawyers*) qui en sont les dépositaires, d'autre part. S'agissant de la seconde condition, la juridiction européenne a souligné que ce "privilège" était fondé sur le rôle de l'avocat, en sa qualité d'auxiliaire de la justice: il doit être en mesure d'apporter ses services au client en toute indépendance et sans risque de conflit d'intérêts¹¹⁷. L'avocat indépendant qui se voit conférer une telle prérogative doit en contrepartie se soumettre à des règles professionnelles strictes, d'éthique et de discipline¹¹⁸. La Cour a dès lors rejeté le recours des entreprises concernées, écartant en particulier les deux arguments suivants:

- L'égalité de traitement entre avocats au sein de l'Union européenne. Pour la Cour, si, dans de nombreux Etats membres, les juristes d'entreprise ne sont pas habilités à s'inscrire au registre des avocats, c'est qu'il y a précisément une différence à faire entre les avocats indépendants

115 Rapport du Conseil fédéral de mai 2010 sur les résultats de la consultation; ce document est disponible sur internet à l'adresse: www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1589/Ergebnis.pdf.

116 Arrêt de la CJCE du 18 mai 1982, *AM & S Europe c. Commission* (155/79, Rec. p. 1575).

117 Arrêt de la CJUE du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne* (C-550/07 P, publication en cours), pt 42.

118 *Ibidem*.

et les juristes d'entreprise : le juriste d'entreprise est soumis au pouvoir hiérarchique. Il n'y a par conséquent aucune atteinte à l'égalité de traitement en l'espèce¹¹⁹.

- Le développement considérable du droit de la concurrence depuis plusieurs décennies. Ce second argument est intéressant car il peut s'appliquer *mutatis mutandis* au droit bancaire et financier. Pour les parties, l'accroissement des pouvoirs d'investigation des autorités exigerait que l'on réexamine les moyens de défense des parties. La Cour n'a pas retenu cette opinion. Au contraire, elle a relevé que si les moyens d'investigation se sont bel et bien accrus, c'est précisément pour renforcer la capacité des autorités à révéler des pratiques abusives. Il est dès lors exclu de limiter ces prérogatives en conférant aux juristes d'entreprise de nouveaux moyens de défense¹²⁰.

¹¹⁹ *Idem*, pts 56-59.

¹²⁰ *Idem*, pts 83-87.