

Contrepoint éco

Coopération internationale: banques sans protection

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Les conflits judiciaires contre des banques suisses ne cesseront-ils jamais? Le Département de la justice des États-Unis a entamé une nouvelle épreuve de force contre UBS. Même cible choisie par le Parquet de Paris. Et maintenant une descente du Ministère public de Milan contre une banque tessinoise. Un ballon d'essai sans doute, plusieurs autres banques suisses sont aussi dans son collimateur.

Dénominateur commun de ces actions, les histoires qui remontent à l'époque du Wild West. Notamment les manipulations en connexion avec les instruments hypothécaires dénommés «subprimes» ou le concours (connivence ou complicité? That is the question) prêté aux clients étrangers ayant caché leurs avoirs au fisc de leur pays.

Questions: les accords internationaux, les conventions sur l'entraide et les traités bilatéraux ne devaient-ils pas servir de gilet de sauvetage? Ne devait-on pas s'attendre à ce que les procédures d'entraide et d'assistance administrative menées en Suisse par les autorités helvétiques tempèrent les effets de ces instructions? La diplomatie suisse n'avait-elle pas patiemment bâti un réseau efficace de protection dans le cadre de procédures garantissant tous les droits de la défense? Pourquoi ce réseau n'a pas fonctionné dans tellement de cas, les uns plus désastreux que les autres?

Très simple: parce que les directions et les employés des banques suisses concernées se sont vu reprocher d'avoir enfreint des règles de droit étranger, ayant agi sur le territoire étranger. C'est le détonateur qui enclenche la compétence de l'autorité étrangère, laquelle peut ainsi mettre en œuvre sur son territoire tous les

moyens coercitifs prévus par son droit de procédure, y compris l'arrestation, la perquisition, la saisie de moyens de preuve ainsi que de valeurs patrimoniales.

De cette façon, ces autorités étrangères sont légitimées d'appliquer leur droit national, sans devoir se tenir à la règle fondamentale prévue par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969: toutes les parties ayant ratifié un accord ne peuvent pas opposer aux règles de celui-ci des règles de droit national. En effet, agissant sur son propre territoire dans le cadre d'une procédure pénale ou fiscale, l'autorité nationale n'est pas tenue de respecter les normes d'un accord ratifié avec d'autres Pays.

Cet ange gardien qui est la Convention de Vienne est mis hors jeu. Ce sera encore pire, pour les banques et autres intermédiaires suisses à vocation internationale, au cas où l'initiative dite d'«autodétermination» devait être approuvée par le peuple et les cantons le 25 novembre: celle-ci prévoit que le droit suisse prime sur le droit des accords internationaux. C'est exactement le contraire de ce qui est prévu par la mère de tous les traités, la Convention de Vienne, laquelle l'explique dans son article 27. À cause de cette contradiction si flagrante, personne en Suisse ne pourra plus invoquer cette norme fondamentale de protection. C'est que le droit international n'est pas le diable, mais notre ange gardien. Pourquoi le pourchasser?

Le droit international n'est pas le diable, mais notre ange gardien. Pourquoi le pourchasser? (TDG)

Créé: 14.11.2018, 17h05

<https://www.tdg.ch/news/news/cooperation-internationale-banques-protection/story/22062675>

Contrepoint éco

Le droit international protège la Suisse

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



«Le droit international, c'est du pain pour les avocats, ça ne me regarde pas!»
Détrompez-vous! En réalité le droit international nous touche toutes et tous, citoyennes et citoyens suisses. C'est l'ange gardien des pays petits sous la botte des grandes puissances.

C'est l'ange gardien des pays petits sous la botte des grandes puissances

Ça vaut aussi pour la place bancaire, qui se réjouit d'avoir atteint un pic historique dans l'afflux de patrimoines provenant de l'étranger. Les banquiers comme nous sont à la recherche d'un ordre juridique qui donne toutes les sauvegardes de bon fonctionnement: que la propriété y soit garantie, qu'aucune mesure fiscale inattendue et même rétroactive ne survienne, que les procédures soucieuses de la sphère secrète privée soient respectées...

Le Tribunal administratif fédéral vient d'en apporter une preuve récente. Il a rejeté des demandes de l'Autorité fiscale espagnole qui voulait obtenir des renseignements sur des résidents au bénéfice d'une taxation d'après la dépense, notamment le montant du forfait retenu pour la taxation. Voilà une jurisprudence importante pour les milliers de contribuables italiens, français et d'autres pays qui se sont rués pendant ces dernières années pour devenir des contribuables suisses.

Ces conventions et ces traités ont été approuvés par le parlement suisse et, en cas de référendum, même par le peuple suisse, exerçant pleinement le pouvoir d'un État souverain. L'initiative constitutionnelle en votation le 25 novembre veut subordonner le droit international au droit national.

Il s'agirait d'une violation de l'engagement pris par la Suisse ainsi que par tous les États en ratifiant la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, dont l'art. 27 prévoit d'une façon explicite qu'«aucun État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité». La Suisse sera éjectée des centaines de conventions multilatérales et des traités bilatéraux (y compris les conventions contre la double imposition), ne jouissant plus de la confiance internationale.

Pire, l'initiative en votation le 25 novembre veut faire expulser les juges suisses des juridictions internationales ainsi que de la Cour de Strasbourg pour la sauvegarde des droits humains. Une grande partie des conventions et des traités internationaux prévoit des juridictions supranationales, auxquelles participent aussi des juges et des diplomates suisses. Quid de la lutte contre le terrorisme et le crime international, les mesures internationales pour la sauvegarde de la santé, de l'instruction publique, des paiements internationaux, du fonctionnement de la Bourse, etc.?

Ce sera à la Suisse de dire dans chaque cas concret si on appliquera le droit interne ou bien le droit international. Mais dans le texte de l'initiative on a oublié d'établir quelle sera l'autorité compétente pour décider si et dans quels cas on appliquera le droit interne ou le droit international. Ce sera l'insécurité juridique permanente, c'est-à-dire la même raison qui pousse des milliers d'investisseurs de tout le monde à chercher refuge auprès des banques suisses.

Créé: 31.10.2018, 14h26

<https://www.tdg.ch/economie/Le-droit-international-protege-la-Suisse/story/26304009>

Contrepoint éco

Des menottes pour le gendarme financier

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



C'est à Credit Suisse d'être à la une: la FINMA, le gendarme financier suisse, reproche à la deuxième banque du pays des lacunes dans la lutte contre le blanchiment. D'une part, il s'agit d'un détournement de fonds de l'ex-premier ministre géorgien Bidzina Ivanichvili par un gérant de la banque, qui lui avait siphonné 143 millions de francs. Ce gérant, qui a été condamné à cinq ans de prison au début de février 2018, avait continué à bénéficier de primes grâce à ses performances.

L'UDC voudrait menotter le gendarme qu'elle ne s'y prendrait pas autrement

L'autre investigation de la FINMA concerne la corruption visant la FIFA, la société pétrolière du Venezuela PDVSA (un iceberg qui émerge lentement) ainsi que le groupe pétrolier brésilien Petrobras, dont 500 relations d'affaires ont été contaminées auprès d'une cinquantaine de banques suisses, ouvrant 82 procédures pénales du Ministère public de la Confédération contre 88 personnes, avec la saisie de presque un milliard. Parmi les nombreux responsables des banques impliquées, certains ont démissionné, grimant ensuite dans le conseil d'administration d'autres établissements. Une histoire qui s'enrichit régulièrement de nouveaux chapitres ainsi qu'il ressort des communiqués de la FINMA: UBS, Julius Bär, banque Coutts, Falcon Bank, BSI, PKB et tellement d'autres. La FINMA fonctionne: son travail produit des rapports instructifs mettant en lumière le système criminel des primes en faveur de certains gérants de fortune avec un statut privilégié. Son intervention n'est pas punitive, mais plutôt corrective.

Chaque rapport se conclut avec une série de recommandations dans le but d'améliorer le système antiblanchiment et un régime de surveillance grâce à des

rapports périodiques concernant le niveau de mise en œuvre des recommandations du gendarme financier.

Les banques jouent le jeu. Ce sont plutôt les politiciens qui tentent de saper les compétences et le savoir-faire dont le gendarme suisse de la finance jouit au niveau international. Ainsi, une initiative parlementaire de l'Union démocratique du centre vient-elle de convaincre la Commission de l'économie et de redevances du Conseil national que la FINMA doit appliquer la loi en choisissant les décisions qui ne défavorisent pas la place bancaire helvétique du point de vue de la concurrence. Une intervention dont la prémisse est fautive: on prétend qu'à cause de la FINMA, la Suisse a dû adhérer aux standards minimaux de l'OCDE concernant la transparence fiscale internationale, ce qui aurait endommagé la place financière helvétique.

En réalité, 7000 milliards de patrimoines gérés par les banques suisses représentent un record historique. Fausse prémisse mais but subversif. La FINMA ne devrait plus appliquer la loi ni les principes juridiques fondamentaux mais se plier aux caprices de la concurrence. C'est le même argument d'après lequel les grandes banques s'étaient opposées à l'augmentation du capital propre, ce qui a eu des conséquences catastrophiques. L'UDC voudrait menottes le gendarme qu'elle ne s'y prendrait pas autrement.

Créé: 21.09.2018, 08h25

<https://www.tdg.ch/economie/menottes-gendarme-financier/story/21153777>

Contrepoint éco

Fiscalité sans frontière: ça continue

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Coopération entre autorités fiscales: trois pas en avant. Coopération en matière fiscale entre autorités pénales: deux pas en arrière. Ce sont les mots clés qui conviennent pour interpréter la décision du 29 août dernier du Conseil fédéral intitulée «Pas d'extension de l'entraide judiciaire en matière fiscale».

Porto Rico, Seychelles, Malte, Chypre et autres paradis. Paradis?

Flash-back. Le 1er janvier 1981 entrainait en vigueur la possibilité pour les Ministères publics étrangers de demander des documents bancaires et comptables suisses dans le cadre de procédures entamées à l'étranger pour des infractions fiscales commises en utilisant des documents falsifiés. On craignait une catastrophe. Elle n'eut pas lieu. Les autorités au niveau fédéral et cantonal, mais aussi le Tribunal fédéral, inventèrent divers stratagèmes pour bloquer ces demandes. Le parlement refusa régulièrement d'accepter la coopération judiciaire concernant la soustraction fiscale.

Vint le big bang du 13 mars 2009. La Suisse, menacée de figurer sur la liste noire, lance la politique de l'argent déclaré fiscalement. Ce qui déboucha sur les clauses élargies de coopération prévues par la nouvelle génération des conventions contre la double imposition, les demandes collectives, les demandes groupées, les communications spontanées et, à partir de cette année, l'échange automatique de renseignements financiers. Sur le plan pénal, parallèlement, à partir du 1er janvier 2016, le feu est au vert pour la transmission de documents bancaires et comptables suisses en faveur de procédures pénales entamées pour blanchiment des délits fiscaux qualifiés dans la fiscalité directe ou de fraude fiscale dans la fiscalité indirecte. Jusqu'à aujourd'hui, très peu de

demandes d'entraide judiciaire ont été reçues. Au contraire, limitées à quelques dizaines pendant des décennies, les demandes d'assistance présentées par les autorités fiscales explosent: plus de 67 000 contribuables étrangers concernés en 2016, 40 000 en 2017.

En 2009, le Conseil fédéral avait décidé d'étendre la coopération entre les Ministères publics aussi en faveur des procédures judiciaires diligentées pour cause de soustraction fiscale, voulant s'aligner sur les conditions de l'assistance administrative qui s'étaient énormément développées. Cette décision avait débouché, en 2012, sur un avant-projet de modification de la loi sur l'entraide pénale internationale et la reprise, cette fois sans réserve, des protocoles additionnels du Conseil de l'Europe concernant l'entraide judiciaire et l'extradition. L'échange automatique des données aura-t-il rendu ces réformes inutiles? Aux juges et aux avocats de jongler dans la jungle du droit international administratif, du droit fiscal, du droit de procédure, un imbroglio où la certitude du droit s'évanouit.

À noter que, dès 2020, la qualité des renseignements et données bancaires, à disposition non seulement des autorités fiscales suisses et étrangères mais aussi des autorités judiciaires, suisses et étrangères, devrait s'améliorer grâce à la nouvelle mouture de la Convention de diligence sur les banques et de l'ordonnance antiblanchiment de la Finma. Suivra (voilà une autre pirouette) une énième révision de la loi fédérale antiblanchiment.

Le filet fiscal imposé aux banques et aux autres intermédiaires financiers, y compris les consultants spécialisés dans les services offshore, se rétrécit. Contraints à abandonner Singapour, Hongkong et Bahamas, certains choisissent des banques ou des sociétés à Porto Rico, Seychelles, Malte, Chypre et autres paradis. Vous avez dit paradis? (TDG)

Créé: 07.09.2018, 08h04

<https://www.tdg.ch/economie/fiscalite-frontiere-continue/story/11159645>

Contrepoint éco

Qui soutient les boîtes à lettres à Berne?

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



«Il faut interdire les sociétés boîtes aux lettres.» Cette recommandation figure dans mon premier rapport annuel comme procureur public. C'était en 1969. «En effet, ajoutais-je alors, les escroqueries, banqueroutes, corruptions et blanchiments en Suisse ont été facilités par l'usage de ces sociétés écrans.» Il fallut la débâcle de la Texon, du Credit Suisse de Chiasso pour qu'on réfléchisse à une recommandation formalisant l'identité de la ou des personnes qui se cachaient derrière l'écran. La recommandation devint une norme obligatoire du Code pénal le 1er août 1990.

Sans effets majeurs. Les banques ont continué d'ouvrir des comptes à des centaines de milliers de ces sociétés écrans. Le gendarme suisse des marchés financiers, la FINMA, n'a pas bougé. Il a fallu les «révélations» des Panama Papers pour qu'elle se réveille (quand verra-t-on les London-Vaduz-Malte-Genève Papers?).

Un véritable changement de modèle. Dans un rapport de plus de 100 pages de novembre 2017, publié le 1er juin, le groupe fédéral d'experts antiblanchiment lance une énième révision de la loi antiblanchiment. Dont voici le grand tournant: tous les professionnels engagés dans la constitution, administration et gestion d'une société étrangère seront soumis aux mêmes obligations antiblanchiment que les intermédiaires financiers. Même les consultants devront communiquer tout soupçon fondé au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). Une défaillance de ces agents leur vaudra une amende. Une sanction presque risible, mais qui pourra être assortie d'une conséquence bien plus agaçante: l'interdiction de travailler, voire une procédure pénale pour blanchiment par omission commise par dol éventuel. Ça pourrait donc coûter très cher.

Pour l'instant, celui qui paie cher est le citoyen suisse. Toutes ces tracasseries bureaucratiques, ces contrôles génèrent des coûts que supporte la clientèle. Les autorités administratives sont inondées de communications antiblanchiment. Les Ministères publics sont constamment entravés dans leur fonction de rendre justice aux victimes, étant absorbés par la gestion des grandes affaires économiques commises en utilisant des sociétés boîtes aux lettres. Les exemples ne manquent pas. Citons les procédures mammoth entamées par le Ministère public fédéral: Petrobras, le Fonds souverain malaysien 1MDB, FIFA, le chef de Petroecuador, le chef de la sécurité sociale du Koweït, 700 millions saisis dans la procédure de la société tchèque MUS, etc. Le même gouffre menace les Ministères publics et les tribunaux pénaux et civils des cantons, et vient s'ajouter aux innombrables demandes d'entraide en manière de corruption, blanchiment, escroqueries, banqueroutes, etc.

Cette inflation des procédures doit cesser. Ne serait-il pas plus simple et moins coûteux de refuser l'ouverture de comptes au nom de sociétés boîtes aux lettres, à défaut d'élaborer un code de conduite avant que la FINMA n'impose quelques nouvelles obligations? On peut l'espérer. Cependant, dans ce domaine de la prévention de la criminalité économique, la Suisse glisse sur la même pente depuis cinquante ans: pas de scandales, pas de réformes.

Depuis 1989 toutefois, l'OCDE et son Groupe d'action financière en matière d'antiblanchiment ne manquent pas d'éveiller la Belle au bois dormant fédérale. On ne terminera pas sans poser la question récurrente: qui est-ce qui au Palais fédéral fait un lobbying tellement efficace, depuis des décennies, en faveur des sociétés boîtes aux lettres? La Suisse glisse sur la même pente depuis cinquante ans: pas de scandales, pas de réformes (TDG)

Créé: 02.07.2018, 17h58

<https://www.tdg.ch/economie/Qui-soutient-les-boites-a-lettres-a-Berne/story/20402843>

Contrepoint éco

Investisseurs: où sont les gendarmes?

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Gestion de fortune, c'est jour de fête. Le Parlement suisse achève la loi fédérale sur les services financiers, un bateau a été mis à l'eau il y a bien vingt-cinq ans. Finalement, le gérant de fortune indépendant est considéré au même titre que les banques et les gérants de fonds. Les mêmes obligations valent désormais pour tout le monde et sont adaptées selon la qualité du client et de son patrimoine: obligation de formation professionnelle de base et permanente, transparence absolue, aussi sur les coûts et rémunérations indirectes, gestion du conflit d'intérêts, obligation de compte rendu, etc.

Quels moyens pour repérer et neutraliser ces douzaines de braconniers?

Un système de surveillance mixte également: l'autorisation accordée par la FINMA et la surveillance par des organisations privées accréditées par la FINMA. C'est le modèle typiquement suisse, calqué sur le modèle de la surveillance antiblanchiment, qui a fait ses preuves depuis plus de vingt ans. J'avais aussi applaudi, à Genève, lors de l'assemblée annuelle de l'Association suisse des gérants de fortune (ASG) pour remercier sa direction pour son engagement en faveur d'une solution adaptée au métier.

Ça n'a pas pu empêcher le perfectionnisme helvétique. La vague des normalisations va être complétée par les ordonnances fédérales d'exécution et celles de la FINMA sur les mécanismes de surveillance. Voilà pourquoi l'entrée en vigueur a été repoussée au début 2020 avec un délai d'adaptation de trois ans.

Les différends seront d'abord réglés par un système de médiation, histoire de contourner les frais de la justice civile, qui constituent trop souvent un obstacle insurmontable pour des personnes lésées qui ont déjà dû supporter des pertes importantes.

Le système devrait décrocher son passeport européen, cette loi fédérale introduit de facto en droit suisse les principes de la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers (MIF, en anglais Markets in Financial Instruments Directive, MIFID).

La meilleure protection des investisseurs dans le meilleur des marchés? Sans doute. Sauf que... on a réglementé le seul métier qui était déjà bien autoréglementé. Les abus sont rarissimes. Bien loin des centaines d'abus qui déferlent sur les places financières suisses, causant des dommages de centaines de millions chaque année.

Il faut le dire, le genre de braconniers qui s'y infiltre n'est soumis à aucun contrôle. En Suisse, la police contre les cambrioleurs existe. Mais combien sont-ils les policiers spécialisés contre les braconniers financiers?

Alors, à quoi bon la «cage réglementaire» suisse, ce château légal fédéral, avec trois lois transversales et cinq lois verticales pour cinq métiers différents? Quels moyens pour repérer et neutraliser ces douzaines de braconniers, qui seront de plus en plus favorisés aussi par la cybernétique et la montée des cryptovaleurs?

Certes la loi prévoit des sanctions, quelques milliers de francs... Leur effet en termes de prévention individuelle peut être évalué à zéro. La justice pénale, elle, arrive trop tard. La justice civile, elle, est trop coûteuse. Il ne reste qu'un filtre efficace: celui de l'inscription des sociétés financières et fiduciaires au registre de commerce. (TDG)

Créé: 07.06.2018, 17h56

<https://www.tdg.ch/economie/Investisseurs-ou-sont-les-gendarmes/story/11867797>

Contrepoint éco

Fraudes: la «zone grise» de la Finma

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Daté du 25 avril, un récent arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) est historique. On peut y suivre pas à pas la stratégie de ces banques suisses qui s'étaient ruées sur les fraudeurs fiscaux des États-Unis, profitant de l'ouverture de la procédure pénale contre UBS pour récupérer les clients délaissés par les grandes banques, cette ruée qui permettra aux USA de lancer le «Non Deferred Program» qui coûta si cher à une centaine d'entre elles.

Comme à son accoutumée, le parlement suisse fait le mort. Il ne bougera pas tant qu'il ne sera pas bousculé par l'étranger

Dans cet arrêt, le TAF a annulé une décision de l'Autorité de surveillance du marché financier suisse (Finma) en acceptant le recours d'un directeur général d'une banque zurichoise à qui le gendarme du marché financier avait intimé une interdiction de travail faute de garantie d'activité irréprochable. La Finma lui reprochait de ne pas avoir évalué le risque d'accepter les dépôts de fraudeurs fiscaux américains. Le TAF estime, lui, que la Finma n'avait pas la base légale de prononcer une telle sanction en raison du manque de clarté de ses propres directives et règles de conduite.

Ainsi la fameuse prise de position de la Finma du 22 octobre 2010 sur le risque des transactions transfrontières est trop vague et timide. Elle n'est pas, dit le TAF, suffisante pour infliger des sanctions. On peut sans peine en déduire que d'autres règles similaires cachées dans des lignes directrices ou dans les indices de blanchiment n'ont pas plus force de loi. Il n'est donc pas inopportun de penser que le dernier arrêt du TAF est le premier d'une «zone grise» que l'on peut résumer en deux mots: pas de clarté, pas de sanctions. Ce manque de clarté de la part des gardiens de la bonne gouvernance bancaire concerne une bonne douzaine de stratagèmes dans un marché riche en innovations: rétrocessions, comptes de passage, filiales off-shore fantômes, insurance-wrappers, une vraie boîte de Pandore. Il suffit de lire les sanctions prononcées par la Commission de surveillance pour

les innombrables violations de la Convention de diligence des banques. Les pratiques qui avaient été tolérées sont soudain, sans préavis, sanctionnées.

Ce même carrousel, pénible pour les clients ainsi que pour les employés, touche les comptes non déclarés au fisc étranger. Quelles règles pour les dépôts non déclarés au fisc suisse? De la part de la Finma, «zone grise». Quelque banque se prémunit tout doucement en commençant à poser des questions et à se libérer des dépôts non déclarés au fisc suisse. Quel risque pour les banques et leurs CEO qui évitent de se prémunir? Seront-elles sanctionnées dans le futur? Qu'en est-il du législateur?

Comme à son accoutumée, le parlement suisse fait le mort. Il ne bougera pas tant qu'il ne sera pas bousculé par l'étranger. Il a rejeté le projet sur la diligence bancaire en matière fiscale. Il a jonglé avec l'initiative pour le secret bancaire en bloquant la révision du droit pénal fiscal suisse. Feu vert pour les fraudeurs fiscaux suisses jusqu'à la prochaine menace du G20. La «zone grise» persiste. Avec tous ses «bienfaits» et ses risques. (TDG)

Créé: 13.05.2018, 21h13

<https://www.tdg.ch/signatures/reflexions/Fraudes-la-zone-grise-de-la-Finma/story/12873441>

Contrepoint éco

Blanchiment: une très courte liste blanche de pays fiables ...

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Des pays à hauts risques ou non coopératifs sont dans le collimateur de la FINMA, lit-on ici et là. En réalité, dans le collimateur de l'Autorité suisse de surveillance des marchés financiers sont plutôt les banques et les dirigeants bancaires coupables de ne pas avoir surveillé suffisamment les clients, les transactions, les affaires en relation avec certains territoires, les personnes, les entreprises de pays «non fiables». C'est du moins ce qui ressort des nombreux rapports de la FINMA sur la mise en œuvre des dispositions antiblanchiment («enforcement» dans le vocabulaire usuel).

De ces examens, peuvent s'ensuivre des procédures pénales contre la banque diligentées par le Ministère public de la Confédération. Mais quels sont donc ces pays? Il faut pour le savoir consulter trois fois par an deux types de communication du GAFI, le groupe antiblanchiment spécialisé créé en 1989 par sept membres de l'OCDE. Dans la ligne de mire des gendarmes financiers figurent la Bosnie-Herzégovine, la Corée du Nord, l'Éthiopie, l'Iran, l'Irak, l'Ouganda, la Syrie, le Vanuatu, le Yémen. Ils ne sont pas les seuls.

La FINMA et le Ministère public fédéral visent encore d'autres pays. Sans dire toujours sur quels critères? Les critères de coopération en matière fiscale établis par l'OCDE n'entrent en effet pas en ligne de compte. S'agissant de la gestion des risques, mieux vaut se référer aux critères établis par les autorités fiscales américaines. L'IRS (Office of Tax Shelters Analysis). Dans son rapport du 4 septembre 2017 pour la révision partielle de l'ordonnance antiblanchiment, la FINMA ne fait cependant pas mention des règles américaines. L'autorité suisse propose de consulter les ratings établis par d'autres organisations en ne mentionnant explicitement que Transparency International. Or il ne s'agit que de critères concernant la corruption, des critères de surcroît basés sur la seule perception des entreprises plutôt que sur l'application effective des normes anticorruption, qui en sont

bien éloignées. Faut-il rappeler que les autorités des régimes totalitaires ont toujours été polluées par la corruption?

C'est en effet l'existence d'un parti unique, généralement opposé au principe de la séparation des pouvoirs et à l'indépendance de la justice, qui gangrène ces États et fonde la non-fiabilité de leurs autorités. Fait généralement également défaut le respect de plusieurs garanties constitutionnelles, à commencer par la garantie de la propriété? D'où ces questions: les États dans lesquels des autorités sont responsables de l'incarcération systématique des dissidents, y compris des concurrents économiques et des journalistes (Chine, Russie, etc.), sont-ils coopératifs du point de vue antiblanchiment? Les banques suisses peuvent-elles se fier aux déclarations, permis de résidence, certifications fiscales, etc. émis par les autorités associées à un régime totalitaire, dans lequel on pratique le nettoyage ethnique (Myanmar, etc.) ou l'espionnage à l'étranger des dissidents (Érythrée, Turquie, etc.)?

Ne serait-il finalement pas plus souhaitable pour faciliter la tâche des banques et des autres intermédiaires financiers en Suisse d'établir une liste blanche? C'est-à-dire une liste des pays que les banques peuvent considérer à risques normaux. Ce serait une liste très courte: la Suisse, Singapour, les 15 anciens États membres de l'Union européenne. La sécurité du droit, ce patrimoine de valeur inestimable pour tous les pays du monde, et notamment pour la Suisse, y gagnerait énormément. (TDG)

Créé: 30.04.2018, 21h58

<https://www.tdg.ch/reflexions/blanchiment-tres-courte-liste-blanche-pays-fiables/story/24987534>

Blanchiment fiscal: un vide juridique

Contrepoint éco

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Blanchiment d'argent et délits fiscaux: deux lignes toujours parallèles. En géométrie, les parallèles ne se rejoignent jamais. En Suisse cependant, à dater du 1er janvier 2016, elles se sont rencontrées: le blanchiment fiscal est devenu punissable. Le délit est consacré dès lors que le gain obtenu dépasse 300 000 francs pour chaque période fiscale et qu'il fasse apparaître l'usage de faux documents.

Et que va faire la FINMA, laquelle dispose d'un arsenal de mesures de caractère «quasi pénal»?

Reste à mettre en œuvre la nouvelle disposition. Elle laisse le choix à l'autorité judiciaire pénale soit de séquestrer et de confisquer seulement les valeurs patrimoniales qui ont été épargnées indûment, soit de bloquer tout le patrimoine contaminé. Selon qu'elle choisisse la première ou la deuxième solution, son action peut aboutir à la condamnation ou à l'acquittement pour blanchiment fiscal.

Il revenait au Tribunal pénal fédéral (TPF) de trancher ce nœud gordien. Mais il ne l'a pas fait. À la fin de 2017, il a statué que l'économie d'impôts réalisée par un contribuable soupçonné de blanchiment fiscal devait être séquestrée en vue de sa confiscation. Il s'agissait d'une somme de dix millions de francs suisses séquestrée par le Ministère public fédéral auprès de trois banques à Zurich, Zoug et Genève. L'autorité suisse avait considéré qu'une fausse comptabilité avait permis de dissimuler 20 millions d'euros par année au fisc israélien.

Le Tribunal pénal fédéral a ainsi rappelé qu'une simple économie d'impôt n'est pas localisable dans une valeur patrimoniale déterminée. Par conséquent, il apparaît injustifié de séquestrer et de confisquer l'intégralité du patrimoine du contribuable en le considérant

comme contaminé. Conclusion: faute d'objet du blanchiment, l'infraction de blanchiment ne peut pas être avérée.

Entre la confiscation de l'intégralité du patrimoine du contribuable et l'option de nier toute possibilité de blanchiment fiscal, le Tribunal pénal fédéral a plaidé pour une voie médiane. Fort raisonnable. Toutefois, il a renoncé à formuler quel devrait être ce juste milieu.

Le TFP laisse ainsi des milliers d'intermédiaires financiers travaillant en Suisse – banques, compagnies d'assurances, sociétés de gestion patrimoniale et de commerce de valeurs mobilières, etc. – dans le bleu, dans l'attente que l'autorité se décide à plus de clarté sur cette question?

Dès lors, doivent-ils, ces intermédiaires, appliquer toutes les mesures de diligence antiblanchiment, y compris la notification obligatoire au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) et ce sur l'économie d'impôt seulement ou bien sur l'entier du patrimoine contaminé?

Et que va faire la FINMA, laquelle dispose d'un arsenal de mesures de caractère «quasi pénal»? Va-t-elle continuer à appliquer le «Berufsverbot», la confiscation du profit du blanchiment fiscal, la publication des noms des personnes fautives ou va-t-elle s'abstenir de toute action jusqu'à ce que l'autorité judiciaire supérieure décide de trancher ce nouveau nœud?

Créé: 05.04.2018, 21h52

<https://www.tdg.ch/reflexions/blanchiment-fiscal-vidé-juridique/story/11914458>

La Suisse doit s'investir dans la justice réparatrice

Contrepoint éco

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Le Code pénal suisse prévoit de sanctionner d'une amende de 5 millions de francs au plus toute banque pénalement fautive pour défaut d'organisation. Aucune condamnation n'a été enregistrée jusqu'à aujourd'hui. HSBC Genève a bien versé 90 millions à l'État, mais aucun de ses responsables n'a été poursuivi. Plus fréquentes ont été les confiscations de profits illicites par la FINMA. Mais aucune victime – investisseurs spoliés, employés au chômage – n'a reçu de dédommagements. Et si on appliquait la justice restauratrice aussi pour les criminels en col blanc?

L'Association pour la justice restauratrice en Suisse (<https://ajures.ch>) propose à Berne «un processus permettant aux lésés et aux prévenus de participer activement à la minimisation des dégâts et souffrances résultant d'une infraction, y compris préjudices de toute nature». Cette nouveauté, bien connue en Allemagne et en France, verrait le jour par le biais d'un nouvel article 316a du Code suisse de procédure pénale, dont la révision arrive enfin à son terme. Après le refus parlementaire de la médiation dans la procédure pénale, cette nouveauté pourrait inclure d'autres processus en faveur de la victime mais aussi pour améliorer la réintégration des auteurs des infractions et réduire le taux trop élevé des récidives. Histoire de mettre en œuvre le principe «Plus de justice, moins de crimes». On songe notamment aux crimes contre l'intégrité de la personne.

Et les victimes des infractions financières? Elles ne jouissent même pas des bénéfices prévus par la loi fédérale pour la protection des victimes des lésions, viols, agressions. Pourtant, la perte de son coffre-fort peut entraîner des dépressions, parfois le suicide. En cas de corruption internationale, les montants confisqués sont redistribués aux pays

impliqués pour financer des programmes de développement sous surveillance d'une fondation fédérale, pionnière internationale.

Les banques, les assurances, les gestionnaires fautifs peuvent atténuer la peine encourue par quatre moyens: l'autodénonciation, la coopération avec les enquêteurs, la restructuration du système de contrôle interne, notamment du système de conformité (compliance), sous supervision d'un auditeur externe, et finalement le financement d'une initiative d'utilité publique.

À titre d'exemple, citons cette entreprise vaudoise prise la main dans le sac. Elle finance à hauteur de cinq millions un fonds pour le renforcement des standards de compliance dans le secteur bancaire. Elle a négocié de la sorte une amende symbolique d'un franc à la suite de l'ordonnance de condamnation du Ministère public de la Confédération en mars 2017, non sans avoir remboursé les 30 millions de bénéfices obtenus grâce à des pots-de-vin au Brésil, au Kazakhstan, au Maroc, au Nigeria.

Ce modèle américain et anglais de transaction est dénommé «Non Deferred Agreement». Notre justice pénale se met au diapason de ces usages anglo-saxons. Mais quid de la FINMA? La loi prescrit que la banque fautive se doit de rétablir une organisation performante. Que faire des sommes confisquées, par exemple les 200 millions à Odebrecht dans le cas Petrobras, les 104 millions dans l'affaire du fonds souverain 1MDB de la Malaisie. Faut-il les investir pour «restaurer» les dégâts engendrés aux actionnaires? Enfin, pourquoi ni la FINMA ni la justice pénale ne touchent jamais aux scandaleux bonus encaissés par les managers fautifs? Il y aurait largement de quoi mettre sur pied des départements spécialisés pour la recherche et la saisie des profits illicites, non?

Créé: 20.03.2018, 16h36

<https://www.tdg.ch/reflexions/suisse-doit-s-investir-justice-reparatrice/story/13895638>

Cryptomonnaies: la FINMA pionnière

Contrepoint éco

Encore des nouvelles normes? Au contraire: tout simplement un guide pratique édité par la FINMA concernant les ICO (Initial Coin Offering).

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Ce sont les intermédiaires qui, ces derniers mois, se sont rués sur les pistes du nouvel eldorado. Ils ont contraint la FINMA à réagir: tout modestement mais sagement, en expliquant comment s'appliquent les normes légales existantes aux applications de la blockchain dans la finance.

Première mondiale: cataloguer les principales typologies de jetons (token), tout en rappelant l'existence de formes hybrides.

Jetons de paiement, jetons d'utilité et jetons d'investissement. La FINMA a tout simplement réalisé un travail de pionnier et mis des propositions de normes claires à disposition du G20 Finances de mars prochain. Le G20 Finances doit examiner les propositions de réglementation présentées par les ministres français et allemand des Finances. Les trois autorités européennes de surveillance se sont, elles, bornées à rappeler les risques liés à l'extrême volatilité et à l'absence de couverture pour les cryptomonnaies.

Cela dit, c'est la ruée. En Suisse comme ailleurs, les intermédiaires de produits fondés sur les jetons poussent comme des champignons, attirant toujours plus d'investisseurs. Gare aux abus!

Ce monde est complexe et peuplé de toutes sortes de poissons, les risques élevés et les fraudes mettant en œuvre des pseudo-cryptomonnaies nombreuses.

Si la FINMA court, ayant déjà annoncé une circulaire d'interprétation, les autorités judiciaires et administratives ne s'y sont pas encore attelées, et les contrôleurs de comptes et autres auditeurs non plus, qui seront appelés à chiffrer les risques des entreprises. Tous les acteurs du marché se doivent de faciliter le but de la FINMA pour un marché suisse demeurant «fit and proper» avec (ou malgré) les cryptomonnaies. (TDG)

Créé: 23.02.2018, 09h43

<https://www.tdg.ch/reflexions/cryptomonnaies-finma-pionniere/story/10213339>

Le «trust» helvétique sur le point de devenir une réalité

Contrepoint éco

Sur le plan fiscal et parmi les banques, ces entités d'origine anglo-saxonne sont déjà reconnues. Il reste à les introduire dans le droit civil helvétique.

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Enfin, le parlement suisse bouge. Le Conseil national a récemment approuvé une motion et aussi une initiative parlementaire en faveur de l'introduction de la structure juridique du «trust» dans le droit suisse. Il s'agit avant tout de régler une incohérence propre au système juridique suisse.

En effet, les banquiers et gérant de fortune indépendants ont, depuis des décennies, la charge de quelques milliards de valeurs patrimoniales en gestion qui appartiennent à des trusts. La plus grande partie a été constituée par des personnes résidant à l'étranger, mais une part désormais importante a été constituée par des résidents helvétiques.

Résultat: ces entités sont tout sauf inconnues par les autorités. Dès 2007, l'Administration fédérale des contributions en réglementait l'imposition directe, grâce à sa Circulaire n° 30, y adjoignant également des règles spécifiques en matière de TVA. Le trust est tellement diffusé, que l'Association suisse des banquiers a fait inscrire, dans la Convention de diligence des banques approuvée par la FINMA, des règles d'identification de toutes les personnes liées à ces structures patrimoniales d'origine anglo-saxonne – le fondateur, le «trustee» et les bénéficiaires.

«l'Administration fédérale des contributions mentionne explicitement plus d'une centaine de fois ces structures dans ses directives sur l'échange automatique»

Dans le projet de révision de son ordonnance anti-blanchiment, l'autorité de surveillance du secteur financier se borne encore à ranger les trusts dans la catégories des «structures complexes». Mais pendant ce temps, l'Administration fédérale des contributions mentionne explicitement plus d'une centaine de fois ces structures dans ses directives du 17 janvier 2017 touchant à l'application de l'échange automatique de renseignements fiscaux avec d'autres États.

Ceci sans compter que, à présent, le parlement lui-même prévoit d'encadrer les devoirs des «trustees» dans le cadre de la Loi fédérale sur les établissements financiers, actuellement en discussion. Il est même prévu d'assimiler ces «trustees» à des gérants de fortune, et de les soumettre, comme eux, à un régime de surveillance. Au point que des associations professionnelles se sont déjà mises à l'œuvre pour garantir un fonctionnement efficace de cette surveillance.

Il reste donc maintenant à introduire ce trust dans le droit civil suisse. Cela garantira la cohérence du système juridique... et ouvrira un marché intéressant pour les activités de gestion de fortune en Suisse. Le temps presse. L'inertie parlementaire a déjà fait perdre suffisamment de marchés à ce secteur d'activité ces dernières années. (TDG)

Créé: 05.02.2018, 13h30

<https://www.tdg.ch/economie/Les-trusts-fait-en-Suisse-sur-le-point-de-devenir-une-realite/story/14786694?cache=9efAwefu>

Les Etats-Unis sont-ils un pays coopératif?

Paolo Bernasconi,
Prof. de droit économique. Dr. h.c.
Twitter: @bernascon8paolo



Le conflit déclenché par les USA contre les banques suisses, accusées d'avoir violé les engagements pris le 1er janvier 2001, lorsqu'elles ont signé le "Qualified Intermediary Agreement" est-il terminé? Non content d'avoir récolté quelque milliards de dollars et quelque milliers de précieux renseignements, l'appétit du fisc américain s'est porté sur les consultants internes et externes soupçonnés d'avoir facilité la fraude fiscale, dont il exigé les noms.

Le Tribunal fédéral vient de stopper cette stratégie. Il rappelle dans un arrêt récent que le Fisc suisse doit refuser de transmettre "ces renseignements qui ne sont pas vraisemblablement pertinents pour l'évaluation de la situation fiscale de la personne concernée ou lorsque les intérêts légitimes de personnes qui ne sont pas des personnes concernées prévalent sur l'intérêt de la partie requérante à la transmission des renseignements."

Cependant on entrevoit déjà une prochaine pierre d'achoppement. Les Etats Unis appartiennent-ils à la catégorie des pays à haut risque et/ou non coopératifs? Cette question se pose bien au-delà du cercle des quelques banquiers confinés en Suisse de peur d'une arrestation.

Elle se posera de plus en plus aux compliance officers des banques et autres intermédiaires financiers. La FINMA, occupée à réviser l'Ordonnance contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, utilise désormais cette dénomination peu honorable (high risk and non cooperative countries) . Les comptes et les transactions ayant quelques relations avec ces pays imposent une surveillance accrue et des clarifications supplémentaires.

À qui revient cette tâche épineuse? Au Groupe d'action financière (GAFI), l'agence spécialisée antiblanchiment de l'OECD, qui établit deux listes, deux fois par année. Gageons que ni USA ni Chine n'y figureront jamais.

Problème résolu? Pas du tout, parce que la FINMA rappelle, à juste titre, que chaque intermédiaire doit tenir compte aussi d'autres listes, même de nature privée. Pas besoin de listes pour savoir combien de fraudeurs fiscaux récalcitrants se sont rués auprès des banques du Delaware, Puerto Rico, Wyoming, etc. pour conclure que ces États ne sont pas coopératifs du tout. La banque pourra retarder l'exécution

de paiements ordonnée par le client dans le but d'établir si le pays d'origine ou le pays destinataire appartient à la catégorie des pays " non coopératifs". Y aura-t-il une liste établie par la FINMA ? Sa composition ne manquera pas de causer des remous diplomatiques. Et la sécurité juridique, pilier du système bancaire suisse, pourrait s'en trouver ébranlée. (TDG)

Créé: 14.01.2018, 17h24

<https://www.tdg.ch/reflexions/etatsunis-sontils-pays-cooperatif/story/24689409>

Les banques suisses font face au piège des droits de l'homme

Contrepoint éco

L'échange automatique de renseignements implique d'envoyer des données à des gouvernements parfois peu recommandables. Mais que prévoit la loi?

Paolo Bernasconi, professeur de droit économique, Dr. honoris causa -
Twitter: @bernascon8paolo



Confidence récente d'un banquier. «A cause des données qui seront transmises par le fisc suisse au fisc russe concernant son compte auprès de notre banque, un de mes clients oligarques risque des années de camp en Sibérie après un procès-farce. Serais-je responsable?» Question similaire au sujet d'un multimillionnaire saoudien qui risque de rester piégé au Ritz Carlton de Riyad, jusqu'à ce qu'il ordonne à sa banque suisse de créditer quelques centaines de millions en faveur de l'État saoudien.

L'interrogation revient, encore et encore. Au sujet, cette fois, de l'incarcération d'un client turc – avec plus de 15'000 juges, fonctionnaires, policiers, professeurs, journalistes – accusé de liaisons avec le parti de l'opposant Fethullah Gülen. Ou au sujet du risque de disparition d'un client chinois accusé de corruption, à cause d'un compte bancaire en Suisse, dans le cadre d'une purge politique maquillée d'action anticorruption.

«A cause des données transmises par le fisc suisse, serais-je responsable si un multimillionnaire saoudien reste piégé au Ritz Carlton de Riyad, jusqu'à ce qu'il ordonne à sa banque suisse de créditer quelques centaines de millions en faveur de l'État saoudien?»

Toutes ces questions sont légitimes et causées par l'article 19 de la Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale, qui verra partir des millions de renseignements, dès l'année prochaine, en direction des autorités de trente-huit pays.

La loi prévoit cependant que, dans les cas où cette transmission pourrait causer aux clients de banques suisses «un préjudice déraisonnable par manque de garanties de l'état de droit», cet envoi puisse être bloquée par l'Administration fédérale des contributions. Le Parlement suisse se montre encore plus soucieux du respect des droits de l'homme à l'égard des contribuables étrangers et travaille en faveur d'un décret obligeant le Conseil fédéral à vérifier l'existence effective des garanties minimales des droits de l'homme dans les pays récipiendaires de renseignements.

On doit remercier le parti UDC pour ce rappel à l'ordre en faveur des droits de l'homme. Un souci que concerne exclusivement les fraudeurs fiscaux étrangers, le même parti UDC venait de lancer une campagne visant à limiter l'application des droits de l'homme en faveur des citoyennes et citoyens suisse. La politique a ses raisons, que la raison ignore. (TDG)

Créé: 11.12.2017, 15h18

www.tdg.ch/signatures/reflexions/Les-banques-suissees-font-face-au-piege-des-droits-de-l-homme-/story/10804587

Swiss Paradise

Contrepoint éco

Où en est la traque des sociétés «boîte aux lettres» en Suisse?

Paolo Bernasconi
professeur de droit économique
27.11.2017



En Suisse, combien existe-t-il de sociétés boîte à lettres et autres sièges totalement fictifs? Aucune statistique – ni officielle ni privée – ne le détermine ce qui peut déjà apparaître suspect en soi. Il faut toutefois admettre qu'en Suisse un long chemin vers plus de transparence a été franchi... en plusieurs étapes.

Le 1er août 1990, le Code pénal suisse déclarait punissable l'absence d'identification de l'ayant droit d'une société cliente d'une banque ou d'un autre intermédiaire financier. Depuis le 1er janvier 2016, l'obligation d'identifier aussi l'ayant droit de contrôle sur les sociétés opérationnelles, ayant un siège en Suisse ou à l'étranger, est entrée en vigueur dans le pays. Malgré ces mesures, le nombre des investisseurs ayant été trompés et dévalisés par certaines sociétés boîte à lettres exploitant un siège en Suisse ne cesse d'augmenter.

Il suffit de louer un petit appartement proche d'un centre financier suisse ou d'un chalet perdu dans une jolie vallée alpestre, puisque les Officiers du Registre du commerce ne sont tenus à aucune vérification sur l'intégrité des actionnaires des sociétés financières. Cela permet aux malfrats de récolter annuellement quelques millions de francs auprès des investisseurs, puis de disparaître avec leur butin en ne laissant que les vestiges d'une société boîte-à-lettres.

«le nombre des investisseurs ayant été trompés et dévalisés par des centaines de sociétés boîte à lettres exploitant un siège en Suisse ne cesse d'augmenter»

Quelques investisseurs ainsi dupés ont enclenché des procédures en dommages-intérêts devant les Tribunaux civiles en essayant de rendre responsables les

banques d'avoir fermé les yeux pendant des années sans jamais poser aucune question aux responsables des sociétés boîte-à-lettres et signataires du compte bancaire récoltant les investissements de la clientèle. Exerçant l'activité d'intermédiaire financier, cette myriade de sociétés devrait non seulement être assujettie à s'affilier à la surveillance d'un Organisme d'autorégulation anti-blanchiment, mais aussi à respecter la loi fédérale contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme.

Actuellement, il n'existe aucune mesure de prévention. Il suffirait pourtant d'ajouter un article de loi dans l'Ordonnance sur le registre de commerce. Ce dernier prévoirait que les Officiers du registre ne procèdent à l'inscription d'un intermédiaire financier que sur la base d'une attestation émise par un Organisme d'autorégulation anti-blanchiment. Ce serait déjà un filtre suffisamment efficace. Un modèle proche de celui imposé aux gérants de fortune indépendants et aux trust. La recette n'est pas coûteuse. Il suffit d'y penser et de la vouloir. (TDG)

Créé: 27.11.2017, 18h58

www.tdg.ch/economie/Intermediaire-financier-vers-plus-de-filtres/story/19814738?cache=9efAwefu

La banque suisse est-elle un inspecteur fiscal étranger?

Contrepoint éco

Paolo Bernasconi
Professeur de droit
économique,
docteur honoris causa



La guerre du G20 contre les banques suisses continue: EAR, BEPS, EDPB. Ces acronymes font désormais partie du bagage de chaque banquier. Ne rien vouloir savoir peut provoquer une descente de la section Enforcement de la FINMA. Même l'Administration fédérale des contribution vient d'être chargée par le Parlement suisse de poursuivre les banques et leurs employés pour ne pas avoir suffisamment coopéré avec le fisc étranger, comme le prévoit par la Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale. Tous sont punissables en cas d'infraction intentionnelle des obligations de diligence concernant l'examen des comptes et l'identification des personnes devant faire l'objet d'une déclaration destinée au fisc étranger.

Facile à dire. Mais que faire lorsque la banque est confrontée à un permis de résidence ou un passeport d'un paradis fiscal off-shore acheté par un client qui manifestement n'habite pas dans ce pays? Notamment lorsque ce client habite en Suisse et serait donc soumis à la souveraineté fiscale suisse?

Un exemple parmi d'autres: the Malta Residence and VISA Program. Des riches contribuables en font déjà usage malgré leur résidence en Chine, Russie, Turquie et beaucoup d'autres pays, notamment asiatiques. The Malta Residence VISA Agency est bien prête à expliquer les conditions, assez chères mais fiscalement impeccables. Ces avantages seront présentés par M. Joseph Muscat, premier ministre de la République de Malte, lors de la 11e Global Residence and Citizenship Conference en novembre à Hong Kong.

On parlera aussi de la Suisse, grâce au Chairman of the Investment migration council in Switzerland. Pas de craintes, aucun migrant poussiéreux, pas de Rohingya. On ne vise que les familles les plus riches du continent asiatique. Aussi le Sri Lanka vient de lancer un nouveau type de compte bancaire en exécution de son programme Way for international residence. Un autre argument d'intérêt pour les délégués de la Confédération lors de la

prochaine Conférence annuelle du Fond Monétaire International, qui vient de rencontrer les délégués des paradis fiscaux les plus actifs du monde aux Caraïbes, pour promouvoir le Caribbean Citizenship – by-investment Program. But déclaré: compenser les pertes dues à la lutte contre l'évasion fiscale lancée par le G20.

Est-ce-que les banques suisses, tabassées par le G20, peuvent s'attendre à la même promotion par le Fond Monétaire International? (TDG)

Créé: 03.11.2017, 21h17

<https://www.tdg.ch/reflexions/banque-suisse-estelle-inspecteur-fiscal-etranger/story/27237612>

Bitcoin, vide juridique?

Contrepoint éco

Paolo Bernasconi
Prof. dr. h.c.*



Europol lance l'alarme. Dans son Rapport intitulé «*Internet Organised Crime Threat Assessment*» (IOCTA), le bitcoin ainsi que les autres monnaies virtuelles sont qualifiés de facteurs d'habilitation au cybercrime. Menace suffisante pour déterminer Europol à constituer une nouvelle division dénommée «Unité anti-blanchiment Bitcoin». Le Conseil fédéral, lui, dans son Rapport du 25 juin 2014, se montrait bien moins préoccupé. Constatant que «les monnaies virtuelles constituent un phénomène marginal», le Gouvernement suisse parvenait à la conclusion que, sur le plan législatif, il était urgent d'attendre. Mais l'expansion du bitcoin et des monnaies virtuelles n'attend pas: elle entraîne aussi une vaste gamme de possibilités d'abus, dont beaucoup de personnes ont déjà souffert. Cela rappelle la prudence affichée lors de la diffusion des technologies informatiques, lorsqu'il a fallu introduire dans le Code pénal des nouvelles infractions et équiper de nouveaux moyens les autorités de régulation et les autorités appelées à appliquer la loi.

C'est notamment à ce niveau que le vide juridique entraîne des conséquences sérieuses: est-ce que les Offices de poursuite et les Ministères publics sont-ils suffisamment équipés pour procéder à la mise en sureté de bitcoins, connaissant la rapidité avec laquelle ils peuvent être transférés? Et sachant qu'ils devraient pouvoir être gardés sur une adresse bitcoin dont seule l'autorité peut disposer? Entre-temps, le débiteur et l'accusé peuvent se refuser de communiquer les codes d'accès.

Bien plus que juridique, le défi sera d'ordre technique, le décryptage des codes d'accès à une adresse bitcoin s'avérant difficile pour ne pas dire impossible. Quand on aura pu saisir des bitcoins, de quelle façon pourra-t-on les confisquer? Dans son rapport le Conseil fédéral avait beau déclarer que le droit matériel était déjà suffisant, rien n'était dit sur cette fidèle servante du droit matériel, c'est-à-dire la procédure. Ce sera peut-être le tour de la FINMA de faire fonction de chasse-neige. Elle a été contrainte, encore récemment, à des interventions concernant des abus par le biais de pseudo crypto-monnaies ainsi que des menaces liées aux ICO (Initial Coin Offering).

* **Twitter:** @bernascon8paolo (TDG)

Créé: 20.10.2017, 20h15

Les gérants de fortune seront soumis sous peu à un double contrôle

Contrepoint Eco

Paolo Bernasconi
Professeur de droit
dr. h. c. *
28.06.2017



Le Parlement s'apprête à accepter la mise en place d'un régime de surveillance mixte pour les gérants de fortune indépendants (GFI) et pour les «trustees». La future loi sur la surveillance des établissements financiers (LIFin), qui entre en vigueur en 2019, prévoit de soumettre leur activité à une autorisation préalable par la FINMA, le gendarme du secteur financier. En revanche la «petite surveillance» courante de leur activité au jour le jour sera assurée par des organismes de surveillance de droit privé – mais qui, subtilité, devront eux aussi disposer d'un blanc-seing de la FINMA pour exercer.

Le Conseil des États avait déjà approuvé ce régime mixte. C'est maintenant au tour de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, qui vient de valider – à une forte majorité – ce régime prévoyant la constitution d'un ou de plusieurs organismes de surveillance indépendants.

Il s'agit en réalité du même système, rodé depuis des années, qui avait été mis en place pour la surveillance des risques de blanchiment d'argent. Qui obtiendra le rôle de surveillant privé travaillant en tandem avec la FINMA?

Le candidat idéal semble représenté par l'Association suisse des gérants de fortune (ASG). Cette dernière compte près de neuf cents membres actifs, déjà soumis à un contrôle étatique. De surcroît la grande majorité de ces derniers sont déjà affiliés à l'Organisme d'autodiscipline anti-blanchiment (OAR).

Le législateur devrait cependant prévoir une transition progressive du système d'autorégulation actuel vers le nouveau régime de surveillance mixte. Ce compromis, typiquement suisse, devrait être approuvé internationalement grâce à la réputation dont la FINMA jouit à l'étranger.

«Voilà qu'émerge une solution satisfaisante du point de vue de l'intégrité de la place financière et satisfaisante pour les gérants de fortune»

Voilà donc qu'émerge une solution satisfaisante du point de vue de l'intégrité de la place financière et satisfaisante pour les gérants de fortune, premiers concernés. Cette profession le mérite: en sont pour preuve les cas rarissimes de ses membres qui ont fait l'objet de procédures pénales – ou qui ont été sanctionnés par le Tribunal disciplinaire interne de l'Association suisse des gérants (ASG), que le soussigné préside depuis des années.

En réalité, le problème, aigu, s'est déplacé ailleurs. Avec le basculement sur Internet croissant des activités des conseils en investissement, des dizaines de sociétés financières échappant à tout contrôle, continuent de piéger chaque année des centaines d'investisseurs. Et sont à l'origine de détournements se chiffrant en centaines de millions. Le législateur suisse ne s'est pas adapté à cette nouvelle donne qui requiert de sa part une attitude dynamique et flexible. Quant à la prévention, au niveau fédéral comme cantonal, elle apparaît au niveau zéro. Jusqu'à quand?

* **Twitter:** @bernascon8paolo

(TDG)

Créé: 27.06.2017, 14h23

<http://www.tdg.ch/stock-market/overview/gerants-fortune-soumis-double-controle/story/30647191>

26.05.2017

Responsabilité sociale de l'entreprise: une route semée d'embûches

Réflexions

Paolo Bernasconi
Professeur de droit économique



Twitter: [@bernascon8paolo](https://twitter.com/bernascon8paolo)

[26.05.2017](#)

Nestlé et Novartis donnent un coup de frein à leur participation à une campagne en faveur du ministre de l'Economie turc. Elles craignent pour leur réputation face au limogeage de quelque 60'000 enseignants, policiers, médecins, professeurs, juges et autres fonctionnaires ainsi qu'à l'arrestation de centaines de journalistes. La responsabilité sociale de l'entreprise: un rêve qui n'est réalisable que dans quelques pays riches?

Le principe historique de l'intérêt des actionnaires s'efface en faveur de l'intérêt des parties prenantes. On établit des convergences entre les standards ISO 26000, Global Reporting Initiative, CNUCED et Pacte mondial ONU de juillet 2000. On va définir d'une façon plus large les «intérêts de l'entreprise» lors de la révision du Code des obligations. Une thèse acceptée par l'Université de Genève (G. Neri-Castracane, *Les règles de gouvernance d'entreprise pour la promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise*) propose même des normes pénales, des tribunaux internationaux et des codes de conduite.

Mais la bataille est-elle perdue d'avance? La réponse est plutôt oui, si l'on observe le mauvais traitement réservé par le Conseil fédéral et le Parlement suisses à l'initiative Minder. Rudolf Strahm, l'ancien Monsieur Prix, clame en

vain que des bonus de plusieurs millions paralysent les performances des cadres moyens. Qui plus est, la responsabilité sociale vacille dès que des entreprises suisses, locales ou multinationales, sont confrontées à la spirale inéluctable: réchauffement climatique, urbanisme, conflits, totalitarisme. Les preuves: la «dialectique» constante entre le SECO et le DFAE; les applaudissements dénués de critiques au projet chinois «one belt one road», dont les milliards serviront à une expansion économique de plus en plus militaire, politique et totalitaire.

Ni codes de conduite ni normes de droit civil ni de nouveaux tribunaux internationaux n'auront un pouvoir de dissuasion suffisant. Le bilan de la responsabilité pénale de l'entreprise prévue par le Code pénal suisse suffit pour se rendre compte que celle-ci n'est en réalité qu'un tigre de papier. Les seules fois où, dans ma carrière, j'ai rencontré des managers préoccupés, c'était lorsqu'ils craignaient une arrestation. Pour le reste, il y aura toujours quelqu'un d'autre pour payer les défaillances des chefs: cadres moyens, actionnaires, l'entreprise. La solution? Une justice pénale efficiente.

(24 heures)

Créé: 26.05.2017, 23h08

<http://www.24heures.ch/signatures/reflexions/Responsabilite-sociale-de-l-entreprise-une-route-see-dembuches/story/30421986>

Alerte sur la soustraction de données

Contrepoint éco Au total, plus de 67'000 contribuables étrangers ont été pris dans de tels filets.

Paolo Bernasconi, professeur de droit économique,
docteur honoris causa 28.04.2017



À en croire certains agents du fisc, les disquettes de données bancaires continuent à circuler à l'étranger. Elles ont par exemple livré des tuyaux au fisc français et espagnol pour ficeler des demandes d'entraide. Adressées à Berne, elles concernent des milliers de clients chez UBS et ont fait monter en flèche les statistiques 2016 de l'Administration fédérale des contributions.

Au total, plus de 67'000 contribuables étrangers ont été pris dans de tels filets. Une vraie galaxie, par rapport aux quelques milliers attrapés en 2015 et les quelques centaines durant les années qui précèdent. Le Credit Suisse a par exemple dû verser 110 millions d'euros pour liquider une procédure pénale diligentée par le Parquet de Milan. En cause: les infractions fiscales de milliers de clients italiens figurant dans des listes du Credit Suisse et concernant plus spécifiquement des polices d'assurance «Credit Suisse Life Bermuda».

Ayant choisi de se fier au secret bancaire, les clients se considèrent comme trahi par les banques suisses qui ne le respectent pas. Ils réagissent ainsi partout par des plaintes présentées devant des cours civiles en Suisse. Leur colère résulte du fait qu'ils n'ont pas été renseignés tout de suite de la livraison de leur nom à des tiers. Or dès qu'une fuite est découverte, l'obligation est d'alerter immédiatement tous les clients impliqués. Il s'agit là d'un volet typique du devoir de loyauté prévu par les contrats qui lient toute banque et tout gestionnaire à leurs clients. Dans le but de permettre au client de mettre en œuvre tous les moyens légaux disponibles pour sauvegarder au mieux ses intérêts. Facile à dire!

Faut-il expliquer que la fuite a été facilitée par une défaillance interne ou par la négligence d'un employé? Faut-il communiquer que la liste se trouve (déjà) dans les mains d'une autorité étrangère et/ou qu'une enquête a déjà été entamée? Beaucoup de points d'interrogations en soulignant que le paiement des impôts et des sanctions fiscales sont à la charge des clients (sauf exception). Ce sera donc au Tribunal de trancher sur les questions laissées en suspens. (TDG)

Créé: 04.05.2017, 16h03

<http://www.tdg.ch/reflexions/alerte-soustraction-donnees/story/15285684>

Pas de contrôles à la frontière pour les sociétés criminelles

Contrepoint Eco

Paolo Bernasconi - Prof. de droit économique, dr. h.c. *
24.03.2017



* Twitter: [@bernascon8paolo](https://twitter.com/bernascon8paolo)

Banques et fiduciaires dépensent des fortunes pour prévenir l'entrée de la criminalité dans leurs coffres. Ceci en identifiant de façon systématique leur clientèle, afin de pouvoir dénoncer sans exception les cas douteux. Un barrage préventif qui est donc payé par l'économie privée. Qu'ont fait, de leur côté, les pouvoirs publics jusqu'ici ?

Le politique a, par exemple, prolongé les délais de prescription des crimes: c'est surtout un aveu d'impuissance, doublé d'un effet préventif nul.

Le politique veut aussi exiger la présentation de leur casier judiciaire par les petits employés frontaliers ou par les demandeurs de permis de séjour. Soit.

Aucun contrôle sérieux des sociétés-écrans

Mais quid des milliers de commissions rogatoires venant de l'étranger, révélant les agissements de malfrats venus brasser des affaires en Suisse? Des mines de renseignements qui demeurent inexploitées par les polices – quand les banques passent au crible leurs clients en consultant les banques de données. Ce qui laisse la porte ouverte aux criminels en col blanc, au blanchiment d'argent, aux membres du crime organisé.

*Quid des milliers de commissions
rogatoires, révélant les
agissements de malfrats venus
brasser des affaires en Suisse?*

La frontière serait donc devenue une passoire pour les délinquants? Soit. Mais quid de ces sociétés commerciales, celles destinées – dès leur constitution – à servir des

visées criminelles? On continue de retrouver régulièrement devant les tribunaux des fraudeurs, as de la banqueroute, corrupteurs qui ont réussi à faire inscrire au Registre du Commerce – en Suisse – des entités insolvables dès leur création.

Et pendant ce temps, là-haut, sur l'Alpe...

Un exemple parmi d'autres. L'an dernier un avocat tessinois a été écroué pour avoir fait enregistrer une quarantaine de sociétés... avec la même somme d'argent comme capital de dotation. Toutes en faillite. On connaît aussi des communes helvétiques où disparaissent, subitement en faillite, des sociétés par dizaines. Personne ne bouge.

Là-haut dans les Grisons, à Roveredo ou à San Vittore, des dizaines de sociétés se ruent pour établir leurs sièges dans les pâturages.

Un autre exemple? Là-haut après Bellinzone, dans la partie italophone des Grisons, des dizaines de sociétés financières spécialisées dans la récolte d'argent dérouter dans des arnaques à l'investissement se ruent pour établir leurs sièges dans les pâturages. A Roveredo ou à San Vittore. Personne ne bouge.

Aux banques de les démasquer. Aux banques d'interdire l'accès de leur argent dans les circuits de l'économie légale. Soit. Sauf que la prévention mise en place par les autorités, celle visant à traquer les individus appartient à un passé déjà ancien.

L'heure est à la chasse aux instruments, aux structures, aux entités – bien plus dangereuses que leurs auteurs. Pourquoi donc ne pas vérifier le capital social, la solvabilité ainsi que la réalité de l'activité de toute société commerciale, et ceci dès sa création ?

Un Registre du commerce figé dans le formol

Une excellente occasion vient d'être loupée pour avancer sur ce front en Suisse. Il s'agissait de la récente discussion parlementaire au sujet de la révision du Registre du commerce. On en restera finalement à la vision primitive qui a toujours prévalu en la matière: aucun examen matériel, les vérifications demeureront de nature uniquement formelle. En clair, aucune barrière ne sera dressée pour que les malfrats cessent d'inonder nos banques de comptes ouverts au nom de sociétés anonymes suisses utilisées pour tout espèce de crimes. Des agissements impossibles à détecter à temps, et qui aboutissent parfois à des poursuites en justice – uniquement lorsque leurs victimes osent porter plainte.

L'effort de prévention en la matière est donc nul. Ajoutons que pour commettre des crimes à partir de la place financière suisse, il n'est même pas nécessaire de s'y installer ou d'y obtenir un permis de résidence. N'importe quelle société établie dans un pays dont les autorités n'exercent aucune forme de contrôle peut venir y ouvrir une filiale jouissant de la réputation suisse.

*Le Registre du Commerce
demanderait-il au moins à ces
entités d'attester qu'elles sont
affiliées à un organisme
antiblanchiment? Même pas.*

Le Registre du Commerce demanderait-il au moins, avant d'enregistrer ce type d'entité, si elle peut attester qu'elle a été affiliée au contrôle d'un Organisme d'autorégulation antiblanchiment (OAR) – quel qu'il soit ? Même pas. Et pourtant, cette simple question fournirait déjà une filtre efficace pour dissuader beaucoup de promoteurs malintentionnés.

Foin de ces problèmes un peu trop complexes

Mais il est vrai qu'une telle traque peu apparaître, aux yeux du grand public, un peu plus compliquée, un peu plus opaque – à l'image des sociétés-écrans suisses auxquelles elle s'attaque.

En ces temps de recettes politiques simples censées faire appel au bon sens populaire, il apparaît autrement plus payant, sur le plan électoral, de s'en prendre à l'ensemble des travailleurs étrangers. En faisant des moulinets illusoires avec un contrôle de leur casier judiciaire. (TDG)

Créé: 24.03.2017, 12h58

<http://www.tdg.ch/reflexions/controles-frontiere-societes-criminelles/story/14577810>

Contrepoint Eco

Paolo Bernasconi *



Le trust «Swiss made» ne doit plus être tabou

«Voyez, Maître, pour la sécurité de nos héritiers nous avons choisi le trust – son patrimoine sera déposé et géré par une banque suisse, avec une trust company suisse, un protector suisse... il sera donc aussi de droit helvétique, non?» L'avoué lève le doigt. «Tout bon, sauf que... qu'il n'existe pas de trust de droit suisse.» Il faudra donc opter pour une structure enregistrée dans un lointain paradis fiscal anglo-saxon.

Récemment interpellé sur le sujet par le conseiller national Giovanni Merlini, le Conseil fédéral a répondu ne voir «aucune nécessité» de créer les bases légales de telles structures. Cela irait «à l'encontre de la vague mondiale de transparence en matière fiscale et aux mesures visant à préserver l'intégrité de la place financière suisse».

Un souci louable. Sauf que le Conseil fédéral oublie le carcan désormais imposé aux trusts et continue de les considérer comme un simple outil d'évasion fiscale. Ainsi de la dernière version de la Convention de diligence des banques, qui exige un arsenal de contrôle des clients liés à un trust ou à une fondation. Sans compter que l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale concerne aussi les trusts et les fondations.

Pourquoi donc se priver d'un instrument prisé des fortunes de ce monde, en raison de son efficacité et de sa sécurité? Le Conseil national le dira en apportant sa réponse finale au postulat Merlini. Espérons qu'il tiendra compte de l'intérêt d'un «trust Swiss made» – produit apprécié par ceux optant pour la sécurité de la place suisse – en termes d'emplois dans un secteur financier à la peine.

* Professeur de droit économique, docteur honoris causa
Twitter: @bernascon8paolo (TDG)

Créé: 24.02.2017, 21h47

Contrepoint Eco

Paolo Bernasconi *



La FINMA confrontée à la raison d'Etat

Combien de banques suisses s'évertuent à courtiser les Etats? On connaît – après coup – les aventures de la BSI, de la Falcon Bank et d'UBS avec 1MDB, le fonds souverain de la Malaisie. Mais quid de la Russie? Exemple de question embarrassante: les dirigeants de Gazprom sont-ils des fonctionnaires au sens du droit pénal suisse, et donc punissables pour corruption? En tout cas, ce sont des «PEP», ces personnes exposées politiquement soumises à une surveillance accrue.

Autre question: quid des banques de l'«empereur de Chine», qui a refusé tout contact avec les journalistes lors de sa récente visite? Leurs dirigeants sont-ils des «PEP», dans un pays où même la justice est soumise au Parti? Comment mesurer le risque que représentent CCB et la ICBC, groupes financiers chinois tentaculaires qui se sont implantés en Suisse? Ces deux colosses sont attirés par Zurich – puis, peut-être, par le Léman – en raison des possibilités offertes en matière de financement des matières premières, de réassurance et de gestion de fortune; sans compter l'installation d'un gigantesque «bureau de change» entre le renminbi et le franc suisse.

«Les relations entre la Suisse et la Chine n'ont jamais été si étroites», claironne le Conseil fédéral. Mais qu'advierait-il si l'«empereur» devait se fâcher suite à une décision de la FINMA à l'encontre d'un de ses dragons bancaires? Lorsque le droit se mêle à la raison d'Etat, c'est cette dernière qui l'emporte. Même lorsque le droit bancaire a pour but la réglementation et l'intégrité du marché. L'Etat a ses raisons que le droit ne connaît pas. *Pecunia non olet*. On croyait avoir biffé pour toujours ce dicton de la place bancaire suisse. Voilà qu'il revient, inéluctable.

(TDG)

(Créé: 27.01.2017, 21h53)

* *Professeur de droit économique, docteur honoris causa*

Contrepoint Eco

Paolo Bernasconi *

26.11.2016



La corruption privée ne sera plus impunie

La jurisprudence fédérale vient de rendre publiques les raisons pour lesquelles deux managers du groupe Alstom/ABB/Siemens avaient été acquittés. Cette dernière a reconnu que les dirigeants de Gazprom ayant touché des pots-de-vin n'avaient pas agi dans l'exercice d'une fonction étatique, une condition de punissabilité. Par conséquent, la corruption est exclue. Du coup les banques hébergeant les pots-de-vin ne peuvent être accusées de blanchiment. Peut-on parler d'un feu vert à la corruption? Quant aux entreprises décrochant certains marchés grâce à de substantiels dessous-de-table, est-ce le moment de sortir le champagne? Les réponses sont heureusement négatives. Car depuis le 1er juin de cette année, le Code pénal suisse déclare punissable la corruption privée. En gros, les corrupteurs, qu'ils soient au service d'une banque ou d'un fournisseur de produits en tout genre, ne peuvent éviter de passer par la case prison une fois la main prise dans le sac. Quid des établissements bancaires helvétiques, où des centaines de millions de francs y sont blanchis chaque année? L'impunité est-elle totale? Les révélations du procureur général de la Confédération, Michael Lauber, sont explicites: la corruption de personnes privées est mentionnée par le Code pénal comme une infraction qui déclenche la responsabilité pénale d'une société. Alors que le banquier ou l'employé d'une fiduciaire seront accusés de participation à la corruption et/ou au recel, les banques et sociétés fiduciaires seront ainsi aussi poursuivies. Pour aider à mettre la main sur les tricheurs, il faut noter l'apparition d'un système de protection des lanceurs d'alerte au sein des sociétés. Ce processus fait désormais partie des standards reconnus internationalement.

** Professeur de droit économique, docteur honoris causa*

Contrepoint Eco

Paolo Bernasconi *

28.10.2016

Les droits de l'homme concernent les firmes



A Thonon, sept banques internationales, dont UBS et Credit Suisse, signaient le 2 octobre 2013 un document d'interprétation des «Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme», décrivant comment une banque universelle évalue les conséquences de ses activités sous l'angle des droits de l'homme. On y aborde notamment les risques liés aux relations d'affaires avec des personnes et des entreprises associées à des violations des droits de l'homme.

Selon le Rapport du Conseil fédéral sur la diligence en matière de droits de l'homme de la part des entreprises suisses à l'étranger, daté du 2 mai 2014, «les Principes directeurs fixent pour la première fois un cadre de référence, reconnu internationalement». Ainsi se sont exprimés le Conseil de l'Europe et le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). Les Principes directeurs prévoient notamment un devoir de réparation qui incombe à l'entreprise lors d'incidences négatives.

L'efficacité de ces engagements est maintenant mise à l'épreuve à l'égard de la clientèle turque des banques suisses. Le Gouvernement turc ayant suspendu en juillet la Convention européenne des droits de l'homme et abrogé les mesures de protection et de surveillance contre la torture. Malgré les allégations de tortures par Amnesty International et par Human Rights Watch, le Gouvernement turc refuse l'admission des inspecteurs prévus par les Protocoles des Nations Unies et du Conseil de l'Europe pour la prévention de la torture, ratifiés aussi par la Turquie.

Le plan d'action annoncé par le Conseil fédéral en avril 2015, lors d'une prise de position sur la responsabilité sociétale des entreprises, devient donc urgent. Ce serait l'occasion d'inscrire dans le Code pénal, parmi les infractions relevant de la responsabilité pénale des entreprises, aussi le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité. Cette sanction pénale constituerait une base légale efficace pour garantir la réparation en faveur des victimes, aussi de la part des entreprises.

*Professeur de droit économique, docteur honoris causa. (TDG)

(Créé: 28.10.2016, 22h13)

Contrepoint Eco

Paolo Bernasconi *

Banques: amendes ou autodiscipline?



Epinglée aux Etats-Unis pour sa participation dans la débâcle des produits financiers «subprimes», qui a conduit à la crise financière de 2008, Deutsche Bank vient d'écopier d'une amende de... 14 milliards de dollars! Un montant qui ne surprend pourtant plus guère. D'autres banques ont réglé des ardoises plus importantes. La leçon risque pourtant de ne pas être suffisante, tant la prise de risque des banques est alimentée par une politique d'octroi de bonus très agressive. Voyons quels sont les moyens à disposition en Suisse. Le pouvoir de confiscation du produit d'actes illicites commis par un intermédiaire financier revient à la FINMA – elle vient d'exiger 95 millions à la BSI, impliquée dans le scandale du fonds souverain de la Malaisie, le 1MDB. Les autorités pénales ont elles aussi le pouvoir de toucher aux deniers d'une banque coupable et peuvent surtout dénoncer la responsabilité pénale de toute la banque. L'effet préventif reste cependant limité, ne serait-ce qu'à cause du délai de prescription prévu: trois petites années, qui passent vite lorsqu'il s'agit d'enquêter sur les processus internes d'une banque. Sans compter que, dans l'intervalle, la banque peut disparaître... ou être rachetée par une autre. Voilà en tout cas de la matière pour nos parlementaires désireux de renforcer l'arsenal contre la criminalité économique.

«Il est temps de réanimer le tigre de papier
que représente la lutte contre la criminalité
économique »

Il est temps de réanimer ce tigre de papier. Ne serait-ce qu'en introduisant le même délai de prescription que pour des escroqueries. Au fait, autrefois on faisait beaucoup confiance à l'autodiscipline des banques. La mode semble passée. La preuve, je n'ai pas entendu ce mot lors de la dernière assemblée de l'Association suisse des banquiers.

* Professeur de droit économique, docteur honoris causa

Un autre regard

Paolo Bernasconi *

Pas de limite à la mise au pilori ?



L'interdiction professionnelle prononcée par la FINMA contre un dirigeant de la Banque Frey de Zurich a été annulée par le Tribunal fédéral le 24 mai 2016. Le même jour, un communiqué de la même FINMA annonçait que les responsables de la BSI se voyaient interdits d'exercer la profession – l'institution tessinoise étant par ailleurs frappée d'une confiscation de 95 millions. En un instant, ces banquiers étaient mis à l'index. La loi sur la FINMA (art. 34), admet la publication d'une décision à deux conditions: soit au moment de son entrée en force, soit parce que cette annonce publique fait partie de la sanction. Comme l'a rappelé le chef de la division « enforcement » de la FINMA, David Wyss, lors d'une conférence à l'Europa Institut de l'Université de Zurich, rendre public les noms des personnes est une mesure disciplinaire, au même titre que l'interdiction d'exercer ainsi que la confiscation de profits. Problème cependant. Le communiqué de la FINMA du 24 mai ne tient compte ni des droits à la protection de la personne (art. 22 al. 4 LFINMA), ni du principe constitutionnel de proportionnalité, ni du droit d'être entendu, ni de la présomption d'innocence – autant de piliers du Code de procédure pénale (art. 74 al.3). Paradoxalement, les Directives sur la communication de la FINMA du 25 septembre 2014, insistent pourtant sur le respect de ces principes constitutionnels.

«Le communiqué de la FINMA ne tient pas compte de
la présomption d'innocence »

Cette question du «name and shame» par la FINMA – la mise au pilori – apparaît comme une urgence pour les Chambres fédérales. Il s'agit des garanties de procédure dont bénéficie toute personne entendue par la FINMA et ses enquêteurs, au-delà de l'accord amiable de principe que cette dernière a signé avec le Ministère public de la Confédération.

* Professeur de droit économique, docteur honoris causa

Un autre regard

Paolo Bernasconi *

Rétrocessions bancaires: percée pénale

Dès le 1er juin, le Code pénal s'enrichit. La liberté d'action sur les marchés financiers s'appauvrit. La concurrence déloyale moyennant un avantage illicite, versé à un tiers en relation avec une violation de son devoir contractuel, sera punissable d'office. C'était déjà le cas auparavant, mais aujourd'hui, il suffit que l'autorité judiciaire ou même une autorité administrative ait un soupçon. La punissabilité est prévue d'office, sans nécessité d'une plainte. En effet, dorénavant ce sont les articles 322octies et 322novies du Code pénal qui s'appliquent, dans le but de punir la corruption privée dans toutes ses formes. Même les paiements versés pour rémunérer les fournisseurs d'affaires sous forme de rétrocessions pourraient entrer dans le collimateur pénal. D'après la réforme approuvée par les Chambres fédérales, en vigueur dès le 1er juin 2016, la procédure pénale est entamée d'office, et, ce qui est nouveau aussi, indépendamment de l'existence d'une relation de concurrence entre les parties impliquées. Pour les banques, le paiement, mais aussi l'acceptation de rétrocessions devient punissable, s'ils ont eu lieu sans consentement explicite du client. Si néanmoins ces paiements ont lieu, ce sera la banque qui risque une poursuite pénale. Car la corruption privée est aussi mentionnée dans les infractions qui déclenchent la responsabilité pénale de l'entreprise. Un risque qui vient s'ajouter au risque d'une poursuite pour blanchiment d'argent car, d'après la jurisprudence, les transactions boursières exécutées dans le seul but de faire gonfler le montant des rétrocessions payées et encaissées, sont punissables de gestion déloyale qualifiée. En effet, le TF estime que «le devoir de fidélité oblige le mandataire à s'abstenir de toute démarche qui pourrait nuire aux intérêts de son mandant». Voilà donc que ceux qui pratiquent le barattage (churning) sont punissables, mais aussi ceux qui acceptent et reversent des rétrocessions en relation au barattage, y compris la banque et les fonds d'investissement impliqués. C'est un soutien corsé aux mesures prudentielles adoptées par la FINMA en 2012. Sans attendre la mise en œuvre de la MIFID.

* Professeur de droit économique, docteur honoris causa

Plus de souplesse dans la lutte au blanchiment

Un autre regard

L'absence d'évaluation critique fait s'échapper des opérations criminelles

Paolo Bernasconi, Professeur de droit économique, docteur honoris causa
23.04.2016

Quelle tracasserie, la prévention du blanchiment d'argent! Combien de paperasse, combien de formules, que de temps gaspillé lors de l'ouverture d'un compte! Combien de retards dans l'exécution de transactions financières urgentes!

Et quel en serait le bénéfice? Beaucoup de communications à l'Office fédéral antiblanchiment, beaucoup de travail pour les Ministères publics et, comme résultat, quelques dizaines de condamnations chaque année.

En fait, la réalité est tout autre: le but du législateur est satisfait, notamment du point de vue des millions de valeurs patrimoniales contaminées qui font l'objet de séquestre chaque année, très souvent suivi par une confiscation en faveur des caisses publiques.

En plus, les mesures de prévention antiblanchiment permettent de faire déclencher des procédures pénales à l'étranger qui, elles aussi, donnent lieu à de nombreuses condamnations et aussi au séquestre et à la confiscation de valeurs patrimoniales importantes constituant le produit d'un crime.

Mais il y a encore un autre point de vue très positif dans l'intérêt des banques et des autres intermédiaires financiers: la prévention du blanchiment d'argent représente la mesure la plus efficace pour prévenir aussi la commission d'infractions contre le patrimoine dont peuvent souffrir des clients et aussi les institutions bancaires et financières elles-mêmes.

Ce qui est plutôt critiquable, ce n'est pas tellement la masse d'obligations administratives, mais le fait que ces obligations sont souvent exécutées d'une façon bureaucratique. L'absence d'évaluation critique a pour effet qu'entre les mailles du système de la prévention du blanchiment puissent s'échapper des opérations criminelles dont souffrent, en première ligne, les institutions bancaires et financières elles-mêmes. (TDG)

(Créé: 22.04.2016, 20h11)

Un autre regard

Qui se souvient de «l'initiative Minder»?

Par **Paolo Bernasconi** *

Minder! Si le peuple suisse se souvient encore de son initiative tendant à limiter les bonus, les banques et leurs administrateurs l'ont parfaitement oublié. Sergio Ermotti (UBS) a empoché 14,3 millions de francs en 2015. Boris Collardi (Julius Baer) s'est versé 6,2 millions. Quant à Tidjane Thiam (Credit Suisse), depuis juillet, il a reçu 2 millions, un montant qui le place dans les cinq patrons les mieux payés de Suisse. Est-il nécessaire de rappeler quelles ont été les banques ayant essuyé (ou camouflé) des pertes?

Joseph Stiglitz, Prix Nobel d'économie, rappelait pourtant récemment que les jeunes générations ne supportent plus l'injustice sociale ni l'inégalité de traitement entre salariés. Elles conduisent à la perte de confiance à l'égard des élites et des institutions, mais également à la recherche d'autres modèles. Le populisme par exemple les attend, bras ouverts. Ce même populisme qui, grâce à ses solutions faciles et inadéquates, ébranle un pilier fondamental de l'économie suisse: la stabilité politique. Or, ils sont nombreux à avoir développé leurs activités entrepreneuriales et bancaires grâce à une telle stabilité.

Les banques et les autres grandes entreprises se jouent donc de cette majorité des Suisses qui avaient considéré le système des bonus comme absolument intolérable. Car, au moment où elles décident de procéder à des licenciements massifs, elles augmentent les bonus pour leurs dirigeants. Des collaborateurs fidèles (vingt à trente ans de boîte) sont ainsi licenciés sans préretraite pour être substitués par des gamins sans expérience et avec pour seul mérite de coûter moins cher. Le 19 avril, Sergio Ermotti se présentera au Tessin devant un parterre d'étudiants. Le titre de sa conférence: Ritorno al futuro. Les jeunes s'attendent du coup à ce qu'il leur explique la politique d'UBS en matière de ressources humaines. Dernier espoir: la Finma. Dans quelques semaines, elle clôturera sa procédure de consultation pour le renouvellement de la circulaire 2010-2011 concernant les systèmes de rémunération.

*Professeur de droit économique, docteur honoris causa

Le droit étranger s'étend sur la place financière suisse

Paolo Bernasconi*
26.02.2016

Droit et pouvoir. Une question philosophique qui intéresse aussi la finance suisse. C'est grâce au pouvoir que les autorités états-uniennes ont dicté leur droit non seulement aux contribuables, mais aussi aux banques suisses et, ce qui est plus, aussi aux dirigeants, employés et également à leurs avocats, aux gérants de fortune et fiduciaires externes. Les exemples ne cesseront de déferler.

L'application sur son propre territoire du droit national concernant les intermédiaires financiers qui ont agi en Allemagne, en Belgique, en France ou en Italie, pour ne citer que les autorités des pays les plus entreprenants dans ce domaine, se fait tout naturellement. Mais il s'applique aussi aux centrales bancaires basées en Suisse, comme le démontrent les initiatives contre HSBC Suisse, UBS Suisse et dans une affaire démarrée par le Ministère public de Milan en décembre 2014, éclatée ces jours-ci, aussi contre le Groupe Credit Suisse. Mais ce seront aussi les autorités suisses qui de plus en plus devront tenir compte du droit étranger.

Lors de la dernière journée de droit bancaire de l'Université de Berne, on a recommandé de tenir compte du droit étranger en matière pénale et fiscale. La FINMA, depuis octobre 2010, a imposé que les banques tiennent compte du droit étranger même dans leurs rapports contractuels avec la clientèle. La FINMA publie les mesures ordonnées aux banques auxquelles elle reproche de ne pas avoir géré suffisamment les risques légaux et réputationnels en relation avec la clientèle américaine. Depuis le début de cette année ce seront même les autorités judiciaires pénales suisses qui devront tenir compte du droit fiscal étranger, en faisant application de la nouvelle version de l'art. 305bis du Code pénal suisse punissant le blanchiment du produit d'un délit fiscal qualifié, même lorsque ce délit a été commis au détriment du fisc étranger.

L'application du droit étranger n'est pas du tout étrangère même à la justice civile suisse. Et voilà, un nouveau-né en vigueur depuis août pour tous les États membres de l'Union européenne (avec exclusion du Danemark, Royaume-Uni et Islande): le Règlement no. 650 du 4.07.2012 sur la compétence, loi applicable et exécution des jugements en matière de succession.

Les banques et les intermédiaires financiers suisses pourront ainsi être confrontés avec le certificat successoral européen, un nouvel instrument, facultatif, qui permet aux héritiers étrangers d'ouvrir les coffres des banques suisses. Pour les juges et pour les avocats il s'agit de normes de droit étranger applicables notamment aux biens successoraux situés en territoire suisse, ainsi que dans toutes les successions de citoyens de pays membres de l'Union européenne en connexion avec la Suisse. Autant dire qu'on aura toujours plus de places de travail en Suisse. Non seulement pour les compliance officers (responsables des contrôles de conformité), mais aussi pour les spécialistes de droit fiscal, de droit pénal et de droit civil étrangers.

*Professeur de droit économique, docteur honoris causa

(TDG)

(Créé: 26.02.2016, 20h56)

Demandes fiscales groupées: ouvrez la danse!

Paolo Bernasconi, Professeur de droit économique, docteur honoris causa

30.01.2016

On y est. Après la vague des demandes groupées du fisc américain déferlant sur quelques banques suisses, voici la première demande groupée néerlandaise qui vient d'être acceptée par décision finale de l'Administration fédérale des contributions au 20 janvier. La ruse néerlandaise était très simple. On a utilisé la lettre envoyée par UBS à tous ses clients néerlandais leur demandant d'apporter la preuve de leur conformité fiscale. Ainsi le fisc néerlandais a demandé au fisc suisse de lui mettre à disposition le nom, le numéro de compte, avec indication de l'état de fortune au 1er février 2013 ainsi qu'au début et à la fin de 2014, de tous les résidents néerlandais n'ayant pas satisfait cette demande de UBS.

Fishing expedition? Non, répond le fisc suisse, parce que le groupe des personnes concernées a ainsi été identifié d'une façon suffisamment claire. Le soupçon de soustraction fiscale avait été étayé en valorisant – comme l'ont fait d'autres pays – les résultats du programme de voluntary disclosure (VDP). D'après celui-ci, sur les quelque 28 000 contribuables néerlandais ayant participé à ce programme, environ un tiers disposait de valeurs patrimoniales non déclarées auprès de banques suisses, environ 40% de ces comptes étant détenus auprès de UBS Switzerland AG. Le montant total des avoirs déclarés dans le contexte du VDP s'élèverait à environ 7,3 milliards d'euros et aurait généré des recettes fiscales de l'ordre de 863 millions d'euros. Sur la base de différentes enquêtes, on aurait constaté que près de 40% des contribuables néerlandais disposant de comptes auprès de banques suisses n'auraient pas encore déclarés leurs avoirs. Les rentrées idoines, correspondant au montant du rappel d'impôts ainsi qu'aux amendes pécuniaires s'élèveraient à environ 2,3 millions d'euros.

Voilà donc que la stratégie des avoirs fiscalement déclarés («Weissgeldstrategie»), de plus en plus systématique et décidée par les banques suisses, continue de se retourner contre ces mêmes évadés fiscaux que le système bancaire suisse avait attirés pendant des décennies. En attendant le jugement du Tribunal fédéral administratif sur les recours, on verra si le fisc d'autres pays suivra la voie ouverte par le fisc néerlandais. (TDG)

(Créé: 29.01.2016, 22h28)

La pêche aux renseignements, sans filet!

Paolo Bernasconi - Professeur de droit économique, docteur honoris causa
12.12.2015

Voilà (peut-être) la fin du secret bancaire suisse, mais seulement à l'égard des autorités fiscales des pays liés à la Suisse par un accord d'échange automatique d'informations à caractère financier. Ainsi en décidera le parlement durant la session en cours. Ce ne sera pas une décision de l'ex-conseillère fédérale Mme Widmer-Schlumpf, accusée à tort d'être responsable de la fin du secret bancaire. Mais celle du parlement, sous réserve d'une bataille d'arrière-garde menée à travers un référendum. Une fois de plus c'est un choix entre isolationnisme protectionniste, d'une part, et d'autre part, intégration dans les marchés bancaires et financiers mondiaux en conformité aux standards minimaux de l'OCDE. En effet, même au niveau de l'Union européenne, les ministres des Finances (Ecofin) ont accepté les accords avec la Suisse et le Liechtenstein, en même temps qu'avec la République de Saint-Marin. C'est la fin des paradis fiscaux en Europe occidentale. Pour les services juridiques des banques, une période d'adaptation très compliquée s'annonce car on prévoit une longue période de transition pendant laquelle trois systèmes vont cohabiter. Cela signifie que, sur la base des renseignements qui seront échangés de façon automatique, l'autorité fiscale des pays destinataires pourra notamment enclencher une demande de coopération sous la forme de demandes groupées. Et ce sera au Tribunal administratif fédéral de trancher, comme il l'avait déjà fait très bien pour celles provenant du fisc américain. Mais quelle sera la limite entre demande groupée et pêche aux renseignements, dite fishing expedition ? Cette forme d'enquête continue à être interdite, non seulement d'après le droit de procédure suisse, mais aussi selon le droit fiscal international. Le principe constitutionnel de proportionnalité, dernière barrière contre la fishing expedition, ne peut entrer en jeu que dans le cadre d'une procédure de coopération. L'interdiction de la pêche aux renseignements ne doit donc pas être utilisée dans l'intérêt d'une autre bataille d'arrière-garde, dans le but de torpiller les accords sur l'échange automatique d'informations. (TDG)

(Créé: 11.12.2015, 21h49)

Populisme et économie

Un autre regard

Pour Paolo Bernasconi*, les populistes préparent le torpillage des accords fiscaux»

Paolo Bernasconi - 14.11.2015

En Europe, le populisme déferle. Et aussi, de plus en plus, à l'intérieur de la Suisse. Pourquoi? Partant à la chasse du pouvoir, les populistes propagent des solutions qui satisfont la population: celles que tous les profanes puissent comprendre, plus faciles que raisonnables, liées au court terme plutôt qu'au long terme. L'histoire nous rappelle ce mécanisme: il aboutit à désigner un bouc émissaire. Pour la Suisse d'aujourd'hui, il s'agit des étrangers. Les institutions (Union européenne, OCDE, etc.), les frontaliers, les réfugiés, les migrants. La solution de tous les problèmes politiques est définie par un seul critère: c'est la faute aux étrangers. Idem pour résoudre les problèmes de l'économie suisse. La faute est à l'immigration, dite «de masse». Un terme choisi pour dédouaner le sentiment qui nourrit le populisme: la peur.

Dans le domaine de la fiscalité internationale, les populistes ont déjà commencé à agiter le drapeau rouge utilisé dans les arènes de la corrida: ce sont les méchants de l'étranger qui nous imposent les limitations au secret bancaire. Les populistes préparent la campagne contre les accords en faveur de l'échange automatique de renseignements fiscaux, et travaillent à son torpillage lors du vote populaire. Cette peur est combattue par les milieux économiques, parce qu'elle pousse notre pays vers l'isolationnisme et entrave la tâche de notre diplomatie. De son côté, l'Administration fédérale est engagée dans un effort titanesque pour passer l'examen du Global Forum de l'OCDE. Quant au Conseil fédéral, il a soumis au Parlement un paquet de lois qui puissent garantir à nos banques l'accès aux marchés internationaux. Si le peuple vote contre les accords, la place financière suisse sera condamnée à l'isolation, stigmatisée à jamais parmi les «pays non coopératifs» en matière fiscale. Une fois de plus, nos principaux adversaires marqueront un point dans la concurrence internationale, qui se dessine de manière de plus en plus féroce. Enfin, les populistes proposent d'élire Norman Gobbi – poids lourd du populisme – au Conseil fédéral. Son accession rendrait un très mauvais service à l'économie suisse.

* Professeur de droit économique, docteur honoris causa
(Créé: 13.11.2015, 22h16)

Une initiative pour protéger les fraudeurs

Paolo Bernasconi - Professeur de droit économique - 16.10.2015

La sphère personnelle privée est de plus en plus mise en cause: services secrets, hackers, soustraction de données bancaires... Quoi de mieux que de lancer une initiative populaire intitulée, de façon fort séduisante, «Oui à la protection de la sphère privée»?

Sauf qu'elle paraît d'emblée totalement inutile, l'article 13 de la Constitution fédérale suisse prévoyant déjà la... protection de la sphère privée. Le vrai but est de protéger la «sphère privée financière», en prévoyant des entraves aux pouvoirs des autorités fiscales. Et en s'assurant que l'acquisition de documents auprès des banques ne puisse avoir lieu que dans le cadre d'une procédure pénale. Un pas en arrière. Car aujourd'hui déjà, dans les cas graves, l'Administration fédérale des contributions peut conduire de telles enquêtes.

Résumons. Si cette initiative est votée par le peuple, on mettra à disposition des fraudeurs fiscaux un moyen de protection. Et en vue de l'augmenter, cette initiative prévoit également que le Ministère public ne soit pas autorisé à décider de l'existence d'un soupçon fondé. Celle-ci dépendrait d'un tribunal, instrument typique pour faire traîner les procédures.

Au-delà de ces considérations juridiques, quid du rapport de confiance existant en Suisse entre le fisc et les contribuables? Ces trois dernières années, ces derniers ont autodénoncé des infractions fiscales à hauteur de 15 milliards de francs. Quid, encore, des reproches de ne pas se conformer aux règles internationales en matière de fiscalité auxquels est confronté notre parlement? La Suisse se distinguerait enfin comme le seul pays qui, en période de crise, déciderait de réduire les instruments d'investigation à disposition de l'autorité fiscale.

(TDG)

(Créé: 16.10.2015, 21h47)